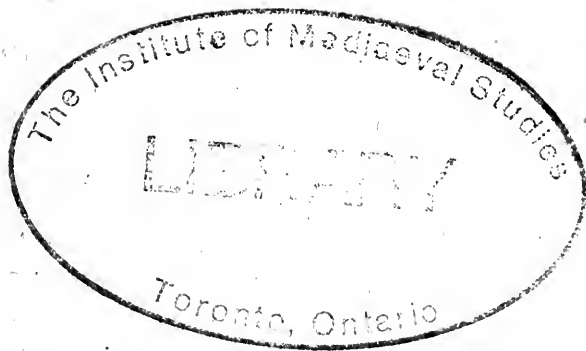


From the Library  
of  
Daniel Binchy



Digitized by the Internet Archive  
in 2011 with funding from  
University of Toronto

# ZEITSCHRIFT

FÜR

## VERGLEICHENDE RECHTSWISSENSCHAFT.

HERAUSGEGEBEN

VON

**Dr. FRANZ BERNHÖFT**

o. ö. Professor an der Universität Rostock.

**Dr. GEORG COHN**

a. o. Professor an der Universität Heidelberg,

UND

**Dr. J. KOHLER**

o. ö. Professor an der Universität Würzburg.

---

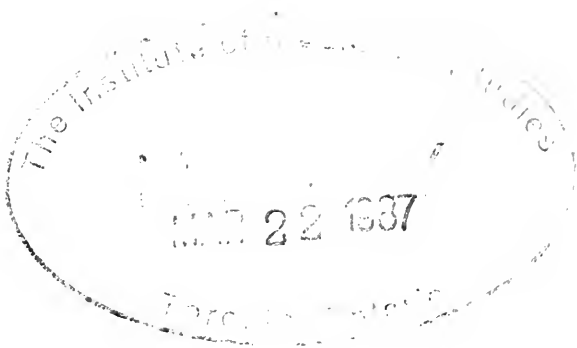
D R I T T E R   B A N D .



**STUTT GART.**

VERLAG VON FERDINAND ENKE.

1882.



Druck von Gebrüder Kröner in Stuttgart.

# I n h a l t.

	Seite
I. Ueber Werden und Wesen des Rechts. Von <i>Felix Dahn</i> . . .	1
II. Dahn, Dr. Felix. Die Vernunft im Recht. Grundlagen der Rechtsphilosophie. Berlin 1879. Verlag von Otto Janke. 8°. (4 Bl. IV. 220.) Eine rechtsphilosophische Studie von Dr. <i>Julius Bahnsen</i> in Lauenburg . . . . .	17
III. Noch einige Bemerkungen über den Englischen Strafgesetzentwurf von 1879. Von Freiherrn Dr. <i>O. Q. van Swinderen</i> , Gerichtsrath in Gröningen . . . . .	37
IV. Löning, Richard. Der Reinigungseid. Von Prof. Dr. <i>Laband</i> in Strassburg . . . . .	49
V. Zur Lehre vom Check. Von <i>Georg Cohn</i> . . . . .	69
Literarische Anzeigen:	
Der endgültige Wechselordnungsentwurf für Dänemark, Norwegen und Schweden (Revideret Udkast til Vexellove for Danmark, Norge og Sverige, Christiania 1879. Mallingske Bogtrykkeri). Von Prof. Dr. <i>Teichmann</i> . . . . .	144
Nordisk Retsencyklopædi. Samlet og udgivet af Dr. jur. <i>T. H. Aschehoug</i> , Dr. jur. <i>K. J. Berg</i> og Dr. jur. <i>A. F. Krieger</i> . Andet Hefte. Kjøbenhavn. Gyldendalske Boghandels Forlag 1879 — 224 S. — enth.: Den Danske og Norske Proces ved <i>Joh. Ipsen</i> Kriminal- og Politiretssassessor. Von Prof. Dr. <i>Teichmann</i> . . . . .	145
Nordisk Retsencyklopædi. Tredie Hefte. (Den Svenska Processen: I. Den allmänna Civilprocessen af Prof. Dr. <i>G. Broomé</i> , II. Utsökningsprocessen af jur. cand. <i>W. Bergstrand</i> , III. Processen i Konkurs-, Boskildnads och Urarfvamål af jur. cand. <i>W. Bergstrand</i> , IV. Strafprocessen af Prof. Dr. <i>P. Assarsson</i> ). Kjøbenhavn 1880 (314 S.) Von Prof. Dr. <i>Teichmann</i> . . . . .	146
Victor Thumser. De civium Atheniensium muneribus eorumque immunitate. (Wien, C. Gerold 1880, 151 S.) Von <i>F. Hofmann</i> . . . . .	150
Vargha, Dr. Julius. Die Vertheidigung in Strafsachen, historisch und dogmatisch dargestellt. Wien, März 1879, 833 Seiten. Von Prof. Dr. <i>Teichmann</i> . . . . .	154
Miscelle.	
Die organische Staatstheorie des Paulus bei holländischen und deutschen Rechtslehrern. Eine Berichtigung von Herrn Advokat <i>J. A. Levy</i> in Amsterdam . . . . .	157
VI. Rechtshistorische und rechtsvergleichende Forschungen. Von Prof. Dr. <i>Kohler</i> in Würzburg . . . . .	161
VII. Ist eine Rechtsphilosophie überhaupt möglich? und unter welchen Bedingungen, resp. Einschränkungen? Von Dr. <i>Julius Bahnsen</i> in Lauenburg i. P. . . . .	219
VIII. Die juristischen Abschnitte aus dem Gesetzbuch des Manu. Von Prof. Dr. <i>Julius Jolly</i> in Würzburg . . . . .	232

	Seite
IX. Die fremdländischen (ausserhalb des deutschen Reichs) geltenden Civilgesetzbücher bezw. Civilrechte, mit besonderem Hinblick auf das Erbrecht. Von Oberlandesgerichtsrath <i>Neubauer</i> in Berlin . . . . .	284
Literarische Anzeigen:	
E. Jobbé-Duval, Etude historique sur la revendication des meubles en droit français, Paris, L. Larose, libraire-éditeur, 1881, p. 254. Von Prof. Dr. <i>Kohler</i> . . . . .	304
Giuseppe Brini, La primitiva condizione giuridica della donna. Prolosione a un corso libero d'Istituzioni del diritto civile italiano nell' Università di Bologna letta il dì 17 gennaio 1881. Bologna 1881, p. 20. Von Prof. Dr. <i>Kohler</i> . . . . .	310
Dr. Felix Bruck. „Zur Lehre von der criminalistischen Zurechnungsfähigkeit.“ Breslau. Verlag von Wilhelm Koebner. 1878. Von Dr. <i>Köhne</i> . . . . .	311
J. Tissot. Le droit pénal étudié dans ses principes, dans ses usages et les lois des divers peuples du monde ou Introduction philosophique et historique à l'étude du droit criminel. Deuxième édition. Paris 1880 (Arthur Rousseau), tome premier XL, 596 pp. — tome second 1. partie 577 pp., 2. partie p. 579—976. Von Prof. Dr. <i>Teichmann</i> . . . . .	317
Albert Pierre de Borville. Le droit pénal italien et le projet de code pénal voté par la chambre des Députés en 1877. Douai 1880. Duromon imprimeur. Von Prof. Dr. <i>Teichmann</i> . . . . .	318
Carl Kraft cand. jur., Assistent i Justitsministeriet, Om Hovedprinciperne i den formueretlige Anordning. Kbhvn. 1881. Forlagt af Thaning & Appel. 448 S. gr. 8°. Von Prof. Dr. <i>Teichmann</i> . . . . .	318
Fr. Brandt, Forelaesninger over den Norske Retshistorie. Kristiania 1880. 340 §§. Von Prof. Dr. <i>Teichmann</i> . . . . .	319
X. Die Gesetzgebungen des Auslandes in Betreff des Anspruchs unehelicher Kinder gegen den Erzeuger. Von Oberlandesgerichtsrath <i>Neubauer</i> in Berlin . . . . .	321
XI. Rechtshistorische und rechtsvergleichende Forschungen. Von Prof. Dr. <i>Kohler</i> in Würzburg (Fortsetzung) . . . . .	342
XII. Germanische und moderne Rechtsideen im rezipirten römischen Recht. Von <i>Bernhöft</i> . . . . .	443
1. Erbschaftsantritt durch Bevollmächtigte.	
Literarische Anzeigen:	
I. Fanti, Du mouvement législatif en Italie sous le premier roi Victor Emanuel II (1859—1878) avec notes comparatives. Rapport fait à l'académie de législation et de jurisprudence de Madrid par — Imola (Galeati et fils) 1880. 8°. Von Prof. Dr. <i>v. Orelli</i> . . . . .	472
The elements of Jurisprudence by Thomas Erskine Holland. D. C. L. Oxford 1880. Von Prof. Dr. <i>Strauch</i> . . . . .	476
Pietro Lacava, Sulla riforma della legge elettorale. Napoli. Cav. Antonio Morano. 1881. 177 pp. CCCCXXVIII. Von Prof. Dr. <i>Teichmann</i> . . . . .	479



# I.

## Ueber Werden und Wesen des Rechts.

Von

**Felix Dahn.**

# II.

Haben wir in der früheren Darlegung die Entstehung des Rechts nachzuweisen versucht, so mögen nunmehr einige Grundstriche das Wesen des Rechts zeichnen: für manches Detail kann verwiesen werden auf die Antikritik des geistvollen von Ihering'schen Werkes: „Der Zweck im Recht“ in meiner Schrift: „Die Vernunft im Recht; Grundlagen der Rechtsphilosophie“, Berlin 1879.

Wir geben hier kurze Sätze, Thesen, zum Theil Definitionen. Jede Definition entfaltet ihren Sinn erst durch das System: erst die Auseinanderlegung ihrer Merkmale, die Erläuterung der darin zusammengefassten Begriffe macht sie lebendig.

Aber die volle Ausschöpfung des Inhalts der Begriffsmerkmale, welche in die einzelnen Definitionen gelegt sind, wäre nichts Geringeres als ein vollständiges System der Rechtsphilosophie, für welches hier keine Stätte. Die kurzen hier mitgetheilten Sätze mögen als Andeutungen, als Abschlags-

zahlungen gelten für eine solche positive Darstellung der Rechtsphilosophie, wie sie wiederholt von dem Verfasser (zuletzt von der Besprechung der erwähnten Schrift im Centralblatt 1880) als Ergänzung seiner Kritiken von Ahrens und von Ihering gefordert wurde.

### § 1.

Das menschliche Denken, sofern es Principien sucht, nennen wir philosophiren. Absolute Principien sind für den Menschen mit wissenschaftlicher Evidenz nicht erreichbar. Seit Kant muss alle Philosophie von der Kritik des menschlichen Denkens selbst ausgehen, dann wird sie sich auch der Relativität aller ihrer Resultate bewusst bleiben.

### § 2.

Das Gesetz des menschlichen Denkens muss auch das Gesetz unseres Philosophirens sein (subjektiv und objektiv), nicht nur, weil Philosophiren selbst eine Art des Denkens, nämlich methodischen Principien-Denkens ist, sondern zumal, weil dies Gesetz Voraussetzung aller unserer Ergebnisse ist; identisch damit muss auch das Gesetz des Seienden überhaupt sein, denn auch unser Denken ist ja ein Theil des Seienden.

### § 3.

Das Gesetz des menschlichen Denkens, das an die Sprache gebunden ist, erweist sich als eine Subsumtion alles Einzelnen, scheinbar Zufälligen unter eine höhere Einheit, Allgemeinheit, Nothwendigkeit; umgekehrt ist daher Begreifen die Erklärung des Einzelnen, scheinbar Zufälligen als Erscheinung einer Einheit, Allgemeinheit, Nothwendigkeit d. h. eines Gesetzes.

### § 4.

Dem menschlichen Denken ergeben sich daher alle Einzelheiten als Erscheinungen von Gesetzen d. h. von allgemeinen Vernunftnothwendigkeiten. Es beruhigt sich erst dann, wenn

es das Einzelne, mit dem es sich eben befasst, als Erscheinung eines allgemeinen Gesetzes gedacht d. h. begriffen hat. So sucht alle Wissenschaft als methodisches Denken Gesetze: Naturwissenschaft Naturgesetze, Geisteswissenschaft Geistesgesetze.

### § 5.

Das menschliche Denken kann sich nun aber bei dem Dualismus

1. von Geist und Natur und

2. bei der scheinbar zufälligen Menge von Geistes- und Natur-Gesetzen auch nicht beruhigen. Es muss vielmehr nach seinem Wesensgesetz (§ 3)

1. über dem Unterschied von Geist und Natur und

2. über den mehreren Geistes- und Natur-Gesetzen eine höhere Vernunfteinheit postulieren.

Es hebt daher 1. auch die Zweiheit von Geist und Natur auf in einer höheren Einheit: im Begriffe des Universums; und es fordert

2. über den einzelnen Natur- und Geistes-Gesetzen ebenfalls eine höhere Vernunfteinheit d. h. ein absolutes oder Weltgesetz, zu welchem sich nun Natur und Geist und ihre einzelnen Gesetze selbst wieder verhalten wie Erscheinung zum Gesetz. Allerdings bleibt auch jetzt noch ein Dual übrig, der von Weltgesetz und Welt d. h. von Gesetz und Erscheinung überhaupt. Auch diese Zweiheit als nothwendige Einheit zu denken ist die letzte Leistung des menschlichen Gedankens.

### § 6.

Aufgabe alles Philosophirens d. h. Principien-Suchens ist hienach, das Weltgesetz in den Gesetzen und Erscheinungen von Natur und Geist zu suchen: Aufgabe der Rechtsphilosophie also, auch in der Idee des Rechts, den Gesetzen der Rechtsproduktion und in den einzelnen Erscheinungen des Rechtslebens eine Erscheinungsform des absoluten Gesetzes zu er-

gründen. Es soll also die Rechtsphilosophie das Vernunftnothwendige im Recht aufsuchen und darweisen. Schon hienach dürfen wir als bewiesen aussprechen, dass dem Recht und Staat nicht bloss zu Grunde liege eine äusserliche realistische Nöthigung, sondern daneben und tiefer eine innerliche ideale Vernunftnothwendigkeit. Wir sind also hinaus über die Frage, ob Recht und Staat *φύσει* oder *θέσει* entstehen oder gar durch Vertrag. Wir haben das Recht als ein vernunftnothwendiges Attribut des Menschen erfasst, als eine nothwendige Folge der menschlichen Vernunft: nicht als ein nothwendiges Uebel, sondern als ein nothwendiges Gut. Der Mensch hat nicht nur um der äusseren Noth willen die Neigung, vernünftige Friedensordnungen aufzustellen (Besitz) oder moralische Ordnungen (Pietät, Dankbarkeit), sondern er hat daneben das Bedürfniss, um seiner Vernunft willen solche Normen aufzustellen, welche logisch seine Vernunft befriedigen.

### § 7.

Auch im Menschen erscheint die Verwirklichung von Natur- und Geistes-Gesetzen. Diese sind im Menschen zwar unterscheidbar, aber nicht absolut scheidbar. Natürliche Triebe dienen geistigen Kräften; andererseits sind die höchsten Ideale des Menschen zu ihrer Verwirklichung angewiesen auf ein Material von natürlichen Trieben, Kräften und Stoffen.

### § 8.

Solche Erscheinungen im Leben der Menschheit, welche in der Wechselwirkung von Ideal und Trieb, Geist und Natur, Form und Stoff bei allen Völkern auf allen Kulturstufen mit einheitlichem Wesen, obzwar stets wechselnden Erscheinungen, auftreten, nennen wir menschliche Attribute. Diese Attribute sind:

1. Die Sprache (Sprachtrieb, Gedanke und Wortstoff).
2. Familie (Geschlechttrieb, Ehe, väterliche Gewalt).
3. Kunst (Idee des Schönen, Formentrieb der Phantasie).

4. Religion (Trieb der unmittelbaren Erfassung des Absoluten, der gefühlsmässigen Subsumtion des Einzelnen unter das Höchste, Vernunftnothwendige: Bethätigung äusserer Erscheinungen im Kult und in gemeinsamer Verehrung).

5. Moral (Idee des Guten, Trieb der harmonischen Gestaltung von Selbsterhaltung und Hingebung, richtige Subsumtion des Einzelnen unter die höhere Allgemeinheit in den Motiven).

6. Recht und Staat (Idee der vernünftigen äusseren Friedensordnung, richtige Subsumtion der Erscheinungen des äusseren Verkehrs unter ihre vernünftige Ordnung).

7. Wissenschaft (Idee des Wahren, Trieb der theoretischen Subsumtion der Einzelercheinungen unter ihr höheres Begriffsgesetz).

### § 9.

Alle diese Attribute erscheinen der Anlage, dem Keime nach überall, wo und wann Menschengenossenschaften leben, weil sie wesentliche Bedürfnisse zugleich des menschlichen Geistes und der menschlichen Natur sind.

Wie der allgemeine Begriff des Menschen nicht erscheint in einer abstrakten Menschheit gleichsam oberhalb der einzelnen Völker, sondern nur in der Gesamtheit der Volksindividuen, so erscheinen jene Attribute niemals und nirgend in einer absoluten für immer giltigen Gestalt, sondern in immer wechselnden Bildungsformen bedingt durch zwei Faktoren:

a) ein innerer Faktor, der in seinen letzten Gründen unerklärbare Nationalcharakter; und

b) die Gesamtheit der geschichtlichen Voraussetzungen in Raum und Zeit, die auf den Nationalcharakter wirken.

Also kein sogenanntes Naturrecht, keine sogenannten angeborenen Rechte, keine sogenannten Menschenrechte.

### § 10.

Unter diesen Attributen finden wir bei psychologischer Betrachtung des Individuums und historischer Betrachtung der

Völker auch den Rechts- und Staats-Trieb vor in Realisirung der Rechts- und Staats-Idee. Der Mensch bedarf zu seiner Existenz und Erhaltung und mehr noch zur Entfaltung wegen seiner Leiblichkeit

- a) des äusseren physischen Stoffes d. h. der Sachenwelt und
- b) des Zusammenlebens, der äusseren Gemeinschaft mit anderen Menschen, wozu ihn drängen Geschlechtstrieb, Sprachtrieb, später die erkannten volkswirtschaftlichen Vortheile von Arbeitstheilung, Arbeitsverbindung und Austausch.

Dies sind die realen Wurzeln von Recht und Staat.

#### § 11.

Neben jene realen Wurzeln von Recht und Staat tritt nun aber unserer Grundanschauung gemäss eine ideale Wurzel, neben die äussere Nöthigung eine innere logische Nothwendigkeit für Recht und Staat.

- a) Das Recht. Der Mensch hat das logische, das Vernunftsbedürfniss, alles Einzelne unter ein Allgemeines, alle Erscheinungen unter vernünftige Nothwendigkeiten zu subsumiren d. h. unter Gesetze. Dieses Bedürfniss der logischen Subsumtion waltet nun auch bei den Einzelheiten des äusseren Verkehrs; auch diese Erscheinungen müssen nach einem zwingenden Bedürfniss des menschlichen Denkens subsumirt werden unter nicht bloss willkürliche, sondern unter vernunftbefriedigende Obersätze.

#### § 12.

- b) Der Staat. Er hat seine reale Wurzel in geschichtlichen Verhältnissen: meistens, aber nicht immer, in Stammesgemeinschaft, dann in der Lebenserleichterung, Sicherung, Förderung des Lebens durch die Gemeinschaft. Die ideale Wurzel hat der Staat ebenfalls in dem menschlichen Grundzuge zum Einheitlichen, Nothwendigen, Allgemeinen und zwar

- a) weil der Staat Voraussetzung für sichere, reichliche und volle Realisirung der Rechtsidee ist;
- b) in dem starken Idealtrieb des Patriotismus, der zunächst

naturwüchsig auftritt als Nationalismus und sich vergeistigt und gipfelt in dem Politismus: denn die richtige Subsumtion des ganz isolirten Einzelmenschen unter die ganz abstrakte Menschheit geschieht normal und vollkommen nur in der Nationalität. Das Volksgefühl ist jene Harmonie des berechtigten Individualismus und der pflichtmässigen Hingabe, welche (Harmonie) in allem Menschlichen das Ideale ist (also ebenso verwerflich der nationale Indifferentismus wie der inhaltlose Kosmopolitismus). Die Menschheit verwirklicht allerdings ihr und das Weltgesetz, aber nicht abstrakt, sondern nur konkret in der Summe der einzelnen Volkscharaktere. Die richtige Subsumtion des einzelnen Menschen unter seinen Artbegriff ist daher der innigste Zusammenschluss mit seiner Volksthümlichkeit. Nationalismus ist also nicht ein barbarisches Vorurtheil, sondern die richtige Form des Kosmopolitismus. Dass der Nationalismus zum Theil auf Naturtrieb beruht, (anders der Politismus), ist kein Vorwurf, sondern seine beste Rechtfertigung: er theilt sie mit Sprache, Familie und Kunst.

### § 13.

Die menschliche Vernunft fordert also nicht nur eine zufällige, äusserliche, willkürliche, beruhigende Ordnung der äusseren Verhältnisse der Menschen zu einander und zu den Sachen, sondern sie fordert eine vernunftgemässe Friedensordnung dieser Beziehungen. Die Erfüllung dieser Forderung ist das Recht. Das Recht ist also die vernünftige Friedensordnung einer Menschengenossenschaft in ihren äusseren Verhältnissen unter einander und zu den Sachen.

### § 14.

Der Staat ist die Gesamtform eines Volksthums zu Schutz und Förderung von Recht und Kultur.

### § 15.

Das Recht ist die Ordnung einer Menschengenossenschaft und zwar im subjektiven wie objektiven Sinn d. h. von einer

Menschengenossenschaft für eine solche aufgestellt: also die menschliche geschichtliche Bethätigung eines menschlichen Triebes. Folglich ist weder das Recht als Ganzes noch in einzelnen Instituten Produkt einer göttlichen Offenbarung, folglich ferner bezieht sich das Recht nur auf Verhältnisse der Menschen unter einander, nicht der Menschen zu Gott oder zu den Thieren.

### § 16.

Da das Recht die Friedensordnung einer Menschen-genossenschaft ist, kann es kein Naturrecht geben; nur die Idee des Rechts ist gemein-menschlich, die Erscheinungen derselben sind überall national und historisch bedingt.

### § 17.

Recht und Religion sind zwei wesentlich verschiedene, selbstständige, obzwar vielfach sich berührende Gebiete: Religion die unmittelbare Beziehung des Menschen zum Absoluten, das Recht eine Norm äusserer Menschenverhältnisse. Es berühren sich aber Recht und Religion

a) dadurch, dass in der Unmittelbarkeit, in der Vorkultur jedes Volkes alle menschlichen Attribute in einander gehüllt und verwickelt sind; Kunst, Religion, Moral, Recht bilden noch unausgeschieden die Substanz des nationalen Geistes (Gottesurtheil, Strafe als Opfer, religiöse Weihe der wichtigeren Rechtsgeschäfte). Der Kulturfortschritt beruht nun aber gerade in der Entwicklung der zur Selbstständigkeit reifenden Attribute.

b) Eine zweite Berührung von Religion und Recht liegt in der engen Verbindung von Religion und Moral einerseits, von Moral und Recht andererseits, wodurch einzelne Akte auch später noch zugleich religiösen und juristischen Charakter behalten (Eid).

c) Wenn der Religionstrieb aus dem bloss Inneren in äussere Verwirklichungen übergeht, äussere Verhältnisse der Menschen unter einander und zu Sachen gestaltet, wie die Religion, gleichwie jedes andere Attribut, nothwenig muss (Kulthandlungen, gemeinsame Verehrung, sakrale Sachen, Kir-



chengüter), dann freilich kann und muss auch für diese äusseren Beziehungen eine Friedensordnung Platz greifen d. h. ein Sakralrecht, Kirchenrecht, welches aber autonom von den religiösen Verbänden, nicht vom Staat zu schaffen ist: vorbehaltlich selbstverständlich des *jus cavendi atque judicandi* des Staates.

### § 18.

Der principielle Unterschied zwischen Recht und Ethos liegt darin, dass das Recht die vernünftige Friedensordnung äusserer, das Ethos die vernünftige Friedensordnung innerer Beziehungen der Menschen zu einander ist. Erst folgeweise ergiebt sich hieraus:

a) Die Erzwingbarkeit der Rechtspflichten und die Un-  
erzwingbarkeit der Moral.

b) Das Uebergewicht der Gesinnung im Ethos, der Hand-  
lung für das Recht.

Regelmässig, bei gesunden Rechtsverhältnissen, ist jeder Bruch des Rechts zugleich ein Bruch der Moral (Ausnahmen kommen vor, setzen aber immer krankhafte Zustände voraus), während selbstverständlich nicht jeder Bruch der Moral auch ein Bruch des Rechts ist.

### § 19.

Die älteste Form aller Rechtsbildung ist die des Gewohnheitsrechts (das Recht als kristallisirte Sitte). Wie in aller menschlichen Entwicklung geht auch im Recht das unmittelbare, unbewusste, überwiegend unabsichtliche Produciren der absichtlichen, reflektirenden Produktion voraus. Auch dies zeigt die gleiche Stellung des Rechts mit den übrigen menschlichen Attributen.

### § 20.

Wenn auf höheren Kulturstufen die bewusste Form der Rechtsbildung, d. h. die Gesetzgebung, erscheint, soll sie doch mit nichten das Fortwirken der Bildung von Gewohnheitsrecht

verhüten wollen, sie würde es nicht können und nur an Stelle eines gesunden Gewohnheitsrechts eine ungesunde Gesetzesinterpretation bewirken. Das Gesetz soll vielmehr neben dem Gewohnheitsrecht

- a) zweifelhaftes Gewohnheitsrecht entscheiden, fixiren;
- b) wo neuer Lebensinhalt neue Rechtsformen verlangt, welche das langsam schreitende Gewohnheitsrecht nicht rasch genug bilden kann, solche neue Rechtsformen schaffen;
- c) im Nothfall, aber nur mit Vorsicht, veraltetes, jetzt als unsittlich, unvernünftig, schädlich wirkend erkanntes Gewohnheitsrecht ändern und aufheben.

### § 21.

Da das Recht eine äussere Formbildung ist, steht der Inhalt des gesammten Innenlebens der Einzelnen und ihre inneren Beziehungen unter einander an sich nicht unter der Herrschaft des Rechts. Dies gilt, wie vom Ethos, so von allen übrigen Gebieten des inneren Lebens in Geist, Gemüth, Phantasie. Nur unter besonderen Voraussetzungen werden diese Gebiete und immer nur in ihrem äusseren Erscheinen fähig und bedürftig der Regelung durch Recht und Staat. Daraus folgt:

- a) Schutzrecht und Schutzpflicht des Staates gegen solche Erscheinungen dieser Attribute, die ein anderes Attribut oder den Staat selbst bedrohen (frivoler Missbrauch der Kunst, staatsgefährlicher Aberglaube etc.);
- b) Schutz der persönlichen und vermögensrechtlichen Rechte, welche sich an jene äusseren Erscheinungen knüpfen (Urheberrecht, Verlagsrecht etc.);
- c) Hegung und Förderung dieser auch für den Staat hochwichtigen Gebiete, soweit ihre Autonomie hiezu nicht ausreicht;
- d) Richterliche Kompetenz des Staates bei Konflikten.

### § 22.

Aus unserer Definition des Rechts (§ 13) folgt auch Berechtigung und Nothwendigkeit des provisorischen Schutzes

alles Besitzzustandes; denn wo Staat und Recht in Kraft bestehen d. h. eine vernünftige Friedensordnung herrscht, spricht die Vermuthung für die Vernunftgemässheit des jeweiligen wirklich friedlichen Besitzzustandes: denn sonst würde eben unter der Herrschaft von Recht und Staat der Besitz nicht friedlich bestehen.

### § 23.

Wie jedes natürliche Rechtssubjekt das Recht hat, unter Einhaltung der übergeordneten Friedensordnung seine äusseren Verhältnisse selbst zu ordnen, so muss auch jede Rechtsgenossenschaft im Staat unter gleicher Voraussetzung das gleiche Recht haben, insbesondere auch was ihre Verfassung, die Pflichten und Rechte ihrer Glieder betrifft. Dies (abgeleitet aus § 3 und 13) bedeutet also:

a) innerhalb des Staates das Princip der Autonomie, der Selbstverwaltung als ein begrifflich gerechtfertigtes und

b) im Verhältniss souveräner Staaten unter einander das Princip der Nichtintervention, das nur ausnahmsweise beschränkt werden kann:

a) durch einen Specialtitel in Vertrag oder Gewohnheitsrecht und

b) durch Selbsthilfe bei Nothstand.

### § 24.

In jeder Rechtsinstitution muss sich wenigstens der Versuch der Verwirklichung einer Vernunftidee in der Kategorie des Rechts nachweisen lassen. Diesen Versuch aufzudecken ist eine der wesentlichsten und an tief sinnigen Ergebnissen reichsten Aufgaben der Rechtsphilosophie.

### § 25.

Wenn aber auch die Rechtsphilosophie theoretisch die relative d. h. die historische Berechtigung (*causa sufficiens*) aller Rechtsinstitutionen als versuchter Verwirklichungen der Rechts-

idee anzuerkennen hat, so folgt doch andererseits aus unserer Definition, dass jeder Einzelne Pflicht und Recht hat, die Rechtsgebilde seines Staates danach zu prüfen, ob sie auch dermalen noch vernünftige Friedensordnungen sind. Nur im Bejahungsfall wird er freudig gehorchen; auch im Verneinungsfall besteht die Gehorsamspflicht (§ 18), aber zugleich die Pflicht, auf friedensordnungsmässigem Wege zur Umgestaltung des nicht mehr vernünftigen Rechtsbestandes hinzuwirken, auch das Recht, aber mehr in der Gesamtheit als in seinem Interesse. Es folgt also aus dem richtig verstandenen historischen Princip keineswegs jener politische Quietismus oder Fatalismus, den man ihm vorwarf, sondern das Gegentheil: denn jeder Einzelne trägt hienach durch Schuld seiner Trägheit und Stumpfheit dazu bei, wenn ein ganzes Volk der Autonomie unfähig wird, veraltete Rechtsinstitutionen noch fortschleppt, wenn statt Reformation Rechtsstagnation oder Rechtsbruch (Revolution), vielleicht Untergang des Staates eintritt.

### § 26.

An sich ruht die Verwirklichung der Rechtsidee, wie z. B. auch der Volkssprache, auf dem ganzen Volk: es ist aber nicht eine Anomalie, ein Verstoss gegen das Princip, wenn bei fortschreitender Kultur in Folge individueller Begabung und Neigung, in Folge des Principes der Arbeitstheilung überhaupt und der massenhaften Anwachsung von Rechtsstoff ein besonderer Juristenstand entsteht (analog Volkspoesie, später Kunstpoesie). Der Juristenstand muss sich dann nur stets als lebendiges Glied seines Volkes empfinden: er darf mit seiner überlegenen Rechtsbildung die Rechtsproduktion des Volkes leiten, soll sie aber nicht im Widerspruch gegen Volkscharakter und Volksgeschichte erzwingen wollen.

### § 27.

Aus § 13 folgt, dass Rechtssubjekt zunächst jeder Mensch und nur der Mensch sein kann; natürliches Rechtssubjekt ist

der Mensch, nach Abschaffung der Sklaverei, weil er selbstbewusster Träger einer Rechtsvernunft ist. Es kann nun aber in rechtsphilosophisch vollbegründeter Weise auch ein künstliches Rechtssubjekt d. h. eine künstliche Persönlichkeit bestehen. Erforderlich und genügend wird hiefür sein, was erforderlich und genügend war, ein natürliches Rechtssubjekt entstehen zu lassen, d. h.

- a) eine Rechtsvernunft, getragen
- b) von einem Corpus, einem leiblichen Substrat.

### § 28.

Gegenstände des Rechts können nur sein Aeusserlichkeiten, freilich auch als Erscheinungen von Innerlichkeiten (Urheberrecht, Kirchenrecht etc.). Demnach sind Rechtsobjekte nur

- a) Sachen oder
- b) Menschenverhältnisse d. h. Rechte und zwar
  1. dauernde, Rechtszustände,
  2. vorübergehende, Handlungen.

### § 29.

Daraus folgt, dass alle Forderungen der leiblichen, sittlichen, geistigen Natur des Menschen nur dann des Rechtsschutzes fähig und bedürftig werden, wenn sie in äusseren Erscheinungen unbeschadet ihres inneren Werthes vom Recht ergriffen werden können. Und erst dann, wenn Regungen, Wünsche, Bedürfnisse der menschlichen Natur vom Recht anerkannt und geschützt werden, werden sie Recht: vorher sind sie Postulate, Wünsche, vielleicht nothwendige Bestrebungen, aber nicht Recht. Es giebt also keine sogenannten angeborenen oder gemein-menschlichen Rechte. Ihre Annahme beruht stets auf Konfusion: entweder von Moral und Recht oder der Persönlichkeit als des allgemeinen Substrats aller Rechte mit einzelnen jura quaesita oder endlich auf der Konfusion des legislatorischen und des positiv rechtlichen Standpunkts.

## § 30.

Jedes natürliche Rechtssubjekt ist hienach als solches für die ganze Dauer seiner Existenz nothwendig rechtsfähig. Daraus folgt, dass der Mensch nie als rechtlos behandelt werden darf, sonst würde sich ja das Rechtssubjekt in ein blosses Rechtsobjekt verwandeln: also Anerkennung der Rechtsfähigkeit auch im Fremden, im Kriegsgefangenen, im Wahnsinnigen, im Trunkenen, im Verbrecher. Gegen den Kriegsfeind waltet Nothwehr resp. Nothstand des Staates ausgeübt durch dessen Wehrkraft. Daraus folgt ferner de lege ferenda die Verwerfung der Sklaverei, des Strandrechts und der Folter.

## § 31.

Die Strafe ist die Selbstbehauptung der vernünftigen Friedensordnung gegen vernunftwidrigen äusseren Angriff durch äussere Repression. Der Unterschied des Strafunrechts vom Civilunrecht ist ein geschichtlich schwankender. Die verschiedene Abstufung der Strafe wird bemessen nach der objektiven Gefährlichkeit des Verbrechens oder nach der subjektiven Verwerflichkeit der Gesinnung. Abschreckung, Besserung, Sicherung sind nur sekundäre Gesichtspunkte, namentlich bei der Wahl der Strafmittel, bei der Ausmessung des Strafquantums massgebend. Was die Todesstrafe betrifft, so steht unzweifelhaft dem Staat das *jus morte puniendi* zu: nicht bloss wegen der Abschreckung, sondern vermöge des Principes der Proportionalität.

## § 32.

Aus unserer Rechtsdefinition (§ 13) folgt auch die rechtsphilosophische Begründung der Klagenverjährung und der Ersitzung; es folgt ferner aus ihr im Gebiet des Völkerrechts und Staatsrechts die sogenannte *legitimitio per possessionem*. Nicht bloss aus praktischen Utilitätsgründen rechtfertigen sich diese Institute: vielmehr ist ja das Recht eine vernünftige

Friedensordnung. Sowenig nun das bloss Reale ohne das Ideale der *opinio necessitatis* Recht ist, ebensowenig der blosser Rechtsanspruch, das bloss Ideale, der blosser Rechts-spiritualismus, wie er in der extremen Legitimitätstheorie enthalten ist.

### § 33.

Wenn auch in jedem Lebenskreis die Friedensordnung soweit möglich autonom geschaffen werden soll, so folgt doch aus § 13 und 14

1. die Unmöglichkeit, den Staat durch die sogenannte Gesellschaft ersetzen zu wollen,

2. die übergeordnete, allumfassende, in allen Konflikten entscheidende Autorität des Staates über allen Kreisen der sogenannten Gesellschaft.

Der Staat soll durch den Kulturfortschritt nicht verdrängt, nicht überflüssig gemacht werden, sondern einerseits in den einzelnen Lebensgebieten in Inhalt und Form die möglichste Vervollkommnung steigern, auch deren Autonomie steigern und andererseits sich selbst d. h. seine Verfassung und (Selbst-) Verwaltung zur Freiheit empor bilden.

### § 34.

Das Eigenthum entsteht durch die Steigerung des Besitzschutzes auch nach verlorener Detention durch Anerkennung der Gesamtheit.

### § 35.

Ganz ebenso wie das Eigenthum aus gesteigertem Besitzschutz durch Anerkennung, ist die Ehe und die väterliche Gewalt, sind die Familienrechte überhaupt entstanden durch Anerkennung ursprünglich rein thatsächlicher Verhältnisse. Diese Anerkennung erst hat rein thatsächliche natürliche Beziehungen zu Rechtsverhältnissen gestaltet.

## § 36.

Der Staat entsteht weder durch ausdrücklichen noch durch stillschweigenden Vertrag noch durch übermenschliche Einsetzung, sondern er erwächst instinktiv geschichtlich aus der Sippe, Horde und Gemeinde. Seine Wurzeln sind der Rechtstrieb und Nationaltrieb. Der Staatstrieb ist die idealisirte Form des Nationaltriebes. Der Staat schafft nicht das Recht, ist aber Voraussetzung und Rahmen für volle, sichere Rechtsgestaltung. Von der Sippe und Gemeinde unterscheidet er sich geschichtlich betrachtet nicht absolut, sondern relativ d. h. durch die stärkere Betonung des Nationalen oder doch den mehr bewussten Gegensatz nach aussen; thatsächlich dann durch die vermehrte Zahl der gemeinsam verfolgten Zwecke.

---



## II.

Dahn, Dr. Felix. Die Vernunft im Recht.

Grundlagen der Rechtsphilosophie. Berlin 1879. Verlag von  
Otto Janke. 8. (4 Bl. IV. 220.)

Eine rechtsphilosophische Studie

von

Dr. Julius Bahnsen in Lauenburg.

Indem die Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft einen Laien zum Wort verstattet, acceptirt sie praktisch das Princip einer der jüngsten Thatsachen ihrer Disciplin: die erweiterte Competenz des Schöffen. Wenn aber Rud. von Jhering den „Zweck im Recht“ hierbei nur unter der Voraussetzung gesichert glaubt, dass eine ständige Schulung und Zucht des Standes sich allmählich zu einer neuen Garantie entwickele (I. 412 fg.), so mag ein Vertreter der Willensmetaphysik als Rechtsphilosoph sich zu seinem Ausweis wohl darauf berufen, dass seine Aufgabe vielfach mit der des Juristen zusammenfalle, er also einige Uebung in der Zerlegung einer Handlung in ihre begrifflichen Momente und speciell als charakterologischer Beurtheiler auch in der Zurückführung einer That auf ihre Motive, sowie in Feststellung des so überaus schwierigen Bedingungsbegriffs bereits mitbringe.

Nimmt er jedoch nun notorisch weiter als antilogischer Real-  
dialektiker gegen Alles, was sich als blos „aprioristische Con-

struction“ geberdet, einen ausgesprochen gegnerischen Standpunkt ein, so scheint sich in kaum zu umgehender Weise die Präsumtion aufzudrängen, es müsse derselbe, wo der Eine im Recht den „Zweck“, der Andere die „Vernunft“ zur Darstellung bringen will, mit all seinen Sympathien und Vorurtheilen auf Seiten des Ersteren stehen; und wenn dennoch faktisch das Gegentheil sich ergibt, so wird damit eine gewisse Gewähr geleistet sein, dass er sich mit der Unparteilichkeit voller Objectivität zur Sache verhalte.

Als Felix Dahn es unternahm, an der Hand der Prüfung eines erst in seinem vorbereitenden Bande erschienenen Werkes sein eigenes rechtsphilosophisches System im Grundriss vor uns hinzubreiten, da konnte er sich nicht verhehlen, wie misslich es sei, in der Form glossatorischer Marginalien anzukämpfen gegen ein Princip, dessen volle Ausführung sein Urheber sich für den folgenden Band vorbehalten; und wenn dabei dennoch ein nicht nur lesbares, sondern im höchsten Grade anziehendes Schriftchen herausgekommen ist, so haben wir das unverkennbar der geistvollen Gestaltungskraft des Verfassers zu verdanken, welcher seine kritischen Einzelbemerkungen durch eine Menge intuitiver Geistesblitze belebt und dabei aus dem Reichthum seiner rechtshistorischen Kenntnisse eine Fülle von Belegen austreut, die seiner Leistung grade unter dem Gesichtspunkt der vergleichenden Rechtsgeschichte ein viel höheres Interesse verleiht, als wie der wesentlich auf die römische Rechtsentwicklung sich beschränkende Jhering für sich in Anspruch nehmen kann.

Andererseits hat der Rechtsphilosoph in Dahn einen mit sichtlichem Erfolge schon früh in philosophische Schulung getretenen Mann vor sich, während Jhering mit grosser Offenheit eingesteht, diesen Mangel seiner Jugendbildung schmerzlich zu empfinden, und damit an die Nachsicht Derer appellirt, welche hin und wieder allerdings allen Anlass haben, es zu beklagen, dass einem so klar, tief und selbständig denkenden Geiste eine Hülfe gefehlt hat, die nur die Unwissenheit für

ein gleichgültiges Requisit der allein und wahrhaft wissenschaftlichen Methode ansehen kann.

Nun sehen wir den auch intuitiv so hochbegabten Mann oft rein umsonst sich abmühen um längst gethane Arbeit, und, während er den allerfestesten historischen Boden unter den Füßen zu haben glaubt, selber in jenen haltlosen Höhen blosser Abstractionen schweben, welche niemand lebhafter perhorresciren möchte als er selber. Damit mag es zusammenhängen, dass sich Jhering die im Uebrigen so consequent nicht blos angestrebte, sondern auch durchgeführte Immanenz seiner Rechtsentwicklung ganz unnöthigerweise trübt durch eine theistische Perspective, welche freilich sehr im Hintergrunde bleibt, aber auch da noch nachwirkt, wo mit einem Rückfall in dualistische Anschauungen — Jhering rühmt sich sonst gelegentlich selber seines reinen Monismus — zwischen Thier und Mensch eine viel weitere Kluft befestigt werden soll, als wie der Wirklichkeit entspricht — und das Alles blos, weil Jhering sich ausser Stande erklärt, „Zwecke“ und „Zweckmässigkeit“ anders als auf der Grundlage eines bewussten Willens sich vorzustellen. Darum kommt er denn auch über blosse Anläufe zu einem ethischen Darwinismus nicht hinaus, und wo ihm gewisse anthropologische Thatsachen in die Quere kommen, zieht er sich zu allseitiger Ueberraschung plötzlich auf den rein begrifflichen Standpunkt zurück und will sich zu nichts als einer Herleitung des augenblicklich gegebenen Culturzustandes aus den Principien socialer Zweckmässigkeit anheischig gemacht haben.

Dass Dahn alle diese Schwächen mit scharfem Blick erkannt und aufgedeckt hat, macht seine mit der frischen Lebhaftigkeit eines schönen Enthusiasmus und doch bei allem Eifer mit nie verletzter Urbanität geführte Polemik in den Augen des philosophischen Schiedsmannes zu einer durchweg siegreichen. Aber auch das Urtheil des Rechtshistorikers wird er im Allgemeinen auf seiner Seite haben; denn er macht eben vollen Ernst wie mit der Immanenz und mit dem Monismus, so auch mit der „naturwissenschaftlichen“ Betrachtungsweise, welche Jhering

zwar auch verfolgen möchte, aber doch bald wieder preisgibt an eine einseitig historische Reproduction der, ihm für schlechthin typisch geltenden, specifisch römischen Rechtsgestaltung.

Dahn charakterisirt selber seine Rechtsphilosophie im Unterschiede vom weiland Naturrecht als einen „Historismus“, der sich zwar als dankbaren Zögling der im engern Sinne sogenannten „historischen Schule“ bekennt, aber doch auch dieser gegenüber in wesentlichen Punkten seine volle Selbständigkeit behauptet, insbesondere, soweit ich sehe, in einer weiteren Erfassung der Sphäre geschichtlichen Werdens, indem namentlich mit allem Nachdruck die lückenlose Continuität zwischen thierischer und menschlicher Lebensentfaltung betont wird, so dass ebenso sehr die Freunde Häckel's wie die Anhänger Schopenhauer's ihre ungeschmälerte Freude haben können an der Aufrollung eines Evolutionismus, welcher trotz aller Herauskehrung des „Vernünftigen“ von den panlogistischen Velleitäten des Hegelthums sich meilenweit entfernt hält.

Wenn dennoch dem „Realismus“ Jhering's Dahn den „Idealismus“ einer trotz aller Relativität nationaler Rechtsideale mit der Unerschütterlichkeit logischer Consequenz sich verwirklichenden Rechtsvernunft gegenüberstellt, so erkennt der willensmetaphysisch gestimmte Beurtheiler in dieser Einseitigkeit die Achillesferse seiner Systematik — Schritt vor Schritt im Einklange sich fortbewegend mit der Verwerfung alles dessen, was Dahn an Jhering's Aufbau für unhaltbar erklärt, muss unsere Kritik der Formulirung seines Grundgedankens ihre Zustimmung versagen. Zwar steht er der charakterologischen Würdigung der Rechtsentstehung mit seiner psychologischen Analyse ungleich näher als der ausschliesslich in logischer Gedankenbewegung sich ergehende Jhering — aber sein Streben, überall die „Vernunft“ als das allein Maassgebende und Entscheidende zur Anerkennung zu bringen, erweist sich unfähig, die historischen Vorkommnisse von unleugbar antilogischem Charakter philosophisch zu überwinden. Angesichts ihrer verfällt er selber in einen Fehler, wie er ihn an Andern mit

allem Fug rügt: anstatt mit der Realdialektik die Thatsächlichkeit eines Widerspruchs offen anzuerkennen, sucht er dieselbe als einen blossen Schein zu beseitigen, der eben nur durch die Relativität aller Ideale soll entstanden sein. Mit all jenem grossartigen Individualismus, welchen wir an Felix Dahn dem Dichter bewundern, und mit all jenem absoluten Autonomismus, welchen grade er uns gelehrt hat als den Grundzug urgermanischer Heldennatur staunend zu verehren, tritt er ein für das Recht der freien Selbstbestimmung des Einzelnen gegenüber den unbefugten Ansprüchen einer despotischen „Gesellschaft“, und wir stehen nicht an, die hiervon handelnden, mit fortreissender Beredsamkeit vorgetragenen Abschnitte seines Buches als dessen Glanz- und Höhepunkte zu bezeichnen: aber dennoch, was auch ihm abgeht, ist die Unbefangenheit der Einsicht, dass Alles, was am Recht der Einzwängung in das logische Schema widerstrebt, auf einen im Kern des Willenswesens selber liegenden Widerspruch zurückweist.

Das letzte Wort in diesem ersten, ausgesprochenermassen einer Verherrlichung des (disciplinirten) Egoismus gewidmeten Bande Jhering's lautet — Liebe. Damit werden wir auf das Thema des noch vorbehaltenen Bandes vertröstet. Sicherlich aber ist es eins von Dahn's grössten Verdiensten, darauf hingewiesen zu haben, wie diess zweite Element schon überall mit hineinspielt in alle, auch die primitivste und elementarste Rechtsgestaltung, vgl. u. A. S. 118. Legen wir uns gewisse Andeutungen Jhering's richtig aus, so soll sich zuletzt die Selbstverleugnung als eine Efflorescenz, als ein darwinistisches Entwicklungsproduct ihres strictesten Widerparts, der Selbstsucht, ergeben; ja er vermisst sich irgendwo gradezu, seinerseits auf einfachstem Wege deduciren zu wollen, was Schopenhauer als das eigentliche „Mysterium“ aller Ethik habe stehen lassen (I, 55 n. coll. 63). Der Referent als Realdialektiker kann nicht umhin, auch in diesem Stücke seinem Meister getreu zu bleiben, weil er den von Jhering übernommenen Beweis nicht für erbracht hält. Als Charakterolog sagt er: kein Einzelwille ist

ganz und bloß egoistisch, keiner auch ganz und rein selbstverleugnend, — Eins besteht nicht bloß neben, sondern in dem Andern, und nur die Verschiedenheit dieses Mischungsverhältnisses markirt die Grade auf der Skala der ethischen Werthschätzung. Allein deshalb ist es nicht minder wahr, dass dennoch Selbstsucht und Selbstverleugnung sich schlechthin wie Ja und Nein verhalten, also im strengsten Sinne einen contradictorischen Gegensatz, einen absoluten Widerspruch bilden, und zwar nicht etwa bloß nach abstract logischer Bemessung, sondern auch in ihrer realpraktischen Bethätigung.

Die Liebe so wenig wie der Egoismus wäre rein für sich im Stande gewesen, das Recht aus sich zu gebären; es musste erzeugt werden in dem Zusammenwirken dieser beiden, einander nicht etwa bloß widerstreitenden, sondern — logisch angesehen — wechselseitig einander reinweg negirenden, also aufhebenden Triebfedern. Dass der reine Widerspruch nicht, wie die Logik präsumiren lässt, das Resultat Null ergibt, ist der eigentlich ketzerische Grundgedanke der Realdialektik, dessen faktische Richtigkeit diese an der überreichen Fülle erfahrungsmässig gegebenen Materials für alle Einzeldisciplinen im Detail zu erhärten hat. Und dabei bekennt sie sich für den ethischen Theil ihrer Aufgabe grade solchen Werken wie den uns hier beschäftigenden zu hohem Danke verpflichtet. Niemand kann über seinen Schatten springen — das muss den Referenten entschuldigen, wenn er auch diese Gelegenheit nicht vorübergehen lassen kann, ohne zu constatiren, wie die sich selbst überlassene blosse „Vernunft“ immer und überall auf eine reine Absurdität hinausläuft. Insofern haben Jhering und Dahn sich kein schlimmeres Schicksal bereitet als schon vor Jahren Lasson, der mittels Verallgemeinerung eben erst abgelaufener Ereignisse haarscharf explicirte, dass es ein Völkerrecht als eigentliches Recht gar nicht geben könne, und der dabei am Ende ungezählter Jahrtausende einen Ausblick genau auf das nämliche Universal- oder Weltreich eröffnete, welches auch Jhering für unausbleiblich hält, während Dahn vorzugsweise

aus charakterologischen Gründen dessen Möglichkeit bestreitet und auch darin der individualistisch denkenden Willensmetaphysik näher bleibt.

Man hat ja neuerdings mehrfach versucht, den ethischen Utilitarismus in der Weise zu erneuern, dass man das Princip der „Solidarität“ zur Vermittlung zwischen Selbstsucht und Selbstverleugnung anrief. Das hiess mit andern Worten das Moralische ins Rechtsleben aufgehen lassen, eine Verengung des allgemein Ethischen, welche gewiss eine mindestens ebenso energische Zurückweisung verdiente, als wie die von den Juristen stets so entschieden bekämpfte Einmischung des Moralischen in die reinen Rechtsfragen. Denn ein solcher Bastard Belials und der heiligen Jungfrau mag tauglich sein, unter seine Herrschaft das Reich eines ethischen Macchiavellismus zu stellen, wird aber sich stets unzulänglich erweisen, sowie es darauf ankommt, Lebenssphären zu umfassen, deren Bewaltung sich nicht als eine blosse Calculaturaufgabe behandeln lässt. Da mag eine verbaldialektische Synthese zwischen der These Egoismus und der Antithesis Liebe sich ergeben können, aber kein Verständniss für die innere correlative Bezogenheit, in welche sich das lebendige Individuum sofort bei seinem Eintritt in die Welt schon insofern versetzt sieht, als es sich keinen Augenblick dem Auf-andere-sich-angewiesen-wissen zu entziehen vermag. Auf dem Wege eines solchen Rechenexempels steuern wir — und alle bisherigen theoretischen Versuche, die Menschenwelt ganz durch Solidarität regieren zu lassen, bestätigen diess — mit unabweisbarer Consequenz einem communistisch constituirten Menschheitsverbände und dem chinesischen Moralideale bequemster Coexistenz mittels kaltverständiger Höflichkeit zu. Dann zahlt niemand mehr einen Deut über die ihm nach statistisch aufgemachter Lastenvertheilung zufallende Rate, und wer an solch rein mechanisch ausgleichender Statik das Moment absoluter Objectivität rühmen möchte, wird bald genug inne werden, dass es ohne Berücksichtigung der subjectiven Factoren nichts weiter gibt als das Facit jener *communicata*

*ratio*, welche zwar allen Praktiken weitesten Spielraum lässt, dagegen für irgend ein eigentlich humanes Bedürfniss keinen Platz hat. Will man sehen, wie solche dabei fahren, so vergegenwärtige man sich nur, welch unwürdiges Schauspiel überall da zu Tage getreten ist, wo man auch freie Liebeswerke (Krankenpflege, Seelsorge u. s. w.) unter den Bann einer sogenannten Organisation gestellt hat, da doch noch heute so gut wie vor Jahrtausenden das Wort seine Wahrheit behalten: die Liebe duldet keinen Zwang.

Aus solcher Einsicht entspringt nun auch eine Reihe der Einwendungen, welche Dahn gegen die Aufstellungen Jhering's erhebt, namentlich seine Verwahrungen gegen die Kompetenzüberschreitungen der Rechtsidee gegenüber der Selbstbestimmungssphäre des Einzelnen. Darin bezeugt sich Dahn als ein Mann, der sich von den Voreingenommenheiten eines besonderen Faches und Berufs mit der Unbefangenheit eines universell angelegten und ausgebildeten Geistes völlig freigehalten hat: er will nichts wissen von den maasslosen Ansprüchen, mit welchen sich die angebliche „Gesellschaft“ im Namen des Rechtes oder Staates Uebergriffe von gradezu despotischem Charakter in den Bereich dessen herausnimmt, was von ihrem Ressort einfürallemal ausgeschlossen bleiben muss, wenn das Individuum es überhaupt noch der Mühe werth finden soll, seine Existenz als eine *vita vitalis* fortzuführen (vgl. S. 177 und noch energischer auf S. 191). Hier müssen ganz die nämlichen Erwägungen zum Ausdruck kommen, wie bei der Widerlegung der socialdemokratischen Theorien; denn da wie dort steht ja die Abgrenzung der Selbständigkeit des Einzelnen gegen seine Abhängigkeit von der Gesamtheit zur Frage — ein Problem von demselben metaphysischen Gehalt wie es den Physiker und Chemiker beschäftigt, wo sich diese über die dynamische Stellung des Atoms innerhalb der Gesamtmaterie klar zu werden suchen.

Die Formel, mit welcher Jhering hierfür auszukommen glaubt, empfiehlt sich freilich durch grosse Einfachheit: ich bin



für mich da — die Welt ist für mich da — ich bin für die Welt da. Dennoch macht sich für die Anwendung, welche er ihr im Einzelnen zu geben gedenkt, die unvollendete Gestalt, in der sein Werk noch vorliegt, am hemmendsten fühlbar.

Zuweilen meint man bei ihm auf Andeutungen zu stossen, nach welchen das eigentliche Schwergewicht doch auf den ersten unter diesen drei Sätzen fallen solle, nämlich so, dass als der wahre und letzte Zweck des Rechts die Selbstbehauptung des Individuums in seiner absoluten Dignität und eben nur beschränkt durch die vom Recht statuirten Bedingungen der socialen Solidarität solle anerkannt werden. Desshalb konnte Dahn auch Spuren Rousseau'scher Grundgedanken bei ihm finden, und ohne Frage erledigt sich mancher Competenzzweifel am einfachsten, wenn man gewisse Maassnahmen der Gesammtheit als ebensoviele an den Einzelnen gestellte Ultimate ansieht: fügst Du Dich nicht dieser meiner Forderung, so entziehe ich Dir meinen Schutz, ohne den Du keine Stunde in Deinen gegenwärtigen Verhältnissen weiter leben kannst. Gegenüber den rücksichtslosen Constructionen eines Fichte wie den idealistischen Abstractionen eines Wilh. von Humboldt und den zum Theil handgreiflichen Sophismen des grade auf seine logische Correctheit so überlaut pochenden Stuart Mill hat Jhering freilich leichtes Spiel; aber schwerer wird er hinwegkommen über Manches, was ihm Dahn zu bedenken gibt.

Wäre es nicht so schwer, einen allgemein gültigen Kanon für die gegenseitige Pflichtstellung zwischen Individuum und Gesellschaft zu finden, so wäre ja grade auch die vergleichende Rechtsgeschichte bereits zu einer so gut wie gegenstandslosen Wissenschaft geworden; denn ihr Thema bildet ja doch eben jene Asymptote zwischen der Unmöglichkeit, auch nur einen Moment lang in der absoluten Isolirtheit des reinen Solipsismus als der Beziehungslosigkeit des todtenhaft unorganischen Seins zu verharren einerseits und andererseits den Präensionen einer Gemeinschaft, welche selber in dem Augenblicke in reine Substanzlosigkeit sich verflüchtigt, wo die sie constituirenden

Individuen sich aus ihr zurückziehen. Wenn also Jhering es liebt, Schiller'sche Verse zu citiren, so hätte er sich auch des Distichons erinnern sollen:

Einig sollst Du zwar sein, doch Eines nicht mit dem Ganzen;

Durch die Vernunft bist Du Eins, einig mit ihm durch das Herz —  
als einer noch heute vollauf gültigen Abfertigung aller in eine falsche All-Einheit sich verlierenden Doctrinen.

Als ein wie vages Ding nun aber obendrein sich jeder näheren Prüfung jenes Wesen darstellt, mit welchem Jhering unter dem Namen „Gesellschaft“ operirt, das macht den eigentlichen Angelpunkt der Dahn'schen Polemik aus, wobei sich wieder die Ueberlegenheit jeder allgemein genialen Auffassung über die blosse Specialität bestätigt. Bei Jhering sieht man das *punctum saliens* zwar fortwährend gestreift, aber ebenso oft wieder aus seiner centralen Stellung verdrängt werden, weil immer wieder die Betrachtung *sub specie juris* präponderirt; während man bei Dahn nicht selten die Sprache der Willensmetaphysik selber zu vernehmen glaubt und es nur einer ganz leisen Verschiebung ins mehr Concrete zu bedürfen scheint, um Alles richtig zu stellen, indem an den Platz der „Vernunft“ („ratio cogens“ S. 145) das System der Realcompensationen der Einzelwillen zu treten hätte, wofür Dahn selber schon den auch die Willensinteressen so anmuthend zur Geltung bringenden Ausdruck „Friedensordnung“ verwendet.

Hätte sich Jhering entschliessen können, statt des abstracten Zweckbegriffs den concreten Durchschnitt der allgemein menschlichen charakterologischen Grundlage zum *principium deducendi* zu nehmen, so würden die meisten der Anstände vermieden sein, welche jetzt gegen ihn sich erheben. Dann könnten wir auch der „*opinio necessitatis*“ entrathen, in welcher Dahn — wohl nach dem Vorgang v. Prantl's — das eigentliche Räthselwort für die Anerkennung der Rechtsnormen als allgemein bindender glaubt entdeckt zu haben. Das schöne Vertrauen, welches er der Wirksamkeit des logischen Zwanges schenkt, wäre besser der menschlichen Natur in ihrer realdialektischen Selbstaus-

gleichung zugewendet; denn wo solche nicht schon innerhalb der einzelnen Functionen und Organe sich bethätigt, da kommt auch keine „Selbstregulirung“ des Ganzen zu Stande: nur der innere Widerspruch in allem Sein ist das eigentliche *primum movens* in allem Lebendigen; das realdialektische Geheimniss ist kein anderes auf dem Boden der Biologie wie auf dem des Rechts: was sich nicht fügen, nicht den widerstrebenden Theil seines Willensinhalts in Selbstüberwindung unterwerfen „will“, wird ausgestossen: der Exlex oder *out-law* bekommt seinen Willen, ausserhalb der Friedensordnung stehen zu wollen, das ist der Humor davon und damit alle Erzwingbarkeit, soweit solche überhaupt ein integrirendes Merkmal des Rechtes ausmacht, hinlänglich erklärt. Weil die Welt und ihre Gesetze von realdialektischem Charakter sind, ist es auch was besseres als eine bloß witzige Paradoxie, von einem eventuellen Recht zum Rechtsbruch zu sprechen. Denn man darf nicht vergessen: was das Recht als gedachtes zum Recht macht, kann nicht das bloß formale *accedens* der „Anerkennung“ sein; diese ist ein bloß secundäres Moment, nämlich die bloße Bedingung für die Effectuirung des Rechtsgedankens, welche als solche mit dessen materialem Gehalte nichts zu thun hat.

Dieser bestimmt sich nicht nach abstract quantitativen Proportionen (obgleich Dahn Recht hat, auf ein mathematisches Element in gewissen Rechtsconsequenzen aufmerksam zu machen, S. 46 u. 109), sondern nach concret qualitativen Relationen, und darum ist es, dass in aller Urzeit das Recht dem Instinkt-boden des Mythischen und selbst Mystischen mit entwachsen ist (S. 117 fg.). Darum fesseln uns bei Dahn vor Allem die Parallelen zwischen den Entfaltungen des Sprach-, Kunst- und Religionstriebes mit denen des Rechtstriebes — denn sie alle haben ihren einzigen wahren Ursprung im Willen, der seinen Inhalt in der Mehrheit von Trieben aus sich heraussetzt und ohne welchen keine Gewöhnung, mithin auch kein Gewohnheitsrecht denkbar ist.

Alle Geschichte hat zum Inhalt die zunehmende Vollkommen-

heit in der Selbstverwirklichung eines Specialwollens — das gilt von den Geschichten der einzelnen Wissenschaften wie von den prähistorischen Perioden kosmogonischer Prozesse (wie das du Prel in seinem „Kampf ums Dasein am Himmel“ dargethan) in gleichem Maasse, und nur weil sich in der Generationenkette gemeinsamer Abstammung die Identität eines sich im Allgemeinen gleichbleibenden Artwillens zur permanenten Erscheinung bringt, haben die Nationalunterschiede solch übermächtige Bedeutung für die Mannigfaltigkeit der Rechtsgestaltung gewinnen können.

Nur in einem concret erweiterten Ichbewusstsein bleibt auch jenes Gemüthspathos lebendig, welches Dahn als ein unentbehrliches Ingrediens aller Rechtserfahrung herauskehrt — Jhering lässt auffallenderweise den engen Zusammenhang zwischen Ehre und Recht völlig ausser Acht, auf welchen ihn doch schon die etymologisch-synonymischen Paare *jure-merito*, *justus-meritus*, *merere-dignum esse* hätten führen können. So oft wir *indignus* mit „empörend“ übersetzen, oder in der *indignatio* die eigenthümliche Wirkung grade der *injuria* oder *offensio* (ursprünglich = Anrempeln) als des unmittelbarsten Motivs zur propulsiven Selbstbehauptung (= *defensio*) empfinden, liegt ein Zeugniß dafür vor, dass die blosse Zweckmässigkeit das Wesen des Rechts schon deshalb nicht erschöpft, weil es nichts nüchterneres und kühleres oder erregungsloseres gibt, als grade ein rein nach Zwecken sich bestimmendes Handeln sammt der dafür vorausgesetzten Einsicht in die Zweckmässigkeit; dagegen wer sich Gleichgestellten gegenüber „etwas vergibt“, leidet unmittelbar Schaden an seiner Ehre. Das primärste Rechtsgebiet ist ja nicht die wechselseitige Abgrenzung der im Eigenthum sich darstellenden Kraft- oder „Vermögens“-Sphäre der Einzelnen, sondern das persönliche Begegnen zweier Individuen, das Kreuzen der beiderseits spontan eingeschlagenen Bewegungsrichtungen, ganz analog dem Anprall zweier in ihren Bahnen aufeinanderstossender Atome, deren jedes sich und seinen Platz zu behaupten strebt. Der im einen wie im andern Falle aus einer unendlichen Reihe reciproker Compen-

sationen resultirende Zustand der relativen Ruhe zeitweiligen Gleichgewichts ergibt für die Menschenwelt die „Friedensordnung“, deren „Gesetzlichkeit“ sowenig eine schlecht hin uniforme sein kann, wie die aliquoten Mischungsverhältnisse verschiedener chemischer Elemente. Denn all unser Sollen hat sein Correlat an einem Nichtwollen des Andern, alle Verpflichtung geht zurück darauf, dass wir im gleichen Falle nicht dulden würden, was sich der Andere von uns nicht „will gefallen lassen“. Dafür ist aber offenbar ursprüngliche Gleichheit vorausgesetzt und grade nicht jener Unterschied des Kräftebestandes, welcher den Stärkeren verführt, am Schwächeren Gewalt zu üben. „Du sollst Keinem zu nahe zu treten“ — weder im brutal buchstäblichen, noch im ideell metaphysischen Wortverstande — das ist die typische Urformel für alle Postulate der Rechtsausgleichung, und Jeder, der Sühne leistet oder einer Busse sich unterwirft, lässt damit ebensoviel an Beschränkung der auf ihn fallenden Quote der Willensbethätigung über sich ergehen, als er mit dem von ihm verübten Unrecht darüber hinausgegriffen: in diesem Sinne verlangt der Verbrecher die Verhängung der angemessenen Strafe als sein „Recht“.

So erwächst denn allerdings das Rechtsgefühl aus dem Selbstgefühl, aber freilich nicht aus dem schrankenlos egoistischen, sondern aus dem seine eigene Selbstbeschränkung als partielle Selbstnegation bereits in sich tragenden — jedes Geltenlassen eines Nicht-Ich ist unmittelbar eine Willensfunction und mit nichten ein rein intellectueler Act bloß theoretischer Anerkennung. Mit dem Satze: „der Mensch wehrt sich nicht bloß, sondern er erkennt, dass er es darf und muss,“ spricht Jhering (I, 256) implicite diess aus: solches Recht geht allen andern voraus, besteht bereits vor der Bedrohung durch die Gewalt, also sicher doch auch vor der im Staat verwirklichten Rechtsordnung — einer der einschneidendsten Differenzpunkte zwischen Jhering und Dahn, welcher ja gradezu ein Schiboleth zwischen den verschiedenen Schulen der Rechtsphilosophie geworden ist. Denn wer sich darauf

steift, dass es ausserhalb des Staates überhaupt ein Recht noch nicht gebe, der schneidet vorneweg jede Forschung nach einer allgemein gültigen Rechtsdefinition ab, für den gibt es nur positives, rein aus der Geschichte entstandenes, kein unmittelbar aus dem unter gewordenen Verhältnissen sich selbstbestimmenden Wollen stammendes Recht. Den bringt aber auch das von Alters her erkannte: *pessima respublica, plurimae leges* in ein böses Gedränge. „Vernunft“ und „Zweck“ sind in unverkennbar stetiger Fortentwicklung begriffen — aber sichtlich auf Kosten der moralischen Instinkte, und wo diese schwinden, verlieren die Staaten ihren sichersten Halt. Das Ueberwuchern der abstracten Reflexion, die Höhe der „vernünftigen“ Einsicht war überall das bedenklichste Zeichen des eingetretenen Verfalls — ihre Blüte hatten die Staaten stets in den Perioden ungebrochener Naivetät — die republikanische Tugend ist (wovon auch bei Jhering — I, 250 — eine leise Andeutung, aber nur wie von einer Ausnahme sich findet) nach Ausweis der Geschichte viel mehr die Bedingung als das Product der politischen Entwicklung einer Nation: wo der Gemeinsinn im Raffinement der Genusssucht erloschen, ist es vorbei mit der heroischen Hingebung des Patrioten, und je mehr Dinge und Verhältnisse die Omnipotenz politischer „Organisation“ unter die Fittiche staatlicher Fürsorge nimmt, desto mehr erlahmt die Opferwilligkeit des Einzelnen, und es ist gradezu unbegreiflich, wie ein historisch so reich geschulter Geist eine so gewichtige Gegeninstanz gegen seine Behauptungen total hat übersehen können.

Wer sich dabei beruhigt, die Gewalt werde sich durch „Erfahrung“ schon witzigen lassen, in der „Einsicht“, dass ihre Selbstbeschränkung sich schon bezahlt machen werde (I, 366), vergisst, dass es dabei weniger auf den Kopf, als auf Eigenschaften ankommt, welche in der charakterologischen Communionsprovinz, im Condominium, wo Intellect und Wille in die Herrschaft sich theilen, ihre Stätte haben, und wenn Jhering *suo jure* über die spottet, welche in der Gerechtigkeit einen

dem Himmel entschwebten Engel sehen, sollte er doch auch die Mythe nicht ignoriren, nach welcher schon ein Cain an Abel und Seth Brüder von minder gewaltlüsternem Naturell gehabt haben soll. Oder was hilft es viel, von einem materiellen Recht im Unterschied vom formellen zu sprechen, wenn es doch abgelehnt wird (I, 354), nach dem Woher ihrer Normen zu fragen. Und wie peinlich ist es, gegen den Schluss dieses starken Bandes nochmals daran sich erinnert zu finden: bisher war noch gar nicht vom Zweck im Recht, sondern erst vom Zweck des Rechts die Rede, jenes bleibt für die spätere Darlegung aufgespart — also haben wir hier erst nur den blossen Rahmen zu einer Rechtsphilosophie, nicht diese selber; nur die Bedingungen, nicht die Substanz des socialen Wollens selber werden uns vorgeführt. Darin aber rächt sich nur, was „im Grunde ist versehen“, nämlich mit der gänzlich unhaltbaren Auseinanderreissung des einfachen Causal- und des Zweckverhältnisses. Das Weil und Um sind gar nicht zwei so grundwesentlich verschiedene Relationen, wie uns Jhering in überreicher Exemplification glauben machen möchte; meistens lässt sich, wie Dahn in seinen Randbemerkungen (S. 16) gezeigt hat, selbst sprachlich mit einer leisen Wendung des Ausdrucks darthun, dass in beiden Fällen ein Identisches zu Grunde liegt, und die Metaphysik des Willens bestätigt diess vollauf in ihrer Motivelehre: die Causalwirkung wie die Finalthätigkeit sind beide gleichermassen die Offenbarung, das Sichtbarwerden eines Innern, des Individualgehalts dieses einzelnen Willenswesens, zu welchem sie sich verhalten wie die Existenz zur Essenz, und es gibt keine andere Nothwendigkeit, als welche besteht in der Weise, wie jede gegebene Existenz durch die ihr zu Grunde liegenden Essentia bestimmt wird, mag die das Heraustreten des essential Potentialen in die existentielle Actualität vermittelnde *causa* als *efficiens* oder als *finalis* in die Erscheinung (Phänomenalität) treten. Nur dadurch wird die durch und durch realdialektische Einheit: „*coactus volui*“ (I, 17 n.) zu einer vorstellbaren Möglichkeit.

Von alledem gibt auch Jhering selber gelegentlich eine Ahnung kund, vielleicht am deutlichsten da, wo er (I, 242) sich zu der Hoffnung bekennt: „wenn der Rechtshistoriker und der Philosoph sich die Hand reichen, so dürfte mit der Zeit die Entwicklungsgeschichte des Rechts für uns Juristen nicht minder lehrreich und unentbehrlich werden als die des Fötus für den vergleichenden Anatomen;“ denn damit hat er selber bereits auf die Nothwendigkeit einer Ergänzung seines Werkes hinausgewiesen, wie sie demselben theilweise schon durch Dahn geworden ist.

Unsere ganze Prüfung der beiden für die Rechtsphilosophie so überaus fruchtbaren Leistungen hat uns ja ergeben, dass Dahn vermöge der grösseren Weite seines Blickes die meisten Einseitigkeiten vermeidet, welche den Wahrheitsgehalt der Jhering'schen Auffassung schmälern, zugleich aber, dass er — was wir ihm noch höher anrechnen müssen — auch die meisten derjenigen Klippen glücklich umschiff hat, an welchen sein eigenes Fahrzeug bei der Unzuverlässigkeit seines Compass so leicht hätte scheitern können; denn als er ausser der Magnetnadel Rechtstrieb auch noch den Magnetstein Vernunft an Bord nahm, gerieth er in die grösste Gefahr, in Folge von Falschweisung zu stranden. Davor hat ihn überdiess freilich auch der Hinblick auf den Polarstern seines dichterischen Genius bewahrt, auf dessen Eingebungen Jhering selber in dem bei Dahn (S. 211 fg.) abgedruckten Briefe mit so schöner Unbefangenheit verweist.

Um so auffallender ist es, dass Dahn trotz eifrigen Eintretens für das Gewohnheitsrecht den so lebhaften Anklagen Jhering's gegen die Geschworenengerichte fast ohne Einschränkung beizustimmen scheint. Denn so viele Beschwerden wir auch gegen diese importirte Institution auf dem Herzen haben mögen: das Motiv zu ihrer Einrichtung wird doch wohl etwas tiefer zu suchen sein als in einer rasch vorübergezogenen „politisch-pädagogischen“ Opportunitätsphase. Rechtsphilosophisch angesehen, beruht sie vielmehr auf dem Vertrauen, dass der präoccupirten Abstraction des Berufsrichters gegenüber die Intuition der



unbefangenen Naivetät zur Geltung kommen, die verknöcherte Doctrin ihr Correctiv an der lebendigen Anschauung finden sollte — wobei wir allerdings gestehen müssen, vom Verhältniss des Abstracten zum Correcten nicht ganz so optimistisch denken zu können wie Jhering, welcher (I, 328 fg.) Eins zum Andern dergestalt in Correlation setzt, dass er meint, alles Abstracte enthalte als solches bereits eine potentielle Hinweisung auf die Wirklichkeit. Wer sich viel mit philosophischen Denkarbeiten abgegeben, wird wissen, dass nicht Wenige diese Nabelschnur absolut zerrissen haben, und dass deshalb gar viel Dinge vorgebracht werden, die keine andere Legitimation für ihre Wahrheit haben als eben die dichterische, dass sie sich „nie und nirgendwo begeben“, vielmehr ausschliesslich in den Köpfen spuken. Grade weil wir nicht einräumen, dass das Individuelle als solches das Merkmal des vom Gattungsmässigen sich unbedingt Ausschliessenden an sich trage, taugt uns auch ein individualistisches Princip zur Herleitung des Rechts und der „Mensch“ als eigentlich „letztes“ Zwecksubject im Recht, zumal (Dahn S. 194) „die Gesellschaft nicht eine Idee, sondern nur eine Abstraction ist“.

Indem wir vorneweg darauf verzichten, Alles in glatter oder gar „eleganter“ Durchführung eines einzigen Grundgedankens darlegen zu können, entgehen wir dem Beschämenden an dem Geständniss, in welchem sich schliesslich Jhering und Dahn zusammenfinden: es sei ein unlösbares Problem, für das Verhältniss des Einzelnen zur Gesammtheit eine allgemein gültige Formel zu fixiren. So dementiren grade am entscheidenden Punkte „Zweck“ und „Vernunft“ ihren eigenen Anspruch, zur Herleitung des Rechtes die ausreichende Norm zu bieten; ja Dahn sagt ausdrücklich (S. 203): die Auffindung solcher Formel würde gleichbedeutend sein mit dem Stillstand der Geschichte, wie er von der Revolution S. 213 erklärt: sie stehe nicht im Capitel „Rechtsphilosophie“, sondern, wie nach S. 148 auch der Krieg, im Capitel „Geschichte“, was den Erfolg, und im Capitel „Moral“, was das „Motiv“ anlangt — womit er wenigstens

Raum gewinnt für eine „Pflicht des Martyriums“ und den „edelsten Typus der Tragödie“ (S. 216 *coll.* 214). Rechnen wir vollends noch hinzu, dass Dahn auch von der Vernunft (wie von der mit dieser in unaufhebbarer Wechselwirkung stehenden Sprache) ein Gewordensein aus einer ursprünglichen „Potenz“ (213 *coll.* 211 u. 44) annimmt und nicht müde wird, an den Rechtsgestaltungen das historisch und anthropologisch Bedingte hervorzuheben, so bedarf es nur eines einzigen Schrittes, um auf den Willen als das allein Ungewordene zurückzugehen und dem S. 187 von ihm über „die wesentlichen Darlegungen der Menschennatur“ und „die Ziele“ als „das dabei überwiegend Ideale“ Gesagten eine Wendung zu geben, nach welcher damit derselbe eigentliche Kerngehalt des Willens ausgedrückt wäre, den auch die Willensmetaphysik zu ihrem Quellpunkte nimmt, und mittels dessen sie so gewinnt, was Dahn sich wünscht (S. 183): zur „farblosen Logik des Rechts die wärmeren Töne der Phantasie und des Gemüthes“, aus welchem allein doch auch als spezifische Wirkung aller Rechtsverletzung das Gefühl der Bitterkeit („Erbitterung“) sich begreifen lässt. Die siegreiche Selbstbehauptung seiner innersten unverlierbaren Ichsubstanz ist es, was den Märtyrer heiter und ohne Lamento in den Tod gehen lässt (S. 140), und der wahre Held bewahrt seine Autonomie auch noch im Untergang, wo er sich im tragischen Conflict auflehnt gegen die statutarischen „Willküren“ einer ihm nur durch die Zahl ihrer „Fäuste“, nicht durch „das Gewicht, die höhere Bedeutung der divergirenden Momente“ (wie es S. 103 heisst) überlegenen Gemeinschaft.

Als Dahn (S. 39) die Macht — als „Autarkie“ — ein *Accidens* des Rechts nannte statt umgekehrt, als er wieder und wieder ein vor, also auch ausser der Staatenbildung existirendes Recht und zwar als ein instinktiv und gewohnheitsmässig „gewachsenes“, nicht durch kluge (bewusste) Erfindung „zweckmässiger“ Mechanismen gemachtes, oder gar von der sich selbstbeschränkenden Gewalt octroyirtes, anerkannte, als

er gegen jede Isolirung der „Entwicklung“ des Rechts-triebes von der des Ethos und der Religion protestirte (S. 29 *coll.* 118 fg.) und nichts davon wissen wollte, dass man erst nachträglich einem Lehmklos einen idealen Spiritus einhauche (S. 93), als er trotz all seiner Vorliebe für die Vernunft sich zu dem Satze bekannte (S. 70): „das Abstracte kann nie das Concrete sein, nur in der Fülle des Concreten erscheinen“ und (S. 15) „das Recht, die Sprache, die Kunst, die Moral, die Religion erschienen nur in der Summe der historischen Rechte, Sprachen, Kunststile u. s. w.: ausserhalb, überhalb derselben gibt es kein Recht, keine Sprache: nur eine „Potenz“, einen „Trieb“ der Menschen-Vernunft und Menschen-Natur, Recht und Sprache u. s. w. zu gestalten“ da corrigirte er seine eigene Definition seiner Aufgabe: „Philosophiren heisst Principien suchen“ und begab sich mit all seiner reichen Kraft ganz in den Dienst derselben Wissenschaft, welcher auch diese Zeitschrift gewidmet ist, und dahin folgt ihm gern und freudig die realdialektische Rechtsphilosophie, welche auch allezeit sich stolz ihrer empiristischen Methode gerühmt hat und demgemäss als dankbare Schülerin aufblickt zu ihrer historischen Wegweiserin, also mit nichten im Dünkel einer vornehmen „constructiven“ Stiefschwester auf diese als Aschenbrödel hinabsieht (S. 182 fg.). Darum meint sie noch nicht gehalten zu sein, für alle Detailfragen einer fachgemässen Technik einen unfehlbaren Schiedsspruch *ex tripode* in Paratschaft haben zu müssen — ob z. B. die „juristische Person“ eine blosse Hilfsfiction sei, wie in der Mathematik gewisse imaginäre Symbole, das interessirt sie kaum mehr als wie etwa die praktische Nothwendigkeit der einen oder andern Finessen in der Legislatur des Wechselrechts — dergleichen, wie alles, was der blossen Bequemlichkeit der processualischen Rechtspflege zulieb statuirt wird, überlässt sie getrost den Abmachungen der „Sachverständigen“ — ihr kann nur daran liegen, dass dem Rechte seine rechte Stelle angewiesen werde im System menschlichen Erkennens, und

wenn sie dabei zu einem bescheideneren Resultate kommt als dem Selbstgefühl der Vertreter jenes Faches schmeicheln möchte, so ist sie sich bewusst, doch grade diesen bestellten Anwälten der Rechtsdignität gegenüber eine metaphysische Essentialbedeutung und damit Majestät des Rechts zu behaupten, welche diesem eine ganz andere Selbstherrlichkeit wahrt, als wie jemals die noch so hoch gespannten Prätensionen der Souverainetät eines bloß logischen Formalismus ihm verleihen könnten. So oft die Jurisprudenz des *summum jus, summa injuria* sich gemahnt sieht und deshalb ihr abstractes Schema durchbricht zu Gunsten der concreten Forderungen der *publica salus*, wie diese eben vorliegen (z. B. im Enteignungsverfahren), wird sie inne und legt das Bekenntniss ab, dass das empirisch Gegebene doch mächtiger ist als das gedacht Allgemeine, und indem sie so von Fall zu Fall die Gerechtigkeit bemisst nach den individuellen Umständen (wie der Criminalrichter um so gerechter ist, je mehr er zu individualisiren versteht, in der Schuldfrage wie in der Strafbemessung) schliesst sie sich dem schweren Verzicht an, welchen die Realdialektik als Rechtsphilosophie thut, indem sie ihrerseits in der factischen Gestaltung des jeweilig an den verschiedenen Orten geltenden Rechtsbestandes nichts Höheres suchen zu wollen erklärt als einen *modus vivendi* nach Maassgabe des metaphysisch vorhandenen Realwiderspruchs in seiner, nach den Bedingungen seiner historischen Selbstverwirklichung wechselnden, Balance. Recht ist die einzig mögliche Form der Selbstbehauptung: nämlich diejenige Selbstbejahung, welcher soviel Verneinung mitgegeben ist, als zur Verwirklichung nöthig ist. Darum ist es zwar thunlich, allgemeine Regeln des Rechts aufzustellen, nur dass sich deren Inhalt mit dem einzelnen Fall niemals decken kann — eine Antinomie, welche bereits in der ersten das antilogische Princip darlegenden Abtheilung des eben jetzt zur Veröffentlichung gelangenden ersten Bandes meiner Realdialektik („Der Widerspruch im Wissen und Wesen der Welt“, Berlin, Theob. Griebe) gelegentlich besprochen werden musste, aber erst im zweiten den ethischen Verhältnissen gewidmeten Bande ihre Erledigung finden kann.

---

### III.

## Noch einige Bemerkungen über den Englischen Strafgesetzentwurf von 1879.

Von

Freiherrn Dr. **O. Q. van Swinderen**, Gerichtsath in Gröningen.

Bei einer früheren Gelegenheit wurde von mir in dieser Zeitschrift der in der Ueberschrift genannte Entwurf in so weit behandelt, als derselbe sich auf das Strafrecht bezieht. Ich habe dabei die Aufmerksamkeit meiner Leser namentlich auf die von dem Entwurf in dem geltenden Strafrechte gemachten Abänderungen <sup>1)</sup> gelenkt. Zweck dieser Zeilen ist es nunmehr, die von jenem Entwurfe in dem Englischen Strafproceſſe gemachten Abänderungen zu besprechen; freilich wird es mir hiebei nicht immer möglich sein, mich lediglich auf diese zu beschränken, vielmehr wird zum bessern Verständniſſ derselben, sowie des jetzt geltenden Strafprocesses auch zuweilen das geltende Recht erörtert werden müssen. Bei einer so schwierigen und wichtigen Materie wird es mir schon zu hoher Befriedigung gereichen, falls nur meine Bemerkungen nicht alles Interesses entbehren und wenigstens etwas zur genaueren Kenntniſſ des höchstinteressanten Eng-

---

<sup>1)</sup> Band II, p. 359 u. folg.

lischen Strafprocesses beitragen. Selbstverständlich werde ich soviel als möglich Alles bei Seite lassen, was nicht zum guten Verständniss meines Stoffes unbedingt behandelt werden muss.

a) Es giebt in England verschiedene Gerichtshöfe, welche hier zu erwähnen sind.

Der *Court of record* ist derjenige Gerichtshof, bei welchem jeder Rechtsstreit auf die Rolle geschrieben und aufbewahrt wird, und von dem alle Forderungen von vierzig shilling und mehr abgeurtheilt werden können.

Ein *Court not of record* ist ein Gerichtshof, bei welchem die Procedures nicht auf die Rolle geschrieben werden, und welcher im Allgemeinen nicht befugt ist auf Busse und Gefängniss zu erkennen; von dieser Art sind die *Courts baron*.

Der höchste Gerichtshof in England ist durch Gesetz vom Jahre 1873 geregelt und eingerichtet worden. Er zerfällt in zwei permanente Abtheilungen, von denen der eine, unter dem Namen von *her Majesty's High Court of Justice* in erster Instanz und theilweise als Appellinstanz urtheilt, während der andere, *her Majesty's Court of Appeal* genannt, nur Appellsachen behandelt. Die erste Abtheilung besteht wieder aus fünf Unterabtheilungen: *Chancery*, *Queen's Bench*, *Common Pleas* und *Exchequer Divisions*, und die *Probate*, *Divorce* und *Admiralty Division*, von welchen die zwei letztgenannten eine Abtheilung bilden.

Nach dem Gesetze von 1873 werden Kriminalsachen von den Mitgliedern des *High Court of Justice* oder mindestens von fünf derselben abgeurtheilt. Wider die Entscheidungen eines solchen Gerichtshofes steht kein Rechtsmittel zu.

b) In Kriminalsachen ist Jedermann befugt, den einer Missethat, für welche Bürgschaft gefordert werden kann, Beschuldigten zu verhaften.

Verhaftbefehle werden gewöhnlich von einem Friedensrichter erlassen; dieselben enthalten den Tag, den Ort und die Ursache des Haftbefehls und werden dem Gerichtsdienner eingehändigt, damit dieser den Angeschuldigten entweder einem

Friedensrichter der Grafschaft oder demjenigen, welcher den Befehl erlassen hatte, vorführe. Im letzten Falle heisst der Befehl *special warrant*, im erstgenannten *general warrant*. Ein *warrant* des Präsidenten oder eines Mitgliedes der *Queen's Bench* kann im ganzen Königreiche exekutirt werden, wohingegen ein *warrant* eines Friedensrichters in einer anderen Grafschaft nur dann ausgeführt werden kann, wenn einer der Friedensrichter der letzteren Grafschaft den Verhaftbefehl mit unterzeichnet.

Einige Beamten (ein *justice*, *sheriff*, *coroner*, *constable*, *watchman*) sind befugt ohne *warrant* zu verhaften, und Jeder, welcher bei der Begehung eines Verbrechens (*felony*) gegenwärtig war, ist sogar dazu verpflichtet und wird mit Busse und Gefängniss bestraft, falls der Verbrecher infolge seiner Nachlässigkeit entwischt.

Man kann an jedem Tage und zu jeder Tages- und Nachtzeit verhaftet werden wegen Verraths, eines Verbrechens oder Friedensbruches (*treason*, *felony*, *breach of the peace*).

Bei Verhaftung eines Verbrechers ist der Friedensrichter, welchem derselbe vorgeführt wird, verpflichtet, die Umstände, unter denen das Verbrechen stattgefunden, sofort zu untersuchen und die Aussagen des Verhafteten und derjenigen, welche ihm denselben vorführen, zu protokolliren. Falls die Beschuldigung sich ganz unbegründet erweist, so soll der Verhaftete gleich entlassen werden; im entgegengesetzten Falle aber soll er gefangen gehalten werden oder Bürgschaft leisten, dass er in der nächsten Sitzung des Gerichtshofes erscheinen werde, um sich auf die Anschuldigung zu verantworten. In diesem Falle ist der Verfolger oder der durch das angebliche Verbrechen Beschädigte zur weiteren Verfolgung verpflichtet.

In denjenigen Fällen, in welchen Bürgschaftsstellung erlaubt ist, ist die Verweigerung oder der Aufschub derselben ein Vergehen wider das *statute- und common-law*. Früher war es erlaubt für alle Verbrechen (*felonies*) Bürgschaft zu leisten, jetzt ist von dem Gesetze eine Ausnahme

gemacht für Verrath, Mord, Brandstiftung und Todtschlag (treason, murder, arson, manslaughter) falls die Schuld des Verhafteten an einem oder an mehreren dieser Verbrechen klar festgestellt ist. Bei anderen von Personen eines schlechten Charakters und von bekannten Dieben begangenen Verbrechen können die Friedensrichter nach ihrem Gutachten die Bürgschaft erlauben oder verweigern.

Der Queen's Bench und jedem Mitgliede dieses Gerichtshofes ist es erlaubt, während der Ferien für jedes Verbrechen Bürgschaft zuzulassen; Niemand hat aber ein Recht, dies zu fordern. Das Haus der Lords darf einem infolge schriftlicher Klage wegen Mordes verhafteten peer gestatten Bürgschaft zu leisten. Kann der Verhaftete keine Bürgschaft stellen, so wird er vom Friedensrichter dem Gefängniss überwiesen. Jeder eines Verbrechens (felony) halber Verhaftete soll wenigstens zwei Bürgschaften stellen. Der Betrag der Bürgschaft wird dem Stande des Verbrechers und der Art des Verbrechens gemäss bestimmt.

c) Der nächste Schritt zur Herbeiführung der Bestrafung des Angeschuldigten besteht in der Einreichung einer wider denselben gerichteten schriftlichen Anklage (indictment) an die Anklage-jury (grand jury). Nachdem von dieser die Zeugen vernommen worden sind, wird, falls die Anschuldigung als unbegründet erscheint, unter sofortiger Freisprechung und Entlassung des Angeklagten, in dorso der schriftlichen Klage (bill) der Vermerk gesetzt: not a true bill oder not found; im entgegengesetzten Falle lautet der Vermerk: a true bill und die Verfolgung des Angeklagten nimmt alsdann ihren Fortgang. Ausser dieser Procedur durch indictment giebt es noch eine andere Art der Verfolgung im Namen der Königin by information genannt. Diese findet statt ex officio durch den Generalstaatsanwalt (attorney-general) wider solche Verbrecher, welche die Regierung stören oder belästigen, weil ein schneller Strafvollzug in jenen Fällen ganz besonders wünschenswerth erscheint.



Hiernächst, gleichviel ob der Process by indictment oder by information geführt wird, wird der Angeschuldigte vor den Gerichtshof geführt, um auf die wider ihn gerichtete Klage zu antworten (arraignment). Legt er ein Geständniss ab (guilty), so kann er gleich verurtheilt werden; erklärt er sich unschuldig (not guilty), so werden zur Beurtheilung seiner Schuld oder Unschuld Geschworene ernannt. Wird seine Schuld für erwiesen erachtet, so wird er „überführt“ (convicted) genannt und vom Gerichtshofe, falls er keine gültigen Beschwerden anführen kann, verurtheilt. Dann bleibt ihm nichts mehr übrig, als eine Berufung an die Gnade.

Eine noch andere Art der Verfolgung ist die sogenannte summary conviction vor den Friedensrichtern. Diese bezieht sich hauptsächlich auf Vergehen, die von bestimmten Parlamentsakten erwähnt und für strafbar erklärt worden sind. Die betreffende Procedur ist sehr kurz und einfach. Der Friedensrichter ruft den Angeklagten auf, vernimmt einen oder mehrere Zeugen, bringt Alles zu Protokoll und spricht sein Urtheil aus. Nur ausnahmsweise ist hier Berufung zugelassen. Das common-law kannte diese Procedur nicht.

Nach dem Englischen Rechte kann auch von Personen, von denen man die Begehung eines Verbrechens für die Zukunft befürchtet, ein Versprechen und überdies Bürgschaftstellung dafür gefordert werden, dass sie den Frieden bewahren und sich gut betragen werden (recognitance to keep the peace and to be of good behaviour).

---

Nach diesen allgemeinen Bemerkungen bezüglich des geltenden Rechts wende ich mich zur Erörterung des Entwurfs.

Derselbe giebt einigen speciell erwähnten Richtern der höheren Magistratur die Befugniss, in Bezug auf die praktischen Bedürfnisse der Vertheidigung und des Strafprocesses<sup>2)</sup> neue Regeln aufzustellen und veraltete abzuändern oder abzu-

---

<sup>2)</sup> Section 428.

schaffen. Diese Bestimmung zeigt uns klar den mit Recht gelobten praktischen Sinn der Engländer.

Die Aufhebung der Unterscheidung zwischen Verbrechen und Vergehen hat auch für den Strafprocess wichtige Folgen. Die wichtigste derselben besteht darin, dass die bei Verbrechen und Vergehen geltenden Regeln der Verhaftung ohne Verhaftbefehl und Bürgschaft keine Anwendung finden auf alle vom Entwurfe erwähnten Verbrechen. Der Entwurf stellt namentlich hier den Grundsatz auf, dass bei jedem der von ihm geahndeten Verbrechen, bei welchem das jetzt bei den Verbrechen (felonies) angewandte Verfahren stattfindet, ohne Verhaftbefehl die Verhaftung stattfinden kann, dass auch dem Richter die Wahl gelassen wird, Bürgschaft zu fordern oder nicht, und dass endlich in allen anderen Fällen die Verbrecher die Verstattung zur Bürgschaftleistung fordern, auch ohne Verhaftbefehl nicht verhaftet werden dürfen<sup>3)</sup>.

Der Entwurf definirt sehr genau, welche Verbrechen zur Kompetenz der Gerichtshöfe in ihren dreimonatlichen Sitzungen gehören sollen, und er ist umfassender als das heutige Recht<sup>4)</sup>. Namentlich stellt derselbe in die Kompetenz der Gerichtshöfe das Verfahren wider Personen, die in ein Wohnhaus eingebrochen sind, um dort ein Verbrechen zu begehen (burglary), falls das Urtheil auf vierzehn Jahre Zwangsarbeit (penal servitude) oder mehr geht.

Vom Entwurfe wird den Friedensrichtern die Macht zuerkannt, Zeugen eidlich zu vernehmen, falls diese Magistratspersonen vermuthen, es habe ein Verbrechen stattgefunden, gleichviel ob eine bestimmte Person der Verübung beschuldigt wird oder nicht<sup>5)</sup>.

Der Entwurf verordnet, falls ein mit der Leichenschau beauftragter Beamter (coroner) einen gewaltthätigen Todesfall konstatirt hat, die darauf bezüglichen Akten (visum repertum, Zeugenerklärungen) einem Magistrate einzusenden,

<sup>3)</sup> Section 431 u. 433. Vergl. Tit. I u. f.

<sup>4)</sup> Section 434.

<sup>5)</sup> Section 437.

und er verbietet es, eine Verfolgung wider Angeschuldigten bloss auf Grund der Untersuchung des coroners einzuleiten <sup>6)</sup>).

Nach den Bestimmungen des Entwurfs soll ein von irgend einem Friedensrichter in England ausgestellter Verhaftbefehl (warrant) für ganz England gelten, welche Regel auch bezüglich Irlands für wirksam erklärt wird. Nach dem Entwurfe können die in England ausgefertigten warrants zur Vollziehung gebracht werden, wenn der Angeklagte in Irland gefunden wird und umgekehrt; desgleichen sind die in England oder Irland verliehenen warrants wirksam, wenn der Angeklagte in Schottland, auf der Insel Man oder auf einer der Inseln im Kanal gefunden wird und umgekehrt. Ausserdem wird gestattet, diese warrants an einem Sonntage auszufertigen und zur Vollziehung zu bringen <sup>7)</sup>).

Der Entwurf erklärt die sogenannte Vexations-Indictments-Act anwendbar auf alle Verbrechen ohne Unterschied <sup>8)</sup>). Bis jetzt war dem nicht so; jenes Gesetz der Königin Victoria verordnet vielmehr, dass eine schriftliche Klage (bill of indictment) der Beschuldigungsjury (grand jury) nur dann eingereicht oder von ihr festgestellt werden darf, wenn derjenige, welcher die Klage eingereicht hat, verpflichtet ist wider den Angeschuldigten zu erklären, oder wenn der Angeschuldigte verhaftet bleibt oder sich durch recognizance verpflichtet hat, zur Beantwortung der Klage zu erscheinen; alles dies zudem bloss, falls es sich um eins der folgenden Verbrechen handelt: Meineid, Verleitung zum Meineide, Verschwörung, Erwerb von Geld oder anderen Sachen mittelst falscher Forderungen, das Halten eines Spiel- oder andern verbotenen Hauses, ein unanständiger Angriff <sup>9)</sup>).

Die Verpflichtung des Klägers in der schriftlichen Klage zu erwähnen, in welcher Grafschaft er die Verfolgung führen

<sup>6)</sup> Section 439 u. 506.

<sup>7)</sup> Section 443.

<sup>8)</sup> Section 458.

<sup>9)</sup> 22 u. 23 Vict. c. 17.

wolle, wird implicite aufgehoben <sup>10)</sup>. Die von mir erwähnten Bestimmungen über die warrants mussten zu diesem Resultate führen.

Der Entwurf enthält die sehr wichtige Bestimmung, dass ein Zeuge noch vernommen werden kann, nachdem der Gefangene schon überführt worden (convicted), sofern der Richter annehmen darf, dass der Zeuge noch eine Erklärung abgeben könne, welche zur Feststellung der Schuld oder Unschuld des Gefangenen zu führen vermag <sup>11)</sup>.

Falls ein Gefangener keine genügende Bürgschaft dafür stellen kann, dass er am festgesetzten Tage zur Beantwortung der Klage vor Gericht erscheinen werde, so darf er ohne dieselbe entlassen werden <sup>12)</sup>. Die Zulässigkeit der *Procedur by information* wird vom Entwurfe auch auf alle nicht mit dem Tode oder der Zwangarbeit (*penal servitude*) bedrohten Verbrechen ausgedehnt <sup>13)</sup>.

Dem höchsten Gerichtshofe (*high court*) wird die Befugnis übertragen, den Verhandlungsort des Strafprocesses zu bestimmen <sup>14)</sup>.

Nach dem Entwurfe können zur Behandlung der von demselben ausdrücklich erwähnten Kriminalsachen specielle Geschworene ernannt werden <sup>15)</sup>. Solche Kriminalsachen sind alle diejenigen, welche zur Kompetenz eines der speciell hier erwähnten Gerichtshöfe gehören (*court of oyer and terminer and gaol delivery* für eine Grafschaft oder *central criminal court*).

Die *courts of oyer and terminer and gaol delivery* sind für das ganze Königreich kompetent, mit Ausnahme der

<sup>10)</sup> S. zum Beispiel Section 460.

<sup>11)</sup> Section 466.

<sup>12)</sup> Section 472.

<sup>13)</sup> Section 474

<sup>14)</sup> Section 475.

<sup>15)</sup> Section 477 u. f.

nachher zu erwähnenden Landestheile. Ihre immer mit Geschworenen abzuhaltenden Sitzungen finden in jeder Grafschaft vor der königlichen Kommission statt. In diesen Schwurgerichtssitzungen sitzen die Richter u. A. kraft Autorität der *commission of oyer and terminer und of general gaol delivery*. Kraft dieser Autorität der *commission of oyer and terminer* sind die Richter befugt, über alle in der Grafschaft vorgekommenen Fälle des Verraths und über alle daselbst begangenen Verbrechen und Vergehen (*treason, felonies, misdemeanors*) zu urtheilen. Die Richter sind aber verpflichtet, es sei der Angeklagte verhaftet oder nicht, was irrelevant ist, mit einer Untersuchung mittelst der Anklage-jury (*grand jury*) anzufangen, bevor es ihnen gestattet ist, die Sache mit Hülfe der Beschuldigungs-jury (*petit jury*) fortzusetzen und zu beendigen. Desshalb ist ihnen das Recht zuerkannt, jeden Gefangenen aus dem Gefängniss sich vorführen zu lassen und zu hören (*commission of general gaol delivery*). Ein Gesetz des Königs Wilhelm IV. hat aber der Kompetenz dieser Gerichtshöfe London, Middlesex und einige Theile von Essex, Kent und Surrey entzogen und für die in diesen Bezirken begangenen Verbrechen einen neuen Gerichtshof instituiert, *the central criminal court* genannt, welchem die nämlichen Rechte und Befugnisse beigelegt sind, wie den erwähnten für die übrigen Landestheile kompetenten Gerichtshöfen<sup>16)</sup>.

Die sich auf die schriftliche Klage (*indictment*) beziehenden Bestimmungen des heutigen Rechts werden vom Entwurfe aufgehoben<sup>17)</sup>, was sehr rationell ist, da derselbe sich auf die *indictable offenses* bezieht.

Die Kompetenz der Gerichtshöfe wird vom Entwurfe bedeutend ausgedehnt, indem derselbe bestimmt, dass jeder Gerichtshof, welcher bezüglich in England oder Irland verfolgbare Verbrechen kompetent ist, diese Kompetenz ohne Rück-

<sup>16)</sup> 4 u. 5 Will. IV. c. 36.

<sup>17)</sup> Part 40.

sicht auf den Ort der That besitzt, sofern nur der Angeklagte in dem Bezirke dieses Gerichtshofes betroffen oder verhaftet wird oder sofern nur der Angeklagte dem betreffenden Gerichtshofe oder einem andern Gerichtshofe, dessen Kompetenz auf den erstgenannten übertragen worden, schon überwiesen, oder sofern wenigstens der Befehl dazu schon erlassen worden ist<sup>18)</sup>. Der Entwurf untersagt der Anklage-jury eine Verfolgung wider Jemanden wegen Verbrechen nur auf Grund der Untersuchung des coroners einzuleiten; er gestattet ihr auch nur dann Jemanden eines Verbrechens zu beschuldigen, wenn ihr eine schriftliche Klage eingereicht worden ist<sup>19)</sup>.

Der Entwurf giebt dem Angeklagten das Recht, eine Kopie der wider ihn gerichteten schriftlichen Klage zu fordern<sup>20)</sup>.

Der Entwurf hebt weiter die sogenannte outlawry auf<sup>21)</sup>. Wenn der Angeklagte nicht ermittelt und demzufolge nicht verhaftet werden kann, wird ihm nach dem heutigen Gesetze der Schutz des Gesetzes entzogen (outlawed); dabei wird indess gegenwärtig, was früher nicht der Fall war, immerhin sein Leben beschirmt, so dass wer ihn tödtet des Mordes (murder) sich schuldig macht, ausgenommen wenn die Tödtung statt findet bei dem Versuche der Verhaftung. Bei Verrath und Verbrechen (treason, felonies) wird ein Verhaftbefehl wider ihn abgegeben, bei Vergehen (misdemeanors) wird er fünfmal citirt, und falls er auf die fünfte Vorladung nicht erscheint, outlawed. Ein Gesetz des Königs Eduard IV. hebt aber die outlawry auf, falls der Angeklagte sich binnen Jahresfrist beim chief justice anmeldet und sich bereit erklärt, die Anklage zu bestehen (to traverse the indictment)<sup>22)</sup>.

Nach dem heutigen Rechte werden die Thatfachen einer Kriminalprocedur protokollirt. Der Entwurf ändert diese Be-

---

<sup>18)</sup> Section 504.

<sup>19)</sup> Section 506.

<sup>20)</sup> Section 507.

<sup>21)</sup> Section 510.

<sup>22)</sup> 5 u. 6 Edw. VI. c. 11.

stimmung ab, indem derselbe bestimmt, dass bei jedem Gerichtshofe ein Buch (crown book) geführt werde zur Aufbewahrung aller eingegangenen schriftlichen Klagen und Zeugen-erklärungen, welches auch alles für den Process massgebende enthalten solle<sup>23)</sup>.

Die Bestimmungen über das Abrufen der Geschwornenliste, welche kraft eines Gesetzes der Königin Victoria in Irland eingeführt sind<sup>24)</sup>, sollen auch für England gelten<sup>25)</sup>.

Der Entwurf ertheilt dem Angeklagten die Befugniss, in seiner eigenen Sache kompetenter Zeuge zu sein<sup>26)</sup>.

Der Entwurf anerkennt das Recht des Gerichtshofes, die Verhandlung der Sache zu verschieben, um noch nähere Zeugen zu vernehmen<sup>27)</sup>.

Eine zum Tode verurtheilte Frau kann bekanntlich die Aufschiebung der Hinrichtung unter Berufung auf Schwangerschaft verlangen. In diesem Falle werden gegenwärtig Geschworne ernannt, um die Richtigkeit oder Unrichtigkeit ihrer Behauptung durch eine Untersuchung zu ermitteln. Diese Untersuchung wird mit Recht vom Entwurfe sachverständigen Aerzten übertragen<sup>28)</sup>.

Ein Gesetz der Königin Victoria für Irland hat dem Gerichtshofe die Befugniss gegeben, Einnahme des gerichtlichen Augenscheins zu beschliessen<sup>29)</sup>. Diese Bestimmung wird vom Entwurfe auch auf England ausgedehnt<sup>30)</sup>.

Nach dem Entwurfe ist es den Geschwornen erlaubt, auch am Sonntage ein Urtheil (verdict) abzugeben; auch

---

<sup>23)</sup> Section 511.

<sup>24)</sup> 39 u. 4 Vict. c. 78 s. 19.

<sup>25)</sup> Section 519.

<sup>26)</sup> Section 523.

<sup>27)</sup> Section 525.

<sup>28)</sup> Section 531.

<sup>29)</sup> 39 u. 40 Vict. c. 78 s. 11.

<sup>30)</sup> Section 535.

der Gerichtshof soll am Sonntage zur Vornahme von Rechtshandlungen befugt sein<sup>31)</sup>.

Dem Generalstaatsanwalt wird die Befugniss zuerkannt, einen Process zu suspendiren oder diese Befugniss einem Mitgliede eines Gerichtshofes zu delegiren<sup>32)</sup>.

Das Verfahren wegen stattgefundenen Irrthums (proceedings in error) wird in Kriminalsachen aufgehoben; ein neues System der Berufung und der Wiederaufnahme wird eingeführt<sup>33)</sup>.

Die gegenwärtig geltenden Regeln über die Zahlung der Kosten bei Verbrechen werden ausgedehnt auf alle vom Entwurfe geahndeten Verbrechen<sup>34)</sup>.

Wenn ein Angeklagter des Verbrechens überführt ist (convicted), so kann er zur Zahlung der Verfolgungskosten verurtheilt werden<sup>35)</sup>.

Wenn der Gerichtshof die Restitution einer Sache befiehlt, so soll dies in der Regel nur eine Aenderung des Besitzes zur Folge haben, aber nicht, wie bis jetzt der Fall war, über das Eigenthumsrecht entscheiden<sup>36)</sup>.

Zum Schluss möchte ich mir noch zwei Bemerkungen gestatten: Einerseits möchte ich konstatiren, dass der Entwurf den Englischen Strafprocess an vielen Punkten erheblich verbessert hat; andrerseits habe ich mich selbst in einem Punkte zu rectificiren, um einer irrigen Auffassung vorzubeugen. Ich habe nämlich in meinem ersten Aufsätze, vgl. Bd. II. p. 364 dieser Zeitschrift, mitgetheilt, dass der Entwurf die Einzelhaft aufhebt; hiebei habe ich unterlassen zu erwähnen, dass dies bloss bei der Gefängnisstrafe (imprisonment), nicht aber bei der Zwangarbeit (penal servitude) der Fall ist.

---

<sup>31)</sup> Section 536.

<sup>32)</sup> Section 537.

<sup>33)</sup> Part 41.

<sup>34)</sup> Section 547.

<sup>35)</sup> Section 549.

<sup>36)</sup> Section 551.



## IV.

### Löning, Richard. Der Reinigungseid.

Von

Prof. Dr. **Laband** in Strassburg.

Die herkömmliche Auffassung des mittelalterlichen Prozessrechts trägt das Gepräge der Romantik; die feierlichen, dem nüchternen Verstande schwer begreiflichen Formen, die zahlreichen Symbole, die formelhaften Erklärungen der Parteien und vor Allem die Gottesurtheile und die gerichtlichen Zweikämpfe verleihen dem mittelalterlichen Gerichtsverfahren ein gleichsam märchenhaftes, die Phantasie anregendes, an die Poesie des Ritterthums und an den Hexen-, Zauber- und Wunderglauben gemahnendes Aussehen und selbst in den quellenmässigen Darstellungen höchst gewissenhafter und gelehrter Forscher wird das Bild des Prozessverfahrens von einem nebelhaften Duft umflossen, der ihm eine fremdartige Beleuchtung gibt und es der realistischen Betrachtung entrückt. Was uns heut vernünftig und sachgemäss erscheint, das soll der mittelalterlichen Anschauung fernelegen haben und was wir heut als zweckwidrig und verkehrt ansehen, das gerade soll das Mittelalter zum Ausgangspunkt genommen und mit

Hartnäckigkeit festgehalten haben. Dieser romantische Charakter kömmt auch der herrschenden oder wenigstens weit verbreiteten Auffassung des mittelalterlichen Beweisrechts zu. Man begnügt sich nicht, die Einseitigkeit des Beweisrechts und die von dem heutigen Recht verschiedene Stellung des Gerichts gegenüber der beweisführenden Partei, festzustellen und die daraus sich ergebenden Consequenzen zu ermitteln und zu erklären; sondern man greift auch hier über in das Wunderbare und Märchenhafte. Um das mittelalterliche Beweissystem, wie man es sich denkt, erklären zu können, muss man zunächst mit Hülfe einer romanhaften Phantasie sich Menschen vorstellen, welche von den heut lebenden nach Charakter und Gesinnungsart ganz verschieden sind, und deren Thun und Lassen Allem widerspricht, was die Erfahrung unserer Zeiten lehrt. Diese mittelalterlichen Menschen waren zwar nicht besser und sittlicher als die jetzigen; im Gegentheil die Verbrechen waren recht häufig; Strassenraub und Wegelagerung, Mord und Brandlegung, Diebstahl und Urkundenfälschung u. s. w. waren nichts Ungewöhnliches, nicht einmal in den höheren Klassen der Gesellschaft; aber trotzdem soll im Mittelalter eine Wahrheitsliebe geherrscht haben, die alle egoistischen Interessen überwunden habe, und demgemäss ein Glaube an die Wahrhaftigkeit des Manneswortes, den man als ebenso blind wie unerschütterlich bezeichnen muss. Bei dieser eigenthümlichen Charaktereigenschaft der mittelalterlichen Männer — Frauen und Kinder wurden durch den Vormund vertreten — war das Beweissystem sehr einfach zu construiren; der Angeschuldigte brauchte ja blos selbst gefragt zu werden, ob er die That verübt habe. War er schuldig, so sagte er in Folge seiner hartnäckigen Wahrheitsliebe „ja“ und gab dadurch den Wunsch zu erkennen, verurtheilt d. h. in Kriminalfällen hingerichtet zu werden; sagte er aber „nein“, so stand seine Unschuld fest; denn wenn ein mittelalterlicher deutscher Mann eine feierliche Erklärung abgegeben hatte, so liess der unverbrüchliche Glaube an seine Wahrheitsliebe es

nicht zu, dass er der Lüge überführt werde. Man verlangte daher nur, dass er sein Nein in der feierlichen Form des Eides erkläre, und man machte ihm ausserdem in nicht wenigen Fällen die Unbequemlichkeit, dass er einige Freunde und Bekannte herbeischaffe, die als Schwurgenossen mit ihm schwören. Nur in einigen Fällen liess man den Angeklagten zu seinem Nein gar nicht zu; wenn nämlich dem Gericht aus eigener sinnlicher Wahrnehmung eine Thatsache bekannt war — Gerichtszeugniss und handhafte That, d. h. Augenschein —, oder wenn ein Gottesurtheil die Wahrheit an den Tag bringen sollte. Das waren aber nach der herrschenden Auffassung Ausnahmen; die Regel war, dass der Angeklagte jeder Anschuldigung mit seinem Reinigungseid entging. Erst im Lauf der geschichtlichen Entwicklung seien die Ausnahmefälle vermehrt und erweitert worden und endlich sei unter dem Einfluss canonischer und römischer Rechtsanschauungen und im Zusammenhange mit einer völligen Umgestaltung des Prozesses der Gebrauch materieller Beweismittel an die Stelle der blossen formalen Versicherung über Schuld oder Unschuld getreten.

Gegen diese Auffassung des mittelalterlichen Beweisystems bei peinlichen Klagen wendet sich das Löning'sche Buch mit grosser Entschiedenheit. Der Verfasser sucht zunächst durch allgemeine Erwägungen das Irrationale derselben darzulegen. Er führt aus, dass die herrschende Lehre für die Fälle, in welchen dem Kläger das Recht gegeben war, den objectiven Wahrheitsbeweis der thatsächlichen Grundlage seiner Klage zu erbringen und dadurch die Ableistung des Unschuldseides auszuschliessen, keine Erklärung liefere, sondern sie einfach als Ausnahmen hinstelle. Er betont ferner, dass „wenn das mittelalterliche Recht dem Beklagten prinzipmässig die Befugniss gegeben hätte, durch sein eidliches Leugnen die Nichtexistenz der vom Kläger ihm zur Last gelegten Strafthat in einer das Gericht bindenden Weise festzustellen, hiedurch mittelbar die Entscheidung über das in concreto bestehende Recht in seine Hand gegeben gewesen und das Sub-

ject mit seiner Willkür zum Herrn über die Rechtsordnung gemacht worden wäre“. Auch die Wahrheitsliebe und Gewissenhaftigkeit der alten Deutschen will er im Hinblick auf die historischen Zeugnisse und Denkmäler nicht gelten lassen; das Vertrauen auf dieselbe, wenn es wirklich vorhanden gewesen sein sollte, hätte auf Selbsttäuschung beruht. Ueberdies hätte der Kläger doch denselben Anspruch auf dieses Zutrauen wie der Verklagte gehabt, das Vorrecht des Verklagten zum Reinigungseid sei daher nur auf den favor rei zu gründen; diese Begünstigung der einen Partei hätte man aber doch niemals soweit ausdehnen können, dass man prinzipmässig die Entscheidung der Sache in ihre Willkür gestellt hätte; „der Prozess wäre nicht mehr ein Institut zur Stärkung des Rechts, sondern eine fortwährende, grundsätzliche, durch die Gesetze selbst sanctionirte Schwächung desselben gewesen“.

Der Verfasser glaubt daher das Prinzip des deutschen Beweisrechts bei Ungerichtsklagen in der Art formuliren zu sollen, dass beim Leugnen des Beklagten es in erster Linie Sache des Klägers sei, den thatsächlichen Grund seiner Klage durch rechtsgenügende objective Gründe zu bewahrheiten, und dass der Reinigungseid des Verklagten zur Zurückweisung der Beschuldigung nur subsidiär eintrete, wenn der Kläger, gleichviel aus welcher Ursache, es unterlässt, den Klagebeweis zu führen. Freilich ist es dem Kläger nicht leicht gemacht, den Beweis der Klagehatsachen zu erbringen; er muss sich selbst zur gehörigen Zeit und in der ordnungsmässigen Weise zur Beweisführung er bieten. Es ist daher zunächst seine Sache, sich darüber schlüssig zu machen, ob er den Beweis übernehmen wolle oder nicht; wenn er nicht sofort in Verbindung mit dem Klagevortrage den Beweis antritt, so ist sein Recht hiezu präkludirt; ein nachträgliches Er bieten ist eine unzulässige Klageänderung. Nach zahlreichen Rechtsquellen ist die Zulassung des Klagebeweises ferner davon abhängig gemacht, dass die Klage wegen Ungerichts innerhalb einer gewissen, meistens sehr kurzen Frist nach Verübung des

Delicts erhoben ist. Wenn auch nach einigen partikulären Rechten oder bei einigen unter besonderen Regeln stehenden Delicten der Klageanspruch selbst durch Ablauf der Frist untergeht, so ist doch nach der Mehrzahl der mittelalterlichen Quellen, insbesondere aus dem sächsischen Rechtsgebiet, der Rechtssatz dahin normirt, dass der Verletzte durch den Ablauf der Frist nicht das Klagerecht überhaupt, sondern bloß die Befugniß zur Beweisführung einbüßt, so dass dem Verklagten ohne Rücksicht auf eine klägerische Beweisofferte die Ableistung des Unschuldseides verstattet wird. Die Hauptanwendung findet dieser Rechtssatz in der „übernächtigen“ Klage des Sachsenspiegels. Die Gründe für diese Beschränkungen der Rechte des Klägers findet der Verfasser darin, dass der Klageberechtigte, wenn es ihm Ernst mit seinem Strafanspruche ist, von selbst nicht zögern werde, Klage zu erheben, und dass dem Beschuldigten nicht zugemuthet werden könne, längere Zeit hindurch sich der Gefahr einer gegen ihn zu richtenden Ungerichtsklage ausgesetzt zu sehen. Das Recht des Verklagten zur Eidesleistung sei eine abgeschwächte Form für die Präklusion der prozessualischen Verfolgung von Strafansprüchen; es verhalte sich hier ähnlich wie bei der rechten Gewere, welche theils vollständige Präklusion der Anfechtungsklage theils Zurückweisung derselben durch den Eid des Beklagten zur Folge hat; das Prinzip der Beweisvertheilung selbst werde aber durch diese zeitliche Bedingung des Klagebeweises nicht berührt. Thatsächlich die wichtigste Bedingung für die Wirksamkeit des klägerischen Beweiserbietens und die erheblichste Erschwerung für den Kläger, um sich des Rechtes hierzu wirklich zu bedienen, bestand in der Beschränkung der gesetzlich zulässigen Beweismittel. Diese Beschränkung sei die Folge oder das Correlat der Einseitigkeit der deutschen Beweisführung; weil der Gegenbeweis ausgeschlossen war, so habe man strenge Anforderungen an die Zuverlässigkeit und Kraft der Beweismittel gestellt; weil die Partei, welcher der Beweis einmal zugesprochen war, den sicheren Sieg in Händen

hatte und der von ihr zu erbringende Beweis einer materiellen Controle nicht unterlag, so suchte man eine Garantie gegen das Unsichere einer solchen Beweisführung in einer möglichst engen Abgränzung der zur Benutzung zugelassenen Beweismittel. Hieraus erkläre sich der Ausschluss des Indizienbeweises und die Erschwerung des Zeugenbeweises. Die letztere beruhe daher nicht auf der Glaubwürdigkeit des Wortes des freien Mannes, welche es ausschliesse, dass Zeugen gegen ihn produziert werden, sondern die in dem Mangel jeglicher Controle begründete Unzuverlässigkeit der Zeugenaussagen und die Ungewissheit der bezeugten Thatsachen bewirke, dass Zeugen nur unter gehörigen Kautelen gegen eine Partei vernommen werden dürfen (S. 40). Trotz dieser Beschränkung der Beweismittel, welche in vielen einzelnen Fällen den Kläger thatsächlich in die Lage bringe, von seinem Beweisrecht keinen Gebrauch machen zu können, werde doch überall die rechtliche Möglichkeit anerkannt, dass der Kläger den Beweis des begangenen Delicts in gesetzlich zulässiger Weise führe und der Reinigungseid des Verklagten sei für den Fall ausgeschlossen, dass der Kläger von dieser Befugniss Gebrauch mache.

Für den rechtlichen Charakter des klägerischen Beweises und darnach auch weiterhin für denjenigen des Reinigungseides des Beklagten sei nun noch ein Punkt von Erheblichkeit, den der Verfasser eingehend erörtert, nämlich der, dass alle Beweismittel, welche das deutsche Recht dem Kläger für den Beweis begangenen Ungerichts gestattet, materieller und objectiver Natur sind, welche sachliche, rationelle Gründe für die Realität des behaupteten und zu beweisenden Faktums geben und nach den Regeln der Logik die Ueberzeugung von der Wahrheit dieses Faktums hervorrufen. Eine freie Beweiswürdigung des Richters bestand freilich nicht, sondern eine gesetzliche und deshalb formelle Regelung der Beweiskraft. Gesetz oder Gewohnheitsrecht stellten von vornherein fest, welche Beweismittel geeignet und ausreichend sind, um den

Schluss auf das wirkliche Vorhandensein der behaupteten vergangenen Thatsache zu rechtfertigen und dem Richter blieb keine andere Aufgabe übrig als zu constatiren, ob die Voraussetzungen gegeben sind, an welche das objective Recht jene logische Schlussfolgerung anknüpft. Aber die beweisende Kraft jener Beweismittel lag nicht in einer äusserlichen Verstärkung der subjectiven Behauptung, sondern in einer selbstständigen Evidentmachung der behaupteten Thatsache. Demgemäss seien auch die Beweismittel objectiver Natur d. h. unabhängig von der subjectiven Willkür und Meinung der beweisführenden Partei. Bei der leiblichen Beweisung und bei dem Gerichtszeugniss versteht sich dies von selbst; es findet aber auch Anwendung auf Privatzeugen und gerichtlichen Zweikampf. Zeugen wurden nur zugelassen, soweit ihre Wissenschaft auf unmittelbarer sinnlicher Wahrnehmung des zu beweisenden Faktums selbst beruhte und Gegenstand ihrer Bekundung sei die Wahrheit dieser Thatsache, nicht die Glaubwürdigkeit des Beweisführers; ebenso sei der Zweikampf keine Kraftprobe, der Sieg keine formalistische Bestärkung der von der Partei aufgestellten Behauptung, sondern ein Beweismittel, welches nach der Vorstellung des Mittelalters die Wahrheit objectiv zu Tage bringt.

Im Gegensatz zu diesen Beweismitteln steht der Eid der Partei; derselbe liefert keine neuen Gründe für die reale Existenz der behaupteten Thatsachen, er ist nur eine in besonders feierliche Form gekleidete Wiederholung der Prozessbehauptungen. Darum ist dem Eid des Klägers prinzipiell nicht die Kraft beigelegt, den leugnenden Gegner zu überführen und in diesem Sinne sagen die Quellen, dass der Verklagte näher ist mit seinem Eide zu entgehen als der Kläger, ihn mit seinem Eide zu überwinden. Aber nicht nur der Eid des Klägers ist hierzu ungeeignet, sondern auch der von Eidhelfern, da die letzteren sich nicht über den Inhalt des Eides, sondern nur über die Wahrhaftigkeit und Glaubwürdigkeit der behauptenden Partei äussern. Hiervon macht auch der Beweis

mit den Schreimannen bei handhafter That keine Ausnahme, da die Schreimannen echte Wissenszeugen sind; eine wirkliche Ausnahme sei vielmehr nur in einer seit dem Ende des 13. Jahrhunderts in Deutschland aufkommenden Rechtsgestaltung zu erblicken, die den Anstoss zu einer vollständigen Revolution im Strafverfahren gegeben habe, nämlich in dem sogenannten Uebersiebnen schädlicher Leute. „Dieses höchst eigenthümlich gestaltete Beweisinstitut tritt völlig selbstständig und unabhängig neben das ordentliche Verfahren, welches letztere hierdurch zwar eine Einschränkung seines Anwendungsgebietes, aber zunächst wenigstens keine Aenderung seines eigenen Bestandes erleidet.“ — — „Mit der Einführung des Uebersiebners war eine Entwicklung eröffnet, welche in ihrem weiteren Verlaufe zur Zersetzung des Gerichts, zur Inquisition und zur Tortur führte.“

Dies sind die allgemeinen Erörterungen des Verfassers über Inhalt und Voraussetzungen des Reinigungseides und zwar im engen Anschluss an die von ihm selbst gewählte Ausdrucksweise; hieran schliesst sich nun in einem umfangreichen Abschnitt der „quellenmässige Nachweis der subsidiären Natur des Reinigungseides“. Dieser Nachweis umfasst der Zeit nach fast ein Jahrtausend und erstreckt sich auf alle germanischen Stammesrechte der fränkischen Periode und des späteren Mittelalters, er besteht in der Zusammenstellung eines wahren Urkundenbuchs über das Beweisrecht in Ungerichtsfällen von ausserordentlicher Reichhaltigkeit und ist ein neues Zeugniß von der umfassenden Kenntniss der mittelalterlichen Quellen, welche dem Verfasser zur Verfügung steht. Zur Ergänzung und Sicherung dieses positiven Beweises über den Vorrang des klägerischen Beweisrechtes vor dem Reinigungseid werden in einem folgenden Abschnitt diejenigen Aussprüche der Quellen erörtert, welche der subsidiären Natur des Reinigungseides scheinbar entgegenstehen, und es wird gezeigt, dass sie theils auf der Annahme beruhen, dass der Kläger den Beweis in ordnungsmässiger Weise nicht



erbringen könne oder wolle, theils sich auf Fälle beziehen, in denen eine wirkliche Klage des Verletzten fehlt (Offizialverfahren), theils die thatsächliche Unschuld des Verklagten voraussetzen, dass im Uebrigen aber der Vorrang des Reinigungseides nicht vor dem Klagebeweis an sich, sondern nur vor dem Klagebeweis mit gesetzlich unzulässigen Beweismitteln, insbesondere vor dem nicht gehörig qualifizirten Zeugenbeweis und in wachsender Ausdehnung auch vor dem gerichtlichen Zweikampf, anerkannt werde.

Der Verfasser wendet sich nun zu den Wirkungen und der Beweiskraft des Reinigungseides. Den Grund, kraft dessen aus der Ableistung des Reinigungseides auf die Unwahrheit der vom Kläger erhobenen Behauptung geschlossen wird, erblickt der Verfasser nicht in dem Glauben an die unparteiische Wahrheitsliebe einer Prozesspartei, sondern in dem Zusammenhang der Umstände und Voraussetzungen, unter welchen dieser Eid überhaupt praktische Anwendung findet. Das deutsche Recht beruft zwar den Kläger in erster Linie zum objectiven Nachweis seiner bestrittenen Klagebehauptung und gewährt ihm sonach das prinzipiale Beweisrecht, allein es macht ihm diese Beweisführung nicht zur Pflicht; die Unterlassung dieses Beweises führt nicht ohne Weiteres zur Freisprechung des Beklagten, sondern dem Kläger ist die Wahl eingeräumt, seine Klage mit Beweisanerbieten oder als schlichte, beweislose Klage anzustellen. Wenn er den letzteren Weg betritt, so dient der Reinigungseid des Beklagten dazu, den von der Gegenpartei ausgehenden Angriff zurückzuweisen und die objectiv durch Nichts erwiesene Klagebehauptung zu widerlegen. Dieses Resultat ist dasselbe, welches das römisch-moderne Recht bereits mit der einfachen Negation der Klagebehauptung durch den Beklagten verbindet; diese Negation wird nur in einer besonders feierlichen Form verlangt. Wenn nun der Kläger thatsächlich zwar in der Lage ist, den objectiven Klagebeweis zu führen, aus freiem Entschlusse aber den ihm vom Recht gestatteten Weg der schlichten Klage beschreitet und dadurch

auf sein Beweisrecht verzichtet, so ist im letzten Grunde nicht der allgemeine Glaube an die Gewissenhaftigkeit des Verklagten, sondern der eigene Wille des Klägers, die Parteidisposition über die Angriffsmittel, der Grund, auf welchem die absolvirende Kraft des Reinigungseides beruht und von diesem Gesichtspunkte aus gewinnt die einfache beweislose Klage des deutschen Rechtes eine bedeutende Aehnlichkeit mit der Eideszuschreibung des römischen Rechts, und in der That findet sich in den deutschen Quellen die Ausdrucksweise, dass der Kläger mit der schlichten Klage den Eid vom Verklagten verlange, ihn zu seiner Unschuld anspreche und dergl. Ist der Kläger aber thatsächlich ausser Stande den Klagebeweis zu führen, was freilich nicht vorkommen konnte, so lange der Zweikampf in uneingeschränkter Weise zur Führung des Klagebeweises benutzt werden durfte, so erscheint der Reinigungseid als ein letztes Auskunftsmittel, zu dem man greift, um im zweifelhaften Falle zu einer Entscheidung zu gelangen; er erbringt zwar keine objective Widerlegung der klägerischen Behauptung, aber er widerlegt den durch dieselbe begründeten Verdacht und er ist dem Römischen jurament. necessarium an die Seite zu stellen. Da der Reinigungseid nichts als die in besonders feierliche Form gekleidete Negation der Klagebehauptung, formell eine Bekräftigung, sachlich nur eine Wiederholung derselben ist, so gilt die Unterlassung der Eidesleistung als Zeichen, dass der Beklagte nicht ernstlich negiren will oder dass er mit gutem Gewissen nicht negiren kann und damit als ein Zugeständniss der Klagebehauptung. Hiernach ist der Reinigungseid als ein Recht des Verklagten anzusehen, insofern der freie unbescholtene Mann nicht auf Grund eines, im Sinne des mittelalterlichen Rechtes ungenügenden Beweises, nicht auf blosse Anschuldigung, Verdacht und Indizien, nicht auf die Aussage von ungläubwürdigen Zeugen hin verurtheilt werden konnte. Er kann aber allerdings auch zur schwerwiegenden Last werden; denn der Kläger kann durch die blosse, vielleicht thatsächlich ganz unbegründete Behauptung,

dass der Verklagte eine strafbare That begangen habe, diesem die alternative Verpflichtung auferlegen, entweder die Straffolgen auf sich zu nehmen oder den Eid zu leisten. Besteht für den Verklagten auch keine rechtliche Nothwendigkeit den Eid zu schwören, so ist er doch thatsächlich dazu genöthigt, weil er nur unter dieser Bedingung der Strafleistung entgeht. Es erhebt sich daher zum Schlusse die Frage nach dem Rechtsgrunde dieser Belastung des Beklagten, nach dem Motive, aus welchem das Recht einem Beklagten, dem eine strafbare Handlung nicht nachgewiesen werden kann, eine Beschwörung seiner Unschuld zumuthet. Der Verfasser findet dieses Motiv in der grossen thatsächlichen Beschränkung des klägerischen Beweisrechts, in dem Ausschluss jeder Verurtheilung auf Grund von Verdachtsgründen, in der faktischen Unmöglichkeit des Klägers, das ihm in abstracto zustehende Ueberführungsrecht im concreten Falle auszuüben. Hätte das deutsche Recht den Grundsatz *actore non probante reus absolvitur* festgehalten, so wäre die Strafverfolgung übermässig erschwert und dem Zufall preisgegeben worden; in den zahlreichen Fällen, in denen durch Verdachtsgründe und Indizien die Schuld des Verklagten dargethan wurde, es aber an den vom Recht allein anerkannten Beweismitteln gebrach, wäre das Verbrechen unverfolgbar geblieben. Grade für diese Fälle griff der Reinigungseid ergänzend und ausgleichend ein; er gab einerseits dem Kläger ein psychologisches Zwangsmittel gegen den Verklagten zur Ermittlung der Wahrheit, er verschaffte andererseits dem Verklagten Gelegenheit, sich von dem gegen ihn erhobenen und durch die Klagebehauptung zum Ausdruck gekommenen Verdacht zu reinigen. Freilich konnte von Seiten des Klägers diese Gewissensbelastung des Verklagten missbraucht und der letztere durch eine frivole Beschuldigung in die Lage gebracht werden, entweder zu leisten oder zu schwören; aber auch hiergegen schuf das mittelalterliche Recht einen Schutz, indem es dem Verklagten das Recht einräumte, vom Kläger die Ableistung eines Voreides

oder Wiedereides zu verlangen. Durch denselben beschwor der Kläger seinen guten Glauben an die Gerechtigkeit seiner Klage; der Inhalt desselben stand daher mit dem vom Verklagten zu leistenden Reinigungseide nicht im Widerspruch. Die Leistung des Voreides war eine prozessuale Voraussetzung für die Einlassungs- und Antwortspflicht des Beklagten; in der Nichtleistung erblickte man das Eingeständniss der materiellen Grundlosigkeit der Klage.

Die von dem Verfasser gegebene, im Vorhergehenden skizzirte Darstellung des Beweissystems bei Ungerichtsklagen gewährt, wie man gestehen muss, ein ungleich befriedigenderes und in sich übereinstimmenderes Bild als die herrschende Lehre. Hinsichtlich der materiellen Rechtssätze selbst wird zwar im Wesentlichen keine Aenderung der bisher geltenden Anschauungen hervorgerufen; in denjenigen Fällen, in denen der Verfasser das Beweisrecht des Klägers für praktisch durchführbar erklärt, hat auch die bisherige Lehre schon angenommen, dass der Reinigungseid dem Verklagten verlegt werden konnte, und wengleich der Verfasser das Recht des Verklagten zum Unschuldseid nur als ein subsidiäres bezeichnet, so ist doch dasselbe auch nach seiner Darstellung nur in denjenigen Fällen ausgeschlossen, in denen die bisherige Theorie „Ausnahmen“ vom Recht des Verklagten sich eidlich zu entschuldigen annahm, bei der Klage mit gerichtlicher Beweisung, mit Schreimannen bei handhafter That und bei der kämpflichen Ansprache. Aber abgesehen davon, dass das quellenmässige Material zur Begründung aller dieser Sätze vom Verfasser in ungleich grösserer Vollständigkeit und Uebersichtlichkeit als in den bisherigen Darstellungen gesammelt und gesichtet worden ist, so erscheint auch der innere Zusammenhang dieser Sätze in einer durchaus neuen Beleuchtung und in einem anderen Sinne als bisher. Im Wesentlichen glaube ich mich dieser vom Verfasser vertretenen Auffassung anschliessen zu müssen; sie erscheint ebensowohl durch innere rationelle Gründe als durch die Zeugnisse der Quellen gestützt und sie hat über-

dies die Analogie der für die Beweisvertheilung in vermögensrechtlichen Prozessen geltenden Grundsätze für sich. Eine prinzipielle Unterscheidung des Verfahrens in Civilprozess und Strafprozess war dem deutschen Rechtsgang überhaupt unbekannt; ja dem älteren Rechte auch die Unterscheidung von peinlichen und bürgerlichen Klagen, denn auch die ersteren gingen auf Geldleistungen, waren Ansprüche um Schuld, und erst mit der Einführung des Systems öffentlicher Strafen tritt gemäss dem Eintheilungsprinzip des deutschen Rechts nach dem Gegenstand des Klageanspruchs zu den Klagen um Gut und um Geldschuld die Klage um Leib, Leben und Recht hinzu, die Klage, welche dem Gegner an Hals und Hand ging. Es spricht daher von vornherein die Vermuthung dafür, dass das Beweissystem bei den Klagen um Unrecht auf denselben prinzipiellen Grundlagen beruhe, wie bei den vermögensrechtlichen Klagen, und diese Vermuthung wird auch in der That durch die Quellen im vollsten Masse bestätigt. Die Schwierigkeiten, mit denen die herrschende Theorie zu kämpfen hat, beruhen im letzten Grunde darauf, dass sie den Begriff des Beweises im modernen oder römisch-canonischen Sinne statt im Sinne des deutschen mittelalterlichen Rechtes nimmt, dass sie demzufolge den Unschuldseid als Beweismittel auffasst, ja ihn als das regelmässige Beweismittel ansieht, dessen Anwendung nur unter bestimmten Voraussetzungen ausnahmsweise ausgeschlossen wird, und dass sie daher ein Beweissystem construiren muss, welches den Unschuldseid mit umfasst und ihn gleichsam zum Mittelpunkt nimmt. Darauf beruht dann die Vorstellung, als sei dem deutschen Recht die objective Wahrheitsermittlung unbekannt, als handle es sich im Prozess blos um Behauptungen oder Urtheile und Gegenbehauptungen und Gegenurtheile der Parteien und als bestünde das Beweisverfahren lediglich in einer Bekräftigung des Urtheils, in einer formellen Aufrechthaltung desselben durch das Gewicht der Persönlichkeit des Beweisführers. Diese Auffassung ist m. E. hinsichtlich der ver-

mögensrechtlichen Klagen wie hinsichtlich der Klagen um Unrecht gleich unhaltbar. Beweis im Sinne des deutschen Rechtes ist immer nur die objective Evidentmachung einer Thatsache, niemals die bloß subjective Behauptung oder Ueberzeugung und der Unschuldseid gehört demgemäss nicht zu den Beweismitteln, sondern bildet den Gegensatz derselben. Der Unschuldseid widerlegt nicht die klägerische Behauptung einer Thatsache, sondern er weist den klägerischen Anspruch zurück; er ist seinem Inhalt nach nicht die Betheuerung eines thatsächlichen Vorganges, sondern die Bekräftigung eines Urtheils, und er dient gar nicht dem Zwecke, Beweis zu liefern. Das deutsche Recht hat sowohl in vermögensrechtlichen als in peinlichen Streit-sachen zwei Arten von Klagen, Klagen mit und ohne Beweis; dadurch, dass es auch die letzteren für zulässig erachtet und den Beklagten nicht mit dem einfachen Verneinen abkommen lässt, sondern ihm ein „eidliches Versagen“ auferlegt, unterscheidet es sich vom römischen und heutigen Recht. Es entsteht dadurch zwar die Nothwendigkeit, gewisse Rechtsregeln über das Verhältniss beider Klagen aufzustellen, und die Fälle gegen einander abzugrenzen, in denen Beweisführung statthaft ist oder in denen der Unschuldseid eintritt; aber Regeln über die Beweislast und über die Beweisführung kann es eben nur geben für die Klagen mit Beweis, nicht für die Prozesse, in denen nicht der Beweis bestrittener Thatsachen in Rede steht, sondern nur die alternative Verpflichtung des Verklagten entweder zu bekennen und zu leisten oder zu versagen und dafür zu schwören. In den Streitfällen der letzteren Art handelt es sich freilich, falls der Verklagte nicht sich der Antwort wehrt d. h. die angegebene alternative Verpflichtung bestreitet, immer nur um Urtheile der Parteien über Schuld oder Nichtschuld, nicht um die Wahrheit oder Unwahrheit von thatsächlichen Behauptungen, und gerade desshalb ist bei der schlichten Klage eine thatsächliche Substanziirung nicht erforderlich, sondern nur eine Angabe, die dem Beklagten erkennbar

macht, worauf sich der Anspruch des Klägers stütze. Aber dies darf man nicht zum Prinzip des mittelalterlichen Prozessrechts überhaupt und namentlich nicht zum Prinzip des Beweisrechts machen, denn es gilt nur für eine Art von Klagen und zwar für solche, bei denen überhaupt kein Beweis stattfindet.

„Beweisen“ kann man immer nur ganz concrete, individuell bestimmte, sinnlich wahrnehmbare Thatsachen, also niemals die Schuld oder Unschuld einer Partei oder das Vorhandensein eines Rechtsanspruchs; und deshalb gibt es keine Parteierklärung im ganzen Gebiet des mittelalterlichen Prozessrechts, die zum Beweise im wahren Sinne des Wortes gestellt würde, wenn sie nicht in der Behauptung eines individuell bestimmten, durch sinnliche Wahrnehmung erkennbaren Factums oder Zustandes besteht. Jede beweisbare Klage und Einrede muss eine thatsächlich substanzierte sein. Ferner kann man aber nicht beweisen, was man erst durch logische Combination und Schlussfolgerung ermittelt; sondern nur das, was man unmittelbar durch sinnliche Wahrnehmung constatirt, was man sehen, hören oder antasten kann. Alle Beweisung ist nach dem eigentlichen Wortsinn, in dem sich der Ausgangspunkt und das Grundprinzip des Rechtsbegriffs ausdrückt, leibliche Beweisung, Augenschein. Ein Surrogat der leiblichen Beweisung ist das Gottesurtheil, insbesondere der Zweikampf, indem der sinnlich wahrnehmbare Ausfall desselben kraft Rechtssatzes einen Schluss auf die Wahrheit oder Unwahrheit der behaupteten Thatsache gestattet; durch den Zweikampf wird dem Gericht leibliche Beweisung darüber erbracht, wer die Wahrheit und wer die Lüge verfiht. Dagegen ist das Zeugniß streng genommen kein Beweis und wird auch in den mittelalterlichen Quellen stets von der „bewisunge“ unterschieden; denn die Aussage des Zeugen reproduzirt nicht die bestrittene Thatsache selbst, sondern nur die subjective Auffassung des Zeugen, den Eindruck, den sie auf ihn gemacht und die Schlussfolgerungen, die sie in seinem Geiste angeregt

hat. Ein Zeuge kann nicht die Thatsache selbst „beweisen“ d. h. sinnlich wahrnehmbar machen, sondern nur die Vermuthung erwecken, dass die Thatsache, so wie er aussagt, geschehen sei, falls man nämlich voraussetzt, erstens, dass er sie richtig, vollständig und genau wahrgenommen, zweitens, dass er sie seinem Gedächtniss getreu eingepägt, und drittens, dass er sie in seiner Aussage richtig reproduzirt habe. Dies ist aber weder selbstverständlich noch auch im Allgemeinen wahrscheinlich und es ist daher vollkommen korrekt, dass man mit Zeugen nicht „beweisen“ und dass man mit der Aussage von Zeugen prinzipiell Niemanden überführen kann. Eine Ausnahme hiervon tritt nur dann ein, wenn sich der Gegner selbst freiwillig der Aussage der Zeugen unterwirft, wenn er selbst anerkennt, dass er sowohl ihrer richtigen Auffassung von dem Vorgange als ihrer wahrheitsgetreuen Auskunft über denselben traut, und wenn auch die Zeugen selbst darauf hingewiesen werden, was sie wahrnehmen und dereinst bekunden sollen; mit anderen Worten wenn die Zeugen zum Zwecke der Beurkundung mit dem Willen beider Parteien zu dem thatsächlichen Vorgange zugezogen worden sind, wenn sie testes tracti, rogati oder collecti sind. Das ältere Recht kennt daher zwar einen Zeugenbeweis, aber nur mit Urkundenzeugen, nicht mit solchen Zeugen, die zufällig Kenntniss von einem Thatbestande oder einem Theile desselben haben, und auch das Gerichtszeugniss des Sächsischen Rechts steht nicht nur zum Privatzeugniss, sondern zugleich auch zum Zeugniss aus zufälliger Wissenschaft im Gegensatz. Auch da wo der Sachsensp. das Privatzeugniss zulässt, ist doch das Zeugniss regelmässig ein solches, das nicht auf rein zufälliger Wissenschaft beruht, sondern auf Zuziehung der Zeugen zu dem Rechtsgeschäft. In allen den Fällen, in denen Jemandem med orkunde tvier mannen etwas angekündigt wird u. dgl., ferner wenn die Zahlung einer Summe oder die Hingabe einer Sache bezeugt werden soll, mit denen „die es sahen und hörten,“ wenn für gewisse Thatsachen die Hochzeitsgäste, die



Taufpathen u. s. w. als Zeugen zugelassen oder erfordert werden u. s. w., so stehen hier überall die Zeugen, wengleich sie nicht mehr formell als Urkundspersonen rogirt worden sind, doch im Gegensatz zu Personen, die zufällig etwas zu wissen vorgeben; sie sind zu dem Vorgange zugezogen worden. (Vergl. die zahlreichen Nachweisungen bei Planck Gerichtsverf. Bd. II, S. 70 ff.) Derselbe Grundsatz findet nun auch bei peinlichen Klagen statt; die Zeugen sind nur dann ein geeignetes Beweismittel, wenn sie von dem Verletzten zur That herbeigerufen worden sind, damit sie dieselbe wahrnehmen und darüber aussagen. Das Gerüfte ist, wie auch Planck S. 69 bemerkt hat, kein blosser Hülferuf des Bedrängten, sondern ein Herbeirufen von Zeugen, die dem Kläger helfen sollen die That „kundegen“; die Schreimannen sind testes rogati; freilich nur von einer Partei rogirt, dafür wendet sich aber auch der Hülferuf an Alle, die ihn hören, ohne Auswahl. Mit Zeugen, die zufälliger Weise Kenntniss von der That erlangt haben oder die erst nach der That herbeigerufen worden sind, um die Spuren derselben zu constatiren, kann man daher Niemanden eines Ungerichts überführen, „wie wissentlich es auch sei“. Nur der in handhafter That oder in der Flucht der That ergriffene, mit sinnlich wahrnehmbaren (scheinbaren) Zeichen der That dem Gericht vorgeführte und mit dem Zeugniss der Schreimannen überführte Verbrecher muss den „Beweis“ der That leiden. Erst allmählig wurde die Strenge des Prinzips gebrochen und es wurden zufällige Zeugen zugelassen; Vorgänge, bei denen ihrer Natur nach Urkundspersonen nicht zugezogen werden, die aber für die Entscheidung von Rechtsansprüchen erheblich sind, liess man nach und nach, zunächst in vermögensrechtlichen Streitfällen, auch von Zeugen erhärten, die sie wahrgenommen hatten, ohne als Zeugen rogirt gewesen zu sein; man begnügte sich damit, dass ihre Kenntniss auf unmittelbarer sinnlicher Wahrnehmung beruhte. Ein solches Getüch war freilich keine bewisunge im alten und eigentlichen Sinne des Wortes; die Zulassung eines solchen

Ueberführungsmittels war bereits eine Erweiterung des ursprünglichen Beweisbegriffs.

Das Aufkommen des Beweises mittelst Zufallszeugen geht neben der Zulassung des Urkundenbeweises her und beide dienten dazu, die Fälle, in denen „mit Beweis“ geklagt werden konnte, ausserordentlich zu erweitern und eine völlige Umgestaltung des Beweissystems und des ganzen Prozesses herbeizuführen. Dass aber der Unschuldseid des Verklagten ein Beweismittel sei, ist eine Anschauung, die dem deutschen Recht auch in diesem Stadium seiner Entwicklung fremd geblieben ist und die erst mit dem römisch-canonischen Beweisbegriff zur Geltung kommen konnte; der Unschuldseid war und blieb der Gegensatz zum Beweise und griff nur Platz, wo kein Beweis angetreten wurde. Desshalb darf man auch den Unschuldseid mit dem zugeschobenen Eide des heutigen Rechts nicht für gleichartig erklären, da der letztere nur über That-sachen geschworen werden kann, der erstere dagegen die Verpflichtung zum Gegenstande hat. Dem mittelalterlichen Recht war dieser Unterschied wohl bewusst; es stellt dem Unschuldseid, der ein Urtheil über die Verpflichtung enthält, den Fall gegenüber, dass der Verklagte selbst eine Thatsache eingestehen oder eidlich seine Nichtkenntniss derselben erhärten solle.

Sachsensp. II 22, § 5. Zihet ein man sines gezuges uffe den selben man, uffe den die gezug get, der sal durch recht sagen bi sime eide, waz ime wizlich darumbe si, oder entsegen, daz her dar umbe nicht en wizze. Volkumt jene sines gezuges mit im denne uber in selben, her en bedarf uber in cheines gezuges mer; her muz san darumbe deme richtere wetten und jenem sine buze gebn, als her solde, ab her mit gezuge nicht volkomen were; wand her in zu gezuge brachte wider recht unde wider sine wizzenschaft.

Hier ist nicht von Negation des Klageanspruchs, einer eidlichen Erhärtung der Nichtschuld die Rede, sondern von

einem Beweisverfahren über eine Thatsache; hier wird der Gegner als Zeuge in Anspruch genommen und wenn er beschwört, dass er die vom Kläger behauptete Thatsache nicht wisse, so ist der Kläger beweisfällig; er muss Busse und Gewette zahlen, während er bei dem Unterliegen mit schlichter Klage Nichts verwirkt.

Auch diese Stelle beweist aber, dass es sich überall, wo von einem Beweise die Rede war, um die objective Feststellung concreter Thatsachen, niemals um die formelle Bekräftigung juristischer Parteiurtheile handelte und dass der Gedanke, dass immer diejenige Partei zur Bekräftigung ihres Urtheils zugelassen worden sei, welche als der „angegriffene“ Theil erschien, welche ein Rechtsgut „behalten“ wollte, dem mittelalterlichen Prozessrecht gerade so fern lag, wie die Zuertheilung des Beweisrechts an diejenige Partei, welche die andere mit besseren oder stärkeren Beglaubigungsmitteln für die Richtigkeit ihres Urtheils überbot. Als das Motiv aber für die grosse Beschränkung des Beweises kann nicht der Glaube an die Wahrheit und Richtigkeit des feierlich abgegebenen d. h. eidlich bekräftigten Manneswortes erachtet werden, sondern im Gegentheil das Misstrauen in die Zuverlässigkeit der Aussage, das Bewusstsein von der Grösse der Gefahr, dass Leute einen rechtlichen Vorgang ungenau oder unvollständig im Geiste auffassen, ihn unrichtig im Gedächtniss festhalten und ihn fälschlich wiedergeben; die Erfahrung, wie sehr die Aussage von Zeugen, ganz abgesehen von Bestechung und eigenem Vortheil, durch allerhand Beziehungen zu einer Partei, ja selbst durch die blosse geistige Macht, welche die Bestimmtheit, mit der eine Partei ihre Auffassung der Sache zur Geltung bringt, auf die Vorstellung anderer Personen ausübt, beeinflusst werden kann. Aus diesem Grunde beschränkte das ältere Recht die Beweismittel, insbesondere den Zeugenbeweis, in einem unseren Anschauungen befremdlich erscheinenden Masse; wo aber die rechtlich anerkannten Beweismittel vorhanden waren und ihre Produktion von einer Partei an-

geboten wurde, da liess sich das ältere Recht nicht von einer sentimentalischen Bewunderung der Wahrheitsliebe und Glaubwürdigkeit des Verklagten anwandeln und da stellte es die Entscheidung über Recht und Unrecht nicht seiner Gewissenhaftigkeit und seinem „Urtheil“ anheim, sondern da liess es den Kläger zur Erbringung des Beweises und das Gericht zur Fällung des Urtheils zu. Diese m. E. richtigen Anschauungen über die Grundgedanken des mittelalterlichen Beweisrechts dargethan und aus den Quellen für die Ungerichtsklagen erwiesen zu haben, ist das grosse Verdienst, das sich Löning durch das in Rede stehende Buch um die deutsche Rechtswissenschaft erworben hat.

---

## V.

### Zur Lehre vom Check.

(Fortsetzung.)

Von

**Georg Cohn.**

#### Vorbemerkung.

Ehe wir in der Bd. I dieser Zeitschrift abgebrochenen Darstellung der Lehre vom Check fortfahren, sei es gestattet, einige Notizen zur Geschichte und Literatur unseres Instituts nachzutragen.

1. In Italien <sup>1)</sup> hatte die Umarbeitung des Progetto di Codice di Commercio auch eine Modification der Normen bezüglich des Checks zur Folge. Die wesentlichste Modification des zweiten Entwurfs (Art. 333—339) bestand in der Begriffserweiterung des Checks; hatte der erste Entwurf nämlich in Art. 351 noch ein „deposito“ gefordert, so genügen nach dem zweiten Entwurf, Art. 333, jetzt schon „somme di danaro disponibile presso una banca o presso qualsiasi persona“. — Die italienische Regierung hat die gesetzliche Regelung der Checks für so dringlich erachtet, dass sie den Abschluss der Total-

---

<sup>1)</sup> Vergl. Bd. I, p. 153, II, p. 133, auch Supino im Arch. giur. XXII, p. 90 ff.

revision des Codice di Commercio nicht abzuwarten beschlossen, vielmehr die resp. Normen des zweiten Entwurfs als Specialgesetz über Checks und Sparkassenbücher (titoli rappresentativi dei depositi bancari) am 20. März 1879 im Parlament eingebracht hat. Die Commission der Deputirtenkammer hat trotz mancher Bedenken gegen die Specialgesetzgebung mit Rücksicht auf die von den Depositenbanken ausgesprochenen lebhaften Wünsche<sup>2)</sup> dem Entwurf der Regierung unter gewissen kleinen Modificationen zugestimmt<sup>3)</sup>. Ob das Gesetz inzwischen zu Stande gekommen, ist mir nicht bekannt geworden.

2. In der Schweiz hatte der Entwurf des Obligationenrechts vom Jahre 1876, wie früher erwähnt<sup>4)</sup>, ganz im Gegensatze zu Munzingers handelsrechtlichem Projecte von einer speciellen Regelung der Checks Abstand genommen, ja sogar den Namen „Check“ vermeiden zu müssen geglaubt. Die letzte Ueberarbeitung jenes Entwurfs Seitens der Commission vom Juli 1879 hat diesem Mangel wenigstens insoweit abgeholfen, als in Art. 421 des Checks wenigstens einmal Erwähnung geschehen, und neben dem Wechsel das wechselähnliche Ordrepapier und die Inhaberanweisung gesetzlich geregelt ist (Art. 735, 844). Immerhin fehlte es auch nach dieser letzten Redaction an einheitlichen Normen für den Check, der vielmehr je nach seiner äusseren Form als Ordre, Recta- und Inhabercheck ganz verschiedenen Regeln folgen sollte; für die Quittungschecks war überdies gar keine Fürsorge getroffen. Der Ständerath, dem der Entwurf zunächst

---

<sup>2)</sup> Vergl. die beiden Denkschriften Mangili's Namens der Associazione fra le banche popolari italiane:

- a) necessità e norme di una legge speciale sugli assegni (chèques), relazione presentata alla prima adunanza dei Delegati delle Banche pop. ital. (29. April 1877) nebst Sitzungsprotokoll;
- b) il progetto di legge sui titoli rappresentativi dei depositi bancarii, presentato alla Camera dei Deputati dal Ministro Magliani nella tornata del 20 Marzo 1879.

<sup>3)</sup> Vergl. den Bericht Simonelli's vom 20. März 1879.

<sup>4)</sup> Bd. I, p. 154.

zugegangen, hat denselben durch eine Commission prüfen lassen, und der Bericht derselben fordert denn auch eine specielle und einheitliche Regelung bezüglich des Checks.

3. Einen ganz anderen Standpunkt hat die Republik Guatemala eingenommen. Der Codigo de comercio vom September 1877<sup>5)</sup> hat die Anweisung zwar besonders geregelt und privilegiert, dagegen erklärt Art. 663: „Das Gesetzbuch erkennt die pagarés nicht an, die der Handelsgebrauch unter dem Namen Quédanes<sup>6)</sup> eingeführt hat“, und Art. 664 fährt fort: „In Gemässheit des vorigen Artikels sollen solche Urkunden keine Gültigkeit vor Gericht haben.“ Diese befremdende Aechtung eines ganzen Rechtsinstituts ist von den Verfassern des Handelsgesetzbuchs (Manuel Echeverria, Antonio Machado und J. Estevan Aparicio) in den Motiven vom Juli 1877, (p. 23 ff.) in folgender Weise begründet<sup>7)</sup>:

„Seit einigen Jahren hat der Handelsverkehr der Hauptstadt den Umlauf eines Creditpapieres unter dem Namen „Quédanes“ in seine Gebräuche aufgenommen, welche in der Regel auf den Inhaber lautend ausgestellt zu werden pflegten. Der Missbrauch, der in der Praxis mit diesen auf den guten Glauben angewiesenen Papieren getrieben wurde, und die Ungebührlichkeit, die in ihrer Formulirung lag, bestimmten die Commission, ihnen keinen Platz im Handelsgesetze einzuräumen und ihnen die Klagbarkeit zu verweigern.“

„Die „Quédanes“ bezweckten ursprünglich die Uebertragung

<sup>5)</sup> Vergl. Dr. Gotthelf Mayer in Grünhuts Zeitschrift f. d. öff. u. Privat.-R. der Gegenwart 1879.

<sup>6)</sup> Der Name ist nicht auf „Quittung“ zurückzuführen, sondern nach der mir mitgetheilten Ansicht Dr. G. Meyers von „quedar“ („einhalten“) abzuleiten; in den gangbaren Wörterbüchern der spanischen Sprache, auch in demjenigen der spanischen Akademie fehlt das Wort, Meyer zufolge, ganz.

<sup>7)</sup> Nach gütiger Mittheilung Meyers. Ich benütze diese Gelegenheit, Herrn Dr. Meyer für die bezüglich der Quédanes mir ertheilten Aufschlüsse auch öffentlich meinen Dank auszusprechen.

des baaren Geldes zu erleichtern und gingen so innerhalb weniger Tage oder selbst eines einzigen von Hand zu Hand. Sie setzten ein wahres Depositum voraus und hielten thatsächlich in dem Besitze des Depositors jene Werthe fest, die in dem Documente ausgedrückt waren, aber nach und nach wurden die „Quédanes“ ihrer Bestimmung entfremdet und zu einer Art Creditpapier des Ausstellers.“

„Der „Quédan“ wurde gegeben und genommen, wenn der Kaufmann, welcher eine Summe zu erlegen hatte, diese nicht in seiner Kasse hatte, der „Quédan“ wurde dadurch seinem Ursprunge zuwider, aus einer Kassenanweisung auf einen Dritten, zu einer Art Kassenschein auf den Aussteller selbst. Der Verkehr litt unter diesem Missbrauch, und die Gerichtshöfe fanden zur Beurtheilung dieser Papiere nicht die richtigen legalen Anhaltspunkte, da im Gesetze dieser Fall nicht vorausgesehen war. Die Sicherheit, die das Gesetzbuch aber allen geschäftlichen Transactionen, die im Rahmen seiner Vorschriften abgeschlossen werden, bieten soll, führten zu einer radicalen Reform der Behandlung dieser Angelegenheit, und liegt diese im Entwurfe der Commission in den Artikeln 664 und 665 vor.“

4. Das Bedürfniss eines deutschen Checkgesetzes hat in den Kreisen der deutschen Kaufmannschaft sich immer lebhafter fühlbar gemacht. Der Handelskammer zu Braunschweig, insbesondere Herrn Bankdirektor Benndorf daselbst, gebührt das Verdienst, die Anregung zur eingehenden Ventilirung der Frage gegeben und einen mit erläuternden Anmerkungen versehenen Entwurf der Grundzüge für ein deutsches Checkgesetz <sup>8)</sup> aufgestellt zu haben. Dieser Entwurf wurde mittelst Circularschreibens vom 12. September 1879 den deutschen Handelskammern zur Begutachtung übersandt. Dem Vorschlag, eine gesetzliche Regelung des Checkwesens anzustreben, stimmten im Prinzip mehr als 50 Handelskammern zu; nur 7 Handels-

---

<sup>8)</sup> Abgedruckt als Anhang zu meinem Gutachten in Hildebrands Jahrbüchern der Nationalökonomie, Jena 1879, December.



kammern haben sich gegen den Vorschlag ausgesprochen<sup>9)</sup>. Ein eingehendes und im Prinzip zustimmendes Gutachten ging von der Handelskammer zu Mannheim aus der Feder des Dr. Landgraf unter Aufstellung eines Gegenentwurfs ein<sup>10)</sup>; endlich hat auch Verfasser auf Veranlassung der Heidelberger Handelskammer einige Bemerkungen über den Braunschweiger Entwurf veröffentlicht<sup>11)</sup>.

Am 18. November 1879 wurde der Entwurf der Grundzüge sodann in Braunschweig auf einer „Conferenz von Delegirten deutscher Handelskammern“<sup>12)</sup> einer detaillirten Berathung unterzogen, aus der ein vielfach veränderter, freilich nicht immer verbesserter Entwurf hervorging<sup>13)</sup>. Leider wurde die beantragte Resolution, „die gesetzliche Regelung des Checkwesens für nothwendig und dringlich zu erklären“, nicht angenommen. Die Gründe dieser immerhin bedauerlichen Ablehnung sind in dem Berichte der Braunschweiger Handelskammer klargelegt.

Zu derselben Zeit wurde auf Antrag des Aeltestencollegiums der Kaufmannschaft in Magdeburg die gesetzliche Regelung des Checkwesens auch auf die Tagesordnung des bleibenden Ausschusses des deutschen Handelstages gebracht; leider hat auch diese Corporation sich in ihrer Versammlung vom 21. November 1879 ablehnend ausgesprochen.

5. Die Judicatur hat inzwischen auch in Deutschland Anlass gehabt, eine der wichtigsten Streitfragen des Check-

---

<sup>9)</sup> Vergl. das Referat Benndorfs auf der Delegirtenconferenz (Bericht p. 7).

<sup>10)</sup> Abgedruckt auch im Jahresbericht der Mannheimer Handelskammer.

<sup>11)</sup> Vergl. Note 8.

<sup>12)</sup> Nur Bielefeld, Braunschweig, Elberfeld, Flensburg, Halberstadt, Hamburg, Hannover, Leipzig, Magdeburg und Stettin, sowie der Verein zur Wahrung gemeinsamer wirthschaftlicher Interessen zu Düsseldorf waren vertreten.

<sup>13)</sup> Abgedruckt in dem „Bericht der Handelskammer zu Braunschweig über die Verhandlungen der am 18. XI. 1879 in Braunschweig abgehaltenen Conferenz“ etc.

rechts, wenn auch noch nicht oberstrichterlich, zu entscheiden; das Landgericht zu Hamburg hat nämlich den Regress des Inhabers gegen den Aussteller bejaht <sup>14)</sup>.

6. Zur deutschen Literatur sind neuerdings nachzutragen:  
Wächter, O. v., Encyclopädie des Wechselrechts, 1880,  
s. v. Check p. 171—177.

Carl Gareis, das deutsche Handelsrecht, 1880, p. 422.

R. Koch, in v. Holtzendorffs Rechtslexikon, 1880, s. v.  
Check.

H. Hartung, der Check- und Giroverkehr der deutschen  
Reichsbank (deutsche Zeit- und Streitfragen, 1880,  
Heft 133/134).

Von ausländischen Arbeiten behandelt ein Artikel Petit's  
im Journal des Economistes mehr die wirthschaftliche, als die  
juristische Bedeutung des Checks. Dagegen verdient als hoch-  
bedeutend das 2 starke Bände umfassende Werk des Amerikaners

John W. Daniel, a treatise on the law of negotiable  
instruments, including bills of exchange etc. etc. New-  
York (1. Ed. 1876) 2. Ed. 1879

hervorgehoben zu werden. Das 49. Capitel dieses Werkes be-  
handelt „the law of checks“ (Bd. II, p. 528—612). Das-  
selbe stützt sich, ausser auf eine Fülle von Präjudizien, haupt-  
sächlich auf die beiden Werke von Morse und Grant „on  
banking“.

---

<sup>14)</sup> Laut Mittheilung des Hamburger Delegirten Lutteroth auf der Braun-  
schweiger Conferenz (Bericht p. 9). Vier frühere Erkenntnisse über minder  
wichtige Fragen des Checkrechts bei Borchardt, p. 30, 82 und 108, sowie  
oben Bd. I, p. 158, n. 18.

---

## Cap. II.

## Die Wirkungen des Checks.

## Abschnitt I.

## Die Pflichten des Bezogenen.

## § 1.

## Einleitung.

Der Bezogene ist zur Einlösung des (von ihm nicht acceptirten) Checks nur nach Massgabe des Checkvertrages verpflichtet. Es steht durchaus in seinem Belieben, Checks zurückzuweisen, welche auf ihn von Personen gezogen worden, denen er sich zur Einlösung nicht vertragsmässig verpflichtet hat, oder denen er doch nicht mehr vertragsmässig hierzu verpflichtet ist. Dies gilt selbst dann, wenn der Bezogene Schuldner des Ausstellers ist, mag nun die Checksumme den Betrag der fälligen Schuld übersteigen oder hinter ihm zurückbleiben<sup>1)</sup>; denn der Schuldner hat die geschuldete Summe zu zahlen und nur diese, nichts mehr und nichts weniger; er ist gegen seinen Willen nicht zu Theilzahlungen und noch viel weniger zur Creditirung<sup>2)</sup> verpflichtet. Wie aber, wenn

---

<sup>1)</sup> In England allerdings „money in the hands of a banker is in effect money lent, re-payable on demand, which may be either personal or by cheque.“ (Chalmers p. 211 Art. 260 not. und p. 162 Art. 208 exception). Es ist dies aber auch eine scheinbare Ausnahme; denn „the relation between a banker and his customer is that of debtor and creditor, with the obligation superadded, that the banker is bound to repay his debt when called for by the draft of the customer.“ Walker p. 28. Vergl. über diesen stillschweigenden Contract noch Hulshoff p. 155 und oben Bd. I, p. 456 ff.

<sup>2)</sup> Chalmers p. 211 bei n. 8: „In the absence of special agreement, express or implied, founded on consideration, a banker is of course under no obligation to let a customer overdraw.“

die ohne vorangegangenen Checkvertrag unter der Bezeichnung von Checks ausgegebenen Zahlungsaufträge der dem Aussteller vom Bezogenen geschuldeten Summe durchaus gleichkommen? Hier ist nach der Form des Checks und nach der Person des Zahlungsfordernden zu unterscheiden.

a) Wird der Anweisungsscheck durch den Aussteller selbst oder durch einen speciell legitimirten Vertreter desselben dem bezogenen Schuldner präsentirt, so wird dessen Lage durch die Einlösung selbst nicht verschlechtert; der Bezogene wird daher die Zahlung an sich nicht weigern dürfen. Dagegen kann er alle jene Wirkungen der Einlösung oder der Dishonorirung des Checks von sich ablehnen, denen er sich bei Contrahirung der ursprünglichen Schuld nicht unterworfen hat<sup>3)</sup>: hierhin gehört im Falle der geleisteten Zahlung die Verpflichtung zur Aufbewahrung oder Rückgabe des Checks<sup>4)</sup>, sofern nicht etwa nach Lage des Falles eine ausdrückliche oder stillschweigende Uebernahme dieser Pflicht bei Gelegenheit der Einlösung stattgefunden hat; hierhin gehört jedenfalls auch im Falle der Dishonorirung die weitgehende Schadensersatzpflicht, welche der Bruch des Checkvertrages gegen den Zahlungsverpflichteten nach sich zieht (vgl. §. 2 und 3).

b) Wird der Anweisungsscheck hingegen durch eine dritte Person präsentirt, die nur durch den Besitz resp. den Inhalt des Checks sich zur Zahlungserhebung als legitimirt auszuweisen vermag, also durch den Remittenten, Indossatar resp. den Inhaber eines Checks, so ist der Schuldner nach allgemeinen Rechtsprincipien wohl berechtigt, die Zahlung zu verweigern<sup>5)</sup>, denn das ursprüngliche Schuldversprechen ist nur

---

<sup>3)</sup> Vergl. Thöl, HR. I, §. 468.

<sup>4)</sup> Vergl. unten §. 7.

<sup>5)</sup> Nach den Aeusserungen der französischen Kammermitglieder und des Regierungscommissärs bei Berathung des Gesetzes ist allerdings Zahlungspflicht auch ohne speciellen Vertrag anzunehmen; es genügt die Mittheilung: „les fonds sont à votre disposition.“ Vergl. Nouguiet p. 37, 38, oben I, p. 456. Hulshoff p. 15.

dem Aussteller, nicht jenem Dritten gegenüber erfolgt. Auch nach preussischem Landrecht wird dies mindestens dann der Fall sein müssen, wenn die geschehene Anweisung vom Anweisenden dem Schuldner nicht vorher bekannt gemacht worden<sup>6)</sup>, eine Thatsache, die im Checkverkehr fast nie vorkommt.

c) Trägt der Check nicht Anweisungs-, sondern Quittungsform, so wird freilich der Aussteller und kraft Art. 296 HGB. jeder Inhaber die Zahlung gegen Uebergabe der Urkunde fordern können; die weitergehenden Pflichten des Schuldners werden indess auch hier, wie im Falle a, zu verneinen sein.

---

Ehe wir die vertragsmässige Einlöschungspflicht und die Folgen ihrer Nichterfüllung näher erörtern, scheint es angezeigt, den Checkvertrag, dessen Bd. I p. 452 ff. nur ganz im Allgemeinen Erwähnung geschehen, auf Form und Inhalt an dieser Stelle noch etwas näher zu prüfen.

Ueber die Form des Checkvertrages fehlt es überall an speciellen gesetzlichen Vorschriften; die allgemeinen Regeln über die Vertragsform gelangen daher zur Anwendung<sup>1)</sup>. In Deutschland wird in der überwiegenden Mehrzahl aller Fälle nach Art. 317, 277, 272<sup>2</sup> und 273 A. D. H. G. B. der Checkvertrag keiner schriftlichen Abfassung bedürfen; nur insofern etwa einmal keiner der beiden Contrahenten Kaufmann ist, auch die Einlösung nicht gewerbsmässig erfolgt, könnte ganz ausnahmsweise das partikularrechtliche Erforderniss der Schrift-

---

<sup>6)</sup> A. L. R. I. 16, §. 256 ff. Vergl. Koch, Commentar zu §. 257 a. a. O., Dernburg, Lehrbuch des Preuss. Rechts II, p. 121, Förster, Theorie und Praxis I, p. 586.

<sup>1)</sup> Die amerikanische Judicatur hat anerkannt, dass das Versprechen des Bankiers, Checks gegen hinreichende Deckung einzulösen, bindend sei, möge es schriftlich, mündlich, express oder nur stillschweigend übernommen sein („wheter it is in writing, verbal or implied“). Vergl. Daniel p. 592, n. 1.

lichkeit eine Anwendung finden<sup>2)</sup>. Die Praxis der grösseren Bankinstitute begnügt sich indess fast in keinem Lande mit der blossen Willensübereinstimmung; diese Institute fordern vielmehr in ihren Reglements ziemlich übereinstimmend vor Eröffnung eines Checkverkehrs noch die Erfüllung gewisser Formalitäten: der zukünftige Aussteller des Checks hat einen schriftlichen Antrag oder eine schriftliche Zustimmungserklärung einzureichen, auch wohl seine Unterschrift und die Unterschriften der zur Zeichnung seines Namens resp. seiner Firma berechtigten Personen zu hinterlegen; die Bank ihrerseits eröffnet dem Girokunden sodann eine laufende Rechnung und übergibt ihm Checkbuch und Gegenbuch<sup>3)</sup>.

Wie nützlich diese Förmlichkeiten auch als Cautelen gegen Streitigkeiten und Missbräuche zu erachten, wie sehr sie den Abschluss des Checkvertrages ausser Zweifel setzen, so liegt doch für den Gesetzgeber kaum genügender Anlass vor, seinerseits die Gültigkeit des Checkvertrages von der Erfüllung dieser Formalitäten abhängig zu machen; er darf vielmehr, wie dies auch in den Ländern des codificirten Checkrechts bisher ohne Nachtheil geschehen, der Privatautonomie diese Cautelen überlassen.

Der Checkvertrag tritt selten, ja fast niemals ganz selbstständig auf; er wird sich vielmehr in der Regel als Nebenabrede einem anderen Verträge anschliessen. Meistentheils wird dieser andere Vertrag ein reguläres oder irreguläres Depositum sein, und die englisch-amerikanische Jurisprudenz

---

<sup>2)</sup> In Belgien ist der Check unbedingt „acte de commerce“ (vergl. Sachs a. a. O. p. 6, 8 und 91); anders in Frankreich (Art. 4 des Gesetzes v. 1865), Italien (Borsari p. 956, 960, Giurispr. commerc. Ital. X. p. 7 und 8) und Holland (Kist p. 395). Der ital. Progetto preliminare, hatte die Präsumtion ausgesprochen, dass die Checks „atti di commercio“ seien, soweit nicht das Gegentheil aus dem Akte selbst hervorgehe; dagegen erklärt der neuere Entwurf (Mancini) den Check bezüglich der Nichtkaufleute für kein Handelspapier, er habe denn causa commerciale.

<sup>3)</sup> Vergl. Bd. I, p. 427 ff., Note 4—6.

geht soweit, die Existenz eines Depositums, wenn es nicht wirklich vorhanden, zu fingiren; ihr ist der Check eine Zahlungsanweisung auf ein bei einem Bankier vorhandenes oder als vorhanden fingirtes Depositum<sup>4)</sup>. Der Checkvertrag tritt aber auch nicht ganz selten einem Crediteröffungsvertrage zur Seite<sup>5)</sup>; selbst mit einer Schenkung kann er sich verbinden; man denke an den Fall, dass ein Bankier seinem Lebensretter ein Checkbuch mit der Ermächtigung, bis zu einem gewissen Betrage Checks auf ihn zu ziehen, übergibt. Fast regelmässig wird der Checkvertrag mit dem Contocorrentvertrag gleichzeitig geschlossen werden; zuweit geht es aber wohl, wenn Hildebrand ausruft: „ohne Contocorrent kein Check“; denn das charakteristische Merkmal eines jeden Contocorrentverkehrs ist gegenseitige Creditgewährung<sup>6)</sup>; wie liesse sich aber eine solche beispielsweise bei der schenkungsweisen Hingabe eines Checkbuchs construiren? Die Möglichkeit eines von jedem anderen Vertrage ganz unabhängigen, selbstständigen Checkvertrages ist nicht in Abrede zu stellen.

Ob der Checkvertrag nun aber als Nebenabrede oder als selbstständiger Vertrag auftritt, so wird doch sein Inhalt immer dahin gehen, dass der eine Contrahent sich verpflichtet, gegen Aushändigung der von dem andern Contrahenten nach

<sup>4)</sup> Daniels II, p. 531. „It is not the fact that the order is actually drawn on a deposit, but the fact, that it purports to be so drawn, which constitutes it a check. Story p. 670. „They are always supposed to be drawn upon a previous deposit of funds.“ Walker p. 82, „that the law presumes the check is drawn on account of the drawee's having effects of the drawer in his hands.“ Diese Fiktion ist indess doch nur ein Nothbehelf, und es erscheint richtiger, statt ihrer das wahre Kriterium, den Einlösungsvertrag, der Dogmatik und Gesetzgebung des Checks zu Grunde zu legen.

<sup>5)</sup> Vergl. oben Bd. I, p. 452 ff. über Creditchecks.

<sup>6)</sup> Grünhut in s. Z. III, p. 494. Thöl p. 459/462, Entsch. d. R.O.H.G. v. 19. Septbr. 1871: „unvereinbar ist mit seiner Natur, dass nur auf der einen Seite sich an sich selbstständige Forderungen summiren und die Leistungen auf der anderen Seite nur in deren successiver Tilgung bestehen.“

Massgabe besonderer Instruktion schriftlich ausgestellten Zahlungsaufforderungen unbedingt resp. unter einer Bedingung Zahlung zu leisten. Diese Bedingung wird meist, ja präsumtiv dahin gehen, dass bei Präsentation des Checks der Bezogene dem Aussteller aus Depositen oder sonstigen Rechtsgeschäften eine gleich hohe Summe schuldig ist. Es kann indess die Bedingung auch dahin gehen, dass die Checksumme um ein gewisses Quantum hinter der Schuldsomme zurückbleibt, insbesondere pflegen die englischen Bankers auf eine erhebliche, unangreifbare Reserve („a good balance“) zu halten. Die Bedingung kann weiter auch dahin gehen, dass der eingeräumte Credit durch die Zahlung des Checks nicht überschritten werde. Nur in den verschwindend seltenen Fällen der unlimitirten Creditbewilligung wird die Zahlungsverpflichtung des Bezogenen bedingungslos im Checkvertrage übernommen werden.

In der Regel wird der Bankier dem Kunden die Berechtigung zugestehen, innerhalb des vertragsmässigen Gesamtbetrages die Höhe der einzelnen Checks ganz beliebig zu normiren, ohne an runde Zahlen oder ein Minimum gebunden zu sein. Diese Zerstückelungsberechtigung bildet wirthschaftlich gerade eins der Hauptunterscheidungsmerkmale zwischen Check und Banknote; sie repräsentirt einen der Vortheile, die dem Privatmann die Eröffnung eines Checkverkehrs begehrenswerth machen<sup>7)</sup>. Gleichwohl kann sie nicht als Essentiale des Checkvertrages erachtet werden. Eine entgegengesetzte Abrede, (etwa die Ausschliessung von Checks, deren Betrag eine Mark nicht erreicht, oder solcher Checks, deren Betrag neben der Marksumme noch Pfennige enthält,) ist rechtlich mit dem Begriff des Checkvertrages nicht absolut unvereinbar; nur wird sie ausdrücklich ausbedungen sein müssen. Die Vermuthung streitet für die Zerstückelungsbefugnis; die letztere ist eine Naturale des Checkvertrages.

Der Checkvertrag dürfte sich vielleicht als ein eigen-

---

<sup>7)</sup> Hildebrand a. a. O.



thümlicher Vollmachtsvertrag construiren lassen: als Vollmachtgeber erscheint bei dieser Auffassung der Bezogene (Bankier); er ermächtigt den „Kunden“, Scheine und zwar nach Massgabe besonderer Instruktion auszugeben, welche ihn (den Bankier) insoweit zur Einlösung verpflichten. Die spezifische Eigenthümlichkeit dieser Vollmacht besteht darin, dass sie im eigenen Interesse des Bevollmächtigten ertheilt ist. Die Hingabe des Checkbuchs ist ein sehr übliches, nützliches, aber doch nicht essentielles Zeichen der ertheilten Vollmacht.

## § 2.

### Die Einlöschungspflicht des Bezogenen.

#### a) Dem Aussteller gegenüber.

Es folgt aus den allgemeinen Regeln des Vertragsrechts, dass der Bezogene seinem Mitcontrahenten, dem Aussteller gegenüber verpflichtet ist, vertragsmässig ausgestellte Checks, nach Eintritt der vorausgesetzten Bedingung, also innerhalb der verabredeten Grenzen, einzulösen. Die Nichteinlösung vertragsmässiger Checks hat nicht nur den Anspruch auf nachträgliche Zahlung der geschuldeten oder versprochenen Summe nebst Verzugszinsen, sondern vielmehr auch eine weitgehende Verbindlichkeit zum Schadensersatz zur Folge.

In voller Schärfe ist diese Verbindlichkeit von der englisch-amerikanischen Jurisprudenz anerkannt. Die Verurtheilungen von Bankiers, welche angemessene Zeit vor Präsentation des Checks Gelder ihrer Kunden in Händen hatten, gleichwohl aber die Honorirung der Checks innerhalb der Balance weigerten, sind zahlreich<sup>1)</sup>. Diese Verurtheilungen beschränken sich auch keineswegs auf den Fall des regulären Depositums. Im Falle *Cumming contra Shand*<sup>2)</sup> wurde vielmehr ein Bankier verurtheilt, obgleich „the cash balance in

<sup>1)</sup> Chalmers p. 210, n. 5. Byles p. 18 und 186. Walker p. 80, 81. Newman p. 29. Shaw p. 73–76. Daniel II, p. 594.

<sup>2)</sup> Byles p. 19, Note w. Shaw p. 76. Vergl. auch Funk p. 23, 24.

his pass-book was against the customer;" die Verurtheilung erfolgte dennoch, weil der Bankier zur Zeit der Präsentation in den ihm zum commissionsweisen Verkauf übergebenen Waaren des Ausstellers „securities“ besass, und weil er, dies ist die Hauptsache, in früheren Fällen bei gleicher Sachlage die Checks jenes Committenten honorirt hatte („where in a previous course of similar dealing checks had been paid“). In dem früheren thatsächlichen Verhalten wurde also das stillschweigende, bindende und zum Schadensersatz verpflichtende Abkommen gefunden, auch ohne baare Deckung, aber unter der Voraussetzung gedeckten Credits, Checks einzulösen; aus dem Bruch dieses stillschweigenden Vertrages (implied contract) wurde die Entschädigungspflicht hergeleitet. Die Aussprüche englischer und amerikanischer Richter, insbesondere Lord Tenterden's und Judge Williams' <sup>3)</sup>, lassen auch keinen Zweifel darüber, dass der Rechtsgrund des Anspruchs des Ausstellers nicht der Besitz klägerischen Geldes, sondern vielmehr der Vertragsbruch (breach of contract) ist <sup>4)</sup>. Eben deshalb kommt es nach englischem Recht auf den Nachweis eines positiv erwachsenen Schadens (actual damage, actual loss) überhaupt nicht an; der Vertragsbruch giebt an sich das Recht auf Schadensersatz, und es ist Sache der Jury, die Höhe desselben in freier Würdigung aller Momente (der injury und des discredit) zu arbitriren <sup>5)</sup>. Die amerikanische Praxis scheint den Kaufmann vor dem Nichtkaufmann zu bevorzugen; Letzterer hat „special injury“ zu behaupten und zu beweisen, während dem „trader“ dieser Nachweis erlassen ist <sup>6)</sup>.

Was die europäischen Continentalstaaten betrifft, so hat zwar die Gesetzgebung dieser Länder, auch Belgiens, die Einlösungspflicht resp. Schadensersatzverbindlichkeit nicht spe-

<sup>3)</sup> In dem leading case Marzetti c. Williams bei Byles p. 18, Shaw p. 74, 75; in Amerika in Sachen Bank of Republic c. Millard bei Daniel p. 593, n. 1.

<sup>4)</sup> In Sachen Rolin c. Stewart bei Daniel II, p. 594, n. 1.

<sup>5)</sup> Chalmers p. 210 und 163. Funk p. 23. Levi p. 493.

<sup>6)</sup> Daniel a. a. O.

ciell ausgesprochen; dieselbe dürfte indess aus den allgemeinen Principien des Vertragsrechts unbedenklich folgen <sup>7)</sup>. Diese Anschauung liegt auch einem Pariser Erkenntniss vom 28. August 1871 zu Grunde <sup>8)</sup>; sie ist für Holland aus der Stellung des Kassiers als Mandatar und Depositar des Ausstellers (Art. 74) herzuleiten, findet auch wohl in Art. 224 des Handelsgesetzbuchs ihre Anerkennung <sup>9)</sup>.

Vom Standpunkt der in §. 1 aufgestellten Vollmachtstheorie ist die Haftung des Bezogenen gegen den Aussteller die des Mandanten gegen den Mandatar.

Der Braunschweiger und Mannheimer Entwurf erkennen die Einlösungs- resp. Entschädigungspflicht des Bezogenen ausdrücklich an; sie erklären übereinstimmend:

„Der Aussteller kann den Bezogenen für die aus einer unberechtigten Zahlungsweigerung entstandenen Nachtheile verantwortlich machen.“

Die Delegirtenconferenz hat diesen Satz (mit einer in § 3 zu erörternden Erweiterung) acceptirt; desgleichen Funk <sup>9a)</sup>.

De lege ferenda muss man sich diesem Beschluss sachlich durchaus anschliessen; nur die Fassung der letzten Worte erregt Bedenken. Ist unter den „entstandenen Nachtheilen“

<sup>7)</sup> In den Motiven des Braunschweiger Entwurfs, sowie in den Braunschweiger Verhandlungen, p. 17, wird die Einlösungspflicht als „englisches und belgisches Recht“ bezeichnet; das belgische Gesetz enthält jedoch keinerlei Bestimmung darüber. — Ueber Oesterreich, §. 1409 A.B.G.B., vergl. Funk p. 23. — Vergl. auch noch Z. f. H. R. X., p. 23 (Mittermaier). Ueber Portugal vergl. unten §. 3 ad 7.

<sup>8)</sup> Nougier, 2. Anhang, p. 234. Hulshoff, p. 157, beruft sich auf Code civil Art. 1991 und Nougier p. 37 ff.

<sup>9)</sup> Ueber die Annahme des holländischen Rechts, dass mit der Uebergabe des Papiers der Aussteller die Forderung gegen den Bezogenen an den Inhaber abtrete, also verliere, vergl. unten §. 3, n. 2. Der Aussteller, der wegen der dem dritten Inhaber gegenüber abgelehnten Honorirung des Kassierspapiers klagt, hat durch die Rückgabe des Papiers die Forderung gegen den Kassier eben wieder zurückerworben.

<sup>9a)</sup> In dem auf Veranlassung des österr. Handelsministeriums gefertigten Entwurf sub 3. Vergl. über diesen Entwurf unten p. 142.

nur der wirkliche Schaden zu verstehen? sollte die Erstattung des entgangenen Gewinns ausgeschlossen sein? und soll der Nachweis geführt werden, dass die Nachteile wirklich bereits „entstanden“ sind? Pflegen sich doch diese Nachteile nur zu oft erst in der Folgezeit geltend zu machen, und bestehen sie doch vornemlich in einem, auch bei freiester Beweiswürdigung nach Existenz und Umfang nur schwer nachweisbaren Moment, in der Creditgefährdung. Es können nun allerdings Fälle der Dishonorirung vorkommen, in denen schon jetzt gegen solche Creditgefährdung durch die in den §§ 187, 188 des Reichsstrafgesetzbuchs vorgesehene „Busse“ Hilfe gewährt wird; die Mehrzahl der Fälle der vertragswidrigen Weigerung der Checkeinlösung werden indess den subjectiven und objectiven Thatbestand des § 187 nicht erfüllen. Es dürfte sich daher empfehlen, das im § 188 des Strafgesetzbuchs und bez. der Verletzung des Urheberrechts adoptirte Rechtsinstitut der Busse auch für den Fall der vertragswidrigen Checkdishonorirung anzuwenden und dem Aussteller die Wahl zu lassen, entweder seinen Schaden zu liquidiren oder ohne genauere Specificirung die Busse als Schadensersatz in Pausch und Bogen<sup>10)</sup> zu beanspruchen. Dieses Recht des Ausstellers sollte von der subjectiven Verschuldung des Bezogenen unabhängig sein, und dem Ersteren, wie im englischen Recht<sup>11)</sup>, selbst dann zustehen; wenn die Einlösungsweigerung nur durch ein Versehen des Personals des Bezogenen, z. B. seines Buchführers, hervorgerufen ist.

### § 3.

#### b) Dem Inhaber gegenüber.

Die vertragswidrige Nichteinlösung des Checks wird nur in den seltensten Fällen dem Aussteller gegenüber erfolgen;

<sup>10)</sup> Dass die Busse Schadensersatz, ist von Dochow, Dernburg, Dambach, Bruns, Gareis, Köhler und Stobbe nachgewiesen resp. anerkannt. Vergl. Stobbe, Privatrecht III, p. 374 und 386, n. 45.

<sup>11)</sup> Vergl. den Fall Marzeth contra Williams bei Walker p. 79.

denn, wenn auch der Check an eigene Ordre resp. auf den Namen des Ausstellers selbst statthaft ist, so wird doch der Regel nach der Check zu dem Zwecke ausgestellt, dass ein nicht-speciell, sondern nur durch die Urkunde selbst legitimirter Dritter die Zahlung bei dem Bezogenen erhebe. Dieser Dritte kann bei Dishonorirung des Checks auf den Aussteller zurückgehen, wie später genauer zu erörtern, und der Aussteller wird gerade dann die im vorigen Paragraphen besprochenen Entschädigungsansprüche gegen den Bezogenen geltend machen können. Dagegen ist es eine der allerbestrittensten Fragen des ganzen Checkrechts, ob und eventuell in welchem Umfange der Dritte ein directes Klagrecht gegen den Bezogenen aus einem nicht acceptirten Check besitzt, und wie ein solches Recht juristisch zu begründen sei. Ausdrücklich und erschöpfend ist die Frage in keinem Gesetz beantwortet; doch fehlt es nicht an Andeutungen.

1. Noch am eingehendsten beschäftigt sich das holländische Wetboek van Koophandel mit der Frage; auch dieses aber entscheidet sie nicht principiell und direct, sondern in Art. 224 nur implicite und anlässlich eines speciellen Falles<sup>1)</sup>. Sofern nämlich der Aussteller eines Kassierspapiers die Regressverbindlichkeit gegen den Inhaber von sich ablehnen darf, — und dies ist der Fall, wenn er nachweisen kann, dass er ausreichende baare Deckung (gereede penningen) beim Bezogenen 10 Tage hindurch stehen gehabt und nicht zurückgezogen hat, — so soll er nach Art. 224 nichtsdestoweniger verpflichtet sein, dem Inhaber auf Kosten desselben die nöthigen Beweisstücke zu verschaffen, um sein Recht gegen den Bezogenen geltend zu machen. Nach dem positiven Wortlaut des Artikels könnte man vielleicht meinen, dass das Recht des Inhabers gegen den Kassier ein ganz exceptionelles, subsidiäres und von der Ver-

---

<sup>1)</sup> Vergl. besonders Hulshoff p. 109—112 und p. 168. Wenn auch nicht ganz consequent, tritt die Auffassung des Gesetzgebers auch in der Bestimmung des Art. 126 (Concurs des Ausstellers) zu Tage. Vergl. hierüber unten § 5 ad I b p. 104 und ad VII p. 111.

schaffung der Beweisstücke des Ausstellers abhängig sei. Dem ist jedoch nicht so. Der Artikel 224 gewinnt vielmehr seine volle Bedeutung erst durch die Vergleichung mit den Art. 109 u. 218, in denen das Recht des Inhabers eines präjudicirten nicht acceptirten Wechsels resp. einer solchen Assignatie gegen den Bezogenen in ähnlicher, aber keineswegs gleicher Weise normirt wird. Bei Wechseln und gewöhnlichen Anweisungen soll nämlich der regressfrei gewordene Aussteller nicht blos zur Beschaffung der Beweisstücke, sondern auch zur Cession der ihm gegen den Bezogenen zustehenden Forderung (afstaan en overdragen de vordering) verpflichtet sein; bei dem Kassierspapier ist von solcher Cessionspflicht keine Rede. Dieser Unterschied ist nichts Zufälliges; die Cessionspflicht war im Entwurfe des Art. 224 auch dem Aussteller des Kassierspapiers ursprünglich auferlegt; man hat sie jedoch gestrichen. Die Gesetzgebung ging nämlich, wie aus den parlamentarischen Berathungen erhellt, von der theoretisch freilich unhaltbaren Annahme aus, dass durch die einfache Uebergabe des Kassierspapiers das Eigenthum der Deckung mittelst einer symbolischen Tradition sofort auf den Inhaber übergehe, dass somit der Aussteller zu einer späteren Abtretung der gegen den Bezogenen zustehenden Forderung gar nicht mehr im Stande sei, und der Inhaber einer solchen Abtretung auch gar nicht bedürfe, da er bereits durch die Uebergabe des Papiers von selbst eine Klage gegen den Bezogenen erhalten habe<sup>2)</sup>. Die Pflicht zur Beschaffung der nöthigen Beweisstücke stehe dieser Auffassung um so weniger entgegen, als nach dem holländischen bürgerlichen Gesetzbuch, Art. 1158, auch der Verkäufer einer Sache verpflichtet sei, dem Käufer die Beweismittel für das schon erworbene Eigenthum nachträglich zu liefern<sup>3)</sup>. Diese Ansicht ist nun aber allerdings nicht ohne Einspruch geblieben: Diephuis<sup>4)</sup>

<sup>2)</sup> Bemerkungen der 5. Abtheilung der 2. Kammer 1834. Vergl. Kist p. 399. Hulshoff p. 110.

<sup>3)</sup> Vergl. Asser, Commentar zu Art. 224.

<sup>4)</sup> P. 305, 306.

insbesondere erachtet auch den Aussteller des Kassierspapiers trotz des Art. 224 für verpflichtet, den Anspruch selbst zu cediren. Er begründet diese Annahme damit, dass, was ja gewiss richtig, die *ficta traditio* theoretisch unhaltbar, auch nirgends vom Gesetzgeber ausdrücklich ausgesprochen worden; endlich scheinen ihm auch zwei Bestimmungen der Art. 223 und 226 mit der Idee einer *ficta traditio* im Widerstreit zu stehen. Bei dieser Argumentation verkennt Diephuis indess die Bedeutung der historischen Interpretation; er steht auch fast isolirt mit seiner Deduktion. Nach der herrschenden Ansicht muss man vielmehr, so sehr man die Begründung mittelst *ficta traditio* bekämpfen mag, als vom holländischen Gesetzgeber gewollt ansehen, dass der Inhaber des Checks durch den Empfang des Papiers ohne weitere Cession das Eigenthum an der Deckung und damit auch die Eigenthumsklage gegen den Bezogenen erwirbt. Die juristische Consequenz erfordert aber sodann auch, dass dieser Anspruch nicht nur nach Wegfall der Regressklage, sondern auch neben ihr resp. anstatt ihrer dem Inhaber zustehe, dass der diligente Präsentant keines Rechts darbe, das dem morosen zusteht<sup>5)</sup>.

2. Was das englische Recht anbetrifft, so behauptet Macleod<sup>6)</sup> in einer oft besprochenen<sup>7)</sup> Stelle, „that the possession of a customer's funds by a banker is equivalent to acceptance,“ dass daher der Bankier, sofern er Deckung in Händen hat, verpflichtet ist („he is bound“), die Checks der Kunden bis zur Höhe der Deckung ohne weitere Benachrichtigung und auch ohne Accept einzulösen, genau so, als wenn es sein trockener Wechsel wäre (*exactly as if it was*

---

<sup>5)</sup> A. M. indess Hulshoff p. 165 (in Folge seiner irrigen Gleichstellung von Assignatie und Kassierspapier) und anscheinend auch Mittermaier Z. X, p. 24.

<sup>6)</sup> Macleod, Elem. p. 287, vergl. auch principles p. 563, banking p. 272.

<sup>7)</sup> Munzinger p. 411, Hulshoff p. 154 (aber auch Themis p. 462), Mittermaier Z. X, p. 22.

his own promissory note). Dass Macleod hier nicht bloß die volkswirtschaftliche Verbindlichkeit, wie Mittermaier annimmt, sondern die eigentliche Rechtspflicht des Bezogenen im Auge gehabt, beweist nicht nur die vergleichsweise Bezugnahme auf den trockenen Wechsel, sondern insbesondere eine spätere Äußerung Macleod's in seiner Theorie und Praxis des Bankwesens. Er räumt dort p. 272 ein, dass ein directes Klagerecht des Inhabers im eigenen Namen gegen den Bankier „at law“ gewöhnlich bestritten werde, eine bezügliche „action-at-law“ auch noch nie geltend gemacht worden sei; er behauptet aber, dass „in equity the holder may recover against the banker, if he has funds in his hands.“ Gleichwohl ist diese Ansicht Macleod's irrig; sie ist neuerdings von der englischen Judicatur auch für die „equity“ zurückgewiesen worden<sup>8)</sup>; sie steht im Widerspruch mit der communis opinio der englischen Juristen; Walker<sup>9)</sup>, Shaw<sup>10)</sup>, Levi<sup>11)</sup>, Newman<sup>12)</sup>, Byles<sup>13)</sup> und Chalmers<sup>14)</sup> verneinen sämtlich das Klagerecht des Inhabers.

3. Das Klagerecht ist auch in Nieder-Canada gesetzlich dem Inhaber der Regel nach aberkannt; denn Art. 2351 des Civil Code spricht ihm dies Klagerecht gegen die Bank nur unter der Voraussetzung zu, dass der Check acceptirt worden.

4. In den Vereinigten Staaten bildet diese Frage den

---

<sup>8)</sup> Vergl. die Worte von Sir G. Jessel, Master of the Rolls, in Sachen Hopkinson contra Forster (1874) bei Daniel II, p. 590, n. 4 a. E.: „I am quite sure that learned judge never meant to lay down, that a banker who dishonors a check is liable to a suit in equity by the holder.“ Vergl. auch Byles p. 25, Note c.

<sup>9)</sup> Walker p. 71. The lawful holder of a check, if the banker refuse to pay it, cannot sue the banker on the check, unless . . .

<sup>10)</sup> Shaw p. 71. The holder does not appear to have any remedy against the banker who refuses payment, unless . . .

<sup>11)</sup> Levi p. 492.

<sup>12)</sup> Newman p. 34.

<sup>13)</sup> Byles p. 18 und 25.

<sup>14)</sup> Chalmers p. 210 und 164.



Gegenstand der lebhaftesten Controverse; sie hat die Ansichten der Gerichtshöfe und Juristen getheilt „and no little perplexed the legal profession“<sup>15)</sup>. Daniel widmet ihr nicht weniger als 8 Seiten. Während der oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten den Standpunkt der englischen Juristen einnimmt<sup>16)</sup>, haben die Gerichte von Süd-Carolina, Luisiana, Illinois und Jowa dem Inhaber das Klagerecht gegen die mit Deckung versehene Bank zuerkannt. Der Gerichtshof von Kentucky hat dieses Recht wenigstens dann dem Inhaber eingeräumt, wenn der Aussteller den Bezogenen brieflich von der Checkziehung in Kenntniss gesetzt hatte<sup>17)</sup>. Nach ausführlicher Würdigung aller Gründe und Gegengründe kommt neuerdings auch Daniel in wesentlicher Uebereinstimmung mit Morse und anderen amerikanischen Schriftstellern<sup>18)</sup> zu der Schlussfolgerung:

a) Holder may sue drawer and bank in one action.

b) He may sue drawer on the dishonor of check, and the bank for money had and received.

Der Inhaber hat hiernach gegen die Bank einen Anspruch auf Herausgabe des zur Deckung vom Aussteller erhaltenen Geldes, aber auch nur diesen; ein Recht auf Schadensersatz gegen die Bank steht nach Daniel nur dem Aussteller, nicht dem Inhaber zu.

5. Was Frankreich anlangt, so behauptet Hulshoff p. 158 mit einer nicht ganz gerechtfertigten Bestimmtheit, dass der Inhaber keine Klage gegen den nichtzahlenden Bankier anstellen dürfe; denn das Gesetz gebe ihm eine solche

---

<sup>15)</sup> Daniel II, p. 587.

<sup>16)</sup> Indess ist der Supr. Court sehr liberal in Annahme eines dem Inhaber indirect von der Bank abgegebenen Einlösungsversprechens. Vergl. Daniel p. 589.

<sup>17)</sup> Vergl. hiergegen Daniel p. 590.

<sup>18)</sup> Morse, on banking 471 (Daniel p. 591, n. 2); editor of Byles 96, n. 1 (Daniel p. 590, n. 1). Unentschieden lässt die Frage Story p. 671, vergl. aber auch 676. 691, 693.

Klage nicht, und der Bankier habe sich nur dem Ausgeber, nicht auch dem Inhaber gegenüber verpflichtet. Gleichwohl ist Hulshoff's Behauptung irrig.

Nicht nur die französischen Schriftsteller, wie Nougier und Espinas<sup>19)</sup>, Bédarride<sup>20)</sup>, Dalloz<sup>21)</sup> und Le Mercier<sup>22)</sup>, mit alleiniger Ausnahme Alauzet's<sup>23)</sup>, sondern auch die französischen Gerichtshöfe bekennen sich entschieden zu der Ansicht, dass das Eigenthum der Deckung durch die Uebergabe des Checks auf den Inhaber übergehe. So äussert sich der Gerichtshof von Orléans in seiner mit der Nichtigkeitsbeschwerde fruchtlos angefochtenen Entscheidung vom 30. August 1871: „Le chèque a pour effet de transférer immédiatement et par le seul effet de sa remise au porteur le domaine de la chose du tireur<sup>24)</sup>).

Schon bei Berathung des Gesetzes war von Emile Ollivier die Aufnahme einer gleichen Bestimmung gefordert worden; diese Anregung blieb zwar ohne Folge, jedoch nach der herrschenden Ansicht nicht deshalb, weil man die Ansicht Ollivier's missbilligte, sondern vielmehr, weil man es für überflüssig erachtete, einen nach französischem Wechselrecht unzweifelhaften Grundsatz für den indossablen Check noch besonders hervorzuheben. Ist nun aber mit dem Indossamente die Deckung aus dem Eigenthum des Ausstellers ausgeschieden und „la propriété exclusive du porteur“ geworden<sup>25)</sup>, so steht auch dem Inhaber principiell die Vindikation der Deckung gegen den Bezogenen zu („c'est en effet une revendication que le porteur préten-

---

<sup>19)</sup> Nr. 67 und 77.

<sup>20)</sup> Bédarride Nr. 13, 17, 38.

<sup>21)</sup> Dalloz, sub „Warrants et chèques“ Nr. 81, bei Nougier Nr. 67.

<sup>22)</sup> p. 135.

<sup>23)</sup> Nr. 42 vergl. gegen ihn Bédarride Nr. 14 und Le Mercier a. a. O.

<sup>24)</sup> Bei Bédarride Nr. 16, Le Mercier p. 137. Vergl. auch daselbst die Entsch. des Handelsgerichts zu Nantes v. 6./7. 1867.

<sup>25)</sup> Nougier Nr. 67.

drait exercer“<sup>26)</sup>. Diese Vindikation fällt allerdings mit der individuellen Erkennbarkeit, der Unterscheidbarkeit des Objects, fort; hat daher die Deckung, wie dies in der Regel der Fall sein wird, in Geld oder Inhaberpapieren bestanden, so wird von einer Vindikation nicht die Rede sein können. Klaglos ist der Inhaber aber gleichwohl nicht; mindestens ist ihm die Klage, die der Aussteller gegen den Bezogenen hat, zuzusprechen<sup>27)</sup>; denn der Aussteller ist zum Regress dem Inhaber verpflichtet, also Schuldner des Inhabers. Art. 1166 des Code civil bestimmt aber generell: „Néanmoins les créanciers peuvent exercer tous les droits et actions de leurs débiteurs, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne“<sup>28)</sup>.

Abgesehen von der Klage des Ausstellers spricht Bédarride Nr. 40 dem Inhaber des Checks eine selbstständige Klage gegen den Bankier noch dann zu, wenn derselbe über den Empfang des Depots dem Aussteller eine Quittung ertheilt hat, und diese Quittung, mit dem Check verbunden, sich in Händen des Checkinhabers befindet. Selbst der Einwand der Tilgung der ursprünglichen Schuld soll in diesem Falle dem Bezogenen versagt sein, weil jene Quittung in dem Checkinhaber den Irrthum von dem Vorhandensein der Deckung erregen musste, die Tilgung der ursprünglichen Schuld ohne Rückempfang jener Quittung aber eine Unklugheit darstelle, deren Folgen der Bezogene, und nur er, zu tragen verpflichtet sei.

<sup>26)</sup> Bédarride Nr. 42, p. 63. Vergl. auch die Rede des Regierungs-Commissar de Laveney v. 6./5. 1865: „Si l'on se présente même après les 5 ou après les 8 jours, et que le banquier soit encore nanti de la provision, il doit payer“. (Bédarride Nr. 89, p. 121.)

<sup>27)</sup> Vergl. Bédarride Nr. 40.

<sup>28)</sup> Die bei Nouguier p. 234 abgedruckten Entscheidungen vom August 1871 und Januar 1873 sprechen zwar die Zahlungspflicht des Bankiers aus; es geht indess aus dem Nouguier'schen Excerpt und auch aus Teulet et Camberlin's Journal des trib. de commerce XX, p. 425 leider nicht hervor, ob der Aussteller oder der Inhaber geklagt hatte.

6. In Belgien schweigt das Gesetz zwar gleichfalls über das Klagerecht des Inhabers, indess ergeben die Motive und die parlamentarischen Verhandlungen mit voller Bestimmtheit, „tout le monde étant d'accord“, dass „la transmission du chèque emporte transmission du droit exclusif à la provision“; „nul doute ne peut exister à cet égard“<sup>29)</sup>; selbst bei der Zögerung der Präsentation habe der Inhaber trotz des Regressverlustes noch den Bezogenen zum Schuldner<sup>30)</sup>. Man erklärte die besondere Feststellung dieses Principis im Gesetz für überflüssig; es folge a fortiori, weil beim Wechsel der Grundsatz direct ausgesprochen sei<sup>31)</sup>. Die Eigenthumsklage resp. die Klage des Ausstellers wird mithin auch in Belgien dem Inhaber zustehen müssen.

7. Art. 434 des portugiesischen *Codigo di Commercio* bestimmt, dass das *Mandato sobre banqueiro* ohne irgend welche Wirkung sei, wenn solches zur gehörigen Zeit präsentirt, aber von dem Bankier nicht berichtet worden ist. Hieraus scheint der Ausschluss jeder Klage des Inhabers zu folgen<sup>32)</sup>. Gleichwohl ist die portugiesische Jurisprudenz anderer Ansicht. Insbesondere behauptet *Sampajo Pimentel*<sup>33)</sup>, dass der Inhaber gegen den Bankier, der Deckung besitzt und dennoch die Zahlung weigert, mittelst *Cession* in derselben Weise klagberechtigt ist, wie der Inhaber eines Wechsels nach Art. 330 des portugiesischen und der Inhaber einer *Assignatie* nach Art. 218 des holländischen Handelsgesetzbuchs. Art. 330 des *Codigo di Commercio* lautet aber wie folgt: „Wenn

<sup>29)</sup> *Pasinomie belge* p. 195.

<sup>30)</sup> *A. a. O.* p. 196.

<sup>31)</sup> Vergl. über das *droit exclusif* des belgischen Wechselinhabers auf die provision *Sachs Z. f. H. R. Beilageheft XXI*, p. 49—52 und 82 und *Namur, code de comm. belge révisé I*, p. 281 ff.

<sup>32)</sup> So *Hulshoff* p. 164. „Aan den bankier is ook niet de verplichting opgelegd te betalen, zoodat dit van de aanneming van het mandat zal afhangen.“

<sup>33)</sup> Die Stelle ist im portugiesischen Wortlaut oben Bd. I, p. 144, n. 5 abgedruckt.

der Bezogene Deckung oder bereite Anschaffung in Händen hat, und der Wechsel nicht acceptirt, aber zu gehöriger Zeit protestirt worden ist, so hat der Inhaber das Recht, von dem Trassanten die Abtretung seiner Ansprüche an den Bezogenen bis zu einer dem Betrage des Wechsels gleichen Summe, sowie auf seine Kosten die Auslieferung der Papiere, welche die Rechte des Trassanten beweisen, zu verlangen, um solche nach seinem Gefallen geltend zu machen.“

8. Die beiden italienischen Entwürfe haben gleichfalls die Frage unberührt gelassen; eine Reihe italienischer Handelskammern hat dies mit Recht gerügt. Insbesondere erklären die Kammern von Brescia, Lecco und Neapel es für angezeigt, ausdrücklich zu normiren, dass der Bezogene, wenn er die Deckung besitzt, selbst noch nach der Präsentationsfrist zur Zahlung verpflichtet bleibt; die Neapolitanische Handelskammer will zwar keine wechselrechtliche, jedoch eine civilrechtliche Klage gewähren<sup>34)</sup>.

9. Der Schweizer Entwurf von 1865 hat die Frage gleichfalls nicht entschieden; es ist dies nach Ausweis der Motive absichtlich geschehen. Nachdem nämlich Munzinger p. 411 auf die Autorität Macleod's hin die Verpflichtung des Bankiers dem Inhaber gegenüber für das englische Recht bejaht hat, fährt er fort: „Wir unsererseits abstrahiren vorläufig (!) davon, eine solche Regel in unserem Entwurfe festzustellen. Entweder hat nämlich die Bank das System der Checks selbst organisirt, und da ist nicht leicht ein Grund denkbar, warum die Bank die Einlösung verweigern und damit ihren eigenen Credit erschüttern sollte. Thut sie es aber

---

<sup>34)</sup> Osservazioni e pareri zum Progetto p. 486, 487 zu Art. 337 resp. 355. Da der qu. Artikel vom Verlust der Klage des Inhabers (gegen Aussteller und Giranten) handelt, so muss man die Bemerkung der Handelskammern über die Verpflichtung des Trattario auch auf die Klage des Inhabers (nicht des Ausstellers) beziehen. „Lecco desidera, che si dichiari espressamente, che il trattario è obbligato finchè ha fondi, anche se il portatore presenti l'assegno fuori dei termini.“

doch, so kann allerdings die Bank, da ihre Unterschrift nicht auf dem Check steht, nicht wechselrechtlich, wie ein Acceptor, zur Zahlung angehalten werden. Oder aber, die Bank kennt das System der Checks nicht; in diesem Falle besteht kein Motiv, die Bank in irgend einer anderen Weise zur Zahlung zu verpflichten, als zur Einlösung von anderen Anweisungen.“ Diese „vorläufige“ Verzichtleistung auf Entscheidung einer so eminent streitigen Frage scheint eines Gesetzgebers nicht ganz würdig zu sein und wird auch von Hulshoff p. 163 beklagt. Die Motivirung Munzinger's ist übrigens hinfällig; denn, da die vorgängige Genehmigung der Ziehung wesentliche Vorbedingung der Checks ist, kann der zweite Fall, dass die Bank das System des Checks nicht kenne, gar nicht eintreten. Handelt es sich sonach stets um den ersten Fall, so scheint Munzinger denn doch etwas zu vertrauensselig, den Inhaber auf den guten Willen der Bank und ihre Furcht, den eigenen Credit zu erschüttern, zu verweisen; die Fülle der englisch-amerikanischen Processe spricht laut genug dagegen. Ueberdies ist die Frage, ob dem Inhaber ein Klagerrecht gegen die Bank zusteht, präjudiciell für eine Reihe weiterer praktisch wichtiger Fragen (vgl. § 5).

10. Auch der Braunschweiger Entwurf hatte ursprünglich des Inhabers nicht speciell Erwähnung gethan, vielmehr sub IV, 2 nur allgemein die Einlöschungspflicht des Bezogenen constatirt und sub IV, 5 nur von dem Anspruch des Ausstellers gesprochen. Diese Lücke<sup>35)</sup> ist nach längerer Debatte von der Delegirtenconferenz zu Gunsten des Inhabers ausgefüllt worden, indem die Majorität sub IV, 2 den Satz aufstellte: „Der Aussteller sowie die Inhaber können den Bezogenen für die aus einer unberechtigten Zahlungsweigerung entstandenen Nachtheile verantwortlich machen.“ Es war hiergegen von den Vertretern der Elberfelder und Hamburger Handelskammer allerdings geltend gemacht worden, dass damit

---

<sup>35)</sup> Vergl. mein Gutachten in den Jahrbüchern für Nat.-Oek.

dritten Personen ein ohne Analogie dastehendes Recht eingeräumt werde, sich in das Rechnungsverhältniss von zwei Geschäftsfreunden zu mischen<sup>36)</sup>. So gar exorbitant ist dies Recht indess nicht; giebt doch das Preussische Landrecht I, 16, § 281 bei der einfachen Anweisung dem Angewiesenen die Befugniss, die vom Assignaten nicht acceptirte, assignirte Post im Namen des Anweisenden einzuklagen<sup>37)</sup>. Ueberdies setzt die Ziehung der einfachen Anweisung keinerlei Uebereinkunft zwischen den Parteien voraus, während doch beim Check der Vertrag gerade essentiell, von dem Aussteller und dem Bezogenen es mithin gewollt ist, dass dritte Personen in ihr Rechnungsverhältniss in gewisser Weise eingreifen.

De lege ferenda wird auch nicht zu fragen sein, ob das Klagerecht des Inhabers ohne Analogie, sondern vielmehr, ob dasselbe vom praktischen Standpunkt aus wünschenswerth oder nachtheilig. Ist diese Vorfrage bejaht, dann erst wird zu prüfen sein, wie dasselbe theoretisch zu begründen.

Die Vorfrage ist aber meines Erachtens unbedenklich zu Gunsten des Klagerechts zu bejahen. Es giebt Fälle, und die amerikanischen Processe beweisen dies genugsam, in denen dem Inhaber mit dem Regress gegen die Vordermänner nicht gedient ist, wohingegen der Anspruch gegen den Bezogenen sehr wünschenswerth erscheint. Man denke nur an die Fälle des Todes, der Insolvenz oder auch nur der Abwesenheit des Ausstellers. Ein Nachtheil erwächst auch durch das Klagerecht des Inhabers weder für den Bezogenen, noch für den Aussteller. Der Letztere wird durch die Verurtheilung des Bezogenen ja liberirt und erspart sich seinerseits die Klageanstellung, sieht sich vielleicht auch seltener dem Regress aus-

---

<sup>36)</sup> Bericht p. 18.

<sup>37)</sup> Vergl. Dernburg II, p. 116, n. 10 und 118. n. 1. Cropp (in Heise und Cropp, juristische Abhandl.) II, p. 368, n. 44, bezeichnet diese Bestimmung des Preuss. Rechts, wodurch der Assignatar in der That die Rechte eines Procurator in rem suam, eines Cessionars, erhält, allerdings als eine singuläre Bestimmung.

gesetzt<sup>38)</sup>. Der Bezogene aber ist nicht benachtheiligt, da er ja nur dann verurtheilt werden kann, wenn die Existenz des Checkvertrages und die Existenz der Bedingung, unter der er zur Einlösung verpflichtet, erwiesen ist. Der klagende Inhaber muss mindestens dasselbe nachweisen, was der klagende Aussteller zu erweisen gehabt haben würde. Man könnte vielleicht einwenden, dass der Bezogene sich mehreren Präsentanten gleichzeitig gegenüber sehen könne, zu deren sämtlicher, voller Befriedigung die vorhandene Deckung oder der vertragsmässig zu gewährende Credit nicht ausreiche; in solchen Fällen wird indess das Depositionsrecht dem Bezogenen genugsam Schutz gegen die Gefahr doppelter Zahlung resp. Verurtheilung gewähren<sup>39)</sup>. Dass praktische Gründe nicht gegen, sondern für das Klagerecht des Inhabers sprechen, dürfte auch aus der befürwortenden Erklärung der drei italienischen und dem Beschluss der Delegirten-Conferenz der Deutschen Handelskammern sich ergeben. Funk hat den letzteren Beschluss wesentlich unverändert in den österreichischen Entwurf herübergenommen.

#### § 4.

Die juristische Natur des Klagerechts des Inhabers gegen den Bezogenen.

Wie die Zulässigkeit, so ist auch die juristische Natur der Klage des Inhabers viel umstritten.

1. In der Regel wird sie als Vindikation aufgefasst, indem man das Eigenthum der Deckung auf den Inhaber für übergegangen erachtet<sup>1)</sup> und diesen Eigenthumsübergang durch

<sup>38)</sup> Vergl. Hulshoff p. 163.

<sup>39)</sup> Vergl. § 5 ad I.

<sup>1)</sup> So in Frankreich (Bédarride p. 22, 35, 56 ff., Nr. 13, 23, 38. Nougouier Nr. 67, 68) und in Amerika: „It is an absolute appropriation to the holder of so much money in the banker's hand“. Parsons p. 94. Daniel p. 594 ff. Story p. 670, 692, n. 6 und 693. Weniger bestimmt für England: Levi p. 484 „it is more like an appropriation . . .“



brevi manu traditio<sup>2)</sup> oder ficta traditio<sup>3)</sup> zu erklären versucht. Der Gedanke des Eigenthumsübergangs ist indess bezüglich der Checkdeckung ebenso abzuweisen, als er es bezüglich der Wechseldeckung ist<sup>4)</sup>. Wird baares Geld vom Aussteller hinterlegt, so ist das Eigenthum mit der Hinterlegung auf den Depositär übergegangen<sup>5)</sup>; der Aussteller kann somit kein Eigenthum mehr übertragen, weil ihm selbst keines mehr zusteht. Ist aber der Bezogene nicht Depositär, sondern aus sonstigen Geschäften Schuldner des Ausstellers, oder liegt gar der Fall des Creditchecks vor, so ist es ganz unerfindlich, wie der Aussteller, der nur ein persönliches Forderungsrecht gegen den Bezogenen besitzt, Eigenthum oder ein sonstiges dingliches Recht an Gegenständen des Bezogenen sollte übertragen können. In vielen Fällen wird der Aussteller auch keineswegs nur entfernt die Absicht haben, das Eigenthum an der Deckung auf den Inhaber mittelst der Uebergabe des Papiers zu übertragen<sup>6)</sup>; man denke nur an den Fall, dass der Aussteller den Inhabercheck seinem Kassendiener zum Incasso übergiebt.

2. Hulshoff p. 112 bekämpft zwar die Theorie des Eigenthumsübergangs, billigt aber deren Wirkungen, das exclu-

---

<sup>2)</sup> Schon bei der Berathung des französ. Gesetzes wurde in der Sitzung v. 5. Mai 1865 diese Construction von Emile Ollivier versucht, vergl. Nouguier Nr. 13, Borsari p. 955; dagegen vergl. Koch p. 32, Mittermaier Z. X, p. 10 ff., Alauzet Nr. 42 und oben p. 90.

<sup>3)</sup> Namentlich in Holland. Vergl. dagegen Kist p. 399, Holtius p. 465.

<sup>4)</sup> Vergl. besonders Kropf (in seinen und Heise's jurist. Abhdlg. II, p. 343—403, Thöl § 71, n. 18, § 178, n. 14, Kist p. 279, Entsch. des R.O.H.G. v. 24. Septbr. 1875. XIII. p. 190 ff.

<sup>5)</sup> Walker p. 28: „The money when paid in becomes the money of the banker.“ Macleod dict. p. 423, principles p. 565. Hildebrand p. 133, n. 18. Mittermaier a. a. O. — Mühlhäuser, über Umfang und Geltung des Depositum irregulare. 1879, p. 49. Goldschmidt, p. 540, n. 29 und p. 794. Dufour p. 299, 306.

<sup>6)</sup> Vergl. Mittermaier a. a. O.

sive Recht des Checkinhabers auf die Deckung. „Man muss dann das Geld als eine Art Pfand für die Sicherheit des Checks betrachten; als solches sei es auch bei den Kassiers deponirt.“ Es ist aber nicht einzusehen, in welcher Weise der Depositar ein Pfandrecht am regulären oder irregulären Depositum erwerben sollte; beim illimitirten Creditcheck fehlt es sogar an einem speciellen Pfandobjekt; überdies ist dem Nehmer eines Checks (wie dem eines Wechsels<sup>7)</sup> die Deckung weder ausdrücklich, noch stillschweigend verpfändet.

3. Kist p. 400 meint, man könne höchstens von der Cession der *actio depositi* reden. Diese Construction lässt aber schon in allen denjenigen Fällen im Stich, in denen die Deckung nicht in baarem Gelde, sondern in Forderungen aus Wechseldiscontirungen oder sonstigen Rechtsgeschäften besteht, geschweige im Falle des Creditchecks.

4. Vor Erlass des französischen Checkgesetzes begegnet uns in Theorie<sup>8)</sup> und Praxis<sup>9)</sup> nicht selten die Anschauung, dass „la remise du chèque équivaut à une cession de créance“, dass sonach die Klage des Ausstellers aus dem Checkvertrage utiliter dem Inhaber zustehe. Hiergegen hat man geltend gemacht, dass es an einer Bekanntmachung an den debitor cessus fehle<sup>10)</sup>, und dass es dem Aussteller unbenommen sei, dieselbe Summe durch einen neuen Check nochmals zu ziehen, dass es sich daher nur um die Cession d'une éventuelle créance handle, deren zukünftige Existenz vom guten Willen und der Loyalität des Cedenten abhängig sei. Zwar liessen die mit der Denunciation verknüpften Wirkungen sich sehr wohl an die Präsentation oder Klageerhebung knüpfen, und die Gefahr der doppelten Abtretung ist ja auch bei der regulären Ces-

---

<sup>7)</sup> Vergl. Cropp bei Thöl p. 721, n. 14 (ad 3).

<sup>8)</sup> Michaux-Bellaire p. 4, 21 ff.

<sup>9)</sup> Erk. des Handelstribunals der Seine v. 31./10. 1863 bei Bellaire p. 23.

<sup>10)</sup> Michaux-Bellaire p. 26. Dufour p. 306, 307.

sion nach Ansicht Einzelner<sup>11)</sup> für den ersten Cessionar nicht ausgeschlossen. Dennoch ist die Cessionstheorie zurückzuweisen, weil das Recht des Inhabers kein vom Aussteller nur abgeleitetes, sondern ein eigenes ist; die Klage ist nicht die *a. utilis* des Ausstellers, sondern eine dem Inhaber direkt zustehende.

Diesen Gedanken finden wir in der amerikanischen Theorie und Praxis mit mehr oder minderer Bestimmtheit ausgesprochen; am schärfsten bei Daniel p. 591 ff., dessen Deduction hier im Wortlaut mitzuthemen gestattet sei:

„The sole motive often, if not generally, inducing the depositor to place his funds in bank, is the desire to have them in safety, where they may be checked on at convenience. The bank receives its reward in the use of the money, and in the business attracted in checking it out. And it is the universal understanding between banks and depositors, arising from the customs of trade, that the check of the latter is to be paid upon presentment. The drawer of the check makes the deposit and draws the check with this understanding. The bank receives the money with the like understanding<sup>12)</sup>, and so the **holder** receives the check. And the **mutual understanding of the parties**, although they have not individually concerted together, creates an implied privity and completes the **contract** between them.“

Dieser Vertrag zwischen Bankier und Inhaber kommt freilich, nach Daniel p. 491, nicht schon mit dem Empfang des Checks, sondern erst mit der Präsentation zu Stande: „it is true there is no privity before the presentment of the

---

<sup>11)</sup> Z. B. Misset's. Vergl. Dernburg II. p. 187, n. 40.

<sup>12)</sup> Vergl. auch Macleod, elem. p. 287: „the permission to draw a check payable to bearer on demand is the obligation to pay any one the customer may transfer the debt to.

checks, but by that very act they are brought in privity, and the checkholder's right to sue the bank completed."

Die Daniel'sche Deduction gewinnt durch die in seinen Noten abgedruckten Entscheidungen amerikanischer Gerichtshöfe (von Jowa und Illinois) eine grössere Bedeutung und Bestimmtheit; jene Erkenntnisse argumentiren nämlich mit dem Begriff des „promise made to another for the benefit of a third“ und suchen besonders jene Einwendungen zu widerlegen, die gegen die Klagbarkeit des zu Gunsten einer dritten *incerta persona* eingegangenen Vertrages erhoben werden könnten.

Meines Erachtens bedarf es der Zuhilfenahme des Vertrages zu Gunsten Dritter nicht; bei dieser Construction wäre übrigens auch der Aussteller selbst gar nicht berechtigt<sup>13)</sup>. Es dürfte sich vielmehr das Klagerecht des Inhabers durch die oben aufgestellte Annahme der Vollmacht erklären. Bei dieser Auffassung wäre ein Check des Inhalts:

Zahlen Sie an A x Mark.

Herrn C.

B.

juristisch wohl gleichbedeutend mit einer Urkunde des Inhalts:

Ich verpflichte mich an A x Mark zu zahlen.

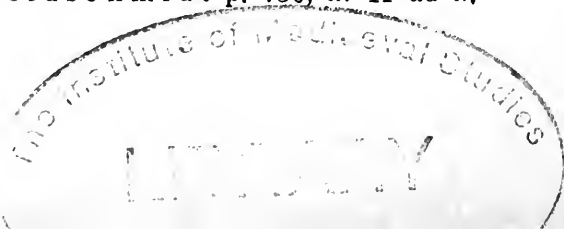
C,

in Vollmacht B.

Der Bankier C haftet als Machtgeber für die von dem Kunden B contrahirten Verpflichtungen, sofern nämlich derselbe seine Vollmacht nicht überschritten. Diese Bevollmächtigung ist aber keine Prokura, sondern eine durch die Modalitäten des Checkvertrages beschränkte, durch die Rücksicht auf die Deckung oder das Creditlimitum bedingte. Hiernach wäre der eigentliche Inhalt des Checks hinsichtlich des Bezogenen:

Ich verpflichte mich, an A x Mark zu zahlen, unter der Bedingung, dass bei Präsentation dieses

<sup>13)</sup> Vergl. Goldschmidt p. 750, n. 41 ad b.



Checks B eine gleich hohe Summe von mir zu fordern vertragsmässig berechtigt ist.

C, durch seinen Bevollmächtigten B.

Bei dieser Construction scheint es gerechtfertigt, dem Inhaber nicht nur die Klage auf Erfüllung (Zahlung), sondern auch den Anspruch auf Schadensersatz wegen unberechtigter Zahlungsweigerung gegen den Bezogenen zuzugestehen. Der letzte Anspruch wird zwar von Daniels p. 592 ff. dem Inhaber nicht zuerkannt (vergl. oben p. 89); die amerikanische Judicatur scheint indess doch anzunehmen, dass Inhaber und Aussteller die nämlichen Klagerechte besitzen; wenigstens sagt Richter Davis in einem von Daniel p. 593, n. 1 mitgetheilten Falle: „It is conceded, that the depositor can bring *assumpsit* for the breach of the contract to honor his checks, and if the holder has a similar right, then the anomaly is presented of a right of action upon one promise for the same thing, existing in two distinct persons at the same thing.“ Auch vom praktischen Standpunkt aus dürfte der Schadensersatzanspruch des Inhabers gegen den Bezogenen wünschenswerth erscheinen; man denke an den Fall, dass der Check auf einen andern Ort gezogen ist, an dem der Inhaber des zu Unrecht dishonorirten Papiers nur mit grossen Opfern sich die Summe, deren er bedarf, anstatt der angewiesenen zu beschaffen vermag. Es ist auch keine Unbill gegen den Bezogenen, dass er sowohl dem Aussteller, als dem Inhaber aus der unberechtigten Dishonorirung zum Schadensersatz verpflichtet wird; denn diese Dishonorirung involviret einen doppelten Vertragsbruch, nämlich einerseits den Bruch des eigentlichen Checkvertrages dem Aussteller gegenüber, andererseits den Bruch des durch den Aussteller als seinen Bevollmächtigten bei Ausstellung des Checks mit dem Inhaber geschlossenen Vertrages.

Auch die Braunschweiger Delegirtenconferenz und Funk haben den Schadensersatzanspruch des Inhabers anerkannt, indem sie, wie § 3 ad 10 erwähnt, nicht nur den Aussteller, sondern

auch den Inhaber für befugt erklärt, den Bezogenen „für die aus einer unberechtigten Zahlungsweigerung entstandenen Nachteile verantwortlich zu machen.“

Man könnte allerdings gegen diese nach den subjectiven Verhältnissen des Inhabers sich bemessende Schadensersatzforderung geltend machen, dass im Wechselrecht die Entschädigungspflicht des Acceptanten und Indossanten auf bestimmte klare Summen nach objectiv feststehenden Momenten sich bestimme<sup>14)</sup>; indess dürfte ein Zahlungsmittel, wie der Check, zur Stärkung seines Credits jene höhere Strenge gegen den Verpflichteten wohl verdienen.

### § 5.

#### Dishonorirungsgründe.

Der Bezogene ist nur verpflichtet, nach Massgabe des Checkvertrages ausgestellte Checks zu honoriren. Er darf daher die Zahlung verweigern:

I. Wenn vertragswidrig über den Betrag der Deckung resp. des eingeräumten Credits hinaus gezogen ist (overdrawn, over-checks<sup>1)</sup>). Hierbei drängen sich zwei Fragen auf:

a) Was ist Rechtsens, wenn der Check nur theilweise gedeckt ist? Diese Frage ist besonders von der amerikanischen Jurisprudenz erörtert worden. Unstreitig ist allerdings, dass der Inhaber Theilzahlungen sich nicht gefallen zu lassen braucht, und ebenso herrscht darüber kein Zweifel, dass die Bank nur gegen Aushändigung des Checks Zahlung zu leisten verpflichtet ist; streitig ist aber, ob die Bank auf Verlangen des Inhabers die theilweise Deckung gegen Hingabe des Checks auszahlen muss. Morse erachtet es generell als „better rule“, dass „if a bank cannot pay in full, it not only may not, but must not pay at all.“ Daniel dagegen hält den Bezogenen zur

<sup>14)</sup> Vergl. Thöl p. 284, 364, Wächter p. 841, n. 2.

<sup>1)</sup> Walker p. 81. Daniel p. 572 und 583. Chalmers p. 211, n. 8.

Zahlung für verpflichtet, sofern der Inhaber nur zum Empfang der Theilsumme bereit ist und den Check ausantwortet<sup>2)</sup>).

De lege ferenda dürften alle die Gründe, die den Wechselinhaber zur Annahme von Theilzahlungen verpflichten<sup>3)</sup>, auch für den Checkinhaber gelten; mindestens aber wird man sich der Daniel'schen Ansicht anzuschliessen haben.

b) Wichtiger noch und schwieriger ist die zweite Frage nach der Zahlungspflicht desjenigen Bezogenen, der nicht genügende Deckung besitzt, um mehrere präsentirte Checks vollständig zu befriedigen. Soll er die Zahlung aller ablehnen? oder sie nach der Reihenfolge der Präsentation oder der Datirung befriedigen? oder endlich eine ratenweise Befriedigung eintreten lassen? Diese wichtige Frage hat meines Wissens nur in der amerikanischen Jurisprudenz und zum Theil auch im holländischen Gesetz Berücksichtigung gefunden<sup>4)</sup>.

In Amerika gilt es als Pflicht der Bank, die Checks in der Reihenfolge ihrer Präsentation und nicht in der Reihenfolge ihrer Datirung zu bezahlen. Theorie und Praxis sind darüber einig<sup>5)</sup>, dass „der Bezogene kein Recht hat, bei unzureichender Deckung dieselbe pro rata unter die mehreren Checkinhaber zu vertheilen oder gar den später präsentirten Check mit Ausschliessung des früher vorgezeigten zu honoriren“. „Die Regel, die die Bank zu befolgen hat, lautet vielmehr: first come, first served, und eine Abweichung von dieser Regel würde die Bank dem ersten Präsentanten haftbar machen.“ Mindere Einstimmigkeit herrscht nun aber auch in Amerika über den in der Praxis gar nicht so seltenen Fall, dass bei ungenügender Deckung eine Anzahl Checks gleichzeitig

<sup>2)</sup> Daniel p. 575.

<sup>3)</sup> A. D. W. O. Art. 38.

<sup>4)</sup> Ueber das Prioritätsrecht der markirten Checks in England vergl. unten § 6 bei n. 15.

<sup>5)</sup> Vergl. Daniel p. 568, der auf Morse, Parsons, Story und „Matter of Brown“ Bezug nimmt.

präsentirt werden (z. B. durch Einsendung mittelst Post oder durch Einlegung in den Schalter des Bezogenen im Clearing-House). Nach einer Entscheidung (in Sachen Dykers gegen Leather Man. Bank) wäre bei dieser Sachlage die Bank nicht verpflichtet, irgend einen dieser Checks zu bezahlen; Daniel und Parsons sind dagegen der Ansicht, dass falls nicht die Priorität der Präsentation entscheide, die Priorität des Datums massgebend sein müsse.

In Holland ist die Frage nicht principiell, wohl aber für den praktisch bedeutsamsten Fall, den des Concurres des Ausstellers, in Art. 226 entschieden. Die Entscheidung selbst entbehrt freilich der Consequenz. Es soll nämlich der Kassirer befugt sein, mit der Auszahlung der Checks „voort te gaan“ (d. h. doch wohl, sie in der Reihenfolge der Präsentation einzulösen), bis hiergegen durch den Concurserverwalter oder die Inhaber anderer Checks Einspruch erhoben werde. Im Falle des Einspruchs oder sofern der Kassirer aus eigenem Antrieb mit der Bezahlung der Checks nicht „fortgehen“ will, soll die Deckung zur abgesonderten Befriedigung der Inhaber der vor Concurseröffnung ausgegebenen Checks verwandt werden, und zwar, wenn die Deckung sich zur vollen Befriedigung aller Checks als unzureichend erweist, proratarisch, ohne Unterschied ihrer Datirung. Als Motiv dieser letzten Bestimmung bezeichnet Asser die Unzuverlässigkeit der Datirung der Checks; auch hätten die Inhaber älterer Checks ihrer eigenen Säumniss es zuzuschreiben, falls sie durch die Concurrenz später emitirter Checks benachtheiligt würden<sup>6)</sup>. Hulshoff p. 112 wünscht zwar auch die proratarische Befriedigung aller Checkinhaber, aber schon von der Concurseröffnung an; anderen Falls geriethen die entfernt wohnenden Checkinhaber trotz aller Diligenz den am Ort des Concurres Domicilirenden gegenüber in unverschuldeten Nachtheil.

Das holländische Recht ist sich selbst inconsequent; es geht, wie oben gezeigt, von der (falschen) Theorie einer ficta

<sup>6)</sup> Asser p. 102 zu Art. 226.



traditio aus. Es müsste mithin — und dasselbe dürfte bezüglich des französisch-belgischen Gesetzes anzunehmen sein <sup>7)</sup> — da das Eigenthum der Deckung mit der Hingabe des Checks bereits auf den Empfänger der Urkunde übergeht, der früher emittirte Check dem späteren vorgehen, und nur in Ermangelung der Begebungspriorität die Prävention entscheiden.

De lege ferenda ist mit der Theorie der ficta traditio auch der Vorzug der früheren Begebung resp. Datirung abzulehnen. Die Inhaber der mehreren Checks haben nur obligatorische, nicht dingliche Rechte gegen den Bezogenen erworben, „das ältere obligatorische Recht giebt aber kein besseres dingliches Recht“ <sup>8)</sup>. Da die Berechtigung der Checkempfänger mithin die gleiche ist, der Bezogene ihnen in gleicher Weise und unter der nämlichen Bedingung durch den Aussteller als Bevollmächtigten des Bezogenen verpflichtet ist, so wird man wohl nur zwischen dem Vorzug der früheren Präsentation und der proratarischen Befriedigung schwanken können. Die erstere Alternative scheint die empfehlenswerthere; denn der Bezogene kann bei Präsentation eines Checks nicht wissen, ob nicht noch gleichberechtigte Checks existiren; der Geschäftsgang ist nur mit der Regel der praktischen Amerikaner „first come, first served“ vereinbar. — Liegt nun aber gleichzeitige Präsentation vor, so ist auch dann nicht etwa, wie Daniel will, auf den Vorzug des älteren Datums zu recurriren; denn der frühere Empfänger erwirbt eben kein besseres Recht gegen den Bezogenen; und zu welcher Fülle von Processen über die Priorität <sup>9)</sup> müsste man nicht alsdann gelangen, nament-

---

<sup>7)</sup> Die Commentatoren schweigen über diese Frage.

<sup>8)</sup> Goldschmidt p. 728.

<sup>9)</sup> Es ist allerdings richtig, dass, wie Benndorf anmerkungsweise zu dem Bericht der Braunschweiger Conferenz, p. 17, hervorhebt, aufgedruckte Ordnungsnummern (vergl. auch Hulshoff p. 87) gegen die Gefahr der Antedatirung Schutz gewähren; indess bleibt zu erwägen, dass die Benutzung eines Blanquets oder gar die Vermerkung einer Ordnungsnummer nicht zu den Essentialien eines Checks gehört.

lich wenn die Checks in dritten Händen sind? Eine Bevorzugung des älteren Datums würde auch die beschleunigte Präsentation, die, wie später zu zeigen, der Gesetzgeber in jeder Weise begünstigen sollte, nicht gerade fördern, sondern eher ihr entgegen wirken! Es dürfte daher der Bezogene für berechtigt zu erklären sein, bei gleichzeitiger Präsentation entweder pro rata zu befriedigen, oder, falls er dies vorzieht, zu deponiren.

II. Wenn der Check der verabredeten resp. ordnungsmässigen Form entbehrt<sup>10)</sup> oder falsch resp. verfälscht ist<sup>11)</sup>.

III. Wegen mangelnder Legitimation des Präsentanten<sup>12)</sup>.

IV. Wegen Zeitablaufs<sup>13)</sup>.

V. Der Widerruf und der Tod des Ausstellers gelten nur in einzelnen Ländern als Dishonorierungsgründe. So in England. Hier erzeugt der Widerruf<sup>14)</sup> (und „the death is a revocation of the banker's authority to pay“<sup>15)</sup> nicht nur ein Recht, sondern vom Momente der Kenntniss (des Todes) an sogar eine Pflicht des Bezogenen zur Dishonorierung. Das schottische Recht betrachtet hingegen den Anspruch des Inhabers für durchaus unabhängig vom Tode des Ausstellers<sup>16)</sup>. Auch in Amerika fehlt es nicht an sehr gewichtigen Stimmen, welche die Widerruflichkeit des Checks, namentlich sofern er

<sup>10)</sup> Vergl. Newman p. 30.

<sup>11)</sup> Ueber die Rechtsverhältnisse aus dem gefälschten Check ist später besonders zu handeln. Vergl. einstweilen Hulshoff p. 87 ff., Shaw p. 87 ff., Newman p. 31, Nouguiet Nr. 107—111 und p. 234, Walker p. 85 ff., Daniel p. 565, 602 ff.

<sup>12)</sup> Auch hierüber ist später besonders (im Capitel über die crossed checks) zu handeln.

<sup>13)</sup> Vergl. später die §§ über Präsentationsfrist und Verjährung.

<sup>14)</sup> Funk p. 24. Shaw p. 19. Lord Ellenborough (bei Shaw p. 16). Daniel p. 552. Vergl. Walker p. 54 und 68, auch unten sub IX.

<sup>15)</sup> Walker p. 82 und 63. Chalmers p. 211. Shaw p. 113. Newman p. 19. Byles p. 25 und 176. Hulshoff p. 157.

<sup>16)</sup> Thomson, on bills (bei Daniel p. 570, n. 7).

für eine Gegenleistung emittirt wurde, entschieden bekämpfen<sup>17)</sup>. Daniel besonders bezeichnet es als „anomalous to hold that his (the drawer's) death in anywise lessens his obligations, or the right of the bank to pay it, when given for value.“

In Belgien ist der Aussteller „qui par une contre-lettre altère le caractère de la disposition“ für strafbar erklärt (Art. 5); auch civilrechtlich erscheint in Belgien und Frankreich, in Folge der Theorie vom Uebergange der Deckung, das Recht des Inhabers gegen den Widerruf gesichert<sup>17a)</sup>. Einer Gefahr bleibt allerdings der Inhaber ausgesetzt, der Gefahr nämlich, dass der Aussteller durch einen zu seinen oder eines Complicen Gunsten emittirten und zur sofortigen Präsentation gebrachten Check die Honorirung des früher ausgestellten und etwa einem auswärtigen Correspondenten übersandten Checks vereitelt. Diese Gefahr ist in Frankreich um so grösser, als das corps législatif die vom Regierungsentwurf ursprünglich statuirte Strafbarkeit „du retrait de la provision en cas de mauvaise foi“ schliesslich beseitigt, damit aber die dolose Rückziehung der Deckung nicht nur gegen fiscalische Stempelstrafen, sondern leider auch gegen die Betrugsstrafe geschützt hat<sup>18)</sup>.

In Deutschland und Oesterreich ist bei der Anweisung bekanntlich das Widerrufsrecht zweifelhaft<sup>19)</sup>. Was die Wirkung des Todes betrifft, so wird zwischen kaufmännischen und nicht kaufmännischen Ausstellern zu unterscheiden sein; nur für erstere ist die Wirkungslosigkeit des Todes nach

<sup>17)</sup> So Parsons p. 95 und Daniel p. 570, 571. Anderer Ansicht besonders Story p. 693, 694.

<sup>17a)</sup> Widerrufsrecht bei dem Recta-Check nimmt jedoch Le Mercier p. 122 an.

<sup>18)</sup> Bédarride Nr. 137. „L'art. 405 du Code pénal . . . ne pourra jamais être invoqué et appliqué au retrait de la provision après la délivrance du chèque. Ainsi le fait le plus grave peut compter sur l'impunité la plus absolue.“ Anderer Ansicht freilich Nouguier Nr. 148 und 75.

<sup>19)</sup> Wächter p. 180, p. 84, n. 3 und 87 Nr. 15. Vergl. auch Schultze in Holtzendorffs Rechtslexikon s. v. Anweisung.

Art. 297 des D.H.G.B. ausser Zweifel. Die von Nichtkaufleuten ausgestellten Checks gelten dagegen, wenigstens in Oesterreich nach § 1022 A.B.G.B., durch den Tod des Ausstellers für widerrufen<sup>20)</sup>.

Der Braunschweiger Entwurf hatte sub II, 7 der Grundzüge den Satz aufgestellt: „Der einmal ausgehändigte Check ist, gleich der Baarzahlung, in allen Theilen, unwiderrufbar.“ Gegen diesen Satz hatte nur die Mannheimer Handelskammer principielle Bedenken<sup>21)</sup> erhoben, weil „es eben denn doch zu gefährlich erscheine, den ausgehändigten Check für schlechtweg unwiderrufbar zu erklären; es sei kein Grund vorhanden, dass etwaige Irrthümer nicht korrigirbar sein sollten. Auch lege die Erstreckung des Checks über baar hinterlegte Werthsummen als solche hinaus hier grössere Vorsicht auf.“ Auf der Delegirten-Conferenz machte der Referent dagegen geltend, ohne dass von irgend einer Seite sachliche Einwendungen erhoben wurden, dass „die Unwiderrufbarkeit immerhin eine wesentliche und dem Check ganz speciell charakteristische Eigenschaft sei“. Die Conferenz acceptirte denn auch den vorgeschlagenen Satz unter Streichung der Worte „in allen Theilen“. Funk hat in dem österr. Entwurfe ad 5 zwar den Tod des Ausstellers für wirkungslos erklärt, dagegen auffallender Weise die Widerrufbarkeit des Checks durch den Aussteller bis zur Präsentation sanktionirt.

De lege ferenda erscheint die Unwiderrufbarkeit des Checks absolut nothwendig. Soll der Check sich als Zahlungsmittel wirklich bei uns einbürgern, so muss der Nehmer gegen den Widerruf (durch das Belieben oder den Tod) des Ausstellers durchaus geschützt sein; mit einer blossen Haftung des Ausstellers (oder seiner Erben) für das Interesse wird der Credit des Checks nicht genügend gestärkt.

Auch theoretische Gründe sprechen dafür. Der Check

<sup>20)</sup> Funk p. 24.

<sup>21)</sup> Einige redactionelle Einwendungen vergl. in meinem Gutachten a. a. O.

ist eben kein blosses Mandat des Ausstellers, sondern eine vom Aussteller kraft Vollmacht des Bezogenen creirte bedingte Forderung gegen den Letzteren; diese Forderung ist, sofern nicht mit der Niederschrift, so doch gewiss mit dem Empfang der Urkunde Seitens des Inhabers für diesen erworben; dies jus quaesitum kann die Willkür oder der Tod des Ausstellers nicht mehr alteriren. Auch gegen die dolose Ver-eitelung des Rechts des Inhabers durch Einziehung der Deckung resp. Erschöpfung des Credits durch den Aussteller sollte die Strafgesetzgebung Schutz schaffen; denn selbst der diligenteste Inhaber, dem der Check per Post zugesandt worden, kann sich vor dem Schaden nicht bewahren, der durch Emis-sion eines neuen Checks bei sofortiger zu Gunsten des Aus-stellers bewirkter Einziehung ihm erwächst.

VI. Wo ein Widerrufsrecht des Ausstellers anerkannt wird, muss auch seinen Gläubigern das Recht des Ein-spruchs gegen Auszahlung von Checks ihres Schuldners zu-stehen; dies dürfte auch in der That für das englische Recht gelten<sup>22)</sup>. Dagegen ist es und wiederum consequenter Weise ausgeschlossen im belgischen<sup>23)</sup> und auch wohl im französischen Recht<sup>24)</sup>; denn in diesen Rechten ist das Eigenthum der Deckung mit der Uebergabe der Urkunde für den Aussteller verloren, mithin auch von seinen Gläubigern nicht mehr arrestirbar.

Ogleich uns das Widerrufsrecht des Ausstellers ver-werflich und unhaltbar erscheint, so dürfte doch den Gläu-bigern desselben nicht die Befugniss genommen werden, wie jedes andere Guthaben ihres Schuldners, so auch die For-derungen des Ausstellers bei dem Bezogenen im Wege der Zwangs-vollstreckung oder zur Sicherung derselben im Wege des Arrestes zu pfänden, resp. sich überweisen zu lassen. Der Bezogene ist seinerseits verpflichtet, die von seinem Bevollmächtigten, dem Aussteller, emittirten Checks unter der Bedingung einzulösen,

<sup>22)</sup> Michaux-Bellaire p. 30.

<sup>23)</sup> Cornesse (Pasinomie p. 195). Vergl. sub VII d.

<sup>24)</sup> Vergl. indess Dufour p. 307.

dass der Aussteller die Vollmacht, die der Checkvertrag ihm ertheilt, nicht überschritten hat, der Regel nach also unter der Bedingung, dass der Aussteller bei Präsentation des Checks vom Bezogenen ex deposito, mutuo, aus der Crediteröffnung oder aus sonstigem Rechtsgeschäfte eine dem Checkbetrage gleich hohe Summe zu fordern hat. Durch die blosse Pfändung dieser Forderung ist dieselbe allerdings dem Aussteller noch nicht definitiv (§ 742, 813 R.C.Pr.O.) verloren gegangen; die Gefahr dieses Verlustes ist aber denn doch so nahe, dass der Bezogene nicht mehr für verpflichtet angesehen werden kann, zu zahlen; auch ist diese Forderung durch das (zufolge §§ 709 und 810 der R.C.Pr.O.) für die Gläubiger erworbene Pfandrecht keineswegs mehr der im Checkvertrage vorgesehenen, pfandfreien Forderung entsprechend; die Bedingung, unter der der Bezogene zu zahlen verpflichtet, ist somit nicht existent geworden. Erst mit Relaxation des Arrestes oder mit dem Verzicht des Gläubigers auf die durch die Pfändung erworbenen Rechte tritt die Einlöschungspflicht des Bezogenen wieder ein. Zahlt der Bezogene trotz erfolgter Pfändung, so ist zwar die Zahlung dem Inhaber gegenüber gültig, auch bleibt dem Bezogenen wohl das Revalirungsrecht gegen den Aussteller, aber dem arrestirenden Gläubiger gegenüber würde er nach Ueberweisung der Forderung nichts desto weniger zur nochmaligen Zahlung verpflichtet sein.

#### VII. Der Conkurs des Ausstellers.

a) Nach englischem Recht<sup>25)</sup> cessirt die Honorirungspflicht des Bankiers mit der Thatsache des Bankrutts des customer, sein Honorirungsrecht mit der Kenntniss dieser Thatsache. Zahlt er trotz dieser Kenntniss, so ist er zur nochmaligen Zahlung an die Conkursmasse verpflichtet, soweit diese eine Forderung bezüglich der Deckung besitzt; die in Unkenntniss des Bankrutts geleisteten Zahlungen bleiben indessen gültig.

b) Die holländische Gesetzgebung, welche in der Ab-

<sup>25)</sup> Chalmers p. 211, 212. Newman p. 31. Levi p. 493.

gabe des Checks eine *ficta traditio* der Deckung erblickt, sollte eigentlich dem Conkurs des Ausstellers keinerlei Einfluss auf die Zahlungsverpflichtung des Kassiers zugestehen. Und in der That hatte der ursprüngliche Entwurf auch dem Kassier die Verpflichtung auferlegt, trotz der Falliterklärung des Ausstellers, mit der Bezahlung der von ihm abgegebenen Briefje oder Quitantien fortzufahren. Man entschied sich indess schliesslich doch dafür, die volle Consequenz der fingirten Eigenthums-tradition nicht zu ziehen; man fiel theilweis in die Mandats-theorie zurück<sup>26)</sup> und verwandelte in Art. 226 die Pflicht des Kassiers in ein Recht. Der Bezogene ist hiernach befugt, die vor der Concurseröffnung gezogenen Checks zu honoriren, ohne dass er, trotz Besitzes der Deckung, von dem Inhaber hierzu gezwungen werden könnte. Dies Recht der Einlösung cessirt jedoch, wie oben sub I. b erwähnt, sobald durch Inhaber anderer Briefje oder Quitantien oder durch den Masse-verwalter oder sonstige Interessenten Opposition eingelegt wird (verzet gedaan); es wird dies Seitens des Masseverwalters besonders dann der Fall sein, wenn der Verdacht einer in fraudem creditorum vorgenommenen Checkausgabe vorliegt<sup>27)</sup>. Wird die Einlösung vom Bezogenen freiwillig oder in Folge Einspruchs abgelehnt, so bewirkt doch die Traditionstheorie die Separation der Deckung von der Concurssmasse; eben weil fingirt wird, dass das Eigenthum der Deckung auf die Check-inhaber bereits übergegangen, werden die Letzteren ganz oder pro rata aus der Deckung vor allen übrigen Gläubigern des Gemeinschuldners befriedigt, und zwar, wie p. 104 erwähnt, inconsequent genug, ohne Rücksicht auf die Priorität der Emission.

c) In Frankreich ist vom Gesetzgeber die Frage nicht entschieden. Auch die Juristen beschäftigen sich weniger mit

---

<sup>26)</sup> Hulshoff p. 166. „Gaat echter de kassier niet voort met betalen, hij heeft daardoor niet te kort gedaan aan zijn mandaat, want dit is door het faillissement volgens art. 1850. B. W. opgehouden.

<sup>27)</sup> Asser zu Art. 226, p. 103. Kist p. 401. Hulshoff p. 110 ff. und 166. Mittermaier Z. X, p. 25. Holtius p. 466.

ihr<sup>28)</sup>, als mit der allerdings sehr nahe verwandten Frage, ob bei Concurs des Ausstellers die von ihm gemachte Deckung in seine Masse zurückfällt, oder ob die Checkinhaber ein Separationsrecht bezüglich der Deckung besitzen. Le Mercier, p. 133 ff., bejaht diese Frage zu Gunsten des Inhabers auf Grund des Eigenthumsübergangs der Deckung nach Analogie des französischen Wechselrechts<sup>29)</sup>, Alauzet verneint sie<sup>30)</sup>. Nouguier Nr. 77 und Bédarride Nr. 38 wollen nach der causa des Checkerwerbs und dem genauen Zeitpunkt der Ausstellung resp. der Kenntniss des Inhabers von dem Fallissement unterschieden wissen. Es werden folgende Fälle<sup>31)</sup> hervorgehoben:

α) der Check ist nach der Zahlungseinstellung oder binnen der vorangegangenen 10 Tage ausgestellt und à titre gratuit oder in Zahlung für eine noch nicht fällige Schuld gegeben; alsdann hat der Inhaber kein Recht auf die Deckung, ja er ist, wenn er den Check einkassirt hat, zur Ablieferung an die Masse verpflichtet.

β) Ist hingegen der Check für eine fällige Schuld in Zahlung gegeben, so ist der Inhaber zur Erhebung berechtigt, muss aber, sofern er bei Empfang des Checks die Zahlungseinstellung kannte, an die Masse die erhobene Summe abführen.

γ) Ist endlich der Check gegen sofortige Valutahingabe vor der Concurseröffnung erworben, so ist der Inhaber zur Erhebung des Betrages resp. zur Ausübung eines droit de préférence in jedem Falle berechtigt<sup>32)</sup>; die Masse kann ihm die erhobene Summe nicht wieder entziehen, eventuell würde sie es nur gegen Ersatz der Valuta dürfen; denn der Erwerb

<sup>28)</sup> Ueber die vor Erlass des Checkgesetzes herrschende Doktrin vergl. Michaux-Bellaire p. 32, 33.

<sup>29)</sup> Vergl. Wächter p. 418, n. 4.

<sup>30)</sup> Vergl. oben § 3 ad 5, p. 90, n. 23.

<sup>31)</sup> Bédarride p. 57—59.

<sup>32)</sup> Im Falle des chèque-reçu kommen dagegen die Grundsätze des Mandats auch hier zur Anwendung: „Et si le souscripteur est déclaré en



des Checks gegen Valuta sei nicht Zahlungsempfang, sondern vielmehr ein Kauf (!), zu dessen Vornahme der Cridar bis zur formellen Concurseröffnung befugt sei.

Diese ganze Eintheilung wird darauf zurückgeführt, dass bei dem Schweigen des Specialgesetzes die Dispositionsfähigkeit des Ausstellers nach den allgemeinen Grundsätzen Voraussetzung eines gültigen Checks sei, dass aber der Gemeinschuldner während des Concurses und theilweis schon 10 Tage vor Zahlungseinstellung nach Art. 446 und 447 C. d. c. der vollen Dispositionsfähigkeit entbehre.

Ist die Nougquier-Bédarride'sche Deduction richtig, so er giebt sich, dass der Bezogene im Falle  $\beta$  und  $\gamma$  unbedenklich Zahlung leisten darf, und auch für den Fall  $\alpha$  scheint die gleiche Annahme herechtigt, da die Ablieferung an die Masse dem Empfänger auferlegt ist. Es ist diese Berechtigung zur Fortzahlung angezeigt, weil der Bezogene fast nie in der Lage sein wird, die der Emission des Checks zu Grunde liegenden Verhältnisse und die bona fides des Remittenten zu kennen; ist doch beim Inhabercheck selbst der Name des ersten Inhabers dem Bezogenen in der Regel unbekannt<sup>33</sup>)! Vor dem jugement déclaratif de la faillite hat ja auch der Bezogene kaum Anlass, an der Legalität der Emission des Checks nur zu zweifeln.

Zur Dishonorirung erscheint in Consequenz der Bédarride'schen Casuistik der Bezogene dagegen nur dann befugt, wenn die Bedingungen der Fälle  $\alpha$  und  $\beta$  wirklich vorliegen; dem Inhaber eines gegen Aequivalent erworbenen Checks wird er die Zahlung hiernach nur auf seine eigene Gefahr verweigern dürfen.

---

faillite, avant que le porteur ait touché le montant du récépissé, ce dernier ne peut réclamer un droit de préférence sur les sommes disponibles au crédit de ce souscripteur au moment de la présentation du récépissé." Trib. de comm. de Nantes, 6./7. 1867. Cassation 14./5. 1872. Vergl. Nougquier p. 233.

<sup>33</sup>) Michaux-Bellaire p. 34.

d) Was Belgien anlangt, so hat der Gesetzgeber den Checkinhaber mit dem Wechselinhaber bezüglich der Deckung ganz gleichstellen wollen; es wurde wenigstens von Cornesse dies ausdrücklich hervorgehoben, dass gegenüber den Gläubigern des Ausstellers das exclusive Recht auf die Deckung mit der Einhändigung des Checks wie beim Wechsel übergehe, dass daher „vis-à-vis des créanciers du tireur le porteur n'a rien à craindre“<sup>34)</sup>. Hieraus dürfte das Recht und die Pflicht des Bezogenen folgen, trotz des Concurses des Ausstellers die Deckung zunächst zur vorzugsweisen Befriedigung der Checkinhaber zu verwenden, mit Zahlung der Checks mithin fortzufahren.

e) Der Braunschweiger Entwurf hatte sub IV, 4 den Satz vorgeschlagen: „Er (der Bezogene) darf selbst dann noch einlösen, wenn der Aussteller ohne sein (des Bezogenen) Wissen insolvent ist.“ Der Entwurf wollte hierdurch „eine selbstständige, nicht aus anderen Gesetzen herzuleitende, event. eine bevorzugte Stellung des Checks construiren“<sup>35)</sup>. Diese Absicht fand indess Opposition.

Das Gutachten der Mannheimer Handelskammer empfahl ohne jede Motivirung, diesen Satz zu streichen; auch die Heidelberger Handelskammer erklärte die Bestimmung für bedenklich, während die Danziger „den betreffenden Fall als durch die Concursordnung geregelt ansah.“ Die Constanzer Handelskammer stand zwar auf dem Standpunkt des Entwurfs, schlug indess folgende Redaction vor: „Die Einlösung eines Checks, dessen Aussteller insolvent geworden ist, kann nicht angefochten werden, wenn dem Bezogenen die Insolvenz-erklärung zur Zeit der Einlösung nicht bekannt war.“ Auf Vorschlag des Vorsitzenden wurde schliesslich die Streichung der ganzen Bestimmung beschlossen.

Bei der Bedeutsamkeit der Frage ist die Streichung sehr

---

<sup>34)</sup> Vergl. Pasinomie belge p. 195.

<sup>35)</sup> Bericht p. 18.

zu bedauern. Der holländische Gesetzgeber hat mit Recht diese Frage ausdrücklich entschieden. Materiell erscheint das vom Braunschweiger Entwurf adoptirte englische Princip als das empfehlenswerthe. Von Kenntniss der Concurseröffnung an darf der Bezogene nicht mehr zahlen; es folgt dies aus den ad VI bemerkten Gründen, denn mit der Concurseröffnung ist der Erlass des offenen Arrestes nach §§ 102, 108 der R.K.O. verknüpft. Die Kenntniss von der Concurseröffnung ist in Gemässheit der §§ 68 und 103 der R.K.O. auch bezüglich des Bezogenen mit dem Ablaufe des zweiten Tages, der der öffentlichen Bekanntmachung der Concurseröffnung folgt, zu fingiren.

Vor Erlangung resp. Fiction dieser Kenntniss sollte der Bezogene trotz der Thatsache der Insolvenz oder Concurseröffnung dagegen rechtswirksam zahlen können. Es ist dies nicht nur um der Stärkung des Credits des Checks und um des Schutzes des gutgläubigen Bezogenen willen höchst wünschenswerth; es folgt dies vielmehr auch daraus, dass der Bezogene seine eigene Schuld an den Inhaber durch die Zahlung tilgt. In Höhe der geleisteten Zahlung ist der Bezogene von der Pflicht zur Rückerstattung der dem Gemeinschuldner etwa geschuldeten Beträge liberirt und zur Compensation befugt, wenn er auch schon vor Concurseröffnung Schuldner des Cridars gewesen und erst nach der ihm unbekanntem Concurseröffnung die Checks eingelöst hat; denn, wie im nächsten Capitel zu zeigen, ist der Inhaber des Checks nicht nur Gläubiger des Bezogenen, sondern auch Gläubiger des Ausstellers (des Cridars); der Bezogene hat also durch die Checkeinlösung eine Gegenforderung durch Befriedigung eines Gläubigers des Gemeinschuldners erworben und zwar eines Gläubigers, zu dessen Befriedigung er in Folge des Checkvertrages verpflichtet ist. Mit dieser Gegenforderung ist er aber nach § 48 Nr. 3 der R.K.O. aufzurechnen befugt.

VIII. Einen weiteren Dishonorirungsgrund soll auch das Deckungsrecht bilden. In England wenigstens ist der Be-

zogene befugt, trotz vorhandener Deckung wegen eigener, wenn auch nur bedingter und zukünftiger Forderungen an den Aussteller, z. B. wegen möglicher Regressforderungen aus Wechseldiscontirungen, dessen Guthaben zu retiniren und die Einlösung der Checks zu verweigern<sup>36)</sup>. Wenigstens hat der Court of Equity im Fall der Agra und Masterman's Bank gegen Hoffmann diesen Retentionseinwand gegen die auf die Dishonorirung gestützte Entschädigungsklage für begründet erklärt. Dagegen war im Falle Kilsby contra Williams<sup>37)</sup> dem Bankier das Recht abgesprochen worden, die ihm von seinem Kunden eingesandten Gelder anstatt zur Einlösung der Checks desselben zur Deckung der eigenen Forderungen zu verwenden. In jenem letzten Falle war aber der Check nicht direct präsentirt, sondern an den Bezogenen, der gleichzeitig Bankier des Ausstellers und des Remittenten war, eingesandt worden. Letzterer hatte dem Remittenten die Anzeige erstattet, dass Deckung zwar zur Zeit nicht vorhanden, dass er aber den Check „would keep in the hope of there being money to pay it,“ und hierauf erst war die Deckung vom Aussteller eingegangen. Es war also hier nicht sowohl die Stellung des Bezogenen an sich, als vielmehr seine Stellung als Vertreter des Remittenten und sein concretes Verhalten, welche ihn des Selbstdeckungsrechtes verlustig gehen liessen.

Einen andern und dem Bezogenen ungünstigeren Standpunkt nimmt das französische Recht ein. Nach einer Entscheidung des Pariser Handelsgerichts vom 13. August 1871<sup>38)</sup>

<sup>36)</sup> Byles p. 21 und 170. Walker p. 81. „Banker may retain funds to meet bills to be discounted for customer.“

<sup>37)</sup> Walker p. 74. Shaw p. 104. Newman p. 30. Byles a. a. O.

<sup>38)</sup> „Le banquier, qui a remis un carnet de chèques à un déposant, ne peut se refuser à payer un chèque pour lequel il a une provision suffisante et disponible, sous prétexte qu'ayant fait pour le déposant des opérations d'escompte, il a de justes motifs de craindre des retours d'effets qui seraient impayés.“ Nouguier p. 234. Bestätigt von der Cour de Paris am 28./8. Vergl. oben p. 91, n. 28.

ist das Deckungsrecht des Bankiers wegen bedingter Forderungen principiell aberkannt, und es kann nach der französischen Theorie vom Eigenthumsübergang der Deckung auch gar nicht anders sein.

Die gleiche Begünstigung des Inhabers vor dem Aussteller vertrat auch der Braunschweiger Entwurf. Er erklärt den Bezogenen nicht nur zur Einlösung verpflichtet, wenn dem Aussteller bei ihm zur Zeit der Präsentation ein entsprechender Betrag zur Verfügung steht (IV, 2), sondern „ausserdem verpflichtet, jede Zahlung, welche ihm für das Guthaben des Ausstellers zugeht, während er den Check in Händen hat, zunächst zu dessen Einlösung zu benutzen (IV, 3).“ Diese Bestimmungen haben lebhaftere Anfechtung erfahren<sup>39)</sup>. Das Gutachten der Mannheimer Handelskammer betonte wiederholt<sup>40)</sup>, dass die deutschen Bankverhältnisse eine so strikte Einlösungsverpflichtung nicht gestatten, da der deutsche Bankier nicht blos den Kassirer für den Kunden darstelle, sondern auch in anderen Geschäftsbeziehungen mit ihm stehe, namentlich Discout- und Effektengeschäfte mit ihm abschliesse. Auch Danzig fand es bedenklich, den Bezogenen zu zwingen, unter Umständen selbst die Verfügungen eines ihm bereits als unsicher erscheinenden Kunden zu honoriren. Die Constanzer Handelskammer wünschte, dass der Bezogene nur diejenigen Zahlungen zur Einlösung des Checks zu benutzen verpflichtet sei, die zur Zeit der Präsentation bei ihm zur Verfügung des Ausstellers stehen oder ihm, während er den Check besitzt, für das Guthaben „auf Checkrechnung“ des Ausstellers zugehen, „und welche nicht ausdrücklich zu anderen Zwecken bestimmt werden.“ Endlich sprachen sich die Vertreter der Elberfelder und Hamburger Handelskammern (Scherenberg und Lutteroth) gegen die Vorschläge aus, „theils weil verschiedene Deckungen collidiren können, theils weil dem Be-

---

<sup>39)</sup> Vergl. Bericht p. 17, 18.

<sup>40)</sup> P. 4 und 6.

zogenen das Recht zustehen müsse, sich aus Anschaffungen seines Kunden selbst bezahlt zu machen.“ Die Delegirten-Conferenz hat denn auch die Sätze IV, 2 und 3 gestrichen.

Auch diese Streichung ist und zwar namentlich bezüglich des Satzes IV, 2 zu bedauern. Soll der Check als Zahlungsmittel sich einbürgern, so muss die Verpflichtung des Bezogenen eine strenge sein; der Inhaber darf nicht Gefahr laufen, trotz vorhandener Deckung wegen noch nicht fälliger Forderungen des Bezogenen an den Aussteller die Einlösung abgelehnt zu sehen. Dem Bezogenen geschieht auch schwerlich ein Unrecht. Betrachtet man ihn als Depositar, so ergibt sich der Ausschluss der Compensation gegen die *actio depositi* nach allgemeinen Rechtsregeln. Aber auch vom Standpunkt unserer Vollmachtstheorie aus ist das Princip der französischen Rechtsprechung dem englischen vorzuziehen. Der Bezogene ist durch den Aussteller als Bevollmächtigten unter der Bedingung verpflichtet, dass die im Checkvertrage aufgestellte Grenze der Vollmacht nicht überschritten werde; diese Grenze ist — vom Creditcheck vorläufig abgesehen — der Regel nach die Existenz eines dem Checkbetrage gleichkommenden Guthabens des Ausstellers beim Bezogenen. Dieses Guthaben ist aber so lange vorhanden, als nicht fällige und unbedingte Gegenforderungen des Bezogenen es compensationsweise aufgehoben haben. Das Retentionsrecht kann aber nicht weiter gehen als das Compensationsrecht<sup>41)</sup>; selbst Kaufleute können es wegen der Forderungen aus den zwischen ihnen geschlossenen beiderseitigen Handelsgeschäften nur für fällige Forderungen nach Art. 313 des A.D.H.G.B. ausüben. Natürlich kann der Bezogene im Checkvertrage seine Verpflichtung zur Einlösung (also die Berechtigung des Kunden zur Emission von Checks) beschränken mit Rücksicht auf seine Sicherung wegen betagter und bedingter Gegenforderungen; zu präsumiren ist solche Beschränkung aber nicht.

---

<sup>41)</sup> Protok. des A.D.H.G.B. bei Goldschmidt p. 1041, n. 45.

Was den Creditcheck anlangt, so würde der Bezogene durch die Dishonorirung wegen noch nicht fälliger eigener Forderungen gerade der durch die Creditirung übernommenen Verpflichtung, für die Dauer der Creditirung ohne Deckung zu bleiben und dem Schuldner die Möglichkeit zu gewähren, die zur Deckung erforderlichen Mittel für andere Zwecke zu benützen, entgegenhandeln und deren Zweck vereiteln<sup>42)</sup>.

IX. Der Bezogene darf und muss nach englischem<sup>43)</sup> und amerikanischem<sup>44)</sup> Recht den Check bei Vermeidung doppelter Zahlung dishonoriren, wenn er vor der Fälligkeit präsentirt wird. Hierhin gehört besonders der Fall des postdatirten Checks<sup>45)</sup>, der vor Eintritt des angeblichen Ausstellungstages zur Einlösung vorgelegt wird. In Frankreich und Belgien kann der Fall der Präsentation vor Fälligkeit wegen der essentiellen Sichtstellung des Checks eigentlich nicht eintreten; wird ein Check vor dem Datum der Emission zur Zahlung präsentirt, so muss der Bezogene in Frankreich bei Vermeidung der hohen Strafen des Art. 6 (in der Modification des Gesetzes vom 19. Februar 1874) die Zahlung verweigern; auch wäre eine solche Urkunde rechtlich nicht mehr als Check zu erachten<sup>46)</sup>. De lege ferenda dürfte der Bankier wohl für berechtigt, aber nicht für verpflichtet zu erachten sein, die Einlösung zu früh präsentirter Checks zu verweigern. Natürlich würde dem Bezogenen erst vom Tage der Fälligkeit an das Revalirungsrecht gegen den Aussteller gebühren; auch würde es bei Abwägung der Frage, ob dem Bezogenen bei Einlösung eines gefälschten oder gestohlenen Checks eigenes, vertretbares Versehen zuzuschreiben, wohl schwer ins Gewicht fallen, dass er vor Fälligkeit honorirt hat; die Befugniss aber,

<sup>42)</sup> Goldschmidt a. a. O.

<sup>43)</sup> Newman p. 30 u. 7. Chalmers p. 211, n. 7.

<sup>44)</sup> Daniel p. 568, 569. Ein australisches Erkenntniss in der Amer. Law Review VI, p. 388.

<sup>45)</sup> Vergl. Bd. I, p. 476.

<sup>46)</sup> Nach Nouguier und Bédarride. Vergl. oben I, p. 476. n. 23.

an den legitimen Inhaber zu zahlen, ist ihm nicht zu versagen, da der Check dem Inhaber ein gegen den Widerruf des Ausstellers geschütztes Recht (vgl. oben p. 108) gewährt.

X. Die Benachrichtigung von dem Verluste des Checks verpflichtet nach englischem<sup>47)</sup> und amerikanischem<sup>48)</sup> Recht den Bezogenen, die Zahlung zu verweigern. Es entspricht dies der von jenen Rechten anerkannten Widerruflichkeit des Checks Seitens des Ausstellers. Ohne Nachricht darf die Bank den Inhabercheck selbst dem Diebe oder Finder ausbezahlen<sup>49)</sup>. In Frankreich schweigt zwar das Gesetz über die Frage, aber Theorie und Praxis halten den Bezogenen für berechtigt und verpflichtet, die Zahlung zu weigern, wenn Opposition aus Anlass des Verlustes eingelegt wird<sup>50)</sup>; es wird hierbei Art. 149 des C. d. comm. analog zur Anwendung gebracht<sup>51)</sup>. Eine Clausel, welche den Bezogenen von dieser Pflicht befreit, scheint unstatthaft<sup>52)</sup>. Ohne Benachrichtigung kann der Bezogene, sofern er nur keine grobe Negligenz sich zu Schulden kommen lässt, mit Sicherheit zahlen<sup>53)</sup>.

Die deutsche Reichsbank und die österreichischen grossen Geldinstitute lehnen in ihren Reglements principiell jede Verantwortlichkeit wegen Zahlung verlorener Checkblanquets ab, es wäre denn, dass der Contoinhaber die Bank rechtzeitig von dem Abhandenkommen schriftlich benachrichtigt hat, um die Zahlung an einen Unberechtigten zu verhindern<sup>54)</sup>.

<sup>47)</sup> Newman p. 18.

<sup>48)</sup> Daniel p. 568.

<sup>49)</sup> Daniel p. 540.

<sup>50)</sup> Nougquier 106, Bédarride 113 und 114 (trotz 102 ff.). Erk. des Trib. de la Seine v. 11./1. 1870, bei Nougquier, Anhang p. 235.

<sup>51)</sup> Nougquier 106. Gegen die analoge Anwendung der Art. 150 ff. des C. d. c. (nicht 149) vergl. aber Bédarride 102 ff.

<sup>52)</sup> Dies ist wohl in Gemässheit der Entscheidung des Trib. de la Seine v. 1./7. 1870 (Nougquier p. 235) anzunehmen.

<sup>53)</sup> Nougquier Nr. 66.

<sup>54)</sup> Bestimmungen für den Giroverkehr der Reichsbank Nr. 8, fast wörtlich gleichlautend Regl. der niederösterreich. Escompte-Gesellschaft § 2. Vergl. auch Geschäftsordnung des Wiener Giro- und Kassenvereins, Art. 22 a. E.



Der Braunschweiger und Mannheimer Entwurf, sowie die Braunschweiger Delegirten-Conferenz und Funk wünschten sub V Nr. 2 u. 5 resp. 9 die Bestimmungen der deutschen Wechselordnung in Betreff der abhanden gekommenen Wechsel und in Betreff der Legitimationsprüfung auch auf die Checks ausgedehnt. Dieser Wunsch ist um der Stärkung des Checkcredits und der Schnelligkeit des Geschäftsgangs willen durchaus gerechtfertigt. Für den Bezogenen folgt aus dieser analogen Anwendung des Wechselrechts, dass er, wenn nur die äussere Legitimation des Inhabers nach Inhalt des Papiers vorhanden, und der Check vom Conto-Inhaber selbst ausgestellt ist, der Regel nach trotz Verlustes der Urkunde zahlen darf; nur demjenigen würde er auf die Benachrichtigung von dem Verluste die Zahlung weigern können und müssen, der selbst zur Herausgabe nach Art. 74 der A.D.W.O. wegen seines bösen Glaubens oder seiner groben Fahrlässigkeit bei Erwerbung des Checks verpflichtet ist, nicht aber dessen gutgläubigem Rechtsnachfolger<sup>55</sup>). Es ergibt sich dies daraus, dass mit der (vertragsmässigen) Emission durch den Aussteller der Bezogene, wie aus dem Accept verpflichtet, die Contremandirung durch den Aussteller dem Acceptanten gegenüber aber wirkungslos ist.

Hätte hingegen der Conto-Inhaber das Checkbuch oder ein einzelnes Checkblanquet vor der Ausstellung verloren, und ein dritter Unberechtigter hätte die Ausstellung sich mittelst Fälschung angemasst, so würde natürlich keine Pflicht des Bezogenen zur Zahlung vorliegen; die Benachrichtigung von dem Verluste würde ihm unbedingt das Recht zur Zahlung nehmen, indem es ihn zur höchsten Diligenz bei Prüfung der präsentirten Checks auf ihre Echtheit hin verpflichtete.

XI. Involvirt die Checkemission eine Untreue des Ausstellers, so darf der Bankier nach englischem Recht die Einlösung weigern<sup>56</sup>), ja er muss es, wenn er durch die ihm

---

<sup>55</sup>) Thöl p. 708, Wächter p. 996.

<sup>56</sup>) Byles p. 19.

bekannt gewordene Untreue sich bereichern würde. So wurde in Sachen Gray wider Johnston ausgesprochen, dass der Bezogene sich haftbar gemacht hätte, falls er den von einem Testamentsexecutor auf das Depot des Testators gezogenen und ihm zur Tilgung einer Schuld eben jenes Executors übergebenen Check eingelöst haben würde<sup>57)</sup>. Hiervon abgesehen ist es aber auch im englischen Recht anerkannt, dass der Bankier nicht verpflichtet ist, dem Zwecke der Checkziehung oder der Quelle der eingezahlten Gelder nachzuforschen<sup>58)</sup>. Für die übrigen Länder findet sich die Frage nirgends besprochen; es dürften die allgemeinen Grundsätze über die Legitimation des Inhabers und die *exceptio doli* genügen. Das Recht des gutgläubigen Präsentanten kann unseres Erachtens durch das Verhalten des Ausstellers bei Gelegenheit der Emission nicht alterirt werden; die Untreue des Ausstellers kann höchstens diesem selbst gegenüber geltend gemacht werden; dem gutgläubigen Inhaber gegenüber wäre die Einrede eine unstatthafte *exceptio de jure tertii*.

XII. Schliesslich sei noch bemerkt, dass der Bezogene zur Einlösung berechtigt und verpflichtet ist, obwohl der Check selbst äusserlich die Andeutung enthält, dass er zum Inkasso gar nicht bestimmt ist. Es ist dies in Amerika bezüglich der sog. Memorandum-Checks anerkannt. Dieselben sind zwar eine Schöpfung der Neuzeit, keineswegs aber von so geringer praktischer Bedeutung, als Hulshoff p. 65 annimmt<sup>59)</sup>. Ihrem wirtschaftlichen Zwecke nach werden diese Checks von dem Aussteller meist als Sicherheit für Darlehen übergeben; sie sind zur Präsentation bei dem Bezogenen gar nicht oder nur unter besonderen Bedingungen bestimmt; der Aussteller haftet aus ihnen wie aus einem trockenen Wechsel, ohne dass der Versuch der Einziehung bei der bezogenen Bank vorangehen

<sup>57)</sup> Walker p. 81.

<sup>58)</sup> Walker p. 30.

<sup>59)</sup> Vergl. Story p. 695, 696 und besonders Daniel p. 540—542 (Morse p. 313, Gilbert p. 398).

müsste. Der äusseren Form nach pflegen diese Checks den Vermerk „Mem.“ oder „Memorandum“ in der rechten Ecke zu enthalten; mitunter ist auch der Name der bezogenen Bank durchstrichen: „If such a check,“ sagt Morse<sup>60)</sup>, „is presented for payment, and the drawer has to his credit sufficient funds to meet it, the bank must honor it precisely like any other ordinary check.“ Diese Memorandum-Checks erinnern mithin in gewisser Weise an unsere Depotwechsel, die ja gleichfalls trotz der Bezeichnung des Wechsels als Depot- oder Cautionswechsel begebbar bleiben und zur Zahlung dem gutgläubigen Inhaber gegenüber verpflichten<sup>61)</sup>.

### § 6.

#### Das Accept und seine Surrogate.

Es ist ein weitverbreiteter Irrthum, dass der Check nicht acceptabel sei. Manche sehen sogar in diesem Mangel der Annahmefähigkeit ein negatives Essentiale des Checks und eines seiner Hauptunterscheidungsmerkmale vom Wechsel<sup>1)</sup>; ein englischer Jurist definirt den Check geradezu als „an unaccepted bill of exchange . . .“<sup>2)</sup>. Man hat diese angebliche Nichtacceptirbarkeit aus der Sichtstellung des Checks gefolgert<sup>3)</sup>; aber die Voraussetzung trifft nicht in allen Fällen zu<sup>4)</sup> und würde, selbst wenn sie zuträfe, die Folgerung nicht rechtfertigen, da Sichtwechsel sehr wohl acceptationsfähig sind<sup>5)</sup>, in England sogar (der Respecttage wegen) der Präsentation zum Accept geradezu bedürfen<sup>6)</sup>.

<sup>60)</sup> Bei Daniel p. 542.

<sup>61)</sup> Vergl. Rehbein n. 3 zu Art. 9 und n. 7b. zu Art. 82 der A.D.W.O.

<sup>1)</sup> Biener, wechselrechtliche Abhandlungen p. 445. Koch p. 32. Richtig dagegen Gareis p. 422.

<sup>2)</sup> Shaw p. 1.

<sup>3)</sup> Brentano p. 248.

<sup>4)</sup> Vergl. Bd. I, p. 482.

<sup>5)</sup> Thöl, Wechselrecht, 4. Ed., p. 173 ff.

<sup>6)</sup> Byles p. 180. Franck bei Borchardt p. 187, 190.

Richtig ist allerdings, aber auch nur so viel, dass das Accept nirgends beansprucht werden kann, und dass es in seiner reinen Form nicht gerade häufig begegnet. Haftet doch der Bezogene unter der Bedingung, dass der Check vom Aussteller innerhalb der durch den Checkvertrag gezogenen Grenzen emittirt ist, auch ohne Accept dem Inhaber. Gleichwohl kommt das Accept in echter und unechter Form in einer Reihe von Ländern vor.

### 1. England.

a) Das formelle Accept war nach common law auch bezüglich der Checks ganz unbedingt statthaft; erst durch die Bank Charter Acts ist für eine grosse Anzahl von Checks, nämlich für die „on demand“ auf nicht privilegirte Banken gezogenen Inhaberchecks, das Accept nach Chalmers Ansicht illegal geworden <sup>7)</sup>. Für Ordre- und Rectachecks, sowie für alle nicht on demand lautenden Checks wäre hiernach das Accept selbst nach Chalmers zulässig geblieben. Im Gegensatz zu Chalmers steht aber eine Reihe von Schriftstellern, die ohne Rücksicht auf jene Acts die Acceptation eines jeden Checks für „not usual, but legal“ erklären; so Newman <sup>8)</sup>, Walker <sup>9)</sup> und Byles <sup>10)</sup>. Das formelle Accept erfordert seit der neueren Gesetzgebung

---

<sup>7)</sup> Chalmers p. 207, Art. 256, Note (und p. 55, Art. 69): „At common law there is no objection to the acceptance of a cheque, if the holder likes to take it in lieu of payment, but the Bank-Charter-Acts would in most cases render this illegal.“ — 7 und 8 Vict., c. 32, §§ 11 und 26, vergl. aber auch 17 und 18 Vict., c. 83, §. 11, bei Walker p. 254, 260.

<sup>8)</sup> Newman p. 28: „Cheques . . . are not therefore usually accepted. They may however be so“. Vergl. auch p. 34, wo Accept vorausgesetzt ist.

<sup>9)</sup> Walker p. 71, 72: „. . . unless the latter have accepted it, a practice not usual, but legal“. Dagegen freilich p. 57: „It is never presented for acceptance“.

<sup>10)</sup> Byles p. 21: Checks . . . are not usually accepted. Vergl. auch die Entscheidung des Privy Council v. 1854 bei Shaw p. 2: „In the ordinary course it is never accepted“; Ausnahmen also statthaft. Vergl. auch Hulshoff p. 125 und Mittermaier Z. X, p. 22.

auch in England die Namensunterschrift, aber auch nur diese auf der Urkunde <sup>11)</sup>).

Der Acceptant des Checks wird durch seine Unterschrift, wie aus dem Accept eines Wechsels, zur Zahlung verpflichtet <sup>12)</sup>.

b) Häufiger als dies formelle Accept begegnet das Zeichnen mit den Anfangsbuchstaben, das sogenannte marking. Es findet hauptsächlich in London unter denjenigen Bankiers statt, welche an dem gemeinschaftlichen Abrechnungs- und Compensationsbureau (dem sogenannten Clearing-house <sup>13)</sup>) betheiligt sind. Wird nämlich ein Check einem Bankier zu spät übergeben, als dass er ihn noch an jenem Tage durch das Clearing-house gehen lassen könnte (und das ist schon um 4 Uhr Nachmittags der Fall <sup>14)</sup>), so wird ein solcher Check in der Regel dem Bezogenen behufs Markirung vorgelegt. Findet hierbei der Bezogene, dass der Check „gut“ sei, d. h. dass er ihn gezahlt hätte, falls nicht schon die eigentlichen Bankstunden vorüber wären, so „markirt“ er ihn durch Zeichnung seiner Anfangsbuchstaben <sup>15)</sup>. Diese markirten Checks werden am nächsten Tage nach Präsentation gezahlt und gelten als

<sup>11)</sup> 1 und 2 Geo. IV, c. 78, s. 2 und 19 und 20 Vict., c. 97, s. b. Vergl. Walker p. 72, Chalmers p. 29, 30, Byles p. 190 ff., Wächter p. 63. — Ueber die neueste Bills of Exchange-Act v. 16. April 1878 (41 und 42 Vict., c. 13). Vergl. Frz. Mittermaier in Z. f. H.-R. XXV.

<sup>12)</sup> Walker p. 71, 72. Hulshoff p. 125.

<sup>13)</sup> Vergl. über dasselbe besonders Bischof p. 398 ff., Goldschmidt p. 1188, Hildebrand p. 144 ff., Couillet (bei Le Mercier p. 21 ff.), Macleod, elem. p. 300 ff., dict. p. 436 ff., princ. p. 519, 594 ff. und Walker p. 68 ff.

<sup>14)</sup> Von 11—4 Uhr können Checks in den Schalter eines jeden Clearing-House-Bankers eingelegt werden; um 4½ Uhr erfolgt der Schluss des Hauses. Walker p. 69.

<sup>15)</sup> Walker a. a. O. — Levi, p. 488, braucht den Ausdruck marking sowohl für die Aufzeichnung der Initialen, als auch für den Vermerk „accepted“. Vergl. auch Bender II, p. 19, § 386, n. bb. Hulshoff, p. 126, giebt den Ausdruck durch „stempeln“ wieder.

berechtigt zu einer Priorität an jenem Tage (and are considered as antitled to a priority of payment on that day<sup>16</sup>).

Was die weitere Wirkung des marking anbetrifft, so wurde es früher von den Gerichten dem Accept des Wechsels gleichgestellt; der markirte Check gab nicht nur ein Vorzugsrecht vor später präsentirten, sondern band den Bankier auch ohne Besitz von Deckung wechselfällig. So erklärte Lord Mansfield: „The effect of that marking was similar to the accepting of a bill of exchange, for the banker admits thereby assets and makes himself liable to pay“. — „Therefore, it is the same thing, as if a banker had written on a cheque: We pay this to-morrow at the Clearing-house“<sup>17</sup>). Seit der neueren Gesetzgebung über das Accept ist der Werth des marking jedoch zweifelhaft geworden. Chalmers ist der Ansicht, dass das marking „as between banker and banker may perhaps amount to a binding representation that it will be paid, but it is clearly not an acceptance which the holder could take advantage of“<sup>18</sup>). Er will also unterschieden wissen zwischen der Wirkung in Bezug auf den präsentirenden Bankier und in Bezug auf den eigentlichen Inhaber; letzterer könne keinesfalls Nutzen aus dem marking ziehen, da es offenbar kein Accept sei; im Verhältniss zwischen Bankier und Bankier dagegen könne es „vielleicht“ auf eine bindende Verpflichtung, dass der Check bezahlt werden würde, hinauslaufen.

Dagegen schreibt Newman, p. 28, auch jetzt noch dem marking die Bedeutung zu, „that he (the banker) will in general be bound to pay the amount“; Walker aber glaubt, dass es dem Wechselaccept wenigstens noch insofern ähnlich sei, als der Bezogene durch dasselbe nicht nur die Echtheit der Unterschrift des Ausstellers, sondern auch das Vorhandensein der Deckung (the

<sup>16</sup>) Walker p. 70. Vergl. Bd. I, p. 128, n. 9 dieser Zeitschrift.

<sup>17</sup>) Shaw p. 71, 72. Newman p. 28. Walker p. 72. Levi p. 484. Colfavru p. 254.

<sup>18</sup>) Chalmers p. 207, Art. 256, Note.

existence of assets) anerkenne<sup>19)</sup> und lediglich bezüglich der Echtheit der Checksumme kein Anerkenntniss abgebe. Immerhin aber ist dem Bezogenen der Nachweis gestattet, dass das marking in Folge Uebereinkommens der Bankiers nur „provisional“ und späterer Revision unterworfen sein sollte<sup>20)</sup>.

c) Nur eine entfernte Analogie mit dem marking zeigt das sog. cancelling der Checks. Es ist dies ein Handelsgebrauch, der gleichfalls im Verkehr der am Londoner Clearinghouse beteiligten Bankiers entstanden ist. Es besteht in „drawing lines along and across the names of the party, for whom payment is intended to be made<sup>21)</sup> oder in der Ziehung eines rothen Ringes durch die Unterschrift des Ausstellers hindurch in den darüber befindlichen Text der Urkunde hinein<sup>22)</sup>. In dieser Weise werden usancemässig Wechsel und Checks umgittert, „which are at the time intended to be paid“<sup>23)</sup>. Es scheint das cancelling weniger ein Surrogat des Accepts, als ein Zeichen der erfolgten Einlösung, resp. ein unmittelbar für die Zahlung präparatorischer Act zu sein. Das cancelling ist nur für den internen Verkehr im Comptoir des Bezogenen von Bedeutung, etwa wie eine Mittheilung, die der Buchhalter dem Kassirer macht, dass er zahlen dürfe. Für den dritten Inhaber erwächst dagegen aus dem Umgittern keineswegs ein unanfechtbares Recht; es wird vielmehr, gerade so wie beim marking, der Nachweis zugelassen, dass „cancel-

---

<sup>19)</sup> So auch auf Grund von Chitty p. 348, Hulshoff p. 126: „Het is dus geen eigenlijke acceptatie, het is alleen een bewijs, dat er fonds aanwezig is; maar door dat bewijs, omdat er fonds is, is nu ook de bankier gehouden even alsof hij geaccepteerd had“. Vergl. gegen die Schlüssigkeit dieser Deduction nach englischem Recht oben p. 88.

<sup>20)</sup> Walker p. 73.

<sup>21)</sup> Walker p. 69.

<sup>22)</sup> Erk. des R.O.H.G. v. 11. Septbr. 1876 bei Borchardt, A.D.W.O., 7. Ed., p. 82. Vergl. auch Wächter p. 84.

<sup>23)</sup> Walker a. a. O. Shaw p. 112.

ling was by arrangement between the bankers merely provisional and subject to revision at a later period.“ Es kommt denn auch im Clearing-house gar nicht so selten vor, dass die Checks noch am Tage der Präsentation vom Bezogenen „cancelled“ zurückgelangen mit dem Vermerk „cancelled by mistake“; und die Judicatur hat anerkannt, dass „notwithstanding the cancelling“ die Rücksendung der präsentierten Checks nicht dem Accept, sondern der Dishonorirung gleichstehe<sup>24)</sup>.

d) In jüngster Zeit hat man in London den Versuch gemacht, eine Klasse limitirter und agnoscirter Checks in den Verkehr zu bringen. Es sind dies die Checks der im Jahre 1877 auf Aktien gegründeten Checkbank<sup>25)</sup>. „Der Check der Checkbank unterscheidet sich von andern Checks nur dadurch, dass auf demselben der Maximalbetrag (von £ 1 bis 10), auf den der Check ausgeschrieben werden kann, ersichtlich gemacht ist.“ Solche Checks dürfen nur an Ordre ausgestellt und müssen überdies crossirt werden, beides, damit man im Falle des Diebstahls den Lauf des Checks zurückzuverfolgen im Stande ist. Je 10 solcher Checks bilden 1 Buch, das man gegen (zinslose) Hinterlegung von £ 10 bis 100 von der Checkbank resp. einem ihrer vielen Agenten erwirbt. Da der Maximalbetrag baar eingezahlt ist, so gewähren diese Checks allerdings ganz besondere Sicherheit. Sie geniessen denn auch erhöhten Credits, werden von den verschiedenen Aemtern, von den Docks- und Transportgesellschaften, den Kaufleuten und Banken als Baargeld angenommen. Sie circuliren trotz ihrer Sichtstellung durchschnittlich 10 Tage, ja manche dieser Checks sind bereits 1 Jahr aus-

---

<sup>24)</sup> Walker p. 73. Shaw p. 111—113.

<sup>25)</sup> Ich folge hier im Wesentlichen der mir von Herrn J. Kanitz, Director des Wiener Giro- und Kassenvereins, gütigst mitgetheilten Information. Vergl. auch Jevons, W. Stanley, Geld- u. Geldverkehr (in d. internat. wissenschaftl. Bibliothek XXI, p. 300 ff.) und etwa noch Luwisch p. 46.



geblieben, ehe sie zur Einlösung gelangten<sup>26)</sup>. Gleichwohl stellt Herr Director Kanitz diesen Checkbankchecks kein günstiges Prognostikon, da die Zinslosigkeit des Depots einerseits, die Spesenzahlung für den Erwerb des Checkbuchs (1—2 sh) andererseits, die Popularisirung des Instituts behindern. Ob diese Checks die Checkbank dem<sup>3</sup>Inhaber gegenüber direct verpflichten, ist noch nicht Gegenstand der Judicatur gewesen; doch ist es anzunehmen<sup>27)</sup>.

e) Eine stillschweigende Acceptation des Checks könnte endlich in der Handlungsweise desjenigen Bezogenen gefunden werden, der einen ihm zur Zahlung präsentirten resp. im Correspondenzwege übersandten Check längere Zeit als üblich zurückbehält<sup>28)</sup>. Es ist aber hier nicht sowohl die „Verpflichtung zur Einlösung,“ deren Uebernahme aus der Zurückbehaltung gefolgert wird, als vielmehr die Thatsache der erfolgten Zahlung (are considered by the respective bankers as paid). Das Clearing-House insbesondere ist nicht zur Einholung des Accepts, sondern zur Präsentation behufs Zahlung bestimmt; das Ansichbehalten des zur Zahlung, nicht zur Acceptation durch dasselbe präsentirten Wechsels kann mithin gar nicht als Acceptation betrachtet werden<sup>29)</sup>.

2. In Nieder-Canada ist zwar die Pflicht zur Präsentation zum Accept bezüglich der Checks durch Art. 2351 beseitigt, dagegen ist die Statthaftigkeit des Acceptes („nevertheless, if it be accepted“) und das directe Klagerecht des Inhabers gegen den Acceptanten ausdrücklich sanctionirt („he has a direct action against the bank or banker“).

3. In den Vereinigten Staaten begegnet das eigentliche

<sup>26)</sup> Jevons p. 305.

<sup>27)</sup> Jevons p. 248. „Die Checks der Checkbank sind ihrer Natur nach auch beglaubigte Checks, .. beglaubigte Checks sind in Wirklichkeit Verschreibungen der Bank.“

<sup>28)</sup> Walker p. 69. Im Londoner Clearing-House länger als bis 3 Minuten vor 5 Uhr Nachmittags.

<sup>29)</sup> Vergl. auch Wächter p. 31, n. 2.

Accept in der Praxis wenigstens dann und wann<sup>30)</sup>. Ueber seine Legalität gehen die Ansichten aus einander. Story bejaht, Daniel verneint sie, wie er auch, im Gegensatz zu Story, die Statthaftigkeit des Nichtsichtchecks verneint<sup>31)</sup>. Der Entwurf des Civil code of New-York § 1826 zählt das Accept nicht unter den Ausnahmen auf, bezüglich deren das Wechselrecht für Checks nicht zur Anwendung gelange; das wechselrechtliche Accept muss daher als zulässig gelten<sup>32)</sup>.

Neben dem eigentlichen Accept hat sich in den Vereinigten Staaten neuerdings ein Handelsgebrauch herausgebildet, der zur Zeit der Abfassung des Byle'schen Commentars noch gänzlich unbekannt, in den neuesten Lehrbüchern viele Paragraphen füllt; bei Daniel, dem ich hierin durchaus folge, in einem besonderen Capitel p. 556—565 abgehandelt wird. Es ist dies der Gebrauch der Certification der Checks<sup>33)</sup>. Dieser Gebrauch hat solchen Umfang angenommen, dass der höchste Gerichtshof der Vereinigten Staaten den Umlauf solcher (certified) checks in der Stadt New-York allein auf täglich 100 Millionen Dollars taxirt<sup>34)</sup>.

Für die Form der Certification sind keine besonderen Erfordernisse aufgestellt. Sie besteht in der Regel lediglich darin, dass ein Beamter der bezogenen Bank das Wort „good“ durch den Context des Checks schreibt (across the face of the instrument). Zuweilen werden auch der Name oder die Initialen hinzugefügt. In denjenigen Staaten, in denen münd-

---

<sup>30)</sup> Fälle des acceptirten Checks, die zur richterlichen Cognition gelangten, in the Americ. Law Review VI, p. 103 und 307 und Daniel p. 564, n. 5.

<sup>31)</sup> Daniel p. 556, 534—537, vergl. auch oben Bd. I, p. 482, n. 6.

<sup>32)</sup> Hulshoff p. 127.

<sup>33)</sup> Vergl. ausser Daniel und dem von ihm citirten Morse noch Hulshoff p. 26, Story p. 682, n. 6, 684 ff., Parsons p. 94. — Fälle aus der Praxis in the American. Law Review VI, p. 103, 307, 710, VIII, p. 558, XII, p. 746.

<sup>34)</sup> In Sachen Merchants'-Bank wider State-Bank bei Daniel p. 557, n. 5.

liches Wechselaccept noch zulässig ist<sup>35)</sup>, reicht auch die mündliche Erklärung des Bankbeamten, dass der Check „gut“ sei, aus, um die Bank wenigstens demjenigen Inhaber gegenüber, der gerade auf diese Erklärung hin den Check genommen, wie aus einer schriftlichen Certification haftbar zu machen, mindestens ihr den Einwand der mangelnden Deckung und der Fälschung der Unterschrift des Ausstellers zu nehmen<sup>36)</sup>; der Einwand der Fälschung der Checksumme bleibt der Bank.

Die Certification kann unbeschränkt, aber auch unter Beifügung einer späteren Zahlungszeit erfolgen; sie erfolgt entweder auf Ansuchen des Inhabers oder, und dies ist oft genug der Fall, vor Emission des Checks durch den Aussteller selbst.

Die Wirkung der Certification war höchst umstritten. Nach der Ansicht des höchsten Gerichtshofs der Union<sup>37)</sup>, die von Daniel p. 559 lebhaft vertheidigt wird, macht die Certification die Bank zur Hauptverpflichteten, ja sogar unter Entlastung des Ausstellers zur alleinigen Schuldnerin („the bank becomes the principal and only debtor“). Die Certification ähnele dem Accept, sei aber mehr als dies, nämlich ein Surrogat der Zahlung. Es sei so anzusehen, als ob die Bank den Check bezahlt und die Checksumme dem Inhaber unter Verabfolgung eines Depotscheins gutgeschrieben hätte. Durch die Certification verwandle sich der Check in eine Banknote<sup>38)</sup> oder in einen zu Gunsten des Inhabers ausgestellten Depot- resp. Dispositionsschein<sup>39)</sup>. Der Aussteller habe das Recht der Contremandirung und der Rückziehung

---

<sup>35)</sup> Wächter p. 74.

<sup>36)</sup> Daniel p. 560, n. 6. Vergl. oben über englische „marked checks.“

<sup>37)</sup> In Sachen Merchants' - Bank c. State - Bank in d. Amer. Law Review VI, p. 104, bei Daniel p. 559.

<sup>38)</sup> Hulshoff p. 27.

<sup>39)</sup> Daniel: „A certified check is a short-hand certificate of deposit in favor of the holder and payable to him, or to him or order, or bearer, according to its terms“.

der Deckung absolut verloren („the money is no longer his“); nach der Praxis jedes ordentlichen Bankgeschäfts werde der Betrag des certificirten Checks sofort, als ob Zahlung geleistet wäre, dem Aussteller und zwar per Certifications-Conto zur Last geschrieben („charged to the account of drawer in the bank certificate account“). Mit der Certification verliere endlich der Bezogene den Einwand der Fälschung und der mangelnden Deckung; höchstens dem schlechtgläubigen Inhaber gegenüber sei die Einrede gestattet, dass der Bankbeamte ohne genügende Deckung pflichtwidrig certificirt habe<sup>40)</sup>.

Diese Grundsätze über die Certification sind nach Daniel jetzt „universally“ adoptirt, ja der höchste Gerichtshof hat in dem n. 38 citirten Erkenntniss ausgesprochen, dass kein schwererer Angriff auf den Handel und die Geschäfte des Landes verübt werden könne, als durch Anzweiflung dieser Doktrin. Gleichwohl muss registriert werden, dass zwei der Richter jenes höchsten Gerichtshofes (Clifford und Davis) ihren Dissens erklärt haben, und dass trotz des oberstrichterlichen Präjudizes in einem späteren Falle<sup>41)</sup> der Gerichtshof von New-York der Certification jene hohe Bedeutung nicht beigelegt hat, sondern sie im Gegentheil nur dazu für geeignet erachtet hat „to warrant the signature of the drawer.“

Die Certification ist auch nach der erst entwickelten Theorie unwirksam, wenn der certificirende Beamte und der Aussteller identisch sind, oder wenn der certificirte Check offenbar postdatirt ist<sup>42)</sup>. Die Certification ist nur widerrufbar, wenn sie aus Irrthum ertheilt oder dolos erwirkt war, und auch dann nur dem unmittelbaren Contrahenten und seinem schlechtgläubigen Rechtsnachfolger gegenüber; demselben muss der Widerruf auch so zeitig zugehen, dass er die Haftung

---

<sup>40)</sup> Daniel p. 561, n. 2.

<sup>41)</sup> In Sachen Security-Bank c. National-Bank Amer. Law Review 1878, XII, p. 746, bei Daniel p. 559, n. 4.

<sup>42)</sup> Daniel p. 561, n. 4.

seiner Vormänner noch durch Notification zu wahren im Stande ist <sup>43</sup>).

Ueber die Frage, welche Bankbeamten zur Certification befugt sind, ist in Amerika viel processirt worden; namentlich war die Befugniss des Kassirers und Hilfskassirers streitig <sup>44</sup>). Diese Frage gehört gar nicht dem Checkrecht an, sondern ist nach den allgemeinen Vorschriften über Handlungsbevollmächtigte zu entscheiden.

#### 4. In Frankreich.

a) Das wirkliche Accept war vor Erlass des Checkgesetzes nicht ganz selten; insbesondere wurde es von den Creditanstalten ertheilt, wenn auf sie mittelst Check grössere Summen, deren Zahlung 2—3 Tage später zu erfolgen hatte, gezogen waren. Dieses Accept verpflichtete den Acceptanten, selbst wenn es aus Irrthum abgegeben war, gegenüber dem dritten gutgläubigen Inhaber des Checks <sup>45</sup>).

Das Gesetz von 1865 hat zwar den Nichtsichtcheck ausgeschlossen <sup>46</sup>), die Unterzeichnung des Checks durch den Bezogenen nach oder vor der Emission des Checks aber nirgends verboten. Dass auch heut acceptirte Checks in Frankreich cursiren, beweist der zur richterlichen Cognition gelangte Fall Delore wider Société générale <sup>47</sup>).

Ueber die Wirkung des Acceptes wird gestritten; die Einen schreiben ihm die Kraft des Avals zu <sup>48</sup>), die Andern halten — und mit Recht — die Aufzählung der in Art. 4 a. l. 2 des Gesetzes auf den Check anwendbar erklärten wechselrechtlichen Normen für „restrictif et limitatif“, mithin,

<sup>43</sup>) A. a. O. p. 562.

<sup>44</sup>) A. a. O. p. 563—565.

<sup>45</sup>) Michaux-Bellaire p. 21.

<sup>46</sup>) Vergl. aber p. 123, n. 5.

<sup>47</sup>) Nouguier p. 233 (supplément). Le Mercier p. 119. Dalloz recueil 1870, 2, p. 141. Da die betreffende Urkunde nicht auf Sicht lautete wurde sie für keinen Check erklärt; die Frage der Acceptirbarkeit des Checks kam mithin gar nicht zur Sprache.

<sup>48</sup>) Nouguier Nr. 99. Rivière p. 461.

da des Avals in jener Aufzählung keine Erwähnung geschieht, den Check der Wechselbürgschaft für unfähig<sup>49)</sup>; der Mitunterschrift des Bezogenen sei daher nur die Kraft der civilrechtlichen Bürgschaft gemäss Art. 2011 code civ. zuzuschreiben<sup>50)</sup>.]

b) Neben dem eigentlichen Accept bestand und besteht in Frankreich der Gebrauch der Visirung. Vor dem Checkgesetze war es geradezu zur Gewohnheit<sup>51)</sup> geworden, zu visiren; selbst bei Nichtchecks war die Visirung üblich<sup>52)</sup>.

Es fehlte nicht an Stimmen, die de lege ferenda die allgemeine Einführung der obligatorischen Visirung und zwar „lors de sa première transmission“ anempfehlen<sup>53)</sup>. Der Gedanke eines solchen „visa préalable“ behufs Schaffung eines „chèque certifié“ ist jedoch von Alfred Darimon, dem Berichterstatter des Corps législatif, lebhaft bekämpft worden<sup>54)</sup>; die vorangehende Visirung habe die Tendenz „à dénaturer le chèque“; sie verwandle ihn in ein certificat de dépôt, verlängere seine Umlauffrist und verleite die Banken zu minderer Bereithaltung der Deckungscapitalien. Der Gesetzgeber hat selbstverständlich die obligatorische Visirung nicht gefordert; die fakultative hat er nicht ausdrücklich verboten. Die Sitte der Visirung hat sich denn auch noch nach dem Gesetze und zwar sowohl für Reçus<sup>55)</sup>, als in engen Grenzen auch für den eigentlichen Chèque<sup>56)</sup> erhalten.

<sup>49)</sup> Alauzet p. 625 und besonders Bédarride Nr. 58—60.

<sup>50)</sup> Hulshoff p. 126.

<sup>51)</sup> Nouguier Nr. 50 und 80. Le Mercier p. 139.

<sup>52)</sup> Michaux-Bellaire p. 17: „Le banquier vise le chèque, et immédiatement le caissier en paye le montant“. Also ähnlich dem englischen cancelling.

<sup>53)</sup> Dufour p. 310.

<sup>54)</sup> Bei Bédarride p. 243—247.

<sup>55)</sup> In dem am 15. Februar 1870 in Paris entschiedenen Prozesse Lévy-Biny c. Mottu trug der der Klage zu Grunde liegende Reçu am Rande den Vermerk „vu et bon à toucher le . . .“ Vergl. Le Mercier p. 81. Der genannte Schriftsteller geht p. 120 so weit, zu behaupten: „Le

Welches ist nun aber die Wirkung des Visa? Soll man demselben die Kraft des Accepts resp. der amerikanischen Certification zuschreiben? Die Frage ist bekanntlich auch für den Wechsel streitig<sup>57)</sup>. Die französische Jurisprudenz ist zumeist der Ansicht, dass die Visirung die Wirkung des Accepts nicht besitze, dass der Bezogene trotz der Visirung den Check bei Präsentation wegen fehlender Deckung dishonoriren dürfe; das Visa bedeute, um Dalloz' Worte anzuführen, „tout simplement, que le chèque sera payé sans nouvel avertissement au banquier, s'il y a provision“<sup>58)</sup>.

5. Nach dem Schweizer Entwurf, Art. 442, ist die Acceptationspflicht für alle Anweisungen, mithin auch für die Checks, aufgehoben; die Statthaftigkeit des Acceptes ist dagegen für alle Anweisungen, mithin auch für den Check, nicht nur anerkannt, sondern auch mit wechselrechtlicher Kraft bekleidet<sup>59)</sup>.

6. In Belgien ist des Acceptes im Gesetze zwar keine Erwähnung gethan; vielleicht hielt man, wenn auch irrtümlich, durch die obligatorische Sichtstellung die Acceptation für ausgeschlossen. Da jedoch einerseits kein Verbot des Acceptes ergangen, und da andererseits der Art. 3 das Wechselgesetz vom 20. Mai 1872 auch „en ce qui concerne . . l'aval“

---

chèque-récépissé peut à la vérité n'être payable qu'après apposition du visa du banquier“ (!).

<sup>56)</sup> So wurde in dem n. 48 citirten Fall Delore c. Société générale 1870 festgestellt, dass ein Beamter einer Creditgesellschaft den Auftrag besass, „de viser les chèques signés par les déposants pour être remboursés dans un autre bureau“. (Le Mercier p. 119.) Nicht ganz zutreffend behauptet daher Nougier Nr. 80: „Le chèque, proprement dit, puisque payable à présentation, il ne comporte plus la formalité du visa“.

<sup>57)</sup> Wächter p. 32, n. 11.

<sup>58)</sup> Dalloz, recueil périod. 1864. 3, 102 (Entsch. v. 22./10. 1864, also vor Erlass des Gesetzes). Vergl. auch Nougier Nr. 80, Le Mercier p. 86, 87, Hulshoff p. 126.

<sup>59)</sup> Hulshoff p. 127. Munzinger p. 394.

auf die Checks für anwendbar erklärt, nach Art. 32 jenes Gesetzes aber „le donneur d'aval est tenu solidairement avec les tireurs et endosseurs“, so wird an der wechselrechtlichen Haftung des Acceptanten eines Sichtchecks nicht gezweifelt werden können.

7. Das portugiesische Gesetzbuch schweigt gleichfalls über das Accept. Hulshoff, p. 128, ist der Ansicht, dass dasselbe kraftlos sei, da der Check in Portugal nicht unter die Kategorie der wechselfälligen Papiere falle. Dass dieses Argument aber irrig, ist schon wiederholt (vergl. § 3 ad 7) hervorgehoben worden; die portugiesische Jurisprudenz ergänzt die Lücke des Checkrechts durch die analogen Wechselvorschriften<sup>60</sup>).

8. In Holland ist der eigentliche Check auf den Inhaber, das Kassierspapier, von der auf Ordre lautenden Assignatie zu unterscheiden.

Die Assignatie kann, braucht aber nicht acceptirt und visirt zu werden. Da Art. 214 bestimmt, dass „Visirung ohne ausdrücklich beigefügte Acceptatie“ nicht als Accept gelten soll, so darf man e contrario (trotz des Widerspruchs de Pinto's u. A.<sup>61</sup>), der ausdrücklich beigefügten Acceptatie mit Hulshoff, Kist und Diephuis die Kraft des Wechselaccepts wohl unbedenklich zuschreiben<sup>62</sup>). Was den eigentlichen holländischen Check, das Kassierspapier, anbetrifft, so erachtet Hulshoff, p. 132, dafür, dass bei dem absoluten Schweigen des Gesetzes das Accept des Kassierspapiers zwar nicht dem Wechselaccept gleichzustellen sei, dass es aber doch einen

---

<sup>60</sup>) Sampaio-Pimentel a. a. O. bekämpft wohl die Statthaftigkeit des Protestes Mangels Accepts, nicht aber das Accept selbst.

<sup>61</sup>) Der auf Grund von Art. 219 die Frage verneint. Vergl. Hulshoff p. 129, n. 2.

<sup>62</sup>) Hulshoff p. 129—132. Kist p. 340—347. Diephuis p. 398. Der Visirung kommt nach Hulshoff p. 131 nicht die geringste Kraft zu.



Formalakt bilde, den man als Aval oder adpromissio auffassen könne<sup>63</sup>).

9. In Oesterreich hat die Credit-Anstalt agnoscirte Checks ausgegeben, von denen indess fast gar kein Gebrauch gemacht worden<sup>64</sup>). Die unbedingte Haftbarkeit der Bank aus diesem Accept zu Gunsten des Inhabers ist nach Art. 301 des A.D.H.G.B. anzunehmen.

10. In Preussen hatte die Kabinets-Ordre v. 31. Januar 1841 die Kgl. Preussische Bank ermächtigt, auf jeden Inhaber gestellte Anweisungen der Giro-Interessenten auf deren Guthaben zu acceptiren<sup>65</sup>); dies Acceptiren von Giro-Anweisungen ist indess schon seit dem Jahre 1870 eingestellt worden<sup>66</sup>).

11. Der Braunschweiger und der Mannheimer Entwurf hatte sub III in voller Uebereinstimmung mit § 24 des Stempelgesetzes v. 10. Juni 1869 die Sätze aufgestellt:

„Der Check ist stempelfrei, so lange er ohne Accept bleibt. Wird er acceptirt, so unterliegt er dem Wechselstempel,“

und sub IV, 1 hinzugefügt:

„Jeder, der den Check . . . als Acceptant mit seiner Unterschrift versehen hat, haftet für den Eingang“.

Die Acceptirbarkeit ist indess von einer ganzen Reihe von Handelskammern (Danzig, Passau, Constanz, Metz und Altenburg) mit der Motivirung angefochten worden, dass das auf Sicht fällige Papier des Acceptes nicht bedürfe. Zu Gunsten des Acceptes wurde dagegen von dem Braunschweiger Delegirten Hollmann geltend gemacht<sup>67</sup>), dass das Certificiren der Checks

<sup>63</sup>) Vergl. aber auch Diephuis p. 304: „De derde, wiens acceptatie hier niet te pas komt, is zelf niet verbonden“. Kist schweigt.

<sup>64</sup>) Stenograph. Protokoll der Sitzung des Ausschusses des Reichstags zur Vorberathung der Ausgleichsvorlagen v. 10. October 1877. (Expertise über das Girogeschäft und das Chequessystem.)

<sup>65</sup>) Koch p. 17.

<sup>66</sup>) Koch p. 18, n. 47 a. E.

<sup>67</sup>) Bericht p. 16, 17.

mittelst einfacher Abstempelung Seitens des Bezogenen „keineswegs stets zum Zwecke eines längeren Umlaufs geschehe, vielmehr einestheils desshalb, damit der Empfänger der prompten Einlösung sicher und dadurch in den Stand gesetzt sei, den Gegenwerth (Wechsel, Effecten und dergl.) gegen den Check Zug um Zug auszuhändigen, andernteils damit die Versendung an einen, den Aussteller nicht genau kennenden Auswärtigen möglich werde“.

Die Mehrheit der Versammlung war indess der Ansicht, dass für solche Fälle sich der Wechsel besser eigne als der Check. Man beschloss die Einschlebung der Worte „nicht acceptirbar“ in die Begriffsbestimmung des Checks; demgemäss wurde auch die Haftbarkeit des Acceptanten gestrichen.

12. Der Funk'sche Entwurf erklärt ad 10: „Der Check kann nicht acceptirt werden“.

Die Annahme der Nichtacceptirbarkeit ist, wie die Rechtsvergleichung soeben gezeigt hat, unzutreffend. Der Check ist des wirklichen Acceptes und der Certification (Markirung, Visirung) sehr wohl fähig. Dass erstere auch bei Sichtstellung möglich, ist schon oben, n. 5, erwähnt. Eine andere Frage ist, ob das Accept oder die Certification besonders wünschenswerth oder gar ein Bedürfniss ist. Beides scheint zu verneinen. Eben darum hatte der Braunschweiger Entwurf das Richtige getroffen, dass er acceptirte Checks zwar zuliess, aber sie dem vollen Wechselstempel unterwarf. Angezeigt wäre es nur gewesen, wenn er auch jene Surrogate des Accepts, die wir kennen gelernt, in Bezug auf die Stempelpflicht dem eigentlichen Accept gleichgestellt hätte.

Lässt man das Accept des Checks zu, so wird man auch ihm die gewöhnliche Acceptwirkung des Wechsels und der kaufmännischen Anweisung nicht versagen dürfen<sup>68)</sup>. Ob man dagegen dem Accept ohne Namensunterschrift gleiche Kraft zuschreiben soll, scheint, trotz des amerikanischen Vorgangs,

<sup>68)</sup> Mittermaier Z. X, p. 22.

bedenklich. Alle Gründe, die dazu führten, die formelle Unterschrift als Voraussetzung der Haftung des Wechselacceptanten zu fordern, sprechen auch für die Aufrechterhaltung dieser Forderung beim Check.

Durch das Accept wird die bis dahin nur bedingte Einlösungspflicht des Bezogenen zur unbedingten; er erkennt damit an, dass der Aussteller sein Bevollmächtigter gewesen und innerhalb seiner Vollmacht gehandelt, mithin ihn verpflichtet hat.

Während die Braunschweiger Conferenz die Acceptirbarkeit des Wechsels beseitigte, hat sie sub IV, 5 den Bezogenen „zur Einlösung für verpflichtet“ erklärt, „wenn er den ihm zur Gutschrift eingehändigten Check nicht an dem auf den Empfangstag folgenden Werktag zurückgegeben hat“. Sie hat somit das stillschweigende Accept oder correcter die Fiktion der Zahlung resp. Gutschrift<sup>69)</sup> durch längeres Behalten des Checks anerkannt. Gegen diese Bestimmung hat sich die Danziger Handelskammer ausgesprochen, weil ein solcher Fall in der Praxis nicht vorkomme<sup>70)</sup>. Mag auch diese Motivirung irrig sein, so scheint doch die gesetzliche Fiktion nicht ganz wünschenswerth. Die Fälle können sich hierbei zu verschieden gestalten, als dass man die richterliche Interpretation der Handlungsweise des Bezogenen ein für allemal binden sollte.

## § 7.

Die Pflicht des Bezogenen zur Aufbewahrung und Rückgabe des gezahlten Checks.

Mit der Honorirung des Checks ist der Bezogene seiner Verpflichtung noch nicht ganz ledig.

In England und Amerika ist es vielmehr unter den Bankiers üblich, nach erfolgter Zahlung die mit dem Zeichen der

<sup>69)</sup> Vergl. oben p. 129, n. 30.

<sup>70)</sup> Bericht p. 17 und 20.

Einlösung (vergl. § 6 ad 1, c) versehenen (cancelled) Checks mit dem pass-book dem Aussteller zurückzusenden. Das Eigenthum an dem Papier gilt als bei dem Aussteller geblieben und nicht auf den Bezogenen übergegangen<sup>1)</sup>. Die Judicatur begründet dies damit, dass der bezogene Bankier als Agent des Ausstellers aufzufassen sei und den Check für denselben in Empfang nehme: „The bankers are your agents, you would have a right to go to the bankers and demand the cheque of them“<sup>2)</sup>. Dagegen gilt der Bankier nach einem neueren Erkenntniss so lange zur Retention berechtigt, als der Aussteller sich nicht mit ihm bezüglich der Posten, auf welche sich die Checks beziehen, berechnet hat<sup>3)</sup>; so lange sei der Check der einzige Beleg für die von ihm geleistete und dem Kunden ins Debet zu stellende Zahlung. Mit Anerkennung des Saldo sei dies Retentionsrecht indess erloschen; es sei dies um so mehr gerechtfertigt, als der gezahlte und umgitterte (cancelled) Check für den Aussteller ein sehr wichtiges Beweismittel der von ihm durch Checkabgabe geleisteten Zahlungen bilde<sup>4)</sup>. Gerade dieser Beweis der geleisteten Zahlungen durch den Check gehöre zu den besonderen Vortheilen, die der Checkverkehr dem Girokunden biete; der eingelöste Check ersetze hier die Quittung zwischen Aussteller und Remittent<sup>5)</sup>. Eine Ausnahme von dieser Pflicht zur Rückgabe findet bezüglich der overchecks in Amerika statt; da diese das Hauptbeweismittel der creditweise erfolgten Honorirung bilden, so gebührt nach der

---

<sup>1)</sup> Newman p. 32. Chalmers p. 210. Daniel p. 599.

<sup>2)</sup> Richter Bayley in Sachen Burton c. Payne bei Shaw p. 138; vergl. besonders Daniel a. a. O.

<sup>3)</sup> Walker p. 91. Chalmers a. a. O., n. 10 (contra Blackwell, 1877). Die Abrechnung pflegt in England allmonatlich oder sogar allwöchentlich zu geschehen. Vergl. Anmerkungen zum Braunschweiger Entwürfe ad IV, 10.

<sup>4)</sup> Vergl. Newman p. 32, Shaw p. 130 ff., Walker p. 91 und 95, Byles p. 24.

<sup>5)</sup> Shaw p. 129. Daniel p. 598.

Ansicht Grant's, Morse's und Daniel's der ausschliessliche Besitz derselben dem Bezogenen <sup>6)</sup>).

In den übrigen Ländern scheint die Frage nach dem Recht auf den bezahlten Check noch nicht ventilirt worden zu sein <sup>7)</sup>. Der Braunschweiger Entwurf hat sub IV, 10, um den Aussteller in den Stand zu setzen, den etwa erforderlichen Beweis der Zahlungsleistung zu führen <sup>8)</sup>, folgenden Satz in Vorschlag gebracht:

„Der Bezogene ist verpflichtet, den eingelösten Check 3 Monate lang zur Verfügung des Ausstellers aufzubewahren.“

Während der Mannheimer Entwurf diesen Vorschlag unverändert adoptirt hat, ist von mehreren anderen Seiten Einsprache erhoben worden. Die Handelskammer von Heilbronn trug „Bedenken, die Herausgabe des eingelösten Checks an den Aussteller unter allen Umständen zu fordern, weil der Bezogene ihn vielleicht selbst, dem Aussteller gegenüber, als Beweis der Zahlung könnte gebrauchen wollen“. Vertreter von Lübeck, Hamburg und Bielefeld wünschten die Aufbewahrungsfrist auf ein Jahr verlängert, während der Vertreter Leipzigs die Aufbewahrungspflicht zwar, wie vorgeschlagen, billigte, aber die Worte „zur Verfügung des Ausstellers“ gestrichen sehen wollte. In meinem Gutachten empfahl ich, den englischen Grundsatz zu adoptiren und die Pflicht zur Rückgabe nach erfolgter Abrechnung dem Bezogenen aufzuerlegen. Die Conferenz hat indess die Aufbewahrungs-, nicht die Rückgabepflicht sanktionirt, und nur die Berücksichtigung der Abrechnung schärfer als im ersten Entwurf zum Ausdruck gebracht. Sie hat nämlich den Bezogenen für verpflichtet erklärt, „den eingelösten Check bis 3 Monate nach stattgehabter Abrechnung mit dem Aussteller aufzubewahren“.

<sup>6)</sup> Daniel p. 600, n. 1.

<sup>7)</sup> Nur entfernt gestreift wird sie von Hulshoff p. 169.

<sup>8)</sup> Anmerkung zum Entwurf ad IV, 10.

Für die Verpflichtung der Zurückgabe können allerdings nicht die Gründe der englischen Juristen geltend gemacht werden. Der Aussteller ist nicht Eigenthümer der in Cours gesetzten Checkurkunde geblieben; dies Eigenthum ist vielmehr auf den Empfänger des Checks mit der Begebung übergegangen. Ein pactum reservati domini liegt nicht vor; das Recht auf die Aufbewahrung resp. Rückgabe ist überhaupt nicht dinglicher, sondern persönlicher Natur. Es ist auch nur ein Utilitätsgrund, der den Gesetzgeber veranlassen könnte, dem Bezogenen zu seinen übrigen hochbemessenen Pflichten noch die allerdings verhältnissmässig kleine Pflicht der Rückgabe des Checks aufzuerlegen, der Utilitätsgrund nämlich, dem Aussteller den Gebrauch des Checks schon um der Erwerbung eines bequemen Beweismittels für seine Zahlungen wünschenswerth zu machen. Der Bezogene seinerseits erleidet dadurch keinerlei Nachtheil, sofern nur die Rückgabepflicht erst nach Abrechnung und Anerkennung des Saldos Seitens des Ausstellers ihm auferlegt wird.

---

Nachtrag zu p. 73. In jüngster Zeit ist man auch in Oesterreich der Ausarbeitung eines Checkgesetzes näher getreten. Nachdem bereits im October 1877 eine parlamentarische „Expertise über das Girogeschäft und das Checksystem“ stattgefunden hat<sup>1)</sup>, ist am 5. October 1880 vom Oesterreich. Handelsministerium eine Enquête über die Erfordernisse eines Checkgesetzes eröffnet und ein motivirter „Entwurf der Grundzüge“ von Herrn Dr. Funk erfordert worden<sup>2)</sup>. Dieser Entwurf ist mir erst während der Correctur zugegangen, so dass er erst von p. 81 ab benutzt werden konnte. Er steht wesentlich auf dem Boden der Braunschweiger Beschlüsse, bezieht sich auch auf Effectenchecks und verwirft alle nicht auf den Formu-

---

<sup>1)</sup> Vergl. p. 137, n. 64.

<sup>2)</sup> Mit Motiven abgedruckt in der „Neuen freien Presse“ v. 6. Octbr. 1880.

laren einer Bank ausgestellten Checks. Als materielle Voraussetzung des Checks erfordert dieser Entwurf ausser der vorangegangenen Zustimmung der Bank zur Trassirung noch „einen zur Verfügung des Ausstellers stehenden entsprechenden Betrag“. Die Commission hat den Beschluss gefasst, ein Questionnaire zu entwerfen und den Experten zur Beantwortung vorzulegen.

---

## Literarische Anzeigen.

**Der endgültige Wechselordnungsentwurf für Dänemark, Norwegen und Schweden** (Revideret Udkast til Vexellove for Danmark, Norge og Sverige, Christiania 1879. Maltingske Bogtrykkeri).

Herr Prof. Dr. Konrad Maurer hat in der Krit. Vierteljahrschrift N. F. II. 328—364 eine sehr interessante Besprechung des Entwurfs einer skandinavischen Wechselordnung veröffentlicht, die auch an massgebender Stelle (cf. p. IX der Betænking) mit Dank aufgenommen und beachtet wurde. Durch die Güte des Herrn Gehejme Etaatsraad Dr. jur. A. F. Krieger bin ich in die angenehme Lage versetzt, berichten zu können, dass nunmehr der Entwurf, bez. dessen ich auf jene werthvolle Abhandlung verweise, endgültig festgestellt ist. Der Bericht der Kommission vom September 1879, welcher dem doppelten Texte des Entwurfs vorangeht und sich auf ein Protokoll einer Sitzung des Höchsten Gerichtes in Stockholm bezieht, schliesst mit dem Resultat, dass die Abweichungen von der deutschen Wechselordnung vermindert sind, insofern der Zahlungsort als nothwendiger Inhalt des Wechsels aufgenommen, die Vorweisungspflicht bei Domicilwechseln (§ 18) auf Wechsel eingeschränkt ist, in denen der Domiciliat nicht genannt ist, partielles Accept unbedingt giltig ist, auch bez. § 93 — erweitert dagegen durch Auslassung des § 39 (Depositionsrecht) und Ausdehnung des Interventionsbegriffs in § 57. In den meisten Punkten hat man sich den in Schweden geäusserten Wünschen angeschlossen, selbst wo dadurch grössere Abweichungen vom dänisch-norwegischen Rechte entstanden. Als interessante Beilage ist, abgesehen von einer Ueber-



setzung der D.W.O., der Abdruck der dänischen F. von 1825 und des schwedischen Wechselgesetzes von 1851 zu begrüßen.

Hoffen wir, dass nunmehr recht bald der erste Grundstein skandinavischer Rechtseinheit als glücklich gelegt bezeichnet werden kann<sup>1)</sup>.

Basel, 19. März 1880.

A. Teichmann.

**Nordisk Retsencyklopædi.** Samlet og udgivet af Dr. jur. T. H. Aschehoug, Dr. jur. K. J. Berg og Dr. jur. A. F. Krieger. Andet Hefte. Kjøbenhavn. Gyldendalske Boghandels Forlag 1879 — 224 S. — enth.: Den Danske og Norske Proces ved J o h. I p s e n Kriminal- og Politiretssassessor.

In Fortsetzung der Anzeige des ersten Heftes dieses werthvollen Werkes (II. Band S. 134 ff.) sei auf das vor Kurzem erschienene 2. Heft aufmerksam gemacht, das den dänischen und norwegischen Process behandelt. Natürlich beginnt die Darstellung mit Schilderung der Gerichtsverfassung der beiden Länder (S. 1—37), worauf in 6 Abschnitten der Civilprocess besprochen wird (S. 38—178), in einem der Kriminalprocess (S. 178—197), dann das einzige Rechtsmittel der Berufung (S. 198—213), schliesslich (S. 213, 214) die Kostenfrage. Vielleicht darf man annehmen, dass die hoffentlich bald in Berathung gezogenen Entwürfe<sup>2)</sup> der dänischen „Justizgesetze“ ein näheres Eingehen auf den bisher in Dänemark geltenden Process, an dessen Stelle Besseres treten soll, nicht nothwendig erscheinen liessen. Immerhin ist es von Interesse, hier einen Civilprocess kennen zu lernen, der durchaus auf Schriftlichkeitsprincip beruht und einen Strafprocess, der wesentlich der Inquisitionsmaxime huldigt<sup>3)</sup>. Da das dritte Heft den schwedischen Process enthalten

<sup>1)</sup> Der Entwurf ist angenommen worden. Vom 1. Januar 1881 an gilt für die drei Länder dasselbe Gesetz. Das dänische Gesetz vom 7. Mai 1880 erschien soeben in französischer Uebersetzung.

<sup>2)</sup> Vergl. T e i c h m a n n in Goldammer's Archiv, Bd. 28, S. 81—100.

<sup>3)</sup> Vor Kurzem erschien eine höchst interessante Arbeit von Prof. C. G o o s, welche die Entwicklungsgeschichte bis zur Neuzeit enthält: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft. III. Band.

wird, sei eine nähere Vergleichung dieser drei Gesetzgebungen bis nach dessen Erscheinen vorbehalten.

Basel, 6. Dezember 1879.

Teichmann.

---

**Nordisk Retsencyklopædi.** Tredie Hefte. (Den Svenska Processen: I. Den allmänna Civilprocessen af Prof. Dr. G. Broomé, II. Utsökningsprocessen af jur. cand. W. Bergstrand, III. Processen i Konkurs-, Boskildnads- och Urariva-Mål af jur. cand. W. Bergstrand, IV. Strafprocessen af Prof. Dr. P. Assarsson). Kjøbenhavn 1880 (314 S).

Wie Herr Professor Dr. Berner im Gerichtssaal 1878 S. 609 berichtete, bildet in Schweden die erste Instanz in Städten das Rådstufvurätt (auch Rådhusrätt genannt), bestehend aus dem Bürgermeister und mindestens 2 Rådmän; auf dem Lande ist dies das Bezirksgericht (Häradsrätt) mit dem Häradshöfding als eigentlichem Richter (domhafvanden) und 12 gewählten Nämndemän, deren Ansicht, wenn sie sämmtlich übereinstimmen, gegen den Vorsitzenden den Ausschlag gibt (R. B. 23: 2); seine Sitzungen sind theils gesetzlich bestimmte (lagtima Ting), theils ausserordentliche (urtima). Der ersten Gerichtssitzung im Jahre geht ein Gottesdienst voran (Kyrk. L. 2: 13). Die zweite Instanz bilden das Svea Hofrätt in Stockholm, das Göta Hofrätt (seit 1634 bestehend) in Jönköping, das H. öfver Skåne och Blekinge (seit 1820) in Christianstad. Das höchste Gericht (Högsta Domstolen) hat seinen Sitz im Stockholmer Schlosse und besteht jetzt aus 16 Justizräthen. Nimmt der König persönlich Theil, so verfügt er über 2 Stimmen: Reg. Form § 21. Besondere Bestimmungen über die von beiden Abtheilungen zusammen zu erlassenden Präjudizien, welche die unteren

---

Den danske Straffeprocess i Forhold til Strafferetsplejens Grundsætninger fra Chr. V's Lov til Nutiden. Kjøbenhavn 1880. Für Civilprocess kommt jetzt in Betracht die werthvolle Schrift von J. H. Deuntzer: Orn Appel: civile Sager, Kjøbenhavn 1880, und Sylow, Dommens materielle Retskraft, Kjøbenhavn 1880.

Gerichte binden, enthält die Stadga vom 21. April 1876. Hiefür besteht ein sog. Minnesbok. Als Gerichtsstände im Civilprocess werden aufgezählt: forum domicilii, contractus, administrationis, für Erbstreitigkeiten: forum continentiae causarum, rei sitae. Zu Grunde liegt im Grossen und Ganzen Verhandlungsmaxime; dagegen ist das Eventualprincip nicht streng beobachtet. Der Process ist wesentlich schriftlich; vor Untergerichten öffentlich, wenn auch die Berathung geheim geschieht. Nur bei Schuldklagen ergeht gegen den ausbleibenden Beklagten (svarande; der Kläger: kärke) Contumacialerkenntniss (Tredskodom), wogegen jedoch noch Appellation und in integrum restitutio (återvinning) offen steht.

Es wird kurz gehandelt über Einreden (p. 56), Vergleich, Aufschub, Widerklage, Adcitation, litis denuntiatio, Intervention und sodann übergegangen zur Beweislehre. Da gesetzliche Beweistheorie gilt, hat man zu rechnen mit vollem B. (2 glaubwürdige Zeugen als „minimiantal“), halbem, mehr oder weniger als halbem. Natürlich steht hiemit in Verbindung Reinigungseid (värjemåsed) und Erfüllungseid (fyllnadsed). Hinsichtlich der Zeugnissfähigkeit wird geschieden zwischen Dexteriteten, Sinceriteten und sog. incompetenta Vittnen. In die letzte Kategorie gehören der Geistliche betreffs des in der Beichte (hemligt skriftermål) ihm Mitgetheilten und sog. „luranter“, Anwälte (Processbevollmächtigte), zu Amtsverschwiegenheit verpflichtete Personen, Hebeammen u. s. w. Aus der Rechtsmittellehre mag erwähnt werden, dass in früheren Zeiten die mit einem Urtheil unzufriedene Partei wirklich wettete („slog vad“), dasselbe werde in höherer Instanz geändert werden, wogegen der Richter oder „nämnden“ ihrerseits eine Wettsumme deponirte. Jetzt ist bei „vad“ der sog. Vadepening (tre eller fem daler) zu hinterlegen, ebenso wie bei der an das höchste Gericht gehenden Revision 100 kronor. Als ausserordentliches Rechtsmittel gilt Wiedereinsetzung bei versäumten Fristen (resningsansökning) und Wiederaufnahme (återbrytande af dom). Besondere Bestimmungen sind gegeben für wechsel- und seerechtliche Sachen, für Expropriationen, Wasserrechtsstreitigkeiten und für Grundeigenthumssachen, wo es sich um Arrondirung (laga skifte), einfachere Grenzscheidungen (egoutbyte) und sog. afvittring handelt.

Die Zwangsvollstreckung ist durch Gesetz vom 10. August 1877 neu geordnet, ebenso der Konkursprocess durch das K. G.

vom 18. September 1862 mit Abänderungen in den J. 1867, 1868, 1870 und 1877. Erbschaftsentsagung (urarfvamäl) regelt die Kgl. Verord. v. 18. Sept. 1862.

Der Strafprocess, bei den Untergerichten öffentlich, ist vorwiegend accusatorisch, jedoch nicht ohne inquisitorische Thaten. Als besondere Gerichtsstände sind zu nennen: Kriegsgerichte, geistliche Gerichte, das Kammergericht mit 7 Mitgliedern (Kgl. Instr. v. 14. Nov. 1879) und das Reichsgericht. Nur bei Preßsachen existirt eine Jury von 9 Personen, die in der Art gewählt wird, dass die Parteien je 4 auslesen, das Gericht 5, worauf dann unter den überhaupt für gesetzlich fähig Erachteten jede Partei je einen Geschworenen der Gegenpartei und je einen der vom Gericht Gewählten ohne Weiteres verwerfen kann. Zur Verurtheilung gehören mindestens  $\frac{2}{3}$  Stimmen. Mit möglichster Beschleunigung wird diese Jury berufen, vom Richter ihr ein Eid abgenommen, nach bestem Wissen und Gewissen ihr Urtheil abgeben zu wollen. Der Vormann hat beförderlich vom Juryspruch dem Gerichte Kenntniss zu geben und wird dann den Parteien das Urtheil eröffnet, jedoch noch dem Hofrath zur Prüfung vorgelegt, die aber den Juryspruch nicht berührt.

Interessant dürfte sein, dass R. B. 10:23 dahin aufgefasst wird, es komme als forum delicti der Ort in Betracht, wo die schädigende Handlung in Wirksamkeit gesetzt wurde, nicht wo der Schaden wirklich schliesslich eintrat. Parteieid kommt z. B. vor: 1) bei Suchen nach gestohlenem Gut, um zu versichern, man habe bei dem Betreffenden nicht muthwillig, böswillig Nachforschung halten lassen, 2) wenn ein Verdächtiger etwas gefunden zu haben versichert, 3) oder sich, da er keinen Gewährsmann beibringen kann, von dem Verdachte des unrechtmässigen Erwerbs befreien will. Nur bei geringeren Sachen braucht der Angeschuldigte nicht zu erscheinen, sondern kann sich vertreten lassen. Das Urtheil, sofern es nicht sofort eine Strafe ausspricht, kann in verschiedenen Formen eine Freisprechung enthalten, wobei auch absolutio ab instantia vorkommt, die eine spätere Wiederaufnahme nicht ausschliesst, soweit nicht Verjährung eingetreten. Uebrigens kann das Urtheil die Festsetzung der Strafe (etwa der Gesamtstrafe) einem andern Gerichte überlassen bez. überlassen müssen. In früheren Zeiten scheint man auch von Zwangsmassregeln Gebrauch gemacht zu haben, um ein vollständiges Geständniss zu erzielen (S. 292 Note 1).

Zum Schlusse sei das Werk des H. Prof. Assarsson: Svenska Straffrättens allmänna del, Lund 1879, der Beachtung empfohlen und endlich der Erwägung an massgebender Stelle anheimgegeben, ob nicht in den folgenden Bänden nur dänischer Text aufgenommen werden möchte. Nicht alle Personen im Auslande, die dieser Sprache mächtig, sind dies zugleich bezüglich des Schwedischen <sup>1)</sup>).

Basel, 17. März 1880.

Teichmann.

Projet de code pénal pour l'empire du Japon présenté au Sénat par le ministre de la justice.

Projet de code de procédure criminelle pour l'empire du Japon, présenté au Sénat par le ministre de la justice. Imprimé à Tokio 1879. (Vergl. Bulletin de la Société de légis. comparée, avril 1880 p. 234—260.)

Es wird in diesem Augenblick in Japan ein höchst interessantes Experiment gemacht. Es wird versucht, das alte nationale Recht durch ein neues zu ersetzen, welches meistens eine Nachahmung des französischen ist. Wie es gewöhnlich geschieht, hat man die grössere Freiheit, welche man bei derartigen Umwälzungen nicht entbehren kann, dazu benutzt, um Fortschritte zu Stande zu bringen, welche Länder mit älterer Civilisation länger abwarten müssen.

Als den Haupturheber der neuen Codification kann man Herrn Boissonade bezeichnen, welcher seit einigen Jahren nach Japan gerufen worden ist, um die dortige Jugend in der europäischen Rechtswissenschaft zu unterrichten. Die Zöglinge sind bald zu Mitarbeitern ihres Lehrers geworden, und haben ihn in Stand gesetzt, der nationalen Sitte Rechnung zu tragen. Herr Boissonade rühmt ihren Scharfsinn und ihr ausserordentliches dialektisches Vermögen. Einige japanesische Rechtsgelehrte lesen, ja übersetzen sogar in ihre Muttersprache die Hauptwerke der französischen juristischen Literatur.

Die Entwürfe werden jetzt dem Senat vorgelegt; man scheint einigen Widerstand zu erwarten.

<sup>1)</sup> Vergl. eine Besprechung der Encyklopädie durch Prof. Goos in der Revue de droit international 1880 p. 430—438.

Man arbeitet an der Redaktion des Privatrechtgesetzbuchs, welches ziemlich vorgerückt sein soll. Andere Gesetzbücher für Pro-cedur, Handels- und Verwaltungsrecht werden folgen.

Es kann natürlich keine Rede davon sein, ein Urtheil über den Werth der schon herausgegebenen Gesetzbücher auszusprechen. Man muss den Erfolg dieser vielleicht gewagten Reception abwarten.

**Henri Brocher de la Fléchère.**

---

**Victor Thumser.** De civium Atheniensium muneribus eorumque immunitate. (Wien, C. Gerold 1880, 151 SS.)

Die vorliegende, W. Hartel dedicirte, Inaug.-Diss. eines jungen Wiener Philologen überragt so sehr das durchschnittliche Niveau solcher Schriften, dass sie der Aufmerksamkeit Aller, die sich für griechisches Staatsrecht interessiren, wärmstens zu empfehlen ist. Nicht eine eklektische Zusammenstellung des bisher über den Gegenstand Geschriebenen wird hier geboten, sondern eine Forschung von selbständigem Werth, bei der die Quellen ebenso gewissenhaft benutzt sind, wie die einschlägige Literatur. Das Quellenmaterial, das bisher für das Thema verwerthet wurde, ist selbständig geprüft und manches neue Resultat demselben abgewonnen, aber auch neues Material wurde herbeigezogen, und die Zahl der Beweis- und Belegstellen — namentlich durch eine ebenso scharfsinnige als geduldige Benutzung der Inschriften — erheblich vermehrt. Bei der Verwerthung und Prüfung der Arbeiten Anderer zeigt der Verfasser neben grosser Bescheidenheit eine bei einem so jungen Autor überraschende Reife und Selbständigkeit des Urtheils.

Die Gliederung des Stoffes ist folgende. Im ersten Theile (S. 1 bis 106) werden behandelt die öffentlichen Leistungen (munera) der Athener, im zweiten (S. 107—147) die Befreiungen von denselben (Immunitäten). In jenem Theil werden zuerst die Leistungen an den Staat (S. 1—101, cap. 1 de tributis ac vectigalibus, S. 1—51, cap. 2 de liturgiis, S. 52—100), dann (S. 101—107) die an die einzelnen „sodalitates“ (namentlich die Phylen und Demen) besprochen;

und ebenso im zweiten Theil nach einer allgemeinen Einleitung (S. 108—116) erst die vom Staate (S. 116—143), dann die von den kleineren Gemeinschaften (S. 143—147) verliehenen Immunitäten. Diese Inhaltsübersicht zeigt zugleich, wieweit sich das Thema des vorliegenden Buches mit dem von Böckh's classischem Werke über die Staatshaushaltung der Athener deckt, wieweit nicht. Im Folgenden sollen nun die wichtigeren Fragen, die der Verf. übereinstimmend mit dem Altmeister, und die, welche er abweichend beantwortet, zusammengestellt werden.

I. Böckh's Behauptung, dass die von Xenophon erwähnte Sklavensteuer nicht etwa eine Abgabe für Einfuhr und Kauf von Sklaven, sondern eine jährliche für die Sklaven von ihren Herren zu entrichtende Kopfsteuer war, wird (namentlich durch treffende Bemerkungen über Xenoph. de vectig. I 7) fester begründet (S. 1 bis 3) und eine unhaltbare Meinung Zurborg's abgelehnt (S. 3 Note 2). Ebenso wird (S. 6 ff.) Böckh's (und Köhler's) Ansicht über die Kaufsteuer gegen Bake (und Hermann) vertheidigt, bes. auf Grund von C. J. A. I 277 und Stob. Floril. XLIV 22, welche Stelle vom Verf. anders als von Büchsenenschütz, zum Theil auch anders als von mir erklärt wird. Uebereinstimmend mit Böckh gegen Rodbertus u. A. äussert sich der Verf. über den Censusmodus zur Zeit Solons (S. 28 fg. 30, N. 3) und den zur Zeit des Nausinikos (S. 43 fg., wo namentlich aus Dem. XIV 27 argumentirt wird), sowie über den Begriff des *τίμημα* (gegen Bake) (S. 32 fg. mit Hinweisung auf Dem. XXVII 9 und XIV 19, 27); von besonderer Wichtigkeit ist die überzeugende Ausführung, dass — wie jener grosse Alterthumsforscher richtig erkannte — die *εἰσφορά* eine Vermögenssteuer, und nicht — wie Rodbertus, Schömann, Wachsmuth behaupten — eine Einkommenssteuer gewesen ist, wobei bes. Plato leg. XII 955 D verwerthet wird (S. 39 ff.). — In der Lehre von der Atelie wird auf die Erklärung von Dem. XIV 16 und insbesondere auf die Streitfrage nach dem Begriff von *κοινωνικά* und *ἀδύνατοι* in jener Stelle eingegangen (da solche Personen, die *κοινωνικά* besaßen oder *ἀδύνατοι* waren, zu den Wenigen gehörten, welche von der Trierarchie befreit waren). Und auch hier (S. 119 fg.) schliesst sich Thumser mit eingehender Begründung der Ansicht Böckh's an.

II. Doch fehlt es andererseits nicht an Punkten, auf welchen der

Verf. gegen die Autorität des von ihm bewunderten Meisters abweichende Auffassungen vertheidigt. So hält es der Verf. für unerwiesen und unwahrscheinlich, dass in älterer Zeit jemals den attischen Bürgern eine εἰσφορά in Friedenszeiten wäre auferlegt worden (S. 17 ff.); denn die Stelle, auf welche Curtius de port. Ath. S. 47 ff. unter Zustimmung von Böckh (S. 620 in und bei N. b, und S. 676 vor N. a) die gegentheilige Behauptung gründen will, bezog sich nur auf Metöken; und es ist gewiss auch wahrscheinlicher, dass man in den Fällen eines ausserordentlichen Bedarfes denselben durch freiwillige Leistungen (ἐπιδόσεις) zu decken versuchte (Thumser S. 18 und S. 99 N. 5). (Da die Kriegssteuer nur nach vorher gewährter ἄδεια beantragt werden durfte, so wird in diesem Zusammenhang auch die Bedeutung von ἄδεια untersucht.) — Die herrschende Ansicht nimmt zufolge einer Angabe des Scholiasten Ulpian an, dass jede Phyle 120 Symmoriten als die Reichsten aus ihrer Mitte namhaft gemacht hätte. Dagegen wendet der Verf. mit Recht ein, dass dann nothwendiger Weise viele Symmoriten ärmer gewesen wären, als Mancher nicht in die Symmorien Eingeschriebene, und es galt doch die reichsten Bürger heranzuziehen; „ante omnia enim non per tribus Athenienses tributa imperasse tenendum est“ (S. 49 fg. N. 2). Also nicht um das handelte es sich, ob Jemand zu den 120 Reichsten seiner Phyle, sondern ob er zu den 1200 Reichsten unter allen attischen Bürgern gehörte. Damit stimmt auch, dass dort, wo die Verpflichtung zur Trierarchie in Frage kam, Angehörige verschiedener Phylen einander auf Vermögenstausch belangen konnten (S. 65 fg. N. 8). Thumser nimmt an (S. 49 fg. N. 2), dass eben mehr als 120 von jeder Phyle namhaft gemacht wurden und es dann den Strategen überlassen blieb, die 1200 Reichsten auszusuchen. Ebenso seien die Namen der 300 zur προεισφορά Verpflichteten von den Strategen einer grösseren Liste entnommen worden, welche von den Demen oder aber (zur Zeit des Demosthenes) von der βουλή aufgestellt wurde. Die Worte ὑπὲρ τῶν δήμοτων τοῦς βουλευτάς etc. in Dem. L 8 versteht Th. (S. 58) so: „munere, quod alias pagani subierant (nämlich Aufstellung der betreffenden Listen), tum senatus fungi iussus est“. Auch die Worte ἐν τριταῖς δήμοις erklärt er anders als Böckh (nämlich nicht „von 3 Demen“, sondern „in 3 Gauen“). — Auch hinsichtlich der Syntelien und des Vertheilungsmodus der Trierarchie seit den Symmorien ist Th. anderer Ansicht als Böckh.



Nachdem er sich über Inscr. naut. Xe und über Harpocrat. s. v. *συμμορία* abweichend ausgesprochen (S. 66 ff.), bestreitet er S. 69 ff. die Vorstellung, als ob die Angabe, dass bald mehr, bald weniger Personen zusammen eine Triere auszurüsten verpflichtet waren, mit der grösseren oder geringeren Zahl der benöthigten Kriegsschiffe zusammenhinge; vielmehr seien die zur Trierarchie Verpflichteten in verschiedene Classen eingetheilt gewesen, in deren jeder eine andere Zahl zu einer Syntelie vereinigt war, indem wenige sehr Reiche zusammen ebensoviel leisten konnten und mussten, als mehrere weniger Reiche. — Ferner behauptet der Verf., dass auch nach Demosthenes' Gesetz gewisse Vermögensansätze (wie zuvor) von der Trierarchie frei blieben, während Böckh annimmt, dass seit Demosthenes alle zur *εἰσφορά* Verpflichteten auch zur Trierarchie herangezogen wurden. Von der Hestiasis sucht der Verfasser nachzuweisen, dass sie wie die Choregie und Gymnasiarchie nicht eine Leistung an die Phylen, sondern an den ganzen Staat war, wobei er sich auf Dem. XXXIX 7, XX 21, XXI 13 stützt; beachtenswerth ist auch die Zusammenstellung der Feste (S. 83 fg., 88 fg., 90, 95), an denen diese Liturgien und die Architheorie zu leisten waren. Ziemlich allein steht der Verf. mit der (von Schäfer nur kurz angedeuteten) Ansicht, dass Demosthenes' Rede gegen Leptines sich, wie des Letzteren Gesetz, nur auf die Atelie von den enkyklischen Liturgien, nicht auf die Atelie von allen Leistungen bezog, weshalb sie auch bei der Frage nach der Atelie von den Handelszöllen ausser Betracht bleiben müsse. Auch in der Darstellung der gesetzlichen Atelie von der Trierarchie weicht der Verf. theilweise von Böckh ab (S. 133 fg.). Damit sind die wichtigsten, aber nicht alle Punkte angedeutet, an denen der Verf. von Böckh und anderen gelehrten Vorgängern abweicht. Der Referent hält sich nicht für competent, zu entscheiden, ob in allen diesen Abweichungen ein Fortschritt enthalten ist; in der Mehrzahl der Fragen scheint es ihm allerdings der Fall zu sein.

Aber nicht bloss dort, wo der Verf. polemisirt, enthält sein Buch Neues und Beachtenswerthes. So mache ich aufmerksam auf das, was über die Begriffe Liturgie (S. 25 fg., 53 fg.) und Atelie (S. 108 fg.) beigebracht, was über die Ertheilung der Atelie, dann über die von den Phylen und Demen gewährte Atelie gesagt wird, zu geschweigen der Erklärungen einzelner Stellen, wie von C. J. A. II 86, 570, C. J. Gr. 1565 (S. 112 fg., 117 A. 2, S. 144 fg.).

Obwohl die Arbeit ex professo attisches Staatsrecht behandelt, so fehlt es nicht an Ausblicken auf das Recht anderer griechischer Staaten; s. z. B. die Nachweisungen hinsichtlich der Einfuhr-, Hafens-, Kauf- und Kriegs-Steuern (in den Noten auf S. 5, 6, 16), hinsichtlich der Liturgien (S. 52 N. 1), insbesondere aber die mit bewunderungswürdigem Fleisse und seltener Quellenkenntniss gemachte Zusammenstellung betreffend die Atelie in ausserattischen Staaten (S. 110—116). Den Schluss bildet ein index locorum und ein index rerum.

Es wäre zu wünschen, dass der Verf. durch eine breiter gehaltene deutsche Umarbeitung sein Buch einem weiteren Leserkreis zugänglich machen würde, wobei die Beweisstellen nach Thunlichkeit in die Noten verwiesen werden müssten. Und eine solche Umarbeitung ist auch deshalb zu wünschen, weil die vorliegende Darstellung nicht nur sehr knapp, sondern wohl auch hie und da etwas schwerfällig ist; namentlich ist das Einschalten langer Quellencitate mitten in einen Satz recht störend. Diese formellen Gebrechen treten aber zurück gegenüber dem reichen und wohlgedachten Inhalt und werden keinen billig denkenden Beurtheiler abhalten, dem jungen Gelehrten ein „macte virtute esto!“ zuzurufen.

Wien, im October 1880.

**F. Hofmann.**

---

**Vargha, Dr. Julius.** Die Vertheidigung in Strafsachen, historisch und dogmatisch dargestellt. Wien, März 1879, 833 Seiten.

Die nach den Grundsätzen des reformirten Strafprocesses ausserordentlich weitgreifende Bedeutung der Vertheidigung in Strafsachen kommt in diesem grossartig angelegten, trefflich durchgeführten Werke zur vollsten Geltung. Nach einer, namentlich für die ältere Zeit der Kulturvölker ausführlichen Darlegung der Stellung der Vertheidigung (1. Theil S. 3—266), geht der Herr Verfasser in dem 2. Theile seiner Arbeit, in der dogmatischen Darstellung, welche vornehmlich das österreichische und deutsche Strafprocessrecht in Vergleich stellt, davon aus, dass das Wesen des reformirten Processes in der consequenten

Durchführung des einen grossen Hauptgrundsatzes beruhe, dass der Angeschuldigte aus einem Processobjekt zu einem Processsubjekte erhoben werde, während der Kern dieses, wie jedes Strafprocesses, gebildet werde durch die logische Prüfung der direkt oder indirekt aufgestellten These: der Beschuldigte sei strafbar — eine These, deren Wahrheit nur durch Erforschung der für und wider sie sprechenden Gründe erkannt werden kann. Die Rolle des nach Wahrheit strebenden Widerspruchs fällt der Vertheidigung zu. Gegenüber dem in der Anlagethese liegenden Angriff ist sie Nothwehr und hat in beiden Beziehungen Anspruch auf Freiheit. Sehr ansprechend ist, neben den Aeusserungen über Parteiöffentlichkeit, namentlich das über Schutz gegen Eröffnung des Hauptverfahrens Gesagte, wobei, gegenüber den angeblich nicht befriedigenden Ergebnissen des in Oesterreich bestehenden Einspruchverfahrens, eine auf Verlangen des Beschuldigten vor einer Anklagejury oder einem Anklagehofe anzustellende Verhandlung befürwortet wird. Hier dürfte wohl durch Gewährung der Parteiöffentlichkeit allen billigenswerthen Rücksichten Rechnung getragen werden können. Sehr werthvoll erscheint die weitere Durchführung des Satzes, dass die Vertheidigung in formeller Beziehung als das alter ego des Angeklagten aufzufassen ist, wodurch einige Streitfragen eine andere, als die gegenwärtig noch beliebte Lösung finden, vor Allem aber der Nachweis, dass die freie Beweiswürdigung auch bezüglich der Strafwürdigkeit anerkannt werden muss, da die Individualität des Thäters und des Falles sich der Beurtheilung des Gesetzgebers entzieht, weil letzterer lediglich die Nothwendigkeit der Strafdrohung entscheiden kann, während der Richter die Nothwendigkeit der Strafanwendung im konkreten Falle zu prüfen hat (S. 467—514). Damit steht eine etwas veränderte Auffassung des Begnadigungsrechts (§. 822 ff.) im Zusammenhang. Den trefflichsten Dienst werden dem Praktiker, der auch das Frydman'sche kurz vorher erschienene Werk mit Nutzen zu Rath ziehen wird, die höchst gründlich bearbeiteten Abschnitte über die einzelnen Beweisarten, die Vertheidigung vor Behörden, Schwurgericht, gegenüber der Oeffentlichkeit leisten. Aber auch der Theoretiker wird aus vielen kommentirenden Bemerkungen um so mehr Vortheil ziehen, als eine wirkliche in diesem Umfange seltene Bekanntschaft mit Literatur, Gesetzgebung und Kulturzuständen verschiedener, auch der slavischen Völker, vieles neue Material der Prüfung und Verwerthung zugänglich gemacht hat.

Alle werden nach Studium dieses mit grosser Liebe für den Gegenstand geschriebenen Werkes von der Würde eines achtbaren, unabhängigen Advokatenstandes sich überzeugt halten, eines „ordre aussi ancien que la magistrature, aussi noble que la vertu, aussi nécessaire que la justice“ — eines Standes, dessen Mitglieder, den Richtern als Bundesgenossen zur Seite gestellt, zur Förderung menschlichen Wohls gewissenhaft beizutragen bestrebt sind.

**Teichmann.**

---

## Miscelle.

**Die organische Staatstheorie des Paulus bei holländischen und deutschen Rechtslehrern.** Eine Berichtigung von Herrn Advokat J. A. Levy in Amsterdam.

Auch Citate haben ihr Schicksal. Wie jene „ewige Krankheit“, von der der Dichter spricht, erben auch sie sich fort mit ihren Druckfehlern und Missverständnissen von Autor zu Autor, von Nation zu Nation.

Seltsamer aber dürfte es kaum jemals einem juristischen Citat ergangen sein, als einem Wort des Paulus, das aus seinem Zusammenhange herausgerissen und mit einem Ausspruch des Hugo Grotius verquickt zur Annahme einer organischen Staatstheorie des Paulus geführt hat und dieser Annahme noch heut zum alleinigen Stützpunkt dient.

In Wahrheit handelt es sich um die vielbesprochene l. 23 § 5 D. VI, 1. Bekanntlich erörtert Paulus in jenem Fragment die Statthaftigkeit der Vindication von Sachgesammtheiten und von zusammengesetzten Sachen. Er versagt die Vindication für den letzteren Fall (in cohaerentibus corporibus) und motivirt dies unter Exemplificirung auf die Anschweissung eines Armes an eine fremde Statue wie folgt:

„nam si st̄atuae meae brachium alienae st̄atuae addideris, non posse dici brachium tuum esse, quia tota st̄atua uno spiritu continetur.“

Dieser Schlusssatz der rein privatrechtlichen Stelle oder correcter die beiden Worte „uno spiritu“, sie sind es, an die das staatsrechtliche Missverständniß sich geheftet hat und zwar durch Vermittlung,

wenn auch ohne eigentliche Mitschuld des Hugo Grotius. In seinem klassischen Werke behandelt nämlich Grotius Buch II, cap. 9 das Erlöschen der Staatsgewalt und zwar bei Wegfall des Inhabers jener Gewalt. Wie mit dem Tode des ohne Verwandten ab intestato Sterbenden alle seine Rechte erlöschen, wie dasselbe gelte, wenn eine Familie, der ein Recht zugestanden, ausstirbt, so sei es auch bei einem Volke. Hierauf fährt Grotius wörtlich fort:

„Dixit Isocrates, et post eum Julianus imperator, civitates esse immortales, id est esse posse, quia scilicet populus est ex eo corporum genere, quod ex distantibus constat, unique nomini subjectum est, quod habet ἕξιν μίαν, ut Plutarchus; spiritum unum, ut Paulus Ictus loquitur.“

Von dieser Stelle gehört dem Paulus nichts an, als eben jenes „spiritum unum“, das aus unserer l. 23 § 5 D. VI, 1 und nirgends anders woher stammt. Grotius und sein Annotator Barbeyrac deuten zum Ueberfluss selbst auf jenes Pandektenfragment hin. Grotius hat eben nur nach seiner bekannten Manier die beiden in ganz anderem Zusammenhang gebrauchten Worte des Paulus „spiritu uno“ in seinen aus aller Herren Länder zusammengewürfelten Satz und nicht einmal ganz unverändert herübergenommen; er hat, auch wiederum nach seiner Art, für jedes entlehnte Wort seine Quelle, seinen Gewährsmann angegeben.

Bei der Fassung des citirten Satzes des Grotius lag die Gefahr nahe, Paulus für den ganzen Satz als mitverantwortlich zu erachten. Und in der That sind die deutschen Staatsrechtslehrer, welche doch sonst um ihrer Gründlichkeit willen und mit Recht gerühmt werden in diesen allerdings entschuldbaren Irrthum verfallen<sup>1)</sup>.

Zum Beweise könnten wir eine ganze Reihe höchst verdienstvoller deutscher Autoren anführen. Wir beginnen, ubi plura nitent in carmine, bei dem Altmeister Bluntschli.

Bluntschli behandelt in seiner Gesch. des Allg. Staatsrechts

---

<sup>1)</sup> Auch der deutsche Uebersetzer, v. Kirchmann, ist durch seine etwas freie Uebertragung in den nämlichen Fehler verfallen. Er schliesst p. 370 den qu. Passus mit den Worten: „nach Plutarch hat das Volk einen Sinn und nach dem Rechtsgelehrten Paulus eine Seele.“

und der Politik (1867) die Frage über den Antheil, der den Römern an der Auffassung des Staates als einheitlicher Organismus gebühre, und bemerkt hiebei p. 68: „Aristoteles hatte den Staat als Einheit erkannt und mit Nachdruck betont, dass, wie das Ganze vor den Theilen sei, so auch in der Idee der Staat vor den Bürgern, seinen Theilen. Ohne diese Erkenntniss ist eine wissenschaftliche Begründung des Staatsrechts nicht möglich. Man kann nicht sagen, dass diese Einsicht Grotius so vollständig fehle, wie einem grossen Theile seiner Nachgänger. Er führt billigend ein Wort des Juristen Paulus an, der dem Volke einen einheitlichen Geist zuschreibt.“

Dieses dem Paulus zugeschriebene Wort wird in aller Breite bei Merkel erwähnt. In einem Aufsatz desselben lesen wir: „Diese Auffassung des Volkes als eines selbstständigen Wesens von „(im Verhältniss zu den Einzelnen) relativer Unsterblichkeit ist uralt, „und findet in dem gemeinen Sprachgebrauch, welcher jenem alle „menschlichen Qualitäten und eine eigene Geschichte zuerkennt, einen „mannigfachen Ausdruck. Eine Formulirung derselben findet sich „u. A. in folgenden häufig citirten Worten des Paulus: . . . . . civi- „tates esse immortales, quia scil. populus est in eo cor- „porum genere, quod ex distantibus constat, unique „nomine subjectum est, ut habet εἶν μίαν, ut Plutar- „chus, aperitum unum“<sup>2)</sup>.

Ganz in demselben Sinne argumentirt der jüngste Geschichtschreiber der organischen Staatstheorie, A. Th. v. Krieken. Er spricht über „die Anschauung, dass der Staat ein einziges beseeltes Lebewesen oder ein „Organismus“ sei und benutzt zu diesem Zwecke“ die bei Grotius II. 9. 3. allegirte Stelle des „Paulus“, welche er wörtlich abschreibt<sup>3)</sup>. Von da wandert der Paulus dieses Mal ohne die Gesellschaft des Grotius zu einem Aufsätze Gierke's. Dieser sagt: „Mit diesem Gedanken, der dann im griechischen wie römischen Alterthum öfter wiederholt wird (am klarsten bei Paulus) [folgt

---

<sup>2)</sup> Dr. A. Merkel. Ueber den Begriff der Entwicklung in seiner Anwendung auf Recht und Gesellschaft in Grünhut's Zeitschr. f. d. Privat- und öffentl. Recht der Gegenwart. Bd. IV, Heft 1, S. 9.

<sup>3)</sup> A. Th. van Krieken. Ueber die sogenannte organische Staatstheorie (Leipzig 1873), S. 20, Note 2.

wörtlich die Stelle], ist in der That das unzerstörbare Fundament der organischen Staatstheorie gelegt<sup>4)</sup>!“

Doch genug der Beispiele! hoffen wir, dass wenigstens fürderhin Paulus aus den Schriften der Staatsrechtslehrer verschwinde. Nicht vom Staate, sondern von einer Statue hat Paulus die Metapher „spiritu uno“ gebraucht; nur durch ein Missverständniss der Leser des Grotius ist Paulus unter die Bekenner der organischen Staatstheorie gerathen!

Amsterdam, Dezember 1879.

**J. A. Levy.**

---

<sup>4)</sup> O. Gierke. Die Grundbegriffe des Staatsrechts und die neuesten Staatsrechtstheorien in der Tübinger Zeitschr. f. d. ges. Staatsw., Bd. XXX (1844), S. 270.

---



## VI.

# Rechtshistorische und rechtsvergleichende Forschungen.

Von

Prof. Dr. **Kohler** in Würzburg.

### 1) Indisches Obligationen- und Pfandrecht <sup>1)</sup>.

#### § 1.

Das Obligationenrecht eines Volkes ist der Prüfstein seines rechtlichen Verkehrs, der Gradmesser seiner juristischen Entwicklung. Denn, wie der Verkehr zum Obligationenrecht drängt, so vergeistigt und verfeinert sich mit dem Obligationenrechte wieder das Recht selbst, sein Organismus schmiegt sich den innigsten Beziehungen an, welche das obligatorische Leistensollen zwischen zwei Personen annehmen kann: das Obligationenrecht ist der Superlativ des sociologischen Processes,

---

<sup>1)</sup> Ueber die im Folgenden citirten indischen Gesetz- und Rechtsbücher vgl. West and Bühler, Digest of Hindu law p. XI fg., Mayne, Hindu law and usage p. 12 fg., Vishvanâth Nârâyan Mandlik, the Vyavahâra Mayûkha (Bombay 1880) p. XVII fg. 275 fg., Jolly in dieser Zeitschrift I S. 238 fg., Führer, Darstellung der Lehre von den Schriften in Brihaspatîs dharmasâstra, meine Abhandlung in der Münchener krit. Vierteljahrschrift N. F. IV S. 5 fg. Bekanntlich sind die Gesetzbücher theils Prosawerke, theils in Versen. Von ersteren sind Âpastamba und Gautama nach der Uebersetzung Bühler's in Max Müller's Sacred books of the East Bd. II, Vishnu nach der Uebersetzung Jolly's, ebenfalls in den Sacred Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft. III. Band.

welcher durch die Coexistenz der Menschen innerhalb derselben Bedürfnissbefriedigungszone immer und immer von neuem erzeugt wird, der Superlativ der Rechtsbildung. Dass auch dieses Obligationenrecht aus den rohesten Anfängen herausgewachsen ist, kann nach allen rechtshistorischen Analogieen keinem Zweifel unterliegen; umso weniger, als wir die deutlichsten Spuren der Entwicklung noch vor uns haben, sowohl was die Entstehungsgründe der Obligation betrifft, als was die Gradation, Stärke und Widerstandsfähigkeit des obligatorischen Solls gegenüber den ihm entgegnetretenden, lösenden und befreienden Postulaten des Rechts betrifft. Die Rechtsgeschichte hat uns gezeigt, wie die Obligation von dem Realvertrag begonnen hat, wo die eine Gabe die andere provocirte; aber auch der Realvertrag ist nicht der erste Ausspruch der Rechtsordnung, nicht der erste Wurf des Rechtsgefühls, die erste Manifestation der juridischen Entwicklung gewesen. Vielmehr ist die Entwicklung zurückzuverfolgen in eine Zeit, wo bei den Umtauschverträgen ein jeder Theil gegen Rückleistung des Empfangenen zurücktreten konnte, — aber das Zurücktreten ein sühnbares Delikt war. Das Gebundensein an die

---

books of the East Bd. VII citirt. Von den Çāstras ist Manu nach der Uebersetzung von Jones, Hüttner, Yājñavalkya nach der Uebersetzung und Ausgabe von Stenzler (1849), Nārada nach der Uebersetzung von Jolly (London 1876) allegirt. Andere Smritis, welche, wie Brihaspati, Kātyāyana, Vyāsa, ganz oder grösstentheils verloren sind und nur aus den Citaten indischer Rechtsbücher reconstruirt werden können, sind citirt nach dem bekannten Werke von Jagannātha Tercapanchānana, Digest of Hindu Law on contracts and successions with a commentary, translated from the Original Sanscrit by Colebrooke (Calcutta-London 1801), oder nach der Vyavahāra Mayūkha in der oben citirten Uebersetzung von Mandlik. Zu dem Ganzen vgl. auch Jolly, über das indische Schuldrecht, in den Abh. der Bayer. Akad. d. Wissensch., philologisch-historische Klasse 1877 S. 287—323. Indem ich die Arbeit in Druck gebe, spreche ich meinem ehemaligen Lehrer des Sanskrit und jetzigen Collegen Lexer, der mich vor Jahren zu diesen Arbeiten ermunterte, und meinem Collegen Jolly, der mir stets mit Rath und That behülflich war, meinen besten Dank aus.

Norm ist auch hier zuerst in der Form der Strafe gegen die Zuwiderhandlung aufgetreten; wie es *leges imperfectae* gegeben hat, so waren die *contractus* zuerst *contractus imperfecti*, bevor sie *contractus perfecti* waren. Die Strafe wurde immer höher, je länger die Zeit war, welche seit der gegenseitigen Leistung verstrichen war; zuletzt so hoch, dass nach Ablauf einer bestimmten Frist der Vertrag faktisch einem unauflösbaren gleichstand. Später wurde diese faktische Unauflöslichkeit zur rechtlichen Unauflösbarkeit, indem zuerst nur noch innerhalb einer bestimmten Frist gegen ein mehr oder minder hohes Sühnegeld vom Realvertrag zurückgetreten werden konnte, zuletzt auch nicht einmal mehr innerhalb dieser. Dieselbe Entwicklung hat der Consensualvertrag mit Arrha durchgemacht, indem zuerst gegen Verlust der Arrha vom Vertrage abgegangen werden konnte, bis später der Vertrag mit Arrha gerade so fest war, wie der Vertrag mit effektiver Leistung.

Für diese Entwicklung bietet das indische Recht nicht die einzigen Belege, aber es bietet schon an sich hinreichende Belege, um sie ausser Zweifel zu setzen. Nach *Manu VIII 222* kann der Käufer wie der Verkäufer innerhalb 10 Tagen ungeahndet zurücktreten, wer später zurücktritt, büsst dem König 600 Panas. Nach *Nârada IX 2. 3* kann der Käufer am gleichen Tage ungestraft zurückgehen, am zweiten Tage nur gegen Verlust des 30. Theils des Preises, am dritten nur gegen Verlust des 15. Theiles, am vierten ist der Rücktritt ausgeschlossen, ausgenommen gewisse Gegenstände, für welche eine längere Probefrist bestimmt ist, *ib. IX 5. 6*. Nicht zulässig ist der Rücktritt, wenn der Käufer die Sache vorher erprobt, und nach bestandener Probe gekauft hat, *Nârada IX 4*; überhaupt wird der Rücktritt bei einem Geschäftsmanne nicht gerne gesehen, *ib. IX 16*. Nach *Yâjnavalkya II 258* hat der Kaufmann, welcher den Kauf rückgängig macht,  $\frac{1}{6}$  des Preises als Strafe zu zahlen, ebenso nach *Bhrigu bei Jagannâtha II 3 ch. 3 nr. 8 p. 311*; nach *Kâtyâyana*, bei *Jagannâtha ib. nr. 8*

p. 311 und nr. 25 p. 322,  $\frac{1}{10}$ . Dass das Rücktrittsrecht nicht bloss dem Käufer zusteht, sondern auch dem Verkäufer, beweist ausser Manu auch Kâtyâyana a. a. O.

Wie ein erfüllter Umsatzvertrag mindestens nach Ablauf einer kurzen Probefrist nicht mehr ungestraft rückgängig gemacht werden kann, so auch nicht ein Umsatzvertrag, für welchen bereits ein Handgeld bezahlt ist; derjenige, welcher die Arrha bezahlte, soll die Arrha verlieren, der Empfänger das Doppelte ersetzen. So Yâjnavalkya II 61, so Vyâsa bei Jagannâtha II 3 ch. 3 nr. 36 p. 327. Ja, Kâtyâyana ib. II 3 ch. 3 nr. 26 p. 323, ist bereits zu dem Satze gelangt, dass bezüglich der bindenden Kraft des Vertrags die Vertragsausfertigung der Erfüllung gleichstehe: hier soll die Rücktrittsfrist von der formellen Vertragssolennisirung datiren.

Aehnlich, wie bei Umsatzverträgen, ist auch bei Dienstverträgen die verbindliche Kraft des Contrakts etwas gelockert, aber diese losere Knüpfung des Obligationenbandes ist hier nicht nur eine Unvollkommenheit alter Zeit, sondern sie ist in gewissem Grade ein Postulat der Lebensverhältnisse aller Zeiten, so dass sie bis in die entwickeltsten Kulturstadien hinein fort dauert. Bei Dienstverträgen pflegt nämlich dem Dominus, gegen Zahlung eines Abschlaggeldes, während einer bestimmten Periode der Rücktritt vom Vertrage zugelassen zu werden. Kein Rücktritt ist es, wenn, wie im a. 1794 des französischen Code civil zugelassen ist, der Dominus das vertragsmässig projectirte Opus nicht machen lässt, aber dem Arbeiter soviel zahlt, als dieser vertragsmässig bezöge, wenn er die Arbeit geleistet hätte <sup>2)</sup>, da ja hier nur das besondere eintritt, dass der Dominus die Dienstleistungen des Arbeiters nicht annimmt, — zur Annahme der Leistungen aber ist Niemand verpflichtet, — während er seinerseits alles zahlt, was ihm zur

<sup>2)</sup> Wobei noch dasjenige abzurechnen ist, was durch die Unterlassung des Opus an direkten Auslagen erspart wurde. Vgl. hierüber meine Abhandl. über Annahme und Annahmeverzug in Ihering's Jahrb. XVII S. 276 fg.

Zahlung vertragsmässig obliegt. Wohl aber ist es ein Rücktritt, wenn der Dominus das vertragsmässige Opus aufgeben kann gegen eine geringere, als die vertragsmässige Zahlung, gegen Zahlung eines Abschlaggeldes, einer Fautsumme; denn hier entledigt sich der Dominus, indem er die Abschlagssumme bezahlt und den Arbeiter von der Arbeit entlässt, von dem übrigen Preis, den er vertragsmässig zu zahlen hätte. Dass unter Umständen eine solche Berechtigung des Dominus den Lebensverhältnissen entspricht, habe ich in der cit. Abhandl. S. 370 fg. gezeigt; schon längst ist dies im Seerecht anerkannt worden: die Rechtssätze von der Fautfracht und von dem Ristornogelde sind nichts anderes, als Ausflüsse des erwähnten rechtlichen Gedankens.

Dieser Gedanke ist denn auch im indischen Rechte vertreten. Nach Yâjnav. II 198 kann der Frachtherr vom Frachtvertrage zurücktreten gegen Zahlung von  $\frac{1}{7}$  des Frachtlohnes, wenn er bei der Abreise, und von  $\frac{1}{4}$ , wenn er auf der ersten Hälfte des Weges zurücktritt; nachher hat er den gesamten Frachtlohn zu zahlen<sup>3)</sup>. Nach Nârada VI 7 kann, wer Fuhrwerke oder Zugthiere zur Reise miethet, vor angetretener Reise gegen  $\frac{1}{4}$  des Miethpreises zurücktreten. Nach Vriddha Manu bei Jagannâtha II 3 nr. 90 p. 277 hat der Kaufmann, welcher die von dem Frachtführer zu transportirende Waare unterwegs verkauft, dem Transportanten den Lohn für

---

<sup>3)</sup> Indische Commentare verstehen diese Stelle missverständlich von dem Arbeiter, welcher seine Dienste verweigert, und kommen dadurch in Widerspruch mit andern Stellen, welche eine solche Weigerung ganz anders behandeln. Der Text ist nach Stenzler: prakrânte saptamam bhâgam çaturtham pathi santyajam bhrtim ardhapathe sarvâm pradâpyastyâjako 'pica, also: „bei Beginn den siebten Theil, den vierten, wer auf dem Wege sich lossagt, den ganzen Lohn muss geben, wer auf dem halben Wege, ebenso auch wer entlässt“ — es ist die Rede vom Frachtherrn, welcher unterwegs vom Frachtvertrag abgeht, und vom Reisenden, welcher unterwegs einen anderen Bediensteten entlässt. Vgl. auch die Uebersetzung von Stenzler S. 73.

den zurückgelegten Weg und die Hälfte des Lohnes für den noch rückständigen Weg zu entrichten.

Die Stärke der obligatorischen Gebundenheit ist noch an einem andern Verhältnisse zu messen: dem Uebergang der Schuld auf die Erben; so gehen insbesondere Schulden, welche eine geringere Berücksichtigung verdienen, wie Spielschulden, Schulden für geistige Getränke, nicht auf die Erben über, ebenso Schulden, welche unter dem Einflusse sinnlicher Neigungen contrahirt worden sind, sodann Geldstrafen und gewisse Arten von Bürgschaft, *Gautama* XII 41, *Manu* VIII 159, *Yājñav.* II 47, *Brihaspati* bei *Jagannātha* I 201 p. 305, *Vyāsa* ib. I 203 p. 307. Manche Schulden sind von den Erben der ersten Generation zu entrichten, nicht von denen der zweiten und dritten, wie dies unten bei der Bürgschaftsschuld näher auszuführen ist, welche ja allüberall erst spät vererblich wurde. Im Uebrigen kommen hier so wesentliche erbrechtliche Momente in Betracht, an welchen sich die Obligation mit dem Tode des Schuldners bricht, dass diese Lehre füglich dem Erbrechte vorzubehalten ist.

## § 2.

Das ethische Moment des Rechts<sup>1)</sup> ist nirgends stärker ausgeprägt, als im Kreis der Obligationen; dass die Wahrung des Rechts eine sittliche Pflicht, dass die Erfüllung der Rechtspflicht zugleich eine sittliche Forderung ist, dass, wer das Recht verweigert, sich nicht nur vor dem Forum des *jus civile*, sondern auch vor dem internen Forum des sittlichen Gewissens verantwortlich macht, ist eine Wahrheit, welche namentlich da hervorbricht, wo nicht bloss zufällig und von nebenher, sondern gerade *principaliter* das rechtliche Soll, die

---

<sup>1)</sup> Die Frage über die Behandlung von Zwang, Betrug und Error, welche in Indien gleichfalls kräftig entwickelt ist, vgl. z. B. *Manu* VIII 165, *Nārada* IV 8, *Kātyāyana* bei *Mayūkhā* c. IX *Mandlik* p. 124, bleibt, als dem allgemeinen Theil des Civilrechts angehörig, hier ausser Betracht.

rechtliche Pflicht waltet, wo das ganze Recht von dem Pulschlage des Pflichtgebotes seine Nahrung, seine Stärkung, sein Gedeihen und Wachsthum erhält: so gerade im Obligationenrecht. Hier äussert sich das Pflichtgebot durch die Bestrafung des Vertragsbruches, welche theils direkt, theils indirekt durch die Massnahmen des Vollstreckungsverfahrens, erzielt wird. Nur dasjenige Recht ist ein gesundes, welches diese sittliche Tendenz versteht, welches im Obligationenrecht nicht nur das materielle Ergebniss, das Geldmoment, sondern auch den ethischen Gehalt, die Heiligkeit des gegebenen Wortes berücksichtigt. Und fürwahr, das moderne Obligationenrecht hat lange Zeit eine bedenkliche Neigung gezeigt, in einen öden Materialismus, dem jede sittliche Federkraft mangelt, herabzufallen, bis die dunkeln Schatten einer düstern Zukunft uns warnend zur Rückkehr gemahnt haben. Es ist dem indischen Rechte hoch anzuschlagen, dass es diese sittliche und sittlichende Wirkung des Obligationenrechts in der kräftigsten Weise herangebildet hat<sup>2)</sup>. Schon im Allgemeinen spricht Vishnu V 178 eine Geldstrafe gegen denjenigen aus, welcher sein Versprechen nicht erfüllt<sup>3)</sup>. Reichhaltig sind die Bestimmungen im Einzelnen.

Wer wissentlich eine verkaufte Sache nochmals verkauft, büsst das Doppelte, Yâjnav., II 257, Nârada VIII 8, und dazu Jagannâtha II 3 ch. 3 nr. 32. 33 p. 326.

---

<sup>2)</sup> Diese Seite des indischen Rechtes ist bereits richtig betont bei Sickel, die Bestrafung des Vertragsbruches S. 4 fg.

<sup>3)</sup> Dass die Inder ein starkes Rechtsgefühl hatten, bestätigt auch der berühmte chinesische Reisende des 7. Jahrh. Hiouen-thsang. In den mémoires sur les contrées occidentales (übersetzt von Stan. Julien 1857 I p. 83) heisst es nach der bezeichneten französischen Uebersetzung: Quoique les Indiens soient d'un naturel léger, ils se distinguent par la droiture et l'honnêteté de leur caractère. — — Ils ne se livrent point au dol ni à la fraude et confirment leurs promesses par des serments. La droiture est le trait dominant de l'administration. — — Vgl. auch Marco Polo (übersetzt von Bürck 1845) S. 545. 554.

Damit gewinnt die Auffassung Ihering's, Geist des R.R. III 139, von der pönalen Natur der *actio auctoritatis* des römischen Rechts (Paulli Rec. Sent. II 17 § 1 und 3) eine kräftige Stütze. In gleicher Weise büsst derjenige, welcher etwas Verdorbenes als Unverdorbenes verkauft, vgl. die cit. Stellen und vgl. auch Vishnu V 124; ähnlich auch derjenige, welcher eine verkaufte Sache nicht liefert, nachdem der Preis bezahlt ist, Vishnu V 127. 128. Und wer die dem Einen verpfändete Sache noch einmal verpfändet, als ob sie frei wäre, erleidet Geldstrafe, nach Umständen selbst Leibesstrafe, Vishnu V 181—183.

Hauptsächlich aber ist es der Arbeitsvertrag, das Dienstverhältniss, bei welchem das Bedürfniss der Bestrafung des Vertragsbruchs mit überwiegender Energie zu Tage tritt; daher denn auch die zahlreichen Zeugnisse des deutschen Rechts auf diesem Gebiete, wie sie bei Sickel, die Bestrafung des Vertragsbruchs S. 96 ff., Löning, der Vertragsbruch im deutschen Recht S. 462, und Hertz, die Rechtsverhältnisse des freien Gesindes S. 73 ff., verzeichnet sind<sup>4)</sup>. So auch das indische Recht. Schon Âpastamba II 11, 28 § 2 erklärt, dass der Arbeiter, welcher bei der Ernte die Arbeit verlässt, ausgepeitscht werden soll; nach Brahma Purâna bei Jagannâtha II 3 ch. 4 nr. 15 p. 345 soll der Hirte, welcher die anvertraute Heerde im Stiche lässt, vom König gestraft werden; nach Vishnu V 153. 154 und Manu VIII 215 soll der Arbeiter, welcher seine Arbeit ohne gerechtfertigten Grund unterlässt, nicht nur seinen Lohn verlieren, sondern überdies in Geld büssen; nach Yâjnav. II 193 soll Derjenige, welcher die Arbeit aufgibt, seinen Lohn verlieren und noch dazu den gleichen Betrag zahlen, und wenn er den Lohn schon empfangen hat, denselben doppelt zurückgeben. So, oder ähnlich, Matsya Purâna bei Jagannâtha II 3 nr. 88 p. 276, Vriddha

---

<sup>4)</sup> Vgl. auch § 298 Reichsstrafgesetzbuch, § 81—83 der deutschen Seemannsordnung.



Manu ib. II 3 nr. 86 p. 275, Nârada VI 5, Brihaspati bei Jagannâtha II 3 nr. 71 p. 266 und nr. 75 p. 268, Kâtyâyana ib. nr. 74 p. 267. Besonders gilt dies von dem Transportfuhrmann, welcher den Transport nicht ausführt, oder gar die Sache unterwegs im Stiche lässt, Yâjnav. II 197, Nârada VI 6 und 8. Dass das gleiche Princip in Anwendung kommt bei dem öffentlichen Mädchen, welches nach Annahme des Geldes seine Dienste verweigert, vgl. Yâjnav. II 292, Nârada VI 18 und die Texte bei Jagannâtha II p. 280<sup>5)</sup>, erklärt sich aus der ganz verschiedenen socialen Stellung der Prostituirten in Indien und aus der ganz verschiedenen sittlichen Würdigung ihrer geschlechtlichen Beziehungen, welche Werthhaltung als ein charakteristischer Zug der indischen Lebensanschauung, in ihrem Gegensatz zu der occidentalen, am besten aus der indischen dramatischen Literatur, aus dem eben erwähnten Lustspiel Dhûrtasamâgama, und mehr noch aus dem eminenten Schauspiel Mricchakatika zu ersehen ist; denn die Hetäre Vasantasenâ gehört zu den lieblichsten Gestalten des indischen Theaters. Diese rechtliche Behandlungsweise beruht daher nicht etwa auf einer Misskennung des Satzes, dass die Kraft des Rechts niemals der Unsittlichkeit zu dienen habe: dieser Satz variirt eben in seinen Consequenzen, je nach den Anschauungen von der Sittlichkeit, von welchen das betreffende Volk in der betreffenden Kulturperiode erfüllt und getragen ist.

Ebenso wird aber auch umgekehrt der Dominus geahndet, welcher die Pflicht gegen den Arbeiter nicht erfüllt, insbesondere ihm seinen Lohn vorenthält, oder ihn krank auf dem Wege zurücklässt, Brihaspati und Kâtyâyana bei Jagannâtha II 3 nr. 93. 94 p. 279.

In diese Kategorie gehört auch der Rückgriff der Bürgen auf das Duplum, die actio depensi, welche unten in der Lehre von der Bürgschaft zu behandeln ist.

<sup>5)</sup> Vgl. auch das Lustspiel Dhûrtasamâgama, in das Italienische übersetzt von Marazzi, teatro scelto indiano II p. 222.

## § 3.

Wie das römische Recht, so hat auch das indische die Vertrauensstellung des Depositars mit besonderer Heiligkeit und besonderer Scheu umgeben; der Missbrauch dieser Vertrauensstellung ist infamirend, er wird den schlimmsten Verbrechen gleichgestellt. Der ungetreue Depositär steht nach Brihaspati bei Jagannâtha I 2 nr. 19 p. 416 dem Weibe gleich, welches seinen Mann beschimpft, und dem Manne, welcher seinen Sohn oder seinen Freund ermordet. Ein Depositum soll so treu gehalten werden, wie ein Sohn; wer ein Depositum treu hütet, ist am Verdienst dem gleich, welcher goldene Geräthe oder Kleider gibt!

Der Depositär, welcher das Depositum unberechtigterweise gebraucht, verfällt in Strafe, Yājñavalkya II 67, Nārada II 5; und wer das Depositum ableugnet oder nicht zurückgibt, kann dem Diebe gleich behandelt werden, er hat eine dem Werth der Sache gleichkommende Geldstrafe zu erlegen, Vishnu V 169. 170, Manu VIII 191. 192 (und hierzu der Kommentar von Kullūka), vgl. auch Nārada II 4. Aehnliches gilt vom Pfandgläubiger, welcher das Pfand nicht restituirt, trotzdem ihm die Schuld getilgt wird, Yājñav. II 62. Dieselbe Behandlung soll aber auch umgekehrt Derjenige erfahren, der ein Depositum einklagt, welches er niemals gegeben hat, Vishnu V 171.

Von dieser Haftung für Dolus pflegt die Rechtsentwicklung bei dem Depositum gradationsweise bis zu einer bestimmten Culpahaftung hinaufzusteigen, so dass der Depositär zunächst für die grösste, dann aber auch für einige mindere Culpa haftbar wird; während umgekehrt bei den Geschäftsverträgen, beim Commodat, bei der entgeltlichen Leihe, beim Transportvertrag und ähnlichem, wo der Empfänger die Sache in seinem eigenen Interesse aufsucht, dieser Empfänger ursprünglich in rein objektiver Weise, ohne Beschränkung, für das Periculum der Sache haftet, und ihm erst allmählig, zuerst in gewissen Fällen,

dann überhaupt, bei Nachweis der Schuldlosigkeit eine Exculpation gestattet und die Befugniss gegeben wird, die Haftung von sich abzulehnen: wie dort die Haftung zur Culpa hinauf-, so steigt hier die Haftung zur Culpa hinab; sie steigt hinab, sie knüpft sich an das Vorhandensein einer nachweislichen Culpa, — oft mehr, als es praktisch, als es mit dem Interesse des Verkehrs verträglich ist, so dass unser modernes Recht starke Neigung zeigt, die Haftung in Geschäftssachen wieder zu steigern und von der Culpa zu emancipiren — eine sehr berechtigte Neigung, — denn, ist auch das Schuldmoment ein wesentliches Moment in der Beurtheilung der Entschädigungsfrage, so ist es doch falsch, in demselben den einzigen entscheidenden Faktor zu erblicken und sämmtliche mitinfluirenden Faktoren der Entschädigungsfrage zu ignoriren. Jedenfalls aber ist eine schlanke Culpatheorie, wenn auch nicht das Ideal der rechtlichen Behandlung und nicht der „Weisheit letzter Schluss“, doch eine sehr hohe Stufe in der Entwicklung des Rechts, der Beweis einer mächtigen kulturellen Entwicklungskraft, einer hohen juristischen Begabung. Zu ihr ist, wie das römische, auch das indische Recht gelangt.

Der Depositar ist haftbar für Culpa, nicht für Casus, *Manu VIII 189*; grobes Verschulden scheint sogar dem *Dolus* gleichgestellt zu sein, vgl. die citirte Stelle von *Brihaspati*. Dass aber der Depositar, obschon in milderer Behandlung, für gewöhnliche Culpa haftet, beweist *Kâtyâyana I 2 nr. 27 p. 423*; jedoch wird diese Culpa mehr als culpa in concreto, denn als culpa in abstracto behandelt; denn bei Ausmessung derselben gilt es als eines der Hauptkriterien, ob dem Depositar bei gleicher Gelegenheit auch eigene Gegenstände untergegangen sind, so dass er, wenn dies der Fall ist, regelmässig von jeder Haftung freigegeben wird, *Nârada II 7*, *Brihaspati bei Jagannâtha I 2 nr. 23*, *Kâtyâyana ib. I 2 nr. 24 p. 421*. Dies ist nicht so zu verstehen, als ob hier der blosse Zufall, dass zugleich eigene Sachen verloren sind, das Ausschlaggebende wäre; vielmehr ist dieser Umstand nur ein

Symptom für das Verhältniss der Sorgfalt, welche der Depositar der eigenen und der fremden Sache gewidmet hat; wie dies auch aus Brihaspati bei Jagannâtha I 2 nr. 34 p. 429 hervorgeht, wo der Depositar für das zerstörte Depositum haftbar gemacht wird, falls er seine eigenen Sachen mit grösserer Sorgfalt behütet hat. Die Analogie zum deutschen Rechte, vgl. Stobbe zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts S. 219, Code civ. a. 1927, und auch zum römischen Rechte — in der Entwicklung, wie sie uns das fr. 32 depos. aufweist: *nec enim salva fide minorem is quam suis rebus diligentiam praestabit* — fällt in die Augen. Als ein für die Schuldfrage wesentlicher Umstand wird es angesehen, wenn der Depositar den Deponenten vor der bevorstehenden Gefahr verwarnt hat, Kâtyâyana bei Jagannâtha I 2 nr. 28 p. 424; woraus zu schliessen ist, dass unter Umständen die Nichtangabe von, auf die Sicherheit des Depositums wesentlich influirenden, Umständen eine Culpa, zwar nicht in der Aufbewahrung der Sache, wohl aber in der Abschliessung des Aufbewahrungsvertrages sein kann, welche den Depositar verantwortlich macht.

Wie soeben bemerkt, ist im indischen Rechte die Culpa auch für die Geschäftsobligationen das Mass der Verantwortlichkeit; für Culpa haftet der Commodatar, der Conductor und der Locator, Vishnu V 155. 156, Brihaspati bei Jagannâtha I 2 nr. 54 p. 448, Nârada II 7. 8, VI 4 und 22, insbesondere der Frachtführer und Schiffer, Yâjnav. II 197, Manu VIII 408. 409, Nârada VI 9, der Hirte, Âpastamba II 11, 28 § 6, Vishnu V 137. 138, Manu VIII 232—236, Vriddha Manu bei Mayûkha XI Mandlik p. 128, Yâjnav. II 164, Nârada VI 13—16, Brahma Purâna bei Jagannâtha II 3 ch. 4 p. 345<sup>1)</sup>. Ebenso der

---

<sup>1)</sup> Uebrigens wird in der Stelle von Yâjnav. II 164 die Haftpflicht nur für den Fall ausgesprochen, dass der Hirte um Lohn gemiethet ist; nicht, wenn er etwa nur aus Gefälligkeit ein Viehstück mit übernimmt;

Pfandgläubiger bezüglich der ihm übergebenen Pfandsache; gewöhnlich wird dies so ausgedrückt, dass er frei sei, wenn der Untergang durch Schicksal oder durch den Fürsten (dai-varaja) herbeigeführt wurde, — ähnlich wie in Frankreich *force majeure* und *fait du prince*, — Gautama XII 42, Vishnu VI 6, Yājñav. II 59, Nârada I 4 § 53, vgl. auch Vyâsa bei Jagannâtha I nr. 85 p. 146 und Brihaspati ib. I nr. 86 p. 149, Kâtyâyana bei Mayûkha V s. 2 Mandlik p. 105. Ebenso der Gesellschafter, Yājñav. II 260, Nârada III 5, Brihaspati bei Jagannâtha II 2 ch. 3 nr. 11. 12. p. 10 fg.

Dass die Deliktsobligationen nicht auf die Erben übergehen, auch diejenigen nicht, welche einen Ersatz für erlittenen Schaden repräsentiren, hat das indische Recht mit dem römischen gemein; allein, während das römische Recht diesen Satz auf die *actiones ex delicto* im eigentlichen Sinne beschränkt, dagegen diejenigen Folgen des Dolus und der Culpa, welche mit einer Contraktsaktion geltend zu machen sind, auf die Erben übergehen lässt, ist das indische Recht auch hier bei dem Satze stehen geblieben, dass die Fehlerfolgen auf die Person des sich Verfehlenden beschränkt bleiben: auch die Ersatzpflicht des Depositars, des Commodatars u. s. w. auf Grund einer Verschuldung geht nicht auf die Erben über, Gautama bei Jagannâtha I 2 nr. 29 p. 425 und Brihaspati ib. I 2 nr. 55 p. 449.

Betrachtet man die Sache principiell, so ist das indische Recht consequenter; denn es ist eine innerlich nicht begründete Behandlung, wenn man die ganz materielle, tief angelegte Frage, ob der Erbe für die Fehler seines Vorgängers aufzukommen habe oder nicht, nach den Aeusserlichkeiten des Aktionensystems, bald so, bald anders beantwortet. Doch ist

---

jedenfalls wird es in diesem Falle milder genommen, und kann ihm eine positive Abwehr zur Vertheidigung in diesem Falle nicht wohl zugemuthet werden, zu welcher er sonst verpflichtet ist, vgl. Jagannâtha II p. 340.

hierwegen das römische Recht nicht zu tadeln; denn in dieser scheinbaren Aeusserlichkeit waltet der unbewusste Trieb, die Haftung der Erben zu erweitern und auf die Entschädigungsobligatio zu erstrecken; dieser Trieb ist im römischen Rechte allerdings bei der Halbheit geblieben und erst im modernen Rechte zur vollkommeneren Entwicklung gelangt.

Höchst interessant ist es, wie das indische Recht das Entschädigungsinteresse nach dem Massstabe des Verschuldens abstuft. Auch das deutsche Recht hat bereits Versuche gemacht, diese Abstufung in den vermögensrechtlichen Folgen des schuldhaften Thuns wiederzugeben, und es ist dies eine dringende Forderung der Gerechtigkeit; wer dies läugnet, vergisst das pönale Element in der Entschädigungspflicht, er vergisst, dass die Entschädigungspflicht sich bemisst nach der ethischen Verwerflichkeit des schuldhaften, sorglosen Handelns, vgl. treffend Ihering, Schuldmoment, in den vermischten Schriften S. 215. So erklärt denn mindestens Vyâsa bei Jagannâtha I 2 nr. 30 p. 426, dass, wenn Jemand eine fremde Sache widerrechtlich weggeschafft hat, er alles, was er dafür erhalten hat, sammt Zinsen erstatten muss; wenn die Sache durch Nachlässigkeit verloren wurde, den Werth derselben, wenn durch leichte Unachtsamkeit etwas weniger — sehr richtig: es soll dem Ermessen des Richters anheimstehen, nach Massgabe des Schuldgrades in der Verurtheilung herunterzugehen, ein Satz, welchen der moderne Gesetzgeber bestens beherzigen möge. Sagt man, es sei dies eine Härte für den unschuldigen Verletzten, dessen Schaden hiermit ungedeckt bleibe, vgl. die gewöhnlichen Darstellungen dieser Lehre, z. B. Mommsen, Interesse S. 71 ff.: so übersieht man völlig das casuelle Moment, welches darin liegt, dass die Sache in Folge einer Culpa untergeht, deren pönale Qualität nicht gross genug ist, um eine volle Entschädigungspflicht aus sich zu erzeugen; der Schaden, welcher nicht durch das Mass der verletzenden Culpa aufgewogen wird, ist eben Casus, und es liegt kein Grund vor, dem verletzenden Thäter unterschiedslos diesen Casus

zur Last zu legen. Nur wer den einen und den andern Standpunkt berücksichtigt, wer den Beschädiger und den Beschädigten nach seinem Masse misst, nur der wird der Gerechtigkeit Genüge thun.

Auch die ungerechtfertigte Verspätung in der Leistung, die Mora, findet in dem indischen Rechte eine vortreffliche Behandlung. Mit der Mora haftet der Schuldner für den Causus; so der Depositar, der Commodatar, Yâjnav. II 66, Nârada II 4, Kâtyâyana bei Jagannâtha I 2 nr. 53 p. 446; so der Venditor, Yâjnavalkyâ II 256, Nârada VIII 6. Er haftet auch für die Werthminderung, selbst für den Abgang an Gewinn, welcher in der Zwischenzeit hätte gemacht werden können, Yâjnav. II 254, Nârada VIII 4. 5. Mit der Mora wird im Allgemeinen eine unverzinsliche Schuld verzinslich, es erwachsen Verzugszinsen, Vishnu VI 40, Kâtyâyana bei Jagannâtha I 51 p. 97 und nr. 54—56 p. 99 fg. Uebrigens bestehen in dieser Beziehung verschiedene Einzelbestimmungen, die von geringerem Interesse sind. Bald erwächst die Zinspflicht nur, wenn der Schuldner nach der Mahnung sich ohne Zahlung in's Ausland begibt, oder nur, wenn eine mehrfache Mahnung erfolgt ist, oder erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit nach der Mahnung u. s. f.

Im Allgemeinen ist zur Mora Interpellation erforderlich; jedoch scheint das indische Recht dem Satze zu huldigen: „dies interpellat pro homine“, so Vishnu VI 40, Kâtyâyana bei Jagannâtha I 2 nr. 53 p. 446; auch wird gewöhnlich eine Mora ohne Interpellation angenommen, wenn eine bestimmte gesetzliche Frist, z. B. ein Jahr oder ein Halbjahr verstrichen ist<sup>2)</sup>: hier tritt die gesetzliche Frist an die Stelle des conventionellen Dies, der Satz: „dies interpellat pro homine“ wird auf die gesetzliche Frist erstreckt, so Vishnu VI 4, Nârada I 4 § 36 und Kâtyâyana bei Jagannâtha I ch. 1 nr. 56 p. 101 — eine Wendung, welche legislativ nicht unbeachtet bleiben sollte.

---

<sup>2)</sup> Einzelheiten bei Jolly, indisches Schuldrecht S. 295.

## § 4.

Die Lehre vom Zinse und vom Zinsfuss hat die indische Gesetzgebung ausserordentlich beschäftigt, namentlich auch die Frage des Zinseszinses und der Stockung des Zinsenlaufs nach Erreichung eines bestimmten Zinsmaximums. Die Ueberschreitung der Zinsgesetze ist Wucher und als solcher sündhaft, der Zinsvertrag, soweit er den Zinsfuss übersteigt, nichtig, und strafbar, Manu VIII 152. Der Zinsfuss ist, wie noch heute im Orient, viel höher, als bei uns, mit Rücksicht auf die grosse Ertragsfähigkeit des Bodens und auf die geringere Sicherheit <sup>1)</sup>. Nach Manu VIII 140. 142 und der Erläuterung Kullûka's variirt der erlaubte Zinsfuss von  $1\frac{1}{4}\%$  per Monat bis zu  $5\%$  per Monat, je nach der Sicherung des Gläubigers und nach der Kaste des Schuldners; je höher die Kaste, desto geringer ist der Zins, welchen sie zahlen darf: ein merkwürdiger Zug, welcher zeigt, wie auch im Oriente dieser starken Ausnützung des Zinsrechtes, selbst innerhalb der gesetzlichen Schranken, ein gewisses Odium anklebt <sup>2)</sup>. Aehnliche Bestimmungen haben auch Vishnu VI 2, Yâynavalkya II 37; vgl. auch Gautama XII 29, Brihaspati bei Jaggannâtha I 26 p. 35, theilweise abweichend Vyâsa ib. I 27 p. 36. In dem Zinse steckt bekanntlich vielfach eine Assecuranzprämie für den etwaigen Verlust des Kapitals; gilt das bei uns, so gilt es in orientalischen Verhältnissen doppelt, daher es leicht begreiflich ist, wie der erlaubte Zinsfuss variirt, je nachdem die Rückzahlung gar nicht, oder durch Bürgschaften oder Pfänder gesichert ist. So Manu VIII 140. 141 mit dem Commentar Kullûka's, Yâjnavalkya II 37, Vyâsa bei Jaggannâtha I 27 p. 36.

<sup>1)</sup> Eine bekannte wirthschaftliche Erscheinung, vgl. z. B. Storch, Handbuch der Nationalwirthschaftslehre (übersetzt von Rau) II S. 37 fg., Roscher, Grundlagen der Nationalökonomie § 184 S. 409 fg.

<sup>2)</sup> Manche beziehen den Kastenunterschied auch auf den Darleiher, wodurch die obige Idee noch mehr hervortritt. Vgl. auch Vishnu III 13, Manu I 90, X 115. 117.



Bei Kapitalanleihen für reisende Kaufleute und Seefahrer sind unverhältnissmässig höhere oder ganz unlimitirte Zinsen gestattet, *Yājñav. II 38, Manu VIII 157*; vgl. auch *Vishnu VI 3*. Man hat angenommen, dass der Darleiher bei solchen Geschäften die Gefahr des Kapitalverlustes mit übernommen habe: also das erste Vorkommen des *foenus nauticum* und *quasi nauticum*; vgl. die bei *Pardessus, Collection des lois maritimes VI p. 385* Citirten, während *Pardessus* selbst im Zweifel bleibt. Allein es lässt sich nicht erweisen, dass hier der Gläubiger rechtlich die Tragung der Gefahr übernahm. Die Höhe des Zinses erklärt sich theils aus der aussergewöhnlichen Höhe des Gewinnes, welchen ein derartiger Land- und Seehandel namentlich in primitiven Zeiten zu erbringen pflegt, und dies gerade der Handel mit den Waaren des verschwenderisch ergiebigen Indiens, theils aus dem grossen faktischen *Risico*, welches der Gläubiger immerhin läuft, wenn eine solche grossartige Operation fehlschlägt; es ist nicht nöthig, zur Erklärung ein derartiges rechtliches *Risico* zu Hülfe zu nehmen. Allerdings aber ist dieses der Punkt, wo die Rechtsentwicklung eingesetzt hat, indem man zu dem faktischen *Risico* das rechtliche zuzubedingen, den faktischen Verlust des Darlehensgläubigers gewissermassen rechtlich zu sanktioniren pflegte. Vgl. auch *Jagannâtha I p. 81*. Uebrigens trifft das indische Recht auch die verkleideten wucherischen Kontrakte, mindestens den wucherischen Missbrauch der Antichrese, *Manu VIII 153*.

Neben dem Zinsfuss ist es die Frage über die Zinseszinsen und über das Stocken des laufenden Zinses, welche die Gesetzgebungen beschäftigt hat. Wie anderwärts, so ist in der indischen Gesetzgebung das Ausbedingen von Zinsen auf Zinsen (*cakraviddhi, Radzinsen*) verboten, *Manu VIII 153*. Dagegen ist es gestattet, die bereits verfallenen Zinsen durch neue Uebereinkunft zum Kapital zu schlagen und dadurch von neuem verzinslich zu machen, *Manu VIII 155, Brihaspati bei Jagannâtha I 255 p. 357 und Kât'yâyana ib. I 256 p. 358*.

Und was das Auflaufen der rückständigen Zinsen betrifft, so

gilt, wie im römischen Rechte, der Satz, dass der Zinsenlauf stockt, wenn die rückständigen Zinsen eine bestimmte Höhe erreicht haben; und diese Höhe ist bei Gelddarlehen, wie im römischen Rechte, das *alterum tantum*, Vishnu VI 11. 17, Gautama XII 31, Vasishtha bei Jagannâtha I 66 p. 114, Manu VIII 151, Yâjnav. II 39, Nârada I 4 § 33—35, Brihaspati bei Jagannâtha I 63 p. 112, Kâtyâyana ib. I 60 p. 109. Bei andern Darlehen kann der rückständige Zins zu höhern Beträgen anwachsen; so bei dem Getreidedarlehen, nach Vishnu VI 12 zum Dreifachen, nach Manu VIII 151 bis zum Fünffachen; für die verschiedensten andern Dinge, für Kleider, Spirituosen und dergleichen sind andere Sätze festgesetzt, auch variiren hierin die Rechtsbücher vielfach, worüber auf die eingehende Darstellung bei Jolly, indisches Schuldrecht S. 293, zu verweisen ist; vgl. auch die Allegate in Vyavahâra Mayûkha V s. 1 Mandlik p. 104. Bemerkenswerth ist die hohe Scala des zulässigen Zinsrückstandes bei Spirituosen (das achtfache, Vishnu VI 14) und bei Gegenständen, aus welchen Spirituosen bereitet werden, wo jede Gränze aufhört, Vishnu VI 16, ein Beweis für die grosse Lucrativität des Spirituosenhandels, welche bei der stark entwickelten Neigung der Inder für stimulative Getränke<sup>3)</sup> sehr begreiflich ist; zugleich eine Folge der geringen Achtung vor den Schenkwrthen, welche die strengen Könige vielfach aus ihrem Reiche verbannten,

---

<sup>3)</sup> Mit Unrecht bestritten von Lassen, indische Alterthumskunde III S. 50. 345. Vgl. Zimmer, altindisches Leben S. 280 fg. Den Brâhmanen waren die Spirituosen streng verpönt, Vishnu V 5. 100. Auch sonst wird der Genuss derselben für schwer sündhaft erklärt, Manu IX 235, XI 55 und 94—98, Yâjnav. III 227; nach Âpastamba I 7, 21 § 7 und 8, und Gautama XXI 1 führt er den Verlust der Kaste herbei, und eine Büssung dieser Versündigung kann nur durch den Tod erfolgen: der Trinker soll sich selbst verbrennen oder durch heisse Getränke tödten, Âpastamba I 9. 25 § 3, Manu XI 91. 92, Yâjnav. III 253. 254. Solche furchtbare Bussvorschriften setzen eine tiefeingewurzelte Leidenschaft voraus, welcher sie entgentreten sollen.

Manu IX 225, und welchen daher auch der Schutz der Zinsgesetze nur in vermindertem Masse zu statten kam.

### § 5.

Die Lehre von der Cession findet sich, zwar nicht in der Gesetzgebung, wohl aber in der Doctrin und im Rechtsleben entwickelt; wie anderorts hat sich auch hier die Cession in Verbindung mit dem Urkundenwesen entwickelt; man verpfändete, man cedirte die Rechtsurkunde, und wurde erst später inne, dass nicht die Urkunde selbst, sondern das durch die Urkunde manifestirte Schuldrecht es ist, was übertragen wird; wie denn auch die indischen Juristen ziemlich spitzig herumdeuteln, welches denn eigentlich der Gegenstand des Verkaufs und der Verpfändung sei, vgl. die Erörterung bei Jagannâtha I p. 90. Dabei entwickeln sie aber sicher und treffend den Satz, dass nicht mehr Rechte auf den Cessionar übergehen, als der Cedent hatte, und dass, wenn daher ein Brâhmane, für welchen 2 % Zinsen monatlich die höchste Gränze ist, seine Forderung an eine Çûdra cedirt, für welchen 5 % monatlich zulässig sind<sup>1)</sup>, die einmal in der Person des Brâhmanen festgesetzte Zinshöhe durch den Uebergang der Forderung auf den Cessionar nicht alterirt wird.

### § 6.

Auch die Lehre von der Zahlung, der Zahlungsannahme und dem Annahmeverzug ist in hohem Masse entwickelt. Die Zahlung hat an den Gläubiger zu geschehen; sie ist aber auch wirksam, wenn sie auf Anweisung des Gläubigers an einen Dritten erfolgt, Kâtâyâna bei Jagannâtha I 2 nr. 9 p. 406 und Brihaspati ib. I 2 nr. 52 p. 446; und wenn sich der Gläubiger aus der Gegend entfernt hat, was mit unserer Vermisshheit und Verschollenheit zusammenstimmt, so ist die Zahlung an die Familie, d. h. an die präsumtiven Erben zu leisten (so Ratnâkara bei Jagannâtha I p. 169). Eine datio in solutum mit Zustimmung des Gläubigers tilgt die Schuld, gleich

<sup>1)</sup> Nach der oben S. 176 Note 2 erwähnten Rechtsauffassung.

der Zahlung; auch im indischen Rechte wird dieselbe mit dem Kauf in Parallele gestellt: die in solutum empfangene Sache steht der gekauften gleich, Nâra da V 30.

Ist der Gläubiger in der Annahme säumig, thut er nicht das Nöthige, um die Zahlung zu ermöglichen, ist er also in mora accipiendi, so geht die Gefahr auf ihn über, Kâtyâyana bei Jagannâtha I 2 nr. 53 p. 447; auch kann der Schuldner sich der Sache durch weitere Distraction erledigen, mindestens ist dies vom Verkäufer gesagt, wenn der Käufer die Annahme der Waare verweigert, Yâjnavalkya II 255, Nâra da VIII 9. Nimmt der Gläubiger die ihm bedungenen Dienste nicht an, so hat er nichtsdestoweniger das volle Aequivalent zu bezahlen, sofern ihm nicht nach den obigen Grundsätzen ein Rücktrittsrecht zusteht, Nâra da VI 7, Vishnu V 157—159<sup>1)</sup>. Bezüglich des Zinsenlaufs im Fall des Annahmeverzugs finden wir die beiden Behandlungsweisen wieder, welche uns im römischen Rechte entgegentreten: entweder soll bereits mit der mora accipiendi der Zinsenlauf cessiren, oder erst mit der Deposition. Auf dem ersten Standpunkte stehen Gautama XII 33, Vishnu VI 10, Vyâsa bei Jagannâtha I 75 p. 132, auf dem zweiten Yâjnav. II 44; die zweite Ansicht scheint die vorherrschende geworden zu sein, indem man die Deposition des Geldes von Yâjnavalkya aus in die übrigen Gesetzbücher hineininterpretirte, so z. B. Candessvara bei Jagannâtha I p. 133. Dem entspricht auch eine sofort zu erwähnende Stelle Nâra da's.

Hat der Gläubiger ein Pfand, so kann ihm, wenn er abwesend, verschollen ist, der Schuldner die Pfandsache zu einem geschätzten Preis heimschlagen, so dass der Zinsenlauf cessirt Yâjnav. II 63.

<sup>1)</sup> Wenn hier der Dominus, welcher den Arbeiter vor der Zeit fortschickt, ausserdem noch 100 Panas Strafe bezahlen soll, so ist darunter nicht ein einfaches Fortschicken, sondern ein Fortschicken unter Verweigerung des Lohns oder unter Verweigerung des geschuldeten Unterhalts zu verstehen; dafür die Busse.

Bei der Zahlung ist die Schuldurkunde zu vernichten oder eine Quittung zu geben, Vishnu VI 25, Yâjnav. II 94, Nârada I 4 § 41. 42. Dies ist wesentlich, nicht nur für den Beweis, sondern auch für die Wirkung der Zahlung selbst, denn nach Nârada I 4 § 43 soll der Zinsenlauf nicht sistirt werden, wenn der Gläubiger keine Quittung gibt; wodurch die Regel des Yâjnavalkya bestätigt wird, dass das blosses Angebot des Geldes noch nicht den Zinsenlauf hemmt, sondern erst die Deposition des Geldes, welche wie eine quittirte Zahlung wirkt. Die Bestimmung aber, dass die Zahlung ohne Quittung den Zinsenlauf nicht hebt, erklärt sich daraus, dass in diesem Falle der Schuldner (mit einer *condictio causa data causa non secuta*) das gezahlte Geld sammt Zinsen von der Zahlung an reclamiren kann, so dass die Zinsen, die er zu zahlen hätte, mit den Zinsen der *condictio* sich ausgleichen. Offenbar wirkte die Zahlung ohne Quittung nur kraft einer höchst persönlichen *exceptio doli* unter den Parteien, sie bewirkte kein direktes Erlöschen der Schuld; so dass sie insbesondere dem dritten Erwerber der Forderung und des Schuldscheins nicht entgegengehalten werden durfte, sondern der Schuldner sich in diesem Falle nur bei dem Empfänger der Zahlung erholen konnte. Ganz ähnlich ist bei Theilzahlungen entweder eine entsprechende Quittung zu geben, oder die Theilzahlung auf dem Rücken der Urkunde zu vermerken, Vishnu VI 26, Yâjnav. II 93; mit demselben Erfolg, wie oben. Dafür büsst aber auch der Gläubiger, welcher trotz des Theilempfanges die Quittung versagt, mit dem Verlust des Restkapitals, Nârada I 4 § 41, Brihaspati bei Jagannâtha I 288 p. 387.

Die Zahlung kann in der verschiedensten Weise sichergestellt werden: durch gesteigerte Betheiligung der eigenen Persönlichkeit, wie durch Steigerung der materiellen Exekutionskraft. Die erste, von der Jurisprudenz bis jetzt äusserst vernachlässigte, Art von Sicherung, die Sicherung unter Verpfändung der Freiheit, der Ehre, des guten Namens, des

Seelenheils u. s. w., hat allerwärts ihre grosse Rolle gespielt, und vorzüglich im indischen Recht, vgl. *Manu* VIII 219. 220, *Yâjnav.* II 61; jedoch ist diese Art der obligatorischen Sicherung, welcher es bisher im System des Rechts an jedem doctrinellen Unterbau fehlt, und welche ohne tieferes Eingehen auf das Executionswesen nicht darzulegen ist, andern Orts zu entwickeln. Die materielle Steigerung der Sicherheit aber ist, wie allerwärts, Sicherung durch Bürgen und durch Pfand. Hiervon ist nunmehr zu handeln.

### § 7.

Das indische Recht unterscheidet die Gestellungsbürgschaft oder *cautio sisti* von der materiellen Zahlungsbürgschaft, *Vishnu* VI 41, *Manu* VIII 158, *Yâjnav.* II 54, *Nârada* I 4 § 45, *Brihaspati* bei *Jagannâtha* I 142 p. 233, *Kâtyâyana* ib. I 145. 146 p. 239 fg.; nur die letztere kommt hier in Betracht. Der Bürge kann von dem Gläubiger direkt angegangen werden, *Yâjnav.* II 53. 54, *Nârada* I 4 § 47; jedoch ist ihm Zeit zu gönnen, um den Schuldner zu suchen, auch soll ihm möglichste Zahlungsfrist gestattet werden, ja er soll in Ruhe bleiben, wenn der Hauptschuldner zur Hand ist, und die Zahlung nicht verweigert, *Brihaspati* bei *Jagannâtha* I 148 p. 244: hier bricht die Idee des *beneficium excussionis* hervor. Sind mehrere Bürgen vorhanden, so kommt es darauf an, ob sie versprochen haben, die Summe zusammen zu bezahlen, in welchem Falle ein Jeder nur für seinen Theil haftet, wie der römische Sponsor und Fidepromissor nach der *lex Furia*<sup>1)</sup>; hat sich aber Jeder für das Ganze verbürgt, sind sie, wie *Yâjnav.* II 55 sagt, alle in denselben Schatten getreten, so haftet ein Jeder für das Ganze solidarisch, so schon *Vishnu* VI 42, so *Yâjnav.* II 55, *Nârada* I 4 § 49. Jedoch hat der zahlende Bürge einen Regress gegen seine Mitbürgen nach entsprechenden Quoten, vgl. die Erörterungen von *Jagannâtha* I p. 253. 257.

<sup>1)</sup> *Gajus* III 121.

Bekanntlich gehört die Bürgschaft zu denjenigen Schuldverhältnissen, welche am spätesten auf die Erben übergehen. Die Entwicklung des deutschen und römischen Rechts in dieser Beziehung habe ich schon an anderer Stelle betont, *Krit. Vierteljahrsschr. N. F. IV S. 21*. Vgl. auch folgendes Zeugnis des germanischen Rechts, welches für diese Frage nicht benützt zu werden pflegt: *Coutume de Montpellier von 1204* (Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français I 2 p. 51*): *Heredes seu filii fidejussorum non tenentur de fidejussione ab eis facta post mortem eorum, nisi lis cum eo qui fidejussit fuerit contestata, vel de eo querimonia curie exposita*. Das indische Recht nun lässt die *cautio sisti* nicht auf die Erben übergehen; ebensowenig die Bürgschaft desjenigen, welcher für das Wohlverhalten einer Person gebürgt hat; dagegen die Zahlungsbürgschaft ist in seinem Bereiche bereits vererblich geworden, *Vishnu VI 41, Manu VIII 159. 160, Yâjnav. II 54, Nârada I 4 § 48, Brihaspati bei Mayûkha V s. 3 Mandlik p. 107*; auch die erstere ist ausnahmsweise vererblich, wenn der Bürge von dem Schuldner Deckung oder Pfandsicherung erhalten hat, *Manu VIII 162, Kâtyâyana bei Jagannâtha I 153 p. 248*. Jedoch hat auch bezüglich der Zahlungsbürgschaft die einstige Unvererblichkeit in unzweideutiger Weise nachgewirkt. Es soll nämlich der Sohn für das Schuldkapital haften, aber nur für dieses, nicht auch für die Zinsen, vgl. *Vyâsa bei Jagannâtha I 157 p. 254, Kâtyâyana ib. I 158 p. 255 und den Text ib. I 159 p. 255*; der Enkel aber soll von der Haftung für die Bürgschaft frei sein, die Vererbung erstreckt sich nicht über den Sohn hinaus, *Vyâsa, Kâtyâyana l. c.*, — während bei sonstigen Schulden des Erblassers der Sohn regelmässig vollständig haftet, gerade als wären es seine eigenen, also für Kapital und Zinsen, der Enkel aber für das Kapital, wenn auch nicht für die Zinsen, *Brihaspati bei Jagannâtha I 167, p. 265*. Man sieht, wie sich die Haftung stufenweise hinaufgeschoben hat.

Der Regress der Bürgen gegen den Hauptschuldner ist von Alters her mit besonderer Strenge behandelt worden. Es gilt als eine Treupflicht des Hauptschuldners, den Bürgen rechtzeitig zu decken und ihm die Ungelegenheit zu ersparen, aus seinem eigenen Vermögen aufkommen zu müssen. Nicht das römische Recht allein hat den Regress des Bürgen, die *actio depensi*, processualisch wie civilistisch mit besonderer Schärfe behandelt; sondern auch das deutsche Recht, indem es hier sowohl an der Personalexecution zäher als anderwärts festhielt, als auch dem Bürgen den Regress auf ein mehrfaches gewährte. Der erste Punkt ist hier nicht näher auszuführen<sup>2)</sup>. Was aber den zweiten Punkt betrifft, so gibt auch das indische Recht dem Bürgen, welcher nach geschעהener Einklagung gezahlt hat, die *actio depensi* auf das duplum gegen den Hauptschuldner, Vishnu VI 43, Yâjnav. II 56, Nârada I 4 § 50, bei manchen Dingen sogar auf das Vierfache, bei Leistung von Spirituosen auf das Achtfache, Yâjnav. II 57. Auf die Analogie des römischen und deutschen Rechts in dieser Beziehung habe ich ebenfalls bereits in der Krit. Vierteljahrsschr. N. F. IV S. 22 hingewiesen. Vgl. nunmehr auch Voigt, über das Vadimonium (Abhandl. der K. Sächs. Akad. d. Wissensch. phil.-hist. Klasse VIII) S. 304. Ein bis jetzt wohl noch nicht benutztes Zeugniß des deutschen Rechts findet sich in den Usatici Barchinone patrie von 1068 a. 134 (Giraud, Essai sur l'histoire du droit français II p. 493): Si vero ille qui plivium fecerit, fidem portaverit, et de suo debitum persolverit, ille qui eum in plivium misit, et ejicere noluit, in duplo ei persolvere cogatur totum dampnum, quod ei per ipsum plivium evenerit. Wie aber, wenn der Bürge ohne Einklagung bezahlt hat? Brihaspati bei Jagannâtha I 163 wirft die Frage auf, nach Jagannâtha's Allegaten I p. 260 scheint es, dass hier nur

---

<sup>2)</sup> Vgl. übrigens die höchst interessante Coutume ancienne de Bayonne von 1273 ch. 45 § 1, bei Balasque, Etudes historiques sur la ville de Bayonne II p. 610, und auch denselben ib. II p. 347 fg.



einfacher Regress stattfand. Der doppelte Regress setzte eben voraus, dass der Bürge Gegenstand gerichtlicher Einklagung, processualischer Verfolgung gewesen war.

### § 8.

Interessant und lehrreich ist das indische Pfandrecht. Die Hypothek, die Realsicherung ohne Besitz, hat das indische Recht nicht entwickelt; an Stelle derselben bediente man sich in der Praxis eines Institutes, welches auch das germanische, insbesondere das normannisch-englische Recht gezeitigt hat: des suspensiv bedingten Verkaufs, des Verkaufs, welcher zur Ausführung kommt, wenn innerhalb einer bestimmten Frist, auf einen bestimmten Termin, die Schuldsumme nicht bezahlt ist; bis zu welchem Termin der Schuldner gegen Zinszahlung im Besitz belassen werden kann, Jagannâtha I p. 221, vgl. bezüglich des deutschen Rechts Frank en, Französ. Pfandrecht I S. 150. Das eigentliche Pfand ist im indischen Rechte stets Besitzpfand; ja, wenn der Besitz an den Schuldner leihweise zurückgegeben wird, läuft der Gläubiger Gefahr, das Pfand einzubüssen, sofern er versäumt, die Sache in entsprechender Zeit zu reclamiren, vgl. Vyâsa und Brihaspati bei Jagannâtha I nr. 125. 126 p. 205<sup>1)</sup>. Daher ist eine successive Verpfändung an Mehrere nicht angänglich; das erste Pfand bleibt bestehen, das zweite ist nichtig, Vishnu V 181—183, Kâtyâyana bei Jagannâtha I 128 p. 209, vgl. auch Yâjnav. II 23.

Dieses Besitzpfand nun ist entweder Aufbewahrungs- oder Genusspfand, eine Eintheilung, welche in den indischen Rechtsbüchern regelmässig zu Grunde gelegt wird<sup>2)</sup>. Schon ander-

<sup>1)</sup> Auch bei der römischen *Fiducia* musste noch ausdrücklich bemerkt werden, dass die *Usureceptio* im Fall der *Conductio* oder der *Precario*-hingabe des Pfandes so lange ausgeschlossen sei, als die Schuld unbezahlt ist, Gajus II 60.

<sup>2)</sup> Vgl. ausser den künftig zu erwähnenden Stellen noch Brihaspati bei Jagannâtha I nr. 11 p. 19.

wärts<sup>3)</sup> habe ich diesen hervorragenden systematischen Griff des indischen Rechts betont; denn der Unterscheidungsgrund ist ein ausserordentlich tiefer und fruchtbarer, wirtschaftlich wie juristisch; wirtschaftlich, denn es ist entweder die Gebrauchsfunktion, welche zum Abtrag der Kapital- oder Zinsschuld aufgeboten wird, oder die Tauschfunktion; juristisch, denn der Gebrauchsfunktion entspricht ein Gebrauchsrecht, ein Fruchtrecht, der Tauschfunktion dagegen ein Recht der Verwerthung nach der Seite des Tauschwerthes; abgesehen von den sekundären Differenzen, welche sich hieraus weiter geben.

Wer das Aufbewahrungspfand unberechtigtermassen benützt, büsst dies durch den totalen oder theilweisen Zinsverlust, Vishnu VI 5, Gautama XII 32, Manu VIII 144. 150, Yājñavalkya II 59, Brihaspati bei Jagannâtha I 92 p. 156, Kâtyâyana ib. I 89, 90 p. 151. 153, Hârîta bei Mayûkha V s. 2 Mandlik p. 105; ein solches Benützen liegt übrigens, wie aus der erst citirten (vielinterpretirten) Stelle von Kâtyâyana erhellt, nicht schon dann vor, wenn ein verpfändeter Selave sich freiwillig zu dem einen oder andern Dienste verwenden lässt. Auch sonst kann natürlich das Aufbewahrungspfand, ohne im Uebrigen aufzuhören, Aufbewahrungspfand zu sein, von dem Gläubiger precario mit des Verpfänders Zustimmung in der einen oder anderen Weise benützt werden, vgl. Jagannâtha zu der citirten Stelle aus Kâtyâyana I p. 152. 153.

Ist das Pfand Benützungspfand, so steht dem Pfandgläubiger der reguläre Gebrauch und die reguläre Fruchtgewinnung zu; Gebrauch und Fruchtgewinnung treten an Stelle der Zinsen, es ist reine Antichrese, Manu VIII 143. Als Benützungspfand können bewegliche, wie unbewegliche Sachen gegeben werden; Grund und Boden, Kühe, Slaven und dergleichen werden von den indischen Kommentatoren

---

<sup>3)</sup> Pfandrechtliche Forschungen S. 63.

verschiedenfach als Beispiele erwähnt. Dass die Benützung nicht nur durch den Gläubiger selbst, sondern auch durch einen Dritten erfolgen darf, ja dass das Benützungsrecht an einen Dritten verkauft werden kann, wird von der indischen Jurisprudenz anerkannt, vgl. Jagannâtha I p. 190. 192.

Das Benützungspfand gilt regelmässig als pures Benützungspfand; weder tritt ein Verfall desselben zu Gunsten des Gläubigers ein, noch steht diesem ein Recht des Verkaufs zu, so Manu VIII 143, Yâjnav. II 58; der Gläubiger ist ja durch den fortdauernden Fruchtgenuss gedeckt. Jedoch gestattete die Jurisprudenz dem Pfandgläubiger, das Pfand durch Weiterverpfändung zu verwerthen, sofern nur die ursprüngliche Summe nicht überschritten würde: eine Ausübung des Pfandrechts durch Begründung eines neuen Pfandes, wie ich sie in meinen pfandrechtlichen Forschungen S. 5 fg. im französischen und deutschen Rechte nachgewiesen habe; so Kullûka zu Manu VIII 143, Jagannâtha I p. 192; dies hat die Praxis um so mehr angenommen, als die Smrititexte in der Frage bezüglich der Verwerthung des Gebrauchspfandes durchaus nicht so vollkommen übereinstimmen, um nicht der Jurisprudenz freies Spiel zu lassen. Hat der Fruchtgenuss mehr als das Doppelte des Kapitals ergeben, so erlischt das Pfandrecht, nach der Regel, dass, wenn die Zinsen die Höhe des Kapitals erreicht haben, der Zinsenlauf cessirt, so dass der weitere Genuss das Kapital aufzehrt, so Brihaspati bei Jagannâtha I 35 p. 49. 50 und 108 p. 177, Yâjnav. II 64, vgl. mit Manu VIII 151: mit dem Momente der Erreichung der höchsten Zinshöhe, des Alterumtantum, wird die Antichrese zur Todsatzung.

Für das Aufbewahrungspfand statuirt das indische Recht verschiedene Arten der creditorischen Verwerthung:

1. Der Gläubiger kann sich in den antichretischen Gebrauch der nicht eingelösten Sache setzen, nachdem er es dem Schuldner, bzw. dessen Familie angekündigt, oder im Nothfall dem Gerichte Anzeige gemacht hat, so die Texte bei Jagannâtha

nâtha I 119. 120 p. 197 fg. Das Pfand wird dadurch vom Aufbewahrungs- zum Gebrauchspfand erhoben<sup>4)</sup>.

2. Das nicht eingelöste Pfand verfällt an den Gläubiger kraft commissorischen Rechts, Yâynavalkya II 58, Brihaspati bei Jagannâtha I 115 p. 186 und Vyâsa ib. I 116 p. 186; der Verfall tritt, wenn ein bestimmter Termin bedungen ist, an diesem, wenn nicht, dann ein, sobald die rückständigen Zinsen die Höhe des Kapitals erreicht haben, der Zinsenlauf daher an seinem Endziele angelangt ist. Jedoch sind dem Schuldner einige Gnadentage gestattet.

3. Der Gläubiger kann die Pfandsache für die gleiche Summe, für welche sie ihm verpfändet ist, weiter verpfänden, vgl. Kullûka a. a. O., Jagannâtha I p. 189 und I p. 406.

4. Der Gläubiger kann die Sache mit gerichtlicher Ermächtigung veräußern und sich mit dem Erlös bezahlt machen, wobei die etwaige Hyperocha dem Verpfänder restituirt bezw. gerichtlich deponirt wird, Yâjnav. II 63, Brihaspati bei Jagannâtha I nr. 121 p. 199 und I 2 nr. 9 p. 457, Kâtyâyana ib. I 122 p. 200, und Jagannâtha selbst I p. 457. Auch eine Zuweisung an den Gläubiger gegen Zahlung des Ueberwerthes wird erwähnt von Brihaspati bei Jagannâtha I 121 p. 199. 200.

Welche der verschiedenen Verwerthungsarten im einzelnen Falle die angemessene ist, hängt von der Art des Pfandgedinges ab. Jedenfalls hat in dieser Beziehung auch die Rechtsanschauung und Jurisprudenz gewechselt. Es wird wohl als Schlussentwicklung anzunehmen sein, dass der Gläubiger die Wahl hat zwischen antichretischer Benutznahme und zwischen Versilberung des Pfands, welche direkt durch Distraction oder indirekt durch weitere Verpfändung geschehen kann; während der Verfall des Pfandes nur bei ausdrücklicher Verfallclausel stattfindet, vgl. Jagannâtha I p. 457. Eine ausdrückliche

---

<sup>4)</sup> Deutschrechtliche Analogien s. in meinen Pfandrechtlichen Forschungen S. 20.

Verfallclausel ist daher nothwendig; dass dieselbe häufig war, beweist die Aufzählung von Verpfändungen bei Jagannâtha I p. 181. 182.

Das Pfand ist untheilbar, es bleibt das ganze Pfand stehen, bis die ganze Schuld getilgt ist: ein Satz, welcher der indischen Jurisprudenz unter Bezug auf die bei Jagannâtha I 102 p. 165 und 111 p. 179 citirten Stellen aus Brihaspati und Yâjnavalkya entwickelt worden ist.

### § 9.

Auch das specielle Obligationenrecht zeigt eine Fülle treffender juristischer Züge. Von dem Depositum ist bereits die Rede gewesen<sup>1)</sup>. Für das Commodat ist sehr richtig bestimmt, dass der Commodatar ein Recht auf den Gebrauch der Sache für die vertragsmässige Zeit oder bis zur Erfüllung des vertragsmässigen Zweckes hat, dass aber der Commodant wegen dringenden eigenen Bedürfnisses auch schon vorher die Rückgabe verlangen kann, Kâtyâyana bei Jagannâtha I 2 nr. 43. 44 p. 438; ganz entsprechend demjenigen, was im römischen Rechte gilt, arg. c. 3 de locato, Windscheid § 375 No. 12, und was im Code civil a. 1888. 1889 ausdrücklich ausgesprochen ist. Vom Pfandvertrag lehrt das indische Recht den wichtigen Satz, welcher auch in moderne Gesetzgebungen übergegangen ist (z. B. Code civil a. 2131), dass, bei casuellem Untergange des Pfandes, der Gläubiger ein anderes Pfand, eine Pfandaufbesserung, oder die sofortige Heimzahlung der Schuldsomme verlangen kann, Yâjnavalkya II 60, Brihaspati und Kâtyâyana bei Mayûkha V s. 2 Mandlik p. 105.

Bei dem Kaufvertrag geht, wie im römischen Recht, die Gefahr sofort mit Vertragsabschluss auf den Käufer über; denn es ist einmal aus einer Stelle des Gautama XII 42

<sup>1)</sup> Einen Fall des Depositums enthält Mricchakatika, Akt I (Uebersetzung von Böhrling, 1877, S. 25. 54).

zu entnehmen, dass der schuldlose Verkäufer für den Untergang der Sache nicht verantwortlich werden kann: an object bought — — being lost without the fault of the holder, (shall not involve) any blameless person (nach Uebersetzung von Bühler p. 241<sup>2)</sup>); sodann bestimmt Yâjnavalkya II 256, dass die Gefahr den Verkäufer dann trifft, wenn er im Ablieferungsverzug ist, wenn er nämlich trotz des an ihn gestellten Verlangens die verkaufte Sache nicht herausgibt: hânir vikretur evâ 'sau yâcitas yâ 'prayacchatah, woraus wohl sicher gefolgert werden kann, dass nur im Fall der effektiven Ablieferungsweigerung, oder der Nichtablieferung trotz des an ihn gestellten Ablieferungsbegehrens, also nur im Fall der eigentlichen mora solvendi, die Gefahr auf den Verkäufer fällt. Aehnlich auch Nârada VIII 4—6, vgl. mit ib. VIII 10 und vgl. auch den Commentar von Jagannâtha II p. 323. Hiermit scheint nun allerdings im Widerspruch zu stehen Yâjnavalkya II 255, wo in Stenzler's Uebersetzung S. 80 statt Verkäufer zu lesen ist „Käufer“, denn der Sanskrittext hat: hâniç cet kretridôshena kretur eva hi sâ bhavet, also wörtlich: „denn der Verlust, wenn durch Schuld des Käufers, soll des Käufers werden“ — woraus man schliessen könnte, dass die Gefahr der Sache den Käufer nur dann trifft, wenn er im Verschulden ist; und unter Verschulden wäre, allerdings nach ungenauer Sprachweise, die mora accipiendi zu verstehen. Allein der citirte Halbvers ist in Verbindung mit dem vorhergehenden Halbvers aufzufassen, wornach der Verkäufer die nicht angenommene Waare nochmals verkaufen darf, er steht zu ihm in Beziehung durch die Partikel hi = „denn, nämlich“, und der Sinn ist der: der Verkäufer darf die nicht angenommene Waare nochmals verkaufen, da der hieraus entstehende Verlust, als durch die Schuld des Käufers herbeigeführt, mit Recht den Käufer trifft. Schwieriger ist die Stelle bei Vishnu

<sup>2)</sup> Die ganze Stelle lautet nach der Ausgabe des Gautama von Stenzler (1876 p. 17): nidhyanvâdhiyâcitâvakritâdhayo nashtâh sarvân aninditân apurushâparâdhena.

V 129, welche nach Jolly's Uebersetzung (p. 36) lautet: If there should be a loss upon a commodity purchased, which the purchaser refuses to accept (though it has been tendered to him), the loss shall fall upon the purchaser — woraus zu entnehmen wäre, dass das Periculum erst mit dem Annahmeverzug auf den Käufer überginge. Und es stimmt diese Uebersetzung mit dem Commentare Nandapandita's überein, welcher nach einer, mir von Jolly gütigst zur Verfügung gestellten, handschriftlichen Lesart besagt: *kṛitam dattamūyam panyam dīyamānam apy akrīnato 'grihnato yady upahanyeta tadâ 'sau hānih kretur eva syān na vikretuh dīyamānāgrahanarūpakretridōshena* <sup>3)</sup> *nashtatvāt*: wo also ausdrücklich ausgesprochen ist, dass es sich um den Fall einer angebotenen Waare handle (*panyam dīyamānam*), und dass die Tragung des periculum darauf beruhe, dass der Verlust durch Verschulden des Käufers (*kretridōshena*) d. h. durch seinen Verzug entstanden sei. Aus dem Texte Vishnu's selbst ist dieser Sinn nicht nothwendig zu entnehmen. Denn, ob man liest *kṛitamakrīnato* oder *kṛitamagrihnato* <sup>4)</sup>, so bedeutet das nur: die nicht angenommene, nicht in Empfang genommene Waare, es bedeutet: die Waare, die, als noch nicht übergeben, noch in der Hand des Verkäufers ist; es bedeutet nicht nothwendig: die Waare, die nicht empfangen worden ist, obgleich sie zu empfangen gewesen wäre. Ist aber dieses Verständniss möglich, so werden wir es annehmen müssen, wenn es den Widerspruch mit andern Stellen beseitigt. Fast will es mir scheinen, als ob der sprüchwörtlich überlieferte Satz: *hāniç cet kretridōshena kretur eva sâ bhavet*, welcher ja in sofern richtig ist, als der Verkäufer die nichtangenommene Waare nochmals distrahiren kann, von den indischen Commentatoren unrichtig aufgefasst worden sei und zu der Erklärung Nandapandita's Veranlassung gegeben habe. Schlimmsten Falles müsste der Widerspruch durch die Annahme ausgeglichen

<sup>3)</sup> *tri* fehlt in der Handschrift.

<sup>4)</sup> Ich verdanke auch diese Lesarten der gütigen Mittheilung Jolly's.

werden, dass der Verfasser des Vishnu nur an den Fall des Annahmeverzugs gedacht habe, da ja in einfacheren Verhältnissen die meisten Kaufgeschäfte sofort durch Gabe und Gegengabe abgewickelt werden, ein Verbleiben der Waare beim Verkäufer trotz der Perfektion des Geschäfts daher meistens einen Annahmeverzug voraussetzen wird.

Hiernach ist der römische Satz, dass mit der Perfektion des Kaufgeschäfts sofort die Gefahr auf den Käufer übergehe, nicht eine Specialität des griechischen Rechts, aus welchem das römische Recht ihn geschöpft hätte, Hofmann, Ueber das Periculum beim Kauf S. 22 fg., 175 fg.; er hat auch im indischen Rechte seine Wurzeln — ein Umstand, welcher die welthistorische Würdigung des Principis wesentlich ändert.

Der Kauf einer fremden Sache ist wichtig; der Verkäufer hat dem Käufer das pretium wieder zu erstatten und ausserdem eine Busse an den König zu entrichten, Manu VIII 199, Yâjñav. II 168. 170, Nârada VII 5, Brihaspati bei Jagannâtha I 2 nr. 30 p. 479, Kâtyâyana ib. I 2 nr. 25 p. 474. Auch das indische Recht gibt daher der römischen Regel von der Gültigkeit des Kaufs einer fremden Sache, — einer Regel, welche nur verständlich ist mit Rücksicht auf die zerütteten Eigenthumsverhältnisse des römischen Weltreichs<sup>5)</sup>, ein entschiedenes Dementi. An den Kauf einer fremden Sache knüpft sich das uralte Vindicationsverfahren: Die Haussuchung zur Auffindung der abhanden gekommenen Sache, der Process mit Stellung des Geweren, die Berufung auf die Offenkundigkeit des Kaufs zur Vermeidung der Diebstahlsbusse, — alles hochinteressante, uralte Dinge, welche durch die indischen Rechtsquellen eine helle Beleuchtung erhalten, vgl. Vishnu V 164—166, Manu VIII 201. 202, Yâjñav. II 168—170. 269, Nârada VII 4, XIV 22—25, Brihaspati bei Jagannâtha

---

<sup>5)</sup> Eck, die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums S. 21, meine Abhandl. in der Zeitschr. f. franz. Civ. Recht VIII S. 96 fg. Eine ganz unzutreffende Vertheidigung des römischen Satzes versucht Bechmann, Kauf S. 105 fg.



I 2 ch. 2 § 33 p. 483, Kâtyâyana ib. I 2 ch. 2 § 35 p. 484, welche aber, als processualischer Natur, hier nicht weiter zu erörtern sind.

Oben ist von der bindenden Kraft der Umsatzverträge und dem Rechte des Rücktritts die Rede gewesen; fraglich ist es, ob, wenn der Vertrag durch Ablauf der Zeit bindend geworden ist, der Rücktritt auch bei effektivem Nachweise von Mängeln präkludirt ist. Die indischen Rechtsquellen sind in dieser Beziehung zu keinem unzweifelhaften Resultate gelangt. Brihaspati und Kâtyâyana bei Jagannâtha II 3 ch. 3 nr. 14 und 15 p. 315. 316 lassen nach Ablauf der Frist, trotz des effektiven Mängelnachweises, keinen Rücktritt mehr zu. Hiergegen beruft sich aber die indische Jurisprudenz auf Manu VIII 203, und gestattet bei wirklich nachgewiesenen Mängeln, welche zur Zeit des Verkaufs verborgen waren, die Redhibition, indem sie sich mit den erwähnten Stellen damit abfindet, dass sie von offenen, beim Kaufe sichtbaren Mängeln sprächen, über deren Tragweite sich der Käufer während der Rücktrittsperiode besinnen könne, nicht von verborgenen, unsichtbaren Mängeln; jedenfalls wird angenommen, dass wenn ein Fehler betrügerisch verborgen wurde, die Rückgängigmachung des Kaufs nicht an die gewöhnliche Rücktrittsfrist gebunden ist, vgl. Jagannâtha II p. 316. 323 und die dort Citirten.

Bezüglich des Handelsbetriebs, der Verzollung, der Ein- und Ausfuhr <sup>6)</sup> und der Preistaxen hatte das indische Recht höchst eingehende Verordnungen, welche die ausserordentliche Entwicklung der obrigkeitlichen Gewalt manifestiren und bei der Geschichte des Handels wohl zu berücksichtigen sein werden, vgl. Vishnu V 130, Manu VIII 398 fg., Yâjnav. II 251. 261. Gegen die Vereinigungen von Kaufleuten zur Er-

<sup>6)</sup> Ueber die Weg- und Brückengelder vgl. Hiouen-thsang in den Voyages des pèlerins bouddhistes (übers. von Stan. Julien) II p. 91.

zeugung einer künstlichen Hausse und Baisse sind strenge Strafen festgesetzt, Yâjnav. II 249. 250.

Von dem Dienstvertrag ist bereits insofern, als hier die Lehre von der bindenden Kraft der Verträge einschlägt und als hier das Straf- und Schuldmoment in Betracht kommt, die Rede gewesen. Im Uebrigen enthalten die Rechtsbücher Bestimmungen über die Höhe des Lohnes bei mangelnder Vereinbarung: der Lohn soll nach dem Werthe des Erzeugnisses bemessen werden, zu  $\frac{1}{10}$  bis zu  $\frac{1}{3}$ , Yâjnav. II 194, Nârada VI 3, Brihaspati bei Jagannâtha II 3 nr. 66 p. 264; bei der Schiffsmannschaft nach der Usance, Vriddha Manu bei Jagannâtha II 3 nr. 69 p. 265.

Wird die Dienstleistung objektiv unmöglich, so nimmt das Dienstverhältniss sein Ende, der Dienstlohn ist nach Massgabe des Geleisteten zu entrichten; so insbesondere beim Transportvertrag: werden die Güter unterwegs aufgehalten, oder weggenommen, so ist eine der zurückgelegten Strecke entsprechende Distanzfracht zu entrichten, Kâtyâyana bei Jagannâtha II 3 nr. 91 p. 278. Der kranke Arbeiter soll, wenn er nach seiner Genesung die Arbeit vollendet, seinen vollen Lohn erhalten; nichts dagegen soll er erhalten, wenn er infolge der Krankheit die Arbeit verlässt, und sie weder nachträglich vollendet, noch durch einen andern vollenden lässt, Manu VIII 216. 217, und dazu Kullûka.

Auch das Gesellschaftswesen ist überraschend entwickelt <sup>7)</sup>; das indische Recht kennt Handelsgesellschaften, wie Gesellschaften zur Landeskultur, Gesellschaften bezüglich priesterlicher Funktionen, wie Gesellschaften von Handwerkern und Künstlern; ja, auch militärische Gesellschaften zu gemeinsamen Beutezügen finden ihre rechtliche Behandlung. Ein Jeder ist zu der gesellschaftlichen Einlage bzw. zur Leistung der gesellschaftlichen Thätigkeit verpflichtet, Nârada III 2. 4, vgl.

---

<sup>7)</sup> Vgl. auch beispielsweise über die Kompagnien zur Perlenfischerei Marco Polo (übers. von Bürck) S. 539.

auch Manu VIII 206; er haftet für die Qualität der Einlage, Brihaspati bei Jagannâtha II 2 ch. 3 nr. 51 p. 72. Gewinn und Verlust vertheilt sich in Ermangelung einer besonderen Abrede nach Massgabe der Antheile, und diese bestimmen sich nach Verhältniss der Höhe der Einlagen, Yâjnav. II 259, Nârada III 3, Brihaspati bei Jagannâtha II 2 ch. 3 nr. 5 p. 5. Dieses Princip ist auch bezüglich der Arbeitseinlage durchgeführt; so soll, wenn bei der Gewerbsthätigkeit ein Lehrling, ein Geselle, ein geschickter Handwerker und ein Leiter des Ganzen zusammenwirken, der Gewinn in 10 Theile zerlegt werden, und der erstere einen, der zweite 2, der dritte 3 und der vierte 4 Theile erhalten, Kâtyâyana II 2 ch. 3 nr. 53 p. 78; nach Brihaspati ib. nr. 54 p. 80 soll bei gesellschaftlicher Herstellung eines Werkes der Leiter der Arbeit doppelte Portion bekommen; ebenso bei gemeinsamen Musikaufführungen der Dirigent  $1\frac{1}{2}$  Portion, Brihaspati ib. nr. 55 p. 83; ähnlich hat bei gemeinsamen Beutezügen der Hauptmann vier, der tapferste 3, der thätigste 2 und die übrigen je einen Theil zu beanspruchen, Brihaspati ib. nr. 56 p. 85 und Kâtyâyana ib. nr. 57. p. 86; und diese Regeln sollen analog gelten bei andern Arten gesellschaftlicher Thätigkeit, so dass die Arbeitsleistung zu 1, zu 2, zu 3, zu 4 Einlageportionen berechnet werden kann, vgl. Kâtyâyana ib. nr. 61 p. 92. Die Haftung für Culpa ist bereits erwähnt; umgekehrt soll aber auch derjenige, welcher durch seine Bemühungen ein gemeinsames Objekt von dem Untergang befreit hat, als Belohnung  $\frac{1}{10}$  des Werthes erhalten, Yâjnav. II 260, Nârada III 6, Brihaspati bei Jagannâtha II 2 ch. 3 nr. 15 p. 13, Kâtyâyana ib. nr. 17. p. 14; und wenn ein Socius bei einem gemeinsamen Beutezug in Gefangenschaft gerathen ist, so soll ihm das Lösegeld aus der Gesellschaftskasse ersetzt werden, Kâtyâyana bei Jagannâtha II 2 ch. 3 nr. 57 p. 86; was umsomehr der Gerechtigkeit entspricht, als die Gefangennahme in diesem Falle nicht nur ein bei Gelegenheit des Gesellschaftsgeschäftes erlittener Zufalls-

verlust <sup>8)</sup>, sondern ein durch die Gesellschaftsthätigkeit selbst provocirter Verlust, eine Folge der in dieser Gesellschaftsthätigkeit liegenden Aussetzung der persönlichen Freiheit ist.

Bei der Beendigung der Gesellschaft findet eine Theilung statt, wie solche in den indischen Rechtsbüchern, z. B. Nâ-rada XIII, bei Gelegenheit des Erbrechts geschildert ist. Auch vor dem Endtermine kann ein Gesellschafter ausgeschlossen werden, wenn ihm Unehrlichkeit nachgewiesen wird, Yâjnav. II. 265.

In höchst eigenthümlichem Lichte tritt uns der Spielvertrag entgegen. Dass die Inder leidenschaftliche Spieler waren, weiss jeder Kenner des indischen Alterthums, und mannigfach bietet uns die indische Literatur Beispiele erhitzter Spiel-scenen: nicht nur das Spiel mit Würfeln war eine indische Leidenschaft, sondern auch die Spiele in Verbindung mit Wettkämpfen von Hahnen, Widdern u. dergl. <sup>9)</sup>. Es ist ein allen starkpassionirten Völkern gemeinsamer Zug, dass sie einen Trieb empfinden, von Zeit zu Zeit ihre Leidenschaften auf's höchste zu spannen, Erwartung, Furcht, Hoffnung im jähesten Wirbel in sich kreisen zu lassen, damit die einmal heftig entladene Leidenschaft die ersehnte Ruhe bringe. So erklärt sich die Spielsucht der Inder, wie das „panem et circenses“ der Römer, wie die toros der Spanier. Sie entstammen demselben psychologischen Motor, wie der heutige Sensationsroman: sie sind

---

<sup>8)</sup> Vgl. fr. 52 § 4, fr. 60 § 1, fr. 61 pro socio. Im römischen Rechte ist die Ausdehnung der gesellschaftlichen Ersatzpflicht auf den bei Gelegenheit der Gesellschaftsgeschäfte erlittenen individuellen Schaden erst seit Julian anerkannt; Labeo war energisch dagegen, fr. 60 § 1 cit.

<sup>9)</sup> Vgl. Zimmer, altindisches Leben S. 283 fg. und die dort citirten Stellen aus den Veden. Im Mricchakatika (übers. von Böhtlingk, Petersburg 1877) Akt II (Uebersetzung S. 29 fg.) führt die unbezähmbare Spielsucht zu einer Scene von schlagender komischer Kraft.

eine acute psychologische Krankheit, um der chronischen Leidenschaft eine Periode der Ruhe zu bieten. Damit soll natürlich weder das eine noch das andere gerechtfertigt, es soll in keiner Weise die sittliche Verwerflichkeit beschönigt, wohl aber eine richtigere psychologischhistorische Würdigung, ein richtigeres inneres Verständniss von Volkerscheinungen erzielt werden, über welche man nur abzusprechen pflegt, ohne ihren völkerpsychologischen Charakter zu erklären. Diesem sittlich wie ökonomisch ruinösen Spieltrieb gegenüber hat nun die indische Politik ein verschiedenes Verfahren eingeschlagen: eine strengere Richtung bedroht den Spieler wie den Inhaber der Spielbank unterschiedslos mit schweren Strafen; eine zweite Richtung sucht den Hauptauswüchsen des Verderbens dadurch zu begegnen, dass sie das Spiel staatlich monopolisirt, indem die Regierung gewisse Spielbanken concessionirt und den dortigen Spielverträgen den vollen Rechtsschutz sichert, dabei aber der Spielbank zugleich eine hohe Abgabe auferlegt und diese dadurch zu einem Gliede im staatlichen Finanzsystem erhebt. Man möchte glauben, eine Schilderung moderner occidentalischer Regierungssysteme zu hören, und doch findet sich diese Doppelströmung in Indien schon seit Jahrhunderten, nur dass der Spieltrieb der Inder viel unbändiger, und damit die Frage viel acuter gewesen ist, als bei uns.

Auf den streng sittlichen Standpunkt stellt sich Manu IX 221 fg.: der König solle die Spiele mit belebten und unbelebten Dingen gänzlich aus seinem Reiche verbannen, das Spiel sei so schlecht, wie der Diebstahl; Spieler wie Bankhalter solle der König mit körperlicher Strafe belegen. Anders Yâjnav. II 199 fg. und Nârada XVI 1—8: das Spiel ist erlaubt, aber nur in öffentlich concessionirten Spielhäusern, welche von dem gewinnenden Spieler bestimmte Procentsätze beziehen und davon einen bestimmten Theil an den Staatsschatz abzuliefern haben. Und zwar ist ein solches Spiel nicht nur gültig, sondern auch klagbar, und haben die Gerichte dem Spieler volle Rechtshilfe zu leisten, Spieler sollen Zeugen

sein<sup>10)</sup>. Dass nicht nur um Geld, sondern auch um Sklaven gespielt wurde, beweist Nâra da V 25. Strafen wegen Falschspielens finden sich bei Yâjnav. II 202, Nâra da XVI 6, und bereits bei Vishnu V 134. 135; wie denn das Falschspielen ein altes, tief eingewurzelt Laster war, vgl. die Nachweise bei Zimmer, altindisches Leben S. 286. Uebrigens lässt Manu VIII 159 selbst von seiner Strenge nach, wenn er erklärt, dass der Sohn und Erbe nicht verpflichtet sei, die Spielschulden seines verstorbenen Vaters zu bezahlen, ebenso wie dies bereits Gautama XII 41 bestimmt, vgl. auch Yâjnav. II 47; so dass hierbei doch eine Verpflichtung, seine eigenen Spielschulden zu zahlen, unterstellt wird. Dass übrigens das Unterhaltungs- und Gesellschaftsspiel nicht verpönt war, ergibt sich evident aus Âpastamba II 10, 25 § 12. 13, wornach im königlichen Palaste ein Spieltisch aufgestellt werden soll, zu welchem Personen der ersten drei Kasten zugelassen werden.

Soweit von obligatorischen Verträgen. Die Lehre von den Obligationes ex delicto spielt zu sehr in die strafrechtlichen Fragen hinein, als dass sie hier eine vollständige Entwicklung finden könnte. Hier sollen daher nur einige bedeutsame Seiten derselben zur Darstellung kommen. Sach- und Körperbeschädigung finden bereits eine höchst sachgemässe Behandlung. Wer eine Sache beschädigt, hat den Schaden zu ersetzen, wozu noch eine nach Umständen verschiedene Geldstrafe an den Staat hinzutritt, Vishnu V 108. 109 und 172. 59. 76, Manu VIII 288. 289, Yâjnav. II 223. Wie hier der Schaden, so sind bei Körperverletzungen die Heilkosten zu ersetzen, Vishnu V 75, Manu VIII 287, Yâjnav. II 222; auch hier treten öffentliche Strafen hinzu. Dass übrigens dabei nur absichtliche oder doch culpose Läsionen unterstellt werden, beweist die Behandlung der Sache bei Verletz-

<sup>10)</sup> Auch im Mricchakatika Akt II (Uebers. S. 36) wird die Möglichkeit der Klage aus der Spielschuld vorausgesetzt, was umso bezeichnender wäre, wenn das Drama wirklich von dem König Çûdraka stammen würde, dem es zugeschrieben wird (Uebers. S. 2).

ungen durch Fuhrwerke: es soll hier eine Geldbusse nur eintreten, wenn ein Fall von Ungeschicklichkeit vorliegt, *Manu* VIII 291 fg., *Yâjnav.* II 299, nicht wenn das Unglück begegnet ist, indem die Zügel rissen oder das Joch brach; ja, selbst die culpa in eligendo scheint das indische Recht zu berücksichtigen: denn der Insasse des Fuhrwerks soll im Falle des Ungeschicks des Fuhrmanns haften, er soll aber nicht haften, wenn der Fuhrmann geschickt, aber nachlässig war, vgl. *Manu* VIII 294; — wie ja auch das indische Strafrecht die subjektive Seite des Deliktes ganz evident entwickelt und namentlich Nothwehr und Nothstand richtig gewürdigt hat, *Vishnu* V 189. 190, *Manu* VIII 349—351, 341.

Dass übrigens auch das indische Recht einst auf dem niedern Standpunkte sich befunden hat, auf welchem bei der Sühnung des Deliktes nur der verletzende Erfolg, noch nicht die subjektive Rechtswidrigkeit in Betracht kam, beweisen die schweren religiösen Büssungen, welche demjenigen auferlegt werden, der, auch ohne Vorsatz oder Verschuldung, einen Andern getödtet hat, *Âpastamba* I 9, 24 § 1 fg., *Manu* XI 73 fg. 128 fg., *Yâjnav.* III 266 fg. Wie bei sonstigen Kulturvölkern, ist auch hier der frühere Standpunkt des Rechts in den religiösen Gebräuchen wiederzuerkennen; denn die Religionen sind beständiger, als das Recht: die antiken Religionskulte sind Gefässe, welche Rechtsanschauungen noch in sich tragen, die im Leben längst verflüchtigt sind.

Interessant ist endlich die Haftung für Beschädigung durch Thiere, insbesondere durch Heerdethiere. Das eigentliche Noxalprincip ist dem indischen Rechte fremd; seine Behandlungsweise harmonirt mit unserer modernen Anschauung mehr, als das, in dieser Hinsicht, von fremdartigen Anschauungen getragene römische Recht. Im Allgemeinen ist der Eigenthümer des Thieres haftbar für den durch dasselbe herbeigeführten Schaden, insbesondere für das Abweiden und Zertreten fremder Felder, vgl. *Gautama* XII 19 fg., *Vishnu*, V 141, *Manu* VIII 241 cf. 240, *Yâjnav.* II 161, *Nârada* XI

31 fg., 37 fg. Ist aber das Thier einem Hirten übergeben, so ist nur dieser verantwortlich, vgl. die citirten Stellen und Kullûka bei Jagannâtha II p. 357. Die Entschädigungspflicht fällt weg, wenn der Beschädigte selbst durch eine unentschuld bare Sorglosigkeit zu dem Schaden beigetragen; so wenn er die Vorkehrungen nicht getroffen hat, welche gegen derartige Schäden getroffen zu werden pflegen, insbesondere wenn er sein Feld nicht eingezäunt hat, Gautama XII 21, Vishnu V 148, Nârada XI 39; und auch derjenige Schaden wird sowohl dem Eigenthümer des Thiers als auch dem Hirten zugute gehalten, welcher selbst durch die sorgfältigste Bewahrung des Thieres nicht verhütet werden kann, so insbesondere, wenn in der Nähe der Strasse oder der gemeinen Weide etwas abgegrast wird, Vishnu V 147, Nârada XI 39; dazu kommt noch die kulturgeschichtlich interessante Bestimmung, dass der Eigenthümer für den Schaden nicht aufzukommen hat, der von einem Wucherstier oder einer Kuh, die erst gekalbt hat, angerichtet wurde, Vishnu V 150, Manu VIII 242, Yâjnav. II 163.

Hiermit ist die Haftung für Thiere auf die Grundlage gestellt, welche gesetzlich die angemessenste ist. Die Grundlage ist aus der Culpalehre zu entnehmen; aber nicht so, als ob die Haftung im einzelnen Falle nur bei nachgewiesener Culpa eintreten würde, sondern so, dass der Eigenthümer, der sonst regelmässig haftet, die Haftung da ablehnen kann, wo er die Sorge für das Thier in verkehrtsentsprechender Weise einem Andern übergeben hat, oder wo durch die schädigende Thätigkeit selbst die sorgfältigsten Vorsichtsmassregeln vereitelt wurden; insbesondere aber da, wo der Beschädigte selbst die von der Regel des Lebens gebotene Vorsicht ausser Acht gelassen hatte.

Soweit das indische Obligationen- und Pfandrecht. Spätere Forschungen werden die gegebenen Resultate in manchem ergänzen, in manchem auch berichtigen können; insbesondere, wenn die indischen Rechtsquellen mehr und mehr zugänglich



gemacht werden, wie dies bereits in erfreulicher Weise begonnen worden ist. Kein Jurist aber, welcher das indische Obligationenrecht verfolgt, wird ihm den Zoll der Anerkennung und Bewunderung versagen können, sowohl was den tiefen ethischen Geist, die feine Berücksichtigung der subjektiven Elemente, als was die technische Entwicklung der einzelnen Rechtsconsequenzen betrifft. Nur muss sich ein Jeder dazu verstehen, die fremdartige Weise des Argumentirens, die spitzfindige, subtile Art des Raisonnements, das ungesunde Deuteln der indischen Jurisprudenz, die völlig unbrauchbare schulmeisterliche Methode ihrer Klassificirungen und Systeme als unfruchtbares Gestrüpp zu durchhauen und bei Seite zu werfen; ebenso wie keiner die hehre Weisheit der Upanishaden geniessen kann, ohne die bittere Schale unzähliger haarspaltender Logicismen, gehaltloser Wortspielereien und formalistischer Distinktionen zu durchbrechen. Auch das römische Recht wäre nicht die hohe Schule der Jurisprudenz geworden, wenn man an den falschen Eintheilungen und Definitionen römischer Juristen hängen geblieben wäre, oder gar in den Irrgängen der Postglossatoren den Hauptzug des römischen Rechts, die Hauptkraft seines Wesens gesucht hätte.

## 2) Die assyrischen und babylonischen Rechtsurkunden <sup>1)</sup>.

Zu den glänzendsten Parthien der archäologischen Jurisprudenz wird einstens die ägyptische und assyrisch-babylonische Rechtsgeschichte zählen, wie sie jetzt allmählig aus den zahllosen uns erhaltenen Rechtsurkunden an's Licht tritt. Wenn einstens diese Urkunden in der Mehrzahl edirt und durch sichere Uebersetzungen zugänglich gemacht sind, wenn einstens die philologische Wissenschaft genügend entwickelt ist, um

---

<sup>1)</sup> Vgl. zum Folgenden das Hauptwerk: Oppert et Ménant, documents juridiques de l'Assyrie et de la Chaldée (Paris 1877); sodann: Oppert in den Verhandlungen des Würzburger Philologencongresses (1868) S. 131 fg. 136, denselbe im Göttinger Gelehrten Anzeiger 1878

über wichtige Punkte keinen sprachlichen Zweifel mehr übrig zu lassen: wird die Jurisprudenz mit klarem Auge in eine Zeit zurückblicken, in welche seither keine juristische Speculation zurückzugreifen gewagt hätte; in eine Zeit, die juristisch dachte, ehe Rom gegründet war und ehe die römischen Könige und Pontifizen des Rechts pflegten. Namentlich sind es die assyrisch-babylonischen Keilschrifturkunden, die uns auf unzähligen Täfelchen Kunde geben von dem rechtlichen Leben und Ringen, von dem Denken und Trachten ehemaliger hochentwickelter Völker, welche vor mehr als zwei Jahrtausenden den Kampf des Lebens gekämpft und sich gegenseitig übereinander geschoben haben, bis die wuchtige Kraft arischer Völker sie gebrochen und auf ihren Trümmern eine neue Kultur aufgebaut hat.

Bekanntlich sind die semitischen Völker, welche sich am Euphrat und Tigris ansiedelten, nicht die ersten Gründer der dortigen Kultur gewesen; sie haben dort bereits die Sumerier, ein Volk auf hoher Kulturstufe, angetroffen<sup>2)</sup>, dem sie auch ihre Schrift entlehnt haben. Welchem ethnischen Kreise dieses Volk angehörte, ob es turanischer Race war und mit den Mongolen zusammenhängt, oder kuschitischer Abstammung und mit den Aegyptern verwandt ist, kann heutzutage unsoweniger als entschieden gelten, als gegenüber den zuversichtlichen Aufstellungen hervorragender Assyriologen im ersteren Sinne wieder

---

S. 1035 und 1879 S. 1601 fg., denselbe im Journal asiatique 1880 p. 543 fg. (les tablettes juridiques de Babylone), Haupt, die sumerischen Familiengesetze (1879) p. 15 fg., Boscawen, Babylonian dated tablets and the canon of Ptolemy, in den transactions of the society of biblical archaeology VI (1878) p. 3 fg., Pinches, Remarks on Babylonian contract tablets and the canon of Ptolemy ib. VI. p. 484, Krall, demotische und assyrische Contracte (1881).

<sup>2)</sup> Ob dasselbe als sumerisch, oder richtiger als akkadisch zu bezeichnen ist, bleibt allerdings controvers; für akkadisch ist z. B. Lenormant, vgl. beispielsweise dessen Syllabaires cunéiformes p. 15 fg.; und über die ganze Frage neuestens Delitzsch in der Uebersetzung von G. Smith's Chaldäischer Genesis p. 271, wo auch Litteratur.

neuerdings ein Kenner wie Lepsius, Nubische Grammatik (1880) p. CVI fg. <sup>3)</sup>, mit gleicher Zuversicht für das letztere aufgetreten ist. Diese Frage haben Andere zu entscheiden; die Jurisprudenz aber hat an diesem Urvolke deshalb ein lebhaftes Interesse, weil uns Ueberreste aus Rechtsschriften dieses Volkes in überraschender Weise erhalten sind. In der grossen Bibliothek, welche der assyrische König Assurbanipal <sup>4)</sup> im 7. Jahrhundert v. Chr. anlegen liess, findet sich eine Reihe von Erläuterungen und Uebersetzungen aus der Sprache dieses turanischen oder kuschitischen Urvolkes, und darunter auch Uebersetzungen von Rechtsformeln, welche einen hohen Kulturzustand des Rechts verrathen. Eine Reihe solcher Darstellungen ist mit lateinischer Uebertragung und mit Erläuterungen bei Oppert et Ménant p. 9–78. wiedergegeben. Wir finden hier Kauf und Verkauf; wir finden bereits den Satz, dass, wenn das Verkaufsobjekt nicht von richtiger Güte ist, der Verkäufer eine Geldstrafe zu entrichten hat, Opp. et Mén. p. 35. Wir finden bereits das verzinsliche Darlehen und bereits Bestimmungen über die Höhe des Zinsfusses: der Zins von 10 Drachmen soll sein 2 Drachmen, von einer Mine (= 60 Drachmen) 12 Drachmen, also  $\frac{1}{5} = 20\%$ ; nach unserem Begriff ein eminent hoher Zins, aber durchaus nicht der höchste Zins, welchen die Völker des Orientes angenommen haben; auch scheint diese Aufstellung keine Schranke des conventionellen, sondern die Fixirung eines gesetzlichen Zinses zu enthalten, wie sich dies aus spätern Urkunden ergibt.

Wir finden bereits das Verhältniss zwischen dem Herrn und dem Gutspächter oder Theilbauer, der gegen eine entsprechende Quote des Erträgnisses für eine oder mehrere

---

<sup>3)</sup> Vgl. auch Hommel, die neueren Resultate der sumerischen Forschung in der Z. der morgenl. Gesellsch. XXXII S. 177. 184, Haupt, die sumerischen Familiengesetze p. VI, Krall a. a. O. S. 15.

<sup>4)</sup> Der Sardanapal der Griechen. Ueber dessen Bibliothek vgl. G. Smith, the Chaldean account of Genesis p. 33, Duncker, Geschichte des Alterthums II p. 308.

Fruchtperioden in den Genuss gesetzt wird, Opp. et Mén. p. 26. 32. Auch das Depositum wird erwähnt, Opp. et Mén. p. 39. 40.

Mit dem Obligationenrecht ist regelmässig das Pfandrecht entwickelt, beides pflegt sich gegenseitig zu bedingen; so findet sich denn auch hier Pfandrecht an beweglichen, wie an unbeweglichen Sachen, Opp. et Mén. p. 15. 35; insbesondere auch das antichretische Pfand, ib. p. 15 Z. 27—29, wo der Gebrauchsnutzen und die Früchte mit den Zinsen wettgemacht werden; wie es scheint auch der Verfall des Pfandes bei Nichtzahlung, ib. p. 15 Z. 35—38.

So ist auch die Ehe und die Familie entwickelt; von der Ehe finden sich treffliche Charakteristiken, Opp. et Mén. p. 41 Z. 25—27, auch scheint ib. S. 40 Z. 5—8 von der Dos die Rede zu sein. Dem Manne ist das Recht zugesprochen, seine Frau aus geringen Gründen zu verstossen, welche Verstossung unter gewissen Formen zu geschehen hat, vgl. ib. p. 55 und Oppert im Göttinger Gelehrten Anzeiger 1879 S. 1613. Die Frau dagegen kann sich von dem Manne nur wegen eines Verbrechens trennen, welches den Tod verdient. Ebenso können die Eltern sich von den Kindern ohne schwere Veranlassung lossagen, die Kinder von den Eltern aber nur in den allerschwersten Fällen, Opp. et Mén. p. 56 Z. 22 fg., Oppert im Göttinger Gelehrten Anzeiger 1879 S. 1610<sup>5)</sup>. Auch von Sklaven und von dem Loskaufen aus der Sklaverei ist die Rede, O. et M. p. 14; der Aufseher, welcher den

---

<sup>5)</sup> Ich folge bezüglich dieser sog. sumerischen Familiengesetze der Uebersetzung von Oppert im Göttinger Gelehrten Anzeiger 1879 S. 1610, muss aber bemerken, dass andere Forscher bedeutend anders übersetzen; so insbesondere Haupt, die sumerischen Familiengesetze (1879) S. 43, welcher das Gesetz bezüglich des Kindes und Vaters dahin wiedergibt, dass, wenn das Kind dem Vater sagt: „mein Vater Du nicht sein“, der Vater es scheeren, ihm Knechtsdienste auferlegen und es für Geld hingeben könne. Vgl. aber dagegen die Bemerkungen Oppert's an der letztcitirten Stelle.

Slaven verstümmelt oder tödtet, haftet dem Herrn, O. et M. p. 58 Z. 14 fg., Oppert im Göttinger Gelehrten Anzeiger 1879 S. 1610.

Nehmen wir noch dazu, dass in diesen Quellen auch von Besitz und Besitzesübertragung, sowie vom Versprechen und seiner Erfüllung im Allgemeinen die Rede ist, O. et M. p. 39. 41, sowie, dass neben einem förmlichen gerichtlichen Verfahren eine Berufung an den König anerkannt wird, allerdings mit hoher Succumbenzpön O. et M. p. 51. 52. 53. 59; dass endlich bereits der Gebrauch der Siegel zur Bestärkung und Authentisirung der Urkunden bekannt war, ib. p. 68 fg., — so wird ein Zweifel nicht mehr bestehen können über die beträchtlich hohe Kulturstufe des sumerischen Volkes, über welches sich die semitischen Stämme der Babylonier und Assyrer geschoben haben, um Jahrhunderte lang mit kräftiger Hand die Träger und Verbreiter der vorderasiatischen Kultur zu sein, bis der persische Heros das Scepter ihren Händen entrang. Sollte es gestattet sein, mit den Mitteln der Jurisprudenz wissenschaftlich in die Controverse über die Herkunft des sumerischen Volkes einzugreifen, so wäre zu sagen, dass eine so hohe Rechtskultur entschieden zu Gunsten eines kuschitischen, mit den Aegyptern zusammenhängenden, Volkes und gegen die turanische Abstammung spricht.

Die assyrisch-babylonische Rechtskultur selbst aber wird durch eine grosse Reihe von Urkunden illustriert, deren vollständige Entzifferung uns einstens in Stand setzen wird, eine volle Rechtsgeschichte dieser Völker zu schreiben. Die Urkunden reichen bis um das Jahr 1100 v. Chr. zurück, wo Assyrien und Babylonien noch rivalisirend nebeneinander bestanden, sie finden sich in grosser Menge während der Alleinherrschaft des assyrischen und des babylonischen Reichs, während der persischen Herrschaft, während der Herrschaft der Seleuciden, ja noch über diese hinaus, — über ein Jahrtausend der Rechtskultur durch Geschäftsurkunden illustriert!

Zu den ältesten Urkunden gehören Krongutsschenkungen

und Krongutsverkäufe der babylonischen Könige bzw. ihrer Repräsentanten an ihre Leute, Anweisungen auf unterworfenen Ländereien, auf eroberten Grund und Boden; die Grenzen werden durch agrimensores abgesteckt, der Preis in Viehstücken u. dgl. festgesetzt, welche in solutum zu geben sind. Bekanntlich hatten die Babylonier und Assyrer kein gemünztes Geld; das Edelmetall wurde gewogen und die Preiseinheit bestimmte sich nach einem Gewichtsfixum. Diesem Metallwägegeld ist sicher das Viehgeld vorhergegangen, vgl. meine Nachweise in der krit. Vierteljahrsschr. N. F. IV S. 168, und jedenfalls wurde noch lange Zeit nach Fixirung der Metallgeldeinheiten die Zahlung durch Viehstücke beibehalten, welche nunmehr nach den Metallgeldeinheiten angeschlagen wurden, ganz wie dies auch in Deutschland lange Zeit der Fall gewesen ist. Eine vortreffliche Bestätigung dessen bietet die Urkunde O. et M. p. 118. 119. Auch eine Brautgabe des Vaters an die Tochter zu Gunsten der Ehe ist uns aus dieser alten Zeit erhalten, O. et M. p. 87 fg.

Wie sehr das Recht hier noch in Verbindung mit der Religion steht, beweisen die furchtbaren Verwünschungsformeln, welche diesen Urkunden ein eigenthümlich düsteres Gepräge geben; denn kaum lässt sich ein schrecklicherer Schrecken ausmalen, als die Uebel, welche auf das Haupt dessen herabbeschworen werden, welcher in die, durch diese Verträge erlangten, Rechte eingreift, oder die Rechtsurkunde verbirgt oder beseitigt. Die Verwünschungen übertreffen bei weitem dasjenige, was man im Mittelalter an Verwünschungen den Juden im Judeneide angesonnen hat.

Ein profaneres Gepräge tragen die bei O. et M. p. 145 fg. mitgetheilten Urkunden aus dem assyrischen Reiche, wovon einige vor Tiglat-Pileasar fallen, wesshalb bis jetzt ihre Daten noch nicht genau zu bestimmen sind; die meisten aber sind aus der Regierung und nach der Regierung desselben. Die Daten wurden nämlich in Assyrien nach bestimmten Persönlichkeiten, nach massgebenden Eponymen bezeichnet, welche

dem Jahre ihren Namen verliehen. Listen solcher Persönlichkeiten besitzen wir, aber sie sind nicht vollständig, so dass die Daten vor Tiglat-Pileasar, also vor der Mitte des 8. Jahrh. v. Chr., noch kaum in unsere Zeitrechnung umzusetzen sind<sup>6)</sup>. Immerhin haben auch schon die Urkunden unter Tiglat-Pileasar ein respektables Alter, sie correspondiren fast noch mit dem Jahre der Gründung Roms und der angeblichen Regierung des Romulus, sie sind älter als die Tage, in welchen Romulus in die Wolken gehoben wurde oder Numa mit der Nymphe Egeria conversirte.

Die Urkunden enthalten Umsatz- wie Darlehensverträge. Die Umsatzgeschäfte sind der grossen Mehrzahl nach Kaufgeschäfte. Was oben von der Entwicklung der Umsatzcontracte gesagt wurde, dass dieselben auch als Realcontracte ursprünglich *minus quam perfecti* waren und einen Rücktritt gegen Strafe zuliessen, findet hier eine glänzende Bestätigung: Fast in allen Kaufurkunden findet sich die constante Form, dass, wer vom Verkaufe zurücktritt, eine bedeutende Geldbusse, gewöhnlich in den Tempel der Istar, der assyrischen Venus<sup>7)</sup>, zu entrichten hat, und ebenso eine Entschädigung an den Vertragsgegner, entweder das zehnfache des Kaufpreises, oder  $\frac{1}{10}$  desselben — ob das eine oder andere, soll nach dem Stand der Forschungen noch nicht zu entscheiden sein; wahrscheinlich ist das 10fache das richtige, denn aus der ganzen Behandlung der Sache geht das Bestreben hervor, die Verträge möglichst fest zu nähen, vgl. auch Urkunde p. 220. Dass es aber dieser Mittel bedurfte, ist eben ein Zeichen der

---

<sup>6)</sup> Vgl. O. et M. p. 144, Schrader, Keilschriften und Geschichtsforschung S. 299 fg., Oppert im Göttinger Gelehrten Anzeiger 1879 S. 776 fg.

<sup>7)</sup> Dieselbe, von welcher das berühmte assyrische Gedicht: Die Höllenfahrt der Istar, handelt, das von Schrader übersetzt ist, — ein interessantes Seitenstück zu der Proserpina- und Freyasage. Istar ist dieselbe, welche bei den Hebräern als Astoret bezeichnet wird. Vgl. über sie auch Schrader in der Zeitschr. der Morgenl. Gesellsch. XXVII S. 403.

Unvollkommenheit der damaligen Rechtsbildung, welche zwar die Auflösung der Verträge verbieten und mit Strafe belegen konnte, aber noch nicht bis zur rechtlichen Unmöglichkeit der Auflösung, bis zur juristischen Gebundenheit vorgeschritten war. Denn für den Fall, dass die Strafe bezahlt wird, heisst es: er ist vom Verträge befreit, er hat nicht verkauft d. h. er wird als ein solcher behandelt, der nicht verkauft hat. Wohl aber wird bei der Höhe der Busse von diesem Rücktrittsrechte wenig Gebrauch gemacht worden sein. Derartige Kaufverträge finden sich O. et M. p. 147. 150. 153, p. 160 (vom Jahre 717), p. 164 (v. J. 708), p. 169 (v. J. 698), p. 172 (v. J. 694), p. 175 (v. J. 692) u. s. w. u. s. w., bis gegen Ende des assyrischen Reiches<sup>8)</sup>, Hauptkaufgegenstände sind Sklaven, Häuser und Felder.

Wie der Kauf, wird auch der Tausch behandelt, so Urk. p. 210 (Austausch eines Sklaven gegen eine Sklavin). Auch Pachtcontracte finden sich, O. et M. p. 198. 217: es wird auf 6 Jahre hinaus je eine Ernte des Jahres, bald die Frühjahrs-, bald die Herbsternthe dem Pächter gegen eine bestimmte Summe überlassen. Bemerkenswerth ist aber, dass die Sprache der Urkunden für Pacht und Kauf noch dieselbe Bezeichnung trägt, die Rechtssprechung hat sie noch nicht differenzirt: das Wort *ilku* bezeichnet kaufen und pachten, offenbar ist die Grundbedeutung „nehmen“, entsprechend dem hebräischen *lakach*; wie es ja auch in Rom eine Zeit gegeben hat, wo beide Geschäfte noch nicht geschieden waren, so dass auf gewissen Gebieten der gemeinsame Sprachgebrauch bis in die späteren Zeiten fort dauerte, vgl. Voigt *jus naturale* IV S. 592, Degenkolb, *Platzrecht und Miethe* S. 134, Bechmann, *Kauf* S. 420 fg. Bemerkenswerth ist noch die Clausel, dass die etwaige Missernte mit Geld ausgeglichen werden soll: also Garantie eines bestimmten Erträgnisses.

---

<sup>8)</sup> Auch Urkunde O. et M. p. 243 gehört hierher, welche daselbst irrig mit *Louage d'immeubles* überschrieben ist.



Die zahlreichen Darlehensurkunden weisen auf einen gesetzlichen Zinsfuss hin; denn sie entbehren vielfach der vertragsmässigen Zinsbestimmung; wohl aber findet sich die Vereinbarung, dass der Zins nur bis zu einem bestimmten Vielfachen des Kapitals ansteigen soll, so bis zum doppelten, O. et M. Urk. v. 676 p. 186 und Urk. p. 234, so bis zum dreifachen, Urk. v. 711 v. Chr. O. et M. p. 162, v. 675 ib. 187, bis zum vierfachen Urk. v. 683 ib. p. 181, Urk. ib. p. 155, p. 226, p. 232, p. 239, p. 247. Hat der Zins die betr. Höhe erreicht, so ist offensichtlich das Kapital zu restituieren, oder es werden die dafür gegebenen Pfänder fällig. Ein Conventionalzins ist bestimmt in Urk. v. 669 O. et M. p. 193: der Zins ist für 4 Minen monatlich 5 Drachmen, folglich (da eine Mine = 60 Drachmen)  $2\frac{1}{2}\%$  jeden Monat oder  $25\%$  pr. Jahr etwas höher daher, als der Legalzins der sumerischen Gesetze von  $20\%$  pr. Jahr, welchen wir als den fortdauernden gesetzlichen Zins im assyrischen Reiche annehmen können. Eine Conventionalpön in Gestalt eines Zinses enthält die Urkunde O. et M. p. 231: 8 Drachmen sind an einem Stichtage zu bezahlen; wenn nicht bezahlt, steigert sich die Summe um den Zins von  $\frac{1}{2}$  Drachme.

Ob in allen diesen Darlehensfällen, wie aus einigen Uebersetzungen und Ueberschriften bei O. et M. zu entnehmen wäre, von Darlehen mit Hypothekensicherung die Rede ist, hängt von der Bedeutung des Wortes buhi in der Phrase „ina buhi itasu“ ab, über welche ich nicht zu urtheilen vermag. Das Wort buhi ist bei Norris, Assyrian dictionary, mit contract, bargain, und die Phrase mit: he borrowed on a bargain wiedergegeben, was ein einfaches verzinsliches Darlehen unterstellt. Dies scheint auch mir das richtige zu sein; denn ein hypothekarisches Darlehen ohne nähere Bezeichnung der Hypotheken wäre höchst unwahrscheinlich.

Ein antichretisches Verhältniss findet sich in Urk. p. 158, wo verschiedene Viehstücke zur Pfandbenutzung übergeben werden, und in Urk. p. 234, wo ein Grundstück mit seinem

Fruchtertrag dem Gläubiger zur Zinsdeckung überlassen wird; während in einer Urkunde p. 155 ein Grundstück zur Sicherung gegeben ist, welches der Gläubiger nicht abernten darf, so dass die Sicherung nur in dem Grundstück (und seinem Tauschwerth), nicht in seinen Produkten beruht; also Gebrauchs- und Nichtgebrauchspfand!

Interessant ist ferner eine Urkunde über Erhebung öffentlicher Abgaben, in Getreide, O. et M. p. 224, und eine Urkunde über Errichtung einer Gränzmauer p. 251; interessant aber insbesondere die Urkunde p. 220. Denn hier handelt es sich um den Verkauf einer Frau zur Ehe; Verkäufer sind der Vater und die zwei Brüder, die „Herren“ der Frau, Käuferin ist eine Nitocris für ihren Sohn Tachos, der Preis 16 Drachmen, also verhältnissmässig gering, denn der Sklavenpreis in den Kaufsurkunden ist nicht selten 1—1½ Minen. Der Rücktritt seitens der Verkäufer ist gegen 10 Minen = 600 Drachmen gestattet. Eigenthümlich ist der Schluss der Urkunde, wo die Rede ist von drei Männern, welche nach der wörtlichen lateinischen Uebersetzung bei O. et M. p. 222 Z. 30 fg. bezeichnet werden als: heredes feminae ex causa ligationis manuum et fenorum pignoris Karmeoni; ille heres (si vixisset). Schon bei O. et M. p. 224 findet sich die Aufstellung, dass dieses auf eine frühere erste Ehe der verkauften Frau hindeute. Nach meiner Meinung ist die Sache so zu fassen: Die frühere Ehe der Frau war durch den Tod ihres Mannes Karmeon gelöst; durch dessen Tod fiel die Frau in die Hände seiner Erben, von denen sie für die zweite Ehe mit Tachos zuerst freigekauft werden musste. Deshalb treten diese in der Urkunde auf. Aus dieser zweiten Ehe würde sich auch der niedere Frauenpreis erklären. Und dass nichtsdestoweniger wieder Vater und Brüder als Verkäufer fungiren, erklärt sich wohl daraus, dass eine aus der Gewalt der Erben des ersten Mannes losgekaupte Frau zuerst wieder in die natürliche Familie zurückfällt, von der sie nun weiter verkauft wird. Uebrigens sind die Käuferin der Frau Nitocris und ihr

Sohn Aegypter, keine Landsleute (vgl. die Annotation bei Opp. et Mén. p. 224).

Die Urkunden erweisen sich fast durchgängig als öffentliche, von einem öffentlichen Beamten, insbesondere einem Richter, aufgenommene Urkunden. Sie wurden in öffentlichen Archiven registriert. Gewöhnlich enthalten sie die Unterschrift einer Reihe von Geschäftszeugen. Die Zeugen unterschreiben, aber versiegeln nicht; dagegen findet sich bei Veräusserungsverträgen regelmässig entweder das Siegel des Veräusserers<sup>9)</sup> oder an Stelle desselben ein Zeichen mit dem Nagel. Vgl. auch die Bemerkungen bei O. et M. p. 140 und Krall S. 18, wo auch über die Art der Siegel einiges erwähnt wird. Mehrere Siegel sind bei O. et M. wiedergegeben.

## § 2.

Wie die babylonische Kultur mit der assyrischen parallel geht, so schliesst sich auch die Geschäftsurkunde aus der Zeit der babylonischen Herrschaft an die assyrische Urkunde an. Und auch nach dem Falle Babylons unter der siegreichen Hand des glänzendsten Helden, welchen die Arier vor Alexander dem Grossen hervorgebracht haben, behielt das Land nicht nur die Sprache, sondern auch die Rechtskultur der früheren Tage bei. Aus diesem Kulturleben sind uns Tausende von Urkunden erhalten, die noch der Edition und Uebersetzung harren<sup>1)</sup>.

---

<sup>9)</sup> Dass die Assyrer Siegelringe zu tragen pflegten, erwähnt auch Herodot I c. 195.

<sup>1)</sup> Die meisten dieser Täfelchen sind bekanntlich erst in der allerneuesten Zeit, erst im Jahre 1876, aufgefunden worden und erst im November 1876 in England angekommen. Sie konnten deshalb in dem 1877 erschienenen Werke von Oppert et Ménant nicht mehr berücksichtigt werden. Einige dieser Täfelchen sind publicirt in den Transactions of the society of Biblical Archaeology VI p. 6 (Boscawen), p. 488 fg. (Pinches), im Original mit Uebersetzung. Die gleichen Urkunden nebst zwei unedirten sind übersetzt von Oppert im Journal asiatique 1880 p. 545 fg., dessen Uebersetzung ich folge.

Das bereits vorliegende Material ergibt folgendes: Nach einer babylonischen Kaufsurkunde v. 558 v. Chr., übers. v. Oppert im *Journal asiatique* 1880 p. 548 fg., sollen die Erben des Verkäufers, welche den Kauf anfechten, den Kaufpreis zurückbezahlen und dazu denselben Kaufpreis zwölfmal weiter entrichten. Dagegen findet sich nicht mehr die Bemerkung, dass dadurch der Kauf wieder aufgehoben, das Geschäft wieder rückgängig gemacht werde, und auch die Fassung der Urkunde, wornach diese nachtheilige Rechtsfolge eintreten soll: wenn der Erbe des Verkäufers in der Klage behauptet, dass das Feld nicht verkauft, dass der Preis nicht bezahlt worden sei, — beweist zur Genüge, dass es sich hier nicht mehr um eine juristisch mögliche Aufhebung des Geschäftes gegen Zahlung eines Strafgeldes handelt, sondern um eine Strafe für das Abläugnen des bindenden und juristisch nicht mehr auflösbaren Geschäftes. Was früher die Strafe war für den juristisch wirksamen Rücktritt vom Geschäft, das ist jetzt Strafe für den juristisch wirkungslosen Versuch, sich vom Geschäft loszubinden durch Läugnung des Geschäftes; eine Strafe, die nichtsdestoweniger, trotz der juristischen Wirkungslosigkeit des Versuchs, ihren guten Sinn hat, weil ein derartiger Versuch faktisch zu Misshelligkeiten, Anständen und Beunruhigungen führt und die Sicherheit des Besitzes erschüttert. Wir haben daher eine juristische Entwicklung vor uns: der *contractus minus quam perfectus* ist zum *contractus perfectus* geworden. Diese Entwicklung lässt sich auch bei andern Nationen und auf andern Gebieten nachweisen. Wie oft geht eine *lex imperfecta*, bei welcher die Zuwiderhandlung nur mit Strafe bedroht ist, in eine *lex perfecta* über, welche die juristische Wirkungslosigkeit des dem Gesetze widersprechenden Aktes statuiert, dabei aber nichtdestoweniger die Strafe der Zuwiderhandlung mit aufrecht erhält!

Dass wirklich der Umsatzvertrag perfekt und bindend geworden war, scheint sich auch aus andern Urkunden der babylonischen und persischen Zeit zu ergeben. So hatte nach

einer Urkunde v. 554 (Oppert im *Journal asiatique* 1880 p. 554 fg.) die Verkäuferin die Uebergabe des Kaufobjektes verweigert, weil ihr der Kaufpreis noch nicht bezahlt worden sei. Im Prozesse wurde sie der Unrichtigkeit überwiesen und deshalb zum Verluste des empfangenen Kaufpreises an den Käufer verurtheilt. In einer Tauschurkunde von 604 O. et M. p. 257 ist nichts mehr von einem Rücktritt vom Geschäfte gesagt, ebenso verhält es sich mit einer Tauschurkunde von 512 ib. p. 272 und mit einer Kaufurkunde v. 508 p. 276.

Aber auch ausserdem bietet diese Periode eine reiche Reihe interessanter Geschäfte; so Wohnungsmiethen, Urk. v. c. 529, übersetzt von Oppert im *Journal asiatique* 1880 p. 545: ein Haus wird lebenslänglich gemiethet gegen einen Miethzins, der je zur Hälfte bei Beginn, zur Hälfte in Mitte des Jahres zu bezahlen ist; Verabredungen über Reparatur, Strafbereidungen für den Fall der Nichterfüllung werden getroffen. Ein Conventionalstrafgeding enthält auch ein zweiter Hausmiethvertrag, der wahrscheinlich gleichfalls aus dem Jahre 512 stammt, Opp. et Mén. p. 274. Ebenso spricht eine Urkunde von 584 bei O. et M. p. 258 von einer Dienstmiethe, indem Jemand als Hüter und Verwalter gewisser Güter eingesetzt ist. Auch der Vergleich scheint vertreten zu sein in einer Urkunde, die wahrscheinlicher Weise des Xerxes fällt, und, charakteristisch genug, es ist ein Vergleich zwischen dem königlichen Schatze und dem Tempel des Sonnengottes, Urk. bei O. et M. p. 285. Eine Urkunde v. 521 im Original und Uebersetzung bei Boscawen, *transactions of the society of Biblical Archaeology* VI p. 6, und in Uebersetzung bei Oppert im *Journal asiatique* 1880 p. 546, spricht von einem Gelddepositum (pukuddu)<sup>2)</sup>; eine Reihe von Urkunden ent-

<sup>2)</sup> Die Uebersetzung Boscawen's weicht von der Oppert's bedeutend ab. Allein pukuddu ist nicht, wie Boscawen übersetzt, Darlehen (loan), sondern Depositum, entsprechend dem hebräischen pakad, wie dies Oppert a. a. O. richtig ausführt. Vgl. auch hebräisches פְּקֻדָּוֹן פְּקֻדָּה

hält abstrakte Schuldscheine, manche durch Bürgschaftsverprechen verstärkt; so eine Urkunde v. 555 O. et M. p. 260, und so wohl auch die Urkunde v. 536 ib. p. 266, ebenso Urk. v. 524 ib. p. 268, vgl. noch Urk. v. 463 ib. p. 278. Bürgschaften kommen auch sonst vor, so in Urk. v. 524, O. et M. p. 269. Also materielle und abstrakte Verträge mit völlig bindender Kraft!

Auch die sonstige Behandlung des Obligationenrechts bietet interessante Züge. Eine *datio in solutum* findet sich in dem Vertrag von 364 v. Chr., wo für eine geschuldete Summe von  $\frac{1}{2}$  Talent eine Ernte überlassen wird, O. et M. p. 280 fg. Und bezüglich des gesetzlichen Zinsfusses geht aus einem Urtheil, übersetzt von Oppert im *Journal asiatique* 1880 p. 547 hervor, dass die Zinshöhe von 20 % per Jahr noch in der Achämenidenzeit herrschend war. Denn hier wird der Schuldner verurtheilt zur Zahlung einer Mine mit Zinsen von 1 Drachme =  $\frac{1}{60}$  Mine per Monat. Die oben ausgesprochene Behauptung über die Fortdauer des sumerischen Zinsfusses im assyrischen Reiche findet hierin ihre volle Bestätigung.

Für das Familienrecht am interessantesten ist die bekannte Urkunde über die Aegypterin Tamun v. 524, vgl. Oppert in den Verhandlungen des Würzburger Philologenkongresses 1868 S. 136, O. et M. p. 269. Das in dieser Urkunde spielende Rechtsverhältniss ist nicht ohne Schwierigkeiten; ich fasse dasselbe so auf: die Tamun ist eine Sklavin, welche ihr Eigenthümer einem gewissen Lakipi zur Benützung zeitweise überlassen hat. Sie wird von einem Dritten um das, was sie gekostet hat, erworben, und zwar in der Art, dass sie von dem Eigenthümer freigelassen und diesem dritten Erwerber zur Ehe gegeben werden soll. Hierüber scheinen sich Streitigkeiten entwickelt zu haben; denn es wird ein Urtheil erwähnt, wornach der seitherige Benützer Lakipi die Sklavin noch bis zu einem bestimmten Zeitpunkte in seinem Dienste behalten, jedoch nicht geschlechtlich gebrauchen

darf, sie aber nach diesem Zeitpunkte dem neuen Erwerber überlassen und ihr noch eine Aussteuer mitgeben soll. Dass sich übrigens eine solche Aussteuer mit dem Institut des Frauenkaufs vollständig verträgt, bedarf keiner Ausführung; es wird eben dann die Frau mit dem Accessorium, mit der Mitgabe gekauft; und dies ist praktisch um so bedeutsamer, als der Frauenpreis gewöhnlich in allgemein conventioneller Höhe fixirt ist und im Laufe der Zeit immer tiefer zu sinken, zuletzt zu einem Scheinpreise zusammenschmelzen pflegt. So erklärt es sich, dass in Babylon beides neben einander vorkommt, wenn man auch geneigt ist, die Darstellung Herodots I c. 196 über die dortige „Frauenbörse“ etwas cum grano salis zu nehmen<sup>3)</sup>. Nach Herodot wurde nämlich in Babylon jeweils eine Art Versteigerung der schönen Frauenzimmer zur Ehe an den Meistbietenden abgehalten, während die hässlichen umgekehrt sich an den Mindestnehmenden zur Ehe gaben, und zwar in der Weise, dass gerade mit dem Kaufpreise, der für die „Schönen“ bezahlt wurde, die hässlichen ausgestattet und an den Mann gebracht wurden — ein allerdings höchst probates Mittel gegen das „alte Jungfernthum“. Jedenfalls ist es unrichtig, wenn man den Frauenkauf bei manchen Völkern rein aus dem Grunde zu läugnen versucht hat, weil bei denselben eine Dos erwähnt wird.

Im Allgemeinen zeigen die Urkunden der babylonischen und persischen Zeit eine freiere Fassung; wie sich die assyrischen Urkunden des 9. und 8. Jahrhunderts von dem düstern, maledicenten Beiwerk der früheren Urkunden befreit haben, so haben sich die Urkunden unserer Zeit von der strengen stereotypen Fassung der vorigen Periode emancipirt. Das Datum wird in den babylonischen Urkunden bekanntlich nicht mehr in assyrischer Weise durch Angabe einer bestimmten,

---

<sup>3)</sup> Vgl. auch Strabo XVI 1 § 20, Aelian var. hist. IV 1. Jacobs, vermischte Schriften VI S. 23 fg. Die Sache wird sich reduciren auf Oeffentlichkeit des Kaufabschlusses und entsprechende Mitwirkung der Obrigkeit.

dem Jahre den Namen gebenden, Persönlichkeit bezeichnet, sondern durch die Jahreszahl seit dem Regierungsantritt des Königs.

### § 3.

Auch aus der seleucidischen Periode sind interessante Keilschrifturkunden erhalten, welche uns ein neues Gebiet des Rechtslebens eröffnen, die Verfügungen *mortis causa*. Sollte es nach den sicheren Erfahrungen der Rechtsgeschichte noch eines weiteren Beweises bedürfen, dass diese Geschäfte später sind, als die *negotia inter vivos*, so braucht nur auf die Erscheinung verwiesen zu werden, dass bei ihnen am längsten die Verbindung mit der Religion fortbesteht, welche sich in der Anrufung religiöser Mächte zur Sicherung der getroffenen Verfügungen, in den Verwünschungen über etwaige Zuwiderhandlung gegen die testatorischen Dispositionen und Verordnungen bethätigt. Ein Blick auf die deutschen Testamente des Mittelalters genügt, um diese Behauptung zu bekräftigen; und so findet sich denn auch in diesen Urkunden aus dem 2. Jahrh. v. Chr. die Anrufung der verschiedensten Gottheiten, was sonst im Rechtsverkehr völlig ausser Uebung gekommen war. Uebrigens enthalten die Urkunden keine Testamente, sondern Vermächtnissverträge, die Legatare nehmen an dem Geschäfte Theil und fügen der Urkunde Unterschrift und Siegel bei. Die Vermächtnisse sind, charakteristisch genug, Rentenvermächtnisse, *annua legata*, welche aber nicht direkt von dem Erben, sondern von einem Fiduciar auszuzahlen sind: es wird zu diesem Zwecke eine Quote des Vermögens designirt, wobei dem Fiduciar ein Theil der Einkünfte zu eigen verbleibt — zu allen Zeiten und bei allen Völkern ist es ja das eigene Interesse, welches den Fiduciar an die testatorischen Bestimmungen ketten, für diese gewinnen, zur Uebernahme der vom Testator übertragenen Aufgabe bereit machen muss. In einer Urkunde findet sich die weitere Bestimmung, dass die Rente zu gewissen Opferzwecken zu verwenden ist. Uebrigens



machen gerade diese Urkunden in Einzelheiten manche Schwierigkeit, und die Auslegung kann nicht immer zu einem sichern Resultate kommen, vgl. über Einzelnes O. et M. p. 322 fg.

#### § 4.

Das assyrisch-babylonische Urkundenmaterial bietet uns Zeugnisse einer hohen Rechtskultur, die aber durchaus auf sumerischer Grundlage beruht. Die Entwicklung zeigt die gewöhnlichen Phasen: Verbindung des religiösen Momentes mit dem Rechte, Profanisirung des Rechts, typische, schematische Gestaltung der Urkunde, sodann allmähliche Befreiung der Einzelpersönlichkeit vom Banne des Schemas, allmähliges Hervortreten der Individualität mit ihren specifisch individuellen Wünschen und Bestrebungen, und damit reichere, vollere Entwicklung des Vertrags- und Dispositionsrechts. Ob sich in diesem Völkerkreise eine eigentliche Rechtswissenschaft entwickelt hat, welche von den einzelnen empirischen Erscheinungen des Rechts auf die Principien zurückgegangen ist, die Fülle der Lebenserfahrung gesammelt, gegliedert und in ihre organischen Gesetze aufgelöst hat? Schwerlich; Ueberreste eigentlich juristischer Literatur sind bis jetzt meines Wissens nicht aufgefunden worden, während sich doch andere Wissenschaften, wie Astronomie und Bodenwirthschaft, in reichen Texten vertreten finden <sup>1)</sup>. Aber auch die Urkunden tragen nicht das Gepräge einer juristischen Cautionaltechnik, welche die rechtlichen Folgen der Geschäfte zu übersehen und ihnen systematisch entgegenzukommen sucht; sie gehen nicht über die naiven Aeusserungen der laienhaften Rechtsbildung hinaus. Nichtsdestoweniger sind dieselben als Zeugnisse naiver Rechtsentwicklung geradezu unschätzbar. Nicht jedes Volk ist zur Rechtswissenschaft geboren, aber jedes Volk ist zum Rechte geboren; kein Volk hat eine Kultur entwickelt, ohne ein Recht

---

<sup>1)</sup> Vgl. über diese Litteratur G. Smith, the Chaldean account of Genesis p. 33 fg.

zu entwickeln, die Rechtswissenschaft dagegen ist, wie die Philosophie, nur wenigen Völkern von hoher sittlicher Kraft und grossem Abstraktionsvermögen verliehen worden. Nur unter gewissen seltenen Vorbedingungen ist es der Menschheit gelungen, den Triumph der Erkenntniss zu erreichen, welcher auch die unsichtbaren und ungreifbaren Mächte des Rechts und der Sittlichkeit zum Gegenstande wissenschaftlicher Forschung macht, diejenigen Mächte, welche nicht in der sinnlichen Welt, auch nicht in der internen geistigen Welt des Individuums, sondern in dem Gesamtgeiste der menschlichen Gesellschaft, in dem Gesamtbestreben der socialen Organismen ihre Stätte haben.

Zusatz zu S. 191. In der neuen Vishnuausgabe Jolly's (Calcutta 1881) lautet Vishnu V 129: *krítamakrínato yâ hânih sâ kretureva syât*, also wörtlich: wenn er das Gekaufte nicht in Empfang nimmt, welcher Schaden (sc. entsteht), der soll des Käufers sein.

(Fortsetzung der rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Forschungen folgt.)

---

## VII.

Ist eine Rechtsphilosophie überhaupt möglich?

und

unter welchen Bedingungen, resp. Einschränkungen?

Von

**Dr. Julius Bahnsen** in Lauenburg in Pommern.

Vorbemerkung. In meinem vorjährigen Aufsätze über Jhering-Dahn habe ich gegen den Schluss das Bekenntniss abgelegt, wie die von mir vertretene „realdialektische Rechtsphilosophie gern und freudig der Wissenschaft folge, welcher diese Zeitschrift gewidmet ist“, weil auch die Realdialektik „allezeit sich stolz ihrer empiristischen Methode gerühmt hat und demgemäss als dankbare Schülerin aufblickt zu ihrer historischen Wegweiserin, also mit nichten im Dünkel einer ‚constructiven‘ Stiefschwester auf dieselbe als Aschenbrödel hinabsieht.“ Mit solcher so freien, wie aufrichtigen Huldigung dürfte ich nun zwar schon glauben, jeder denkbaren Missdeutung vorgebeugt zu haben. Dennoch will ich nicht unterlassen, bei dem etwas skeptisch tingirten Charakter nachstehender Betrachtungen hier noch die Versicherung ausdrücklich voranzuschicken, wie mir nichts ferner liegen kann, als damit das Verdienstliche eines Unternehmens irgendwie in Frage zu stellen, von welchem ich mir vielmehr persönlich zur Klärung meiner eigenen Anschauungen noch mancherlei Förderung versprechen darf, weil meine Philosophie nicht wünscht, mit ihrem Verständniss des vielgestalteten Rechtslebens in der blauen Leere blosser Speculation herumzuflattern, statt sich auf dem festen Boden der Erfahrung mit derben Gliedern zu tummeln.

Seitdem man die Grundgedanken der darwinistischen Entwicklungstheorie auch auf das ethische Gebiet übertragen, hat sich auch hier die Thatsache begeben, dass historische Forschungen zunächst auf kritische und damit bald auch auf skeptische Wege führen. Und seitdem so die naturwissenschaftliche Methode auf Disciplinen angewandt wird, welche bis dahin für ausserphysikalische gegolten, hat sich auch hier der Warnungsruf verbreitet: noch käme Euer Bündniss mit der Philosophie zu früh.

Damit wäre denn die Philosophie ihrerseits angewiesen, einstweilen die Hände in den Schooss zu legen und erst die „Resultate“ weiterer — jenachdem experimentirender oder „vergleichender“ — Untersuchungen abzuwarten, und höchstens auf ihrem allereigensten Felde, als wofür augenblicklich fast ausschliesslich nur noch die Erkenntnisstheorie angesehen wird, wäre es ihr gestattet, ohne Furcht vor Einspruch von dieser oder jener Seite fortzuarbeiten.

Allein solch ein Stillsitzen entspricht sehr wenig dem Wesen, d. h. dem Lebensdrang, dieser unmittelbar vom metaphysischen Bedürfniss vorwärts getriebenen Geistesthätigkeit. Ihrer selbtherrlichen Stellung geziemt es gar wenig, ihre Fortschritte abhängig zu machen von der zufälligen Beschäftigung ihrer Gehülfen und sich zum Nichtsthun verurtheilen zu lassen, bis es diesen gefällig sein wird, ihr neues Material empirisch ermittelter *species facti* zu unterbreiten. Und auf die Dauer ist es diesen selber auch nicht mehr recht geheuer bei dem Bewusstsein, für noch längere Zeit der Leitung durch die vielseitiger erfahrene Mutter aller eigentlich wissenschaftlichen Bestrebungen entbehren zu sollen.

Insbesondere ist, wie es scheint, über die Vertreter der Rechtskunde ein Gefühl davon gekommen, dass die rechte Klärung und Lichtung in der je länger je mehr voraussichtlich überwältigenden Fülle des sich allmählich ansammelnden geschichtlichen Stoffes von einer ausserhalb der eigenen Zunft

stehenden Kraft müsse beschafft werden. Denn man hat die Erfahrung machen können, dass die Befangenheit der eigentlichen Fachgelehrten hier in Einseitigkeiten abführte, welche so oder so das Ziel allgemeingültiger Formulierungen mehr verhüllten als erhellten. Was dabei Bankerott machte, war also auch hier wieder jene bloß verallgemeinernde Abstraction, die auf dem Wege „des entleerenden Hinausdenkens“ zu allumspannenden Begriffen zu gelangen hofft, etwas, was heutzutage im Bereich der Jurisprudenz nicht übel als die „raisonnirnde“ Methode bezeichnet wird.

Die Verlegenheit kann nur um so grösser werden, je massenhafter mit der Ausdehnung des abgesuchten Terrains die heimgebrachte Jagdbeute anwachsen muss. Da häuft sich des scheinbar Unvereinbaren mehr und mehr, und es wird schon bald nicht mehr möglich scheinen, in diess Gewirr von Widersprüchen noch irgend einen gemeinschaftlichen positiven Gedanken hineinzutragen. Es half schon jetzt nicht, dass man mit immer vageren Merkmalen sich begnügte: jede neue Entdeckung sprengte wieder das kaum gestaltete Gefäss, und man mochte es anfangen wie man wollte: jeder jüngere Definitionsversuch scheiterte noch kläglicher als seine Vorgänger — eine Wahrnehmung, welche für das Detail der Jurisprudenz selber schon anerkannt ist von Bekker, wo dieser ausführt, dass auch da gerade vermöge der Vergrösserung des Materials die Uebergänge immer unmerklicher sich gestalten und so die Fixirung von Artbegriffen immer schwerer fällt, um zuletzt vollends unmöglich zu werden.

Hatte somit auch die historische Vergleichung die Rettung nicht gebracht, welche frühere Generationen von der Speculation vergeblich gehofft hatten, so mag die zweifelnde Frage berechtigt erscheinen, ob denn überhaupt die Möglichkeit einer Rechtsphilosophie vorhanden sei oder ob vielmehr die Bedingungen, sei es auf Seiten des Gegenstandes, sei es auf der menschlicher Erkenntnissfähigkeit überhaupt, so beschaffen seien, dass auf eine philosophische Bewältigung der

von der Rechtsgeschichte gestellten Probleme müsse verzichtet werden.

Jedenfalls wird so viel sich ergeben haben: auf dem Wege des bisher noch in allgemeiner Ausübung stehenden wissenschaftlichen Verfahrens lässt sich solche Zuversicht nicht fassen. Die vulgär logische Methode konnte und kann dieses an Widersprüchen so überreichen Stoffes ebensowenig mächtig werden wie der Antinomien des naturkundlichen Wissens, und was eine längst in Misskredit gerathene dialektische Behandlungsweise geleistet hat, war auch nicht dazu angethan, das Verständniss mittels Bestrahlung durch ein ruhiges Licht zu fördern — denn diess Geflimmer hin und her zuckender Reflexe kann das Auge nur blenden und muss schon sehr bald die Sehkraft bis zu völliger Vernichtung abstumpfen.

Zwar rühmt man ja auch heute noch gern der Hegel'schen Rechtsphilosophie nach, sie erst habe die Einsicht erschlossen in den Pendelschwung des historischen Werdegangs mit seiner Alternation von Förderung und Retardation. Allein sie hatte es mit ihrer Darstellung des weltgeschichtlichen „Processes“ eigentlich nicht weiter gebracht als die Euklidische Mathematik mit ihren geometrischen Beweisen: es war wohl das Dass aufgezeigt, aber nicht das Warum: man sah zwar, wie unter einer Glasglocke, das Uhrwerk gehen, aber die eigentlich treibende Feder entzog sich doch auch so noch den Blicken; der Antagonismus der Räder war zwar sichtbar, aber darum noch nicht begreiflich gemacht, solange man sich der einzig richtigen Erkenntniss verschloss, dass tief im Innersten des Gesamtgetriebes der allein alle Kraft und alles Leben verleihende Wille stecke.

Andererseits jedoch verhielt sich die dieser Erkenntniss zuführende Willensmetaphysik vermöge eines leicht zu durchschauenden Evolutionsgesetzes zunächst wieder spröde gegen alles Dialektische und beruhigte sich desshalb bis auf Weiteres bei dem negativen Geständniss: die positive Grundlage des Rechtsbegriffs sei bei dessen privativem Gegentheil zu

suchen: vom Unrecht müsse man ausgehen — das sei, wie jedes andere Uebel und jeder Schmerz, an sich schon wesentlich klar und unmittelbar verständlich — das Recht selber dagegen für sich so wenig rein darstellbar wie gewisse chemische Elemente.

Mit anderen Worten: die Aporien des Rechtslebens gehören zu den ältesten und wirksamsten Faktoren für die Existenz einer Realdialektik, d. h. eben einer mit dialektischen Hebeln arbeitenden Willensmetaphysik, und die Realdialektik ihrerseits leitet einige ihrer fruchtbarsten Anschauungen auf Anregungen aus der Wahrnehmung gewisser „zweiseitiger“ Rechtsverhältnisse ab und rechnet es sich zum speciellen Verdienst an, dem Bedingungs-begriff durch Zurückführung auf seinen rechtshistorischen Ursprung erst zu seiner rechten wissenschaftlichen Würdigung und direkt metaphysischen Geltung verholfen zu haben, so dass immerhin einige Präsumtion dafür vorhanden ist, Recht und Realdialektik würden sich so leidlich zu vertragen wissen und miteinander nicht so ganz übel auskommen.

Was Bacon von der Philosophie überhaupt sagt: dass Nippen an ihr vom Guten ab-, aus ihren Tiefen schöpfen dagegen zu diesem zurückführe, das nimmt die Realdialektik in einem ganz besondern Sinne auch für sich in Anspruch. Denn während die Andern in der Verzweiflung am halben Widerspruch dahin gebracht werden können, allen Glauben an ethische Mächte einfach aufzugeben, gewinnt sie in der Vollendung des ganzen Widerspruchs den dort gefährdeten Halt unversehrt zurück und wird sich nicht ohne Stolz solcher Mission im Dienst der erhaltenden Mächte bewusst. Keine Consequenz des kritischen Anzweifeln braucht sie zu perhorresciren — wahrt sich also den Besitz wissenschaftlicher Unbefangenheit wie nur irgend ein „voraussetzungslos“ die Meinungen abwägender Skepticismus; aber sie ist zum Voraus dessen sicher und gewiss, dass kein logisch noch so wuchtiger Ansturm kritischer Bedenken den Fundamenten ihrer Ethik irgend etwas anhaben kann.

Mag die „Phänomenalität des sittlichen Bewusstseins“ noch so ätzender „Zersetzung“ ausgesetzt sein: der Realdialektik bleibt unverlierbar, was für die „Fortgeschrittensten“ der Evolutionisten nur noch als „Ueberlebsel“ rückständiger Entwicklungsstufen Interesse hat. Denn als echte und aufrichtig gemeinte Willensmetaphysik kriecht sie, wie ich das bereits vor zehn Jahren ausgedrückt habe, mit ihrem ethischen Gehalte nicht in's Mausloch vor den Dekreten irgend welcher bloss intellectualistischen Doctrin — das Ethische ist ihr ein ebenso Unvernichtbares wie alles Andere von wahrhafter Willensnatur auch.

So erledigen sich ihr aus ihren metaphysischen Voraussetzungen die Vorfragen: gibt es überhaupt eine (absolute) Ethik oder nur gewisse wechselnde evolutionistische Gebilde von transitorischer Geltung, die heute partiell anerkannt werden und morgen vor dem minder naiven Bewusstsein bereits als veralteter, abgethaner Wahn sich darstellen, wie sie vor Jahrtausenden und noch jetzt bei ganzen Racen nicht einmal ahnungsweise erfasst waren? Ist, was gegenwärtig noch für ein integrirendes Moment der Normen ethischer Bemessung gilt, nur ein Residuum überwundener Phasen, welches uns in noch unbesiegte Vorurtheile bannt? Haben wir es in den (wir sagen nicht imperativen, nur: descriptiven) Sätzen der Moral nur mit den Producten einer logischen Consequenz aus gewissen Prämissen zu thun, oder gibt es etwas im metaphysischen Wesen Urständendes, aus dessen realdialektischer Natur Herleitbares, was auch die Kernessenz aller ethischen Substanz ausmacht und mithin auch die Aussicht gewährt, dem Rechte in irgend einer Form eine wahrhaft allgemeingültige Bedeutung abzugewinnen?

Was will auch die Frage: ist die Tugend lehrbar? anders als diesen durch die Geschichte alles Denkens sich hindurchziehenden Gegensatz der Doppelantwort auf die psychologische Grundfrage zum Ausdruck bringen: ob das Wollen nur ein secundäres Product der Intellectualfunctionen oder vielmehr diese für die blosse Efflorescenz jenes anzusehen seien?



In der Rechtsphilosophie gibt es ja auch eine Richtung, welche das Resultat fester Normen aus einem Ansatz statischer Elemente glaubt errechnen oder nach dem Schema logischer Formulierungen meint construiren zu können, wie der mathematisirende Physiker alle krafterfüllten Relationen in hohle Proportionen umsetzt; und das Fiasko, welches dabei herausgekommen, ist es ja vorzugsweise gewesen, was gerade die Fachjuristen — auch die, welche das metaphysische Bedürfniss in sich selber sich regen spürten — zur Verzweiflung an der Möglichkeit einer Rechtsphilosophie überhaupt führte. Vor ihrem vergleichenden Blick liegt hochgeschichtet nur der Schutt der Jahrhunderte, und was sie nicht darin zu gewahren wussten, war jener (Gedanken-) Keimansatz, ohne welchen auch alle darwinistischen Potenzen niemals heraustreten aus der Geltung blosser Bedingungen, die als solche aller wahrhaft schöpferischen (creativ causalen) Kraft ewig baar bleiben. Gerade dies *punctum saliens* muss wie erstickt liegen bleiben unter der Massenhaftigkeit der aus allen Ländern und Zeiten herbeigeschleppten Materialsammlungen, solange die philosophische Durchleuchtung unterbleibt, und dass es gilt, dieses *punctum saliens* zu eruiren, heisst nichts anders, als spähenden Blickes eine grossartig wegräumende Nach- und Ausgrabung zu veranstalten und dann die Probe der Richtigkeit des in solcher Weise intuitiv Entdeckten darauf zu machen, ob es auf die ganze breite Mannigfaltigkeit Anwendung leide.

Der exclusiv historische Standpunkt, welcher alle ursprünglichen Normen perhorrescirt, weist auch noch auf Wege unstatthafter Fragstellung hinaus. So meint er, sich das Problem stellen zu müssen, ob die rechtlichen oder moralischen Beziehungen einen mehr elementaren Charakter zeigen und ob demgemäss diese an jenen oder jene an diesen ihr (sei es begriffliches, sei es zeitliches) Prius haben — und doch könnte schon die naturwissenschaftliche Descendenztheorie auf die Vermuthung führen, dass, wie man neuerdings Menschen und Affen nicht von einander, sondern von einer gemeinsamen,

auf einer früheren Stufe aus einander getretenen Ahnenschaft ableitet, so auch Recht und Moral selbständige Derivationen eines gemeinsamen Urschoosses sein werden, als welcher allerdings der realdialektisch selbstentzweite Wille anzusehen sein möchte. Nur die intuitive Erfassung und — in der Sprache der balneologischen Technik — „Fassung“ dieser Quelle lässt die Hoffnung auf Bändigung dieses aalglatten Begriffs-Proteus und auf endliche Schliessung dieses Janusthores skeptischen Schwankens, welches sich nur um so höher und weiter aufgethan, je aufgethürmter und breiter die Führen historisch verglichenen Gelehrtenapparats herangezogen und demgemäss den *embarras de richesse* immer verlegenheitsreicher werden liessen.

War die Hoffnung, welche man auf die historische Forschung gebaut hatte, so in einer selber realdialektischen Ironie zu einem Verzweiflungsmotiv verkehrt — hatte der historische Zug, welcher durch unsere Zeit, wie diese sich ja gern rühmt, geht, Fundamente, die schon für festgelegt gegolten, nur untergraben mittels seiner vielgepriesenen kritischen Methode, statt neue zu errichten: dann war es nicht minder realdialektisch und ironisch, dass die an sich selber desperat gewordene Einzelwissenschaft ihre Zuflucht nahm zu jener Universalbetrachtung, welcher sie selber vor noch nicht allzulanger Zeit unhöflich genug die Thüre gewiesen hatte. Die soll zwingen helfen, was sonst alle geistige Beherrschung zu eludiren droht — die wieder Licht schaffen, wo das eingefahrene Stroh alle Speicherfenster verstopft und so überall hin Dunkel verbreitet hat.

Also ein wenig Bescheidenheit und Selbstbescheidung wird die Vorbedingung auf Seiten des „positiven“ Wissens sein, wenn man ernstlich auf den Versuch eines neuen Bündnisses eingehen soll. Der Charakter einer Transaction und eines Compromisses wird dem intendirten Contracte auch so gewahrt bleiben: die Philosophie ihrerseits verzichtet dabei ja nicht minder auf einen ihrer allerältesten Ansprüche: sie prä-

tendirt hinfort nicht mehr, Alles in vorher fertig gestellte und parat gehaltene Schemata zwängen und nach dem Rahmen abstract logischer Begriffsnetze construiren zu wollen — sie macht keine unerfüllbaren Versprechungen mehr von simpler, einheitlicher oder gar exacter und correcter Unterbringung (Subsumtion) und Ableitung (Deduction) aller denkbaren oder empirisch irgendwo und irgendwann „gegebenen“ Details — sie erklärt vielmehr zum Voraus, ihre Aufgabe für gelöst ansehen zu wollen, falls es ihr nur gelingt, ein näheres Ziel zu erreichen, und meint in der That mit sich selber, als einer nicht umsonst unternommenen Denkarbeit zufrieden sein zu dürfen, wenn es sich am Ende herausstellt, dass von dem Ertrage, welchen die historische Garbenschnitterin eingeheimst, kein Körnchen unverwerthet zu bleiben braucht, sofern es nämlich an seinem Theile mitwirken mag, anderweitig gewonnene Erkenntniss durch fernere Bestätigung noch fester und sicherer zu erhärten. Denn ist das „Constante in der Variabilität“ das eigentliche Object metaphysischer Einsicht, so erscheint ja die Constanz als um so besser garantirt, je buntere Gestaltungen des Variablen sie in sich befasst.

Unschwer durchschaut z. B. das Richteramt der Philosophie die Unzulänglichkeit gewisser Extractiv-Begriffe, welche die bloß vernünftige Reflexion sich zurechtgelegt. Es blieben denn doch zu viel unzweifelhafte Rechtsgebiete unumspannt, wenn man etwa Alles unter das Zauberwort der Solidarität zu bannen meinte. Und doch hat es gerade für die Realdialektik etwas Verführerisches und stellt damit ihre Unbefangenheit auf eine schwere Probe, dass nach diesem Gedanken der Einzelne am besten für das eigene Wohl sorgt, wenn er das der Andern nicht ausser Acht lässt und in gelegentlichen freien Verzichten handelt, wie wenn er sich von antiegoistischen Motiven leiten liesse.

Allein was ist damit z. B. für das Verständniss der allmählichen Beschränkung der *patria potestas* gewonnen, die doch im engsten Zusammenhang steht mit dem Geltenlassen der (freien) Individualität überhaupt? Was man an dergleichen

den Fortschritt der Humanität nennt, hat doch auch sehr seine zwei Seiten — die neuere Strafgesetzgebung liefert ja nach dieser Richtung schon Caricaturen in Fülle, d. h. ebenso viel Zeugnisse wider die Anwendung abstracter Principien auf die Gesetzgebung, welche ohne Instinkt so wenig gedeiht wie Kunst und Takt des geselligen Verkehrs.

Doctrinen sind nicht bloss vom Uebel, sondern auch Unnatur — und jede Rechtsphilosophie geräth in Gefahr, in's Doctrinäre, praktische-Regeln-aufstellen-Wollende auszuarten, sobald und solange sie sich auf logische Correctheit capricirt — ein weiterer Grund, der sie bei den Männern der Praxis in so schwer zu überwindenden Misskredit gebracht hat.

Hoffentlich aber wahrt sich die Realdialektik auch noch so viel Selbstbesinnung, um nicht jede Auffassung unbesehens schon deshalb für wahr hinzunehmen, weil sie ihrem Schema des allgemeinen Widerspruchs conform ist. Wirft sie den logischen Formulierungen vor, niemals die Totalität der Einzelfälle erschöpfend umfassen zu können, so hat sie sich ihrerseits nur um so behutsamer vorzusehen, dass sie nicht in denselben Fehler ver falle, welcher bei ihr noch um so bedenklicher sein würde, als ihr die Versuchung viel näher liegt, ganz im Vagen eines blos Negativen zu verharren.

Sie muss also vorneweg darauf Bedacht nehmen, ihrem Selbstentzweiten einen concreten Inhalt beizulegen — das „Ja und Nein“ des blossen Widerspruchs auszustatten mit den Bestimmungen individuell lebendiger Beziehungen und nicht etwa Alles auf die Unterschiede von Mein und Dein, auf die blosse Abgrenzung der Eigenthumssphären zu stellen, sondern sich den Blick offen zu erhalten für die subtileren Maschenzüge zwischen den Knotenpunkten der Individual-Relationen — selbst da, wo deren Vermittlungen in's nicht mehr Wahrnehmbare zu verlaufen drohen, wie bei dem technischen Detail gewisser processualischer oder internationaler Bräuche und Formalitäten, wo man sich meistens ohne nähere genetische Erforschung begnügt mit Constatirung eines irgendwie ritualen Ursprungs,

wie wenn solcher nicht selbst wieder ein Problem implicirte.

Dabei könnte es zwar aussehen, als ob die Fülle des concreten Materials sich am reichlichsten aus dem empirischen Staatsleben ergeben müsste. Jedoch erweist sich gerade die Verkoppelung der Begriffe von Recht und Staat, welche neuerdings so sehr beliebt geworden ist, als eine wesentliche Erschwerung für Lösung der nächsten der Rechtsphilosophie gestellten Aufgaben.

Denn offenbar lässt sich noch eher hoffen, eine alle Rechtsbeziehungen umfassende Rechtsidee zu extrahiren, als ein Begriffsschema zu gewinnen, in welches sich die unendlich mannigfaltigen Formen alter und neuer Staatsbildungen spannen liessen. Die Unterschiede und Grenzlinien zwischen Staat und Gesellschaft sind sicherlich noch ungleich vagere und leichter verschwimmende als die zwischen Recht und Moral.

Nehmen wir dabei: „Idee“ im Sinne eines unabänderlichen „ewigen“ Begriffs, so ist die Aussicht sehr geringe, dass jemals ein allgemeingültiger, von allen besonderen Bedingungen unabhängiger Begriff des Staates, also ausgestattet mit den Dignitätsattributen einer Idee, sich sollte ermitteln und mit den unentbehrlichen concreten Bestimmtheiten sollte fundiren lassen.

Denn mag auch die historische Vergleichung ihrem Rechtsbegriffe *suo jure* noch so viel Elasticität vindiciren: irgendwo wird diese Dehnbarkeit an unverrückbaren Schranken urethischer Postulate doch einem: „Bis hierher und nicht weiter!“ begegnen, und mag der ethische Darwinismus an den Entwicklungsmomenten der sittlichen Gesamtgeschichte der Menschheit auch noch so viel Zeitlich-Zufälliges aufweisen: vor irgend einem letzten Keime der ethischen Verhältnisse muss dennoch das analysirende Blosslegen vergänglicher Formen Halt machen, so gut wie in der eigentlichen Biologie — und diese unzerstörbaren Zellen des ethischer Betrachtung unterstellten Daseins blieben dem bloß zersetzenden oder anatomisirenden Forscher ein ebenso räthselhaftes Factum wie der rein physikalisch-

chemischen Wissenschaft die ersten spontanen Regungen im Protoplasma.

Umgekehrt ergeht es uns dagegen bei dem Versuche, aus den unablässigen Fluctuationen staatlicher Gebilde jenen logisch-psychologischen Niederschlag zu fällen, der als „Begriff“ geeignet wird, als sprachlich transportables Gemeingut verwendet zu werden.

Denn hier überwiegt das Wandelbare dermassen, dass nicht abzusehen, wie sich aus solchem Gewirr überhaupt ein substantial fester Grundstock solle herausschälen lassen, an welchem nicht zu schütteln, noch zu rütteln wäre. Hier ist es grade die bunte Menge als an sich gleichberechtigt auftretender Thatsachen, welche, noch unmittelbarer als wie wir es bereits oben beim Rechte sahen, den gewissenhaften Empiriker einem schwankenden Skepticismus in die Arme treibt. Hier verschwinden alle scharfen Umrisse für typisch ausgegebener Gestaltungen vor genauerem Hinsehen ebenso unaufhaltsam, wie vor den letzten Consequenzen darwinistischer Anschauung alle Gattungen und Arten Einem unter den Fingern zerrinnen und zerfliessen und nichts übrig bleibt als eine individualitätslose Monere, die in ihrer armseligsten Dürftigkeit dennoch die potentielle Präformation aller wirklich gewordenen Lebensformen soll enthalten haben — ein logischer Widerspruch, so dickdrähtig wie möglich, und deshalb über sich selber hinausweisend, entweder in sein strictestes Gegentheil, die reactionäre Repristination der Lehre von unzählbar vielen Schöpfungscentren, oder zur Perspective auf realdialektische Pfade zu Hypothesen einer charakterologischen Henadologie, deren metaphysisch-antilogisches Fundament sie zu einer Versöhnung mit allen realiter „gegebenen“ Widersprüchen befähigt.

Wie kläglich plagt sich dagegen der blosser Logiker des Rechts ab, wenn er sich elegant polirte Begriffs-Rahmen zurechtzimmert und dann hernach gewahr werden muss, wie keiner der Porträtköpfe, die da hinein passen sollten, ohne Beschneiden oder Dehnen hineingeht. Man denke z. B. an die

Qual, welche — zum humoristischen Ergötzen aller in real-dialektischer Stimmung dabei stehenden Zuschauer — die Männer von der correcten Theorie allein schon mit dem einzigen Popanz ihrer Souverainetés-Definitionen sich bereitet haben. Ob der Eine so, der Andere anders daran herumflickte: der Stiefel wollte doch nimmer passen auf all' die verschiedengestalteten Füße, für welche er zugeschnitten sein sollte: E. v. Hartmann contra Lasson, Felix Dahn contra Jhering und Zorn, oder wie die Gegnerpaare sonst heissen mögen: sie repräsentiren Alle nur die in der Sache selber liegende Unmöglichkeit zu einer logisch abschliessenden Formulirung, und Jeder trat der Wahrheit um so näher, je bereiter er sich zu dem Verzicht zeigte, diese Probleme überhaupt mit logischem Netze zu umspannen.

---

## VIII.

### Die juristischen Abschnitte aus dem Gesetzbuch des Manu.

Von

**Julius Jolly.**

Der nachstehenden Uebersetzung des VIII. und IX. Buchs der Manu-Smriti wird es auch in einer nicht speciell dem indischen Alterthum gewidmeten Zeitschrift gestattet sein, und ist bei einem so bekannten und schon wiederholt in europäische Sprachen übersetzten Werke geboten, einige Bemerkungen über das dafür benützte handschriftliche Material voranzustellen. An erster Stelle sind hiebei drei handschriftliche Sanskritcommentare der Manu-Smriti zu nennen, von Medhâtithi, Govindarâja und Nârâyana. Medhâtithi (M.), dessen höchst ausführlicher und umfangreicher Commentar bisher für die Exegese noch fast gar nicht und für die Kritik des Textes lange nicht genügend verwerthet worden ist, hat jedenfalls nicht später als im 11. und wahrscheinlich nicht früher als im 8. Jahrhundert n. Chr. gelebt<sup>1)</sup>. Für seinen Commentar des VIII. Buchs, der sich besonders durch interessante dem praktischen Leben entnommene Beispiele und

---

<sup>1)</sup> Bühler. in West und Bühler's Digest of Hindu Law, Introduction p. V.



Illustrationen auszeichnet, standen mir drei Londoner Handschriften zu Gebot, die leider alle drei gerade in diesem Theil besonders lücken- und fehlerhaft sind, wodurch eine vollständige Ausbeutung dieses Commentars in manchen Fällen unmöglich gemacht wird. Nur je eine, aber sehr gute und alte Handschrift konnte ich für die beiden bisher noch gar nicht ausgebeuteten wichtigen Commentare des Govindarâja (G.) und Nârâyana (N.)-benützen, nemlich die beiden vorzüglichen Manuscripte derselben, welche Professor Bühler 1879 entdeckt und für die englische Regierung in Bombay angekauft hat. Von diesen beiden Commentatoren wird Govindarâja sehr häufig von Kullûka citirt und muss daher jedenfalls früher als dieser bekannteste der Commentatoren des Manu gelebt haben, dessen Lebenszeit kaum vor das 16. Jahrhundert zu setzen ist. An einer anderen Stelle gedenke ich zu zeigen, dass Kullûka sich hauptsächlich auf Govindarâja gestützt und denselben in sehr vielen Fällen einfach abgeschrieben hat. Govindarâja's kurz und sachlich gehaltener Commentar ist von grossem Werthe für das Verständniss von Manu's Gesetzbuch, kaum weniger der noch kürzere Commentar des Nârâyana, der sich auf die Erklärung der schwierigeren Ausdrücke und Stellen beschränkt. Auch bei Nârâyana habe ich ein Citat aus Govindarâja gefunden, dem er folglich an Alter nachstehen muss; er stimmt jedoch fast nirgends näher mit demselben überein. Ausser den genannten Commentaren konnte ich für die kritische Feststellung des Textes auch eine interessante, von Prof. Bühler 1875 in Kaschmir entdeckte und für das Bombay Government angekaufte Handschrift der Manu - Smriti benützen, die in der eigenthümlichen, alterthümlichen Çâradâschrift auf Bhûrja d. h. Bast der Himâlaya-Birke (Baetula Bhojpatr) geschrieben und jedenfalls mindestens zwei bis drei Jahrhunderte alt ist, da seit so lange der Gebrauch von Bhûrja als Schreibmaterial in Kaschmir aufgehört hat. Für die Liberalität, mit der mir alle diese Handschriften zur Verfügung gestellt wurden, bin ich der englischen Regierung in

Bombay und dem Oberbibliothekar des India Office in London, Dr. Rost, zu besonderem Danke verpflichtet.

Mit einer kritischen Ausgabe des Sanskrittextes der Manu-Smriti auf Grund der erwähnten und einiger anderen Materialien beschäftigt, will ich hier über den von mir constituirten Sanskrittext des VIII. Buches nur soviel bemerken, dass derselbe zwar eine erhebliche Anzahl kleinerer, aber nicht viele wichtige Abweichungen von dem Text der verschiedenen in Europa und Indien gedruckten Ausgaben der Manu-Smriti enthält, die fast durchaus oder ganz ausschliesslich auf dem von Kullûka überlieferten Texte beruhen. Alle auf den Sinn influirenden Differenzen zwischen dem letzteren und dem von mir übersetzten Texte habe ich in den Anmerkungen zu der nachstehenden Uebersetzung angegeben. Stärker differirt begreiflich meine Uebersetzung von den beiden älteren Uebersetzungen von Sir W. Jones (1. Aufl. 1792) und Loiseleur Deslongchamps (Paris 1833). Die erstere, eine gefeierte und für ihre Zeit bewunderungswürdige Leistung, wird immer eine hervorragende Stelle in der Geschichte der Einführung der indischen Litteratur in die europäische Wissenschaft einnehmen<sup>2)</sup>, auch that der französische Uebersetzer Recht daran, sie durchaus zur Grundlage seiner eigenen Uebersetzung zu machen, da er von den alten indischen Commentatoren ausser Kullûka, dessen Erklärungen durchweg die ausgesprochene Grundlage der Uebersetzung von Sir W. Jones bilden, nur noch den kurzen Commentar des Râghavânanda zu Rathe ziehen konnte. In der Gegenwart ist aber theils durch die immensen Fortschritte der indischen Philologie und Lexikographie in den letzten fünfzig Jahren, theils und hauptsächlich durch das erwähnte

---

<sup>2)</sup> Auf dem Denkmal, das die ostindische Compagnie Sir W. Jones in der Paulskirche setzen liess, hält er den Text des Manu in der Hand. Auch ins Deutsche wurde seine Uebersetzung wenige Jahre nach ihrem Erscheinen übertragen (von Hüttner, Weimar 1797), diese einzige deutsche Uebersetzung kann aber, da sie ohne Kenntniss des Originals gemacht ist, einen selbständigen Werth nicht beanspruchen.

neue Material an Handschriften auch die sorgfältige Uebersetzung von Loiseleur Deslongchamps entschieden antiquirt. Es liegt auf der Hand, dass jetzt, nachdem die ältesten Commentare zu Manu's Gesetzbuch zugänglich geworden sind, die Kritik und Erklärung desselben auf ihnen zu fussen hat und der Commentar des Plagiators Kullûka, den Jones aus Unkenntniss seiner Quellen stark überschätzte, nur noch eine secundäre Bedeutung beanspruchen kann. Das reiche Material, das die älteren Commentare zum Verständniss unseres Werks liefern, habe ich hauptsächlich in den Anmerkungen zu verwerthen gesucht, wobei freilich aus Rücksicht auf den Raum Beschränkung auf das Nothwendigste geboten war. Auch aus dem vergleichsweise dürftigen Commentar des Kullûka (K.) habe ich nach den indischen Drucken, und aus Râghavanânda (R.) nach den Auszügen in Loiseleur Delongchamps' Ausgabe des Textes (Paris 1830) manche Angaben entnommen. Es folgt nun hier zunächst V. 1—300 des VIII. Buches, die Vorschriften über das Gerichtsverfahren und die Darstellung der 12 ersten unter den 18 Rechtsmaterien enthaltend. In Betreff des Verhältnisses, das zwischen diesem Abschnitte und der gesammten Darstellung des Rechts bei Manu, und zwischen letzterer und dem ganzen Gesetzbuch besteht, erlaube ich mir auf meinen früher in dieser Zeitschrift (I, 234 ff.) erschienenen Aufsatz „Ueber die Systematik des indischen Rechts“ zu verweisen.

1. Wenn der König die Rechtshändel untersuchen will, begeben er sich in Begleitung von Brahmanen und erfahrenen Râthen in würdiger Haltung <sup>1)</sup> in die Gerichtsversammlung. 2. Dort soll er sitzend oder stehend <sup>1)</sup>, die rechte Hand ausstreckend <sup>2)</sup>, bescheiden in Anzug und Schmuck, die Anliegen

---

1—46 Allgemeine Vorschriften. 1. <sup>1)</sup> D. h. frei von Unruhe in seinen Reden und in Betreff der Hände und Füsse. (M. G. K.) 2. <sup>1)</sup> Je nachdem es sich um einen schweren und verwickelten oder um einen leichten Fall handelt (M. G. K.) <sup>2)</sup> Dies ist ein Zeichen der Ehr-

der Kläger prüfen, 3. Täglich, nach Entscheidungsgründen, die auf der Landessitte <sup>1)</sup> oder auf dem heiligen Gesetz <sup>2)</sup> beruhen, wie (die Prozesse) der Reihe nach je in einer der folgenden achtzehn Rechtsmaterien enthalten sind: 4. Von diesen ist die erste die Eintreibung einer Schuld, (dann folgt) die Hinterlegung einer Sache (Depositum, ferner) der Verkauf eines Gegenstands durch Jemand, der nicht der rechtmässige Eigenthümer ist, die Unternehmungen einer Genossenschaft, die Zurücknahme eines Geschenks, 5. Die Nichtausbezahlung des Lohnes (für geleistete Arbeit), die Uebertretung der Satzungen (einer Genossenschaft), <sup>1)</sup> der Rücktritt von einem Kauf oder Verkauf, Streitigkeiten zwischen dem Eigenthümer (von Vieh) und seinem Viehtreiber, 6. Die Gesetze über Grenzstreitigkeiten, Real- und Verbalinjurien, Diebstahl, (Raub u. a.) Gewaltthaten, Unzucht, 7. Die Pflichten der Ehegatten, die Theilung des Vermögens (Erbrecht), Glückspiele sowie Thierkämpfe mit Wetten, dies sind die achtzehn Streitgründe, aus welchen in dieser Welt die Prozesse hervorgehen. 8. Die

---

erbietung oder Höflichkeit: man streckt den rechten Arm aus vor einem heiligen Feuer, einem Brahmanen, einem Götterbild u. a. Gegenständen der Verehrung, *Manu* 4,58 und *Vishnusûtra* 71,60 (p. 228 meiner engl. Uebersetzung). 3. <sup>1)</sup> Damit ist das Gewohnheitsrecht der Gewerbtreibenden, Bauern u. a. Stände (G.) oder der einzelnen Provinzen, Kasten und Geschlechter gemeint (K.). M. unterscheidet zwischen Localgebräuchen, die dem Gesetz nicht zuwiderlaufen, wie z. B. die im Norden (Hindostan) herrschende Rechtsanschauung, dass bei einer Verlobung durch die Weglassung der Formel „Dieses Mädchen ist dir übergeben“ die Gültigkeit des Acts nicht beeinträchtigt werde, und gesetzwidrigen, daher unerlaubten Localgebräuchen, wie z. B. ein Darlehen an Getreide im Frühling, das im Herbst doppelt zurückzuerstatten ist, was als Wucher anzusehen sei. <sup>2)</sup> Die Commentatoren (M. G. N. K.) beziehen diesen Ausdruck auf das übliche Beweisverfahren nach Zeugenaussagen, Ordalien, Indizien u. s. w. 5. <sup>1)</sup> So N. Es sind alle Uebertretungen des Gewohnheitsrechts einer Kaste, Corporation, Geschlechtsgenossenschaft gemeint, die früher in Indien von besonderen Disciplinargerichten abgeurtheilt wurden. Vgl. 219. Anm. 8. <sup>1)</sup> Die Commentatoren verweisen hier auf das Gesetzbuch des *Nârada* (pp. 6. 110 meiner Uebers.), wo die 18 Streitgründe in

hauptsächlich <sup>1)</sup> über diese Punkte entstandenen Prozesse der streitenden Parteien soll der König entscheiden, indem er das ewige Recht zu seiner Richtschnur nimmt. 9. Wenn aber der König nicht persönlich die Untersuchung der Rechtshändel vornimmt, so soll er einen gelehrten Brahmanen mit der Prüfung der Prozesse beauftragen. 10. Dieser begeben sich, begleitet von (mindestens) <sup>1)</sup> drei Beisitzern, in die erhabene Gerichtsversammlung und prüfe die vor den König gebrachten Klagen sitzend oder stehend. 11. Wo immer drei vedakundige Mitglieder der Priester- (Brahmanen-) Kaste und ein gelehrter (Brahmane,) den der König (zum Richter) ernannt hat <sup>1)</sup>, zu Gericht sitzen, da heisst dies ein Gerichtshof des (Gottes) Brahman. 12. Wenn das Recht vom Unrecht getroffen den Gerichtshof betritt und die Richter ziehen ihm das Geschoss nicht aus, so sind sie selbst getroffen. 13. Man muss entweder gar nicht in der Gerichtsversammlung erscheinen oder ein richtiges Urtheil abgeben. Wenn Einer (als Richter) <sup>1)</sup> schweigt oder Falsches spricht, so ist er gleich schuldig. 14. Wo das Recht dem Unrecht und eine wahre Aussage einer unwahren erliegt, da sind auch die Richter, welche dies ruhig geschehen lassen, geschlagene Leute. 15. Verletzt man das Recht, so verletzt es wieder, schirmt man es, so schirmt es wieder; hüten wir uns also, das Recht zu verletzen, damit es, von uns verletzt, nicht uns verletze <sup>1)</sup>. 16. Der erhabene Gott des Rechts wird als Stier (Vrisha) <sup>1)</sup> vorgestellt; wer ihm Gewalt anthut, den erklären die Götter für einen verächtlichen Menschen (Vrishala); desshalb darf man das Recht nicht verletzen. 17. Der einzige Freund, der auch im Tode dem

---

108 (= 6 × 18) Unterabtheilungen zerlegt werden und der letzte Streitgrund den Namen „Vermischtes“ führt. 10. <sup>1)</sup> M. 11. <sup>1)</sup> Ich lese prakrito mit M. G. N. und der kaschmirischen Handschrift. 13. <sup>1)</sup> G. 15. <sup>1)</sup> Dies ist eine Ermahnung, welche die Beisitzer des Gerichts an einen zu einer ungerechten Entscheidung geneigten Oberrichter richten sollen (G. K.). 16. <sup>1)</sup> Auch die Richter werden bei Nārada 2,7 (p. 12 f.) mit Stieren verglichen, welche die Last des Processes zu tragen im Stande sind.

Menschen nachfolgt, ist das Recht (die Tugend); denn alles andere verfällt mit dem Körper der Vernichtung. 18. (Bei einem ungerechten Urtheil) fällt ein Viertel des Unrechts auf den Schuldigen <sup>1)</sup>, ein Viertel auf den (falschen) Zeugen, ein Viertel auf alle Beisitzer des Gerichts, ein Viertel fällt auf den König <sup>2)</sup>. 19. Aber der König ist frei von Schuld, die Richter werden losgesprochen, und die Schuld fällt auf den Thäter (allein) zurück, wenn der Schuldige seine Strafe erhält. 20. Selbst einer der sich nur auf seine Geburt als Brahmane berufen kann <sup>1)</sup>, oder einer der nur dem Namen nach ein Brahmane ist <sup>2)</sup>, kann an Stelle des Königs, wenn er es befiehlt, das Recht verkünden, aber niemals ein Çûdra (Mitglied der dienenden Kaste) <sup>3)</sup>. 21. Wo ein Çûdra für einen König unter seinen Augen (und mit seiner Zustimmung) Urtheile abgibt, da befindet sich dessen Reich ebenso im Unglück, wie eine Kuh, die in einen Morast gerathen ist. 22. Ein Reich, das hauptsächlich von Çûdras bewohnt, oder <sup>1)</sup> voll von Atheisten, oder <sup>1)</sup> leer von Zweimalgeborenen <sup>2)</sup> ist, wird von Hungersnoth und Krankheiten heimgesucht und fällt rasch völlig dem Untergang anheim. 23. Nachdem er sich auf den Richterstuhl niedergelassen und den Behütern der Welt seine Huldigung dargebracht hat, soll der König, (geziemend) bekleidet, mit gespannter Aufmerksamkeit sich der Prüfung

---

18. <sup>1)</sup> D. h. die fälschlich freigesprochene Partei (N.), einerlei ob Kläger oder Beklagter (M. G. K.). <sup>2)</sup> Auf den König, wenn er selbst das Urtheil fällt; sonst auf den von ihm ernannten Oberrichter (M.).  
 20. <sup>1)</sup> D. h. nach N. ein geborener Brahmane, an dem aber die Ceremonie der Umgürtung mit der heiligen Schnur nicht vollzogen worden ist. <sup>2)</sup> Nach N. ein geborener und umgürteter Brahmane, der aber das Vedastudium vernachlässigt. Ebenso der Commentar zu Vishnusûtra 93.2. <sup>3)</sup> Daraus, dass nur die Çûdrakaste ausdrücklich ausgeschlossen wird, folgern die Commentatoren (M. G. N. K. R.), dass die beiden mittleren Kasten der Kshatriya (Krieger) und Vaiçya (Ackerbauer, Gewerbtreibende u. s. w.) auch zugelassen werden können. 22. <sup>1)</sup> N. <sup>2)</sup> M. „Zweimalgeborene“ sind nur die drei oberen Kasten; die zweite Geburt ist die Umgürtung mit der

der Prozesse widmen. 24. Erwägend, was Nutzen oder Schaden bringen würde und was an und für sich recht oder unrecht ist, soll er nach der Reihenfolge der (vier) Kasten alle Anliegen der Kläger prüfen. 25. An äusserlichen Kennzeichen soll er die innerlichen Gemüthsbewegungen der Menschen erathen, an ihrer Stimme, ihrer Gesichtsfarbe, ihren Geberden, ihrem Aussehen, ihrem Blick und ihren Bewegungen <sup>1)</sup>. 26: An dem Aussehen, den Geberden, dem Gang, den Bewegungen, den Reden<sup>1)</sup>, den Zuckungen der Augen und des Mundes werden die Regungen der Seele erkannt. 27. Den Erbtheil eines Knaben soll der König so lange aufbewahren, bis er (nach Beendigung des Vedastudiums) von seinem Lehrer nach Hause zurückgekehrt, oder (mit dem Eintritt des sechzehnten Jahres) <sup>1)</sup> aus der Kindheit herausgetreten ist <sup>2)</sup>. 28. Der nemliche Schutz soll unfruchtbaren Frauen zu Theil werden, ferner solchen die keine Söhne haben <sup>1)</sup>, solchen die ganz allein stehen <sup>2)</sup>, Frauen, die ihrem (verreisten) Gatten treu bleiben, Wittwen (bei denen

---

heiligen Schnur im Knabenalter. 25. <sup>1)</sup> „Geberden“, d. h. wenn sie unbewusst ihre Arme bewegen (N.) oder den Blick niederschlagen (K.), oder wenn sie zittern oder die Haare an ihrem Körper sich sträuben u. dgl. (G.); „Aussehen“, d. h. wenn sie in Schweiss gerathen oder ihre Körperhaare sich sträuben (N. G. K.) u. dgl., oder wenn sie sich entfärben (G.); „Bewegungen“, besonders Zuckungen der Hände (M. G. N. K.) oder Scharren mit den Füßen (M.). 26. „Reden“, wenn sie sich selbst widersprechen. (M.) 27 <sup>1)</sup> N. K. Vgl. Nārada 3,37 (p. 19). <sup>2)</sup> Dieser zweite Termin bezieht sich auf den Fall, dass er aus irgend einem Grunde seine Lehrzeit vor dem Ende seiner Kindheit beschlossen hat (K.), oder auf die untersten Kasten, die den Veda nicht studiren dürfen (M.). Die ganze Bestimmung dient nach G. K. zum Schutz unmündiger Erben gegen habgierige Verwandte; andererseits können, wenn der König das fragliche Erbgut nicht mit der gleichen Sorgfalt wie sein eigenes Vermögen aufbewahrt, nach M. die Verwandten des Erben gegen ihn processiren. 28. <sup>1)</sup> Bei beiden Kategorien ist wahrscheinlich der Fall gemeint, dass ein Gatte zwar vorhanden ist, aber seine erste Frau durch eine andere überheirathet, ersetzt hat (M. K.). <sup>2)</sup> Nach G. sind hiemit speciell junge Mädchen ohne nähere Verwandte gemeint. Das Fehlen näherer Verwandten ist nach M. allen in diesem Vers aufgezählten Kategorien ge-

das Gleiche der Fall ist) und kranken Frauen. 29. Wenn solchen Frauen bei Lebzeiten ihre eigenen Verwandten ihr Vermögen entreissen wollen<sup>1)</sup>, so soll ein gerechter König sie wie Diebe bestrafen. 30. (Gefundenes) Gut, für das sich kein Eigenthümer meldet, soll der König drei Jahre lang aufbewahren; binnen dieser drei Jahre kann es der Eigenthümer zurückfordern, nachher soll es der König erhalten<sup>1)</sup>. 31. Wer sagt „Dies gehört mir“, muss einem genauen Verhör unterworfen werden; erst wenn er das Aussehen, die Anzahl und die übrigen Umstände<sup>1)</sup> zutreffend angegeben hat, kann er den Gegenstand als Eigenthümer in Anspruch nehmen. 32. Wer bei einem verlorenen Gegenstand nicht der Wahrheit gemäss den Ort und die Zeit (des Verlustes), ferner die Farbe, das Aussehen und den Umfang<sup>1)</sup> angeben kann, der muss eine Geldstrafe im gleichen Betrag wie der Werth des Gegenstandes bezahlen. 33. Ein verlorener Gegenstand, der (von Dienern des Königs)<sup>1)</sup> gefunden worden ist, muss in die Obhut von Wächtern gegeben werden; solche, die bei der Entwendung desselben betroffen werden, soll der König von einem Elefanten zerstampfen lassen. 34. Von einem solchen verlorenen und wiedergefundenen Gegenstand soll der König den sechsten<sup>1)</sup> Theil

---

meinsam. 29. <sup>1)</sup> Unter dem Vorgeben, es als künftige Eigenthümer in Verwaltung nehmen zu wollen, und was dergleichen Vorwände mehr sind (M. G. K.). 30. <sup>1)</sup> „Ein von dem Eigenthümer aus Unachtsamkeit unterwegs verlorenes oder in einem Walde oder in einer Wildniss zurückgelassenes Gut, das die Waldhüter oder andere Diener des Königs gefunden haben, soll der König vor den Thoren seines Palastes oder an der Strasse oder am Fundort ausstellen oder unter Trommelschlag ausrufen lassen; kann binnen drei Jahren Jemand sich als Eigenthümer ausweisen, so wird es ihm nach Abzug von  $\frac{1}{6}$  des Werthes ausgehändigt (s. 34), später darf es der König behalten.“ (M). 31. <sup>1)</sup> „Wo er es verloren hat u. s. w.“ (G. K.) 32. <sup>1)</sup> D. h. die Länge und Breite. (M.) 33 folgt bei G. N. K. und in dem kaschmirischen Ms. auf 34. 33. <sup>1)</sup> G. K. 34. <sup>1)</sup> Je nachdem er ihn ein, zwei oder drei Jahre aufbewahrt hat (M. R.), oder je nach dem Schaden, den der Gegenstand in der Zwischenzeit erlitten hat (M. G.), oder je nachdem der Eigenthümer ohne Verdienste,



des Werthes, oder nur den zehnten <sup>1)</sup> oder zwölften <sup>1)</sup> für sich abziehen, indem er die Pflicht der Edeln bedenkt. 35. Der Mann, der von einem (von ihm selbst oder seinen Vorfahren oder Anderen vergrabenen und von ihm selbst oder von einem Anderen gefundenen) <sup>1)</sup> Schatz der Wahrheit gemäss behaupten kann „Er gehört mir“, dem darf der König den sechsten oder den zwölften <sup>2)</sup> Theil des Werthes davon abziehen, (der Rest verbleibt dem Eigenthümer). 36. Wenn er aber mit seiner Behauptung Unrecht behält, so soll er in eine Busse verfallen werden, die dem achten Theil seines Vermögens, oder wenigstens einem kleinen Theile des Schatzes gleichkommt, nachdem derselbe gezählt worden ist <sup>1)</sup>. 37. Hat ein gelehrter Brahmane einen einstmals vergrabenen <sup>1)</sup> Schatz gefunden, so soll er ihn ohne Abzug empfangen; denn er ist Herr von Allem. 38. Wenn aber der König einen vor Alters in der Erde vergrabenen Schatz findet, so muss er den Brahmanen die eine Hälfte davon geben, die andere darf er in seinem Schatzhause niederlegen. 39. Von den alten Schätzen und den Metallen, welche die Erde birgt, gebührt dem König die Hälfte <sup>1)</sup> als Lohn für die Beschützung (seiner Unterthanen); er ist ja (auch) <sup>2)</sup> der Herr der Erde. 40. Güter, welche von Dieben entwendet worden sind, muss der König <sup>1)</sup> den Eigenthümern zurückgeben, welcher Kaste sie auch angehören mögen; ein König, der sie für sich behält, lädt dadurch das Verbrechen des Diebstahls auf sich.

---

oder ein verdienter oder ein sehr verdienter Mann ist (N. K.) 35. <sup>1)</sup> M. N. K. <sup>2)</sup> Je nach den Verdiensten des Eigenthümers (M. N. K.), oder je nach den Umständen, dem Orte, der Kaste des Eigenthümers u. s. w. (G.) oder nachdem es sich nur um einen Kshatriya u. dgl., oder um einen gelehrten Brahmanen handelt (N.). 36. <sup>1)</sup> Auch hier machen die Commentatoren die Bestimmung des Strafmasses von den Verdiensten des Betreffenden abhängig (M. G. K.) 37. <sup>1)</sup> Nach M. G. N. „einen von seinen Vorfahren vergrabenen“. K. polemisirt aber mit Recht gegen diese Erklärung: abgesehen von sprachlichen Gründen zeigen auch die analogen Bestimmungen der anderen Gesetzbücher, dass es sich hier wie in 38 um einen Schatz handelt, dessen Eigenthümer unbekannt ist. 39. <sup>1)</sup> Auch wenn sie ein Anderer gefunden hat (M. G. N.). <sup>2)</sup> N. K. 40. <sup>1)</sup> Wenn

41. Ein pflichttreuer König soll, nachdem er die besonderen Gebräuche der Kasten <sup>1)</sup>, und der Landbewohner <sup>2)</sup>, und die Gebräuche der Zünfte <sup>3)</sup> sowie die Gebräuche der Familien erkundet <sup>4)</sup> hat, sie zum Gesetz erheben. 42. Die Menschen, die ihre Pflichten erfüllen und jeder seinen besonderen Obliegenheiten nachkommen, machen sich dadurch bei ihren Nächsten beliebt, auch wenn sie ihnen ferne bleiben. 43. Niemals soll der König oder sein Stellvertreter einen Rechtshandel selbst anstiften <sup>1)</sup>, und ebensowenig einen von einem Anderen (als Kläger) anhängig gemachten Process niederschlagen <sup>2)</sup>. 44. Wie der Jäger mit Hülfe der Blutstropfen die Spur des Wildes verfolgt, ebenso soll der König auf Grund der Indizien dem Rechte nachspüren. 45. Er erwäge, nach den Regeln des Processes verfahren <sup>1)</sup>, die Wahrheit, das Streitobjekt <sup>2)</sup>, seine eigene Person <sup>3)</sup>, die Zeugen <sup>4)</sup>, den Ort <sup>5)</sup>, die Zeit und die Beschaffenheit <sup>6)</sup>. 46. Was von guten und tugendhaften

er sie den Dieben abgenommen hat (M. G. K.). 41. <sup>1)</sup> G. N. K. <sup>2)</sup> D. h. die Gesamtheit derer, die in einem Dorfe zusammen wohnen. (N.) Beispiel: An dem und dem Orte dürfen die Einwohner des Dorfes ihre Kühe weiden lassen (M.). <sup>3)</sup> Von Kaufleuten u. s. w. (M. G. N. K.) Es sind Vereinbarungen über die Höhe der nach dem Profit sich richtenden Abgabe an den König gemeint (M.). <sup>4)</sup> D. h. nach M., „er soll zunächst feststellen, ob solche Gebräuche dem heiligen Gesetz widersprechen oder nicht, Jemand beeinträchtigen oder nicht“. Auch die anderen Commentatoren machen Uebereinstimmung der Gebräuche mit dem heiligen Gesetz zur Resolutivbedingung ihrer gesetzlichen Geltung. 43. <sup>1)</sup> Er soll nicht sagen „Dieser Mann ist dir Geld schuldig, warum ziehst du ihn nicht vor mein Gericht?“ oder „Der und der hat sich gegen dich vergangen, ich werde es ihn entgelten lassen“. (M.) <sup>2)</sup> „Aus Habsucht“ (M. K.), d. h. indem er sich von dem Angeklagten bestechen lässt, oder überhaupt „aus Zu- oder Abneigung“ (G.) 45. <sup>1)</sup> Nicht die Aussagen der Parteien allein, sondern auch die Indizien sind in Betracht zu ziehen (M.). <sup>2)</sup> Wenn das Streitobjekt ganz unbedeutend ist, braucht der Klage nicht stattgegeben zu werden (M. G. K.). <sup>3)</sup> D. h. den himmlischen Lohn für ein gerechtes Urtheil (K.). <sup>4)</sup> D. h. ob sie wahr sprechen (K.) oder „die Zeugen sind für die eine oder die andere Partei“ (M.). <sup>5)</sup> N. bezieht dies auf den „Ortsgebrauch“. <sup>6)</sup> Nach K. ist die Natur des Processes, nach M. die Natur des Streitobjekts, nach N. das Aussehen

Mitgliedern der zweimalgeborenen Kasten geübt worden ist <sup>1)</sup>, daran halte er sich, wenn es den Sitten des Landes, der Familien und der Kasten nicht entgegen ist.

47. Wenn ein Gläubiger sich an ihn wendet um von einem Schuldner ein gemachtes Darlehen zurückzuerlangen, so soll er den Schuldner zwingen dem Gläubiger die Schuld zurückzuerstatten, nachdem derselbe die Richtigkeit seiner Forderung bewiesen hat. 48. Durch alle verschiedenen Mittel, mit denen überhaupt ein Gläubiger Ausstände einzutreiben pflegt, darf er seinen Schuldner zur Zahlung anhalten: 49. Mit Milde <sup>1)</sup>, nach dem allgemeinen Brauch <sup>2)</sup>, durch List <sup>3)</sup> nach dem herkömmlichen Wege <sup>4)</sup> und fünftens durch Gewalt <sup>5)</sup> kann ein Gläubiger ein gemachtes Darlehen eintreiben. 50. Wenn ein Gläubiger von seinem Schuldner selbst eine Schuld eintreibt, so kann der König ihn wegen solcher Aneignung seines eigenen Gutes nicht belangen. 51. Leugnet (der Schuldner)

---

des Klägers u. s. w. gemeint. Obige Reihenfolge nach den besten Mss. 46. <sup>1)</sup> Daher sind nach der Ansicht eines von M. angeführten Erklärers z. B. Stieropfer, obschon nur im Norden üblich, vom König auch in den südlichen, westlichen und östlichen Provinzen anzuordnen, denn da der Gebrauch bestehe, müsse er auch der Tradition und folglich auch der Offenbarung (dem Veda) entsprechen. M. tritt aber dieser Ansicht nicht bei. 47—59. Schuldrecht. 49. <sup>1)</sup> G. Es sind gütliche Vorstellungen oder die Vermittlung von Freunden gemeint. <sup>2)</sup> G. N. K.: „durch gerichtliche Klage.“ Aber der folgende Vers zeigt, dass diese nicht gemeint sein kann. Ich folge M., der dieses Mittel als eine Art Schuldknechtschaft, genauer als Zwangsarbeit mit einem von dem Gläubiger vorgeschossenen Kapital fasst, deren Ertrag der Gläubiger erhält. <sup>3)</sup> D. h. der Gläubiger borgt von seinem Schuldner unter irgend einem Vorwand einen demselben gehörigen Gegenstand (z. B. Schmuck) oder hält ein ihm gehöriges Depositum zurück. <sup>4)</sup> D. h. durch Fasten (G. N.). Es ist die bis in die Gegenwart hereinreichende, von englischen Augenzeugen oft beschriebene Sitte des sogen. Dharna-Sitzens gemeint. Vgl. auch Post, Anfänge S. 270 f.; Maine, Early Institutions. p. 297 ff. <sup>5)</sup> Der Gläubiger führt den Schuldner gebunden in sein Haus und zwingt ihn unter Schlägen und Drohungen seinen Verpflichtungen nachzukommen. Vgl. über die ganze Stelle Jolly, Ind. Schuldrecht, Sitzungsber. d. bayer. Akad. 1877, pp. 312—318. 51. <sup>1)</sup> In solchem Fall muss statt der Selbsthilfe gericht-

die Schuld ab<sup>1)</sup>, so soll ihn der König zwingen, an den Gläubiger das von demselben durch (die üblichen) Beweismittel<sup>2)</sup> nachgewiesene Darlehen zurückzuerstatten und eine seinem Vermögen entsprechende kleine Busse<sup>3)</sup> zu bezahlen. 52. Ist der Schuldner vor Gericht (von dem König oder dem Oberrichter) aufgefordert worden zu bezahlen und leugnet die Schuld ab, so muss der Kläger den Ort<sup>1)</sup> (an dem die Uebergabe des Darlehens stattfand) anzeigen oder einen (anderen) Beweis beibringen. 53. Wer einen falschen Ort<sup>1)</sup> angibt oder, nachdem er denselben angegeben hat, seine Aussage widerruft; wer nicht merkt, dass seine früheren und späteren Aussagen einander widersprechen; 54. Wer nachdem er etwas Anzugebendes angegeben hat, nachher wieder davon abgeht<sup>1)</sup>; wer eine bestimmt gemachte Angabe auf Befragen, nicht aufrecht erhält<sup>2)</sup>; 55. Wer an einem verbotenen (einsamen)<sup>1)</sup> Ort mit den Zeugen Zwiesprache hält; wer eine an ihn gerichtete Frage nicht (beantworten) will; wer entweicht; 56. Wer, zum Sprechen aufgefordert, nichts sagt, oder das Gesagte nicht beweist<sup>1)</sup>; wer die richtige Reihenfolge nicht beobachtet<sup>2)</sup>,

---

liche Klage eintreten (M.). <sup>2)</sup> Nach den Commentatoren (M. G. N. K.) „Zeugen, Documente, Besitz, Eide, Gottesurtheile“. Doch ist die Schrift und das schriftliche Verfahren bei Manu noch fast unbekannt. <sup>3)</sup> Nach den Commentatoren (M. G. N. K.) wäre die unten 139 festgesetzte Busse von 10 % gemeint; bei insolventen Schuldnern könne dieselbe ermässigt werden. 52. <sup>1)</sup> Ich lese mit M. G. N. deçam (und in 53 adeçam) ferner mit M. kâranam vâ sam<sup>o</sup>. 53. <sup>1)</sup> D. h. einen erweislich unrichtigen (K.) oder einen unmöglichen oder unwahrscheinlichen, z. B. eine Einöde (G. N.). 54. <sup>1)</sup> Z. B. wer zuerst sagt: „Er hat von mir Gold erhalten“, und dann: „Er hat es von meinem Sohne erhalten“ (G. K.). <sup>2)</sup> D. h. wer zuerst in der Klage (pratijñâ) eine bestimmte Angabe macht und nachher, wenn es sich um die nähere Specification seiner Aussage handelt und der Richter ihn z. B. fragt: „Warum hast du das Geld Nachts hergegeben oder angenommen?“, seine frühere Angabe nicht aufrecht erhält (G., ähnlich M. K.). 55. <sup>1)</sup> M. G. N. K. 56. <sup>1)</sup> Wer als Beklagter, wenn er zur Beantwortung der Klage aufgefordert wird, nichts zu sagen weiss, oder als Kläger oder Beklagter seine Behauptungen nicht durch Zeugen erhärtet (M. G.). <sup>2)</sup> Wer nicht weiss, dass dies früher, jenes später zu

(alle diese) verlieren ihren Process. 57. Auch wenn einer sagt: „Ich habe Zeugen“ und man sagt ihm: „Bringe sie herbei“, so soll ihn, wenn er sie dann nicht zur Stelle schafft, aus den nämlichen Gründen<sup>1)</sup> der Richter für unterlegen erklären. 58. Wenn der Kläger nicht spricht, so ist er dem Rechte gemäss mit Körper- und Geldstrafen<sup>1)</sup> zu belegen; wenn (der Beklagte) nicht binnen drei Halbmonaten antwortet, so ist er dem Recht nach als besiegt anzusehen. 59. Bis zu welchem Betrage Jemand ein Darlehen ableugnet oder fälschlich beansprucht was ihm nicht gehört<sup>1)</sup>, solche pflichtvergesenen Menschen soll der König beide zwingen, das Doppelte als Busse zu bezahlen.

60. Wenn Einer von seinem Gläubiger vor Gericht geführt wird und auf Befragen<sup>1)</sup> die Schuld ableugnet, so muss er in Gegenwart des Königs und der Brahmanen<sup>2)</sup> durch mindestens drei Zeugen überführt werden. 61. Was für Leute die Gläubiger als Zeugen in Processen vorführen dürfen und wie diese die Wahrheit sprechen müssen, dies werde ich nun darlegen. 62. Hausherren, solche die Söhne haben, von Alters her im Ort Ansässige, einerlei ob sie zur Kaste der Kshatriya, Vaiçya oder Çûdra gehören, vom Kläger Aufgeforderte dürfen Zeugniss ablegen; nicht aber jeder Beliebige<sup>1)</sup>, von Nothfällen abgesehen<sup>2)</sup>. 63. Glaubwürdige Personen aus allen Kasten dürfen bei den Klagen als Zeugen beigebracht werden, solche

---

sagen wäre (N.). 57. <sup>1)</sup> M. G. K. 58. <sup>1)</sup> Bei einem schweren Fall mit einer Körperstrafe. sonst mit einer Geldstrafe (K.). 59. <sup>1)</sup> Der Erstere, indem er sagt „Ich habe bezahlt“ u. dgl.; der Letztere, indem er sagt, „Er ist mein Schuldner“. (N.) 60—123. Beweisverfahren. Das ganze Processverfahren erscheint bei Manu in die Lehre vom Schuldrecht, die erste der 18 Rechtsmaterien, eingeschoben und wird erst in den neueren indischen Rechtswerken strikt davon getrennt. Man wird aus diesem und anderen Anzeichen schliessen dürfen, dass Schuldklagen in Indien weitaus die gewöhnlichsten waren. 60. <sup>1)</sup> „Hast du das Darlehen empfangen oder nicht?“ (N.) <sup>2)</sup> Oder „in Gegenwart des vom Könige (als Richter) bestellten Brahmanen“ (G. K.). 62. <sup>1)</sup> M. N. beziehen diesen Ausdruck insbesondere auf solche, welche unaufgefordert Zeugniss ablegen. <sup>2)</sup> Die

die alle Pflichten kennen, Uneigennützig; Personen entgegengesetzten Charakters muss man vermeiden. 64. Solche die selbst an der Sache betheilig sind <sup>1)</sup>, Freunde, Genossen <sup>2)</sup>, Feinde, bekannte Uebelthäter <sup>3)</sup>, von einer (schweren) Krankheit <sup>4)</sup> Heimgesuchte, Bescholtene können nicht zu Zeugen genommen werden. 65. Auch der König kann nicht als Zeuge dienen, (ferner) kein Handwerker oder Kuçilava <sup>1)</sup>, kein gelehrter Brahmane, keiner der einem bestimmten Orden angehört <sup>2)</sup>, kein (Asket), der alle menschlichen Leidenschaften abgestreift hat <sup>3)</sup>, 66. Kein Slave, kein übel Berüchtigter, kein Dasyu <sup>1)</sup>, keiner der eine verbotene Beschäftigung betreibt <sup>2)</sup>, kein Greis <sup>3)</sup>, kein Kind, nicht ein Mann allein, kein Mitglied der niedrigsten Kasten <sup>4)</sup>, keiner der ein Gebrechen an den Sinneswerkzeugen hat <sup>5)</sup>, 67. Kein Bekümmertes, kein Berauschter, kein Verrückter, kein von Hunger oder Durst Gequälter, kein von Müdigkeit Gequälter, kein von Fleischeslust Geplagter, kein Zorniger, kein Räuber. 68. Für Frauen sollen Frauen

Commentatoren verweisen auf 72. 64. <sup>1)</sup> M. G. K. beziehen dies namentlich auf Gläubiger, auch auf Schuldner: erstere würde eine nachtheilige Aussage des Schuldners gegen ihn erbittern, für arme Schuldner würden aus Eigenmuth die Gläubiger zeugen. <sup>2)</sup> Nach G. N. K. sind Diener, nach M. Bürgen u. dgl. gemeint. <sup>3)</sup> Nach M. geht dieser Ausdruck auf früher als meineidig Erfundene oder über sonstigen verbotenen Handlungen Ertappte; nur erstere Erklärung auch bei G. K. <sup>4)</sup> Schwere, nicht aber leichte Erkrankungen können aus Zorn oder Gedächtnisschwäche zu falschen Behauptungen veranlassen (M.). 65. <sup>1)</sup> Weil sie verachteten Ständen angehören. Kuçilava nach M. = Tänzer, Musikant, Sänger u. s. w. am gewöhnlichsten mit „Schauspieler“ erklärt. <sup>2)</sup> Nach K. sind speciell Brahmanenschüler, nach den anderen Commentatoren auch Bettelmönche und Büsser gemeint. <sup>3)</sup> Der Grund ist bei diesen drei die ausschliessliche Versenkung in die religiösen Pflichten (K.). 66. <sup>1)</sup> Räuber oder Mörder oder grausamer Mann (M. G. N. K.). Nach einer zweiten etymologisirenden Erklärung (M. G.) hiesse Dasyu „Diener“. Ursprünglich bezeichnet es die Barbaren, die feindlichen Volksstämme. <sup>2)</sup> So z. B. ein Brahmane, der die für den Kshatriya vorgeschriebenen Erwerbsarten betreibt (M.). <sup>3)</sup> Weil er nicht mehr zurechnungsfähig ist (M. G.). <sup>4)</sup> Es sind die Candâla u. a. Paria-Kasten gemeint. <sup>5)</sup> Blinde, Taube u. dgl. (M.) 67. <sup>1)</sup> Ueber den Tod eines Angehörigen u. dgl.

Zeugniss ablegen, für Zweimalgeborene Zweimalgeborene von gleicher Art <sup>1)</sup>, für Çûdra wackere Çûdra, für Leute aus den niedrigsten Kasten Mitglieder eben dieser Kasten. 69. Einer der selbst dabei gewesen ist, kann für die streitenden Parteien Zeugniss ablegen, wer er auch sein mag <sup>1)</sup>, wenn es sich um etwas im Inneren des Hauses oder im Walde Geschehenes <sup>2)</sup>, oder um eine Mordthat handelt. 70. Wenn (andere Zeugen) fehlen, so kann auch eine Frau, oder ein Kind, oder ein Greis, oder ein Schüler, ein Verwandter, Slave oder Diener Zeugniss ablegen <sup>1)</sup>. 71. Jedoch muss man, da Kinder, Greise, Kranke und solche deren Geist verwirrt ist (leicht) unrichtige Aussagen machen, ihre Angaben als unsicher ansehen. 72. Bei allen Gewaltthaten, Diebstahls- und geschlechtlichen Verbrechen, Verbal- und Realinjurien darf man (den Charakter der) Zeugen keiner zu strengen Prüfung unterwerfen. 73. Wenn die Zeugen einander widersprechen, so muss der Herrscher sich an die Mehrzahl halten, wenn die Stimmenzahl gleich ist, an die durch besondere Tugend Hervorragenden, wenn die Tugendhaften einander widersprechen, an die Besten unter den Zweimalgeborenen <sup>1)</sup>. 74. Gültig ist eine Aussage, die sich auf Selbstgesehenes <sup>1)</sup> oder Selbstvernommenes <sup>2)</sup> bezieht; wenn ein Zeuge darüber der Wahrheit gemäss berichtet, so erleidet er weder an seinem religiösen Verdienst noch an seinem Vermögen eine Einbusse. 75. Ein Zeuge, der in der Versammlung ehrenwerther Männer <sup>1)</sup> fälschlich etwas anderes angibt als was er

---

(M. G.) 68. <sup>1)</sup> Nach G. N. K. ist besonders Gleichheit der Kaste, nach M. entweder Gleichheit des Wohnorts oder auch Gleichheit der Kaste, des Gewerbes, Vermögens, religiösen Wissens, Studiums u. s. w. gemeint. 69. <sup>1)</sup> Auch ein Mann aus niedrigstem Stande (N.). <sup>2)</sup> Raubanfälle u. dgl. (G. K.) 70. <sup>1)</sup> Diese Regel bezieht sich nur auf die erwähnten Vorgänge im Inneren des Hauses u. s. w. (G. K.) 73. <sup>1)</sup> Nach M. G. N. sind Brahmanen, die ersten der „zweimalgeborenen“ d. h. mit der heiligen Schnur umgürteten drei oberen Kasten gemeint (ebenso Nandapandita zu Vishnusûtra VIII, 39, p. 52 Anm. meiner Uebersetzung), nach K. besonders pflichteifrige Mitglieder der zweimalgeborenen Kasten. 74. <sup>1)</sup> Darlehen, Realinjurien u. dgl. (M.) <sup>2)</sup> Verbalinjurien

gesehen oder gehört hat, stürzt nach seinem Tode kopfüber<sup>2)</sup> in die Hölle hinab und geht des Paradieses verlustig<sup>3)</sup>. 76. Wenn Jemand, der auch nicht zur Abgabe eines Zeugnisses aufgefordert worden ist, etwas gesehen oder gehört hat<sup>1)</sup>, so soll auch er es auf Befragen so angeben wie er es gesehen oder gehört hat. 77. Auch ein einzelner Mann, der von Habsucht frei ist, kann als Zeuge auftreten, nicht aber viele Frauen, auch wenn sie reinen Herzens sind, der Unbeständigkeit des weiblichen Sinnes wegen; ebenso wenig andere (Männer, nämlich solche) die ganz in Sünde verstrickt sind. 78. Was (die Zeugen) dem Thatbestand gemäss aussagen, das muss man als zum Process gehörig annehmen; was sie aber der Wahrheit entgegen aussagen, das ist für das Recht ohne Belang<sup>1)</sup>. 79. Wenn die Zeugen vor Gericht erschienen sind, in Gegenwart des Klägers und des Beklagten, so soll der Richter sie zum Sprechen auffordern, indem er sie auf die folgende Weise freundlich ermahnt: 80. „Der Wahrheit gemäss gebet Alles an, von dem ihr wisst dass es sich zwischen diesen beiden zuge tragen hat; denn ihr seid Zeugen in dieser Sache<sup>1)</sup>. 81. Ein Zeuge der wahres Zeugnis ablegt, gelangt in herrliche Gefilde (nach seinem Tode), und schon in dieser Welt (erlangt er) den höchsten Ruhm; selbst Brahman ehrt eine solche Rede. 82. Wer falsches Zeugnis redet, der wird widerstandslos während hundert Wiedergeburten mit den Fesseln des Varuna<sup>1)</sup> fest zusammengeschnürt; darum muss man wahres Zeugnis

---

u. dgl., auch was man von einem Dritten gehört hat. 75. <sup>1)</sup> In der Gerichtsversammlung (M. G.) <sup>2)</sup> M. G. K. <sup>3)</sup> Auch nachdem er die Höllenqualen durchgemacht hat, gelangt er nicht in den Himmel, weil die Wirkung seiner guten Thaten dahin ist (M.). 76. <sup>1)</sup> Geht auf zufällig Anwesende (N.). 78. <sup>1)</sup> Nach M. wäre der zweite Satz zu übersetzen: „Was sie aus Mitleid (z. B. in dem Gedanken: Möchte der oder jener fromme Büsser doch durch meine Aussage nicht zu Schaden kommen) in gegentheiliger Weise erklären, das ist irrelevant“. 80. <sup>1)</sup> „Wahrheit oder Unwahrheit beruhen auf eurer Aussage.“ (M.) 82. <sup>1)</sup> Die Fesseln, mit denen der Gott Varuna (etymologisch gleich mit Uranos) Uebelthäter bindet und straft. werden schon im Rigveda öfter erwähnt und im Athar-



reden. 83. Durch Wahrheit wird der Zeuge rein, durch Wahrheit wächst das religiöse Verdienst; deshalb müssen die Zeugen, welcher Kaste sie auch angehören mögen, die Wahrheit sprechen. 84. Die Seele ist die Zeugin der Seele, die Seele ist die Zuflucht der Seele; verachtet eure Seele nicht <sup>1)</sup>, sie die beste Zeugin der Menschen. 85. Die Bösen denken bei sich: „Niemand sieht uns“; allein es beobachten sie die Götter und der Geist in ihrem eigenen Herzen. 86. Der Himmel, die Erde, die Gewässer, das Herz, der Mond, die Sonne, das Feuer, Yama (der Gott der Unterwelt), die Winde, die Nacht, die Morgen- und Abenddämmerung, und die Gerechtigkeit kennen die Handlungen aller Wesen <sup>1)</sup>. 87. In Gegenwart der Götterbilder und der Brahmanen soll (der Richter) des Morgens die Zweimalgeborenen <sup>1)</sup>, die nach Norden oder nach Osten hinblicken müssen, nachdem er und sie sich gereinigt haben, auffordern wahres Zeugnis zu reden. 88. Zu einem Brahmanen soll er sagen: „Sprich“, zu einem Krieger „Sprich die Wahrheit“ <sup>1)</sup>, einen Vaiçya soll er bei seinen Kühen, seinem Getreide und seinem Gold <sup>1)</sup>, einen Çûdra bei allen (hier folgenden) Verbrechen beschwören. 89. Diejenigen Plätze im Jenseits, welche für einen Brahmanenmörder, die welche für den Mörder einer Frau oder eines Kindes, für einen falschen Freund <sup>1)</sup> und für einen Undankbaren bestimmt sind, die sind auch (einem Zeugen) vorbehalten, der falsch redet. 90. Alles Gute, was du, guter Mann, von deiner Geburt an gethan hast, geht

---

vaveda IV, 16, 6 heisst es, dass sie siebenfach und dreifach den Lügner umschlingen. 84. <sup>1)</sup> Indem ihr etwas aussagt, was gegen euer Gewissen ist. (N.) 87. <sup>1)</sup> Ueberhaupt die Zeugen (K.). 88. <sup>1)</sup> Er soll ihm mit dem Verlust seiner Kühe u. s. w. drohen, im Fall er die Unwahrheit spräche (N.); oder er soll ihm die Strafen im Jenseits für unwahres Zeugnis als ebenso schwer schildern, wie die Strafen für die Entwendung von Kühen u. s. w. (G. K.); oder als ebenso schwer wie die Strafen für irgend welche Vergehen, die sich auf Kühe u. s. w. beziehen, wie z. B. die Tödtung einer Kuh (M.). Aehnlich wie nach der ersten Erklärung auch u. 113. 89. <sup>1)</sup> Der die Frau oder die ganze Habe eines

zu den Hunden, wenn du falsches Zeugniß redest. 91. Wenn du, bester Mann, auch denkst: „Ich bin allein“, so ist doch der Weise, der Gutes und Böses sieht, stets in deinem Herzen gegenwärtig. 92. Jener in deinem Herzen wohnende (Geist) ist der Gott Yama<sup>1)</sup>, Vivasvant's Sohn; wenn du mit ihm nicht in Zwiespalt bist, so brauchst du nicht zum Ganges, nicht zu den Kuru<sup>2)</sup> zu wallfahrten. 93. Nackt und kahl geschoren, mit der Bettlerschale in der Hand, von Hunger und Durst gequält und blind, soll nach dem Hause<sup>1)</sup> seines Feindes betteln gehen, wer falsches Zeugniß redet. 94. Kopfüber soll der Elende in die tiefste Finsterniß der Hölle gestürzt werden, der, wenn er über einen Rechtshandel verhört wird, eine falsche Aussage macht. 95. Einem Blinden, der die Fische mitsammt den Gräten aufisst, gleicht, wer eine dem Thatbestand nicht entsprechende Aussage macht, oder etwas berichtet, was er nicht gesehen hat. 96. Niemand in der Welt halten die Götter für besser als den, dessen wissende Seele keine Unruhe<sup>1)</sup> empfindet, während er (als Zeuge) spricht. 97. Wie viele Verwandte je nach dem Gegenstand seiner Aussage vernichtet (in die Hölle stürzt)<sup>1)</sup>, wer als Zeuge die Unwahrheit spricht, das sollst du nun, mein Lieber, der Reihe nach von mir aufgezählt

---

Freundes an sich bringt u. dgl. (M.) 92. <sup>1)</sup> Vgl. 86. Yama ist insbesondere der Todtenrichter. <sup>2)</sup> Es ist die „Ebene der Kuru“, Kurukshetra bei Delhi gemeint, das aus dem Mahābhārata als Schauplatz der grossen Kämpfe zwischen den beiden Königsgeschlechtern der Pāndu und Kuru bekannt ist und von Alters her als heilig galt. Vgl. Manu II, 19. Die Verehrung des Ganges ist bekannt. 93. <sup>1)</sup> Ich lese mit M. G. çatrugriham. 96. Darüber ob er die Wahrheit oder die Unwahrheit sprechen wird (N. G. K.). 97. <sup>1)</sup> M. G. N. K. „Einige“ erklären so, dass er eine ebenso grosse Schuld auf sich lädt, als wenn er die Verwandten umgebracht hätte. Eine sehr ähnliche Auffassung wie in 97—99 findet sich im Zendavesta, Vendidād 4, 24 ff., wo von gradatim wachsenden Strafen die Rede ist, die ein Wortbruch, dann der Bruch eines Vertrags, der auf Handschlag beruht, und der Bruch von Verträgen, deren Objekt den Werth eines Stück Viehes, eines Zugthieres, eines Menschen oder eines Grundstücks hat, über die nächsten Verwandten des Schuldigen bringt.

hören. 98. Fünf<sup>1)</sup> vernichtet er durch falsches Zeugniß über Kleinvieh, zehn durch falsches Zeugniß über Kühe, hundert vernichtet er durch falsches Zeugniß über Pferde, tausend durch falsches Zeugniß über Menschen<sup>2)</sup>. 99. Die Geborenen und die Ungeborenen vernichtet wer Goldes wegen die Unwahrheit spricht, Alles vernichtet wer über ein Grundstück die Unwahrheit spricht. Sprich ja nicht Unwahres über ein Grundstück. 100. Als eben so sträflich wie (eine unwahre Aussage) über ein Grundstück werden Unwahrheiten erklärt, die sich auf Wasser, auf fleischlichen Verkehr mit einer Frau, auf aus Wasser entstandene<sup>1)</sup> und irgend welche aus Stein bestehende<sup>2)</sup> Juwelen beziehen. 101. Nachdem du all' diese schlimmen Folgen erkannt hast, die aus unwahren Aussagen entstehen, theile alles offen mit, so wie du es gehört oder gesehen hast.“ 102. Brahmanen, die als Rinderhirten, Kaufleute, Handwerker, Kuçilava, Diener oder Wucherer leben<sup>1)</sup>, soll er wie Çûdra anreden. 103. Wenn Einer aus religiöser Scheu<sup>1)</sup> in Processen gegen besseres Wissen eine falsche Aussage macht, so wird er desshalb nicht vom Paradiese ausgeschlossen; (im Gegenheil) man nennt dies eine göttliche Rede. 104. Wenn durch Aussprechen der Wahrheit das Leben eines Çûdra, Vaiçya, Kshatriya oder Brahmanen gefährdet würde, so soll man die Unwahrheit sprechen; denn sie ist (in einem solchen Falle) besser als die Wahrheit. 105. Mit Kuchen, die der Göttin der Rede geweiht sind, sollen sie der Sarasvatî (der Göttin der Rede) opfern, um den durch eine solche Lüge begangenen Frevel vollkommen zu sühnen. 106. Oder aber (ein solcher

---

Vgl. Spiegel in der Zeitschr. d. deutsch. morgenl. Ges. XXIX, 566 ff. (1875). 98. „Fünf“ d. h. die Eltern, Sohn und Tochter, und die Gattin (M.).<sup>2)</sup> Bei Streitigkeiten über den Besitz eines Sklaven u. dgl. (M.). 100. <sup>1)</sup> Perlen u. dgl. <sup>2)</sup> Berylle u. dgl. (M. G. N. K.) 102. <sup>1)</sup> Stellen, wie die vorliegende zeigen, dass schon damals wie heutzutage die Brahmanen sich keineswegs auf die von Manu für den Brahmanen als allein zulässig erklärten drei Erwerbszweige des Lehrens, Opfern und Bettelns beschränkten. Vgl. 65. 103. <sup>1)</sup> Aus Mitleid u. s. w. (M. G. K.) 106. <sup>1)</sup> Vâjasaneyi-

Zeuge) soll unter dem üblichen Ceremoniell Schmalz im Feuer opfern, indem er die Kûshmândîverse<sup>1)</sup> hersagt, oder den an Varuna gerichteten Vers, der mit ud beginnt<sup>2)</sup>, oder die drei an die Gottheiten der Gewässer gerichteten Verse<sup>3)</sup>. 107. Der Mann, der (als Zeuge vorgeladen wird und) ohne krank zu sein bei einer Schuldklage oder einem anderen Rechtsfall nicht binnen drei Halbmonaten Zeugnis ablegt, muss die ganze Schuld bezahlen und ein Zehntel der ganzen Summe (als Busse an den König entrichten). 108. Der Zeuge, dem binnen sieben Tagen nach Abgabe seines Zeugnisses eine Krankheit oder eine Feuersbrunst<sup>1)</sup> oder der Tod eines Verwandten<sup>2)</sup> widerfährt, soll zur Bezahlung der Schuld und einer Busse angehalten werden. 109. Wenn zwei Parteien über solche Angelegenheiten mit einander streiten, bei welchen keine Zeugen zugegen gewesen sind, und (der Richter) die Wahrheit nicht mit Sicherheit ermitteln kann, so kann er auch durch einen Eid (oder ein Gottesurtheil)<sup>1)</sup> die Wahrheit erforschen. 110. Auch von den grossen Rishis<sup>1)</sup> (Sehern der Vorzeit) und den Göttern<sup>2)</sup> sind in strittigen Fällen Eide geschworen worden. Auch Vasishtha leistete einen Eid vor (dem König Sudâs), dem Sohn

---

Samhitâ XX, 14—16. <sup>2)</sup> Rigveda I, 24, 15. <sup>3)</sup> Rigveda X, 9, 1—3. 108. <sup>1)</sup> Wobei sein Haus oder sein Vermögen zerstört wird. (M.) <sup>2)</sup> Frauen oder Söhne oder andere nahe Verwandte (M.). 109. <sup>1)</sup> So M. Auch an anderen Stellen bezeichnet çapatha „Eid“ das ganze „göttliche Beweisverfahren“ daivikî kriyâ, wie auch samayakriyâ „Ordal“ und „Eid“ zugleich bedeutet. 110. <sup>1)</sup> Nach einer im Mahâbhârata erzählten Geschichte beschuldigten sich, in Folge der Entwendung von Lotusstengeln, die sieben Rishis gegenseitig mit den Worten: „Wer sie entwendet hat, der hat den Pfad des Frevlers betreten“ (M.) Vgl. Nârada 5, 109 (p. 45). <sup>2)</sup> Als die Götter ihn der Ahalyâ wegen beschuldigten, reinigte sich Indra durch einen Schwur (M.). Die Verführung oder versuchte Verführung der Ahalyâ, der Gemahlin des Weisen Gautama, wird im Mahâbhârata erzählt. <sup>3)</sup> Viçvâmitra klagte den Vasishtha bei dem König Sûdâs an, die 100 Söhne aufgefressen zu haben, worauf Vasishtha einen Reinigungseid leistete (G. N. K.). Nach M. beschuldigte Viçvâmitra seinen Nebenbuhler Vasishtha in Gegenwart des Königs mit den Worten: „Er hat

des Pijavana<sup>3)</sup>. 111. Ein verständiger Mann muss nie einen falschen Eid<sup>1)</sup> schwören, selbst in einer ganz geringfügigen Angelegenheit; denn wer einen falschen Eid schwört, der ist im Jenseits und Diesseits verloren. 112. Jedoch einer Geliebten<sup>1)</sup> gegenüber, oder wenn es sich um eine Heirath<sup>2)</sup> oder um Futter für eine Kuh, oder um Brennholz (für ein Opfer) oder um die Rettung eines Brahmanen handelt, begeht man durch einen (falschen) Schwur kein Verbrechen. 113. Einen Brahmanen soll er bei der Wahrheit, einen Kshatriya bei seinem Reitthier und seinen Waffen, einen Vaiçya bei seinen Kühen, seinem Getreide und seinem Gold<sup>1)</sup>, einen Çûdra bei allen (möglichen) Verbrechen beschwören. 114. Oder er soll ihn (in schwereren Fällen) Feuer angreifen, oder im Wasser untertauchen, oder die Häupter seiner Söhne und seiner Frau (beim Schwur) einzeln berühren lassen. 115. Der, welchen das flammende Feuer nicht versengt, welchen das Wasser nicht

---

die 100 Söhne aufgefressen, denn er ist der Rakshas“ (Unhold, der sie gefressen hat). Vasishtha erwiderte: „Möge ich sofort des Todes sein, wenn ich ein Rakshas bin.“ Es scheint hier eine andere Version dieser Legende vorzuliegen als die im Mahâbhârata enthaltene, wonach der König Sudâs von Viçvâmitra in einen Rakshas verwandelt wird und als solcher auf Befehl des Viçvâmitra die 100 Söhne des Vasishtha auffrisst. Vgl. auch Nârada 5, 108 f. 111. <sup>1)</sup> M. G. N. 112. <sup>1)</sup> Eine besonders geliebte Gattin oder Buhlerin, zu der man sagt: „Ich liebe keine andere als dich, du bist die Gebieterin meines Herzens“ u. dgl. m. (M. G. N. K.) <sup>2)</sup> Wenn man sagt: „Ich werde keine andere zur Frau nehmen als dich“ (M. G. N. K.). 113. Kshatriyas und Vaiçyas sollen schwören, dass ihnen ihre Reitthiere u. s. w. nichts helfen sollen (G. N. K.). Vgl. 88. 114, 115. Die erste Probe ist nach den Commentatoren das Tragen einer glühend gemachten Eisen- oder Goldkugel, die zweite diejenige Wasserprobe, bei der es darauf ankam, wie lange man es unter dem Wasser aushalten konnte. Es ist jedoch zweifelhaft, ob diese auf der Darstellung der Gottesurtheile in anderen indischen Gesetzbüchern beruhende Erklärung das Richtige trifft. Stenzler (üb. d. ind. Gottesurtheile, Zeitschr. d. d. morgenl. Ges. IX, 663) erinnert betreffs der hier erwähnten Wasserprobe an die germanische Anschauung, dass der Unschuldige im Wasser untersinkt. 115. <sup>1)</sup> Das ihm ans Leben geht (G.), oder überhaupt schwere

empfortauchen lässt oder dem nicht bald (nach seinem Eide) ein Unglück <sup>1)</sup> widerfährt, muss als gerechtfertigt hinsichtlich seines Eides erkannt werden. 116. Als einst Vatsa von seinem jüngeren Bruder angeklagt worden war, da versengte ihm kraft seiner Wahrhaftigkeit das Feuer, der Zeuge aller lebenden Wesen, auch nicht ein Haar <sup>1)</sup>. 117. Wenn in irgend einer Sache falsches Zeugnis abgelegt worden ist, so muss der Process niedergeschlagen werden, und alles Geschehene ist als ungeschehen zu betrachten <sup>1)</sup>. 118. Falsches Zeugnis entsteht, so wird gesagt, aus Habsucht, durch Irrthum, durch Freundschaft, durch Verliebtheit, durch Zorn, durch Unwissenheit oder durch Einfalt. 119. Wenn einer aus irgend einem von diesen Beweggründen falsches Zeugnis redet, dafür werde ich nun der Reihe nach für jeden einzelnen Fall die Strafen aufzählen. 120. Wenn er aus Habgier (die Unwahrheit sagt), so soll man ihn in eine Busse von 1000 (Pana) <sup>1)</sup> verfallen, wenn aus Irrthum, die erste (niedrigste) Busse (von 250 Pana), wenn aus Furcht, das Doppelte der mittleren Busse (d. h. 1000 Pana), wenn aus Freundschaft, das Vierfache der ersten Busse (d. h. auch 1000 Pana), 121. Wenn aus Verliebtheit, das Zehnfache der ersten Busse (d. h. 2500 Pana), wenn aus Zorn das Dreifache der höchsten <sup>1)</sup> Busse (d. h. 3000 Pana), wenn aus Unwissenheit volle 200 (Pana), wenn aus Einfalt, 100 (Pana). 122. So werden die Bussen angegeben, welche die Weisen für falsches Zeugnis festgesetzt haben, um die Verletzung des Rechts zu verhüten und dem Unrecht zu steuern. 123. Solche, die falsches Zeugnis reden, soll ein gerechter König, wenn sie einer der drei (untern) Kasten angehören, nachdem sie die (erwähnten) Bussen entrichtet haben, verbannen; einen Brahmanen soll er (nur) verbannen.

---

Bedrängniss (M. K.). 116. <sup>1)</sup> Als ihn sein jüngerer Stiefbruder beschuldigte, kein Brahmane, sondern der Sohn einer Çūdrafrau zu sein, sagte er: „Dies ist nicht wahr“ und schritt zur Bekräftigung seiner Aussage durch das Feuer (M. G. N. K.). 117. <sup>1)</sup> Ist eine Busse schon bezahlt, so muss das Gericht sie zurückerstatten (N.). 120. Ein Pana ist ein Kupfergewicht = 80 Raktikās. S. u. 131 ff. 121. <sup>1)</sup> N. G. 124. <sup>1)</sup> Dieser

124. Zehn Stellen hat Manu, der Sohn des Svayambhû (des durch sich selbst existirenden Wesens) <sup>1)</sup> bestimmt; an denen Strafen Platz greifen können, wenn es sich um Mitglieder der drei (unteren) Kasten handelt; (aber) ein Brahmane soll ungeschädigt (aus dem Lande) gehen. 125. (Jene Stellen sind:) die Geschlechtstheile, der Bauch, die Zunge, die beiden Hände, fünftens die beiden Füße, (ferner) das Auge, die Nase, die beiden Ohren, das Vermögen und der Körper <sup>1)</sup>. 126. Nachdem er die Absicht <sup>1)</sup>, dann den Ort und die Zeit <sup>2)</sup> (der That) der Wahrheit gemäss ermittelt und das Können (der Schuldigen) und die Natur ihrer Vergehen erwogen hat, soll er die (verdiente) Strafe über die Strafwürdigen verhängen. 127. Ungerechtes Strafen zerstört den guten Ruf unter den Leuten und beraubt des Nachruhms, und im Jenseits wehrt es den Zugang zum Paradiese; deshalb muss man es vermeiden. 128. Ein König, der die Unschuldigen straft und die Strafwürdigen ungestraft lässt, bedeckt sich mit grosser Schande und kommt in die Hölle. 129. Zuerst soll er mit Worten strafen <sup>1)</sup>, dann einen scharfen Verweis <sup>2)</sup> ertheilen, zum Dritten eine Vermögensstrafe und zuletzt eine Körperstrafe verhängen. 130. Wenn er die (Verbrecher) selbst durch eine Körperstrafe nicht im Zaum halten kann, so soll er ihnen alle vier Arten

---

Manu (wohl zu unterscheiden von anderen Manus) ist der mythische Verfasser des Gesetzbuches. 124–138. Strafen. 125. <sup>1)</sup> Körperstrafe bedeutet hier Todesstrafe. An den erwähnten Gliedern soll der Verbrecher gestraft werden, je nachdem er sich mit einem derselben vergangen hat (M. G. K.). M. erläutert dies dahin: Wegen geschlechtlicher Verbrechen soll er an den Geschlechtstheilen gestraft werden, bei einem Diebstahl durch Entziehung der Nahrung, bei Verbal- und Realinjurien sollen die Zunge resp. die Hände abgehackt werden, wenn er die Gemahlin des Königs gesehen oder des Königs geheime Pläne belauscht hat, Augen oder Ohren u. s. w. 126. <sup>1)</sup> Die sträfliche Absicht (M.). Vielleicht besser „die Wiederholung“. <sup>2)</sup> Ob im Dorfe oder in einem Walde, Tags oder Nachts u. s. w. (M. G. K.) 129. <sup>1)</sup> Etwa so: „Du hast nicht recht gehandelt, thue es nicht wieder.“ <sup>2)</sup> Etwa so: „Pfiu über dich Elenden! Dieses Verbrechen wird dich in die Hölle

von Strafen zugleich auferlegen. 131. Welche Benennungen auf der Erde bei Geschäften unter den Menschen für Kupfer-, Silber- und Goldgewichte in Uebung sind, werde ich vollständig angeben. 132. Der feine Staub, den man in den Sonnenstrahlen erblickt, die durch ein Fenster scheinen, ist das kleinste der Gewichte, man nennt es Atom. 133. Acht Atome sind ihrem Gewicht nach als gleich mit einem Lausei anzusehen, drei Lauseier sind ein schwarzes Senfkorn, drei von diesen ein weisses Senfkorn. 134. Sechs weisse Senfkörner sind ein Gerstenkorn von mittlerer Grösse, drei Gerstenkörner sind ein Krishnala, fünf Krishnala geben einen Mâsha, sechzehn von diesen sind ein Suvarna. 135. Ein Pala sind vier Suvarna, zehn Pala sind ein Dharana, zwei Krishnala von gleichem Gewicht muss man als gleich einem Mâshaka von Silber erkennen. 136. Sechzehn von diesen sind ein Dharana oder ein Silber-Purâna; aber ein Pana von Kupfer im Gewichte eines Karsha heisst Kârshâpana. 137. Zehn Dharana (von Silber) geben einen Çatamâna von Silber; Nishka ist die Bezeichnung für ein Gewicht von vier Suvarna. 138. 250 Pana (von Kupfer) gelten als die erste (niedrigste) Geldstrafe; 500 werden als die mittlere und 1000 als die höchste angesehen.

139. Wenn (der Schuldner vor Gericht) eine Forderung als begründet anerkannt hat, so muss er fünf vom Hundert (als Busse) bezahlen; wenn er sie geleugnet hat (und

---

stürzen.“ (G. K.) 131–137. Das kleinste von diesen Gewichten (Münzen), das wirklich im Gebrauch vorkam, ist der Krishnala (wörtlich „die schwarze Beere der Pflanze *Abrus Precatorius*“), häufiger Raktikâ genannt (jetzt Ratti) = 0.122 Gramm. 1 Kupfer-Pana, die Münz- oder Gewichtseinheit für die Berechnung der drei gewöhnlichen Strafsätze, wiegt 1 Karsha = 16 Mâsha = 80 Krishnala. Die übrigen Ausdrücke gehen nach den Commentatoren entweder nur auf Goldgewichte: Suvarna, Nishka, oder nur auf Silbergewichte: Purâna, Çatamâna, oder auf beide zugleich: Krishnala, Pana, Mâsha (Mâshaka), Pala, Dharana, die letzteren theilweise auch auf Kupfer. 139–178. Schuldrecht (Schluss). 139 fehlt nach N. in einigen Mss. In der That stört dieser Vers den Zusammenhang und steht



überführt wird) doppelt so viel (d. h. zehn vom hundert): dies ist Manu's Gebot. 140. Ein Gelddarleiher darf (wenn er ein Pfand in Händen hat) als den Zins, um den sich sein Capital vermehrt, das von Vasishtha festgesetzte Achtzigstel vom Hundert in jedem Monat<sup>1)</sup> beanspruchen. 141. Oder aber er nehme (wenn er kein Pfand erhalten hat)<sup>1)</sup>, zwei vom hundert, die Pflicht der Frommen bedenkend; denn wenn er zwei vom hundert nimmt, so zieht er noch keinen unrechtmässigen Gewinn (aus seinem Capital). 142. Der Reihenfolge der Kasten nach soll er (wenn er kein Pfand in Händen hat) im Monat nicht mehr und nicht weniger als zwei vom hundert (von einem Brahmanen), drei vom hundert (von einem Kshatriya), vier vom hundert (von einem Vaiçya) und fünf vom hundert (von einem Çûdra) nehmen. 143. Aber bei einem Pfande, das ihm zur Benützung übergeben worden ist, darf er keinen Zinsengenuss beanspruchen, und selbst wenn (ein solches) Pfand<sup>1)</sup> sich lange Zeit in seinem Besitz befunden hat, darf er es weder verschenken noch veräussern. 144. (Der Gläubiger) darf ein Pfand (das ihm nur zur Aufbewahrung übergeben ist) nicht mit Gewalt (gegen den Willen des Schuldners) benützen; wenn er es benützt, geht er der Zinsen verlustig; auch muss er (wenn es beschädigt oder verdorben worden ist)<sup>2)</sup>, dem Eigenthümer seinen Werth ersetzen, sonst ist er

---

im Widerspruch mit 59. 140. <sup>1)</sup> Also  $1\frac{1}{4}\%$  im Monat =  $15\%$  im Jahr. In dem auf uns gekommenen Gesetzbuch des Vasishtha (II, 51) findet sich diese Bestimmung wirklich, wenn auch etwas anders ausgedrückt. 141. <sup>1)</sup> N. K. Dagegen beziehen M. G. den hier angegebenen höheren Zinsfuss auf den Fall, dass der Gläubiger (einer zahlreichen Familie wegen M.) mit  $\frac{1}{80}$  nicht durchkommen könne. Die Richtigkeit der obigen Erklärung geht aus Yājñavalkya II, 37 hervor. 143. <sup>1)</sup> Nach M. G. wäre hier das bloss aufzubewahrende Pfand gemeint, das nie an einen Dritten cedirt werden dürfe, wogegen K. mit Recht einwendet, dass eine solche Bestimmung dem allgemeinen Brauch entgegen sein würde. Vgl. mein Ind. Schuldrecht. 144. <sup>1)</sup> Nach M. sind Kleider u. dgl., nach N. Betten u. dgl., nach K. Kleider, Schmuck u. dgl. gemeint. <sup>2)</sup> So nach M. K. Nach N. ist dagegen die Herausgabe des aus dem Pfand gezogenen Profits an den Schuldner

ein Pfänderdieb. 145. Pfänder und Deposita <sup>1)</sup> unterliegen keiner Verjährung; man kann sie zurückverlangen, auch wenn sie sich schon lange in fremden Händen befinden. 146. Niemals gehen, wenn sie Anderen in freundschaftlicher Weise zum Besitz überlassen werden, (für den Eigenthümer) verloren <sup>1)</sup>: eine Milchkuh, ein Kameel, ein am Wagen ziehendes Pferd, und ein zum Abrichten übergebenes Thier <sup>2)</sup>. 147. Wenn der Eigenthümer es zehn Jahre lang ruhig geschehen lässt, dass ein ihm gehöriges Gut von Fremden unter seinen Augen benützt wird, so verliert er jeden Anspruch darauf. 148. Wenn er nicht geistesschwach oder unmündig <sup>1)</sup> ist und die Benutzung findet vor seinen Augen statt, so ist es für ihn dem Rechte nach verloren, und der Besitzer darf das Gut behalten. 149. Ein Pfand, eine Grenze, das Eigenthum eines Kindes, ein offenes oder verschlossenes <sup>1)</sup> Depositum, Frauen (Sclavinnen oder die Frauen Anderer) und was dem König oder einem gelehrten Brahmanen gehört, geht (dem Eigenthümer) dadurch, dass es sich in (fremdem) Besitz befindet, nicht verloren. 150. Wer so unklug ist, ein Pfand ohne Erlaubniss des Eigenthümers zu benützen, dem soll man als Ersatz für diese Benützung die Hälfte der Zinsen entziehen <sup>1)</sup>. 151. Die auf einmal gezahlten Zinsen <sup>1)</sup> für ein Darlehen dürfen nie (mit dem Capital zusammen) den doppelten Betrag desselben überschreiten. Bei Getreide, Frucht, Wolle,

---

gemeint. 145. <sup>1)</sup> N. bezieht den Ausdruck upanidhi, sicher unrichtig, auf ein nachträglich zur völligen Deckung des Gläubigers übergebenes Pfandobjekt. 146. <sup>1)</sup> Sie unterliegen der in 147 getroffenen Bestimmung nicht (M. G. N. K.). <sup>2)</sup> Ein Stier u. dgl. (M. G. N. K.). 148. <sup>1)</sup> Die Periode der Unmündigkeit reicht nach der von den Commentatoren auch hier citirten Stelle des Nārada (3, 37, p. 19) bis zum 16. Jahre. 149. <sup>1)</sup> G. N. K. 150. <sup>1)</sup> In 144 wird für den gleichen Fall die Entziehung des ganzen Betrags der Zinsen festgesetzt. Der Widerspruch lässt sich nicht dadurch heben, dass man mit den Commentatoren an der ersteren Stelle die „gewaltsame“ Benützung urgirt, sondern er ist aus der allmählichen Entstehung des Gesetzbuchs zu erklären. 151. <sup>1)</sup> Es sind Zinsen gemeint, die zugleich mit der Rückzahlung des Capitals fällig werden. Daher findet auf täglich

Zugthieren dürfen sie nicht über das Fünffache hinausgehen. 152. Zinsen die über den festgesetzten Zinsfuß <sup>1)</sup> hinausgehen, sind als übertrieben unzulässig; man bezeichnet dies als Wucher; (der Gläubiger) darf (nie mehr als) fünf vom hundert nehmen <sup>2)</sup>. 153. (Der Gläubiger) nehme keine Zinsen über die Dauer eines Jahres hinaus <sup>1)</sup>, und keine unerlaubten Zinsen <sup>2)</sup>. (Verboten sind auch) der Radzins <sup>3)</sup>, der zeitliche Zins <sup>4)</sup>, der verabredete <sup>5)</sup> und der Körperzins <sup>6)</sup>. 154. Wer eine (fällige) Schuld nicht bezahlen kann und einen neuen Vertrag abzuschliessen wünscht, der kann eine neue Verabredung <sup>1)</sup> treffen, nachdem er den fälligen Zins entrichtet hat. 155. Wenn er

---

oder monatlich gezahlte Zinsen diese Bestimmung keine Anwendung. 152. <sup>1)</sup> Von mindestens  $1\frac{1}{4}$  und höchstens 5% im Monat (M.) S. 141, 142. <sup>2)</sup> G. meint, dass hienach der eigentlich nur bei Schuldner der Çûdrakaste gestattete Zinsfuß von 5% auch bei Schuldner aus den drei ersten Kasten anwendbar sei. 153. <sup>1)</sup> Wenn ein-, zwei- oder dreimonatliche Zinszahlung verabredet ist, so kann der Gläubiger nach Ablauf eines Jahres keine Zinsen mehr beanspruchen. (K.) Unter den vielen Erklärungen scheint, wenn überhaupt der ganze Vers echt ist, diese die annehmbarste. Nach G. wäre die Meinung die, dass man, wenn auch zwei oder drei Jahre lang die Zinszahlungen unterblieben wären, doch nie mehr als die Zinsen für ein Jahr beanspruchen könne. <sup>2)</sup> K. erinnert hierbei an das obige Maximum von 5% im Monat. Auch M. erwähnt diese Erklärung, entscheidet sich aber dafür, dass Tag für Tag, (anstatt je auf einmal in grösseren Raten) zahlbare Zinsen gemeint seien. Ebenso G. N. <sup>3)</sup> Zinseszins. <sup>4)</sup> In den Gesetzbüchern des Nârada und Brihaspati bedeutet dies „monatlichen Zins“. Ebenso die Commentatoren. Aber nach Haradatta zu Gautama 12. 34 (p. 239 in Bühler's Uebersetzung) ist ein Schuldvertrag gemeint, wobei ein beliebiger Zins verabredet wird, aber mit der Bedingung, dass das Capital, wenn es zum bestimmten Termin nicht zurückgezahlt werden kann, verdrei- oder vervierfacht werden soll. Auch M. erwähnt eine ähnliche Erklärung. <sup>5)</sup> Ein über den erlaubten Zinsfuß hinausgehender oder nach Verdopplung des Capitals noch fortlaufender (N.) Zins, den die Schuldner (insbesondere Kaufleute M. G.) aus Noth selbst [versprochen haben. <sup>6)</sup> Nach M. ist körperliche Arbeit oder die Benützung eines verpfändeten Hausthieres oder Sklaven gemeint. So Brihaspati und Vyâsa, anders Nârada 4. 30 (p. 27). 154. <sup>1)</sup> „Schriftlich, oder mündlich vor Zeugen“

aber (die Zinsen) nicht zahlen kann, so muss er auf's Neue Capital aufnehmen und dabei (an Capital ausser dem ursprünglichen Capital) ebenso viel als die aufgelaufenen Zinsen betragen, versprechen. 156. Wer einen Lieferungsvertrag gegen Bezahlung abgeschlossen hat, mit der Verpflichtung (die Waaren) an dem und dem Orte und zu der und der Zeit abzuliefern<sup>1)</sup>, und die Verabredung über Ort und Zeit nicht einhält, soll den verabredeten Lohn nicht erhalten. 157. Der Preis, den (Schiedsrichter) festsetzen, welche in Seereisen<sup>1)</sup> Erfahrung haben und (den Gewinn) nach Ort, Zeit und Gegenstand<sup>2)</sup> zu berechnen wissen, hat in solchen Fällen<sup>3)</sup> volle Gültigkeit hinsichtlich der zu beanspruchenden Summe. 158. Wer sich in dieser Welt für das Erscheinen eines (Schuldners) verbürgt, muss, wenn er ihn nicht zur Stelle schafft (wenn die Schuld fällig ist), die Schuld aus seinem eigenen Vermögen bezahlen. 159. Ein Sohn braucht für seinen Vater eine Bürgschaftssumme, oder etwas ohne Noth Versprochenes<sup>1)</sup>, oder beim Würfelspiel oder für geistige Getränke gemachte Schulden, oder Forderungen, die von einer gerichtlichen Busse oder einer Abgabe noch übrig sind, nicht zu bezahlen. 160. Die soeben gegebene Bestimmung gilt für eine Bürgschaft für Erscheinen; ist aber ein Bürge für Bezahlen gestorben, so kann (der Richter) auch die Erben zur Zahlung anhalten. 161. Wie kann jedoch der Fall eintreten, dass nach dem Tode eines Bürgen, der sich nicht für Bezahlen verbürgt hat, und dessen Verhältnisse<sup>1)</sup> bekannt sind, der Gläubiger die Bezahlung der

---

(G. N.), letzteres ist wohl richtiger. 156. <sup>1)</sup> M. G. K. R. Dagegen bei N. eine (auch von M. erwähnte) Erklärung, wonach cakraviddhi hier wie in 153 „Zinseszins“ hiesse, was wegen 157 nicht angeht. 157. <sup>1)</sup> Ueberhaupt in Reisegefahren (N.), auch in Landreisen (G. K.). Anders Lassen Z. d. d. m. G. XVI, 431. <sup>2)</sup> Je nachdem es sich z. B. um den Transport von Gold oder Waaren handelt (G.). <sup>3)</sup> G. K. Dagegen wäre nach N. hier (wie bei Yājñavalkya II, 38) von dem Zins die Rede, den Kaufleute bei gefährvollen Reisen zu entrichten haben. 159. <sup>1)</sup> Was der Vater einem Lobsänger u. dgl. Leuten versprochen hat, ein Trinkgeld u. dgl. (M. G. N. K.). 161. <sup>1)</sup> D. h. der Umstand, dass er

Schuld (von dem Sohn oder sonstigen Erben) verlangen darf?  
 162. Wenn der Bürge Geld (von dem Schuldner) empfangen hat, um die Schuld zu bezahlen und Geld genug hat <sup>1)</sup>, so soll (der Sohn desjenigen) der das Geld empfangen hat (die Schuld) aus seinem Vermögen bezahlen: so bestimmt es das Gesetz. 163. Ein Vertrag, der von einem Betrunknenen, Geisteskranken, (von Krankheit u. s. w.) Bedrängten, Slaven, Kind, Greis, oder nicht dazu Beauftragten abgeschlossen worden ist, hat keine Geltung. 164. Eine Behauptung (Verabredung), die gegen das feststehende Recht und gegen die gute Sitte verstösst, ist ungültig, auch wenn sie zweifellos gemacht worden ist <sup>1)</sup>. 165. Wenn (der Richter) in einem Pfand-<sup>1)</sup> oder Kaufvertrag, in einer Schenkung oder in der Annahme eines Geschenks irgend eine Hinterlist, und überhaupt wenn er irgendwo einen Betrug entdeckt, so soll er die ganze Sache rückgängig machen. 166. Wenn der Empfänger (eines Darlehens) gestorben und das Darlehen für die Bedürfnisse der Familie verwendet worden ist, so müssen es seine Verwandten aus ihrem eigenen Vermögen zurückerstatten, selbst wenn sie nicht in Gütergemeinschaft mit ihm gelebt haben <sup>1)</sup>. 167. Hat selbst ein Slave, mag sein Herr zugegen gewesen sein oder nicht, einen Vertrag <sup>1)</sup> abgeschlossen,

---

sich nicht für die Bezahlung der Schuld verbürgt hat (N.). 162. <sup>1)</sup> Gemeint ist entweder, dass er selbst eine dem Darlehen gleiche Summe empfangen hat (M. G.), oder dass sein Erbe zahlungsfähig ist (G. K.). 164. <sup>1)</sup> D. h. wenn sie durch Documente u. dgl. (G. K.), genauer durch Zeugen, Bürgen und die sonstigen Beweismittel (M. N.) erhärtet werden kann. Als Beispiele solcher Verabredungen nennt M. den Verkauf der Frau, oder eines Sohnes, oder die Versenkung des ganzen Vermögens, obschon Nachkommenschaft da ist u. dgl. 165. <sup>1)</sup> Z. B. wenn ein Schuldner seine Habe zum Schein an einen Freund verpfändet und dann dem ihm drängenden Gläubiger entgegenhält, er sei völlig mittellos (M.). 166. <sup>1)</sup> Die Präsumption spricht immer dafür, dass Brüder, auch Oheime und Neffen in Haus- und Gütergemeinschaft leben; die Gütertrennung war, wie die Darstellung des Erbrechts zeigt (im 9. Buch), wenigstens zur Zeit Manu's die Ausnahme. 167. <sup>1)</sup> Ueber den Verkauf eines Kleidungsstücks, die Verwendung eines Felds oder einer Brache u. dgl. (M.)

der dazu dient um die Bedürfnisse der Familie zu bestreiten <sup>1)</sup>, so kann das Familienhaupt <sup>2)</sup> ihn nicht rückgängig machen <sup>3)</sup>. 168. Wenn man etwas mit Gewalt gegeben <sup>1)</sup>, mit Gewalt benutzt <sup>2)</sup> oder mit Gewalt hat schreiben lassen <sup>3)</sup>, (diese wie) alle mit Anwendung von Gewalt <sup>4)</sup> verbundenen Handlungen hat Manu als ungültig erklärt. 169. Drei haben um Anderer willen zu leiden: Zeugen, Bürgen und Richter <sup>1)</sup>; vier bereichern sich (durch Andere): der Brahmane <sup>2)</sup>, der Reiche (Gläubiger), der Kaufmann und der König <sup>3)</sup>. 170. Ein Herrscher darf selbst in der äussersten Noth niemals nehmen was ihm nicht zukommt und selbst im Ueberfluss nichts auch noch so Geringes preisgeben was ihm (an Abgaben, Geldstrafen in Processen u. dgl.) gebührt. 171. Wenn ein König nimmt was ihm nicht zukommt und nicht nimmt was ihm gebührt <sup>1)</sup>, so verräth er dadurch seine Schwäche und ist im Jenseits und Diesseits verlorren. 172. Wenn er das ihm Gebührende nimmt, Vermischungen zwischen den verschiedenen Kasten verhindert und die Schwachen beschützt, so erlangt er Macht und kommt im Jenseits und Diesseits zu Gedeihen. 173. Darum muss der Herrscher wie Yama (der Todtenrichter und Be-

---

<sup>2)</sup> M. G. <sup>5)</sup> Dagegen nach der Lesart G.'s: der Slave muss auf die Rückkehr seines Herrn warten. 168. <sup>1)</sup> Geschenke, deren Annahme verboten ist (K.) oder die gewaltsame Verheirathung eines Mädchens an einen verächtlichen Menschen (G.). <sup>2)</sup> Ein Feld oder dgl. <sup>3)</sup> Eine Stipulation über Zinseszins u. dgl. (K.) <sup>4)</sup> Fesselung oder Schläge oder Drohungen hiemit (N.). 169. <sup>1)</sup> So wird kula hier erklärt von M. G. K. Dagegen sind nach N. in Gütergemeinschaft lebende Verwandte gemeint, die nach dem Tod eines insolventen Verwandten für dessen Schulden haftbar sind. <sup>2)</sup> Durch Geschenke (M. G. K.) oder durch die Entscheidung von Processen (N.). <sup>3)</sup> Nach M. G. K. enthält dieser Vers die Lehre, dass Zeugen, Bürgen und Richter nicht gegen ihren Willen bestellt werden und Brahmanen Geschenke, Gläubiger die Rückzahlung von Darlehen, Kaufleute Geschäfte, der König Rechtshandel nicht erzwingen (oder in unerlaubter Weise provociren) sollen. Vgl. 43. Dagegen erblickt N. in der ersten Hälfte des Verses eine Warnung, sich vor Zeugschaft, Bürgerschaft und Gütergemeinschaft zu hüten. 171. <sup>1)</sup> Ersteres Verfahren verbreitet die Meinung, dass er arm, letzteres die Meinung, dass er machtlos

herrscher der Unterwelt) nicht daran denken was ihm selbst angenehm oder unangenehm wäre, sondern ganz so (unparteiisch) verfahren wie Yama, seinen Zorn unterdrückend und Selbstbeherrschung ühend. 174. Wenn aber ein verworfener König in seiner Verblendung ungerechte Urtheile fällt, so geräth er alsbald in die Botmässigkeit seiner Feinde<sup>1)</sup>. 175. Wenn dagegen (ein König), seine Zu- oder Abneigung unterdrückend, die Prozesse gerecht entscheidet, so eilen ihm die (Herzen seiner) Unterthanen zu, wie die Ströme dem Ocean<sup>1)</sup>. 176. Wer beim König einen Gläubiger verklagt, weil derselbe eigenmächtig ihn zur Rückzahlung eines Darlehens anhält<sup>1)</sup>, den soll der König zwingen, den vierten Theil davon (als Busse) zu bezahlen und dem Gläubiger sein Darlehen (zurückzuerstatten). 177. Auch durch Arbeit<sup>1)</sup> kann ein Schuldner seine Schuld an seinen Gläubiger abtragen, wenn er der nämlichen oder einer niedrigeren Kaste angehört wie derselbe; gehört er aber einer höheren Kaste an, so soll er die Schuld ratenweise abtragen (je nachdem er eine Einnahme macht)<sup>2)</sup>. 178. Auf diese Weise soll der König, wenn zwei Parteien sich mit einander streiten<sup>1)</sup>, ihre Anliegen der Billigkeit gemäss entscheiden, nachdem sie durch Zeugen aussagen oder göttliches Verfahren<sup>2)</sup> aufgeklärt worden sind.

179. Bei einem Mann aus guter Familie, von guten Sitten, der seine Pflichten kennt, die Wahrheit liebt, einen grossen Anhang (von Freunden und Verwandten) hat, vermögend und ehrenhaft ist, kann ein verständiger Mann ein Depositum hinter-

---

sei (N.) 174. <sup>1)</sup> Weil er die Zuneigung seiner Unterthanen verliert (M. G. K.).

175. <sup>1)</sup> Das tertium comparationis liegt darin, dass die Ströme mit dem Ocean vollkommen eins werden (M. G. K.). 176. <sup>1)</sup> Vgl. 49, 50.

177. <sup>1)</sup> Durch Arbeiten, die seiner Kaste gemäss sind (G. K.). <sup>2)</sup> M.

178. <sup>1)</sup> Ich lese mit G. vivadamānayah. <sup>2)</sup> pratyaya wird von G. N. mit çapatha, von M. mit daivî kriyâ und anumāna erklärt. Vgl. die Anm. zu 109. Auch bei anderen Gesetzgebern hat es die von den indischen Lexikographen bestätigte Bedeutung „göttliches Verfahren“. d. h. Eide und Gottesurtheile. 179—196. Deposita. 180. <sup>1)</sup> Versiegelt oder un-

legen. 180. Auf welche Weise auch immer <sup>1)</sup> Jemand irgend ein Depositum irgend einem Anderen übergeben hat, ebenso soll er es wieder in Empfang nehmen: wie die Uebergabe, so der Empfang. 181. Wer, zur Rückgabe eines Depositums aufgefordert, es dem der es bei ihm hinterlegt hat nicht zurückgibt, soll, ohne dass der letztere dabei anwesend ist, von dem Richter geprüft <sup>1)</sup> werden. 182. Waren keine Zeugen (bei der Hinterlegung) zugegen, so soll (der Richter) durch Spione, die das gehörige Alter und ein angenehmes <sup>1)</sup> Aeussere besitzen, unter passenden Vorwänden <sup>2)</sup> Gold wirklich <sup>3)</sup> bei ihm deponiren, lassen. 183. Gibt er es ebenso zurück wie es bei ihm deponirt <sup>1)</sup> und von ihm in Empfang genommen <sup>2)</sup> worden ist, so entbehren die von den Gegnern vorgebrachten Klagen der Begründung. 184. Gibt er ihnen aber das Gold nicht nach Gebühr zurück, so soll man ihn mit Gewalt dazu anhalten, die beiden Deposita zurückzuerstatten; so verlangt es das Gesetz <sup>1)</sup>. 185. Ein offenes oder verschlossenes Depositum muss man nie dem (Sohn, Bruder oder sonstigen voraussichtlichen) Erben (des Deponenten) übergeben <sup>1)</sup>. Stirbt (der Empfänger, bevor er es dem Eigenthümer übergeben hat), so sind beide (Arten von Deposita) verloren; stirbt er nicht, so sind sie nicht verloren <sup>2)</sup>. 186. Wenn aber (der Depositar ein Depositum) <sup>1)</sup> nach dem Tode des Eigenthümers freiwillig seinem Erben aushändigt, so können ihm weder der König noch die Verwandten des Eigenthümers irgend etwas anhaben.

---

versiegelt, geheim oder vor Zeugen (M. G. N. K.). 181. <sup>1)</sup> M. Die Art der Prüfung gibt der folgende Vers an. 182. <sup>1)</sup> D. h. vertrauenerweckendes: nach N. sind graue Haare u. dgl. gemeint. <sup>2)</sup> Es drohe ihnen eine Gefahr von Seiten des Königs (M. G. K.), oder sie seien im Begriff zu verreisen (M.), oder sie hätten Niemand sonst, dem sie das Depositum anvertrauen könnten (N.). <sup>3)</sup> Damit sie keinen Argwohn erregen (G.). 183. <sup>1)</sup> Mit einem Siegel versehen u. dgl. (G. N. K.) <sup>2)</sup> Umschnürt u. dgl. (G. N.) 184. <sup>1)</sup> Bei N. die vielleicht richtigere Reihenfolge: 181, 183, 182, 184; bei G. die Reihenfolge: 181, 183, 184, 182. 185. <sup>1)</sup> Aus Mitleid, wenn der Eigenthümer verreist ist und sein Erbe es verlangt (M.). <sup>2)</sup> Man setzt sich also einer grossen Ungewissheit aus (K.). 186. <sup>1)</sup> Von



187. Man muss <sup>1)</sup> den (hinterlegten) Gegenstand ohne zu einer List zu greifen, in aller Freundschaft zurückerbitten, oder, nachdem man die Lebensweise <sup>2)</sup> des Depositors erforscht hat, ihm mit gütlichen Vorstellungen zusetzen. 188. Diese Regeln gelten für die Zurückforderung aller Arten von offenen Deposita; bei einem versiegelten Depositum kann (den Depositor) kein Vorwurf treffen, ausser wenn er sich davon etwas angeeignet hat <sup>1)</sup>. 189. Ein Depositum, das von Dieben gestohlen, vom Wasser weggeschwemmt, oder im Feuer verbrannt ist, braucht der Depositor nicht zu ersetzen, ausser wenn er sich davon irgend etwas angeeignet hat. 190. Hat Jemand sich ein Depositum widerrechtlich angeeignet oder beansprucht er (fälschlich als Depositum) einen Gegenstand den er nicht deponirt hat, so muss ihm der König mit allen Verfahrensarten <sup>1)</sup> und mit den im Veda vorgeschriebenen Eiden und <sup>2)</sup> Gottesurtheilen zusetzen. 191. Sowohl wer ein (ihm anvertrautes) Depositum nicht zurückgibt, als auch wer (fälschlich als Depositum) beansprucht, was er nicht deponirt hat, ist als Dieb zu bestrafen oder zu einer Busse im gleichen Betrag (wie das

---

dem die Erben nichts wussten (N.). 187. <sup>1)</sup> Nach N. bezieht sich diese Regel auf den Fall, dass man das Depositum nicht selbst gemacht hat, d. h. also wohl, dass man es geerbt hat (wie in 186). Man soll in diesem Fall, besonders wenn man nicht bestimmt weiss, ob der Andere auch wirklich im Besitz des Depositums ist, nicht die in 182 ff. angegebene List anwenden, sondern nur auf gütliche Weise verfahren. <sup>2)</sup> Nach N. sind etwaige übertriebene Ausgaben gemeint, aus denen man auf die Unterschlagung eines Depositums schliessen könnte, nach G. K. ist gemeint, dass man sich versichern soll, ob der Depositor ein ehrenwerther Mann ist. 188. <sup>1)</sup> Nach Veränderung des Siegels (G. K.). 190. <sup>1)</sup> Die vier Verfahrensarten (upāya) sind: Entzweiung, Gewalt, Milde und Bestechung (G. K.). Dagegen wären nach N. Spione u. dgl., nach M. Schläge, Einsperrung u. dgl. gemeint. <sup>2)</sup> Nach den Commentatoren bezeichnet çapatha hier blos „das Feuer und die anderen Ordalien“. N. citirt eine „Vedastelle“, worin von derjenigen Feuerprobe die Rede ist, die im Ergreifen einer glühenden Axt besteht. Die Stelle ist aus der Chândogya Upanishad (VI, 16, 1). Vgl. über diese älteste Form der indischen Feuerprobe Stenzler a. a. O., S. 662. 191. <sup>1)</sup> Nach

Depositum) zu verurtheilen <sup>1)</sup>. 192. Ob Einer sich ein offenes oder ein verschlossenes Depositum widerrechtlich angeeignet hat, in beiden Fällen soll der König ihn anhalten eine Busse im gleichen Betrag (wie das Depositum) zu bezahlen <sup>1)</sup>. 193. Wer durch betrügerische Vorspiegelungen <sup>1)</sup> fremdes Gut in seine Hände bringt, soll zusammen mit seinen Spiessgesellen öffentlich auf mannigfache Weise <sup>2)</sup> an Leib und Leben gestraft werden. 194. Wenn irgend ein Gegenstand in irgend einem Betrag vor Zeugen von irgend Jemand hinterlegt worden ist, so ist dadurch das Depositum seinem Betrag nach als so und so viel werth zu erkennen; wenn (der Empfänger) sich anderweitig darüber erklärt, so verdient er Strafe <sup>1)</sup>. 195. Ist ein Depositum unter vier Augen gegeben und empfangen worden, so muss es auch unter vier Augen zurückerstattet werden: wie die Uebergabe, so der Empfang. 196. Auf diese Weise soll der König, ohne den Depositar zu bedrücken, die Rechtshändel entscheiden, die ein hinterlegtes Gut und aus Freundschaft (zum Gebrauch) geliehene Gegenstände betreffen.

197. Wenn ein Anderer als der Eigenthümer fremdes Gut ohne Erlaubniss des Eigenthümers verkauft, so darf man ihn nicht zur Zeugschaft zulassen <sup>1)</sup>, (sondern muss ihn) als einen

---

G. N. K. bezöge sich die erste Strafe auf den Fall, dass das Depositum aus Edelsteinen u. dgl. besteht, die zweite auf den Fall, dass es von geringem Werthe ist, und dass das Vergehen zum ersten Male begangen wurde. 192. <sup>1)</sup> Das Verhältniss dieser Bestimmung zu 191 erläutert M. dahin, dass im Wiederholungsfalle dieselbe Strafe wie für Diebstahl d. h. Verstümmelung zu verhängen sei, andernfalls die obige Geldstrafe; 192 gehe auf Brahmanen, bei denen Körperstrafen überhaupt unzulässig seien. 193. <sup>1)</sup> Z. B. wer einen Anderen dazu veranlasst, bei ihm das Seine zu deponiren, unter dem Vorgeben, es würde ihm sonst von Dieben gestohlen werden, oder der König sei gegen ihn aufgebracht und werde es confisciren (M. K.). <sup>2)</sup> Mit Verstümmelung der Hände oder Füsse, oder selbst mit Abhacken des Kopfes oder Pfählung (M. G. N. K.). 194. <sup>1)</sup> Man muss die Zeugen befragen. Ihre Aussage ist entscheidend, und wenn der Depositar sich anders äussert, so wird er bestraft (M.). 194—205. Der Verkauf eines Gegenstandes durch einen Anderen als den Eigenthümer. 197. <sup>1)</sup> Ueberhaupt zu keiner

Dieb (ansehen), der sich selbst für keinen Dieb hält. 198. Ist er ein naher Verwandter<sup>1)</sup> (des Eigenthümers), so muss man ihn in eine Busse im Betrag von 600 (Pana) verfallen; ist er aber nicht mit ihm verwandt und kann er keine Entschuldigung<sup>2)</sup> zu seinen Gunsten anführen, so hat er sich eines Diebstahls schuldig gemacht<sup>3)</sup>. 199. Eine Schenkung oder Veräußerung, die von einem Anderen als dem Eigenthümer ausgeht, ist als ungeschehen anzusehen: dies ist die Regel im Processverfahren. 200. Wo zwar Besitz stattfindet, aber gar keine Art von Erwerbstitel vorliegt, da gilt der Erwerbstitel, und nicht der Besitz<sup>1)</sup>, so will es das Gesetz. 201. Wer auf dem Markte<sup>1)</sup> vor Zeugen<sup>2)</sup> irgend einen Gegenstand durch Kauf an sich bringt und den Kaufpreis bezahlt, der erwirbt dadurch das gesetzliche Eigenthumsrecht darauf. 202. Wenn der Verkäufer nicht producirt werden kann, der Verkauf jedoch öffentlich abgeschlossen wurde, so soll der König (den Käufer) freisprechen, da er keine Strafe verdient, aber der, welcher den Gegenstand verloren hat, ihn zurückerhalten<sup>1)</sup>. 203. Man darf keinen Gegenstand verkaufen, der mit einem anderen vermischt ist<sup>1)</sup> oder einen Makel hat<sup>2)</sup> oder nicht den verabredeten Betrag oder

---

der Transactionen, die unter ehrlichen Leuten stattfinden (M., ähnlich die anderen Commentatoren). Vgl. 64—67. 198. <sup>1)</sup> Sohn, Bruder oder dgl. <sup>2)</sup> Etwa dass er es von einem nahen Verwandten des Eigenthümers erworben habe (G.). <sup>3)</sup> Er ist daher wie ein Dieb zu bestrafen (G. K.). 200. <sup>1)</sup> Wenn Kühe, Kleider, Gold oder sonstige Habe im Besitz eines Mannes sich befinden, obschon ein Anderer durch Schenkung oder Kauf u. s. w. das Eigenthumsrecht darauf erworben hat, so ist der letztere der rechtmässige Eigenthümer (M.). 201. <sup>1)</sup> M. G. K. <sup>2)</sup> Nach N. sind Goldschmiede u. a. sachverständige Unparteiische gemeint. 202. <sup>1)</sup> Wurde jedoch der Verkauf heimlich abgeschlossen, so erhält der Käufer eine Strafe (N.). K. schliesst aus einer Parallelstelle, die er aus dem Gesetzbuch des Brihaspati citirt, dass der rechtmässige Eigenthümer die Hälfte des Werthes dem Käufer ersetzen müsse. Bei den anderen Commentatoren findet sich diese dem Wortlaut des Textes direkt entgegengesetzte Erklärung nicht. Mit M. G. lese ich *codhitam*. 203. <sup>1)</sup> Wenn z. B. Crocus mit einem anderen Gegenstand von gleicher Farbe wie etwa Safflor in betrügerischer Absicht vermischt wird (M. G. K.). <sup>2)</sup> Ich lese

Werth erreicht, oder nicht zur Hand, oder verdeckt<sup>3)</sup> ist. 204. Wenn einem Freier ein Mädchen gezeigt und ein anderes nachher zur Ehe gegeben wird, so darf er für die eine Kaufsumme beide heimführen, so hat Manu bestimmt<sup>1)</sup>. 205. Wenn ein Mädchen geisteskrank oder mit dem Aussatz behaftet ist oder seine Jungfernschaft verloren hat, so trifft den, welcher sie zur Ehe gibt, keine Strafe, falls er diese Fehler (dem Freier) vor der Eheschliessung mitgetheilt hat.

206. Wenn ein Priester, zur Vollziehung eines Opfers gewählt, seine Thätigkeit (vor Vollendung desselben) einstellt<sup>1)</sup>, so soll ihm von seinen Gehülfen nur ein Theil (des bedungenen Lohnes)<sup>2)</sup> ausgehändigt werden, je nach seiner Leistung. 207. Wenn er aber erst nach der Verabreichung der Opferlöhne<sup>1)</sup> seine Thätigkeit einstellt, so darf er den ganzen Betrag behalten, muss jedoch das Opfer von einem andern (Priester) vollenden lassen. 208. Wenn bei einer Opferhandlung besondere Opferlöhne für jeden Theil derselben verabredet worden sind, soll dann der (Einzelne, welcher den betreffenden Theil der Ceremonie vollzieht,) den betreffenden Lohn empfangen, oder sollen ihn Alle unter sich vertheilen?<sup>1)</sup> 209<sup>1)</sup>. Der Adhvaryu soll

---

mit M. G. N. und der kaschmirischen Handschrift *sāvadyam*. Beispiel: ein Kleidungsstück, dem der Anschein der Neuheit gegeben wird, obwohl es lange in der Truhe lag und dadurch verdorben ist (M.).<sup>3)</sup> In ein Tuch gehüllt (M. N.) oder aufgefärbt u. dgl. (M. G. K.) 204.<sup>1)</sup> Obwohl Manu ausdrücklich den Fraukauf verdammt (III, 51, 53, 54), so zeigen doch Stellen, wie die vorliegende, dass er zu seiner Zeit, wie noch heutzutage in Südindien, die gewöhnliche Form der Eheschliessung war. 206—211. Unternehmungen einer Genossenschaft. 206.<sup>1)</sup> Wegen Krankheit oder aus einem ähnlichen Grunde (G. N. K.).<sup>2)</sup> Ein Drittel, wenn der dritte Theil der Opferhandlung vollendet wurde, u. s. w. (M.) 207.<sup>1)</sup> Z. B. wenn die Opferlöhne zur Mittagszeit, bei der zweiten der drei an einem Tage stattfindenden feierlichen Kelterungen der Soma-pflanze gegeben worden sind (G. K.). 208.<sup>1)</sup> M. bemerkt, da bei den im Veda beschriebenen Opfern eine Vertheilung der Opferlöhne zu gleichen Theilen die feststehende Regel bilde, so müssten hier besondere Ceremonien gemeint sein, wie z. B. die Weihe (Krönung) eines Königs. 209.<sup>1)</sup> Dieser Vers gibt die erste, 210 die zweite Alternative an (N.).

den Wagen, der Brahman für die Anlegung des heiligen Feuers<sup>2)</sup> einen Renner, der Hotar (gleichfalls) ein Pferd, der Udgâtâr den beim Kauf (des Soma) verwendeten Karren erhalten<sup>3)</sup>. 210. (Oder) die ersten von allen (sechzehn Priestern) sollen die Hälfte (des ganzen Lohnes), die vier nächsten die Hälfte hiervon, die dritte Gruppe ein Drittel, die zu einem Viertel Berechtigten ein Viertel erhalten<sup>1)</sup>. 211. Nach den nämlichen Grundsätzen<sup>1)</sup> ist die Vertheilung der Einnahme zu regeln, wenn Leute<sup>2)</sup> in dieser Welt sich zu (irgend welchen) gemeinsamen Unternehmungen vereinigen.

212. Wenn Jemand einem Anderen auf seine Bitte Geld zu einem frommen Zweck gegeben (oder versprochen) hat, und die Sache<sup>1)</sup> gelangt nachher nicht zur Ausführung, so ist die Schenkung null und nichtig. 213. Wer aber aus Uebermuth oder Habsucht die Gültigkeit der Schenkung (oder des Versprechens) zu erzwingen sucht<sup>1)</sup>, den soll der König in

---

<sup>2)</sup> N. <sup>3)</sup> Die vier hier erwähnten Arten von Priestern mussten bei allen feierlichen Opfern functioniren, und zwar hatte der Adhvaryu den Boden für das Opfer zu bereiten, das Feuer anzuzünden, die Spenden auszugießen u. s. w. und dabei Stellen aus dem Yajurveda zu murmeln; der Brahman oder Oberpriester hatte die ganze Opferhandlung zu leiten und zu überwachen; der Hotar musste Verse aus dem Rigveda hersagen; der Udgâtâr Melodien aus dem Sâmaveda singen. Bei den Somaopfern, wobei aus der Somapflanze Saft ausgepresst und geopfert wurde, hatte jeder dieser vier Priester noch drei Gehülfen bei sich, so dass im Ganzen 16 Priester fungirten. 210. <sup>1)</sup> G. N. K. gehen von einer Vedastelle aus, wonach 100 Rinder als Opferlohn zu vertheilen sind; davon sollen die vier ersten Priester (vgl. 209) ungefähr die Hälfte, nemlich 48, die drei folgenden Gruppen je 24, 16, 8 erhalten. Sie berufen sich hiebei auch auf einen Ausspruch des Gesetzgebers Kâtyâyana, wonach die einzelnen Priester der 2.—4. Gruppe je 6, 4 und 3 Rinder erhalten sollen. M. sagt, im Veda sei der Opferlohn auf 112 Rinder festgesetzt und gibt die 4 Quoten zu 56, 28, 16, 12 = 112 Rinder an. 211. <sup>1)</sup> D. h. mit Bestimmung der Quoten je nach der Leistung (N.). <sup>2)</sup> Bauleute, die ein Haus oder einen Tempel zusammen bauen u. s. w. (M. G. K.) 212—213. Zurücknahme eines Geschenks. 212. <sup>1)</sup> Ein Opfer, eine Hochzeit u. dgl. (M. G. K.). 213. <sup>1)</sup> Durch eine gerichtliche

eine Busse von einem Suvarna<sup>2)</sup> verfallen als Sühne für den dadurch begangenen Diebstahl.

214. Hiermit ist die rechtlich zulässige Zurücknahme eines Geschenks gebührend dargelegt; nunmehr werde ich die Nichtausbezahlung des Lohns erörtern. 215. Wer (zu einer Arbeit) gedungen worden ist und ohne krank zu sein aus bösem Willen die Arbeit nicht so wie verabredet wurde<sup>1)</sup>, leistet, der soll in eine Busse von acht Krishnala<sup>2)</sup> verfällt und sein Lohn ihm nicht ausbezahlt werden. 216. War er aber krank und leistet nach seiner Wiederherstellung die Arbeit so wie ursprünglich ausgemacht worden war, so soll er, selbst wenn noch so lange Zeit<sup>1)</sup> darüber hinging, seinen Lohn noch empfangen. 217. Leistet er aber, einerlei ob in krankem<sup>1)</sup> oder gesundem Zustand, die Arbeit nicht, so braucht man ihm den Lohn nicht zu geben, auch wenn noch so wenig von der (bedungenen) Arbeit noch nicht gethan ist.

218. Hiemit ist das Recht betreffs der Nichtausbezahlung von Löhnen vollständig erklärt; nunmehr werde ich die Gesetze über diejenigen verkünden, welche vertragsmässige Verpflichtungen verletzen. 219. Wer die Satzungen einer Genossenschaft in einem Dorfe<sup>1)</sup> oder einem ganzen Distrikte<sup>2)</sup> eidlich gelobt hat zu beobachten und nachher aus Habsucht sein Versprechen nicht erfüllt<sup>3)</sup>, den soll (der König) aus seinem Reiche verbannen. 220. Auch soll (der König) einen

---

Klage (M.). <sup>2)</sup> Vgl. 134. 214—217. Nichtausbezahlung des Lohnes. 215. <sup>1)</sup> Wenn z. B. Jemand sagt: „Gib mir 5 Rupien, so werde ich dir die und die Arbeit bis zu der und der Zeit vollenden.“ (M.) <sup>2)</sup> S. 134. Es sind Krishnala von Gold gemeint (G. K.), nach G. M. je nach den Umständen auch Krishnala von Silber oder Kupfer. 216. <sup>1)</sup> Ich lese mit M. G. N. und der kaschmirischen Hs. sudirghasya. 217. <sup>1)</sup> In diesem Falle kann er einen Ersatzmann stellen (K.). 218—221. Uebertretung der Satzungen (einer Genossenschaft). 219. <sup>1)</sup> Nach M. sind Dorfgemeinden gemeint. Sie bilden bekanntlich in Indien festgeschlossene Corporationen, die Grundlage des indischen Staates. <sup>2)</sup> Kaufleute, buddhistische Bettelmönche, Schauspieler u. dgl. (M. N.) <sup>3)</sup> Z. B. wenn eine Dorfgemeinde sich das Weiderecht auf einer Almende ausdrücklich

solchen Wortbrüchigen greifen lassen und ihn zwingen sechs Nishka, je zu vier Suvarna, und einen Silber-Çatamâna, zu bezahlen <sup>1)</sup>. 221. Dieser Regel gemäss soll ein gerechter Herrscher Strafen verhängen gegen Wortbrüchige, die sich gegen die Gesetze irgend eines Dorfes oder irgend einer Kaste vergehen.

222. Wer einen Kauf oder Verkauf abgeschlossen hat, der ihn in dieser Welt gereut, der kann die Sache <sup>1)</sup> binnen zehn Tagen zurückgeben oder zurücknehmen. 223. Aber nach Ablauf von zehn Tagen kann er die Sache weder zurückgeben noch zurückfordern; wenn er sie zurücknehmen oder -geben will, so soll ihn der König <sup>1)</sup> in eine Busse von 600 (Pana) verfallen. 224. Wenn Jemand ein mit einem Fehler <sup>1)</sup> behaftetes Mädchen zur Ehe gibt, ohne ihre Fehler anzuzeigen, so soll der König selbst ihm eine Busse von 96 (Pana) auferlegen. 225. Wenn aber Jemand aus Bosheit von einem Mädchen sagt: „Sie ist keine Jungfrau mehr“, so muss er eine Busse von 100 (Pana) entrichten, wenn er ihre Schande nicht beweisen kann. 226. Die Hochzeitsgebete sind nur für Jungfrauen bestimmt, und dürfen unter den Menschen niemals bei solchen hergesagt werden die ihre Jungfernschaft verloren haben, denn sie sind von den heiligen Gebräuchen ausgeschlossen. 227. Die (Hersagung der) Hochzeitsgebete bildet das nothwendige Kennzeichen einer rechtmässigen Gattin (Ehe), und sie (und die ganzen Hochzeitsceremonien) erlangen ihren

---

vorbehält und er handelt dawider (M.). 221. <sup>1)</sup> Vgl. 134—136. M. G. N. bemerken, der Hinweis darauf, dass der Nishka aus je 4 Suvarna bestehen solle, habe darin seinen Grund, dass es auch andere Nishka gebe, z. B. einen Nishka, der = einem Dînâra (denarius) sei. Die Commentatoren erwähnen auch eine andere Auslegung, wonach hier von drei verschiedenen Geldstrafen die Rede wäre, welche einzeln oder vereint in Anwendung zu kommen hätten. 222—229. Rücktritt von einem Kauf oder Verkauf. 222. <sup>1)</sup> Nach M. G. K. sind nur solche Objekte gemeint, die keiner raschen Entwerthung ausgesetzt sind, wie z. B. ein Grundstück. oder Kupfergeräthe, Kupferplatten u. dgl. 223. <sup>1)</sup> Wenn die Sache vor Gericht kommt (M.). 224. <sup>1)</sup> In Betreff der „Fehler“ eines Mädchens verweist M. auf 205 zurück. 227. <sup>1)</sup> Ehe der Bräutigam und

Abschluss mit dem siebenten Schritte, das müssen die Kundigen erkennen<sup>1)</sup>. 228. Wenn Jemand über irgend eine beliebige Angelegenheit nach Abschluss derselben in dieser Welt Reue empfindet, so soll ihn (der Richter) auf die angegebene Weise<sup>1)</sup> wieder auf den rechten Weg bringen.

229. Nunmehr werde ich in gebührender Weise und den Grundsätzen der Gerechtigkeit gemäss die (Regeln über die Entscheidung von) Streitigkeiten angeben, die über Vieh zwischen dessen Eigenthümern und ihren Viehtreibern entstanden sind<sup>1)</sup>. 230. Bei Tage fällt die Verantwortlichkeit betreffs der Sicherheit auf den Hirten, bei Nacht auf den Herrn, wenn (das Vieh) sich in seinem Hause befindet; andernfalls (wenn es auch Nachts bei dem Hirten ist)<sup>1)</sup>, hat der Hirte die Verantwortlichkeit zu tragen. 231. Ein Kuhhirte, der um die Milch dient, darf von zehn (ihm anvertrauten) Kühen die beste melken, mit Erlaubniss des Eigenthümers der Kühe; dies ist der Lohn für einen Hirten, der keinen (sonstigen) Lohn<sup>1)</sup> (von seinem Dienstherrn) empfängt. 232. Wenn (ein Stück Vieh) verloren ging<sup>1)</sup>, oder von Würmern aufgefressen, oder von einem Hunde<sup>2)</sup> getödtet wurde, oder in einen Abgrund gestürzt ist, weil der Hirte es an der nöthigen Achtsamkeit fehlen liess, so muss er den Werth desselben er-

---

die Braut die sieben Schritte zusammen gemacht haben (bei der Herumführung der Braut um das Hochzeitsfeuer), kann die Heirath noch rückgängig gemacht werden, nachher aber nicht mehr (M. G. K.). 228. <sup>1)</sup> Die obigen Bestimmungen betreffs der zehntägigen Frist für den Rücktritt von einem Kauf u. s. w. gelten auch für andere Verträge, für Stipulationen über einen Lohn u. s. w., wenn man nachträglich Reue darüber empfindet (G. K.).

229—242. Streitigkeiten zwischen einem Dienstherrn und seinem Viehtreiber. 229. <sup>1)</sup> Z. B. wenn der Dienstherr sagt: „Du hast meine Kuh zu Grunde gehen lassen“, und der Hirte sagt dagegen: „Es war nicht meine Schuld“, und es kommt darüber zu einer gerichtlichen Verhandlung (M.). 230. <sup>1)</sup> Im Freien (M.). 231. <sup>1)</sup> Z. B. vollständigen Unterhalt (M. G. N. K.). 232. <sup>1)</sup> Wenn man nicht weiss, wo es hingekommen ist (M.). <sup>2)</sup> Nach M. sind Hunde nur Beispiels halber genannt und



setzen. 233. Haben, obwohl er Lärm schlug<sup>1)</sup>, Diebe ein Stück Vieh geraubt, so braucht der Hirte es nicht zu ersetzen, falls er am rechten Orte<sup>2)</sup> und zur rechten Zeit<sup>3)</sup> seinen Dienstherrn davon benachrichtigt hat. 234. Stirbt ein Stück Vieh, so muss er dem Herrn die Ohren, die Haut, den Schwanz, die Harnblase, die Sehnen und das in der Galle der Kühe enthaltene gelbe Pigment überbringen und ihm (überhaupt) Beweisstücke<sup>1)</sup> vorzeigen. 235. Wenn Ziegen oder Schafe von Wölfen<sup>1)</sup> angefallen werden und der Hirte kommt ihnen nicht zu Hülfe, so trifft, falls der Wolf eines der Thiere angreift und es tödtet, die Schuld den Hirten. 236. Wenn sie aber zu einer Herde vereinigt<sup>1)</sup> in einem Walde mit einander weiden und ein Wolf stürzt plötzlich auf eines der Thiere und tödtet es, in diesem Falle trifft den Hirten keine Schuld<sup>2)</sup>. 237. Hundert Dhanus<sup>1)</sup> in der Breite soll das Weideland<sup>2)</sup> rings um ein Dorf betragen, oder auch drei Stockwürfe; bei einer Stadt soll es dreimal so gross sein. 238. Wenn die darauf weidenden Thiere Getreide auf einem nicht eingezäunten Felde beschädigen, so soll der König dafür keine Strafe über die Viehhüter verhängen. 239. (Der Eigenthümer eines Feldes) soll eine Hecke<sup>1)</sup>

---

andere Thiere, wie Schakale und Tiger, gleichfalls gemeint. 233. <sup>1)</sup> Mit einer Pauke u. dgl. (M. G. K.) Von dem Lärmschlagen ist deshalb die Rede, um anzudeuten, dass es sich um einen Ueberfall seitens einer ganzen Schaar von Räubern handelt, oder überhaupt um solche Fälle, in welchen der Hirte allein durch Widerstand nichts ausrichten würde (M.). <sup>2)</sup> Am Orte der That oder in dessen Nähe (G. N. K.) <sup>3)</sup> Gleich auf der Stelle (M. G. N. K.). 234. <sup>1)</sup> Ich lese mit M. G. ankâmç ca darçayet. 235. <sup>1)</sup> Nach M. G. sind auch Schakale und andere reissende Thiere gemeint. 236. <sup>1)</sup> M. G. N. K. <sup>2)</sup> Weil es wegen der vielen Bäume, Sträucher, Schlingpflanzen, hohem Schilf u. s. w. unmöglich ist, weit zu sehen, auch die Wölfe unversehens aus Oeffnungen im Gestrüpp hervorbrechen (M.). 237. <sup>1)</sup> Wörtlich „Bogen“, ein Längenmass = 4 Hasta nach den Commentatoren. Hasta „Arm“ bedeutet die Entfernung vom Ellenbogen bis zur Spitze des Mittelfingers und ist ungefähr = 18 Zoll. <sup>2)</sup> Es ist die Gemeindegeweide gemeint. Betreffs der Aecker herrscht Privateigenthum. 239. <sup>1)</sup> Aus Dornen oder Gestrüpp bestehend (M. G.). 240. <sup>1)</sup> An

...en, über welche kein Kameel hinwegsehen kann, ... Ritze verstopfen, durch die ein Hund oder ein Eber ... Schnauze stecken könnte. 240. Wenn auf einem ein- ... digten Felde, das an der Strasse oder am Ende des ... fes<sup>1)</sup> liegt (das Vieh Schaden anrichtet), so verdient der Hirte, falls er dabei war, eine Busse von 100 (Pana); ist er nicht dabei, so soll (der Feldhüter) das Vieh forttreiben. 241. Bei anderen Feldern muss (für) das Vieh (der Hüter desselben) eine Busse von ein und ein Viertel Pana bezahlen; ausserdem muss in allen Fällen<sup>1)</sup> das verdorbene Getreide dem Eigenthümer des Feldes ersetzt werden, so will es das Gesetz. 242. Eine Kuh, die noch nicht länger als zehn Tage vorher gekalbt hat<sup>1)</sup>, Stiere<sup>2)</sup> und Vieh, das den Göttern geweiht ist<sup>3)</sup>, hat Manu als straflos<sup>4)</sup> erklärt, einerlei ob ein Hüter dabei ist oder nicht. 243. Wenn durch die Schuld des Eigenthümers selbst (das Feld zerstört oder nicht zur rechten Zeit bestellt wurde)<sup>1)</sup>, so soll ihn eine Strafe im zehnfachen Betrag des Antheils<sup>2)</sup> treffen; oder nur die Hälfte hiervon, falls die Schuld an seinen Dienstleuten lag und er keine Kenntniss von der Sache hatte. 244. Diese Grundsätze muss ein gerechter Herrscher beobachten bei allen<sup>1)</sup> Vergehungen seitens der Eigenthümer, des Viehs und der Hirten.

245. Wenn zwischen zwei Dörfern ein Grenzstreit ent-

---

der Grenze der Gemeinweide (M. G. N. K.). 241. <sup>1)</sup> Einerlei ob ein Hüter dabei war oder nicht (M. G. K.). 242. <sup>1)</sup> Solche Kühe sind so unbändig, dass man sie nicht controlliren kann (N.). <sup>2)</sup> Nach N. K. sind freigelassene Stiere gemeint, die mit einem spitzen Instrument gekennzeichnet worden sind. Die Ceremonie der Freilassung eines Stiers wird z. B. im Vishnusûtra (86. übers. pp. 260 ff.) beschrieben. Die heiligen Stiere sollen noch jetzt die Strassen von Benares unsicher machen. <sup>3)</sup> Nach den Commentatoren sind entweder für Opfer bestimmte oder einem Götterbild geweihte Thiere gemeint. <sup>4)</sup> D. h. ihre Hirten oder Eigenthümer sind nicht strafbar. 243. <sup>1)</sup> M. G. K. <sup>2)</sup> Es ist die dem König gebührende Abgabe gemeint (M. G. N. K.), die in der Regel  $\frac{1}{6}$  des Ertrags ausmacht. 244. <sup>1)</sup> Auf die Beschädigung von Getreide bezüglichen (G. K.). 245–266. Grenzstreitigkeiten. 245. <sup>1)</sup> Mai-Juni.

steht, so muss (der König) die Grenze im Monat Jyishtha<sup>1)</sup> festsetzen, weil (in dieser Jahreszeit) die Grenzzeichen besonders deutlich sichtbar sind<sup>2)</sup>. 246. Man bezeichne die Grenze durch Bäume: *Ficus indica*, *Ficus religiosa*, *Butea frondosa*, Simul- und Salzbäume (*Bombax heptaphyllum* und *Valica robusta*), Fächerpalmen und Milchsaft enthaltende Bäume<sup>1)</sup>, 247. Sträucher, verschiedene Bambusarten, Akazien, Schlingpflanzen, Erhöhungen<sup>1)</sup>, Röhricht, Wassernussbüsche (*Trapa bispinosa*): auf diese Weise kann die Grenze nicht unkenntlich werden. 248. Auch Teiche, Brunnen, Wasserbehälter, Bäche und kleine Tempel soll man da wo die Grenze läuft anlegen. 249. Ausserdem soll man auch geheime Grenzzeichen machen, in Anbetracht dass betreffs der Feststellung einer Grenze fortwährend Irrthümer unter den Menschen entstehen<sup>1)</sup>: 250. Steine, Knochen, Kuhschweife, Hülsen, Asche, Scherben, trockenen Kuhmist, Ziegelsteine, Kohlen, Kies, Sand, 251. Ueberhaupt alle derartigen Gegenstände, welche die Erde auch in einem langen Zeitraum nicht zerstören kann, muss man da wo die Grenze läuft unter die Erde vergraben<sup>1)</sup>. 252. Nach diesen Zeichen soll der König zwischen den streitenden Parteien die Grenze festsetzen, oder auch nach andauerndem vorausgehenden Besitz oder nach dem Lauf eines Wassers<sup>1)</sup>. 253. Wenn zwar

---

<sup>2)</sup> Nachdem die Sonnenhitze den Rasen versengt hat, werden grosse Steine u. a. Grenzzeichen besser erkennbar (M. K.). 246. <sup>1)</sup> Hiemit sind nach den Commentaren *Ficus glomerata*, *Calotropis gigantea* u. dgl. Bäume gemeint. Alle hier erwähnten Bäume und Pflanzen sind sehr hochwachsende oder sehr dauerhafte Arten. 247. <sup>1)</sup> Künstliche Hügel von Erde u. s. w. (M. G. N. K.). 249. <sup>1)</sup> Die erwähnten sichtbaren Grenzzeichen können ohne grosse Mühe beseitigt werden, deshalb sind auch geheime nöthig (N). 251. <sup>1)</sup> Nach K. muss man die genannten Gegenstände, mit Ausnahme von grossen Steinen, zuerst in Krüge stecken und diese dann vergraben. 252. <sup>1)</sup> Diese beiden Kriterien sollen nur in Ermanglung anderer gelten. Der Besitz muss, wie die Commentatoren mit Beziehung auf 149 hervorheben, ein seit unvordenklicher Zeit ununterbrochen bestehender sein. 253. <sup>1)</sup> Wenn z. B. die eine Partei behauptet, die Gegner hätten die mit Kohle oder Hülsen gefüllten Krüge aus-

Grenzzeichen vorhanden sind, aber irgend ein Zweifel in Betreff derselben besteht<sup>1)</sup>, so soll die Entscheidung über einen solchen Grenzstreit von (der Aussage von) Zeugen abhängig gemacht werden. 254. In Gegenwart einer grossen Menge von Personen aus beiden Dörfern und der beiden streitenden Parteien<sup>1)</sup> müssen die Zeugen in dem Grenzstreit über die Grenzzeichen verhört werden. 255. Wie sie in dem Verhör sich über die Grenze einmüthig äussern, so soll man die Grenze aufzeichnen und sie alle nach ihrem Namen (in das Document eintragen<sup>1)</sup>). 256. Sie müssen sich Erde auf die Köpfe streuen und (mit rothen Blumen)<sup>1)</sup> bekränzt und in rothe Gewänder gekleidet<sup>2)</sup> die Grenze der Wahrheit gemäss bestimmen, nachdem sie auf ihre guten Thaten vereidigt worden sind<sup>3)</sup>. 257. Wenn sie die Grenze der Gerechtigkeit gemäss bestimmen, so erlangen sie als wahrhaftige Zeugen ihre Rechtfertigung; wenn sie sie aber falsch bestimmen, so müssen sie (jeder für sich) in eine Busse von 200 (Pana) verfällt werden. 258. Fehlen Zeugen, so müssen vier in der Nähe der Dorfgränze wohnende Männer<sup>1)</sup>, die dazu bestimmt worden sind<sup>2)</sup>, in Gegenwart des Königs die Entscheidung über die Grenze

---

gegraben und an einer anderen Stelle wieder eingegraben, oder der und der Feigenbaum sei gar kein Grenzbaum (M. K.). 254. <sup>1)</sup> Es ist jedoch kein Grenzstreit zwischen zwei Einzelnen gemeint, vielmehr, wie die Commentatoren ausdrücklich bemerken, handelt es sich nur um Abgeordnete der beiden Dörfer. Wahrscheinlich kamen bei der unvollkommenen Ausbildung des Privateigenthums Grenzstreitigkeiten innerhalb eines Dorfes seltener vor, s. 262. 255. <sup>1)</sup> So alle Commentare. Da jedoch bei der Bestimmung der Grenzen sonst von Documenten nicht die Rede ist, auch nur wenig direkte Erwähnungen der Schrift bei Manu vorliegen, so ist es vielleicht richtiger, an eine „Bestimmung“ der Grenze mit „namentlicher Aufrufung“ der Zeugen zu denken. Vgl. 154. 256. <sup>1)</sup> N. K. <sup>2)</sup> Die rothe Farbe soll gewählt werden, um ihnen ein schreckliches Aussehen zu verleihen (M.). <sup>3)</sup> Mit den Worten „Mögen unsere guten Thaten uns keine Frucht tragen (wenn wir lügen)“ (M. G. K.). 258. <sup>1)</sup> Ich lese mit M. N. grâmasimântavâsinah. Es sind Nachbarn auf allen vier Seiten gemeint (M. K.). <sup>2)</sup> Solche, die sich freiwillig dazu anbieten,

treffen. 259. Wenn keine Nachbarn oder von Alters her im Ort eingesessene Leute vorhanden sind, um Zeugniß abzulegen, so soll man im Walde lebende Leute der folgenden (Kategorien) verhören: 260. Jäger, Vogelsteller, Rinderhirten, Fischer, Wurzelgräber, Schlangenfänger, von Nachlese (der Aehren) Lebende und andere Waldleute<sup>1)</sup>. 261. So wie sie sich auf Befragen über die Grenzzeichen auf den Grenzen äussern, so soll der König dieselben dem Rechte gemäss zwischen den zwei Dörfern aufrichten. 262. Wenn über ein Feld oder einen Brunnen oder einen Teich oder einen Garten oder ein Haus (ein Grenzstreit entsteht), so hängt die Bestimmung der Grenzzeichen von den Nachbarn ab. 263. Wenn die Nachbarn die Unwahrheit sprechen in einem Grenzstreit, der sich unter den Menschen erhoben hat, so soll sie der König alle einzeln die mittlere Busse bezahlen lassen. 264. Wer unter Drohungen<sup>1)</sup> sich gewaltsam in den Besitz eines Hauses, Teiches, Gartens oder Feldes setzt, den soll man in eine Busse von fünfhundert (Pana) verfallen; hat er es jedoch aus Irrthum gethan, so beträgt die Busse zweihundert (Pana). 265. Ist es ganz unmöglich die Grenze zu ermitteln<sup>1)</sup>, so soll ein billig denkender König in wohlwollender Gesinnung (gegen beide Parteien) ihre beiderseitigen Gebiete bestimmen, so will es das Gesetz. 266. Hiemit ist das Recht hinsichtlich der Bestimmung von Grenzen vollständig dargelegt; nunmehr werde ich die Grundsätze für die Aburtheilung von Verbalinjuriën angeben.

267. Hat ein Kshatriya einen Brahmanen geschmäht, so gebührt ihm eine Strafe von einhundert (Pana); einem Vaiçya ge-

---

darf man nicht nehmen (M.). 260. <sup>1)</sup> Nach M. G. K. sind solche gemeint, die im Walde Früchte, Blumen, Brennholz u. dgl. sammeln, nach N. wilde Stämme, die in Wäldern leben (etwa nach Art der heutigen Bhils). 264. <sup>1)</sup> Unter Androhung des Todes oder gewaltsamer Einsperrung (G. K.) oder indem man mit Dieben und Räubern oder mit einer gerichtlichen Klage droht (M.). 265. <sup>1)</sup> Weil weder Grenzzeichen noch Zeugen vorhanden sind (M.). 266—277. Verbalinjuriën. 267. <sup>1)</sup> Davadha sowohl auf jede körperliche Züchtigung als speciell auf die Todes-

bühren anderthalb hundert oder zweihundert, einem Çûdra eine Leibesstrafe <sup>1)</sup>. 268. Hat ein Brahmane einen Kshatriya beleidigt, so muss man ihn in eine Busse von fünfzig (Pana) verfallen; (hat er sich) gegen einen Vaiçya (in gleicher Weise vergangen), so soll die Busse die Hälfte von fünfzig (25) betragen; (hat er sich) gegen einen Çûdra (vergangen), zwölf. 269. Hat ein Zweimalgeborener sich gegen ein Mitglied seiner eigenen Kaste vergangen, so (muss er) zwölf (Pana bezahlen); hat er solche Reden gegen ihn geführt, die gar nicht geäußert werden dürften <sup>1)</sup>, so soll die doppelte Busse eintreten. 270. Ein Einmalgeborener (Çûdra), der Mitglieder der zweimalgeborenen Kasten durch heftige Schmähungen <sup>1)</sup> beleidigt, soll mit Abschneidung der Zunge bestraft werden; denn er ist von niedriger Geburt <sup>2)</sup>. 271. Wenn er ihrem Namen oder ihrer Kaste <sup>1)</sup> beleidigende Beiwörter anhängt, so soll ein zehnzölliges glühend gemachtes Eisen ihm in den Mund gestossen werden. 272. Wenn er Brahmanen übermüthigen Sinnes über ihre Pflicht belehren will, so soll der König ihm heisses Oel in den Mund und die Ohren giessen lassen. 273. Wer Jemand übermüthigen Sinnes seine Schriftgelehrsamkeit, seine

---

strafe gehen kann, so lässt sich nicht entscheiden, ob es hier mit M. auf „Schläge. Abschneiden der Zunge. Todesstrafe u. s. w.“, oder mit G. K. auf „Schläge u. dgl.“, oder mit N. nur auf „Schläge“ zu beziehen ist. Als Beispiele von Schmähungen führen die Commentatoren an, wenn man sagt „Du bist ein Dieb“ (K.) oder „Du bist ein Schuft“ (N.) oder „Deine Tochter ist schwanger“ (M.). Die nemliche Erklärung gilt für die in 268 und 269 erwähnten Fälle von Beleidigung. 269. <sup>1)</sup> Hierunter verstehen die Commentatoren beleidigende Reden über die Mutter, Schwester, Frau oder andere weibliche Angehörige des Angeredeten. 270. <sup>1)</sup> Schmähungen, die eine schwere Beschuldigung enthalten (M. G. K.). <sup>2)</sup> Nach den Commentatoren ist dies eine Anspielung auf die berühmte, schon im Rigveda enthaltene Legende, wonach der Brahmane aus dem Mund, der Kshatriya aus den Armen, der Vaiçya aus den Schenkeln, und der Çûdra aus den Füßen des Weltgeistes Purusha entstanden ist. 271. <sup>1)</sup> Etwa wenn er sagt „Re (Interjektion) Yajñadatta“, oder „Du Auswurf der Brahmanen“. 273. Nach den Commentatoren „die Umgürtung

Heimat, seine Kaste oder die an seinem Körper vollzogenen Sacramente <sup>1)</sup> fälschlich abstreitet, der soll zur Bezahlung einer Busse von zweihundert (Pana) angehalten werden. 274. Wer einen Einäugigen oder Hinkenden oder mit einem sonstigen Gebrechen <sup>1)</sup> Behafteten mit demselben schilt, der soll in eine Busse von mindestens einem Kârshâpana verfällt werden, auch wenn er wahr spricht. 275. Wer seine Mutter, seinen Vater, seine Gattin, seinen Bruder, seinen Sohn oder seinen geistlichen Lehrer verleumdet <sup>1)</sup>, und wer seinem geistlichen Lehrer unterwegs nicht ausweicht, soll in eine Busse von hundert (Pana) verfällt werden. 276. Einem Brahmanen und einem Kshatriya (die einander beleidigt haben) <sup>1)</sup> soll ein verständiger (König) zur Strafe je die erste (niedrigste) und die mittlere Busse auferlegen. 277. Genau die nämlichen Strafen sollen ihrer Kaste gemäss über einen Vaiçya und einen Çûdra verhängt werden <sup>1)</sup> mit Unterlassung der Abschneidung (der Zunge, wie in 270 vorgeschrieben); so ist es bestimmt. 278. Hiemit sind die Strafbestimmungen über Verbalinjurien genau angegeben; nunmehr werde ich die Grundsätze für die Aburtheilung von Realinjurien angeben.

279. Vergreift sich ein Angehöriger der untersten Kasten mit irgend einem Gliede <sup>1)</sup> an einem Mitglied der (drei) höchsten Kasten, so muss ihm eben dieses Glied abgeschnitten werden; dies ist Manu's Gebot. 280. Hat er die Hand oder einen Stock (gegen ihn) erhoben, so

---

mit der heiligen Schnur u. s. w.“. Sie ist das wichtigste der bei gewissen Lebensabschnitten an jedem Mitgliede der drei oberen Kasten zu vollziehenden Sacramente. 274. <sup>1)</sup> Mangel einer Hand u. dgl. (K.). 275. <sup>1)</sup> Nach N. wären speciell auf verbotenen geschlechtlichen Umgang bezügliche Beschuldigungen (cf. âkshâranâ in Böhlingks neuem Wörterbuch) gemeint. 276. <sup>1)</sup> D. h. die einander ein Verbrechen das Ausstossung aus der Kaste zur Folge hätte (G. K.), oder ein beliebiges Vergehen (M.) vorgeworfen haben. 277. <sup>1)</sup> Der Çûdra hat die mittlere, der Vaiçaya die niedrigste Busse zu bezahlen, dem Rang dieser beiden Kasten entsprechend (G. N. K.). 280—300. Realinjurien. 279. <sup>1)</sup> Hände,

gebührt ihm Abhackung der Hand; hat er im Zorn zu einem Fusstritt ausgeholt<sup>1)</sup>, so gebührt ihm Abhackung des Fusses. 281. Will ein Niedriggeborener sich neben einen Hochgeborenen setzen, so soll er auf der Hüfte gebrandmarkt und verbannt werden, oder (der König) soll ihm das Hintertheil abschneiden lassen. 282. Speit er ihn aus Uebermuth<sup>1)</sup> an, so soll ihm der König seine beiden Lippen abschneiden lassen; pisst er ihn an, so soll er ihm das Glied, furzt er ihn an, so soll er ihm den After (abschneiden lassen). 283. Packt er ihn bei den Haaren, bei den Füßen, beim Bart<sup>1)</sup>, am Hals oder an den Hoden, so soll er ihm ungesäumt die Hände abhauen lassen. 284. Ritzt Jemand einem Anderen<sup>1)</sup> die Haut, oder vergiesst er sein Blut, so soll er in eine Busse von einhundert (Pana) verfällt werden; bringt er ihm eine Fleischwunde bei, (so muss er) sechs Nishka (bezahlen); zerbricht er ihm einen Knochen, so soll er verbannt werden<sup>2)</sup>. 285. Bei Verletzung von Bäumen jeder Art soll die Strafe stets nach ihrem Ertrage bemessen werden<sup>1)</sup>, so will es das Gesetz. 286. Ist Menschen oder Vieh ein Schmerz verursachender Schlag versetzt worden, so soll der König die Höhe der Strafe nach der Heftigkeit des Schmerzes bemessen. 287. Ist ein

---

Füsse u. s. w. (G. K.) 280. <sup>1)</sup> M. N. bemerken ausdrücklich, dass es sich nur um Erhebung des Fusses handelt, also nicht um einen wirklich versetzten Fusstritt, wie nach der engl. und französ. Uebersetzung. 282. <sup>1)</sup> Nach N. M. ist es nicht nöthig, dass der Speichel wirklich mit ihm in Berührung kommt. 283. <sup>1)</sup> M. G. N. K. 284. <sup>1)</sup> Die hier angegebene Scala ist nach den Commentatoren nur auf Angriffe auf ein Mitglied der gleichen (M. G. K.) oder auch einer niedrigeren Kaste zu beziehen. <sup>2)</sup> Nach N. wäre mit der Verbannung auch Einziehung der ganzen Habe des Schuldigen zu verbinden. 285. <sup>1)</sup> Nach G. soll bei Bäumen, die nur Schatten gewähren, eine ganz kleine, bei solchen die nur Blüten tragen, eine mittlere, bei fruchttragenden eine hohe Strafe eintreten. K. verweist auf Vishnusûtra V. 55—58 (p. 30 meiner Uebersetzung), wo sich folgende Abstufung findet: fruchttragende Bäume, blüthentragende Bäume, Sträucher, Gras. M. weist darauf hin, dass auch der Standort der Bäume. z. B. ob sie sich auf einer Grenze, in einem



Glied verletzt worden, oder ist der Angegriffene am Athmen gehindert <sup>1)</sup> oder ist sein Blut vergossen worden, so soll er angehalten werden die Heilkosten zu bezahlen, oder (wenn der Angegriffene sie nicht annimmt) das Ganze als Busse (entrichten) <sup>2)</sup>. 288. Wer wissentlich oder unwissentlich einem Anderen gehörige Gegenstände <sup>1)</sup> beschädigt, der muss ihm Ersatz leisten und dem König eine Busse im gleichen Betrag (wie der angerichtete Schaden) bezahlen. 289. Bei (Beschädigung von) Leder, Ledergeräthen <sup>1)</sup>, hölzernen oder irdenen Gefässen, Blumen, Wurzeln oder Früchten, soll die Busse das Fünffache des Werthes betragen <sup>2)</sup>. 290. Zehn Fälle <sup>1)</sup> geben (die Weisen) an in Betreff des Wagens, des Wagenführers und des Wagenbesitzers, in welchen die Bestrafung (für angerichteten Schaden) unterbleibt; sonst tritt eine Strafe ein. 291. Ist der durch die Nase des Zugthiers gezogene Zügel gerissen, ist das Joch zerbrochen, hat sich der Wagen seitwärts oder rückwärts <sup>1)</sup> gedreht, ist die Achse des Wagens gebrochen, oder ein Rad entzwei gegangen, 292. Sind die Stränge <sup>1)</sup>, die Gurte <sup>2)</sup> oder die Zügel gerissen, oder hat (der Wagenführer) gerufen, man solle aus dem Wege gehen, in

---

Büsserhain u. s. w. befinden, in Betracht zu ziehen sei. 287. <sup>1)</sup> Ich lese statt der Vulgata vana mit M. G. und der kaschmirischen Hs. prāna, was G. auf Knebelung u. dgl. bezieht. M. erklärt dagegen prāna mit „Kraft, Arbeitskraft“, welche durch zugefügte Misshandlungen beeinträchtigt worden ist. <sup>2)</sup> So nach G., der hinzufügt, dass man im ersten Falle die Bussen (s. 284) an den König und die Heilkosten an den Beschädigten, im zweiten Falle dagegen beides an den König zu entrichten hat. 288. <sup>1)</sup> Es sind beliebige Gegenstände gemeint, z. B. Matten, Arm-bänder, Husrath, jedoch andere Gegenstände als die in 289 aufgeführten. 289. <sup>1)</sup> Geflechte, Riemen u. dgl. (M.). <sup>2)</sup> Daneben muss auch dem Eigenthümer Ersatz geleistet werden (N.). 290. <sup>1)</sup> Sechs von diesen Fällen werden in 291, vier in 291, aufgezählt. 291. <sup>1)</sup> M. G. N. Die Veranlassung dieser beiden Unfälle bildet eine Unebenheit des Bodens (M. G. K.). 292. <sup>1)</sup> Nach G. sind es lederne Riemen. <sup>2)</sup> Nach G. N. Stricke, mit denen das „Joch“ genannte Holz auf dem Rücken der Pferde festgehalten wird. 293. Es ist der Fall gemeint, dass der Wagen sich von

all' diesen Fällen soll keine Strafe eintreten, so hat Manu erklärt. 293. Kommt aber der Wagen durch die Ungeschicklichkeit des Wagenlenkers vom Wege ab, und ist ein Schaden angerichtet worden, so muss sein Herr in eine Busse von zweihundert (Pana) verfallen werden. 294. Ist der Wagenführer ein kundiger Mann, so verdient nur der Wagenführer eine Strafe; ist er dagegen unerfahren, so sollen alle im Wagen befindlichen Personen zu einer Busse von je einhundert (Pana) verurtheilt werden. 295. Wird er unterwegs durch Thiere oder durch einen Wagen aufgehalten und tödtet hiebei (mit seinem Wagen oder seinen Pferden) lebende Wesen, so tritt unweigerlich <sup>1)</sup> Strafe ein: 296. Hat er den Tod eines Menschen verursacht, so lädt er dadurch sofort dieselbe Schuld auf sich als ob er einen Diebstahl begangen hätte <sup>1)</sup>; die Hälfte (der für einen Diebstahl festgesetzten Strafe trifft ihn für die Tödtung) von Kühen, Elephanten, Kameelen, Pferden und anderen grossen Thieren; 297. Die Strafe für die Verletzung kleiner Thiere <sup>1)</sup> beträgt 200 (Pana); auf fünfzig (Pana) beläuft sich die Busse bei schönen Waldthieren und Vögeln <sup>2)</sup>; 298. Für Esel, Ziegen und Schafe beträgt die Busse fünf Masha; für den verursachten Tod eines Hundes oder Schweines beträgt die Strafe einen Masha. 299. Die Ehefrau, der Sohn, der Sklave, der Schüler und der leibliche Bruder <sup>1)</sup> dürfen, wenn sie sich vergangen haben, mit einem Strick oder Bam-

---

einer deutlich vor Augen liegenden Strasse entfernt und hiebei Menschen oder Thiere beschädigt hat (M. G. K.). 293. Ist dagegen der Wagen in Folge eines Unfalls vom Wege abgekommen, so tritt keine Strafe ein (N.). 295. <sup>1)</sup> So nach K. Dagegen erklären M. N. die Lesart *avicâritah* mit „es tritt keine Strafe ein“, während G. R. *vicâritah* lesen und dies so erklären: „es ist eine Strafe (von den Weisen) bestimmt“. 296. <sup>1)</sup> Nach G. N. K. ist gemeint, dass eine Geldstrafe von 1000 Pana verhängt werden soll. 297. <sup>1)</sup> Nach den Commentaren sind besonders junge Thiere: Füllen, Kälber, Elephantenkälber u. dgl. gemeint. <sup>2)</sup> Z. B. gelleckte Antilopen, Papageien, Flamingos (M. N.). Als Beispiele hässlicher (und ominöser) Waldthiere und Vögel erwähnt M. den Sekakal, die Krähe und die Eule. 299. <sup>1)</sup> Es ist ein jüngerer Bruder gemeint (M. N.). Die

busrohr geschlagen werden, 300. Jedoch nur auf die Rückseite des Körpers, und niemals auf einen edeln Theil <sup>1)</sup>). Wer sie anders schlägt, macht sich eines ebenso grossen Vergehens wie ein Dieb schuldig.

---

dem patriarchalischen System entsprechenden Vorrechte des ältesten Bruders erhellen besonders aus dem Erbrecht. 300. Brust, Kopf u. s. w. (M. K.)

---

## IX.

Die fremdländischen (ausserhalb des deutschen Reichs) geltenden Civilgesetzbücher bezw. Civilrechte, mit besonderem Hinblicke auf das Erbrecht.

Von

Oberlandesgerichtsrath **Neubauer** in Berlin.

I. An das gemeine Recht schliessen sich näher oder weniger nahe an:

1. Das österreichische Gesetzbuch von 1811. Dasselbe gilt zur Zeit mit Ausnahme von Ungarn (für Siebenbürgen, Kroatien und Slavonien gilt es noch, vgl. Pfaff und Hofmann, Kommentar I, 43, 236) im ganzen Kaiserstaate, dazu österreichische Notariatsordnung vom 25. Juli 1871. Grundlage des Gesetzbuchs ist das westgalizische Gesetzbuch von 1797. Dazu sind zahlreiche Gesetze, Verordnungen und Hofdekrete ergangen. Für das Erbrecht ist besonders wichtig das Gesetz vom 9. August 1854, die nichtstreitige Rechtspflege betreffend. In Betreff des Erbschaftserwerbes wurde 1866 ein Entwurf gedruckt, welchen Randa in seiner vorzüglichen Schrift: „der Erwerb der Erbschaft nach österreichischem Rechte“ 1867 beurtheilt hat. 1867 wurde sodann ein Referenten-Entwurf der Gesetze über die Ausübung der freiwilligen Gerichtsbarkeit nebst Motiven veröffentlicht. Auch Unger hat

seinem bekannten Werke „die Verlassenschafts-Abhandlung“ einen Entwurf beigelegt.

Ellinger hat das Gesetzbuch mit Erläuterungen unter Einfügung der neueren Gesetze nach ihrem wesentlichen Inhalte veröffentlicht, 1877 ist die 7. Auflage dieses Werkes erschienen. 1880 ist ferner das Gesetzbuch von Dr. Anton Riehl herausgegeben, erläutert durch die Spruchpraxis des k. k. obersten Gerichtshofes bis 1879.

Für Ungarn galt das Gesetzbuch ebenfalls, es wurde aber 1861 suspendirt; der demnächst aufgestellte Entwurf ist nicht Gesetz geworden. Es gelten daher die älteren Gesetze und Gewohnheiten, wovon eine freie Bearbeitung von Verhoez — das Tripartitum — im sechszehnten Jahrhundert verfasst, allgemein Ansehen und Geltung genießt. Ausserdem kommen aber die Urtheilssprüche und viele Statuten in Betracht. Von letzteren sind namentlich die der königlichen Freistädte und Marktflecken zu erwähnen, welche vielfach aus deutschen Quellen geschöpft haben. Neuerdings ist 1874 eine Notariatsordnung ergangen. Das ungarische Civilrecht ist 1870 zusammengestellt von Putz in dessen System des ungarischen Privatrechts.

2. Das Recht der russischen Ostseeprovinzen. Dasselbe beruht theils unmittelbar auf dem gemeinen Rechte, theils auf folgenden Rechtsquellen: livländisches Landrecht; estländisches Landrecht; kurländisches Landrecht; piltensches Landrecht; livländisches Stadtrecht; estländisches Stadtrecht; kurländische Stadtrechte; narvasches Stadtrecht; Privatrechte der Bauern, theils endlich auf Gewohnheitsrecht, aber auch auf königlich schwedischen Privilegien, Resolutionen p. p. Dasselbe ist zusammengestellt auf Befehl des Kaisers Alexander II., und diese Zusammenstellung 1864 veröffentlicht als „liv-, est- und kurländisches Privatrecht“, dritter Theil des Provinzialrechts der Ostseegouvernements. Ob und inwieweit die Arbeit als Kodi-

fikation anzusehen, lässt sich nicht mit völliger Bestimmtheit angeben<sup>1)</sup>).

Nach Lehr, *éléments de droit civil russe*, Paris 1877, soll die Bearbeitung eines für ganz Russland geltenden Obligationen- und testamentarischen Erbfolge-Rechts begonnen haben. Nach amtlichen Mittheilungen scheint eine baldige Veröffentlichung solcher noch nicht in Aussicht zu stehen.

3. Das griechische Recht. Ein Gesetz von 1833 hat die Sammlung des Harmenopulos, eine Privatbearbeitung des byzantinischen Rechts, als provisorisches Gesetz eingeführt; daneben haben die Bestimmungen der Basiliken und das Justinianische *corpus juris civilis* subsidiarische Geltung, erstere auf Grund eines legislatorischen Aktes der Nationalversammlung von Astros (1822). Ergangen ist ferner ein Gesetz vom 11. Februar 1830, betreffend die Testamente. Zum Abschluss einer Kodifikation des bürgerlichen Rechts ist es bisher nicht gekommen, obwohl verschiedene Kommissionen mit dieser Aufgabe betraut waren. Ein 1874 den Kammern vorgelegter bezüglichlicher Entwurf gelangte nicht zur Verhandlung. — Es sind bisher nur einzelne Rechtsnormen kodifizirt worden, so unter Anderem 94 Artikel über Publikation, Wirkung und Anwendung von Gesetzen, über Erwerb und Verlust bürgerlicher Rechte, über Beurkundung des Personenstandes, der bürgerlichen Eheschliessung u. s. w., und über das Domizil. Diese Artikel sind am 10/22. Oktober 1856 publizirt worden. Es existirt davon eine französische Uebersetzung, erschienen Athen 1857.
4. Das Recht der Insel Malta. Es galt bzw. gilt noch das *droit municipale*, compilé sous de Rohan, promulgirt

---

<sup>1)</sup> Goldschmidt (*Handbuch des Handelsrechts* I, p. 259 und 260) nennt es „codificirt“ und „ein sehr vollständiges Gesetzbuch in 4600 §§“.

am 17. Juli 1774. Es sind aber dazu ergangen zahlreiche Ordonnanzen von 1814 bis 1879, ein Kriminalgesetzbuch, ein Polizeigesetzbuch, Organisations- und Civilprozessgesetze. Besonders wichtig für das Privatrecht sind die Ordonnanzen Nr. 7 von 1868 und Nr. 1 von 1873. Danach wird man das Recht nicht mehr zu dieser Gruppe zählen dürfen, da die gedachten Ordonnanzen von 1868 und 1873, welche fast ein vollständiges Civilgesetzbuch enthalten, sich sehr eng an das französische Recht, oder richtiger an das italienische Gesetzbuch anlehnen. Die Ordonnanz Nr. 7 von 1868 enthält in zwei Theilen das Sachenrecht (right on things), Art. 1 bis 254, und die Arten der Erwerbung und Uebertragung von Eigenthum, dinglichen Rechten oder Rechten bezüglich auf Sachen, Art. 255—1926, in letzterem Theil in Titel 1 Okkupation, in Titel 2 Akzession, in Titel 3 Sukzession (Erbrecht), in Titel 4 Obligationen im Allgemeinen, in Titel 5 Eheverträge (matrimonial agreements), in Titel 6 bis 19 die einzelnen Verträge, Kauf, Tausch u. s. w., in Titel 20 Sicherheit (security), in Titel 21 Pfandverträge, in Titel 22 Antichresis, in Titel 23 Privilegien — besser Vorzugsrechte — und Hypotheken, in Titel 24 die Rechtswohlthat der Separation (separation of patrimonies), in Titel 25 Verjährung (prescription). Die Ordonnanz Nr. 1 von 1873 behandelt das Familienrecht; es beschäftigen sich: Titel 1 mit den Rechten und Pflichten aus der Ehe, Titel 2 mit dem Kindesverhältniss (filiation), Titel 3 mit der Adoption und ihren Wirkungen, Titel 4 mit der väterlichen Gewalt (paternal authority), Titel 5 mit der Minderjährigkeit und Vormundschaft, Titel 6 mit der Volljährigkeit, Entmündigung (interdiction) und Unfähigkeitserklärung (incapacitation), Titel 7 mit den Abwesenden und Titel 8 mit den Civilstandsakten, in zusammen 347 Artikeln.

Weiter gehören hierher einige schweizer Gesetzbücher;

dieselben sind jedoch mit den übrigen schweizer Gesetzgebungen im Zusammenhange weiter unten aufgeführt.

II. Der französische Code civil und seine Nachbildungen, sowie die Rechte der romanischen Völker.

Hierher gehören ausser dem französischen Code civil mit den denselben ergänzenden Gesetzen:

1. das belgische Gesetzbuch, dazu Gesetze vom 12. Juni 1816, 20. Mai 1837, 16. Juli 1844, 16. Dezember 1851, vgl. Delbecque & Hofmann, les codes en vigueur p. p.
2. das in Russisch-Polen geltende Recht; zum Code civil sind nur in Betreff des ersten Buches und der Hypothekengesetze abändernde Gesetze ergangen; besonders zu erwähnen sind die Gesetze vom 23. Juni 1825 und 24. Juni 1836, betr. die Ehe und das eheliche Güterrecht.
3. das Gesetzbuch von Louisiana vom 12. April 1824.
4. das Gesetzbuch von Haïti vom 27. März 1825; Art. 14 wurde modificirt durch Gesetz vom 6. September 1860.
5. das Civilgesetzbuch von Bolivia vom  $\frac{25. \text{Oktober } 1830}{22. \text{März } 1831}$ , herausgegeben ist dasselbe mit einem Anhang, enthaltend eine Anzahl neuerer und zum Theil älterer Gesetze und Anmerkungen des Dr. D. Jaime Zamorane vom Professor Dr. Horacio Samorano, 1876.
6. das niederländische bürgerliche Wetboek vom 1. Oktober 1838.
7. das Civilgesetzbuch der ionischen Inseln vom 10. März 1841; modificirt durch Gesetze vom 26. Juni (8. Juli) 1852, 18. (30.) Juli 1852, 1. (13.) Juli 1852, 17. (29.) Mai 1855, 16. (28.) Juli 1857, 6. (18.) Februar 1860, 8. (20.) April 1862, 7. (19.) Mai 1862. Dasselbe wurde von einer unter dem Vorsitze des italienischen Rechtsgelehrten, Professor Oriolo zu diesem Zwecke in Korfu zusammengetretenen Kommission auf Grundlage des sicilianischen Rechts ausgearbeitet. Bei der Vereinigung der ionischen Inseln mit dem Königreiche Griechenland



wurde der bis dahin geltende Civilkodex für die sieben Inseln beibehalten, jedoch wurden für einzelne Theile des Prozessverfahrens, sowie für das Hypotheken- und Pfandrecht die Bestimmungen der griechischen Specialgesetzgebung eingeführt.

8. das Civilgesetzbuch von Costarika vom 30. Juli 1841, mit Rücksicht auf vielfache Abänderungen neu publizirt am 23. Juli 1858 so, dass hinter jedem Theile die Abänderungen in Noten zusammengetragen sind. Verfasser der Noten ist D. Rafael Ramirez.
9. das Gesetzbuch von Serbien vom 11. März 1844.
10. das Civilgesetzbuch von Peru vom 29. Dezember 1851, herausgegeben 1870 mit Noten von den Advokaten M. A. Fuentes und M. A. de la Lama. Hierzu gehört ein supletorio de los Códigos mit Anhang von Miguel Antonio de la Lama, 1878. Von Belang ist ferner das Werk: Las leyes organicas del Perú mit Bemerkungen von M. A. de la Lama, 2 Bde.
11. das Civilgesetzbuch von Chile vom 14. Dezember 1855 mit dem Hypothekengesetz vom 24. Juni 1857, dem Gesetze vom 13. August 1859 über die Volljährigkeitserklärung und dem Gesetze vom 7. Oktober 1861 über die rückwirkende Kraft des Gesetzes. Mitabgedruckt sind der Begleitbericht vom 22. November 1855, und Noten, welche verweisen auf Parallelstellen folgender Gesetzbücher: des österr. Gsb., des franz. Code civil, des Gesetzbuchs von Louisiana, des Gesb. beider Sizilien, des preuss. A. L.-R., des sardinischen Gesb., des niederländischen Gsb., und auf zahlreiche Schriftsteller, als Delvincourt, cours de droit civil, Pothier, Rogron, Savigny u. s. w., endlich eine Arbeit von Andres Bello vom 20. Januar 1857 über Auslegung des Art. 1618 Nr. 1, betr. Nichtzessibilität eines Theiles des Beamtengehaltes.

Die in Nicaragua geltende Civil-Gesetzgebung ist lediglich dem código civil und dem código de procedim-

mentos von Chile entnommen. Eine wissenschaftliche Bearbeitung desselben, das Lehrbuch von Esriche, wird in der Praxis häufig angeführt.

12. das Civilgesetzbuch des Staates Cundinamarca, der zu Columbien gehört, vom 8. Januar 1859, ein Theil der doce codigos dieses Staates.

Ein Begleitschreiben des Sekretärs für das Innere p. p., Salvador Camacho Roldan vom 26. November 1878 er giebt Folgendes über den Rechtszustand in Columbien:

Bis zum 18. März 1808 galt spanisches Recht mit der Sammlung der Gesetze: Recopilacion de Indias. Von da bis 1810 gab es keine anerkannte gesetzgebende Gewalt. Von 1810—1821 dauerte der Kampf mit Spanien. 1821 versammelte sich ein konstituirender Kongress. In der Zeit von 1810—1821 haben die Provinziallandtage, sowie der Landtag der vereinigten Provinzen von Neu-Granada einige gesetzgeberische Bestimmungen erlassen, diese sind aber nicht kodifizirt, noch in die Gesetzpraxis übergegangen. 1821—1845 sind Gesetze ergangen, diese finden sich in der Recopilacion Granadina von 1845. Die Gesetze von 1846—1850 wurden in einem Anhange, apéndice a la recopilacion, zusammengefasst. Die Gesetze von 1850—1859 sind in besonderen Sammlungen von je einem Jahrgange publicirt. 1857/8 nahm das Land die Föderativverfassung an und überwies den Einzelstaaten das Recht der Civil- und Strafgesetzgebung. Der Kongress behielt die Gesetzgebung nur in einzelnen besonders vorbehaltenen Fällen, wie in den Rechtsverhältnissen der schiffbaren, durch mehr als ein Rechtsgebiet hindurchlaufenden Ströme, der Häfen, Meerbusen, Küsten und der von uncivilisirten Stämmen bewohnten Gebiete. Der Zweck war, Anbau und Civilisation zu fördern. Es erging demgemäss der código civil nacional vom 26. Mai 1873. Die einzelnen Staaten kodifizirten ihre neue und alte Civil- und Strafgesetzgebung. Obwohl

darin bemerkenswerthe Verschiedenheiten vorkommen, so sind es doch im Wesentlichen kurze, einfache und zugängliche Kompilationen. Eine derselben ist die von Cundinamarca, die vollständigste, welche auch von den Staaten Antioquia, Tolima und Boyacá angenommen worden ist. Die Grundlage sind, abgesehen vom spanischen Rechtssystem, grösstentheils die französischen Gesetzbücher, die Entwürfe von Spanien und die Gesetze von Chile.

Gegenwärtig befindet sich die Gesetzgebung im Stadium der Neugestaltung. Exegetische Werke oder Handbücher zur Erleichterung des Studiums sind noch nicht vorhanden.

Die Mittheilung weist noch auf Folgendes hin zur Kennzeichnung des Ganges der Gesetzgebung: Das Gesetz vom 21. Juni 1821 erklärte alle Nachkommen von Sklaven für die Zukunft als frei und liess durch besondere Renten die allmähliche Freilassung der vorhandenen Sklaven anbahnen. 1851 wurde die Sklaverei definitiv aufgehoben. 1824 wurden Fideikomnisse, Majorate und erbschaftliche Substitutionen beseitigt, der unmittelbare Erbfolger erhielt  $\frac{1}{3}$  bzw.  $\frac{1}{5}$  des Werths, der gegenwärtige Besitzer das freie Eigenthum. — Seit 1821 wurden die Klöster, welche nicht mehr als 8 ordentliche Klosterbrüder zählten, aufgehoben und ihre Güter mildthätigen Anstalten überwiesen. — 1835 wurde das verzinsliche Gelddarlehen frei gegeben und die Gesetze über Beschränkung des Zinsfusses und der Nutzung von Kapitalien aufgehoben. — 1851 wurde die Ablösung der Rente für den Staatsschatz genehmigt. Ebenso wurde 1851 der Zehnte von den Ackerbauprodukten abgeschafft, den bis dahin der Staat erhob, unter Zurückbehaltung eines erheblichen Theils dieser Kirchenabgabe als Hebegebühr; man überliess dem Belieben der Religionsverwandten die Bezahlung des Zehnten für die Zukunft. —

1851 wurde auch das Asylrecht der Kirchen, das geistliche Recht und jede geistliche Gerichtsbarkeit in weltlichen Angelegenheiten abgeschafft. — Die Volljährigkeit wurde für das Privatrecht auf das 21. Jahr festgesetzt. — Die früher den Pfarrgeistlichen zustehende Führung der Civilstandsregister wurde auf die weltliche Obrigkeit übertragen. — An die Stelle der auf dem Gebiete des Eherechts geltenden kanonischen Satzungen trat 1853 das bürgerliche Recht. Es wurde die Ehescheidung und die Verheirathung der Geistlichen erlaubt. — Die als „resguardos“ bekannten, jeder Veräusserung entzogenen Ländereien, welche den zum civilisirten Leben gewonnenen Ureinwohnern zur ausschliesslichen Benutzung zugewiesen waren, wurden den Regeln des allgemeinen Rechts unterworfen, man gestattete den derzeitigen Besitzern die Veräusserung. Der grösste Theil derselben wurde auch sofort veräussert. — Die Verfassung von 1853 schaffte die Schuldhaft ab. Die Aufhebung der Schuldhaft hat, obschon damals beständig gegen 2000 Personen wegen Schulden gefangen sassen, keine Misstände oder Beschwerden hervorgerufen und den Kredit nicht beeinträchtigt. — 1861 wurden alle auf dem Grundeigenthum ruhenden Reallasten dem Staatsschatze überwiesen, ferner alle beweglichen und unbeweglichen Güter der religiösen Genossenschaften und der unter dem Gemeinamen „manos muertas“ bekannten Stiftungen gegen Zahlung einer billigen Rente dem Staate übertragen; die Verfassung von 1863 erklärte diese Stiftungen für unfähig, fortan unbewegliches Eigenthum zu erwerben. Diese Verfassung ordnete ferner an, dass unbewegliches Vermögen nur mit der Eigenschaft der Theilbarkeit (nach der alleinigen Verfügung des Besitzers) und der Vererblichkeit ausschliesslich nach den Grundsätzen des allgemeinen Rechts bestellt werden kann. — Verschiedene Gesetze haben nacheinander in den Staaten Antioquia,

Cauca, Tolima und zum Theil auch in Santander das Monopol der Ausbeutung der Salinen aufgehoben und die Salzquellen ohne jede Einschränkung dem Privateigenthum überlassen. Das Gleiche erfolgte mit dem Monopol der Smaragd-Minen, das nicht mehr besteht. — Ein Gesetz von 1874 bestimmt, dass, wer Besitz von unbebauten Mineral-Ländereien nimmt, Eigenthum an demselben erwerben soll, falls er darauf Bodenkultur betreibt oder Wohnhäuser errichtet. Wenn die Besitznahme durch dauernde Anpflanzungen von Kakao, Kaffee, Futterweiden oder ähnliche Anlagen geschieht, soll das Eigenthumsrecht auf den doppelten Umfang des angebauten Landes ausgedehnt werden.

Der Staat Bolívar hat ein besonderes 1861/2 angenommenes Gesetzbuch, welches mit Ausnahme einiger durch die Gesetze 4a, 5a, 6a, 7a, 8a, 9a des 5. Theils der Rekopilation von Bolívar abgeänderter Bestimmungen noch Geltung hat. In Betreff dieser Gesetzgebung liegen noch folgende Bemerkungen vor: Zur Zeit seiner Entstehung 1857, fand dieser Staat die spanische Civilgesetzgebung mit den im Vorstehenden beschriebenen Modifikationen vor.

Im Februar 1862 wurde das Gesetzbuch angenommen, welches nach dem Wortlaute seines Art. 1329 an die Stelle aller früheren von den Regierungen Spaniens, Columbiens und Neu-Granadas auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts erlassenen Gesetzesvorschriften getreten ist.

Bemerkenswerth ist das in dem Gesetzbuch den unehelichen Kindern gegen ihre Väter in Gleichberechtigung mit ehelichen Aszendenten und Deszendenten beigelegte Erbrecht. Diese in Art. 502 ff. (Buch III Titel) enthaltenen Bestimmungen beruhen darauf, es sei kein Unterschied zwischen natürlichen Abkömmlingen, vorausgesetzt, dass sie von den Vätern überhaupt anerkannt sind, zu gestatten. Da das Gesetzbuch nicht klar über die Erbtheile bestimmt, erging das Gesetz vom 3. Dezember 1873 (S. 176 der Recop.) Nr. 8, dessen

Art. 8 diesem Mangel abhilft. Das Gesetz vom 12. Oktober 1870 (S. 175 ebenda) Nr. 7 giebt die Definition des unehelichen Kindes und bestimmt das Nähere hinsichtlich des Anerkennnisses.

Das Gesetzbuch kennt die Adoption nicht, das Gesetz vom 4. Dezember 1869 (S. 178 daselbst) Nr. 11 ergänzt diese Lücke.

Nach der Aeusserung des Minister-Residenten zu Bogotá können das Gesetzbuch von Cundinamarca in Verbindung mit dem Código nacional, obwohl der letztere nur für die bisher uncivilisirten Territorien bestimmt, sein praktischer Geltungsbereich mithin ein durchaus beschränkter ist, als eine Zusammenstellung desjenigen gelten, was als Grundlage des Privatrechts im gesammten Gebiete der Republik Columbia gültig und bekannt ist.

13. Das Civilgesetzbuch der Republik Salvador vom 23. August 1859. Dasselbe steht den zu 12 erwähnten sehr nahe, nicht minder
14. das Civilgesetzbuch der Republik Ecuador vom 7. Juli 1869; mit Reglement über Eintragungen oder Register, Druckfehlerberichtigung vom 27. Mai 1871 und Nachtragsgesetz vom 8. November 1873 betr. Aenderungen der Art. 114, 115, 497, 535, 576, 590, 688, 955, 959, 2030, 2039, 2391. Das Gesetzbuch ist vom Präsidenten Garcia Moreno herausgegeben.
15. Das rumänische Gesetzbuch (codicile civile Romane) vom <sup>26. November</sup><sub>4. Dezember</sub> 1864. Bis zur Abfassung dieses sich im Wesentlichen eng an den französischen Code civil anschliessenden Gesetzbuchs galt in den ehemaligen beiden Bestandtheilen, den Fürstenthümern Moldau und Wallachei, ein verschiedenes Recht.
16. Das Gesetzbuch von Italien vom 25. Juni 1865, welches die Gesetzbücher für beide Sizilien (21. Mai 1819) und Sardinien (1837, 1848) beseitigt hat.

17. Das portugiesische Gesetzbuch vom 1. Juli 1867.
18. Das Civilgesetzbuch der argentinischen Republik vom 29. September 1869, mit Druckfehlerverzeichniss vom 6. August 1872. Dasselbe ist redigirt von Dr. Dalmazio Velez Sarsfield, unter Verweisung auf die Quellen und zahlreiche Schriftsteller. In den Anmerkungen dazu finden sich nicht selten die Motive, in welchen eingehend Bezug genommen wird auf das römische Recht und Savigny, auf das französische Recht, Marcadé, Aubry und Rau, Troplong, Duvergier, Duvanton, Zachariae, Demolombe, das österreichische Gesetzbuch, das preussische Recht, zuweilen selbst auf das bayerische L.-R. und alle bedeutenderen Nachbildungen des französischen Rechts, namentlich die Gesetzbücher von Louisiana, Niederlande, Waadtland, Chile, endlich den weiter unten zu erwähnenden Entwurf von Goyena für Spanien.

Dies Gesetzbuch ist auch in der Republik Paraguay eingeführt.

19. Das Civilgesetzbuch del distrito federal y territorio de la Baja-California (Mexiko), 1870. Ob dasselbe noch in anderen Staaten der Republik Mexiko gilt, steht dahin.
20. Das Civilgesetzbuch von Uruguay, 1871.
21. Das Civilgesetzbuch von Venezuela vom 20. Januar 1873, welches dem italienischen Gesetzbuche nahe steht. Dasselbe derogirte dem älteren Gesetzbuche vom 21. Mai 1867. Es ist neuerdings ersetzt durch das Gesetzbuch vom 10. Dezember 1880.
22. Das Civilgesetzbuch von Guatemala, 1877.

In der dominikanischen Republik gilt der französische Code civil mit einigen Modifikationen, von denen indessen keine gedruckte Sammlung besteht.

In Spanien gilt zumeist ein, abgesehen vom Gedanken des Familienerbrechts, dem gemeinen Rechte sehr nahe stehendes Recht. Dasselbe ist aber zum Theil in einzelnen Provinzen,

Navarra u. s. w., abweichend. Man kann für die spanische Gesetzgebung 7 Epochen unterscheiden:

1. römische Herrschaft (Gesetze, richterliche und städtische Einrichtungen),
2. westgothische Monarchie (Gebräuche der Germanen und ihre ersten geschriebenen Gesetze, das fuero juzgo — forum judicum —),
3. die ersten Jahrhunderte der Wiedereroberung (städtische Verwaltungen, fueros und Cortes),
4. Regierung Alfonso des Weisen (Las partidas),
5. Gesetze und fueros nach dieser Zeit bis zur neuen Gesetzsammlung,
6. Neue Gesetzsammlung (cortes, fueros provinciales), neueste Gesetzsammlung,
7. Codexe und Gesetze nach dieser Sammlung bis zu den letzten Reformen der Jetztzeit.

In diesen Epochen sind folgende Gesetze verkündet worden:

- |   |   |   |
|---|---|---|
| Liber judicum aut codex Visigothorum, Fori judicum  | } | Recaredo,<br>Chindasvinto,<br>Recesvinto, |
| El fuero viejo de Castiella (Alfonso VIII, 1212),   |   |   |
| Las Leyes del Estilo-Declaraciones de las leyes del fuero (Don Alfonso und sein Sohn Don Sancho), |   |   |
| El fuero Real de España (Alfonso IX),   |   |   |
| El ordenamiento de Alcala (Alfonso XI und die cortes von Alcala, 1348),                           |   |   |
| Las 7 partidas del Rey Don Alfonso el Sabio,  |   |   |
| El especulo (Don Alfonso el Sabio),   |   |   |
| Las leyes para los adelantados mayores (D. Alfonso el Sabio),                                     |   |   |
| Leyes nuevas (Don Alfonso el Sabio),  |   |   |
| Ordenamiento de las Fafurerias (Don Alfonso el Sabio),  |   |   |
| Ordenanzas reales de Castilla,  |   |   |
| Leyes de Foro (1505),   |   |   |



Novissima recopilation (1805),  
Legislation posterior hasta la fecha.

Von vielen dieser Gesetze ist ein grosser Theil nicht mehr in Kraft. Ueber das geltende Recht vergleiche el derecho civil español en forma de Codigo von Sanchez de Molina Blanco 1873, ferner Jurisprudencia popular und el diccionario de Legislacion von Escriche, sowie zahlreiche wissenschaftliche Werke. 1846—1852 verfasste eine Kommission einen Entwurf eines Civilgesetzbuchs für Spanien, in ziemlich nahem Anschluss an den französischen code civil. Derselbe ist mit Motiven und Excursen 1852 vom Präsidenten Goyena herausgegeben. Die Motive enthalten Vergleichen mit dem geltenden spanischen Rechte, mit dem römischen Rechte, dem preussischen A. L.-R., österreichischen Gesetzbuch, und bayrischen L.-R., sowie mit dem französischen Gesetzbuche und fast allen bis dahin vorhandenen Nachbildungen desselben. Dieser Entwurf ist von vielen amerikanischen Gesetzbüchern, auch offenbar von dem portugiesischen Gesetzbuch benutzt worden.

In Brasilien gelten noch die alten portugiesischen Gesetze (ordenações de Reino) nebst einer grossen Anzahl einzelner Verfügungen, Verordnungen und Gesetze. Eine vollständige Sammlung findet sich in dem Werke des Dr. Augusto Teixeira de Freitas: consolidação das Leis civis, 1876 in dritter vermehrter Ausgabe erschienen. Zur zweiten Ausgabe hat der Advokat Rath Antonio Pereira Rebouças 1867 einen Kommentar geliefert. Im Auftrage der Regierung hat der bereits verstorbene Senator Nabuco de Aranjó den Entwurf eines Civilgesetzbuchs ausgearbeitet, dessen Herausgabe der Dr. A. T. de Freitas begonnen hat und bis zum Oktober 1878 zu beendigen hoffte.

1878 hat in Lima ein von fast allen Staaten Südamerika's besckickter Juristenkongress getagt, welcher versuchen sollte, ein gleiches, kodificirtes Recht für das ganze Spanisch-Amerika festzustellen. Die Protokolle sind nicht veröffentlicht worden,

dagegen hat derselbe einen „Tratado para establecer en America reglas uniformes sobre Derecho International Privado“ zu Stande gebracht. Derselbe ist mit einem Berichte des peruanischen Bevollmächtigten Dr. Arenas an seine Regierung gedruckt worden. Bisher wurde derselbe, so viel ermittelt, nur in Peru und in Costa rica ratifizirt <sup>2)</sup>.

III. Zu den skandinavischen Rechten gehören:

1. das dänische Recht, wesentlich gegründet auf danske lov vom 23. Juni 1683, dazu ergingen zahlreiche Ordonnanzen, von denen für das Erbrecht vorzugsweise zu erwähnen sind die vom 8. April 1768, 28. August 1785, 2. Juni 1819, 2. April 1822, ferner das das Erbrecht betreffende Gesetz vom 21. Mai 1845 mit Gesetz vom 29. Dezember 1857.
2. das norwegische Recht, vorzugsweise Christian V lov vom 15. August 1687, mit zahlreichen Ordonnanzen, z. B. vom 19. August 1735, 8. April 1768, 26. Juni 1824, 24. Juli 1827 u. s. w. Die seit der Trennung von Dänemark (1814) erlassenen Gesetze sind in einem Werke von Julius August S. Schmidt, 7 Bde., zusammengestellt. Zu vgl. auch Den norske Arvret (Erbrecht) af Fr. Hallager, Christiania, 1862; Den norske Obligationen-Ret von demselben, Christiania, 1859; Tingsretten af Th. Brand, Christiania, 1867; Om Residelse efter norske ret af Chr. Platon, Christiania 1863; Foerelaesninger over Personetten efter den norske lovgivning af P. J. Collet, Christiania 1865; Aubert, Lov Sammling for Folk paa Landet, Christiania 1875.
3. das schwedische Recht, Reichsgesetz von 1734 (Sweriges Rikes allmänna Lag) mit Gesetz vom 19. Mai 1845 und zahlreichen neueren Gesetzen. Die Aenderungen sind nur in Privatwerken zusammengestellt. Als solche sind

---

<sup>2)</sup> Derselbe ist in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht, Bd. 25, in einer Uebersetzung vom Verfasser veröffentlicht worden.

zu nennen: Sweriges Rikes Lag von J. W. Schlyter, Arvidsson und Lundequist.

4. das finnische Recht. Dasselbe ist noch das alte schwedische Recht, indessen ist dasselbe durch unter Kaiser Alexander II. mit dem Reichstage vereinbarte Gesetze von 1863/64, 1867 und 1872, welche u. A. betreffen den Ehevertrag, die Erbschaftsentsagung, Vormundschaft, und Eigenthumserwerbung an Immobilien wesentlich modifizirt worden.

Ob und wieweit das russische Recht hierher gezählt werden kann, steht dahin. Dasselbe findet sich in dem ersten Theil des zehnten Bandes des Swöd (Sammlung der Reichsgesetze).

IV. Das englische Recht und das Recht der meisten Staaten der nordamerikanischen Union nimmt vermöge der Trennung von personal estate und real estate eine besondere Stellung ein. Das schottische Recht steht dem englischen Rechte, namentlich durch die zahlreichen neueren Gesetze nahe (obschon die Trennung von real und personal estate nicht besteht), weil die Eintheilung in heritable und moveable property, welche dem Erbrechte zu Grunde liegt, jener in manchen Stücken entspricht. Zusammengestellt findet sich das geltende Recht in Blackstone's commentaries on the laws of England, 4. Ausgabe, 1876; Kent's commentaries on american law, 1873 ff.; James Lorimer resp. Russell Bell, a hand-book of the law of Scotland, 4. Ausgabe, Edinburg 1879. Das englische Recht gilt auch in Irland und vielen englischen Kolonien.

Verschiedene Staaten der nordamerikanischen Union — von Louisiana ist schon zu II, 3 die Rede gewesen, — haben in ihren Statuten zahlreiche civilrechtliche Bestimmungen, insbesondere auch über das Erbrecht, so insbesondere: New-York, vgl. the statutes revised 1846, Massachusetts, Tennessee u. a.

Das Civilgesetzbuch für New-York, Albany 1865, ist, so viel ermittelt, Entwurf geblieben. In Californien aber gilt ein

diesem Entwurfe sehr nahe stehendes Civilgesetzbuch, erlassen 1872, verbessert 1873, 1875/76.

V. In der Schweiz sind zunächst von genereller Bedeutung das Bundesgesetz vom 2. Oktober 1874 betr. Beurkundung des Civilstandes und die Ehe, mit Cirkular vom 23. Februar 1876, und décisions vom 1. April 1876, und das Konkordat über die redhibitorischen Viehmängel (1852: Zürich, Bern, Luzern, Zug, Freiburg, Solothurn, Aargau und Neuenburg, Waadtland, Thurgau, Schwyz, beide Appenzell, St. Gallen, Wallis, Schaffhausen und beide Basel), weiter der Entwurf eines Obligationen- und Handelsrechts, sowie eines Gesetzes über die Volljährigkeit etc.

Im Uebrigen finden sich zahlreiche Gesetzbücher und Gesetze für jeden einzelnen Kanton, von denen sich viele an das französische Recht, theils näher, theils weniger nahe anschliessen. Der französische Code civil gilt noch unmittelbar, ohne die nachträglichen Zusätze und Ergänzungen in dem Theile des Kantons Bern, welcher Bern-Jura genannt wird, und im Kanton Genf, hier modifizirt durch das nur wenige Artikel ändernde Gesetz vom 5. September 1874.

Dem französischen Rechte stehen ferner nahe:

das St. Gallener Erbgesetz vom 9. Christmonat 1808, erläutert durch Gesetz vom 30. Juni 1819, Bekanntmachungen, Ausschreiben, Gesetze vom 1. März 1839, 15. Januar 1841, 26. September 1860, 14. Januar 1872, 28. April 1842 (Art. 20—23) u. s. w.;

das waadtländer Gesetzbuch vom 11. Juni 1819, mit zahlreichen abändernden und ergänzenden Gesetzen: z. B. vom 28. Mai 1824 (Hypothek), 1. Juli 1848, 13. Mai 1825 (Gesinde), 4. Juni 1829 (Wechsel p. p.), 22. Mai 1858 (Handelsgesellschaften), 1. Dezember 1855 (natürliche Kinder), 31. August 1875, 8. November 1875, 4. Dezember 1873, 18. Februar 1874;

das Gesetzbuch von Bern, 1824 ff., mit zahlreichen ergänzenden und abändernden Gesetzen;

das tessiner Gesetzbuch vom 13./16. Juni 1837 mit ergänzenden und abändernden Gesetzen, z. B. vom 1. Dezember 1851, 17. Juni 1855, 31. Mai 1856, 22. Juni 1858, Notariatsgesetz vom 11. Juni 1844 u. s. w.;

das Civilgesetzbuch des Kanton Freiburg, stückweise publizirt 1834—1849, mit Ergänzungen und Abänderungen;

das Civilgesetzbuch von Solothurn, stückweise publizirt 1841 bis 1847;

das Civilgesetzbuch von Wallis vom 1. Dezember 1853 mit Uebergangsgesetz vom 20. Mai 1854 und Abänderung vom 19. Wintermonat 1870;

das Civilgesetzbuch von Neuenburg, stückweise publizirt 1853 bis 1855.

Dem österreichischen Gesetzbuche steht in vielen Stücken nahe das bürgerliche Gesetzbuch von Luzern, stückweise veröffentlicht 1831—1839, mit Ergänzungen und Abänderungen vom 12. Herbstmonat 1865 (uneheliche Kinder), 6. März 1867, 3. Weinmonat 1861, 31. Augustmonat 1864 u. s. w.

Eine mehr selbständige Stellung nehmen ein:

das privatrechtliche Gesetzbuch von Zürich, stückweise publizirt 1853—1855 (Bluntschli) und zum Theil in engem Anschluss daran:

das Gesetzbuch von Schaffhausen, publizirt 1864 und 1865;

das Gesetzbuch von Zug, stückweise veröffentlicht 1861, 1873, 1875 (Landtwing);

das Gesetzbuch von Glarus, stückweise veröffentlicht 1869 (Sachenrecht), 1870 (Personen- und Familienrecht), 1874 (Erbrecht);

das Gesetzbuch von Unterwalden nid dem Wald, 1852 (Personenrecht), 1859 (Erbrecht);

das Gesetzbuch von Thurgau, 1860 (Personen- und Familienrecht), 1839 und 1867 (Erbrecht);

das Gesetzbuch von Aargau, 1847 (Personenrecht, an Stelle des Gesetzbuchs von 1828), 1849 (Sachenrecht), 1852 (Obligationenrecht), 1855 (Erbrecht) mit zahlreichen Ergänzungen und Abänderungen;

das Gesetzbuch von Graubünden, 1862 (Planta)<sup>3)</sup>.

Aus älterer Zeit, zum Theil im nahen Anschluss an benachbarte deutsche Gesetzgebungen sind noch zu erwähnen: die materielles Recht enthaltende Statuta und Gerichtsordnung für Basel-Stadt, 1719 (Theil II von Kontrakten p. p., Theil III von Testamenten p. p.) mit ergänzenden Gesetzen und Verordnungen;

die Landesordnung von 1813 für Basel-Land, ebenfalls mit ergänzenden Gesetzen: (nach der Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. 3 S. 460 ff. ist 1877 ein Entwurf, betr. das eheliche Güterrecht und Erbrecht für den ganzen Kanton Basel aufgestellt worden);

das Landbuch des Kanton Uri, gedruckt 1823 mit ergänzenden Beschlüssen vom 4. Mai 1856 und 2. Mai 1858 und mit dem Vermächtnisse betreffenden Gesetze vom 4. Mai 1873;

einzelne Gesetze für den Kanton Unterwalden ob dem Wald, vgl. Sammlung von Moos, Luzern 1854, insbesondere Paternitätsgesetz, 1833; Vormundschaften betr., 1844; Gesetz über die Erbfolge vom 28. April 1845 mit altem Landesgesetz ohne Datum von den Testamenten u. s. w.;

einzelne Statuten von Schwyz, vgl. Lardy, les législations civiles des cantons suisses, 1877 S. 211, insbesondere das Ehegattenerbrecht betr. Gesetz vom 18. November 1830

---

<sup>3)</sup> Wenn Stobbe, Handb. des deutschen Priv.-R. Bd. 1 S. 88 annimmt, dass die Kodifikationen von Bern, Luzern, Aargau, Solothurn und Graubünden dem österreichischen Gesetzbuch folgen, so kann dies doch nur sehr theilweise als zutreffend annerkannt werden, insbesondere was das Gebiet des Erbrechts angeht.

(Widmannsgesetz); nach Lardy beruht das Recht auf Gewohnheiten, welche sich fortentwickeln — S. 206 —, so dass stets zweifelhaft sein soll, ob die aufgestellten Regeln noch gelten;

Gesetze für die beiden Halbkantone Appenzell (Ausser-Rhoden) und Appenzell (Inner-Rhoden). Ersterer hat ein nur in Abschrift vorliegendes Erbgesetz vom 28. April 1861, letzterer ein gedrucktes vom 30. April 1865.

---

## Literarische Anzeigen.

**E. Jobbé-Duval**, Etude historique sur la revendication des meubles en droit français, Paris, L. Larose, libraire-éditeur, 1881, p. 254.

Besprochen von Prof. Dr. Kohler in Würzburg.

Vorliegendes Werk ist ein neuer Beweis für das rüstige Aufblühen der historischen Rechtswissenschaft in Frankreich, und für das wackere Bestreben der jetzigen französischen Jurisprudenz, die einheimischen Rechtsquellen der Vergessenheit zu entreissen, und, im Anschluss an die deutschen rechtshistorischen Forschungen, die fränkisch-französische Rechtsgeschichte aufzubauen.

Der Verfasser stellt sich die äusserst dankbare Aufgabe, die Geschichte der Fahrnissvindication in Frankreich von den Zeiten der lex Salica bis zum Code civil darzustellen, und damit zugleich die berühmten a. 2279. 2280 des Code civil historisch zu fundiren. Demnach schildert er die Rechtsentwicklung in der merowingischen und karolingischen Zeit p. 14—89, im XI.—XIII. Jahrhundert p. 90—180, im XIV. und XV. Jahrhundert, als der Zeit des Ueberganges zu den officiellen Coutumes, p. 181—201; endlich (p. 202—236) die coutumière Periode vom XVI. Jahrhundert an bis zum Schlusse des vorigen Jahrhunderts.

Das Hauptverdienst des Werkes liegt in der Darstellung der zweiten und dritten Periode, für welche der Verfasser eine Fülle von Gewohnheitsrechten benützt hat, die in Deutschland noch wenig bekannt und berücksichtigt sind, so z. B. die äusserst interessante coutume



de Bayonne von 1273, die coutume de Bordeaux aus dem 13. Jahrhundert: las costumaz de la villa de Bordeu u. a. Dadurch wird es möglich, die dunkle Zeit vom 9. Jahrhundert bis zum Auftreten der officiellen coutumes zu überbrücken und die rechtshistorische Continuität zu wahren. Dies ist aber bei unserer Lehre doppelt nöthig; denn hier haben wir das merkwürdige Schauspiel, dass ein Rechtssatz, welcher die fränkischen Volksrechte beherrschte und von da aus bis in das 13. Jahrhundert in Geltung war, späterhin, wie so manches andere, dem eindringenden römischen Rechte erlag, aber im 18. Jahrhundert, unter dem Drucke des praktischen Bedürfnisses, allerdings in wesentlich modernisirter Gestalt, wieder an das Licht trat: Nicht anders ist das Schicksal des Satzes, dass die Mobiliarvindication nur im Falle des unfreiwilligen Besitzesverlustes stattfinde. Der Satz, wie er im Code civil Eingang fand, ist nicht etwa die langentwickelte Frucht einer von den Volksrechten aus ungestört wirkenden Triebkraft; vielmehr war der Satz zur Zeit der officiellen Coutumes ziemlich verschollen — dass vollständig, wagen wir, angesichts der Cout. de Bretagne, ancienne a. 130. 154. 201 und nouvelle a. 145 (chose dérobée ou mal prise) nicht zu behaupten, — und wo sich der alte Satz findet: meubles n'ont pas de suite, da wird er gemeiniglich nicht in unserm Sinne verstanden, sondern in dem andern Sinne: meubles n'ont pas de suite par hypothèque: die Hypotheken, namentlich die allgemeinen Vermögenshypotheken, sollen sich nicht auf den dritten Erwerber der Fahrniss erstrecken. Nicht aus den Coutumes haben die Verfasser des Code civil den a. 2279 entnommen, sondern aus der Jurisprudenz des Châtelet von Paris, wie dieselbe in dem berühmten Werke von Bourjon, le droit commun de la France, fixirt war; und diese Jurisprudenz ist zwar durch Reminiscenzen aus alter Zeit mitangeregt worden, ihren Ursprung aber hatte sie in dem praktischen Bedürfnisse, in dem Bedürfnisse, dem gutgläubigen Erwerber der Mobilie einen Schutz zu bieten; wesshalb alle diejenigen im Irrthum sind, welche recht historisch zu sein glauben, wenn sie die Vortheile des a. 2279 auch dem bösgläubigen Erwerber zukommen lassen und sich dabei auf den Sachsenspiegel oder gar auf die lex Salica berufen; die richtige historische Interpretation hat die Schöpfung der Pariser Jurisprudenz nach dem Sinne der Pariser Jurisprudenz auszulegen, und diese wollte nur den gutgläubigen Erwerber schützen.

Was nun aber die Entstehung des altgermanischen Rechtssatzes:

dass eine Mobilienvindication nur im Falle des unfreiwilligen Besitzverlustes stattfindet, betrifft, so führt ihn der Verfasser im Anschluss an Heusler (Gewere S. 487 fg.) auf das Prozessrecht zurück. Das Prozessrecht hatte in alter Zeit eine Action nur für die Verfolgung der gestohlenen Sachen entwickelt; der Rechtsgang, sei es auf dem Wege der geregelten Selbsthülfe, sei es auf dem Wege des Processes, konnte aber nur in der gesetzlichen Form vor sich gehen, mithin war der Weg für die Vindication in sonstigen Fällen abgeschnitten. Diese Ableitung ist an sich richtig, wie überhaupt das Prozessrecht älter ist, als das reflektirte Civilrecht, weil sich die Idee des Rechts zuerst im Falle der Verletzung, im Falle des Unrechts seine Bahn bricht: so entwickelt sich zuerst eine Reihe von formellen Rechtsverfolgungsmitteln, bis man sich der darin waltenden civilistischen Idee bewusst wird; eine Wahrheit, die für das germanische, wie für jedes Recht gilt. Wenn wir nun aber fragen, warum das Recht ursprünglich ein solches Verfolgungsmittel nur im Falle des diebischen Abhandenkommens der Mobilien entwickelt hat, so müssen wir sagen: es hat ein solches Mittel nur in diesem Falle entwickelt, weil sich nur in diesem Falle ein praktisches Bedürfniss regte, weil der Eigenthümer, wenn er die Sache einem Andern ausgeliehen oder bei einem Andern deponirt hatte und dieser sie veruntreute, durch den strengen Regress gegen den Commodatar oder Depositar und durch die strengen Procedures, welchen derselbe unterlag, gedeckt erschien.

Die Erörterungen des Verfassers über die fränkischen Volksrechte, in welchen er die deutschen Arbeiten eingehend benützt hat, bieten ohne Zweifel manche richtige Gesichtspunkte. Die Deutung von *agramire* in *lex Salica* c. 37 als: eidlich versichern, welche Bedeutung noch in dem „*arramir*“ der *Etablissements de Saint Louis* II 26 nachklingt, und welche die *lex Salica* c. 37 mit der *lex Ripurariorum* tit. 35 (al. 33) § 1 in Einklang setzt, halte auch ich für diejenige, welche die Schwierigkeiten am besten löst. Ebenso scheint mir die schon von *Du Cange* angenommene Bedeutung von *intertiare* = „arrestiren“, eigentlich „in dritte Hand legen“, eine Bedeutung, welche in dem *entiercer* der *Coutume von Orléans* von 1583 a. 454. 455, ja selbst bei *Pothier, traité du droit du domaine de propriété* nr. 309 fg., wiederkehrt, von allen Erklärungen die plausibelste und treffendste zu sein. Auch hat der Verfasser richtig erkannt, dass die Rechtsquellen des 11. und der folgenden Jahrhunderte vielfach dazu

dienen können, über die dunkeln Texte des fränkischen Rechts ein helleres Licht zu verbreiten. Müssen wir aber trotzdem dieser ersten Parthie des Werkes weniger Lob zollen, so werden wir um so mehr entschädigt durch das reiche Material, welches die Darstellung der folgenden Periode bietet. Die Nachweise über die Anefangsprocedur in dem Cartular von Roë, in den coutumes von Bordeaux, Bourgogne u. s. w.; die Darlegung, wie sich neben der Anefangsklage, neben dem Verfahren cum periculo, die action de chose adirée als Verfahren sine periculo, als schlichte Klage entwickelte, und wie sich bei dem Eindringen des römischen Rechts daneben noch weitere vindicatorische Proceduren bildeten: sind nicht nur von hervorragendem civilistischem, sondern auch von eminentem processualischem Interesse. Die germanischrechtliche Beschränkung der Vindication hatte zur Folge, dass man für die Mobilien keine besondere Ersitzungsfrist bedurfte, da ja der Erwerber der Mobilie gegen die Ansprüche des etwaigen Eigenthümers als genügend gesichert galt; wesshalb denn auch bei Reception des römischen Rechts die dreijährige Mobilierersitzung nur höchst spärlich Eingang fand. Als nun aber das unbeschränkte römischrechtliche Verfolgungsrecht des Mobiliareigners recipirt wurde, passte das eine nicht zum andern, und es erwachsen Misstände, welche eine Abhülfe dringend sollicitirten; und dieses Bedürfniss nach Abhülfe ist es, welches zu jener Jurisprudenz des Châtelet von Paris geführt hat, der wir das Wiederaufleben des altdeutschen Satzes in der wesentlich modernisirten Gestalt des Code civil verdanken.

Wie sehr überhaupt in dieser Materie das praktische Interesse leitend gewesen ist, zeigt die Geschichte des Institutes auf's klarste. Wenn die Jurisprudenz des Mittelalters eine Vindication ausnahmsweise gestattete, sobald die Mobilie einem Handwerker übergeben und von diesem veruntreut worden ist, vgl. die Nachweise bei dem Verfasser, p. 175 fg., so beruht das nicht etwa darauf, dass die Handwerker ehemals Unfreie waren und die Uebergabe der Sache an dieselben nicht als eine Uebergabe in fremdes Gewahrsam erschien, (Goldschmidt, Z. f. Handelsrecht VIII S. 253, Laband, vermögensrechtliche Klagen S. 84), sondern es beruht darauf, dass, wer eine Mobilie in Reparatur zu geben hatte, an eine beschränkte Anzahl von Personen gebunden war, und daher sich in einer Art von Nothlage befand und nicht im Stande war, unter den vertrauens-

würdigen Personen frei zu wählen<sup>1)</sup>. Hierher gehört auch die interessante Thatsache, dass sehr frühe Rechtsquellen bereits den Satz aufstellen, dass der bonae fidei Erwerber einer Mobilie, selbst wenn diese eine res furtiva ist, nur gegen Erstattung des von ihm erlegten Kaufpreises zur Herausgabe angehalten werden könne. So die *Consuetudines Tolosae* von 1283, Rubr. de empt. § 3 (Bourdot de Richebourg, coutumier général IV p. 1049): Est usus seu consuetudo Tolosae, quod si aliquis emerit res mobiles in Tolosa publice in carreria publica, vel foro, vel in die fori, vel etiam alia die ab aliquo extraneo, sive civi; et hoc fuerit per testes manifestum, quod emptor debet recuperare pretium ab illo, cujus res est, et qui petit rem, quamvis res sit furtiva. Et super quantitate pretii statur juramento emptoris. Aehnlich die *Etablissements de Saint Louis* II 17 (Recueil général des anciennes lois françaises par Jourdan, Decrusy, Isambert II p. 602): Et si perdra son chastel, quand li demandierres aura fet la chose pour seue, se li marchands ne l'avoit achetée à la foire de Pasques. Et se il li avoit achetée, il r'auroit son argent par la coustume d'Orlenois, et seroit hors de la souspeçons, se ce estoit hons qui eust usé et accoustumé à acheter tiex choses et qui fust de bonne renommée — —. Insbesondere aber der grösste Coutümist, Beaumanoir, *Coutume de Beauvoisis* XXV 22 (Ed. Beugnot I p. 368): se cil qui a le coze l'aceta en marcié commun, comme cil qui creoit que li venderes eust pooir du vendre et ne connoist le vendor, ou il est en tel liu qu'il ne le pot avoir à garant: en tel cas, cil qui porsuit se coze qu'il perdi ou qui fu emblée ou tolue, ne le r'aura pas, s'il ne rent ce que li aceteres en paia; car puisqu'il l'aceta sans fraude et en marcié, il ne doit pas recevoir le perte de son argent por autrui meffet. Vgl. auch denselben XXXIV 47 (Ed. Beugnot II p. 27); welch' letztere Stelle der Verfasser p. 173

<sup>1</sup> Womit es vielleicht auch zusammenhängt, dass nach manchen Quellen der Vermiether der Sache gleichfalls zur Vindication gegen dritte berechtigt ist, während derjenige, welcher sie ausleiht, gar nicht oder nur unter Beschränkungen vindiciren darf; besonders interessant in dieser Beziehung ist die zweite *Contume* von Amiens (aus dem 13. Jahrhundert) a. 99. 100. 102 bei Thierry, *Recueil des monuments inédits de l'histoire du tiers état* I p. 175. 176, auch bei dem Verfasser p. 175. 177. 178; doch ist hier p. 178 No. 2 Z. 3 von unten statt d'acort zu lesen d'acat.

No. 4 unrichtigerweise dahin versteht, dass der gutgläubige Marktkäufer nicht einmal gegen Erstattung des Kaufpreises zu restituiren habe. Allein wenn Beaumanoir sagt: *on doit courre au devant des fraudes et des baras qui sunt fet ès marciés, aussi comme ès autres liex; si comme de cix qui acatent as gens qui ne sunt pas de connissance, denrées qui n'afierent pas à l'aceteur, et à mendre pris, le tiers ou le moitié, qu'eles ne valent; car en tix marciés ne pot on noter nule loiaté. Donques, se tix cozes sunt porsivies d'aucun qui les puist prover à soies, eles li doivent estre rendues et delivrées; et cil quiere son garant qui malicieusement les aceta* — so lässt sich hieraus nicht mit einem Argumentum a contrario schliessen, dass der gutgläubige Marktkäufer gar nicht zur Restitution gehalten sei, sondern nur, dass er nicht gehalten sei, den Schaden des vergeblich ausgelegten Kaufpreises zu tragen, den der bösgläubige Käufer tragen muss, wenn er sich etwa bei seinem Garanten nicht seines Schadens erholen kann. Vgl. zum Ganzen auch Franken, das französische Pfandrecht S. 281 fg. 302 fg., Schwalbach, der Civilprocess des Pariser Parlaments S. 51 No. 2.

Anerkennenswerth ist es, dass der Verfasser auch über das germanische Recht hinaus einige Streiflichter wirft, so auf das indische Recht und auf das Recht der Kabylen. Dass Probleme, wie das vorliegende, nur von dem Standpunkte der vergleichenden Rechtswissenschaft aus ihre volle Beleuchtung erhalten, ist eine Wahrheit, welche keinem Forscher mehr verborgen bleiben sollte.

Allerdings entbehrt die Darstellung mannigfach noch der lichtvollen Durchführung, des klaren Aufbaues und der vollkommenen Beherrschung des Materials, überhaupt der Sicherheit in der Methode der Behandlung; doch hat der Verfasser in dem, was er geboten hat, bewiesen, dass er in späteren Arbeiten auch noch diesen höheren Grad der Vollkommenheit wird erreichen können<sup>2)</sup>.

<sup>2)</sup> Einige Allegate sind zu berichtigen; so p. 106 No. 3 ist zu lesen *Coutume de Bayonne ch. LXXXVII*, statt *LXVII*; p. 209 sind die Noten 2 und 3 zu umstellen: denn die ältere *Coutume der Bretagne* und die *Coutume von Valenciennes* haben für Mobilien die zehnjährige, die neuere *Coutume der Bretagne* dagegen die fünfjährige Ersitzung.

**Giuseppe Brini**, *La primitiva condizione giuridica della donna. Prolesione a un corso libero d'Istituzioni del diritto civile italiano nell' Università di Bologna letta il dì 17 gennaio 1881. Bologna 1881, p. 20.*

Der Verfasser führt seinen Zuhörern und nun seinen Lesern in ansprechender Weise die Resultate der anthropologischen, unrechts-historischen Forschungen eines Bachofen, Mac Lennan, Giraud-Teulon, Tylor, Lubbock, Morgan u. a. über die Geschichte der Stellung des Weibes vor Augen, und gibt in kurzen Zügen ein Bild von den regellosen Zeiten primitiver Geschlechtsverhältnisse, von der ersten Ordnung der Familie nach der Mutterschaft, von der mannig-fach hervorspriessenden Gynäkokratie, und von der wirklichen Ehe mit präponderirendem eheherrlichen Einfluss, und ihrer Entwicklung aus dem Frauenraub und Frauenkauf. Die Schilderungen von der ehemaligen traurigen Situation unserer „dolci compagne“ sind etwas gemüthvoll angehaucht, wodurch der unbefangene anthropologisch-historische Blick wesentlich getrübt wird: die Bewohner und Be-wohnerinnen von Uganda oder von Neuguinea sind nicht nach dem Massstabe unserer heutigen Nerven- und Geistesorganisation zu taxiren. Interessant ist der Nachweis, dass schon der kräftige Geist eines Vico mit intuitivem Blicke die Züge der primitiven Geschlechtsverhältnisse der Urzeit richtig erschaut hat. Das Schriftchen des Verfassers kann zur ersten Orientirung über das kultur- und rechtshistorisch so äusserst interessante Problem der Entwicklung der socialen und rechtlichen Stellung des Weibes empfohlen werden, und es ist nur zu wünschen, dass rechtsvergleichende Vorlesungen an den Universitäten nicht mehr vereinzelt bleiben.

Würzburg.

**Kohler.**

---

**Dr. Felix Bruck.** „Zur Lehre von der criminalistischen Zurechnungsfähigkeit.“ Breslau. Verlag von Wilhelm Koebner. 1878.

Die Lehre von der criminalistischen Zurechnungsfähigkeit gehört unzweifelhaft zu den schwierigsten und verwickeltsten des ganzen Strafrechts: nicht nur deshalb, weil sowohl die positiven Bestimmungen unseres deutschen Strafgesetzbuchs mancherlei Deutung fähig sind, sondern vor allem auch, weil in dieser Lehre, welche die Feststellung der Verschuldungsmomente überhaupt zum Ausgangspunkt nehmen muss, der Schlüssel zu der Gestaltung und zum Verständniss des ganzen Strafrechts liegt. Die Vorschriften über die Zurechnungsfähigkeit sind das unmittelbarste Product der criminellen Rechtsbildung nicht nur, sondern auch der medicinischen und philosophischen Hilfswissenschaften. Die Frage nach den sittlichen Anforderungen, welche der Staat an seine Glieder stellt, die Frage nach der Freiheit des Willens finden hier ihre unmittelbarste Erledigung, und fast scheint es, als ob die fundamentalen Bestimmungen über die Verschuldung von dem Gesetzgeber erst fixirt sind, nachdem diejenigen über die Zurechnungsfähigkeit wenigstens concipirt waren.

Bei der Wichtigkeit, welche den Erörterungen über die Zurechnungsfähigkeit beizumessen ist, muss die verhältnissmässige Dürftigkeit der Literatur über diesen Gegenstand in Erstaunen setzen. Um so willkommener ist aber das in der Ueberschrift erwähnte Werk, welches dazu beiträgt, die Lücke einigermassen auszufüllen.

Dasselbe zerfällt in zwei Hauptabschnitte:

1. den allgemeinen Theil, enthaltend die allgemeinen Lehren, insbesondere die philosophische Begründung,
2. den besonderen Theil, enthaltend die Exegese der einzelnen einschlägigen Vorschriften des deutschen Strafgesetzbuches und deren Geschichte.

Nach einer sorgfältigen Zusammenstellung der früheren particularrechtlichen Bestimmungen und der Definitionen der berühmtesten Rechtslehrer erklärt der Verfasser als seine eigene Ansicht, dass die criminalistische Zurechnungsfähigkeit ein Zustand des Geistes sei,

welcher sich aus drei elementaren Fähigkeiten zusammensetze, nämlich aus der Fähigkeit:

- a) einen Willen zu erzeugen (Willensfreiheit),
- b) vernünftig zu denken (Intelligenz),
- c) das Gute vom Bösen zu unterscheiden (Unterscheidungsvermögen).

Das Problem der Willensfreiheit, meint der Verfasser, werde stets Sache des Glaubens bleiben. Einen strikten Beweis für oder wider dieselbe gebe es nicht. Dies ist unzweifelhaft richtig. Nur steht dem natürlich nicht entgegen, dass gelegentlich der Determinismus bei der Masse der Menschen ebenso Axiom werde, wie jetzt der Indeterminismus. Im Widerspruche mit dem angeführten Satze steht es jedoch, wenn der Verfasser gleich darauf behauptet, die Ansicht von der Necessitirung zur That widerspreche der Beobachtung, die jeder vernünftige Mensch an sich selbst anzustellen vermöge. Wäre dies der Fall, so wäre die Willensfreiheit nicht mehr ein Glaube, sondern eine wissenschaftliche Thatsache. Selbstverständlich kann in einer Abhandlung über ein einzelnes Institut des Strafrechts nicht das Problem der Willensfreiheit gelöst oder auch nur der Lösung näher gebracht werden.

Weniger Schwierigkeit macht die Bestimmung der Intelligenz. Hier wird nur das Denkvermögen des gering veranlagten Menschen als Minimalgrenze verlangt.

Der Schwerpunkt der ganzen Frage liegt aber in dem Unterscheidungsvermögen.

Ist zur Strafbarkeit erforderlich, dass der Thäter das gesetzlich Erlaubte vom gesetzlich Unerlaubten, oder nur dass er das Gute vom Bösen unterscheiden könne? Bei Beantwortung dieser Frage sind zwei Kategorien strafbarer Handlungen zu unterscheiden: diejenigen polizeilichen und diejenigen criminellen Charakters. Bei ersteren wird die Kenntniss der gesetzlichen Vorschrift als Theil der allgemeinen Bürger- resp. Berufspflicht verlangt, und die Unkenntniss derselben, sobald sie aktuell wird, mit Strafen belegt, welche den Charakter der Ordnungsstrafe tragen.

Bei letzteren aber, die regelmässig einen schweren Verstoss gegen die Sittlichkeit enthalten, kommt es im allgemeinen auf eine Kenntniss der Gesetze nicht an, da das Vermögen, das Gute vom Bösen zu unterscheiden, bei jedem Menschen vorausgesetzt wird. Ob mit



Recht? Bruck sagt S. 30: „Dieses Vermögen (das Unterscheidungsvermögen) bildet sich aus einer Kenntniss der Sittenlehre, wie solche erfahrungsmässig durch Schul- insbesondere Religionsunterricht, durch Erziehung und Beispiel in der Familie und im Verkehr mit andern gesitteten Menschen erworben wird.“ Hat aber die grosse Mehrheit unserer schweren Verbrecher ein anderes Beispiel in der Familie als das der Unsittlichkeit? anderen Verkehr als mit verwahrlosten Menschen? Ist nicht der (dürftige) Schul- und Religionsunterricht mehr als paralysirt durch die depravirten Lehren verkommener Eltern? Und wenn der Verfasser dann fortfährt: „Kinder wissen recht wohl, dass die Misshandlung eines Kameraden, die Aneignung fremder Sachen, das Lügen u. dergl. unerlaubte Handlungen sind, aber sie sind sich der Unsittlichkeit ihrer Handlungsweise meist nicht bewusst,“ so steht dieser Satz, dem ich übrigens völlig beipflichte, im Widerspruch mit seinen übrigen Ausführungen. Wer will behaupten, dass in die Brust schlecht veranlagter und schlecht erzogener Menschen das Sittengesetz mit vollendetem 18. Jahre plötzlich seinen Einzug halte? Einer der besten Kenner der Verbrecherwelt, der italienische Gefängnissarzt Lombroso, bezeugt (*L'uomo delinquente*. Torino 1878, S. 152 ff.), dass bei den meisten Verbrechern der moralische Sinn gänzlich fehle, dass viele die Unsittlichkeit der verbrecherischen Handlung nicht einmal begreifen. Reue nach der That gehöre zu den grössten Seltenheiten; es seien gewöhnlich die schlechteren und zur Heuchelei neigenden Subjekte, welche sich in den Strafanstalten am besten führen. Fordert man Bewusstsein von der Unsittlichkeit der begangenen Handlung, so muss man mit Wahlberg (*Princip der Individualisirung in der Strafrechtspflege*) auch noch einen Schritt weitergehen und Widerstandskraft des Charakters sowie Pflichtbewusstsein erfordern. Gerade diese Consequenz aber weist Bruck zurück (S. 32). Meiner Auffassung nach besteht der Unterschied zwischen der Kenntniss dessen, was erlaubt und unerlaubt, und der Sittlichkeit lediglich darin, dass die letztere „nicht nur ein Wissen und Kennen, sondern auch Wollen und Können zur Voraussetzung hat“, wie ich mit einer geringen Verschiebung der Worte Wahlbergs sagen möchte.

Die Sittlichkeit besteht eben darin, dass die von uns als nothwendig und gut erkannten Regeln nicht lediglich einen Theil unserer theoretischen Erkenntniss bilden, sondern zur Leidenschaft geworden sind, welche anderen sinnlichen Leidenschaften die Waage hält resp.

sie unterdrückt. Wenn nun aber diese Ausbildung des Unterscheidungsvermögens (der Ausdruck passt kaum mehr) für alle Verbrecher zwischen 12 und 18 Jahren verlangt wird, warum für die andern nicht? Die Präsumtion des entwickelten Pflichtbewusstseins ist doch die allerbedenklichste der vielen so bedenklichen Präsumtionen im Strafrecht.

Die Lehre von der Zurechnungsfähigkeit aus der Verwirrung, in welcher sie jetzt steckt, zu befreien, halte ich für völlig unmöglich, so lange nicht die Grundlagen unseres gesammten Strafrechts einer Reform unterzogen werden. Bis jetzt finden sich in unseren deutschen wie in den meisten fremden Strafgesetzbüchern eine solche Fülle von konkurrierenden und kollidirenden Gesichtspunkten, welche von Einfluss auf die Strafbarkeit überhaupt und die Höhe des Strafmasses sind, dass man in der That von einer absoluten Principlosigkeit sprechen kann. Bald bildet die Gesinnung des Thäters den Massstab zu der strafrechtlichen Beurtheilung der That, bald die Schädlichkeit des Erfolges, bald die Art der angewandten Mittel u. s. w. Das Reichsgericht hat in mehreren Entscheidungen die böse Gesinnung des Thäters als das eigentlich Strafbare bezeichnet, indem es sowohl den Versuch mit untauglichen Mitteln als auch am untauglichen Objekt für strafbar erklärte. (Entsch. in Strafsachen Bd. I S. 439 und 451.) Ob dies aber dem Gesetze entspricht, erscheint mir zweifelhaft. Dass es der Auffassung grösserer juristischer Kreise und der Rechtsauffassung des Volkes nicht entspricht, halte ich für unzweifelhaft. Hier liegt der Punkt, wo eine Reform des Strafrechts ihr Fundament wird legen müssen.

Es ist selbstverständlich, dass Bruck in seinem Buche diese schwierigen Fragen nur streift. Zwar ist seinem Werke als Cap. III des allgemeinen Theils die „Skizze einer Schuldlehre“ beigefügt; dieselbe enthält jedoch nur den Unterschied zwischen *dolus* und *culpa* und die Lehre von den verschiedenen Arten des *dolus* (*dolus indirectus*, *alternativus*, *eventualis*, *culpa dolo determinata*).

Im zweiten besonderen Theile behandelt der Verfasser die einzelnen Zustände, welche geeignet sind, die Zurechnungsfähigkeit aufzuheben. Es sind dies jugendliches Alter, Taubstummheit, Bewusstlosigkeit und krankhafte Störung der Geistesthätigkeit, welche die freie Willensbestimmung des Thäters ausschliesst.

Von den lediglich rechtsgeschichtlichen Ausführungen des Ver-

fassers kann ich an dieser Stelle absehen, da es wenige Institute giebt, bei denen die historische Entwicklung von geringerer Bedeutung für den bestehenden Rechtszustand und dessen Weiterbildung ist, als gerade bei der Zurechnungsfähigkeit. Geschichte und Entwicklung dieser Lehre ist weniger abhängig von überkommenen Rechtsanschauungen, als von den Fortschritten der criminalistischen Hilfswissenschaften, der Philosophie und Medicin.

Das Alter bildet einen Strafausschliessungsgrund unbedingt bis zum 12. Lebensjahre, vom 12. bis 18., falls dem Thäter die zur Erkenntniss der Strafbarkeit seiner Handlung erforderliche Einsicht mangelte. Dies letztere Erforderniss charakterisirt sich als dasjenige, welches der Verfasser Unterscheidungsvermögen nennt. Besass der jugendliche Verbrecher die erforderliche Einsicht, so ist er doch mit leichteren Strafen zu belegen, als der erwachsene. Wie diese Strafmilderung gerechtfertigt erscheinen soll, sagt der Verfasser, lässt sich schwer begründen. „Die jugendliche Unreife zu dem Zwecke graduiren zu wollen, um in dem einen Falle Strafflosigkeit, in dem anderen Strafmilderung eintreten zu lassen, verstösst wider das Princip, wonach die criminalistische Zurechnungsfähigkeit einer Gradation überhaupt unfähig ist.“ Mir erscheint eben das Princip verkehrt, und glaube ich, dass das Strafgesetzbuch, wiewohl es sich im übrigen der natürlichen Auffassung erwehrt hat, ihr in diesem Falle doch wider Willen erlegen ist. Der Verfasser selbst sagt an einer anderen Stelle (S. 31): „Nicht an einem Tage gelangt der Mensch in den Besitz des Unterscheidungsvermögens, sondern nur sehr allmählich erwirbt er dasselbe.“ In diesen Worten liegt doch das Zugeständniss, dass die Natur Gradationen der Zurechnungsfähigkeit kennt; warum also sollte das Recht sie nicht kennen?

Dem jugendlichen Alter steht die Taubstummheit in sofern gleich, als auch bei dieser die Einsicht ausdrücklich festgestellt werden muss.

Interessant sind die Ausführungen des Verfassers über die Wildheit. Er meint, dass der Wilde, in unser Culturleben verschlagen, des zum Begriffe der Zurechnungsfähigkeit erforderlichen Unterscheidungsvermögens ermangle, und dass ein solcher trotz des Schweigens des Strafgesetzes freizusprechen sei, eben weil ihm die Einsicht fehle, welche das deutsche Strafgesetzbuch als allgemeine Voraussetzung aller Verschuldung betrachte. So sehr nun auch de lege ferenda diese Auffassung mit der von mir schon oben angedeuteten überein-

stimmt, für so bedenklich halte ich sie de lege lata. M. E. hat der Richter stets Strafe zu verhängen, wenn er den Causalszusammenhang zwischen dem Thäter und der That festgestellt hat, ausgenommen in den Fällen, wo das Gesetz ausdrücklich Strafausschliessungsgründe statuirt. Diese letzteren sind einer analogen Ausdehnung nicht fähig. Andernfalls würde dem Richter die Möglichkeit gegeben, ganz nach seiner individuellen Auffassung criminalistischen Verschuldens zu verurtheilen oder freizusprechen. Die festen Normen des Strafgesetzbuchs würden zerfliessen. Die französische und belgische Praxis haben sich vielfach auf diesen schlüpfrigen Weg begeben, letztere obwohl Art. 78 des Code pénal Belge ausdrücklich bestimmt: *Nul crime ou délit ne peut être excusé, si ce n'est dans les cas déterminés par la loi* (vgl. für Belgien: *Principes généraux du droit pénal Belge* par J. J. Haus II Ed. Chap. III Sect. I § II N. 614, § VII N. 639 ff.; für Frankreich Ortolan, *Eléments du droit pénal*, IV Ed. Liv. I Part. II Tit. I N. 345 etc.). Die Consequenz ist, dass in den genannten Ländern, besonders aber in Frankreich so häufig Freisprechungen nicht auf Grund der Gesetze, sondern lediglich auf Grund der subjektiven Anschauungen der Richter erfolgen.

Von den in § 51 erwähnten Strafausschliessungsgründen hebt der Verfasser insbesondere die Trunkenheit hervor und widerlegt die Ansicht derer, welche eine Strafbarkeit des Thäters für den Fall annehmen, dass er sich betrunken hat, um ein Verbrechen zu begehen. Der Fall ist in der That nicht denkbar. Denn entweder der Thäter verliert nicht die Continuität des Denkens und Wollens zwischen dem nüchternen und berauschten Zustande, dann ist er eben zurechnungsfähig, oder diese Continuität ist in seinem Geiste unterbrochen, dann ist er nicht im Stande, den in nüchternem Zustande gefassten Anschlag auszuführen.

Im Schlusskapitel handelt der Verfasser vom Beweise oder, wie man vielleicht präziser sagen könnte, von der Prüfung der Zurechnungsfähigkeit, da dieselbe nicht auf Antrag, sondern von Amtswegen festzustellen ist.

Das ganze Werk ist eine sorgfältige Bearbeitung der Geschichte und gegenwärtigen Gesetzgebung in Bezug auf die criminalistische Zurechnungsfähigkeit und bietet auch in Detailfragen mancherlei Belehrung.

Berlin.

Dr. Köhne.

**J. Tissot.** Le droit pénal étudié dans ses principes, dans ses usages et les lois des divers peuples du monde ou Introduction philosophique et historique à l'étude du droit criminel. Deuxième édition. Paris 1880 (Arthur Rousseau), tome premier XL, 596 pp. — tome second 1. partie 577 pp., 2. partie p. 579—976.

Der bekannte und durch viele criminalistische, wie philosophische Schriften berühmte Verfasser obigen im J. 1860 in erster Auflage erschienenen Werkes ist am 17. Oktober 1876 zu Dijon verstorben, hat also die Drucklegung des ganzen Werkes (vgl. Vorrede p. XL) nicht mehr erlebt, demnach leider auch nicht die dem bedeutenden Werke gesicherte freundliche Aufnahme in juristischen Kreisen. Mit bewunderungswerthem Fleisse hat derselbe für alle wichtigen Materien des Strafrechts und Strafprozessrechts aus den Ländern Eüropas und der anderen Welttheile schätzbares, vielfach auch wirklich verarbeitetes, Material gesammelt, das jedem späteren Forscher auf diesem Gebiete mannigfache Dienste leisten wird, ohne freilich immer nähere Untersuchung, Prüfung und Specialisirung überflüssig zu machen. Das ganze grosse Werk legt ein neues Zeugniß ab von jenem unabhängigen, vorurtheilsfreien und humanen Sinne, welcher auch andere Werke des Verfassers (z. B. *Introd. philos. à l'étude du droit pénal et de la réforme pénitentiaire*, 1874) auszeichnet. Der erste Band behandelt die Verbrechen im Allgemeinen, ferner die Strafmittel (wobei möglichste Einschränkung der Todesstrafe befürwortet wird), während der zweite Band mit den délits contre les personnes, contre la propriété, contre la société, contre les moeurs, contre la religion, sodann mit dem Strafprozessrechte sich beschäftigt. Den Schluss bildet eine Skizze über die Fortschritte der Civilisation.

Zieht man in Erwägung, dass der Verfasser die Arbeit auszuführen unternahm zu einer Zeit, in welcher von rechtsvergleichender Wissenschaft nicht sehr die Rede war und erst wenige Vorarbeiten vorlagen, so wird man demselben Anerkennung nicht versagen können. Es mag hervorgehoben werden, dass interessante Notizen über italienische Statutarrechte beigebracht, die Verhältnisse in der Schweiz, Spanien, Russland, Polen und im skandinavischen Norden eingehender

berücksichtigt werden, als das sonst zu geschehen pflegt, wobei übrigens auch deutsche Werke, wengleich nicht der neuesten Zeit, verwerthet sind. In sprachlicher Rücksicht zeigt der Autor manche Eigenthümlichkeiten, indem er z. B. streng an der Form „*récidif* = der Rückfällige“ (I 142) festhält. Aufgefallen ist mir, dass derselbe, trotz Benützung der Homeyer'schen Uebersetzung der Rechtsgeschichte von Kolderup-Rosenvinge, ein dänisches Wort zu bilden glaubt (II 472), wenn er für „Dingleute“ (*gens d'affaires*, wie er übersetzt) den Ausdruck „*tingmænd*“ wählt!

Möge der emsige Verleger für eine dritte Auflage eine Persönlichkeit finden, welche die Citate geschickt zu ergänzen, hie und da auch zu erweitern im Stande ist!

**Teichmann.**

**Albert Pierre de Borville.** Le droit pénal italien et le projet de code pénal voté par la Chambre des Députés en 1877. Douai 1880. Duramou imprimeur.

Auch neben grösseren Besprechungen des italienischen Entwurfes wird man diesen discours de rentrée gern lesen. Er giebt eine historische Skizze der Verhältnisse, welche zu dem Codificationsplane Anlass gaben und durchgeht die hauptsächlichsten Bestimmungen des allgemeinen Theils. Als Mitglied der Société de législation comparée zieht natürlich der Herr Verfasser auch einige fremde Strafgesetzbücher zur Vergleichung heran.

**Teichmann.**

**Carl Kraft** cand. jur., Assistent i Justitsministeriet, Om Hovedprinciperne i den formueretlige Anordning. Kbhvn. 1881. Forlagt af Thaning & Appel. 448 S. gr. 8°.

Bei Gelegenheit der Ausschreibung eines Professorats in der jur. Fakultät zu Kopenhagen stellte man (29. Mai 1880) als Thema einer bis 1. Dez. 1880 gedruckt vorzuliegenden Arbeit die Untersuchung des Wesens der obligationes ex re und namentlich der negot. gestio,

des gutgläubigen Eingriffs in fremde Rechte, Verwendung auf vermeintlich eigene Sachen, Specification, Disposition über solche u. s. w. in ihrer allgemeinen Bedeutung für das Vermögenrecht.

Es handelt sich hier um eine der schwierigsten und noch nicht allzu oft untersuchten Fragen — sowohl nach dänischem wie römischem Recht. Verfasser ist leider durch Krankheit gehindert worden, die Preisaufgabe zu dem angegebenen, sicher zu kurz bemessenen Zeitpunkt einzugeben, wie er in dem vom 31. Dez. 1880 datirten Vorwort bemerkt. Auch war hiemit eine gewisse Aenderung des ursprünglichen Planes verbunden. Diese Momente in Betracht gezogen, kann man sicher nur mit höchster Anerkennung von dieser vortrefflich ausgestatteten Arbeit reden, die eine tiefe Kenntniss der römischen Quellen zeigt und sodann uns nachweist, wie dieses Recht von so hervorragenden Forschern wie Goos, Aagesen, Matzen, Evaldsen u. A. aufgefasst und dem ganzen Systeme ein eigenes Gepräge gegeben wird. Möge auch die deutsche Wissenschaft die ihr im Norden gewidmete Aufmerksamkeit einmal auf diesem Gebiete erwidern, ich möchte glauben, dass sie aus den Werken oben Genannter, aus der letzten Festschrift und den jetzt veröffentlichten Vorlesungen über dänisches, anderseits römisches Recht von Aagesen u. s. w. Nutzen ziehen könnte, da man dort dem römischen Recht viel unbefangener gegenübersteht, als in Deutschland, und einen offenen Blick für die logische Consequenz und deren Anpassung an die Bedürfnisse des praktischen Lebens hat.

Den Sieg trug Dr. Jul. Lassen (Handlering paa fremmed Formueretsomraade, Kbhvn. Thaning & Appel. 334 S.) davon; Konkurrenten waren gewesen: J. F. Utke Damm (Om obligationes quasi ex contractu, Eibes Forlag 368 S.) und Dr. H. Sylow (Handlering paa fremmed Formueretsomraade efter Romersk og Dansk Ret, Hagerups Boghandel, 260 S.).

**Teichmann.**

---

**Fr. Brandt** Forelaesninger over den Norske Retshistorie.  
Kristiania 1880. 340 S.

Aufrichtigen Dank wird der Verfasser bei allen Freunden nordischer Rechtsgeschichte finden, dass er eine kurze Frist der Musze zur Durchsicht und Ergänzung früher veröffentlichter einzelner Ab-

schnitte verwandt hat und — mag er auch bei dem Beschluss bleiben, wegen hierüber vorhandener ausführlicher Werke „den offentlige Ret ganske at sløjfe“ — in hoffentlich kürzester Frist auch das Straf- und Prozessrecht bieten will. Die Quellengeschichte nimmt die ersten 64 Seiten ein, das Personenrecht S. 65—180. Hier wird zuerst Sklaverei, Freilassung, das strenge Klientelverhältniss des Tyrmsel, das Familien(Geschlechter)recht erörtert. Wie zu Anfang des privatrechtlichen Abschnittes konnte sich dann auch im ehelichen Güterrecht der Verfasser auf Maurer's Arbeiten stützen (z. B. Krit. Vschrift X 383 ff.), im Erbrechte der Abhandlung desselben über den Hauptzehnt erwähnen. Von besonderem Interesse erscheint das über „Odelsret“ S. 161—180 Gesagte. In dem dritten Abschnitt wird das Vermögensrecht abgehandelt, woraus ich hervorhebe: § 34 Grundeigenthum, Nachbarrecht u. s. w. — § 35 Feldgemeinschaft — § 36 Wälder, Bergbau — § 37 Güter der Krone und Kirche, Allmenden, Servituten — § 38 Jägd, Fischerei — § 39 Occupation, Fund, Schatz, Ersitzung — § 40 Kauf und Verkauf, Altentheil und Leibzucht (Fledföring og Forlag) — §§ 41, 42 die lehrreiche Darstellung der Pachtverhältnisse — § 43 Miethe, Ueberwinterung von Vieh, Depositum Commodat, Arbeitsmiethe, Stellvertretung, endlich die auf Leistung bestimmter Vermögensgegenstände bezüglichen Verhältnisse, sowie Bürgschaft und Pfandrecht.

Sehr dankenswerth sind die wichtigsten Quellenstellen in die Noten aufgenommen; die Ausstattung des Werkes ist vortrefflich.

Die neueste gelehrte Arbeit von Maurer, über die Wasserweihe des germanischen Heidenthumes, München 1880 (besprochen in Zarncke's liter. Centralblatt 1881 No. 29) konnte (S. 129) noch nicht benutzt werden.

**Teichmann.**



## X.

# Die Gesetzgebungen des Auslandes in Betreff des Anspruchs unehelicher Kinder gegen den Erzeuger.

Von

Herrn Oberlandesgerichtsrath **Neubauer** in Berlin.

Die Gesetzbücher der Schweiz sind in Beziehung auf den Anspruch unehelicher Kinder gegen den Erzeuger sowie der Mutter gegen den Erzeuger ihrer unehelichen Kinder durch das Bundesgesetz vom 24. Dezember 1874 nicht modifizirt. Soweit sich Material auffinden liess, gilt dort Folgendes.

Das Gsb. von Zürich, §§ 284—301, giebt der Geschwängerten die Vaterschaftsklage, welche in der Regel nur während der Schwangerschaft anhängig gemacht werden kann, ausserdem aber stattfindet noch vor Ablauf von sechs Wochen seit der Geburt des Kindes, wenn ein Eheverlöbniß oder eine ausdrückliche und schriftliche Anerkennung der Vaterschaft seitens des Schwängerers vorliegt. Die Klage wird beim Pfarramte des Wohnortes der Klägerin anhängig gemacht. Der Pfarrer befragt den angeblichen Vater und sorgt im Falle der Anerkennung dafür, dass eine mit der Unterschrift des Beklagten versehene Anerkennung zu den pfarramtlichen Akten kommt. Das benachrichtigte Gericht des Wohnortes des Be-

klagten erklärt den Beklagten als Vater und trifft mit Rücksicht auf das Einverständniss der Eltern die erforderlichen Anordnungen. Erkennt der Vater nicht an, so übermittelt der Pfarrer die Weisung dem soeben gedachten Gerichte. Dies soll die Klage abweisen:

- a) wenn der Beklagte zur Zeit der Schwängerung noch nicht 16 Jahre alt war,
- b) wenn er zur Zeit der Schwängerung verehelicht war und vorliegt, dass dies der Klägerin bekannt war,
- c) wenn die Klägerin zur Zeit der Schwängerung verheirathet war,
- d) wenn Klägerin schon früher vor Pfarramt oder Gericht eine andere Person als Schwängerer bezeichnet hat, soweit sie nicht dazu durch Drohung oder Arglist des wirklichen Schwängerers bewogen war,
- e) wenn sie innerhalb der letzten zwei Jahre als öffentliche Dirne gelebt oder sonst sich gegen Bezahlung an Mannspersonen zur Unzucht überlassen hat,
- f) wenn sie innerhalb derselben Frist sich längere Zeit in einer liederlichen Wirthschaft oder einem unzüchtigen Hause aufgehalten oder solche Wirthschaft oder Haus öfter in verdächtiger Weise besucht hat,
- g) wenn sie des unzüchtigen Lebenswandels wegen — z. B. wegen mehrmaliger unehelicher Geburten, weil sie wegen Ehebruchs bestraft ist oder weil sie den Beklagten zur Unzucht verführt hat, — des Klagerechts unwürdig erscheint.

Für die kantonsfremde Klägerin ist Reziprozität die Voraussetzung der Klage. In der Regel soll angenommen werden, dass ein gehörig ausgetragenes Kind nicht vor der 42. und nicht nach der 38. Woche vor dem Zeitpunkte der Geburt erzeugt worden sei. Der wegen Vaterschaft Verfallte muss bis zum zurückgelegten 12. Altersjahr des Kindes der Mutter einen angemessenen, vom Gericht nach freiem Ermessen zu

bestimmenden Beitrag zur Erziehung und Verpflegung des Kindes verabreichen, jedoch soll der Beitrag nicht weniger als die Hälfte des für ein Kind von diesem Alter erforderlichen Kostgeldes ausmachen. Die Unkosten in Betreff der späteren Zeit für den Unterhalt, die fernere Erziehung und Berufsbildung des Kindes muss in der Regel der Vater allein übernehmen. Für den Unterhalt des Kindes haften beide Eltern subsidiär, und sogar weiter subsidiär für die dem Vater bezw. der Mutter obliegende Verpflichtung deren Eltern. Der Mutter soll der Vater Entbindungs-, Kindbett- und Taufkosten bezahlen. Von dem Rechte, Sicherungsmittel anzuordnen bei Ausländern und Inländern, sowie von der Vererbung der Klage in aktiver und passiver Richtung (§§ 300, 301) wird hier nicht weiter zu sprechen sein.

Das Gsb. von Schaffhausen, §§ 254—265, hat diese Bestimmungen zum Theil wörtlich übernommen. Nur in Betreff der Abweisungsgründe finden sich darin Abweichungen, dass der Grund zu a) so modifizirt ist, wenn der Beklagte noch nicht 18 Jahre alt war; dass ferner ein Grund eingeschoben ist, wenn die Klägerin zur Zeit der Schwängerung volljährig, der Beklagte aber noch nicht 20 Jahre alt war und überdies kein vollgültiges Eheversprechen vorliegt, dass im Grunde zu e) und f) die Frist gestrichen ist, dass der Grund zu g) nur lautet, wenn Klägerin um ihres unzüchtigen Lebenswandels willen des Klagerechts unwürdig erscheint, dass endlich als Gründe noch beigefügt sind: wenn die Klägerin schon kriminell oder wiederholt zuchtpolizeilich bestraft worden ist und wenn sie innerhalb des Zeitraums vom 200. bis 300. Tage vor der erfolgten Niederkunft sich Anderen preisgegeben hat. Abweichend ist die Bestimmung, dass der Geschwächten an Kindbettkosten Fr. 35—60 und für das Kind bis wenigstens zu dessen zurückgelegtem 15. Lebensjahre eine mit dem Geburtstage fällige, vorausbezahlbare Alimentation von Fr. 50—300 jährlich zu entrichten sind und zwar bei leichtsinnigem Lebenswandel der Mutter bezw. wo die Gemeinde verpflegt und erzieht, an diese.

Auch das Gsb. von Thurgau, §§ 205—220, hat sich Zürich angeschlossen, zumeist wörtlich; nur werden Klagen von Nichtschweizerinnen gegen einen Kantonsangehörigen gar nicht zugelassen.

Etwas abweichend ist das Gsb. von Zug, §§ 58—71. Hier wird die Mutter von dem Pfarrer oder Präsidenten vernommen und angewiesen, eine Hebeamme zur Niederkunft zuzuziehen. Der Präsident des Wohnortes nimmt die Erklärung des angeblichen Erzeugers zu Protokoll. Die Hebeamme hat dem Gemeindepräsidenten von der erfolgten Niederkunft Anzeige zu machen. Wird die Vaterschaft anerkannt und liegt nicht bereits ein von der Heimathsbehörde der Mutter genehmigtes Uebereinkommen wegen Unterstützung des Kindes vor, so ist der Erzeuger durch den Beistand der Mutter vor den Friedensrichter zu laden. Wird nicht anerkannt, so hat das Kantonsgericht zu entscheiden, die Klage ist aber binnen vier Monaten nach der Niederkunft anhängig zu machen. Die Abweisungsgründe sind theilweise dieselben wie in Zürich, nur ist zu a) auch noch erforderlich, dass die Klägerin das 19. Altersjahr (Volljährigkeit) erreicht hatte; zu d) ist der Grund dahin geändert, wenn Klägerin die Anzeige der Schwangerschaft nicht wenigstens 30 Tage vor der Niederkunft gemacht hat oder die Klage innerhalb der vier Monate angestellt ist oder die Angabe über den Erzeuger abgeändert ist, es wäre denn, dass Klägerin hierzu durch Drohung, Zwang oder Arglist veranlasst ist; der zu e) geht dahin, wenn die Klägerin bereits früher ausserehelich geboren oder zu der Zeit, zu welcher sie schwanger geworden, den Beischlaf mehreren Mannspersonen gestattet oder überhaupt einen unzüchtigen Lebenswandel geführt hat oder mit einem Kriminalurtheil behaftet ist; ein Grund zu f) lautet, wenn Beklagter die Unmöglichkeit der Vaterschaft durch das Alibi oder aus physischen Gründen darthut; der zu g), wenn die Geburt vor dem 180. und nach dem 300. Tage der angegebenen Schwängerungszeit erfolgt ist; der zu h), wenn die Reife des Kindes mit der angegebenen

Schwängerungszeit in Widerspruch steht. Im Falle der Unreife oder Ueberreife soll die Hebeamme sofort den Gerichtsarzt untersuchen lassen, der seinen Befund zu den Gerichtsakten zu bringen hat. Nach der Parteiverhandlung ist auf einen Bekräftigungs- oder Reinigungseid zu erkennen, deren Normen das Gesetz angiebt. Es ist sofort zu erklärende Appellation zulässig. Wer anerkennt oder nach geleistetem bzw. nichtgeleistetem Eid verurtheilt wird, hat der Mutter an Entbindungs- und Kindbettkosten Fr. 30—60, und an jährlichem Beitrag für die Verpflegung des Kindes bis zu dessen zurückgelegtem 14. Lebensjahr Fr. 70—200, in halbjährlichen Raten vorauszahlbar, nach seinem Vermögen und seiner Erwerbsfähigkeit zu entrichten. Nach vollendetem 14. Jahr hat der Vater in der Regel alle Kosten für den Unterhalt, ferner Erziehung und Berufsbildung zu entrichten.

Nach dem Gsb. von Graubündten, §§ 69—81 haben die Kinder während der Minderjährigkeit gegenüber dem Vater Anspruch auf einen nach Massgabe seines Vermögens sowie des der Mutter zu bestimmenden Beitrag an Unterhaltungs- und Erziehungskosten, die Verpflichtung geht auch auf seine Erben über. Die schon nach Ablauf von sechs Wochen seit der Geburt des Kindes verjährte Klage steht der Mutter sowie dem Vormunde jener oder des Kindes zu. Erwiesene aussergerichtliche Kenntlichkeit der Vaterschaft hat volle rechtliche Wirkung. Daneben hat die Mutter eine Schadensklage gegen den Erzeuger auf theilweisen oder gänzlichen Ersatz der durch Schwangerschaft und Niederkunft verursachten Auslagen und sonstigen ökonomischen Nachtheile, aber nur in Verbindung mit der Vaterschaftsklage, sofern der Beklagte nicht der Vaterschaft kenntlich ist. Die Vaterschaft gilt als bewiesen, wenn dargethan ist, dass der Beklagte innerhalb des 300. bis 200. Tages vor der Niederkunft mit der Mutter fleischlichen Umgang hatte, es sei denn, dass dieser beweist: 1. er sei zeugungsunfähig, oder 2. die Beschaffenheit des Kindes stimme nicht überein mit dem angegebenen Zeitpunkte der Schwängerung, oder

3. Klägerin habe während des angegebenen Zeitraums auch mit anderen Männern fleischlichen Umgang gepflogen, oder  
 4. Klägerin habe als öffentliche Dirne gelebt, oder sich gewohnheitsmässig auch anderen Männern preisgegeben. Bei nicht vollständigem Beweise kann Klägerin zu einem im Gesetze normirten Erfüllungseide, welcher auch die Negative „mit keinem anderen Manne“ enthält, zugelassen werden, wenn sie einen guten Leumund geniesst und ihre Angaben nicht verdächtig erscheinen und durch andere Umstände, wie namentlich Kenntnissgabe von der Schwangerschaft an Beklagten und Bezeichnung desselben als Erzeuger gegenüber Dritten unterstützt werden. Auch ein Reinigungseid ist vorgesehen und im Gesetze normirt. Die Erben des Erzeugers können nur auf Grund des erwiesenen Eheverlöbnisses oder schriftlicher Anerkennung der Vaterschaft in Anspruch genommen werden. Retorsion und Sicherstellung sind vorgesehen. Zuständig ist das Gericht des Ortes der Schwängerung. Vor dem gerichtlichen Verfahren soll das zuständige Vermittelungsamt ein gütliches Einverständniss zu erzielen versuchen; schriftliche Anerkennung vor dem Vermittler ist verbindlich. Rechtsmittel gegen das Urtheil des Kreisgerichts sind nicht zulässig.

Das Gsb. von Solothurn, §§ 281—303, giebt der Mutter die Klage gegen den angeblichen Schwängerer auf einen Beitrag für die Verpflegung und Erziehung des Kindes und für die Kosten der Niederkunft, für letztere in Höhe von Fr. 24, für erstere in Höhe von Fr. 60 bis zum vollendeten 15. bzw. 16. Lebensjahre des Kindes (je nachdem es ein Mädchen oder Knabe) halbjährlich im Voraus einzufordern. Die Klage wird nur angenommen, wenn 1. Klägerin zur Zeit der Schwängerung im Kanton gewohnt hat, 2. Beklagter zur Zeit der Anzeige im Kanton wohnt, 3. unter Kantonsangehörigen, wenn beide sowohl zur Zeit der Schwängerung oder der Anzeige nicht im Kanton sich aufhielten. Die Anzeige ist dem Gerichtspräsidenten zu machen, das Gesetz normirt genauer, welchem. Die Ehefrau, deren Ehe nicht getrennt ist, hat kein Klagerecht.

Stirbt der Beklagte vor dem Termine oder das Kind vor dem Haupturtheile, so ist der Anzeige keine weitere Folge zu geben. Zum Beweise wird der Klägerin der im Gesetze ähnlich wie in Graubündten normirte Eid bewilligt, welcher als geleistet anzusehen, wenn sie ohne Widerruf stirbt; der Eid darf nicht gestattet werden, wenn 1. Klägerin zu einer Kriminalstrafe oder einer entehrenden Polizeistrafe verfällt ist und nicht Wiedereinsetzung in den vorigen Stand erlangt hat, 2. ihr das erforderliche Geistesvermögen fehlt, 3. sie früher bereits ausserehelich geboren hat, 4. sie nicht vor der Niederkunft Anzeige gemacht hat, 5. die Niederkunft vor dem 180. oder nach dem 300. Tage nach der angegebenen Schwängerungszeit erfolgte, 6. erwiesen wird oder dringende Verdachtsgründe vorhanden sind, dass die Klägerin in der Zeit vom 300. bis 180. Tage vor der Niederkunft mit anderen Männern fleischlichen Umgang gepflogen hat, 7. zur Schwängerungszeit Beklagter noch nicht das 16., Klägerin aber das 24. Altersjahr zurückgelegt hat, 8. Beklagter die Unmöglichkeit darthut, zur angegebenen Zeit und am angegebenen Orte mit der Klägerin fleischlichen Umgang gepflogen zu haben, 9. Klägerin bereits als Dirne bestraft ist, 10. die Umstände solcher Art sind, dass sich hoher Verdacht ergibt, es möchte die Anzeige falsch sein. Der Eid darf erst 30 Tage, nachdem dem Beklagten das Urtheil angezeigt, abgenommen werden. Nachträglich bekannt gewordene Eideshindernisse sind von Amtswegen zu berücksichtigen. Der Beklagte ist zur Eidesleistung mitzuladen. Das Geständniss wirkt nur, wenn es vor der Niederkunft oder binnen Jahresfrist nach der Geburt beim Gerichtspräsidenten gemacht wird und nicht die oben unter 3. und 9. angegebenen Umstände eintreten.

Das Gsb. von Aargau, §§ 214—245, legt der unehelichen Mutter die Pflicht auf, die Schwangerschaft dem Pfarrer des Heimathsortes anzuzeigen; sie soll dann über den Urheber, Zeit und Ort der Schwängerung gehört und ein Pfleger bestellt werden. Dieser Pfleger hat auch für Er-

hebung der Klage zu sorgen. Das Kind wird dem Vater zugesprochen, wenn er es anerkennt, doch steht seiner Heimathsgemeinde die Geltendmachung der Einreden zu; auch darf nicht zugesprochen werden, wenn die Klage von Amtswegen zu verwerfen sein würde. Wird der Mutter das Kind zugesprochen — dies geschieht, wenn es dem Vater nicht zugesprochen wird — so hat sie eine Klage gegen den angeblichen Vater auf Leistung eines Beitrages zu den Kosten der Verpflegung und Erziehung des Kindes, es sei denn, dass sie 1. schon zuvor ein uneheliches Kind geboren hat, 2. zur angegebenen Schwängerungszeit in der Ehe stand, 3. ihre Ehe wegen eines von ihr begangenen Ehebruchs getrennt ist, 4. mit einer peinlichen Strafe belegt worden ist, 5. ihre Schwangerschaft nicht wenigstens 30 Tage vor der Niederkunft dem Pfarrer angezeigt hat, 6. die Angabe über den angeblichen Schwängerer geändert hat, 7. die Niederkunft vor dem 180. oder nach dem 300. Tage der angegebenen Schwängerungszeit erfolgt ist, 8. die Klage nicht spätestens binnen Jahresfrist nach der Niederkunft bei Gericht anhängig gemacht hat. Gegen einen Verstorbenen ist die Klage nur zulässig, wenn ein rechtsgültiges Eheverlöbniß bestanden hat. Unzulässig ist ferner die Klage gegen den, der zur Schwängerungszeit in der Ehe stand oder der zu dieser Zeit unmündig war, letzteres falls die Klägerin volljährig ist. Jene vorerwähnten Umstände sind von Amtswegen zu berücksichtigen, als zulässige Einreden sind noch erwähnt, wenn Beklagter beweist, dass er zur angegebenen Zeit an dem bestimmten Orte nicht Urheber der Schwängerung sein konnte, oder dass Klägerin während des 300. bis 180. Tages vor der Niederkunft mit einer andern Mannsperson Geschlechtsverkehr gepflogen hat. Zulässig sind alle Beweismittel ausser dem Haupteide des Beklagten. Klägerin kann aber auch verlangen, zu dem im Gesetze normirten, die Negative (d. i. Nichtverkehr mit anderen Mannspersonen) mitenthaltenden Eide verstattet zu werden, soweit nicht auf Grund von Einreden abgewiesen wird. Der verurtheilte Vater hat das Kind, sobald



es ein Jahr alt ist, seinem Vermögen gemäss zu verpflegen und zu erziehen, auch der Mutter für die von ihr zu übernehmende Verpflegung während des ersten Jahres mit Einschluss der Entbindungskosten, Fr. 50—200 zu entrichten, wenn ihm das Kind zugesprochen ist. Ist er nur zur Leistung eines Beitrags zu verurtheilen, so muss er jährlich Fr. 50—100 von der Geburt an bis zum vollendeten 16. Altersjahr des Kindes der Mutter entrichten, auch an das Armengut der Gemeinde der Mutter, falls er nicht selbst Bürger dieser Gemeinde, Fr. 50—500 entrichten. Ist der Vater nicht ermittelt oder kann er nicht erfüllen, so fällt die Verpflichtung zur Verpflegung und Erziehung des Kindes auf die Mutter.

Für Basel (Land) gilt noch die Ehegerichts-O. von 1747, Art. 21. Danach muss der unehelichen Mutter, wenn des Kindes Vater gewiss ist, für ihr Kindbett 10 Pfund Geldes gewährt, auch das Kind von diesem bis in das 12. Jahr seines Alters mit Alimenten versehen werden. Kann der des Beischlafs Geständige erweislich beibringen, dass ein Anderer des Kindes Vater, oder dass zur Zeit der vermuthlichen Schwängerung die Mutter auch Anderen den Beischlaf gestattet hat, so ist jenem bzw. der Mutter die Erhaltung des Kindes aufzuerlegen, da sie anders nach ihrem Vermögen das kann; kann sie es nicht, so müssen solche alle des Beischlafs Ueberwiesenen dafür aufkommen. Hat sie aber zum Beischlaf durch Worte oder Werke Anlass gegeben, so muss sie allein das Kind erhalten, ebenso, wenn der Schwängerer ein verheiratheter Mann ist. Hat die Mutter über sechs Monate von Zeit der Schwängerung an mit Angabe der Schwangerschaft gezögert, so muss sie das Kind allein erhalten.

Das Gsb. von Bern, Stzg. 166—206, giebt der Mutter das Recht, die Mannsperson, welche sie der Vaterschaft überführt, zu einem Beitrage an der Verpflegung desselben verurtheilen zu lassen; sie kann, falls sie davon nicht Gebrauch macht, von der Gemeinde vertreten werden. Bezüglich des Beitrags soll auf das Vermögen und die Erwerbsfähigkeit, sowie

auf die Vollständigkeit des Beweises Rücksicht genommen werden. Der Vater hat das Recht, mit Beistimmung seiner Gemeinde zu verlangen, dass ihm das Kind zugesprochen werde, dann muss er es verpflegen und erziehen. Die Mutter muss die Schwangerschaft spätestens am 210. Tage nach der Entstehung anzeigen; es wird dann der angebliche Vater vernommen. Erkennt er an, so wird er zu einem verhältnissmässigen Beitrage an der Verpflegung des Kindes verurtheilt. Erkennt er nicht an, so hat die Mutter binnen drei Monaten nach erfolgter Mittheilung hiervon (falls er ausser Landes, binnen einem Jahre nach seiner Zurückkunft) die Klage anzustellen, falls sie nicht die rechtzeitige Anzeige von der Schwangerschaft oder die Zuziehung von Zeugen bei der Niederkunft unterlassen hat. Beklagter kann die Einlassung verweigern, wenn er zu beweisen im Stande ist: 1. Unmöglichkeit, dass er zur bestimmten Zeit am bestimmten Orte die Schwängerung veranlasste, 2. das unzüchtige Leben der Klägerin, 3. dass dieselbe bereits zweimal ausser der Ehe geboren hat oder ihre Ehe wegen ihres Ehebruches getrennt ist, 4. dass sie die gerichtliche Aussage über den Schwängerer geändert hat, 5. dass sie mit einer Strafe belegt ist, welche den Verlust der bürgerlichen Ehrenfähigkeit zur Folge hat. Ist der Beklagte selbst des Ehebruchs überwiesen, zweimal wegen Unzucht oder mit Verlust der Ehrenfähigkeit bestraft, so darf er den betreffenden Fehler, dessen er sich selbst schuldig gemacht, nicht vorwerfen. Hat Klägerin das 24. Lebensjahr angetreten, so darf sie den noch nicht 16 Jahre alten Mann nicht in Anspruch nehmen. Retorsion ist vorbehalten. Ist die Beweisfrage zweifelhaft, so kann auf den im Gesetze normirten Erfüllungseid (mit keinem Manne, als dem Beklagten) oder Reinigungseid erkannt werden. Der Verurtheilte hat bis dahin, wo das Kind das 17. Lebensjahr zurückgelegt haben wird, einen in halbjährlichen Zielen vorauszahlbaren Beitrag zu den Verpflegungskosten zu leisten. Die Vaterschaft eines Verstorbenen muss durch eigenhändig ge- und unterschriebenes

Anerkenntniss oder Anerkenntniss vor Notar und Zeugen bewiesen werden. Es findet das Rechtsmittel der Weiterziehung an das Appellationsgericht statt. — In dem Konkordate mit Waadtland vom 23. Juli 1827 ist die Entschädigung festgesetzt für die Mutter auf a) Fr. 16 für Unkosten der Niederkunft, b) Fr. 16—32 für das Kind jährlich in halbjährlichen Zielen bis das Kind das 18. Lebensjahr erreicht hat, und für die Gemeinde der Mutter auf Fr. 50—100.

Für Luzern gilt das das Gesetzbuch abändernde Gesetz vom 12. Herbstmonat 1865. Danach hat die Mutter wenigstens 30 Tage vor der Niederkunft dem Gemeindeammann des Wohnorts Anzeige zu machen, und eine Hebeamme bei der Niederkunft zuzuziehen, auf deren Anzeige ein Beistand bestellt und dieser oder der schon vorhandene Beistand beauftragt wird, das Interesse des Kindes und der Mutter zu wahren. Die Mutter kann binnen einem Jahre nach der Niederkunft die Alimentationsklage auf einen Beitrag zu der Verpflegung und Erziehung des Kindes anstellen. Eideszuschiebung ist zulässig an jede Partei, die den freien Gebrauch der Vernunft besitzt und das 17. Jahr zurückgelegt hat und nicht kriminell verurtheilt ist. Trifft letzteres für den Beklagten zu, so kann Klägerin zum Beweiseide zugelassen werden. Geständniss oder Ueberführung der Beiwohnung innerhalb der Zeit vom 300. bis 180. Tage vor der Geburt rechtfertigen die Vermuthung der Erzeugung des Kindes, wenn Beklagter nicht beweist, dass Klägerin innerhalb dieses Zeitraums noch einem anderen Manne den Beischlaf gestattet habe, oder dass er so lange und ununterbrochen abwesend gewesen, dass er mit Rücksicht auf die Reife des Kindes nicht der Vater sein könne. Den Eid über Beischlafsvollziehung mit einem Anderen kann Klägerin nicht zurückschieben. Der Erzeuger hat einen Beitrag zur Verpflegung und Erziehung nicht unter Fr. 60 bis dahin, wo das Kind das 17. Lebensjahr zurückgelegt hat, in halbjährlichen Raten im Voraus zu entrichten. Findet darüber eine Einigung nicht statt, so setzt ihn der Richter des Wohn-

ortes des Vaters fest. Ueber Nichtschweizer, welche sich im Kantone aufhalten, urtheilt das Gericht des Aufenthaltsortes. Bei Bestimmung des Beitrages ist auf das Vermögen und die Erwerbsfähigkeit des Vaters Rücksicht zu nehmen. In Betreff der Klägerin ist Retorsion vorbehalten.

Für Uri legt das Gesetz vom 3. Mai 1857 der Mutter die Pflicht auf, die Schwangerschaft und den angeblichen Erzeuger beim Präsidenten des Bezirksgerichts anzugeben; es soll dann der Beschuldigte vernommen und so er anerkennt, dies eingeschrieben werden. Wird die Anzeige später als am Ende des fünften Monats nach der Schwängerung gemacht, so soll sie zu einem Viertel des Unterhalts des Kindes angehalten werden; unterbleibt jede Anzeige, so verfällt sie in eine Strafe und verliert alle Ansprüche. Das Kind wird dem Vater zugesprochen, falls er Schwängerung und Vaterschaft anerkennt, oder wenn er dessen durch den gesetzlichen Eid der Mutter überwiesen ist. Der Eid wird ihr nicht gestattet und ihr das Kind zugesprochen: 1. falls sie nicht rechtzeitig die Anzeige von der Schwangerschaft machte oder die Angabe über den Urheber geändert hat und sich nicht ergiebt, dass sie zu falscher Angabe oder Unterlassung der Anzeige durch Drohung oder Hinterlist verleitet ist; 2. wenn zur Schwängerungszeit Beklagter noch nicht das 16., sie aber das 24. Jahr zurückgelegt hat; 3. wenn das Kind von der angegebenen Schwängerung an bis zum 300. Tage nicht oder vor dem 180. Tage geboren worden, erweisliche Frühgeburt vorbehalten; 4. wenn die Reife des Kindes mit der angegebenen Schwängerung in erheblichem Widerspruche steht; 5. wenn Beklagter die Unmöglichkeit der Vaterschaft in Folge seiner Abwesenheit oder aus physischen Gründen beweist; 6. wenn die Klägerin durch Urtheil der Ehre entsetzt oder schon bei der Behörde wegen einer infamirenden That belangt ist; 7. wenn Beklagter vor der Niederkunft stirbt und nicht geständig war oder vor seinem Tode die Schwangerschaft nicht angezeigt ist; 8. wenn die Klage nicht binnen 6 Monaten nach der Niederkunft anhängig gemacht ist; 9. wenn der

Klägerin das zur Eidesleistung nothwendige Geistesvermögen fehlt; 10. wenn Beklagter beweist, dass Klägerin einen ausschweifenden liederlichen Lebenswandel geführt hat oder sie selbst zwei oder mehrere Erzeuger beim Gerichtspräsidenten angiebt. Letzteren Falls soll befunden werden, ob Beeidigung zulässig. In den Fällen 1., 6., 9. und 10. soll der Reinigungseid erfordert und wenn Beklagter nicht eidesfähig, versucht werden, sonst die Wahrheit zu ermitteln.

Ist auf den Eid erkannt, so wird das Kind doch der Mutter zugesprochen, wenn sie den Eid nicht leisten darf oder dabei einen Anderen, als den im früheren amtlichen Verhör angemeldet hat, wenn der Vater ein Fremder ist, und in seinem Staate der Maternitätsgrundsatz gesetzlich eingeführt ist. In letzterem Falle bleibt ihr der Beitragsanspruch für den Unterhalt und die Erziehung des Kindes.

Das Kind ist von dem, welchem es zugesprochen wird, zu erhalten; wird es aber dem Vater zugesprochen, so bleibt es doch in der Regel im ersten Jahre bei der Mutter; Jener aber muss wöchentlich Fr. 1,75 Entschädigung zahlen und Kindbett-, Hebeammen- und Doktorkosten tragen; die Mutter haftet hier subsidiär.

Das Obwaldener Gesetz vom 5. April 1834 stimmt in vielen Stücken mit dem soeben erwähnten von Uri überein. Die Anzeige ist spätestens im sechsten Monat der Schwangerschaft dem Gemeindepräsidenten zu erstatten. Eigenthümlich ist das Recht des Beklagten, feierliche Befragung beim Eintritt der Geburt des Kindes zu verlangen, wer der Vater sei. Weicht die bezügliche Erklärung von der ersten ab, so verliert sie das Eidesrecht. Das Recht zum Eide verliert sie ferner 1. aus dem bei Uri zu 3. gedachten Grunde; 2. aus dem bei Uri zu 5. gedachten Grunde; 3. wenn sie geständig oder überwiesen ist, zweien oder mehreren Männern den Beischlaf in Zeitpunkten gestattet zu haben, welche einander nahe genug sind, um die Vaterschaft zweifelhaft zu machen; 4. wenn sie die erforderliche Anzeige nicht gemacht oder bei der Geburt den

erforderlichen Zeugen nicht berufen hat, und nicht erweisen kann, dass sie durch Zwang, Betrug oder Hinterlist zu der Unterlassung veranlasst wurde, 5. wenn sie durch Urtheil entehrt oder erweislich gemacht ist, dass sie einen ausschweifenden Lebenswandel führt oder wegen ächtiger Klagen in Untersuchung steht, — in letzteren beiden Fällen soll der Rath nach den Umständen entscheiden; 6. wenn sie uneheliche Kinder erzeugt hat — mit einer Ausnahme nach Ermessen des Rathes, falls sie einen unbescholtenen Wandel führt, aber nie im dritten Falle; 7. in dem bei Uri zu 7. gedachten Falle; 8. wenn sie im Ableugnungsfall des Beklagten den gesetzlichen Eid nicht leisten darf oder dabei einen Andern als den im amtlichen Verhöre Angegebenen angiebt; 9. wenn der Beklagte ein Fremder und in seinem Staate der Paternitätsgrundsatz nicht gilt, hier bleibt ihr das Recht für gesetzliche Kosten und einen Beitrag zum Unterhalt sowie zur Erziehung des Kindes. Das Kind ist von dem, welchem es zugesprochen ist, zu erhalten und zu erziehen. Ist es dem Vater zugesprochen, so gilt doch für das erste Lebensjahr dasselbe wie in Uri, nur ist der Betrag für das Kind auf 30 Schilling oder einen Gulden wöchentlich als Höchstbetrag festgesetzt. Die Mutter haftet auch hier subsidiär.

In Glarus macht das Gsb. von 1870 §§ 227—244 zur Voraussetzung der Klage Anzeige beim Pfarramte des Wohnorts der Mutter in den ersten sechs Monaten der Schwangerschaft. Nur wo ein Eheverlöbniß oder ausdrückliche und schriftliche Anerkennung der Vaterschaft vorliegt, kann die Anzeige bis vier Wochen nach erfolgter Niederkunft gemacht und darauf die Klage durchgeführt werden. Das Pfarramt veranlasst Vernehmung des angeblichen Vaters. Wird von ihm anerkannt, so ist zu sorgen, dass er das Anerkenntniß durch Unterschrift bekräftige. Die gerichtliche Verhandlung soll in der Regel einen Monat nach erfolgter Niederkunft angeordnet werden. Wird nicht anerkannt, so ist zu entscheiden, ob Klägerin zum Eide zuzulassen sei. Der Eid wird ihr nicht

verstattet: 1. wenn sie hinsichtlich der Geschlechtsehre belümdet ist, namentlich schon früher ausserehelich geboren oder notorisch einen unzüchtigen Lebenswandel geführt oder auch andern Mannspersonen ausser der Ehe den Beischlaf gestattet hat; 2. wenn sie widersprechende Angaben über den Schwängerer gemacht hat; 3. wenn der Zeitpunkt der Niederkunft nicht mit dem angegebenen Zeitpunkte der Schwängerung übereinstimmt, d. h. ersterer nicht in die Zeit zwischen der 44. und 36. Woche vor der Niederkunft fällt, vorbehaltlich der Prüfung bei Früh- oder Spätgeburt; 4. wenn der Klägerin in Folge früherer Strafurtheile die bürgerlichen Ehrenrechte entzogen sind; 5. wenn Beklagter zur Zeit der Schwängerung verehelicht und diese Thatsache der Klägerin bekannt war. Das Gesetz normirt den Eid (dieser enthält auch die Worte: „mit keiner andern Mannsperson, als“). Wird der Eid nicht zuerkannt oder nicht geleistet, so bleibt ihr das Kind zu ausschliesslicher Besorgung. Schwört sie, so wird der Beklagte als ausserehelicher Vater anerkannt und hat der Mutter, neben einer Kindbettentschädigung von Fr. 30—60, bis zum erfüllten 12. Lebensjahre einen angemessenen, vom Gericht zu bestimmenden Alimentationsbeitrag zu zahlen, von da ab aber alle Unkosten für die fernere Erziehung und Berufsbildung allein zu tragen. Beide haften subsidiär. Die Erben des Vaters haften nur soweit die Erbschaft reicht, die Erben der Mutter haben die Klage nur gegen den geständigen Erzeuger. Retorsion ist vorbehalten.

Im Waadtland kennt das Gesetz vom 1. Dezember 1855, verbunden mit Gsb., Art. 182—198, eine Vaterschaft nur in Folge freiwilligen Anerkenntnisses, Art. 185—189. Aber im Fall der Entführung und der Nothzucht (*enlèvement ou viol*) kann, wenn die Zeit dieser Handlungen mit der Konzeption zusammentrifft (*se rapportera*), auf Verlangen der Beteiligten (*parties intéressées*) eine Erklärung als Vater stattfinden. Die Anerkennung des Vaters kann, auch durch Spezialmandatar, erfolgen: im Geburtsakte, in einem authentischen Akte und

vor dem Friedensrichter; adulterini oder incestuosi können nicht anerkannt werden; der Anerkennende muss wenigstens 18 Jahre alt sein. Die ursprünglichen Art. 182—198, welche eine Zuerkennung des Kindes an den Vater oder die Mutter, im Wesentlichen, so wie die übrigen schweizer Gesetze, vorschrieben, sind durch das Gesetz von 1855 aufgehoben worden.

Das Freiburger Gesetzbuch, Art. 216—236, steht noch den übrigen vorerwähnten schweizer Gesetzbüchern nahe. Die Mutter soll dem Richter ihres Domizils innerhalb 210 Tagen seit dem präsumtiven Beginn der Schwangerschaft Anzeige machen. Der Richter soll sofort mit dem Officialverfahren, welches ein summarisches ist, beginnen. Bestreitet aber der Beschuldigte, so soll die Mutter bei der Entbindung oder innerhalb der nächsten zweimal 24 Stunden nochmals vom Richter nach dem wahren Vater befragt werden. Die betreffende Heimathsgemeinde des Vaters oder der Mutter kann interveniren, falls sie Kollusion voraussetzt oder der ihr Angehörige nicht in der Lage ist, sich zu vertheidigen. Die Klage wird abgewiesen, wenn eine der folgenden Einreden begründet gefunden wird: 1. fleischliche Beiwohnung mit zwei oder mehreren Männern in so naher Zeit, dass über den wahren Vater des Kindes Zweifel entstehen können; 2. physische Unmöglichkeit der Beiwohnung wegen Abwesenheit oder aus einem andern zufälligen Umstande (accident). Wird eine solche Einrede nicht erhoben oder die erhobene nicht für gut begründet gefunden (mal fondé), so kann Klägerin zum Erfüllungseide verstattet werden. Dies geschieht nicht: 1. wenn sie nicht rechtzeitig die Schwangerschaft erklärt hat; 2. wenn sie es versäumte, den Richter zur Zeit der Entbindung oder in den nächsten zweimal 24 Stunden rufen zu lassen; 3. wenn sie verschiedene Angaben in Betreff des Erzeugers gemacht hat; 4. wenn sie in Folge einer illegitimen Verbindung schon einmal ausserehelich geschwängert war; 5. wenn der Beklagte beweist, dass sie ein liederliches oder skandalöses Leben geführt hat oder zu einer entehrenden Strafe verurtheilt wurde. In



diesen Fällen wird dem Beklagten der Reinigungseid auferlegt, es sei denn, dass er die Eidesleistung der Klägerin bewillige. Der Eid enthält zugleich die Negative: „mit keinem anderen Manne“. Das Kind wird dem Vater zugesprochen, falls er es anerkannt hat, falls der Erfüllungseid seitens der Klägerin geleistet ist oder er die Leistung des Reinigungseides geweigert hat. Es wird der Mutter zugesprochen, wenn gegründete Einnrede erhoben ist, wenn die Mutter mit ihrer Angabe gewechselt hat, wenn der Reinigungseid geleistet ist; endlich in den Fällen, wo die Klage nicht zugelassen wird, nämlich: 1. wenn der angebliche Vater verstorben ist und nicht in authentischem Akte vor dem Notar oder kompetenten Richter anerkannt ist; 2. wenn der angebliche Vater zur Zeit der Beiwohnung noch nicht 16 Jahre, die Mutter aber 24 Jahre vollendet hatte; 3. wenn die Mutter imbécille ist oder sich in solchem Geisteszustande befindet, dass ihr der Erfüllungseid nicht anvertraut werden kann, ebenso, wenn Beklagter imbécil ist oder seines Geisteszustandes wegen nicht befragt werden oder sich nicht vertheidigen kann; 4. wenn der Vater ein Ausländer ist und einem Lande angehört, wo die Paternität nicht ermittelt werden darf. Durch die Zusprechung an die Mutter ist dieser nicht das Recht entzogen, den Ausländer wegen Prozess-, Entbindungs- und Taufkosten, sowie für den Unterhalt und die Erziehung des Kindes in Anspruch zu nehmen. Die Kosten fallen dem Unterliegenden zur Last, beide Parteien haften aber dem Richter solidarisch, wenn der Beklagte der Paternität überführt ist (*est chargé*). Auch wenn das Kind dem Vater zugesprochen wird, bleibt es während der ersten vier Jahre bei der Mutter, der ausser den ihm zur Last fallenden Prozess-, Entbindungs- und Taufkosten der Mutter einen jährlichen Betrag von Fr. 20—40 je nach den Umständen und dem Vermögen der Parteien bezahlen muss. Später muss der Vater dem Kinde eine angemessene Erziehung angedeihen lassen und den Unterhalt gewähren, bis es für sich selbst sorgen kann. Will die Mutter das Kind länger behalten, so muss der Vater

ihr jenen Beitrag weiter zahlen, das Waisengericht kann ihr aber auf Anrufen des Vaters das Kind abnehmen, falls es dies für angemessen hält. Die Mutter haftet auch hier für Unterhalts- und Erziehungskosten solidarisch. Für das der Mutter zugesprochene Kind muss diese sorgen. Die Alimentationspflicht geht auf die Erben über.

Das Walliser Gsb., Art. 138—155, kennt die Anerkennung im Geburtsakte oder in einem authentischen Akte vor oder nach der Geburt. Ausserdem lässt es die Vaterschaft nur in folgenden Fällen nachsuchen, bezw. das Kind dem Vater zusprechen: 1. wenn erwiesen wird, dass der angebliche Vater für das Kind eine Reihe von Sorgen getragen hat, woraus auf die Vaterschaft gefolgert werden kann; 2. wenn derselbe in einer von ihm herrührenden Schrift seine Vaterschaft erklärt hat; 3. im Falle einer Entführung oder Nothzucht, wenn die Zeit mit der Schwängerung zusammentrifft; 4. wenn die Mutter beweist, dass der angebliche Vater in der Zeit vom 300. bis 180. Tage vor der Geburt des Kindes mit ihr den Beischlaf vollzogen hat; den Beweis liefert ein umständliches, selbst aussergerichtliches Zugeständniss. Die Klage wird abgewiesen: a) wenn Beklagter seine Abwesenheit in der fraglichen Zeit beweist oder darthut, dass die Mutter mit einem andern Manne fleischlichen Umgang gepflogen hat; b) wenn der Beklagte bereits verstorben ist. Im Falle zu 1. oben soll die Klage binnen fünf Jahren seit der Geburt des Kindes, in den übrigen Fällen binnen drei Monaten seit der Geburt des Kindes an gestellt werden. Die Mutter bedarf zur Anstellung derselben keiner Ermächtigung. Retorsion ist vorbehalten. Die Nachsuchung der Mutterschaft ist gestattet.

Im Allgemeinen liegt die Pflicht, nicht anerkannte Kinder zu erhalten und zu erziehen, der Mutter ob. Ist die Vaterschaft bewiesen, so bleibt es während der beiden ersten Jahre unter der Obsorge der Mutter; der Vater hat nur einzutreten, wenn sie dazu ausser Stande ist; er hat ihr nur Fr. 35 für die Entbindung zu entrichten. Nach Verlauf des zweiten

Jahres liegt dagegen dem Vater Unterhalt und gehörige Erziehung bis dahin ob, wo es sich selbst erhalten kann. Soweit der Vater ausser Stande ist, die Unkosten ganz oder zum Theil zu tragen, hat dafür die Mutter zu sorgen.

Das Neuenburger Gsb., Art. 236—252, untersagt die Nachforschung nach der Vaterschaft, nicht aber die nach der Mutterschaft. Die Anerkennung seitens des Vaters muss eine freiwillige sein und ist nur zulässig in der Geburtsurkunde oder in einem authentischen Akte, soweit das Kind nicht ein incestuosus oder adulterinus ist. Nur der anerkennende Vater hat für den Unterhalt desselben nach Ablauf der ersten sechs Monate bis dahin, wo es selbst für sich sorgen kann, aufzukommen; auf sein Verlangen kann, wenn er dazu ganz oder theilweise ausser Stande, das Gericht bestimmen, ob und wieweit die Mutter dazu beitragen soll. Ob aus Art. 1130, wonach Jeder, der einem andern Schaden verursacht, den, durch dessen Fehler der Schaden eintrat, diesen repariren muss, ein Anspruch der Geschwängerten abgeleitet werden kann, muss dahingestellt bleiben.

Das Tessiner Gsb., Art. 80—88, verbietet ebenfalls die Nachforschung nach der Vaterschaft, Inzestuosen und Adulterinen auch die nach der Mutterschaft. Die Erzeuger haften solidarisch für die Alimente, desgleichen ihre Erben, falls das Kind nicht eigene Mittel hat; die Verpflichtung fällt ferner weg, wenn das Kind nach Erreichung des 20. Lebensjahres für sich selbst sorgen kann. Anerkennung kann nur in einem authentischen Akte oder in der Geburtsurkunde erfolgen. Auch hier steht dahin, ob die Mutter aus Art. 1095 (Jeder ist verantwortlich für den Schaden, welchen er durch seine eigenen Handlungen verursacht) einen Anspruch erheben könnte.

Für St. Gallen ist ein den Anspruch des unehelichen Kindes regelndes Gesetz nicht ermittelt, jedoch erging neuerlich das Gesetz vom 23. November 1878 über die Legitimation (vgl. *annuaire de la législation comp.* Bd. 8, S. 593 ff.), welches, zurückübersetzt, bestimmt:

Art. 1. Die Legitimation eines ausser der Ehe geborenen Kindes erfolgt entweder durch nachfolgende gültige Ehe der Eltern oder durch Beschluss des grossen Rathes.

Art. 2. Erfolgt die Legitimation des unehelichen Kindes durch nachfolgende Ehe, so sollen diese dem Civilstandsbeamten ihres Domizils bei Eingehung der Ehe oder spätestens in den nächstfolgenden 30 Tagen das Kind anmelden. Die Eltern, welche die durch diesen Art. erforderte Anzeige versäumen, fallen in eine vom Distriktrath festzusetzende Geldbusse bis zu 100 Fr.

Art. 3. Die Legitimation des unehelichen Kindes durch Beschluss des grossen Rathes setzt voraus:

- a) Antrag des Vaters oder, wenn er verstorben ist, der Mutter (Art. 5),
- b) Zustimmung des Kindes bezw. seiner gesetzlichen Vertreter,
- c) Zustimmung des anderen Ehegatten, falls der Antragsteller verheirathet ist,
- d) absolute Unmöglichkeit der Ehe des Antragstellers mit der Mutter zur Zeit des Antrages, sei es aus Rechtsgründen, sei es wegen Todesfalls.

Art. 4. Wenn der angebliche Vater den Antrag stellt auf Legitimation eines unehelichen Kindes, so können die eventuellen Erben desselben und die Heimathsgemeinde einer wahrscheinlich erfundenen Vaterschaft widersprechen.

In diesem Falle sollen die Widersprechenden beweisen, dass der Antragsteller nicht Vater des betr. Kindes ist.

Art. 5. Verlangt die Mutter die Legitimation ihres unehelichen Kindes, so ist erforderlich, dass sie die Vaterschaft beweise, dass die Erben des Vaters ihre Zustimmung geben und endlich, dass auf zuverlässige Weise dargelegt wird, die Ehe sei nur durch den Tod des Vaters verhindert worden.

Die Heimathsgemeinde des Vaters kann einer fiktiven Vaterschaft widersprechen.

Art. 6. Der Antrag auf Legitimation (Art. 3) soll beim

Staatsrathe gestellt und von diesem der Entscheidung des grossen Rathes unterbreitet werden, der Staatsrath soll davon auf angemessene Weise der Obrigkeit der Heimathsgemeinde und den zu dieser Zeit bekannten präsumtiven Erben des Vaters Kenntniss geben. Er hat die letzteren aufzufordern, während angemessener Frist ihr Widerspruchsrecht vor dem Staatsrath schriftlich geltend zu machen.

Art. 7. Illegitime Kinder, welche legitimirt sind, erhalten den Familiennamen und das Bürgerrecht ihres Vaters und treten von dem Zeitpunkte der Legitimation an in alle Rechte und Pflichten ehelicher Kinder. Erfolgte die Legitimation durch nachfolgende Ehe der Eltern, so erstreckt sich die gesetzliche Wirkung der Legitimation auch auf die legitimen Nachkommen des natürlichen Kindes, selbst in dem Falle, wo dieses bereits zur Zeit der Eheschliessung seiner Eltern verstorben war.

(Fortsetzung folgt.)

---

## XI.

# Rechtshistorische und rechtsvergleichende Forschungen.

Von

Prof. Dr. **Kohler** in Würzburg.

(Fortsetzung.)

### 3) Indisches Ehe- und Familienrecht <sup>1)</sup>.

#### § 1. Ehe und Eheabschluss.

Wie die Ehe aus der Ueberwältigung der Frau durch den Mann hervorging und wie sie sich von da aus zum Frauenkaufe gestaltete; wie sie zur religiösen Heilsanstalt wurde und wie sie sich von da aus zum geläuterten Rechtsinstitute um-

---

<sup>1)</sup> Ich verweise zunächst auf die oben S. 161 No. citirten Quellen und Autoren, wobei ich nur bemerke, dass Jagannâtha hier nach der mir vorliegenden Ausgabe, Calcutta 1798, citirt ist; die erste Zahl bedeutet jeweils den Band dieser Ausgabe, die zweite das Buch, sodann folgt Nummer und Seitenzahl. Ausserdem vgl. Rigveda, übersetzt von Grassmann (1876), Mitâksharâ (von Vijnânesvara), Abschnitt über Erbrecht, übersetzt von Colebrooke in Stokes Hindu lawbooks p. 364 fg.; hiernach wird regelmässig citirt; wo nach der französischen Uebersetzung von Orianne (1845) citirt wird, ist dies besonders bemerkt; Dâya-Bhâga (von Jîmûta Vâhana), übersetzt von Colebrooke, ebenfalls in Stokes p. 181 fg.; Dâya-krama-sangraha,

bildete, indem die religiöse Feier nicht mehr obligat blieb, sondern der Freiheit der individuellen Ueberzeugung überlassen wurde, lehrt uns das indische Recht klarer, als jedes andere. Bekanntlich zählen die Rechts- und Kultusbücher acht Formen der Eheschliessung auf: Brâhma, Daiva, Ârsha, Prâjâpatya, Âsura, Gândharva, Râkshasa und Paiçâca, vgl. Vishnu XXIV 18, Gautama IV 6 fg., Manu III 21, Yâjnavalkya

---

übersetzt von Wynch, ebenfalls in Stokes p. 473 fg.; Smriti Candrikâ on the Hindu law of inheritance by Devanna-Bhut, translated by Kristnasawmy Jyer (Madras 1867); Vîramitrodaya, die Abtheilung: on a woman's separate property, übersetzt in West und Bühler, digest of hindu law II p. 67 fg. (Bombay 1869); Vivâda Cintâmani, a succinct commentary on the Hindoo law, prevalent in Mithilâ, from the original sanscrit of Vachaspati Misra by Tagore (Calcutta 1863); Varadarâja Vyavahâranirnaya, law of partition and succession, from the MS. sanscrit text by Burnell (Mangalore 1872); Mâdhavîya commentary on the Parâçara Smriti, Vyavahâra-Kânda Dâya-Vibhâga, the law of inheritance, translated from the unpublished sanscrit text by Burnell (Madras 1868); Sarasvatî-Vilâsa, the hindu law of inheritance, translated from the original sanscrit by Foulkes (London 1881); Dattaka Candrikâ (Werk über Adoption von Devanda-Bhatta) und Dattaka Mîmânsâ (ebenfalls über Adoption von Nanda Pandita), beide übersetzt von Sutherland in Stokes, Hindu law books p. 629 fg. 531 fg.; Âçvalâyana, herausgegeben und übersetzt von Stenzler: Indische Hausregeln, sanskrit und deutsch I, 1864, und Pâraskara ebenda II, 1876 (in den Abhandlungen für die Kunde des Morgenlandes Bd. III und VI). Sodann von anderer Litteratur: Strange, Hindu law (London 1830), einfach mit Strange citirt; Strange, a manual of Hindu law (Madras 1863); Mac N a g h t e n, principles of Hindu and Mohammadan law, edited by Wilson (London 1860); M a y n e, a treatise on Hindu law and usage (2. Aufl. Madras-London 1880); West und Bühler, a digest of Hindu law (Bombay); Banerjee, the Hindu law of marriage and stridhan (Calcutta 1879); Nelson, a prospectus of the scientific study of the Hindu law (London 1881); Morley, an analytical digest of all the reported cases decided in the supreme courts of judicature in India (London); Colebrooke, essays on the religion and philosophy of the Hindus (New edition 1858); G a n s, das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung (ein sehr verdienstliches, von der deutschen Wissenschaft höchst irrthümlicher Weise zurückgesetztes Buch);

I 58 fg., Âpastamba II 5, 11 § 17 fg., 12 § 1 fg.<sup>2)</sup>, Nârada XII 39. 40, Âçvalâyana I 6. Râkshasaehen sind Ehe mittelst gewaltthätiger und Paiçâcaehen solche mittelst listiger Ueberwältigung der Frauensperson; sie tragen das Gepräge gewaltthätiger Urzeit an der Stirne<sup>3)</sup> und werden, wo sie in den Rechtsbüchern überhaupt noch anerkannt sind, nur den Kriegern gestattet<sup>4)</sup>. Es ist die ursprüngliche Ueberwindung des fremden Weibes mit Gewalt, um sie als dienende Sklavin seiner Herrschaft und seiner Lust zu unterwerfen. Mit der Âsuraehe tritt bereits der Kauf ein: der Bräutigam hat die Braut ihrem Mündwalte abzukaufen, Vishnu XXIV 24, Âpastamba II

---

Unger, die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung, ein Beitrag zur Philosophie der Geschichte (1850); Mayr, das indische Erbrecht (1873); Jolly, rechtliche Stellung der Frauen bei den alten Indern, Sitzungsber. der bayer. Akad. phil. hist. Kl., 1876 S. 420, und derselbe: on the legal position of women in ancient India, im Journal of the national Indian association 1876 p. 359 fg.; Weber, Collectanea über die Kastenverhältnisse in den Brâhmana und Sûtra, in seinen indischen Studien X S. 1 fg.; Stenzler, über die Sitte (Vortrag, gedruckt am Schlusse seiner Ausgabe und Uebersetzung von Âçvalâyana); Hearn, the Aryan household, its structure and its development, an introduction to comparative jurisprudence (London-Melbourne 1879); Gide, étude sur la condition privée de la femme (1867); meine Abhandlung in der krit. Vierteljahresschrift N. F. IV S. 1 fg. und S. 161 fg. Auch bei der jetzigen Arbeit hatte ich mich der freundlichen Unterstützung und Förderung meines Kollegen und Freundes Jolly zu erfreuen.

<sup>2)</sup> Interessant ist es, dass Âpastamba (ebenso wie Vasishtha) die Paiçâcaehe nicht erwähnt, was mit der auch in mancher anderen Beziehung bekundeten fortschrittlichen Richtung dieses Rechtsbuchs zusammenhängt, vgl. Bühler in seiner introduction zu Âpastamba p. XIX, Nelson p. 48.

<sup>3)</sup> Zeugnisse der Urzeit bietet bekanntlich die Sagenwelt; so auch die indische Sage im Mahâbhârata (Raub der Ambâ) s. Holtzmann, indische Sagen I S. 212. 215.

<sup>4)</sup> In manchen Theilen Indiens soll diese gewaltthätige Erbeutung des Weibes gewohnheitsrechtlich noch bis auf den heutigen Tag bestehen, Mandlik p. 441. 442. Beispiele von andern Völkern s. in meiner Abh. krit. Vjschr. N. F. IV S. 165.



5, 12 § 1, Gautama IV 11, Manu III 31, Yâjnav. I 61<sup>5)</sup>; und mit der Ârshaehe schwindet der Kauf herab zum Scheinkauf, denn für die Braut wird nur ein Paar Kühe gegeben, Vishnu XXIV 21, Manu III 29<sup>6)</sup>. Daneben repräsentirt die Gândharvaform den Standpunkt, wo schon die alleinige in ehelicher Absicht gepflogene Beiwohnung die eheliche Verbindung knüpft, eine Form, die gleichfalls gerade wieder dem Kriegerstand vorbehalten wird, Manu III 26. 32<sup>7)</sup>, und welche als Ehe der Götter und Halbgötter in der indischen Poesie mannigfach auftaucht, wie in der homerischen Periode, als poetischer Hauch, über die Nacht finsterner Zeiten gegossen; doch ist und bleibt dieselbe praktisch nur ausnahmsweise zulässig. Und was den Frauenkauf betrifft, so erklärt sich Manu in sehr starken Wendungen gegen den wirklichen Kauf<sup>8)</sup>, gegen die Âsuraform III 51, IX 98. 100: die Uebergabe für einen Preis verpönt er als unwürdig; während Andere ein gekauftes Weib mindestens als ein Weib geringeren Ranges betrachten, so die Smriti Candrikâ ch. XI s. 1 nr. 10 p. 151 — aber das Leben war stärker als die Manuvorschrift, und so soll gerade diese Form unter den niedern Ständen sehr häufig, ja ganz gewöhnlich sein, Strange p. 43; noch mehr, es soll in einzelnen Theilen Indiens, wie im Dekkan, die Ehe als Tauschgeschäft in der Art vorkommen, dass die eine Familie einem Manne der andern ein Mädchen zur Ehe gibt, wofür diese andere Familie der ersteren ein Mädchen in gleicher Weise

---

<sup>5)</sup> Ueber den Frauenkauf im Zeitalter der Vedas vgl. Zimmer, altindisches Leben S. 310, Kägi, der Rigveda S. 21. Eine artige Geschichte über den Frauenkauf s. bei Strabo XV 1 § 62.

<sup>6)</sup> Diese Eheform erwähnt Strabo XV 1 § 54.

<sup>7)</sup> Mit Recht vergleicht Mac Naghten p. 63 No. hiermit die privilegia militum bezüglich der Formalgeschäfte im occidentalen Rechtsleben, z. B. die freiere Testamentsform.

<sup>8)</sup> Wozu allerdings IX 93 wenig stimmt; denn hier ist vorausgesetzt, dass in normalen Fällen der Bräutigam dem Vater der Braut ein erhebliches Hochzeitsgeschenk zu geben hat. Vgl. auch Pâraskara I 8 § 15—18 p. 20.

retourgibt, Mandlik p. 444, eine Tauschform, welche auch sonst im Rechtsleben der Völker wiederkehrt. Nur das ist allgemein durchgedrungen, dass bei der Âsuraehe, wie bei allen nicht gebilligten Arten der Eheschliessung, einige Rechtsfolgen der Ehe nicht eintreten, — wovon unten zu handeln ist. Die Arshaform dagegen, bei welcher der Kaufpreis nicht mehr als Aequivalent der Frau zu gelten hat, bei welcher die Kaufform bloss noch juristische Form ist ohne wirthschaftliche Realität, wird von Manu gestattet, III 29. 53. Denn dieses Geschäft enthält nicht das entwürdigende einer Werthabschätzung von Weib und Waare, nicht mehr die Profanisirung menschlicher Persönlichkeit zum abschätzbaren Waarengut. Eine andere versöhnende Wendung erhält die Kaufform bei Âpastamba II 6, 13 § 12, wornach der Vater zwar beschenkt wird, aber das Geschenk dem Bräutigam wieder returniren soll — hier ist die Form des Kaufs erfüllt, aber der wirthschaftlichen Realität indirekt entkleidet. Was nun aber die drei ersten Eheformen betrifft, so ist die Daivaform die Ehe unter Mitwirkung des Priesters: sie entspricht der *confarreatio* des römischen, der priesterlichen Trauung des spätern deutschen Rechts, denn die Braut wird dem Priester übergeben, Âpastamba II 5, 11 § 19, Vishnu XXIV 20, Manu III 28, Yâjnav. I 59, Âçvalâyana I 6 § 2, — dem Priester, der sie dann wohl seinerseits dem Bräutigam zu überantworten hat. Im Gegensatz hierzu ist es bei der Brâhma- und Prâjâpatyaform der Vater oder sonstige Mundwalt, welcher die Braut dem Bräutigam übergibt; und zwischen diesen beiden scheint der Unterschied darin zu liegen, dass bei der letztern der Bräutigam um die Braut nachsucht, Yâjnav. I 60, während bei der ersten und höchsten Form der Vater den Bräutigam aus freien Stücken ladet, Manu III 27, Yâjnav. I 58<sup>9)</sup>. Hier ist die priesterliche Mitwirkung abgestreift, die Eheperfection besteht, wie im germanischen Recht, wesentlich in

<sup>9)</sup> Vgl. auch die übrigen citirten Stellen der Rechtsbücher.

dem Akte der Trauung, in der Uebergabe der Braut an den Bräutigam.

Wie bei den Römern und Germanen, pflegten auch im indischen Recht diese juridischen Eheformen mit religiösen Riten verbunden zu werden, um so mehr, als ja der Brahmanismus das ganze Leben des Menschen von Geburt bis Tod mit einer unablässigen Kette ritueller Satzungen umgeben hat, Pâraskara I 14—17, III 4, III 14, Âçvalâyana II 7—9. Der gebräuchliche Gang der Sache ist im Allgemeinen folgender <sup>10)</sup>: Der Bräutigam begibt sich, wie nach der römischen Sitte, zum Hause der Braut, und hier findet die *dextrarum junctio* statt: die Braut wird übergeben und wird ihre rechte Hand mit der des Bräutigams verbunden <sup>11)</sup>, ebenso werden die Enden der Kleider zusammengeknüpft, *Manu* III 43, Âçvalâyana I 7 § 3—5; dann folgt das Opfer, wobei der Altar umwandelt zu werden pflegt, Pâraskara I 4—I 7, Âçvalâyana I 7 § 6. 7, und dann die *Saptapadî*, die sieben Schritte, welche das verheirathete Paar Hand in Hand zu machen hat, Âçvalâyana I 7 § 19, Pâraskara I 8 <sup>12)</sup>. Es wird sodann Wasser über

<sup>10)</sup> Vgl. über diese Riten auch *Rigveda* X 85 v. 36 fg. (Grassmann II S. 483), Pâraskara I 4 § 12 fg., I 5 und Âçvalâyana I 7. 8, Steele p. 28, Mandlik p. 401 (der 27 Akte aufzählt), Zimmer, altindisches Leben S. 311, Weber, vedische Hochzeitssprüche, und Haas, Heirathsgebräuche der alten Inder in Weber, ind. Studien V S. 177 fg.

<sup>11)</sup> Vgl. auch die Stelle aus *Mahâbhârata* in Holtzmann, indische Sagen II S. 76: „Er hat im Feuer meine Hand ergriffen“ (*Nal* und *Damayantî*). Daher auch der Ausdruck *pânigraha* oder *pânigrahana*, d. h. Handergreifung, für Heirath, vgl. das Petersburger Wörterb. ad h. v. Wird die Ehe mit einer Frau niederer Kaste geschlossen, so ist der Ritus etwas modificirt, *Manu* III 44, *Yâjnav.* I 62, — womit man unsere Ehen zur linken Hand vergleichen kann.

<sup>12)</sup> Die sieben Schritte sollen in nördlicher Richtung gemacht werden, und soll der Bräutigam sagen (nach Stenzlers Pâraskaraübersetzung I 8 § 1 p. 18): „einen zum Saft, zwei zur Kraft, drei zur Reichthumsvermehrung, vier zum Wohlsein, fünf zum Viehe, sechs zu den Jahreszeiten, sei Freundin siebenschrittig nun und sei beständig mir getreu“: *saptapadâ bhava sâ mâm anuvratâ bhava*. Weitere Stellen darüber s. im

ihre Hände gegossen, der Polarstern, als Bild der Beständigkeit, betrachtet, *Âçvalâyana* I 7 § 22, *Pâraskara* I 8 § 19<sup>13)</sup>, eine Speise vereint genossen<sup>14)</sup>; worauf dann in feierlichem Zuge die *domum deductio* stattfindet, die Braut mit solennem Geleite in das Haus des Bräutigams geführt wird. Ueberall werden dabei feierliche Sprüche recitirt. Die Uebergabe der Braut mit Verbindung der Hände heisst *sampradâna*, das andere wird unter dem Namen *kuçandika* zusammengefasst<sup>15)</sup>. Vgl. über alles dieses Banerjee p. 96 fg., Colebrooke, *essays* p. 128 fg., *Strange* I p. 44 und II p. 61. Offensichtlich sind manche dieser Riten von hohem Alter<sup>16)</sup> und sie beweisen theilweise eine merkwürdige Verwandtschaft

---

Petersburger Wörterbuch unter *saptapada*. Uebrigens sind die sieben Schritte eine auch sonst übliche Form, um ein Freundschaftsverhältniss zu inauguriren, — was mit der Verehrung der Siebenzahl zusammenhängt. Vgl. *Strange*, *manual of hindoo law* § 28 p. 10.

<sup>13)</sup> Auch wenn der Stern nicht zu sehen ist, muss die Braut doch sagen: „ich sehe ihn“, *Pâraskara* I 8 § 20.

<sup>14)</sup> Ein häufiges Motiv: das gemeinsame Mahl ist die faktische Bethätigung der installirten Lebensgemeinschaft, vgl. Hearn, *Aryan household* p. 88; wie denn auch bei manchen indischen Stämmen die Ehegatten sich gegenseitig Speise reichen, Mandlik p. 449.

<sup>15)</sup> Uebrigens gibt es sehr viele locale Sondergewohnheiten: so wird in Assam ein Scheinkampf aufgeführt, Banerjee p. 239: ein häufiges Motiv, das Residuum früherer wirklicher Kämpfe aus der Zeit des Frauenraubs, vgl. z. B. Radde, *die Chewsuren und ihr Land* S. 87. Sodann wird vielfach den Ehegatten eine kleine Wunde beigebracht und der eine mit dem Blute des andern gestreift (*Blutsvereinigung*), eine Sitte, die häufig dahin abgeschwächt ist, dass einfach die Brautleute mit Röthel (*sindûr*) bestrichen werden: der Ritus des *sindradan*; vgl. Mandlik p. 451. 452. Andere *coutumiäre* Formen s. bei Steele p. 349 fg.

<sup>16)</sup> Höchst alterthümlich ist auch die Entsühnung des blutbefleckten Untergewandes der Neuvermählten, *Rigveda* X 85 v. 28 fg. 34 fg. (*Grassmann* II S. 482), *Âçvalâyana* I 8 § 12, Zimmer, *altindisches Leben* S. 314. Sie entstammt wohl einer Zeit, in welcher eine Probe des Untergewandes der Neuvermählten zur Prüfung ihrer Jungfräulichkeit stattfand, wie dies noch jetzt in manchen Gegenden Russlands der Fall sein soll.

mit römischen und germanischen Riten; vgl. wegen der römischen Gebräuche Rossbach, röm. Ehe S. 307 fg., Kägi in Fleckeisens Jahrb. 1880 (1. Abth.) S. 457: auch das römische Leben kennt die *dextrarum junctio*, das Opfer, die Umwandlung des Altars, die *domum deductio* — und bezüglich der germanischen Uebung vgl. Rossbach ebenda S. 231 fg., Weinhold, altnord. Leben S. 243; sie stammen sicherlich aus einer Zeit hochentwickelten religiösen Lebens und aus einer Zeit, welche den Kreis des Rechtslebens noch nicht von der Sphäre des sonstigen sittlichen und geistigen Lebens schied, wo Religion, Sitte und Recht noch in ungetrennter Vermischung waliteten. Sicher ist daher anzunehmen, dass diese Riten ehemals, wie sie religiöser Natur waren, auch rechtlicher Natur waren, dass sie zum Bestande des Rechtsaktes gehörten, dass eine Verletzung derselben die Ehe entweder ungültig machte, oder ihr doch einen Makel anhing; so bei den Indern, wie bei den Römern und Germanen. Ebenso sicher ist es aber, dass das indische Recht sich über diesen Standpunkt erhoben hat, wie sich ein jedes Kulturleben in einem bestimmten Stadium darüber erheben wird und erheben muss. Das Recht als das schlechthin bindende kann nur eine Zeitlang mit Sitte und Religion in ungetrennter Vereinigung beharren, weil diese letzteren Lebenskreise der freien Bethätigung des Individuums angehören, das freie geistige Walten des Individuums voraussetzen, welches der Staat nicht zwingen kann und nicht zwingen darf. Solange nun das geistige Leben des Volkes sich noch in gemeinsamem, festgegliedertem Takte bewegt, wird diese Verbindung nicht als Zwang, nicht als Eingriff in das Internum des individuellen Lebens angesehen werden. Bald aber hört das gleichmässige Tempo der individuellen Geistesbewegung auf, der Zweifel nagt an der überlieferten Tradition, der harte Kopf des freien Denkers stösst sich an dem festgegliederten Baue des seitherigen Geisteslebens, und es entstehen Reibungen, Gegenströmungen, Dissonanzen im Volksleben, die ihre Lösung verlangen; immer lebhafter wird der Kampf gegen die Ueber-

lieferung, bis der Staat sich genöthigt sieht, den Rechtskreis als den Kreis des allgemeinen Zwanges von dem Kreise der sonstigen Kulturmächte zu sondern und den letztern ihr friedliches Gebiet freier geistiger Einwirkung, entfernt von dem herrschenden Zwange des Rechtsgebotes, anzuweisen. Diese Trennung des Rechtskreises von den übrigen Kulturkreisen ist natürlich nicht in dem Sinne aufzufassen, als ob der Staat die letztern völlig ignoriren sollte: im Gegentheil, es ist seine Sache, allen Kulturelementen die entsprechende Förderung zu gewähren; wohl aber in dem Sinne, dass er ihnen nur die Funktion der freien geistigen Einwirkung überlässt, nicht die Kraft seines bindenden rechtlichen Zwanges verleiht. In diesem Sinne aber wird und muss die Trennung in einem bestimmten Stadium des Kulturlebens mit Nothwendigkeit erfolgen, mag man sie begrüßen oder beklagen, und kein Staat, der eine bestimmte Stufe des Kulturlebens erreicht hat, vermag das Rad der Entwicklung zurückzuhalten.

Es ist nun allerdings bestritten worden, dass das indische Recht sich zu diesem Stadium des Rechtslebens erhoben hat, und namentlich ist neuerdings Banerjee p. 99 fg. für die substantielle rechtliche Bedeutung der Riten eingetreten, vgl. auch Jagann. II p. 599 ad Manu VIII 227, und Strange, manual of hindoo law § 28 p. 10 (dieser mindestens bezüglich der Saptapadi) — allein mit Unrecht. Betrachtet man die Ceremonien des Sampradâna, so ist sofort klar, dass sie nur begleitende Feierlichkeiten des einen Aktes sind, welcher sowohl nach der Prâjâpatya-, als auch nach der Brâhmaform die Substanz der Eheschliessung ausmacht, nämlich der Trauung durch Uebergabe der Braut an den Bräutigam. Von den folgenden Riten aber ist es sicher, dass sie je nach den Schulen und Lehrmeinungen differiren, Banerjee p. 99; und auch im übrigen wird anerkannt, dass die Gültigkeit der Ehe nicht von der Befolgung des einzelnen Ritus abhängt ib. p. 105, vgl. auch Steele p. 166, und dass die rituelle Uebung in praxi vielfach eine ziemlich laxe ist, Mandlik p. 404. Aller-

dings finden wir bei Vasishttha (nach der Uebersetzung Colebrooke's in Jagannâtha II 4 nr. 174 p. 603) den Ausspruch, dass eine Jungfrau, welche dem Bräutigam mit Wassergiessung über die Hände und mit wörtlicher Zusage übergeben wird, noch dem Vater gehört, solange sie mit dem Bräutigam nicht unter Ausspruch heiliger Texte verbunden wurde, und speciell sagt Yama ebenda nr. 175, dass nicht mit der Wasseraufgiessung und dem mündlichen Versprechen die Ehe geschlossen sei, sondern erst mit der Vereinigung der Hände und der Saptapadî, jenen sieben Schritten, welche die Brautleute miteinander gehen. Und ebenso lässt Manu VIII 227 die Ehe vollendet sein mit dem Vollzug der Saptapadî<sup>17)</sup>: pânigrahanikâ mantrâ niyatam dâralakshanam || teshâm nishthâ tu vijneyâ vidvadbhih saptame pade: „die Hochzeitsgebete sind das ordentliche Kennzeichen der Frau; ihre Vollendung jedoch ist für die Wissenden erkennbar mit dem siebenten Schritt;“ vgl. auch Jolly in dieser Zeitschrift III S. 271. 272. Hiernach scheint es, dass die Jurisprudenz längere Zeit mindestens an der Saptapadî als einer nothwendigen Förmlichkeit festgehalten hat, vgl. auch Colebrooke, essays p. 138, Steele p. 351. Allein dieses Stadium der Entwicklung ist bereits überholt bei Manu III 35, wo die Erfüllung der Ceremonien nur als ein Wunsch ausgesprochen wird, namentlich aber bei Manu V 152, welcher lautet: mangalârtham svastyayanam yajnaç c'âsâm prajâpateh || prayujyate vivâheshu pradânam svâmyakâranam, also: „des Wohlergehens wegen wird der Segensspruch und das Opfer an den Herrn der Geschöpfe für sie (die Frauen) bei den Hochzeiten vollzogen; die Uebergabe (der Frau aber) ist der wirkende Grund der (eheherrlichen) Gewalt“<sup>18)</sup>. Also: das substantielle Element ist die Uebergabe der Frau, die unzweideutige Erklärung, dass sich der

<sup>17)</sup> Die Punktation der Buchstaben ist der Vereinfachung des Druckes wegen unterlassen.

<sup>18)</sup> Falsch ist die Uebersetzung bei Hüttner, welcher die nicht ganz correcte englische Uebersetzung von Jones zu Grunde liegt.

Vater oder sonstige Mundwalt der Herrschaft über die Braut zu Gunsten des Bräutigams begibt und der Bräutigam diese Gabe annimmt; die begleitenden Gebräuche werden zwar als lobenswürdige, segenspendende Gebräuche behandelt, allein ihnen wohnt keine substantielle juristische Kraft mehr bei. Noch sicherer ergibt sich dies aus einer fernern Stelle Manu's III 42, die im Urtext heisst: aninditaih strîvivâhair anindyâ bhavati prajâ || ninditair ninditâ nrinâm tasmât nindyân vivarjayet: „Aus tadellosen Hochzeitsgebräuchen geht ein tadelloses Geschlecht hervor, aus tadelnswürdigen ein tadelnswürdiges; darum sollen die Männer tadelnswürdige (Gebräuche) vermeiden;“ vgl. auch Manu IX 96, und ebenda V 153. Also: die Eheceremonien berühren die juridische Wirksamkeit nicht, wohl aber das psychische und physische Resultat der Ehe, eine Annahme, welche sich auf dem Standpunkte des indischen Religionsglaubens von selbst erklärt und welche natürlich in dem Rechtsbuche Manu's nicht zum Ausdrucke gekommen wäre, wenn dasselbe ein reines Rechtsbuch wäre und nicht eine Menge religiöser, moralisirender Vorschriften, nicht eine Menge von Lebensverhaltensmassregeln, ja physiologischen Sätzen enthielte. Ganz ähnlich auch Apastamba II 5. 12 § 4 (nach Bühler's Uebers.): the quality of the offspring is according to the quality of the marriage rite. Auch nur mit diesem Resultate stimmt es, wenn die Gesetzbücher die verschiedenen Arten der Eheschliessung ohne Erwähnung der Riten aufzählen und bei der Brâhma- und Prâjâpatyaform lediglich der Uebergabe der Braut als des substantiellen Momentes gedenken. Vgl. auch Jagannâtha III p. 326.

Dass aber das indische Recht trotz der eminenten Einflüsse des alle Lebensverhältnisse durchdringenden Brahmanismus bereits zu dem Standpunkte der civilistischen Eheschliessung gelangt ist, beweist wiederum für dessen bewunderungswerthe Entwicklung; es steht in dieser Beziehung mit dem römischen und französischen und dem heutigen deutschen Rechte auf einer Linie.



## § 2. Ehe und Verlöbniß.

Verlobung und Trauung finden sich bei den meisten Völkern nebeneinander, und es ist nicht immer leicht, den Charakter beider Rechtsinstitute sicher und unzweideutig zu bestimmen. Entweder tritt nämlich bereits mit der Verlobung das feste Verhältniß zwischen beiden Theilen ein, wobei nur die Ausübung der ehelichen Rechte bis zur Uebergabe verschoben wird: in diesem Fall ist die Verlobung bereits Eheschliessung und die Trauung hat nur für den Vollzug der Ehe Bedeutung — ebensogut, wie die Eigenthumsübertragung bereits Eigenthumsübertragung ist, wenn auch der Eintritt in den Eigenthumsgenuss noch suspendirt wird<sup>1)</sup>; wobei es immerhin möglich ist, dass gewisse sekundäre Folgen der Ehe, wie z. B. das eheliche Güterrecht, die Unzulässigkeit des Gelübdes der Keuschheit u. s. w. erst in spätere Momente fallen. Dies ist bekanntlich der Standpunkt des canonischen Rechts bezüglich der sponsalia de praesenti seit Alexander III., c. 3 X de sponsa duor. (4. 4), c. 7 X de convers. conjugat. (3. 32), c. 31 X de sponsal. (4. 1), Sohm, Recht der Eheschliessung S. 124 fg.<sup>2)</sup>. Oder die Verlobung gibt lediglich einen obligatorischen Anspruch auf Eheschliessung; und hier kann das obligatorische Band mehr oder minder straff gespannt sein. Es kann sein, dass aus gewissen Gründen die Lösung des Verlobungsbandes zulässig ist, aus welchen das eheliche Band nicht gelöst werden könnte: Rücktritt vom Verlöbniß ex justa causa. Es kann

---

<sup>1)</sup> Dabei kann ich nicht umhin, die Ausdrucksweise, dass mit dieser Verlobung nur die negativen Wirkungen der Ehe eintreten würden (Sohm, Recht der Eheschliessung S. 75 fg.), als unrichtig und schiefehend zu bezeichnen. Es tritt vielmehr eine positiv eheliche Gebundenheit ein, nur der Genuss des gegenseitigen Zusammenlebens mit seinen Folgen ist suspendirt.

<sup>2)</sup> Früher war dies eine Sonderansicht der Gallikanischen Kirche, vgl. Sohm ib. S. 118 fg.

ferner das obligatorische Band in der Art straffer und lockerer sein, dass entweder auf Eheschliessung geklagt und die Eheschliessung im Zwangswege erwirkt werden kann — oder dass bei Weigerung des einen Theiles der andere lediglich auf pecuniären Entschädigungsanspruch beschränkt ist. Sollte aber auch diese obligatorische Gebundenheit noch so straff gespannt sein, so ist sie doch bloss obligatorische Gebundenheit, und unterscheidet sie sich von dem vorigen Verhältnisse wesentlich dadurch, dass eine unter Bruch des Verlöbnisses abgeschlossene Ehe mit einem Dritten keine zweite Ehe ist und zwar als Bruch des Verlöbnisses Strafe finden kann, aber nicht als Bruch der ersten Ehe gilt und daher auch nicht als Bigamie nichtig ist. Ob dies der Standpunkt der fränkischen Rechtsentwicklung im Mittelalter ist, will ich dahingestellt sein lassen; sicher ist es der Standpunkt des langobardischen Rechts, Ed. Rothari c. 178 fg. 192, im Vergleich mit Grimoald c. 6, sodann Liutprand c. 119<sup>3)</sup>. Von einer fortschreitenden, allmählig sich entwickelnden Ehe aber, von der man wohl auch gesprochen hat, kann keine Rede sein: in einem bestimmten Augenblick muss es gewiss sein, ob Ehe bereits besteht oder nicht: eine anfangende, sich entwickelnde, sich vollendende Ehe widerspricht der Natur der Ehe durchaus — was aber natürlich nicht ausschliesst, dass schon das Verlöbnißverhältniss einige persönliche Rechtsfolgen mit sich führt, oder dass umgekehrt gewisse Rechtsfolgen noch nicht mit der Ehe eintreten, sondern erst dann, wenn die Ehe eine Zeitlang bestanden hat, wenn sie durch das Beilager gefestigt ist oder wenn aus ihr Kinder hervorgegangen sind<sup>4)</sup>.

---

<sup>3)</sup> Bezügl. des fränkischen Rechts vgl. einerseits Sohm, Trauung und Verlobung S. 24 fg., anderseits Löning, Gesch. d. deutschen Kirchenrechts II S. 588 fg. Ueber das langobard. Recht vgl. Löning a. a. O. S. 595, Knitschky, krit. Vjschr. XVIII S. 409.

<sup>4)</sup> Auch im indischen Rechte finden sich Spuren dieser letzteren Behandlungsweise, welche sonst hauptsächlich in den deutschen Rechten verbreitet ist. Eine solche Spur enthält *Āçvalāyana*, I 8 § 11, nach

Eine dritte und letzte Behandlungsweise ist es, dass das Verlöbniß nicht einmal eine juridische Verpflichtung zur Eheschliessung erzeugt, vielmehr die Eheschliessung nichtsdestoweniger in dem unkontrollirbaren Ermessen, d. h. juristisch in dem puren Belieben, eines jeden Theiles steht; so dass das Verlöbniß nach dieser Richtung nur ein faktisches Verhältniß inauguriert, eine sittengemässe Annäherung der Brautleute ohne jede juridische Gebundenheit — was nicht ausschliesst, dass nach anderer Seite hin aus dem Verlöbniß Rechtswirkungen entspringen, z. B. Affinität, Infamie im Falle zusammentreffenden doppelten Verlöbnisses u. s. w. Dies ist bekanntlich die Stufe, zu welcher das röm. R. gelangt ist; aber jedenfalls nicht, ohne vorher das zweite Stadium durchgemacht zu haben, wie ja bei den Latinern die altitalischen sponsalia, aus welchen, im Falle des ungerechtfertigten Rücktritts, ein Entschädigungsanspruch entsprang, noch bis in das 7. Jahrhundert der Stadt hinein bestanden, Gellius IV 4, Hasse, Güterrecht der Ehegatten S. 121 <sup>5)</sup>.

Das indische Recht bietet hier, wie gewöhnlich, die instructiven Spuren einer fortschreitenden Entwicklung dar. Dass es eine Zeit gegeben hat, wo die Verlobung völlig lörende Kraft besass und die feierliche Trauung nur noch das eheliche Zusammenleben zu inauguriren hatte, das beweisen zwei Dinge; einmal der Umstand, dass eine zum zweitenmal Verlobte als *parapûrvâ* galt, d. h. den Makel einer zum zweitenmal Verheiratheten an sich trug, vgl. *Nârada* XII 53, den Text bei *Jagann.* II 4 nr. 165 p. 597; sodann der Rechtssatz, dass auch bezüglich der Verlobten der *Niyoga* in Anwendung kam, wenn der Bräutigam vor Vollzug der Ehe starb, *Manu* IX 69.

---

der Erklärung des Commentators *Nârâyana* (in Stenzlers Uebers. S. 22 No.): hiernach soll die Gemeinsamkeit der Familie erst nach Ablauf einiger Zeit bezw. mit dem Beilager eintreten.

<sup>5)</sup> Ueber die Entwicklung im Altnordischen vgl. Weinhold, altnordisches Leben S. 245; deutsche Frauen I S. 344.

70. 97, Mitâksharâ ch. I s. 10 nr. 10 fg. p. 408 (Uebers. von Oriane p. 116 fg.), Sarasvati Vilâsa s. 353 fg. p. 71.

Sind auf diese Weise Spuren des frühern Zustandes erhalten, so ist das indische Recht im übrigen bereits auf jenem zweiten Standpunkt angelangt, wornach die Verlobung zwar obligatorisch verpflichtet, aber noch keine präsenre personerechtliche Zusammengehörigkeit erzeugt. Die Verpflichtung, das Verlöbniß zu halten, wird mehrfach eingeschränkt; der Vater, welcher das Verlöbniß bricht und die Tochter einem Andern gibt, verfällt in Strafe, und ebenso der Verlobte, welcher die Braut im Stiche läßt, vgl. *Manu* IX 47. 71. 99, *Nârada* XII 28, *Yâjnav.* II 146, I 65 — welcher sogar die Strafe des Diebstahls androht, ebenso *Vishnu* V 160—162, *Nârada* XII 32; jedoch kann man vom Verlöbniß zurücktreten, wenn der andere Theil wesentliche physische oder psychische Mängel oder moralische Schlechtigkeit zeigt<sup>6)</sup>, *Vishnu* a. a. O., *Vasishtha* bei *Jagann.* II 4 nr. 178 p. 605, *Nârada* XII 32, *Steele* p. 160. Und *Kâtyâyana* bei *Jag.* l. c. nr. 180 p. 606 löst jene entscheidende praktische Frage in völliger Klarheit dahin, dass, wenn das Mädchen an mehrere Männer hintereinander verlobt worden ist, der erste Verlobte die Ehe begehren kann, vorausgesetzt, dass er mit dem Begehren noch rechtzeitig kommt; kommt er aber erst, nachdem die Ehe mit dem zweiten schon abgeschlossen ist, so ist die abgeschlossene Ehe gültig<sup>7)</sup>, der erste Bräutigam aber kann seine Geschenke zurückverlangen. Die andere Frage, ob, solange noch *res integra* ist, das Recht auf den Vollzug der Ehe realiter exequirt und die Eheschliessung erzwungen werden kann, oder ob auch hier nur ein Entschädigungszwang stattfindet, scheint durch *Nârada* XII 35 im Sinne der ersten Alternative bejaht zu sein; denn hiernach würde wenigstens der Bräutigam zur Ehe mit der Braut gezwungen

<sup>6)</sup> Vgl. analog das langobardische Recht, Ed. Rothari c. 180.

<sup>7)</sup> Vgl. auch die Entscheidungen bei *Mayne* p. 81 und bei *Steele* p. 160 fg., welcher aber zeigt, dass gewohnheitsrechtlich auch noch eine strengere Auffassung des Verlöbnißes vorkommt.

werden können. Doch soll in neuerer Praxis nur noch der Entschädigungszwang, nicht mehr die Zwangstrauung in Geltung sein, vgl. Banerjee p. 91 fg.

Das System des indischen Rechts ist daher folgendes: obligatorische Gebundenheit (in mehr oder minder straffer Form), Entschädigung bei Bruch des Verlöbnisses, Recht des Rücktritts *ex justa causa*. Dabei ist nun das indische Recht in *thesi* stehen geblieben. Allein mit dieser *justa causa* war eine sehr weite Möglichkeit eröffnet, um das engagirte Verlöbnißverhältniß wieder abzuwickeln; und wie weit man in dieser Beziehung ging, zeigt *Yâjnav. I 65* und seine *Commentare*. Im zweiten Halbvers der Stelle heisst es, nachdem vorher die Aufrechterhaltung des Verlöbnisses bei Diebstahlsstrafe angedroht ist: *dattâm api haret pûrvâc chreyâmç ced vara âvrajet*: „Auch die Gegebene mag er wegnehmen, wenn ein trefflicherer Freier als der frühere kommt.“ Ganz ähnlich *Nârada XII 30*; vgl. auch *Mitâksharâ II s. 11 nr. 27 p. 464*. Diese Möglichkeit steht aber beinahe der Aufhebung eines jeden Verlöbnißzwanges gleich. Demnach ist das indische Recht bis zur Schwelle des dritten Systems gelangt, nach welchem die Verlobung auch keine Verpflichtung zur Eheschliessung erzeugt, vielmehr die Freiheit der Wahl bis zur Eheschliessung selbst rechtlich gewahrt ist und die Verlobung nur ein faktisches Annäherungsverhältniß der Brautleute herbeiführt.

### § 3. Mundwalt der Frau und seine Beziehung zur Ehe.

Bei nahezu allen Völkern in einem bestimmten Stadium der Entwicklung ist das Zustandekommen der Ehe weniger das Werk der Eheleute selbst, als das Werk ihrer Familien, weil bei ihnen die Eheschliessung nicht als die Sache des Individuums, sondern als Familiensache behandelt wird, bei der die ganze Familiengemeinschaft betheiligt ist. Verlöbnisse und selbst Ehen werden so früh geschlossen, dass von einer wirklichen Lebenswahl des Individuums noch kaum die Rede sein

kann <sup>1)</sup>, vgl. z. B. bezüglich der Bondoneger Ausland 1881 S. 1026 — bei manchen Völkern sogar noch vor der Geburt für den Fall der Differenz des Geschlechtes, so in einigen Gegenden Südindiens, Mandlik p. 447; während bei andern Völkern eine festbestimmte Reihenfolge gilt, so dass innerhalb eines bestimmten Kreises der Knabe jeweils dem nächstgeborenen Mädchen zugetraut wird. Noch das römische Recht enthält den für unsere Lebensanschauung empörenden Satz, dass das Mädchen sich den von ihrem Vater gewählten Mann gefallen lassen muss, wenn sie gegen denselben nicht begründete objektive Einwendungen zu machen hat, fr. 12 § 1 de sponsal.: tunc autem solum dissentiendi a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat, vgl. auch fr. 13 § 1 de his qui notant.; wie ja auch nach römischer Rechtssitte die Verlöbnisse in sehr frühem Alter der Kinder geschlossen wurden, fr. 14 de spons., Paulli S. rec. II 19 § 1. So wird es nun auch im indischen Recht als selbstverständlich betrachtet, dass der Vater es ist, der seine Tochter verlobt und weggibt; es ist sein Recht, es ist aber auch seine Pflicht, sie in die Ehe zu geben, und zwar vor Eintritt der Pubertät; es gilt als Unrecht, wenn die Tochter, sobald die Reife eintritt und sich die Menses zeigen, noch nicht vermählt ist; ja vielfach wird hierin die Tödtung eines Embryo erblickt, welche der zu büssen habe, der das Mädchen nicht zur Ehe gegeben hat, Vishnu XXIV 41, Gautama XVIII 21. 22, Vasishtha bei Jagann. II 4 nr. 16 p. 502, Paithî-nasi ib. nr. 17, Yâjnav. I 64, Nârada XII nr. 25. 26. 27; wie denn aus dem gleichen Grunde auch der Mann ein Unrecht thut, der die ehelichen Pflichten nicht entsprechend erfüllt, Manu IX 4, Brihaspati ib. nr. 15 <sup>2)</sup>. Demgemäss

<sup>1)</sup> Hierüber gedenke ich mich demnächst in einem besonderen Buche, das die Rechtsverhältnisse der Naturvölker behandelt, zu verbreiten.

<sup>2)</sup> Doch findet sich auch bereits in Manu IX 89 die moderne Auffassung, dass es immer noch besser sei, wenn ein Mädchen ledig bleibt, als wenn es einen Mann bekommt, der ohne Vorzüge ist.

ist bestimmt, dass, wenn der Vater nicht für die Verehelichung sorgt, die Tochter sich selbst einen Mann wählen darf, *Yâjñav. I 64* <sup>3)</sup>, jedoch soll sie drei Jahre nach der Pubertät abwarten und dann erst zu diesem Mittel schreiten, *Vishnu XXIV 40*, *Manu IX 90—93*; auch darf sie dann den Schmuck nicht mitnehmen, den sie von ihrer Familie erhalten hat, während umgekehrt auch der Bräutigam dem Vater kein Hochzeitsgeschenk zu geben hat. Wie es Sache des Vaters ist, über die Tochter zu contrahiren, so ist es auch seine Pflicht, bei diesem Contracte loyal und ehrlich zu Werke zu gehen, insbesondere dem andern Theil etwaige wesentliche Mängel nicht zu verschweigen: er wird für ein solches Verschweigen bestraft und der Vertrag kann rückgängig gemacht werden, *Vishnu V 45. 46*, *Manu IX 73 VIII 205. 224*, *Nârada XII 33*; ähnlich im german. Recht, *Weinhold, altnordisches Leben S. 245*, *die deutschen Frauen I S. 347*.

Der Vater ist der natürliche Mundwalt, dem die Verlobung und Uebergabe der Frau zusteht. In Ermanglung desselben geht die Frau in die Gewalt eines andern Familiengliedes über, welches sie in die Ehe zu geben hat, im indischen Rechte <sup>4)</sup> ganz so, wie im germanischen Rechte, vgl. *Kraut, die Vormundschaft nach den Grundsätzen des deutschen Rechts I S. 166 fg., 186 fg.*, *Weinhold, altnordisches Leben S. 239*, *Schröder, Gesch. des ehel. Güterrechts I S. 2 und 7*. Dabei ist diese Reihenfolge in den indischen Rechtsbüchern ebensowenig gleichmässig als in den deutschen Rechten, vgl. *Yâjñav. I 63*, *Vishnu XXIV 38. 39*, *Nârada XII 20. 21*: diese drei setzen die Mutter zurück, geradeso, wie andere alte

---

<sup>3)</sup> Das ist der bekannte *Svayamvara*, der in so mancher schönen Sage aus altindischer Zeit als episches Kraftmotiv verwerthet wird (*Nal* und *Damayantî*, *Savitri* u. s. w.). *Jolly, rechtl. Stellung der Frauen S. 9* (Sep.-Abdr.) bestreitet die praktische Anwendung des *Svayamvara*. Jedenfalls ist er heutzutage von der grössten Seltenheit.

<sup>4)</sup> Vgl. auch die Erzählung aus *Mahâbhârata* bei *Holtzmann, indische Sagen II S. 164*, wo der Bruder die Schwester zur Ehe gibt.

Rechtssysteme <sup>5)</sup>); jedoch schieben die letztern zwei der Mutter noch mehr Verwandte vor, als Yâjnavalkya: nämlich Vishnu den mütterlichen Grossvater und Nârada sogar noch den mütterlichen Onkel. Unter den genannten Verwandten herrscht das Princip der Devolution: bei Wegfall des ersten geht das Recht auf den folgenden über <sup>6)</sup>, Vishnu XXIV 39; während, wenn der vorhergehende seine Pflicht nicht thut, keine Succession, sondern die Selbstwahl des Mädchens einzutreten scheint. In Ermanglung aller der genannten Verwandten kommt das Mädchen in das Mundium des Königs, welcher sie in Ehe gibt, oder ihr gestattet, einen Ehemann zu nehmen, Nârada XII 22. 23. Die nähere Entwicklung der Verwandtschaftsgliederung und der entsprechenden Vormundschaftsfolge gehört in einen andern Zusammenhang. Ueber die gewohnheitsrechtliche Gestaltung der Sache vgl. Steele p. 162 fg.

#### § 4. Ehehindernisse. Verwandtschaft und Kastenunterschied.

Was die relativen Voraussetzungen der Eheschliessung betrifft, so kommen bei den verschiedensten Völkern vor allem zwei Momente in Betracht: Verwandtschaft und Ebenburt. Je nachdem die Verwandtschaftsehe gestattet oder untersagt ist, unterscheidet man zwischen endogamischen und exogamischen Völkern. Dass die Exogamie ihre grossen Vorzüge hat, wesshalb die Kulturvölker sich in einem bestimmten Stadium ihrer Entwicklung regelmässig zu derselben neigen werden, ist sicher. Völlig irrthümlich ist es aber, wenn man übersieht, dass grosse und hochcultivirte Völker, wie Perser und Aegypter, der Endogamie gehuldigt und die Geschwisterehe gepflegt

<sup>5)</sup> Vgl. bezügl. des deutsch. Rechts Kraut a. a. O. S. I S. 166 II S. 670 fg., Weinhold, altnord. Leben S. 239, die deutschen Frauen I S. 298.

<sup>6)</sup> Es kommt nicht etwa den Erben des Verstorbenen zu, ebenso wenig als nach römischem und deutschem Recht, vgl. Kraut a. a. O. I S. 198.



haben, ganz ebenso, wie sie in der Urzeit bei den Indern und den Germanen heimisch gewesen war. Es wäre eine dankbare Aufgabe, die gemeinsamen Charakterzüge der endogamischen Völker und ihre gemeinschaftlichen physischen und psychologischen Eigenschaften zu ermitteln, da die Schwisterehe nicht ohne tiefgreifenden Einfluss auf die ganze Entwicklung der Physis und Psyche des Volkes bleiben kann.

Wie die Entwicklung meist in Zickzack- oder Curvenbewegungen um die richtige Mitte vibriert, bis sie die erstrebte Linie erreicht hat, so führt auch der Schritt aus der Endogamie heraus zunächst weit über das Ziel hinweg, so dass er wieder zum grossen Theil rückwärts gemacht werden muss, bis die Entwicklung zu einem Ruhepunkte gelangt. Der Uebergang zur Exogamie pflegt nämlich nicht in der Art zu erfolgen, dass nunmehr die Heirath zwischen den nächsten Verwandten, wie zwischen Geschwistern und zwischen dem einen Geschwister und den Kindern des andern verboten wird, sondern so, dass die Ehe mit dem ganzen Geschlecht, mit allem, was den gleichen Namen trägt, ja mit dem ganzen Stamm untersagt ist und ein Jeder sich sein Weib aus einem andern Stamme oder Geschlechte holen muss <sup>1)</sup>. Ueber die Gründe dieser Erscheinung habe ich bereits in meiner Arbeit in der krit. Vjschr. N. F. IV S. 180 fg. eine Vermuthung aufgestellt. Es scheint diese Exogamie mit dem Frauenraub als Eheform zusammenzuhängen, da es nicht anging, Frauen aus dem eigenen Geschlecht oder Stamme, wohl aber aus dem fremden, feindlichen zu rauben und zu vergewaltigen. Dazu mochten nun aber noch zwei Momente hinzutreten; einmal nämlich musste die Zwischenheirath zwischen zwei Stämmen, welche im Freundschaftsverhältniss standen, und zwar die Zwischenheirath in der

---

<sup>1)</sup> Nachweise in meiner Abhandl. in der krit. Vjschr. IV S. 181 und bei Tylor, *researches* p. 278 fg. Vgl. auch bezüglich der Australneger Smyth, *the aborigines of Victoria* I p. 86. Näheres hierüber soll in meinem Buche über die Rechtsverhältnisse der Naturvölker ausgeführt werden.

Form des Frauenkaufs, als ein vortreffliches Mittel der gegenseitigen Verbrüderung und der Festknüpfung der intersocialen Beziehungen erscheinen <sup>2)</sup>), wie ja denn auch vielfach der Phallus als Vereinigungssymbol zweier Freundschaftsvölker vorkommt, und wie es auch bei vielen Völkern stereotyp ist, dass der eine Stamm in einen bestimmten andern hineinheirathet, während die Heirath mit andern Stämmen vermieden wird <sup>3)</sup>). Ein anderweitiges Moment, das hier in Betracht kommt, ist die bei fast allen Völkern in einem gewissen Stadium der Entwicklung herrschende Geschlechter- und Eigenthumsgemeinschaft; denn, wenn einmal der Grundsatz, dass die Ehe nicht innerhalb derselben Hausgenossenschaft stattfinden dürfe, auftritt, ergreift er nunmehr einen viel grösseren Kreis von Personen, als im heutigen modernen Leben; und je mehr unter diesen Personen die organische Familienverzweigung zurücktritt hinter der Allen gemeinsamen Zugehörigkeit zu derselben Hausgemeinschaft, zu derselben Geschlechtereinheit, um so weniger kann hier das Verbot auf einen engeren Kreis naher Verwandten beschränkt bleiben: Wo sich die *cousins* und *cousines* Bruder und Schwester tituliren, da werden sich gegen ihre Verbindung fast die gleichen Bedenken erheben, wie gegen die Ehe der Geschwister.

Auch die indische Rechtskultur gehört zu denjenigen Kulturen, welche, nachdem sie zur Exogamie übergetreten sind <sup>4)</sup>), dieselbe zu einem ganz exorbitanten Extrem hinaufgetrieben haben und bei diesem Extrem bis in die neueste Zeit stehen geblieben sind, wozu die fortdauernde Hausgenossenschaft nicht am geringsten miteingewirkt haben mag. Man wird den Grad dieses exogamischen Lebens am bündigsten da-

---

<sup>2)</sup> Vgl. auch Hearn, *Aryan household* p. 300.

<sup>3)</sup> Vgl. z. B. bezügl. albanesischer Stämme Gopcevic in Petermanns Mittheilungen Bd. 26 S. 409, und vgl. auch Hearn, l. c. p. 156 fg.

<sup>4)</sup> Dass die Geschwisterche auch einst bei den Indern vorkam, darüber vgl. Weber, *indische Studien* X S. 75, Zimmer, *altindisches Leben* S. 323. Besonders merkwürdig ist das Zwiesgespräch zwischen Yama und Yamî im *Rig-Veda* X 10 (Grassmann II S. 296).

mit bezeichnen, dass man sagt, dass es etwa dem Stande des katholischen Eherechts vor Innocenz III., vor dem lateranischen Concil von 1215 entspricht. Wie bekanntlich das katholische Eherecht des 10., 11., 12. Jahrhunderts die Ehe bis in die siebente Parentel untersagte, vgl. c. 1 und 7 C. XXXV qu. 2 und 3: nullum — — permittimus ex propinquitate sui sanguinis — usque ad septimum generis gradum uxorem ducere, Richter, Kirchenrecht § 271, Schulte, Handbuch des kathol. Eherechts S. 164 fg.; Löning, Geschichte des deutschen Kirchenrechts II S. 553 fg., Scheurl, das gemeine deutsche Eherecht S. 192, — ähnlich das indische Recht; und auf beiden Gebieten mögen ähnliche Momente eingewirkt haben. Denn die formalen Gründe, welche man für die merkwürdige Gestaltung des canonisch-germanischen Eherechts vielfach gegeben hat: Eigenartigkeit der Verwandtschaftszählung u. s. w., sind durchaus nicht genügend, um eine solche historisch-socialle Erscheinung zu erklären. Sollten nicht auch die in den germanischen Ländern so lange aufrechterhaltene Geschlechtergemeinschaft und die Gemeinschaft des Grundeigenthums zwei der Hauptfaktoren gewesen sein, um die Familienglieder bis in diesen weiten Kreis der Verzweigung zusammen zu knüpfen, wobei sich dann mit der Lockerung des Gemeinschaftsverhältnisses auch die Verwandtschaftsbeziehung lockerte? Denn so eminent sociale Bestimmungen, wie die bezeichneten Ehegesetze, entstehen nicht auf Grund blosser Interpretation oder auf Grund purer Spekulation, sie entstehen nicht ohne mächtige reale praktische Anregung<sup>5)</sup>.

Ganz entsprechend also das indische Rechtsleben. Manu III 5 und Yâjnav. I 52 untersagen die Ehe unter Sapindas. Der Begriff der Sapindas ist kein gleichmässiger. Bei dem Todtenopfer und im Erbrechte reicht das Sapindaverhältniss bis in die dritte Parentel, worauf die Sakulyas und dann die

---

<sup>5)</sup> Vgl. auch Moy, das Eherecht der Christen S. 360. Schulte, katholisches Eherecht S. 164.

Samânodakas folgen, vgl. meine cit. Abh. S. 12 fg., Mayne p. 440, Manu IX 186, Dâya-krama-sangraha ch. I s. 10 nr. 21 p. 483. Im Eherecht aber reicht das Sapindaverhältniss bis in die siebente väterliche und bis in die fünfte mütterliche Parentel, vgl. Manu V 60, wobei eben die Sakulyas nicht ausgeschieden und nicht von den Sapindas differenzirt sind; also ein weiterer, umfassenderer Begriff von Sapinda, der übrigens auch sonst nicht unerhört ist. Beweisend sind in dieser Richtung ganz besonders Vishnu XXIV 9. 10 und Yâjnav. I 53; denn Yâjnav. sagt: aroginîm bhratrimatîm asamânârshagotrajâm pancamâtsaptamâdûrdhvam mâtritah pitritas tathâ, also: „(er heirathe) eine nicht kranke, eine Brüder habende, eine nicht der nämlichen Abstammung und Geschlecht angehörende, jenseits des fünften und siebenten Grades von der Mutter her und vom Vater her,“ vgl. dazu Nârada XII 7, Âpastamba II 5. 11 § 15. 16, cf. ib. II 6. 15 § 2; auch Gautama IV 3—5, — wo aber der sechste Grad der Vaterseite und der vierte Grad der Mutterseite als die Gränze bezeichnet ist, was Manche mit den obigen Bestimmungen in der Art vereinigen, dass derjenige, um den es sich handelt, bald mitgezählt sei, bald nicht; so dass in der That nicht sieben und bezw. fünf, sondern nur sechs bezw. vier Parentelen in Betracht kämen, vgl. Banerjee p. 60 fg. Hiernach nimmt die indische Jurisprudenz an, dass die Ehe ausgeschlossen ist in der Parentel des Vaters und in der Parentel der sechs (oder fünf) agnatischen Ascendenten des Vaters, doch so, dass in jeder Parentel das Verbot nur bis in das siebente Glied reicht — es werden also die Parentelen gezählt, und kommt sodann der Grad, in welchem Jemand in der Parentel von dem gemeinsamen parens, dem Begründer der Parentel, absteht, dann in Betracht, wenn seine Entfernung von diesem gemeinsamen Stammparens mehr als sieben Grade hat: es wird, wie im canonischen Rechte, nur die eine Linie, die längere gezählt, und ist die Ehe dann, aber auch nur dann erlaubt, wenn diese eine längere Linie über sieben Grade reicht. In gleicher Weise ist ausgeschlossen

die Eheschliessung in der Parentel der Mutter und den Parenteln der vier agnatischen Ascendenten der Mutter. Aber auch die Parentel der väterlichen Grossmutter und ihrer fünf agnatischen Ascendenten und die Parentel der mütterlichen Grossmutter und ihrer drei agnatischen Ascendenten kommt in Betracht <sup>6)</sup>; dieselben sind zwar keine Sapindas, aber sie werden hierherbezogen, entsprechend dem Trieb des indischen Rechts, die Cognaten allmählig den Sapindas anzunähern; — ebenso, wie man auch trotz der Adoption das Eheverbot in der natürlichen Familie fort dauern lässt, obgleich doch daneben ein Eheverbot in der Adoptivfamilie entsteht; und dies selbst dann, wenn der Sohn vollkommen in die Adoptivfamilie übergegangen ist und nicht zugleich in der natürlichen verblieb, vgl. Dattaka Mîmânsâ s. I 31 p. 537, Dattaka Candrikâ s. IV nr. 7 fg. p. 653, Strange, manual of hindoo law § 48 p. 15; man lässt es fort dauern — allerdings mit Distinctionen und nicht ohne Widerspruch, s. hierüber Mandlik p. 352 und Dattaka Mîmânsâ s. VI nr. 32 fg. p. 607 <sup>7)</sup>. Noch weiter gehen einige Rechtsbücher, welche die Ehe mit allen Gleichnamigen, mit allen, auch in entferntester Linie, Stammesverwandten untersagen, worüber zu vgl. Jolly, rechtl. Stellung der Frauen S. 13. 14 (Sep.-Abdr.).

Diese ausgedehnten Verbotskreise sind im indischen Gesetzesrecht stehen geblieben, ohne dass sie durch ein weitgehendes Dispensationsrecht, wie im Occident, gemässigt würden. Wohl aber ist hier durch locales Gewohnheitsrecht

---

<sup>6)</sup> Unrichtig will Mandlik p. 349 fg. auch die spätern weiblichen Ascendenten herbeiziehen, wobei er aber nicht beachtet, dass die Parentelenfolge regelrecht eine agnatische ist und die cognatischen Ascendenten, wie die Mutter der Grossmutter, die Grossmutter der Grossmutter u. s. w. nicht mehr demselben Geschlechte angehören; dadurch würde das Eheverbot viel zu weit ausgedehnt, vgl. auch Banerjee p. 64.

<sup>7)</sup> Aehnlich wird auch bei dem in Niyoga Erzeugten angenommen, dass das Eheverbot sowohl in der Familie seines Erzeugers gelte, als in der Familie seines legitimen Vaters, Gautama IV 4.

vielfach geändert worden, und bei der reichen und überaus mannigfachen Gewohnheitsrechtsbildung werden die Bestimmungen der Rechtsbücher vielfach durchbrochen, vgl. Mandlik p. 415 fg. 448, Steele p. 163, Mayne p. 73; so dass an vielen Orten sogar die Ehe zwischen Onkel und Nichte gerade die übliche ist, ja sogar als obligat gilt, Strange II p. 165. Sodann hat die Jurisprudenz selbst die Milderung eingeführt, dass im Nothfall mindestens in der Àsuraform geheirathet werden könne, sobald die Brautleute von einander fünf Grade von Vaterseite her und drei Grade von Mutterseite entfernt sind; ferner, dass die Ehe unter allen Umständen erlaubt ist, wenn die Verwandtschaft zwar innerhalb der Verbotsggrade besteht, jedoch innerhalb der betreffenden Parentel in absteigender Ordnung durch Weiber vermittelt wird, welche je wieder in ein anderes gotra, in ein anderes Geschlecht geheirathet haben, und wenn so ein dreimaliger Wechsel der gotras stattgefunden hat; wenn z. B. die Tochter des Ururgrossvaters in der Ehe mit einem aus dem Geschlechte x eine Tochter geboren, diese von einem aus dem Geschlechte y ebenso eine Tochter, und diese von einem aus dem Geschlechte z wieder eine Tochter: dann gehört diese Tochter des Geschlechtes z zwar immer noch zur Parentel des Ururgrossvaters, auch steht sie ihm näher, als im siebenten Grade; nichtsdestoweniger ist sie für den agnatischen Ururenkel heirathsfähig, weil sie durch drei Generationen fremden Blutes hindurchgegangen und damit in genügender Weise dem Geblüte des Bräutigams entfremdet ist. Vgl. hierüber insbesondere Banerjee p. 60 fg. und die dort angeführte Stelle der Mitâksharâ, Strange I p. 40, Jolly, rechtl. Stellung der Frauen S. 14 (Sep.-Abdr.), Mayne p. 73 fg.

Das indische Recht kennt aber auch eine *cognatio spiritualis*: es ist das Verhältniss des Schülers zum Lehrer, zum *âcârya*, und zu seiner Familie. Hier muss man sich daran erinnern, dass nach altindischer Sitte der Zögling jahrelang im Hause des Lehrers weilt, ihn wie seinen Vater betrachtet, ihm

wie einem Vater dient; dass ferner durch diesen *âcârya* der Ritus der Wiedergeburt, die Anlegung der heiligen Schnur, vollzogen wird, welche dem Manne eine neue Wesenheit verleiht, *Manu* II 36. 146—153. 169—175, *Yâjnav.* I 37—39, *Âpastamba* I 1, 1 § 13 fg., *Gautama* I 5—9, vgl. auch Max Müller, Vorlesungen über den Ursprung und die Entwicklung der Religion S. 389, Weber, indische Studien X S. 122 fg.: der Lehrer ist also sein spiritueller Vater, und somit ist diese *cognatio* eine der römisch-canonischen Verwandtschaft des Täuflings mit seinem Pathen analoge und beruht das Ehehinderniss auf demselben Gedanken, wie das entsprechende römisch-canonische, nämlich auf dem Gedanken, dass die geistige Verbindung mit dem Pathen<sup>8)</sup>, welche von der Rechtsordnung als eine ethisch fruchtbare anerkannt wird, nicht durch die davon wesentlich verschiedene Verbindung der Ehe durchkreuzt und zerrissen werden soll<sup>9)</sup>.

Noch besteht die Vorschrift, dass die Ehefrau nicht den Namen der Mutter tragen, keine *mâtrinâmnî* sein darf, Banerjee

<sup>8)</sup> *Cum nihil aliud sic inducere potest paternam adfectionem*, c. 26 § 2 de nupt., vgl. Schulte, Handb. des kath. Eherechts S. 188, Löning, Gesch. d. deutschen Kirchenrechts II S. 563.

<sup>9)</sup> Ja, das Verhältniss war ein noch innigeres, als unsere Pathenschaft, da die Lehrjahre, welche der Knabe im Hause des *âcârya* verweilte und die ständige Autorität des Lehrers ein festes Band zwischen beiden knüpfen musste. Wie es scheint, hatte der Lehrer sogar das Recht, den Schüler ganz in sein Geschlecht aufzunehmen, Weber, indische Studien X S. 72. Entsprechend musste auch für den Lehrer, wie für einen Verwandten, nach seinem Tode, die Wasserspende dargebracht werden, *Yâjnav.* III 4, *Pâraskara* III 10 § 39; entsprechend hatte auch der Lehrer ein subsidiäres Erbrecht gegenüber dem Schüler und umgekehrt, *Âpastamba* II 6. 14 § 3, *Mayûkha* IV s. 8 p. 83, *Mitâksharâ* II s. 7 nr. 1 p. 449, *Sarasvatî-Vilâsa* s. 599—601 p. 119, *Dâya-krama-sangraha* I s. 10 nr. 28 p. 484. Desshalb gehört auch der geschlechtliche Umgang mit der Frau des Lehrers zu den furchtbarsten Freveln, welche das indische Recht und die indische Morallehre kennen, *Manu* IX 235 XI 55 XII 58, *Yâjnav.* III 227. *Gautama* XXI 1, *Vishnu* XXXV 1.

p. 72, Jolly, rechtl. Stellung der Frauen S. 14 (Sep.-Abdr.). Der Grund dieser seltsamen Bestimmung liegt wohl in irgend einer religiös-mystischen Beziehung, welche bis jetzt noch nicht mit Sicherheit aufzuklären ist. Vielleicht hängt dieselbe mit der merkwürdigen archaistischen Anschauung zusammen, dass der Mann bei der Schwangerschaft seiner Frau ein neuer Embryo und bei der Geburt des Kindes aus ihr wieder geboren wird, Manu IX 8 — einer Anschauung, welche bei vielen Naturvölkern wiederkehrt und sich insbesondere in der häufigen Rechtssitte äussert, dass der Mann mit der Geburt des Kindes seinen Namen verliert und den des Kindes annimmt, vgl. Lubbock, Entstehung der Civilisation (übersetzt von Passow) S. 390 fg. Damit möchte es vielleicht zusammenstimmen, dass die Frau nicht den Namen der Mutter tragen sollte: die Wiedergeburt sollte von einer völlig verschiedenen, sie sollte nicht von der gleichnamigen Mutter ausgehen. Denn dass der Gleichheit des Namens eine mystische, Personen identificirende Kraft innewohne, ist eine Anschauung, welche bei den verschiedensten Völkern hervortritt.

Die zweite wichtige Relation, welche bei der Eheschliessung in Betracht kommt, ist die Ebenburt. Diese hat insbesondere da eine ganz hervorragende sociale und ethnologische Bedeutung, wo höhere und niedere Rassen zusammenleben und die Gefahr entsteht, dass die Vermischung mit den letzteren zum gradationsweisen Verderbniss des besseren Blutes ausschlagen werde. Mag die egalisirende Gesetzgebung mit dem nivelirenden Begriffe des Staatsbürgerrechts die Unterschiede vermindern, sie wird damit die physiologische Verschiedenheit der Race nicht aufheben können. Eine durchgreifende Vermischung der Europäer mit Negern oder Chinesen oder Eskimos wäre der Untergang des europäischen Staatslebens; darum hütet sich die weisse Gesellschaft instinctiv vor der Vermischung mit Negerblut, mag auch die Gesetzgebung dem Neger alle Rechte und Freiheiten des europäischen Staatsbürgerthums eröffnen. Dass nun die Abscheidung der drei sog. wiedergeborenen



Klassen der indischen Gesellschaft, Brahmanen, Kshatriyas und Vaiçyas von den Çûdras diesen Ursprung hat, unterliegt keinem Zweifel. Die Çûdras waren die schwarzfarbigen Ureinwohner Indiens, welche von den Ariern unterworfen und als eine niedere, geringere Raçe behandelt wurden — daher auch das Wort varna „Farbe“ zugleich Kaste bedeutet. Dagegen die Differenzirung der ersten drei Klassen unter sich in den Priester-, Krieger- und Gewerbestand läuft auf ein Adelsystem hinaus, welches, wie jedes, nicht auf einer raçenhaften Verschiedenheit beruhende Adelssystem, in der Bevorzugung des Berufes seinen Grund hat; nur dass nicht, wie im Mittelalter, der Wehrstand, sondern der Gelehrten- und Priesterstand die erste Stelle einnimmt — was im Mittelalter wohl auch der Fall gewesen wäre, wenn nicht bei der Ehelosigkeit des Clerus das Aufkommen eines erblichen Clerusstandes unmöglich gewesen wäre.<sup>10)</sup>

Bei den Indern wird nun die Vermischung einer höher gebornen Frau mit einem Manne niederer Kaste, insbesondere mit einem Çûdra, im höchsten Grade reprobirt, und es tragen die Kinder solcher Verbindung ein ständiges Schandmal an sich; sie erben natürlich nicht den Stand der Mutter, aber nicht einmal den Stand des Vaters: sie werden tief verworfen und diese Verworfenheit findet in den Rechtsbüchern den beredtesten Ausdruck. Dagegen behandeln die Rechtsbücher, abgesehen von Apastamba II 6, 13 § 4, die Vermischung der Kaste sonst nicht gerade mit Ungunst, wenn nur eben der Mann der höher geborene ist; was sich leicht aus den Concubinats- und Maitressenverhältnissen erklärt, welche mit Personen niederen Ranges unterhalten wurden. Nur zwischen einem Brahmanen und einer Çûdra war der Abstand so bedeutend, dass eine solche Verbindung Anstoss erregte, vgl. Manu III 14—19,

<sup>10)</sup> Ueber die Kastenentwicklung vgl. aus der neueren Litteratur M. Müller, Essays II S. 285, Zimmer, altindisches Leben S. 193 fg. 204 fg., Kägi in Fleckeisens Jahrb. 1880 (1. Abth.) S. 459 fg., Duncker, Geschichte des Alterthums III S. 89 fg.

Yâjnav. I 56, welcher sogar jede Verbindung eines Wiedergeborenen mit einer Çûdra missbilligt, vgl. auch Hârîta und Çankha in Dâya-Bhâga ch. IX p. 292; wesshalb auch der Çûdrasohn mit grosser Missgunst behandelt wird, s. insbesondere Manu IX 178, aber auch Vishnu XVIII 32. 33 <sup>11)</sup>. Sonst aber wird die Verbindung des Mannes mit Frauen der niedern Klassen in den Rechtsbüchern nicht nur gebilligt, sondern auch rechtlich regulirt: also die Verbindung des Brahmanen mit Kshatriyas und folgenden, des Kshatriya mit Vaiçyas und folgenden, des Vaiçya mit Çûdras, wenn auch die Reinhaltung des Standes in erster Linie empfohlen wird, Manu III 4. 12. 13, IX 149, Gautama IV 1, Yâjnav. I 90 fg., Nârada XII 4—6, — wobei jedoch unter den mehreren Frauen des Ehemannes die Frau der gleichen Kaste gewisse Vorrechte hat, und insbesondere mit dem Manne gemeinsam die Hausopfer vollzieht, Vishnu XXVI 2. 3, Manu IX 85—87, Yâjnav. I 88, Kâtyâyana bei Jagann. II 4 nr. 50 p. 522, Dâya-Bhâga ch. XI s. 1 nr. 47 p. 316, und dem entsprechend auch die Söhne der gleichen Kaste besonders bevorzugt, die Söhne der besseren Kaste vor denen der niederen begünstigt werden, Vishnu XVIII 1—27, Gautama XXVIII 35—38, Manu IX 149—153, Baudhâyana II 2 nr. 6 bei West und Bühler I p. 314, Yâjnav. II 125, Nârada XIII 14, Brihaspati in Varadarâja (Burnell) p. 19, Mitâksharâ I s. 8 p. 401, Vivâda Cintâmani p. 271, vgl. auch Mayr S. 45. Heutzutage ist gegen diese laxere Handhabung des Kastenunterschiedes, welche wir in den Rechtsbüchern, ja selbst noch bei den

<sup>11)</sup> Vgl. auch Manu IX 151, wo eine mildere Anschauung vertreten ist; ebenso Vishnu XXIV 1, Nârada XII 4, wo ein Çudraweib auch dem Brahmanen (neben anderen) gestattet wird, vgl. auch Pârasakara I 4 § 11; auch in Gautama XV 18 wird nur derjenige verworfen, der eine Çûdra als einziges Weib hat. Es haben wohl unter den Brahmanenfamilien verschiedene Observanzen gegolten, wie dies nachweist Weber, indische Studien X S. 74. In Manu IX 22—24 ist sogar der Standpunkt vertreten, dass der Mann eine Frau auch des niedersten Standes durch seine Ehe zu sich emporhebe.

Commentatoren finden, eine energische Reaction eingetreten<sup>12)</sup>. Die Kasten schliessen sich in allen ihren Lebensverhältnissen auf eine früher nicht geübte Weise von einander ab, und die eheliche Verbindung mit einer Person des andern Kastenkreises gilt nicht nur als ungehörige, tadelnswürdige Missheirath, sondern sie ist in unserm „eisernen“ Zeitalter vollkommen untersagt, und nicht nur untersagt, sondern, wenn abgeschlossen, nichtig; so die Smriti Candrikâ ch. X nr. 7 p. 142, so Brihat Nâradîya Purâna bei Jagann. III 5 nr. 173 p. 220, welche sich gegenüber den Bestimmungen früherer Gesetzbücher ausdrücklich darauf beziehen, dass in unserm Kaliyug, in unserm eisernen Zeitalter, hierin eine Aenderung eingetreten sei; insbesondere gilt dies sehr strenge in Bengalen, weniger streng im Süden, Banerjee p. 77, Steele p. 163, M. Müller, Essays II S. 308, Mayne p. 75, Jolly, rechtl. Stellung der Frauen S. 12 (Sep.-Abdr.), vgl. auch Nelson, prospect. p. 113, Hearn p. 156 — wie ja denn häufig im Völkerleben eine Reaction eintritt, welche die früher im engsten Verkehr stehenden Berufskreise wieder einander entfremdet, weil der intime Verkehr solche Schattenseiten aufgewiesen hat, dass die Neigung der Berufsklasse der Lockerung zustrebt. In Indien speciell war es offenbar die brahmanische Reaction gegen den die Kasten vermischenden und deshalb für die indischen Verhältnisse ungeeigneten Buddhismus, welche die einzelnen Massen mit früher nicht erhörter Schärfe auseinanderriss und gegenseitig abschloss, so dass das Mitglied der einen Kaste nicht mit der andern isst oder sonst näher verkehrt<sup>13)</sup>. Uebrigens sind es nicht mehr die vier alten Kasten, sondern ausser den Brahmanen eine grosse Zahl professioneller Zwischenkasten, welche sich durch Vermischung der früheren Kasten und durch Verzweigung der Berufsarten gebildet haben, vgl.

<sup>12)</sup> Doch ist die Reaction nicht überall durchgedrungen, z. B. nicht in Assam, wo der Kastenunterschied sehr lax behandelt wird, vgl. die „katholischen Missionen“ 1880 S. 121.

<sup>13)</sup> Vgl. auch Benfey, Indien, in Ersch u. Gruber S. II B. 17 S. 205. 216.

M. Müller, *Essays* II S. 306 fg., und Steele p. 69 fg., wo 148 Kasten aufgezählt sind. Der Buddhismus, der unter Açoka zur herrschenden Religion geworden war, hatte bekanntlich die Kastenunterschiede auszulöschen gesucht und dadurch tief in die socialen Verhältnisse Indiens eingegriffen, vgl. Duncker, *Gesch. d. Alterth.* III S. 278. 400 fg.; dieser Eingriff war es aber auch offensichtlich, welcher zum Untergang des Buddhismus in Indien geführt hat; er war es, welcher dem Brahmanismus den Sieg in die Hand spielte, und darum hat gerade in diesem Punkte die spätere Entwicklung eine besondere Schärfe angenommen.

Uebrigens finden sich im indischen Rechte noch eine Reihe von Voraussetzungen der Ehe, aber ohne constitutive Kraft, d. h. Voraussetzungen, deren Mängel keine impedimenta dirimentia bilden, deren Nichtbeachtung nicht die Nichtigkeit der Ehe zur Folge hat, wohl aber anderweitige Consequenzen, insbesondere Straffolgen, mit sich führt. Aber auch die angedrohten Straffolgen sind meist keine juristischen, sondern religiöse, und fallen daher völlig ausserhalb der juristischen Betrachtung, so dass die ganze Vorschrift nurmehr einen religiösen, keinen juridischen Charakter hat. Hierher gehört insbesondere die Bestimmung, dass der jüngere Bruder nicht vor dem ältern, die jüngere Schwester nicht vor der ältern heirathen soll: die Verletzung dieser Vorschrift wird für schwer sündhaft erklärt, Vishnu LIV 16, Gautama XV 16. 18, Manu XI 61, Yâjnav. III 234. 238, Banerjee p. 57 — aber auch nur für sündhaft und für anstands- und sittenwidrig, ohne dass hiermit feste juristische Consequenzen verknüpft sind. Interessant ist es, wie diese Bestimmung durch Fiktionen umgangen wird: der ältere Bruder, welcher unverheirathet bleiben will, verheirathet sich fiktiv, indem er die Heirathsceremonie mit irgend einem leblosen Objekte vollzieht, Nelson, *prospectus* p. 146 No. 2. Bessere Beispiele der Fiktion wird die Geschichte des Rechts oder der Kultur kaum aufweisen können.

Anderweitige Aussprüche der Rechtsbücher, z. B. dass die Frau keine Deformität haben soll, dass sie nicht unerträglich geschwätzig sein darf, dass sie einen Gang voll Anstand haben muss, wie der Gang eines Flamingo oder Elephanten u. s. w., Manu III 7—10, sind natürlich nur als wohlgemeinte Rathschläge, nicht als Rechtaussprüche von rechtlicher Relevanz zu betrachten.

#### § 5. Exklusivität des Ehebandes. Wittwenschaft.

Die ehelichen Verhältnisse werden charakterisirt durch die Exklusivität des ehelichen Bandes: Monogamie, Polygamie, Polyandrie sind die Hauptcharaktervarietäten der Ehe, und unter diesen gibt es wieder verschiedene Abstufungen, je nachdem die eheliche Treue innerhalb dieses Kreises mit grösserer oder geringerer Strenge gefordert wird, je nachdem sie beiden oder nur dem einen Theil obliegt und je nachdem dieses Exklusivverhältniss mit der Trennung der Ehe endet oder auch noch für die Folgezeit fortdauert.

Bekanntlich ist die indische Ehe nicht streng monogamisch, die Eheschliessung des Mannes mit mehreren Frauen ist nicht verboten, vielmehr von einer Reihe gesetzlicher Texte ausdrücklich gestattet oder vorausgesetzt<sup>1)</sup>. Nach Vishnu XXIV 1—4 sind einem Brahmanen 4, einem Kshatriya 3, einem Vaiçya 2, einem Çûdra eine Frau gestattet; 3, 2 und eine in der Folge der Kasten nennen Yâjnav. I 57; Nârada XII 5. 6, Pâraskaras I 4 § 8—10, wobei aber der Sinn entweder der ist, dass der Mann neben der Frau aus seiner Kaste noch die gedachte Anzahl von Frauen aus den nachfolgenden Kasten nehmen dürfe, oder der, dass die Çudrafrau unberücksichtigt bleibt; vgl. auch Manu IX 149, Çankha und Likhita in Dâya-Bhâga ch. 9 p. 292, Paithînasi ib. Ueberhaupt scheint es,

<sup>1)</sup> Vgl. auch Jolly, rechtl. Stellung der Frauen S. 28 (Sep.-Abdr.). Ueber die vedische Periode s. Zimmer, altindisches Leben S. 324 fg., Rig-Veda VII 26. 3, X 101. 11 (Grassmann I S. 323, II S. 384). Ueber Polygamie bei den Germanen vgl. Weinhold, altnord. Leben S. 249, deutsche Frauen II S. 13, Tacitus, Germ. c. 18, Caesar, bell. Gall. I 53.

wie auch Manu III 12 andeutet, meistentheils Uebung gewesen zu sein, nur eine Frau aus seiner Kaste zu nehmen, die übrigen aus den untern Kasten, so dass die letztern Ehen nur Ehen zweiten, dritten und vierten Ranges waren, während der einfache Mann, der Mann der dienenden Kaste, mit einem Weibe vorlieb nehmen musste. So wohl die Regel — dass dies nicht durchgängig so gehalten wurde, beweisen die Stellen der Rechtsbücher, welche eine Rangordnung zwischen mehreren Frauen derselben Kaste statuiren, Vishnu XXVI 1, Yâjnav. I 88, Kâtyâyana bei Jagann. II 4 nr. 50 p. 522. Auch ist sicher, dass die in den Rechtsbüchern angeführte Zahl von Frauen durchaus nicht als limitativ aufgefasst wurde, indem man diese Stellen so erklärte, dass sie nur von der Kastenfolge, nicht von der Anzahl der Frauen, die aus einer Kaste erlaubt seien, sprächen, vgl. Annotation zu Dâya-Bhâga p. 292, vgl. auch Steele p. 168.

Bei diesem Sachverhältniss ist es begreiflich, dass sich neben der Anerkennung der Polygamie auch Züge finden, welche auf die Monogamie hinzudeuten scheinen; so Daksha bei Jagann. II 4 nr. 55 p. 527, so Manu V 168, wo eine zweite Ehe des Mannes gestattet wird, nachdem die Leichenfeierlichkeiten für die erste Frau vollzogen sind; und so insbesondere die schönen Worte Manu's, IX 101—103, welche die monogamische Ehe im Stande ihrer höchsten Verklärung schildern.

Dagegen verlangt das indische Recht von dem Weibe die höchste Exklusivität, und die Spuren von Polyandrie, welche die altindische Sagenwelt aufweist, sind im arischen Rechtsleben ausgetilgt; die polyandrischen Verhältnisse der Ureinwohner Indiens aber, der Bewohner von Malabar, der Nairs, der Todas u. s. w. gehören nicht hierher<sup>2)</sup>. Doch dürften

---

<sup>2)</sup> Vgl. über dieselben Strange, manual of hindoo law § 383 p. 94. 95 und die eingehenden Ausführungen von Bachofen, antiquarische Briefe S. 217—278, dessen grosse Verdienste um die Enthüllung der Rechtsverhältnisse der Urzeit noch lange nicht genügend berücksichtigt worden sind.

auf ehemalige laxere weibliche Verhältnisse die merkwürdigen Sätze hindeuten, welche den Frauen gar viel Schlimmes nachsagen und dem Manne die eifrigste und eifersüchtigste Obhut derselben zur Pflicht machen; Sätze, welche selbst die bittersten Auslassungen Schopenhauer'scher Morosität weit hinter sich lassen: schamlose Leidenschaft für Männer, Veränderlichkeit, Flatterhaftigkeit, Mangel an Charakterstärke, überspannte Liebe zum Putz und andere noch schlimmere Dinge sind es, welche den Töchtern Evens nachgeredet werden; auch die strengsten Massregeln könnten sie nicht im Zaum halten, nur könne der Mann, wenn er keine Schwäche zeige, hier mindestens sehr vieles ausrichten; das Weib könne die Unabhängigkeit nicht ertragen, es müsse in steter Abhängigkeit leben u. s. w., Manu VIII 77. IX 5—7. 10—21, V 148, Yâjnav. I 85, Brihaspati bei Jagann. II 4 nr. 12 p. 500, Daksha ib. nr. 27 p. 507 (welcher die Frauen mit Blutegehn vergleicht) und die ib. nr. 28. 29 p. 508 fg. citirten Stellen aus Râmâyana und Mahâbhârata<sup>3)</sup>. Dabei bricht bereits die Sorge für die Reinhaltung des Geschlechtes hervor: der Gedanke, dass durch Verbindung mit einem andern Mann ein Kind mit dessen Eigenschaften entstehe, ein Kind, welches dann aus Art und Geschlecht des Ehemanns schlage, vgl. Manu IX 9, Paithînasi bei Jagann. II 4 nr. 10 p. 499 und den Text ebenda nr. 11 p. 500<sup>4)</sup>. Andererseits finden sich wieder in Manu selbst, IX 26. 29. 45. 101, III 55. 56. 58—62, eine so herrliche, unvergleichliche Schilderung der treuen Frau und des ehelichen Lebens, dass hiermit alle oben erwähnten Verlästerungen genügend gesühnt sind; vgl. auch Yâjnav. I 78

---

<sup>3)</sup> Die bekannte Stelle gegen die Weiber in Râmâyana, die um so wirksamer ist, als sie einem Weibe in den Mund gelegt wird, ist auch übersetzt bei Holtzmann, indische Sagen II 266.

<sup>4)</sup> So ist wohl auch Yâjnav. I 72 zu erklären, wornach eine Frau von der Untreue rein wird durch das Erscheinen der periodischen Reinigung: denn damit hat sich die Untreue in dieser Richtung als resultatlos erwiesen.

und die bei Jagann. II 4 nr. 37. 38 p. 516 citirten Stellen aus Mahâbhârata, wo die gute Frau eine „Göttin des Ueberflusses“ genannt wird.

Das indische Rechtsleben hat nun aber, was die Frau betrifft, die Exklusivität auf eine Spitze getrieben, welche unsere moderne Kultur nicht anerkennt; das indische Recht widerstrebt der zweiten Ehe der Wittwe: sie soll die Treue zum ersten Ehegatten bis zu ihrem Tode wahren; so die Rechtsbücher, so auch der Bericht des chines. Reisenden Hiuentsang, vgl. Stanisl. Julien, Pelerins Bouddhistes II p. 81. Zwar besteht kein striktes Verbot der zweiten Ehe der Wittwe, zwar ist die eingegangene zweite Ehe der Wittwe nicht nichtig; im Gegentheil wird die Gültigkeit derselben theils anerkannt, theils vorausgesetzt, so insbesondere Nârada XII 97, Manu IX 175<sup>5)</sup>; allein die Wittwe, die zur zweiten Ehe schreitet, wird als parapûrvâ mit einer levis oder gravis nota behaftet, ebenso ihr zweiter Ehemann, Manu III 166. Diese Zurücksetzung der zweiten Ehe ist eine sociale und religiöse, weshalb auch die rituellen Hochzeitssprüche nur bei Jungfrauen vorgenommen werden, Manu VII 226, und auch sonst die rituellen Akte verkürzt oder ganz ausgelassen werden, Steele p. 364; sie ist aber auch eine juridische, da die aus solcher Ehe entspringenden Kinder rechtlich zurückgesetzt sind. Es ist dieselbe Aversion gegen die Wiederverheirathung der Wittwe, wie man sie bei germanischen Völkern findet, Tacitus, Germania c. 19: *Melius quidem adhuc eae civitates, in quibus tantum virgines nubunt et cum spe votoque uxoris semel transigitur. Sic unum accipiunt maritum quomodo unum corpus unamque vitam, ne ulla cogitatio ultra, ne longior cupiditas, ne tamquam maritum, sed tamquam matrimonium ament.* Und auch innerhalb des christlichen Lebens hat es bekanntlich

<sup>5)</sup> Vgl. auch die Stelle aus Mahâbhârata bei Holtzmann, indische Sagen II S. 56 (Nal und Damayantî), sodann Mahâbhâshya (ein Werk zwischen 140 vor und 60 nach Chr.) bei Weber, indische Studien XIII S. 469 cf. ib. S. 319.



Strömungen gegeben, welche gegen die zweite Ehe gerichtet waren, und dieselbe entweder ganz verpönten oder doch für tadelnswürdig erklärten, welche Strömungen aber nur in höchst beschränktem Masse zum Durchbruch gelangten, vgl. hierüber die interessanten Stellen im *Decretum Gratiani* c. 8—13 C. XXXI q. 1, *Moy*, das Eherecht der Christen S. 116, *Richter*, *Kirchenrecht* § 284; wogegen unser heutiges Kulturleben an der zweiten Ehe der Frau an sich, abgesehen von individuellen Sonderverhältnissen, keinen Anstoss nimmt und die *poenae secundarum nuptiarum* nur noch als Sicherung der Kinder erster Ehe fortbestehen lässt; — mit Recht, denn die Kultur- und Rechtsordnung darf dem Einzelnen keinen Heroismus auferlegen, sie muss den Heroismus dem Individualleben des Einzelnen überlassen <sup>6)</sup>.

Die Prohibition der zweiten Ehe der Frau hat natürlich einen tiefen sittlichen und religiösen Hintergrund; die Rechts- und Cultusbücher sind voll von Verheissungen für die Wittve, welche dem Ehemann treu bleibt, um einst im Jenseits wieder mit ihm vereinigt zu werden, *Vishnu* XXV 17, *Manu* V 156—165, *Yâjnav.* I 75, *Hârîta* bei *Jagann.* II 4 nr. 137 p. 577, *Brihaspati* ib. nr. 138 p. 578, *Matsya Purâna* ib. nr. 136 p. 577; wesshalb der Wittve auch strenge Enthaltsamkeit anempfohlen wird, *Manu* V 157. 158, *Pracetasa* bei *Jagann.* II 4 nr. 134 p. 575 und der Text ebenda nr. 135 p. 576, *Brihaspati* ib. nr. 138 p. 578, vgl. auch *Unger*, die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung S. 26. Eine zweite Ehe wird der Wittve selbst dann nicht nachgesehen, wenn sie kinderlos ist, *Manu* V 160. 161 — und auch das entschuldigt sie nicht, dass sie mit einem Manne niederer Kaste vermählt war und nun einen Mann höherer Kaste heirathet, *Manu* V 163; nur wenn sie sich aus Noth

---

<sup>6)</sup> Für die Entwicklung sehr interessant ist es, dass in manchen Gegenden Indiens die Wiederverheirathung zwar zugelassen wird, aber nur gegen eine Taxe, *Strange* I p. 243.

wieder verheirathet hat, wird sie milder behandelt, Nârada XII 52. 54, Kâtyâyana bei Jagann. II 4 nr. 163 p. 595.

Darum genießt aber auch die Wittve in diesem Leben eine höchst ehrenvolle Stellung, und diese Stellung wird gesichert durch eine materielle Grundlage, durch sehr erhebliche erbschaftliche Berechtigungen.

Noch grössere Verheissungen machen einige Rechts- und Kultusbücher der Wittve, welche sich in die Flammen stürzt, die den Leichnam ihres Mannes verzehren. Es ist dies der weltbekannte furchtbare Gebrauch des Sati oder sahamarana, gegen welchen die englische Regierung sich bekanntlich im Jahre 1829 ernstens einzuschreiten veranlasst gesehen hat. Dass auch dieser Gebrauch auf einer religiösen Grundlage beruht, ist einleuchtend; der Glaube an ein Fortleben nach dem Tode, mit den gleichen menschlichen Zuneigungen und Bedürfnissen, hat bekanntlich bei den verschiedensten Völkern die Sitte gezeitigt, dem Todten seine Liebdingssachen mit ins Grab zu geben oder, bei der Feuerbestattung, sie mit zu verbrennen: der Todte sollte ihrer im Jenseits nicht entbehren. Da der Glaube an das jenseitige Leben bei solchen Naturvölkern auf dem unauslöschlichen individuellen Lebenstrieb und Thatendrange beruht, welcher das Leben jüngerer Völker durchglüht, so musste sich ihr Jenseits nach dem Bilde des Diesseits gestalten, und daher der Gedanke auftauchen, dass der Todte im Jenseits Entbehrung leide, wenn ihm seine Lieblingsgegenstände nicht mitgegeben sind; und solche Liebdingssachen waren nicht nur Geräte und Waffen, es waren auch Liebdingsthiere, Liebdingssklaven und Liebdingfrauen. Das findet sich nicht nur bei den Germanen <sup>7)</sup>, Tacitus, Germania c. 27, Procop., goth. II 14 (Heruler), bei den Galliern, Caesar bell. Gall. VI c. 19, bei den Thraziern, Herodot V 5; es findet sich auch bei den verschiedensten Natur- und Kulturvölkern des alten

<sup>7)</sup> Beispiele aus der altnordischen Sage sind bekannt, vgl. Weinhöld, altnord. Leben S. 249. 477, die deutschen Frauen II S. 9, Grimm, Rechtsalterthümer I S. 451.

Amerikas, bei den Rothhäuten, wie bei den Azteken und den Incaperuanern; und bei andern Völkern, — wofür reichliche Nachweise bei Spencer, Principien der Sociologie (übers. v. Vetter) S. 231 fg., bei Müller, Geschichte der amerikanischen Urreligionen S. 379. 88. 174. 222. 400. 507 angeführt sind. Vorgerücktere Zeiten widerstreben einer solchen Opferung; da man aber die Idee nicht aufgibt, dass der Verstorbene der Dinge im Jenseits bedürfe, so greift die Entwicklung zu dem gewöhnlichen Kunstmittel, dass statt der Dinge selbst, Symbole oder Bilder geopfert werden. So bestand bei den Chinesen bereits nach der Erzählung Marco Polo's der Gebrauch, dass man mit der Leiche Papierstreifen mit Bildern der Diener, Pferde u. s. w. den Flammen übergab, Marco Polo (übers. v. Bürk) S. 475; und derselbe Gebrauch findet sich bei ihnen noch heutzutage: Lechler (acht Vorträge über China S. 168. 169) erzählt sogar, dass bei den Leichenfeierlichkeiten nicht nur Papierwerk verbrannt, sondern dabei auch von dem verbrennenden Priester bestätigt wird, dass die Seele die Sache richtig in Empfang genommen habe. Aehnlich wurden bei den Incaperuanern hölzerne Puppen in das Grab gelegt, Müller a. a. O. S. 379 u. s. w. u. s. w.

Eine solche Opferung der Wittve hat daher einen sehr archaischen Anstrich, und doch kann dieselbe kaum als Residuum urarischen Gebrauches erachtet werden, da sich bekanntlich die Wittwenverbrennung in den Veden nicht findet<sup>8)</sup> und auch von einigen der wichtigsten Rechtsbücher nicht erwähnt wird. Manu gedenkt des Sati nicht, ebensowenig Yâjñā-

<sup>8)</sup> Vgl. darüber Colebrooke, Essays I p. 70 fg., Jolly, rechtl. Stellung der Frauen S. 30 (Sep.-Abdr.), Zimmer, altindisches Leben S. 328, Roth, Todtenbestattung im indischen Alterthum, Zeitschr. der Morgenl. Gesellschaft VIII S. 467. 475, Kägi, der Rig-Veda S. 149, Stenzler, über die Sittē (Anhang zu Âcvalâyana S. 159 fg.), Duncker, Geschichte des Alterthums III S. 392 fg. Uebrigens ist in vedischer Zeit bekanntlich neben dem Verbrennen des Leichnams auch noch das Begraben üblich, Rig-Veda X 15 § 14, X 16—18, VII 89 § 1 (Grassmann II S. 303 fg., I S. 369), Zimmer S. 401, Duncker III S. 48.

valkya; wohl aber Vishnu XXV 14 und XX 39, welcher bemerkt, dass keinem Verwandten, nur der Frau das Sati erlaubt ist, Vyâsa bei Jagann. II 4 nr. 125 und nr. 131 p. 571. 574, Brihaspati ib. nr. 128. 132 p. 573. 575 und Brahma Purâna ib. nr. 126 p. 571; sodann wird es bezeugt von den Griechen und Römern, so von Strabo XV 1 § 62, Diodor XIX 33. 34, Cicero, Tuscul. V 27 § 78. Höchst schwärmerisch wird die That der Frau, welche sich in die Flammen stürzt, geschildert bei Vyâsa a. a. O. und bei Angiras ib. nr. 123 p. 567: sie lebt mit ihrem Ehemann in höchster Seligkeit, sie holt seine Seele aus dem tiefsten Orte der Qual, wie ein Schlangenbeschwörer die Schlange aus der verborgensten Höhle; daher sich auch die vielen Beispiele der Ekstase erklären, mit welcher indische Frauen ihrem Manne folgten und diese Hingabe nicht nur als ihre Pflicht fühlen, sondern auch als ihr Recht beanspruchten<sup>9)</sup>. Regelmässig sollte sich die Wittve mit dem Leichnam des Mannes auf dem gleichen Holzstosse den Flammen übergeben; wesshalb auch, wenn die Wittve nicht mehr, als eine Tagreise entfernt war, mit dem Verbrennen des Leichnams zugewartet werden musste, Vyâsa bei Jagann. II 4 nr. 131 p. 574. Unter Umständen jedoch war es der Frau gestattet, sich separatim zu verbrennen<sup>10)</sup>, sofern sie zugleich die Sandalen ihres Mannes oder irgend ein Residuum, z. B. eines seiner Gebeine, mit ins Feuer nahm, Brahma Purâna bei Jagann. II 4 nr. 126 p. 571, Strange I p. 240. Die Frau musste sich aber, wenn sie diese Art der separaten Aufopferung wollte, sofort in den Tod stürzen, sobald sie von dem (vielleicht ganz entfernten) Tode ihres Mannes Kunde hatte; eine spätere Aufopferung war nicht gestattet. Vielfach mag natürlich auch der Eigennutz der Verwandten, welchen die lebenslängliche Nutzniesserin des Vermögens lästig fiel, und die geistige Tortur der Brahmanen die

<sup>9)</sup> Ueber die den Akt begleitenden Riten s. Colebrooke a. a. O. p. 70 fg.

<sup>10)</sup> Das anumarana im Gegensatz zu dem sahamarana.

Frau zu diesem furchtbaren Opfer gedrängt haben. Jedenfalls ist es Sache einer gesunden Regierung, einer Schwärmerei nur soweit praktischen Raum zu geben, als sie nicht in vitale diesseitige Lebensinteressen eingreift, Ihering, Zweck im Recht I S. 445 fg.; und wenn daher der Staat mit Recht den einzelnen Selbstmord, mag er aus Schwärmerei oder aus Lebensüberdruß oder aus andern Motiven entsprungen sein, nicht bedroht, so muss er es dann thun, wenn der Selbstmord zum System wird, wenn ein die Massen mit blinder Gewalt beherrschendes Princip den Selbstmord mit Erfolg als ruhmwürdige That, ja als Pflicht aufstellt. Uebrigens liess auch das indische Recht die Opferung der Wittve nicht zu, wenn sie schwanger war oder unerwachsene Kinder hatte, Brihaspati bei Jagann. II 4 nr. 128 p. 573, und der Text ib. nr. 127 p. 582, Steele p. 35, Colebrooke p. 73<sup>11)</sup>; es musste denn sein, dass im letzteren Falle ein Verwandter sich verpflichtete, für die Kinder zu sorgen, Strange I p. 240.

Betrachten wir nun aber die Geschichte des Sati in Indien näher, so ist bei dem Schweigen der Veden und der vornehmlichsten Rechtsbücher an eine allgemeine continuelle Rechtssitte aus altarischnen Zeiten nicht wohl zu denken; anderseits muss dasselbe, den Berichten der Griechen zufolge, doch schon im vierten Jahrhundert v. Chr. in Uebung gewesen sein. Hier ist nur zweierlei möglich: entweder handelt es sich um eine aus arischer Zeit stammende local erhaltene Sonder-sitte, welche eine spätere Entwicklung erst verallgemeinert hat, oder es handelt sich um eine Rechtssitte indischer Eingeborner, welche dem arischen Stamme wohl Ideen aus früherer Zeit wachrufen mochte, und welche man nun, als ob sie bereits von Alters her continuell in Uebung gewesen wäre, mit herübernahm. Das letztere ist das wahrscheinlichere, da eine so primitive arische Rechtssitte, eine Rechtssitte aus der grauesten Urzeit, nach aller rechtshistorischen Analogie ganz gewiss

---

<sup>11)</sup> So auch nach der Erzählung bei Diodor XIX 34.

bereits den Symbolisirungsprocess durchgemacht hätte, jedenfalls aber durch das grosse Ansehen der Veden verdrängt worden wäre. Dass dagegen bei den Ureingebornen solche Sitten bestanden, ist sicher; auch Marco Polo (Ed. Bürk) S. 541 schildert, wie bei indischen Königen Diener verbrannt wurden, und ähnliches lässt sich bei denselben auch sonst nachweisen. Und so haben wir hier die merkwürdige Erscheinung, dass ein Kulturvolk Sitten, welchen es schon Jahrhunderte lang entwachsen war, aus dem Leben niederer Rechtsstämme wieder aufgriff und in einer, allerdings verfeinerten und veredelten Weise in seine Lebensübung aufnahm.

Es ist oben betont worden, dass die ständige Wittwenschaft einen tiefen sittlichen und religiösen Hintergrund hat; damit soll aber nicht behauptet werden, dass diese Ideen die direkten Hebel waren, welche das Institut ins Leben riefen; bekanntlich bedient sich die Entwicklungskraft der Kulturgeschichte mannigfacher geheimer Hebel, um den Menschen ohne sein Wissen zur Höhe der Idee zu führen; die Mächte des Schicksals treiben den Menschen ohne und wider seinen Willen in die Fülle der Ideen hinein: der Peitschenschlag des Schicksals ist der Lehrmeister der Weltgeschichte. Nicht die Gattentreue ist der erste Ursprung der lebenslänglichen Wittwenschaft gewesen, sondern der Rechtsgedanke, dass die Frau nach dem Tode des Mannes wie ein sonstiges Vermögensstück vererbt werde, ein Rechtsgedanke, welcher bei den Naturvölkern noch in seiner grössten Gestalt zum Ausdruck kommt, vgl. Munziger, ostafrikanische Studien S. 488, Louis Lande (bezüglich des Gallas) in der Revue des deux mondes 1879 XXXI p. 389 und andere zahlreiche Nachweise bei Gide, condition privée de la femme p. 31. Auch bei Kulturvölkern finden sich noch zahlreiche Residuen dieses Rechtsgedankens, worüber an anderen Orten zu handeln ist. Sie finden sich selbst noch bei den Indern; denn wenigstens nach der Theorie der Rechtsbücher steht die Frau nach dem Tode des Mannes in der Abhängigkeit ihrer Söhne und Schwäger, Manu IX 3,

V 148. Nach Gautama XXVIII 47, Manu IX 219, Çankha und Likhita bei Jagann. IV 5 nr. 362 p. 73, Uçanas in Mitâksharâ I s. 4 nr. 26 p. 390 dürfen bei der Erbregulierung die Frauen nicht in die Theilung mit eingezogen werden, vgl. Dâya-Bhâga VI 2 nr. 24 p. 284, vgl. auch Mayr S. 160 — ein Satz, der von Andern allerdings auf Sklavinnen oder Concubinen gedeutet wird, Mayûkha IV 7 p. 70, Mitâksharâ I s. 4 nr. 22 p. 389, — der aber klärlich beweist, wie die Frauen ursprünglich als Erbvermögensstücke angesehen wurden, denen eben bei der Erbregulierung einige Begünstigung zu Theil wurde. Auch die Niyogazeugung erscheint nach manchen Texten als das Residuum eines umfassenden Rechtes des Bruders des Ehemanns, welcher ursprünglich ohne weiteres sich die Frau zur Ehe nehmen konnte, vgl. z. B. Manu IX 69. 97, was jetzt noch bei manchen indischen Stämmen wirklich der Fall ist, Mandlik p. 458; daher es auch als eine Verletzung seiner Rechte galt, wenn die Niyogazeugung von einem Andern vorgenommen wurde oder die Wittve sich sonst einem Andern preisgab, vgl. Gautama XXVIII 23, Nârada XII 51 — ganz ähnlich wie noch jetzt bei manchen Völkern, z. B. den Afghanen, vgl. Chavanne, Afghanistan S. 60. Ja, ein ganz ausdrückliches Denkmal dieser alterthümlichen Auffassung ist uns enthalten in der höchst archaistischen Stelle Nârada's XIII 28, welche Stelle nach Jolly's Uebersetzung p. 98 also lautet: After the death of the husband, his kin are the guardians of a childless widow; in disposing of her, and in the care of her, as well as in her maintenance, they have full power.

Dass dieser Treupflicht der Frau keine Treupflicht des Mannes entspricht, versteht sich bei einem die Polygamie gestattenden Ehesystem von selbst. Weder während, noch nach der Ehe ist der Ehemann an eine Frau gebunden. Der Mann darf aber nicht nur neben seiner Frau eine andere nehmen, er darf die Lebensgemeinschaft mit der ersten Frau abbrechen; jedoch nicht ohne weiteres, denn er muss dann regelmässig für ihren Lebensunterhalt sorgen, mitunter büsst er auch einen

Theil seines Vermögens an sie ein: alles je nach der Beschaffenheit der Gründe, welche eine solche Zurückweisung motiviren. Hiernach ist es immerhin ein grosser Unterschied, ob der Bruch der Lebensgemeinschaft *ex justa causa* erfolgt oder nicht, und es ist darum sehr erklärlich, dass die Rechtsbücher solche *justae causa* aufzählen. Nun gehen allerdings die subjektiven Berechtigungsgründe für diese „Zurückstellung“ der Ehefrau sehr weit: nicht nur Trunksucht und Immoralität gehören hierher, sondern Schadenfreude, Verschwendung, Unbotmässigkeit gegen den Ehemann, Keifen und Zanksucht genügt, um die Zurückstellung zu rechtfertigen, *Manu* IX 78. 80, *Yâjnav.* I 73, *Baudhâyana* bei *Jagann.* II 4 nr. 66 p. 532, *Hârîta* ib. nr. 79 p. 538, vgl. auch *Devala* ib. nr. 62 p. 529. Objektive Gründe sind: unheilbare Krankheit, Unfruchtbarkeit, ja schon Sohnlosigkeit, jedoch soll dabei eine gesetzliche Frist von 8, 10 oder 11 Jahren abgewartet werden, s. *Manu* IX 81, *Baudhâyana* bei *Jagann.* II 4 nr. 66 p. 532, welcher noch längere Fristen hat; indess findet sich auch bei *Manu* selbst die höchste humane Ansicht, dass eine tugendhafte Frau trotz ihrer Krankheit doch nur mit ihrem Willen aus dem Hause entlassen werden solle, *Manu* IX 82, vgl. auch ib. IX 95; und an einer Stelle IX 77 heisst es, dass der Mann mit einer Frau, welche gegen ihn Abneigung beweist, Geduld haben und erst nach einem Jahr den Verkehr mit ihr abrechnen soll. In jedem Falle aber steht es einem Rechtfertigungsgrunde gleich, wenn die Frau in die Zurückstellung einwilligt. Ist die Frau hiernach in gerechtfertigter Weise zurückgestellt, so muss sie sich ruhig darein finden; wenn sie zornig abgeht, erleidet sie ernste Strafe, *Manu* IX 83. Doch muss der Mann auch in solchen Fällen die zurückgestellte Frau erhalten, *Yâjnav.* I 74, er muss es, selbst wenn sie im Fehler ist, vgl. auch *Steele* p. 170; es müsste denn sein, dass sie wegen schwerer Verletzung ihrer Pflichten, insbesondere wegen Ehebruchs verstoßen wird, in welchem Falle sie mit der ärmlichsten Beihilfe zufrieden sein muss, *Manu* XI 177, cf. IX 95, *Yâjnav.*



I 70, Nârada XII 91, Brihaspati bei Jagann. II 4 nr. 83 p. 539, Steele p. 32. 171. Hiernach sind drei Abstufungen oder Grade zu unterscheiden: in dem einen darf der Mann die Frau verstossen, unter dürftiger Nothalimentation; in dem zweiten darf er sie in gesetzlich gebilligter Weise zurückstellen gegen standesgemässe Alimentation; in dem dritten endlich, wenn keine justa causa vorliegt, ist zwar immerhin die Zurückstellung noch ermöglicht, allein sie geniesst nicht die Billigung des Gesetzes. Gerade wie noch die Kaiser des römischen Reichs an dem alten Rechte der beliebigen Lösung des Ehebandes festhielten, allein den die Ehescheidung verschuldenden Ehegatten in strenge Strafe verfielen: ebenso lässt das indische Recht noch die unmotivirte Zurückstellung des Weibes zu, allein es knüpft nachtheilige Folgen daran: der Ehemann hat der zurückgestellten Frau einen Vermögensbetrag als Entschädigung zuzuwenden (âdhivedanika), welcher nach den Umständen verschieden ist, sich aber bis auf den dritten Theil seines Vermögens erstrecken kann, so Yâjnav. I 76, II 148, vgl. auch ib. II 143 <sup>12)</sup>, eine Bestimmung, die auch in die Mitâksharâ ch. II s. 11 nr. 34. 35 p. 466 übergegangen, und von da aus im grössten Theile Indiens praktisches Recht geworden ist; vgl. auch Mac Naghten p. 61. Noch strenger ist Vishnu V 163, welcher sogar die Diebstahlsstrafe androht, im übrigen aber auf dem allgemeinen Standpunkte steht. Nârada XII 90. 95 dagegen scheint darüber hinaus zu gehen; nach ihm soll der Mann, welcher die Frau grundlos verstösst, vom König durch strenges Zuchtmittel zur Pflicht gebracht werden, vgl. auch Mayûkha XX (Mandlik p. 153): hier ist also bereits die Idee durchgedrungen, dass eine grundlose Verstossung des Weibes nicht nur mit Straffolge belegt, sondern überhaupt nicht mehr rechtlich zugänglich ist, dass das Recht

---

<sup>12)</sup> Bezüglich des Einzelnen herrschen verschiedene Ansichten, auf welche hier nicht einzugehen ist; vgl. Jagann. zu III 5 nr. 87 und Banerjee p. 136 fg. 150.

direkt gegen eine solche Pflichtwidrigkeit reagirt — gerade wie die Entwicklung der christlichen Ehe dahin geführt hat, dass die unmotivirte Ehetrennung nicht nur mit Nachtheilen belegt, sondern überhaupt nicht mehr gesetzlich möglich ist. Dieser Standpunkt Nârada's ist aber, abgesehen von gewohnheitsrechtlichen Weiterbildungen, vgl. Steele p. 171, vereinzelt; andere Texte sind strikte dagegen; vgl. noch Devala bei Jagann. II 4 nr. 51 p. 529, ferner den Ausspruch des Panditen bei Strange II p. 58.

Bei diesem Sachverhalt ist es leicht einzusehen, dass eine Ehescheidung im indischen Recht kein Bedürfniss war. Der Mann konnte trotz der Ehe ein zweites oder drittes Weib nehmen und das erste zurückstellen, während umgekehrt das Weib, selbst nach Lösung der Ehe, ihrem Manne treu bleiben und zu keiner zweiten Ehe schreiten sollte. Und so ist denn die Ehescheidung in unserm Sinne ein den indischen Rechtsbüchern fremder Begriff, vgl. Manu IX 46; jedoch ist dieselbe mannigfach in Gewohnheitsrechten für einzelne Kasten adoptirt, Mandlik p. 428. 443, wie z. B. in Bombay, wo die zweite Ehe der geschiedenen Frau ihren eigenen Namen hat und Natra heisst, Strange I p. 52, vgl. auch Steele p. 173.

Es muss sich jetzt aber jedem Occidentalen und jeder Occidentalın die Frage aufdrängen, ob nicht auch die Frau sich unter Umständen von dem Manne trennen konnte, wenn derselbe genügenden Anlass zur Trennung bot. Das indische Recht ist nun ursprünglich davon ausgegangen, dass die Ehefrau sich in den Mann finden muss, auch wenn er ihr gerechten Anlass zur Beschwerde gibt, sie soll ihn doch „wie einen Gott verehren“, Manu V 154, Râmâyana s. Holtzmann, indische Sagen II S. 284; sie muss ihm alle Beleidigungen verzeihen, Manu V 158, und wenn sie es nicht thut, verfällt sie in Strafe, ib. IX 78. Für ganz besondere Fälle, wenn er ein Todsünder, ein Irrsinniger, ein Verbrecher ist u. dgl., darf sie ungestraft gegen ihn Abneigung empfinden, Manu IX 79: von Trennung ist eigentlich auch hier nicht

die Rede. Wenn jedoch der Mann der Kaste verlustig und damit aus der Gesellschaft ausgestossen wurde, scheint man der Frau gestattet zu haben, ihn als einen Todten zu betrachten (*mort civil*) und zu behandeln, vgl. den Text bei Jagann. II 4 nr. 58 p. 228, Nârada XII 97, Strange, manual of hindoo law § 32 p. 11, Steele p. 369, da der Verkehr mit einem Kastenlosen strengstens verpönt war, Vishnu XXXV 3—5, LVII 3. 5. 14, Manu XI 181. Aber manche Rechtsbücher gestatten der Ehefrau auch noch in andern Fällen, z. B. im Falle der Impotenz, den Mann zu verlassen; so vor allem Nârada XII 97, auch Devala bei Jagann. II 4 nr. 151. 152. In eben den Fällen aber, wo die Frau den Mann berechtigterweise verlässt, ist sie wie eine Wittwe, und die Ehe mit einem Andern steht der Ehe einer Wittwe gleich, Nârada und Devala l. c.: also gestattet, aber tadelnswürdig und mit Nachtheilen verknüpft, soweit nicht das massgebende Gewohnheitsrecht die zweite Ehe ohne Präjudiz bewilligt, Mandlik p. 445, Steele p. 168 fg. Auch die Verschollenheit des Mannes wird mehrfach besprochen. Nach Manu IX 76 soll die Frau, je nach dem Zwecke der Abwesenheit des Mannes, drei, sechs, acht Jahre warten, vgl. auch Vasishtha bei Jagann. II 4 nr. 155 p. 587; detaillirte Fristen haben Devala ib. II 4 nr. 153 p. 583 und Nârada XII 98—100, vgl. auch die gewohnheitsrechtlichen Fristen bei Steele p. 173. Was aber nach Ablauf der bestimmten Frist zu thun ist, darüber herrscht keine Einstimmigkeit. Nach Vasishtha und Kullûka soll sie ihm folgen, also ihn im Auslande aufsuchen; nach Nârada XII 101 und Devala a. a. O. darf sie einen andern Mann nehmen, ebenso wie es im analogen Fall, allerdings in weit kürzerer Frist, der Verlobten gestattet war, das Verlöbniß zu lösen, Kâtyâyana bei Jagann. II 4 nr. 181 p. 606. Wahrscheinlich hatte die Bestimmung ursprünglich den Sinn, dass die Frau sich nach Ablauf der massgebenden Zeit, bei Eintritt der Verschollenheit, der Niyogzeugung unterwerfen musste. Späterhin hat man, als die zweite Ehe etwas weniger

Widerspruch erfuhr, dies dahin gewendet, dass die Ehefrau zur zweiten Ehe schreiten dürfe.

Somit hat das indische Recht das Problem gelöst, der Frau unter besondern Umständen noch bei Lebzeiten ihres Mannes eine zweite Ehe zu gestatten, ohne Ehescheidung; es geschah bei dem aus der Kaste geworfenen durch die Fiktion seines Todes, und in andern Fällen dadurch, dass man ein absolutes Verbot der Doppelehe der Frau nicht aufstellte, sondern ihr das Recht der Doppelehe da gewährte, wo man sie *ex justissima causa* berechnigte, den Verkehr mit ihrem Ehemann abzubrechen, und sie von den ehelichen Pflichten gegen ihn entband. Da, wo kein absolutes Verbot der Doppelehe besteht, da ist auch kein dringendes Bedürfniss nach Ehescheidung vorhanden. Dagegen ist unser Ehescheidungsinstitut ein dringendes Erforderniss, ebenso wie unser Institut der Ehenichtigkeitsklage, weil bei uns eine zweite Ehe, solange die erste nicht rite aufgelöst oder für ungültig erklärt ist, strenge verpönt wird. Dass unser System grössere Sicherheit in die Verhältnisse und grössere Klarheit in die rechtlichen Beziehungen bringt, ist nicht zu bezweifeln; wobei aber wohl zu erwägen ist, dass bei unsern individualistischen Zuständen eine solche Hülfe des Staats viel nöthiger ist, als da, wo die Geschlechterverfassung noch straffer organisirt ist und schon an sich gegen missbräuchliche Benützung des Eheinstitutes eine starke Garantie bietet. Immerhin ist es dem indischen Rechte als ein Fortschritt anzurechnen, dass es dazu gelangt ist, der Ehefrau eine zweite Ehe zu ermöglichen, wo immer es ihr ermöglicht hat, das eheliche Leben mit dem Ehemann definitiv abzubrechen; wie wir es ebenfalls für einen sehr richtigen Schritt halten, dass unsere deutsche Ehegesetzgebung an die Stelle der *separation de corps* die Ehetrennung gesetzt hat.

#### § 6. Gegenseitiges Verhältniss der Ehegatten.

Das gegenseitige Verhältniss der Ehegatten ist auf die Unterordnung der Frau basirt; der präponderirende Einfluss

des Ehemannes allein gibt dem Verhältnisse Constanz, Regel und Ordnung; Eheverhältnisse, wo der Ehemann der untergeordnete Theil ist, wie die Ambilanakehe auf Sumatra und bei einigen südafrikanischen Völkern: wo der Mann, wenn er die Frau nicht um theures Geld abzukaufen vermag, in die Familie der Frau als dienender Knecht eintritt, — sind nicht in der Lage, die hohe bildende Wirkung der Ehe zu entwickeln. Gerade in dieser rechtlichen Unterordnung ist es die Aufgabe der Frau, durch ihren faktischen Einfluss sittlich und erhebend auf das ganze Familienleben zu wirken.

Der Massstab dieser Unterordnung ist zugleich der Massstab des größern oder veredeltern Kulturlebens. Das indische Recht bestimmt darüber folgendes: Das Weib ist zur Ehrerbietung gegen den Mann verpflichtet, *Manu* II 67, und soll zu ihm wie zu einem Gotte aufschauen, *ib.* V 154. 156; auch steht dem Manne ein Züchtigungsrecht zu: doch ist dasselbe bereits auf mässiges beschränkt; der Mann darf eine Frau, einen Sohn, einen Diener züchtigen mit einem Stricke oder einem kleinen Rohr, aber nur auf die Rückseite, nicht auf edlere Theile, *Manu* VIII 299. 300; die Misshandlung der Frau, auch wenn sie in Schuld wäre, ist ihm ausdrücklich untersagt, *Manu* bei *Jagann.* II 4 nr. 80 p. 538; und wenn *Brihaspati* bei *Jagann.* II 4 nr. 83 p. 539 dem Manne, für den Fall des unerlaubten Umganges mit einem Manne niederer Kaste, ein Tödtungsrecht gibt, so ist dieses ein bei *Brihaspati* erhaltener Rest älterer Schärfe; wie er sich allerdings noch bei sehr hochgebildeten Völkern findet<sup>1)</sup>, aber in Indien durch die Bestimmungen *Manu's* bereits überholt ist. Ja, selbst jenem milden Züchtigungsrecht *Manu's* gegenüber, citirt *Jagann.* II p. 324 No. 2 einen Spruch: „Du darfst eine Frau nicht einmal mit einer Blüthe schlagen, selbst wenn

---

<sup>1)</sup> Ueber die Tödtungsbefugniss im Falle des Ehebruchs im alten Rom, vgl. *Gellius* X 23, *Padelletti*, *Lehrb. der röm. Rechtsgeschichte* (übers. v. *Holtzendorff*) S. 78; und im germanischen Rechte, s. *Weinhold*, *altnord. Leben* S. 250, *die deutschen Frauen* II S. 25.

sie hundert Fehler begangen hätte.“ Damit ist in humanitärer Behandlung bereits die höchste Spitze erreicht, und ist der Frau jene Unverletzlichkeit garantirt, welche es ihr ermöglicht, ihren vollen sittigenden Einfluss mit Kraft und Würde geltend zu machen. Es ist denn auch ganz sicher, dass das eheliche Leben in Indien in vielen Fällen eine sittliche Höhe und Innigkeit erlangt hat, welche es den besten Beispielen der besten Zeiten an die Seite setzen kann<sup>2)</sup>. Die indische Litteratur hat die zartesten Saiten des treu liebenden Herzens angeschlagen, die tiefste Seligkeit der Hingabe des Weibes an den Mann enthüllt, die aufopfernde Weiblichkeit in den herrlichsten Poesien geschildert, von dem vedischen Liede über Soma und Sûrya (Mond und Sonne) an bis zu Nal und Damayantî, bis zu Râma und Sita, bis zu den erhabenen Werken Kâlidâsa's, insbesondere dem unvergleichlichen Wolkenboten (Meghadûta). Vor allem aber ist die Geschichte der Savitrî in Mahâbhârata eine Schöpfung von fast übermenschlicher Höhe, sie ist das höchste und reichste Lied der Gattenliebe, der Liebe bis in den Tod:

„Der Aerzte beste Arznei  
Ist für den Mann doch nicht so gut  
In jedem Leid, in jeder Noth,  
Als ein geliebtes, treues Weib.“

(Holtzmann, indische Sagen I S. 245 fg.)

Dem entsprechend erklären auch die Rechtsbücher die Frau als die Hälfte des Leibes des Mannes, so Brihaspati und die übrigen Stellen in Smriti Candrikâ ch. XI s. 1

<sup>2)</sup> Vgl. auch Unger, die Ehe in ihrer welthistorischen Entwicklung S. 25, Stenzler, über die Sitte (in seiner Ausgabe von Âçvalâyana) S. 155, Zimmer S. 316. Völlig verfehlt in dieser Hinsicht ist die Darstellung von Gide, condition privée de la femme p. 49 fg., welcher die verschiedenen Entwicklungsperioden, die in Manu übereinandergeschichtet sind, nicht auseinanderhält, und von dem völlig irrigen Gedanken getragen wird, als hätte der Pantheismus Indiens dahin geführt, die berechnete Werthschätzung der Einzelpersönlichkeit zu vernichten und die berechtigten Unterschiede in der Werthabstufung der Dinge und Personen

nr. 4 fg. p. 149. *Manu* IX 45 lehrt den Grundsatz, dass Mann und Frau eine Person sind; und diese Gemeinsamkeit ist soweit geführt, dass der eine Ehegatte an dem moralischen Verdienst oder Unverdienst der Werke des andern theilnehme, vgl. die cit. und *Âpastamba* II 6, 14 § 16. 17, vgl. auch Jolly, on the legal position p. 5 (des Separatabdrucks); woraus weiter der Schluss gezogen wird, dass obligatorische Vermögensgeschäfte zwischen Ehegatten unstatthaft sind, weil sie sich an der Einheit der Persönlichkeit, welche durch Mann und Weib gebildet wird, brechen, *Yâjnav.* II 52, vgl. auch *Âpastamba* II 6, 14 § 16 — jedoch gilt dies nur von Verkehrsgeschäften und etwa noch Processen, *Nârada* XII 89, nicht von Schenkungen, wie das Folgende ergeben wird. Vgl. auch Jolly, rechtl. Stellung der Frauen S. 20 (Sep.-Abdr.).

Von höchster Bedeutung für die Position des Weibes ist aber nicht nur die rechtliche Stellung gegenüber dem Ehemanne, sondern auch die Stellung gegenüber Dritten; es ist von höchster Bedeutung, ob die Frau durch die Ehe handlungs- und verpflichtungsunfähig wird, so dass sie zu Contrakts- und Dispositionsakten über ihr eigenes Vermögen der Autorisation des Ehemannes bedarf, oder nicht. Im indischen Recht bleibt die Frau trotz der Ehe vollständig handlungs- und verpflichtungsfähig; dies geht aus *Yâjnav.* II 49 und *Kâtyâyana* bei *Jagann.* I 1 nr. 211 ganz sicher hervor<sup>3)</sup>, und ebenso aus der Behandlungsweise des *Strîdhana*, wovon unten; entsprechend gilt auch eine verheirathete Frau als vollprocessfähig, *Banerjee* p. 139. 140. 321 — eine Stufe der Freiheit, welche die Frauen

---

zu verwischen; eine Annahme, mit welcher die socialen Anschauungen der Inder in ihrer scharfen Abscheidung der Personenklassen und der indische Glaube mit seinen Wiedergeburten in direktem Widerspruch stehen.

<sup>3)</sup> Unrichtig *Mac Naghten* p. 64. Gewohnheitsrechtlich, insbesondere in niederern Regionen, scheint allerdings dieses Recht der Frau vielfach nicht anerkannt zu sein, oder doch nur insofern, als es sich um Geschäfte für ihren oder ihrer Kinder Unterhalt handelt, *Steele* p. 171.

mancher deutscher Länder erst mit der Reichscivilprocessordnung erlangt haben und welche ihnen in Frankreich bis jetzt versagt geblieben ist. Einen entgegengesetzten Standpunkt scheint zwar Nârada 3 § 27 fg. einzunehmen, welcher die Verträge der Frauen für nichtig erklärt; und in der That enthält die Stelle eine Reminiscenz früherer Rechtszustände, wie ja Nârada häufig auf einem archaistischen Standpunkt steht. Denn dass ehemals die indischen Frauenspersonen überhaupt (nicht bloss die Ehefrauen) handlungsunfähig waren, ist sicher; es wird nicht bloss durch die Analogie verwandter Rechte bewiesen, sondern auch durch die in den Rechtsbüchern sich fortspinnende Lehre von der *perpetua mulierum tutela*, welche, wie derartige Theoremé überhaupt, immer noch nachgesprochen wurde, nachdem sich das Leben schon längst über dieselbe hinweggesetzt hatte, *Manu V 148 IX 3*. Doch hat jene Nâradastelle auch noch für das spätere Rechtsleben insofern einige Berechtigung, als das Verfügungsrecht der Frau über ihr Vermögen vielfach objektiv beschränkt ist, einmal durch das dingliche Recht des Mannes am Frauengut, sodann durch objektive Dispositionsbeschränkungen bezüglich des Immobilienvermögens: Beschränkungen, welchen aber auch theilweise die Männer unterliegen. Solche objektive Beschränkungen betreffen aber natürlich die subjektive Handlungsfähigkeit ebensowenig, als die Unveräusserlichkeit des *fundus dotalis* im römischen Recht oder die Verfängenschaft des *Fideicommissgutes* im deutschen Recht die subjektive Handlungsfähigkeit des Ehemannes oder *Fideicommissinhabers* tangirt, vgl. über diesen Unterschied auch meine Abhandl. in der krit. Vjschr. XIX S. 158<sup>4)</sup>.

---

<sup>4)</sup> Nicht im Widerspruch damit steht es, wenn die Frauen, und zwar die Frauen überhaupt, nicht bloss die Ehefrauen, vom öffentlichen Leben ferngehalten werden. Frauen sollen nicht als Richter und nicht als Schiedsrichter Prozesse entscheiden und regelmässig auch nicht als Zeugen, nicht als Instrumentszeugen und nicht als Gerichtszeugen, fungiren, *Yâjnav. II 31. 70, Nârada 1 § 37 und 5 § 35, Manu VIII 70* (aber



Die rechtliche Handlungsfähigkeit der Ehefrau ist daher nach der schliesslichen Entwicklung des indischen Rechts eine höhere, als die der französischen Frau nach dem Code civil — die beste Illustration zu der unrichtigen Darstellung Gide's, p. 57 fg., welcher behauptet, dass der ganze Orient in dieser Hinsicht nicht über den Despotismus hinausgekommen sei, dabei aber in höchst inconsequenter Weise, p. 481. 531 fg., die Nothwendigkeit eheherrlicher Autorisation der Frau zu ihren Rechtsgeschäften vertheidigt; welche Nothwendigkeit hoffentlich in Deutschland bald zu den Todten gelegt und nur noch in der Rechtsgeschichte erwähnt werden wird, ebenso wie die ehemalige Erwerbsunfähigkeit des Hauskindes oder die ehemalige tutela mulierum.

### §. 7. Recht der Kindschaft.

Dass die Urvölker die Mutterschaft vor der Vaterschaft berücksichtigt haben, ist so sehr in den physiologischen Verhältnissen begründet, dass es auffallend ist, wenn sich da und dort das Gegentheil constatiren lässt. Während die Zusammengehörigkeit der Kinder mit der Mutter sich von der Natur selbst dem ersten Blicke verräth, ist der Zusammenhang mit dem Vater in den tiefsten Schleier gehüllt, den erst die physiologischen Forschungen unserer Tage zu lüften verstanden. Erst der modernen Wissenschaft ist der Nachweis gelungen, dass das männliche Sperma nicht bloss das weibliche Ei durch Berührung befruchtet, sondern sich mit dem Ei verbindet und in dieser Verbindung theilnimmt an dem neuen Wesen, welches sich im Mutterschosse bildet <sup>1)</sup>. Diese physiologische Entdeckung zähle ich zu den wichtigsten und einflussreichsten; denn nunmehr ist die Vaterschaft als natürliche Blutseinheit nachgewiesen, und die Beziehung des Kindes zum Vater als analog der zwischen Pflanze und Samen, zwischen Frucht und Keim dargethan.

---

auch 68), Vishnu VII 10, VIII 2. Ein solcher Ausschluss vom öffentlichen Leben implicirt keine privatrechtliche Unfähigkeit.

<sup>1)</sup> Vgl. L. Büchner, Licht und Leben S. 272 fg.

Auf diese physiologische Entdeckung konnte natürlich die Kulturentwicklung nicht warten, bis sie zur Anerkennung der Vaterschaft vorgedrungen ist. Wo die Leuchte der Erkenntniss fehlt, da führt das dunkle Gefühl den Menschen tastend zum Ziele; und es ist höchst interessant, die Umwege zu verfolgen, welche die Menschheit auf den richtigen Weg gelenkt, die Fingerzeige der Natur, welche sie in engerem und immer engerem Umkreise nach dem richtigen Ziele gelockt, die Angelkräfte der Bewegung, welche die menschlichen Institutionen unbewusst vorwärts getrieben haben <sup>2)</sup>).

Für die indogermanischen Völker nun hat ein Rechtselement als Hebel der Rechtsentwicklung eingesetzt, das ich bereits in meiner Abhandl. in der krit. Vjschr. IV S. 17 und 18, vgl. auch ib. S. 11 und 181, klärlich ausgeführt habe, der Satz nämlich, dass die Vaterschaft beruht „auf dem Rechte des Mannes am Weibe, kraft dessen dem Hausvater das Kind des Weibes zukomme, ebenso wie dem Eigenthümer des Feldes die Frucht“; dass das Kind dem Vater gehört, weil dieser der „Herr der Frau und als solcher auch der Herr ihrer Frucht“ ist: so meine cit. Abhandl. S. 17, Text und Note, — ein Satz, welcher übrigens auch schon vor mir von Andern, wie Giraud-Teulon, *origines de la famille* p. 146 fg. 151, Mayr, *indisches Erbrecht* S. 163 No. 4, Post, *Bausteine I* S. 88 und Mayne, *hindu law* p. 58 fg. 63, aufgestellt worden ist, vgl. auch Hearn p. 162, und welchen Manu selbst in den von mir daselbst cit. Stellen aufs mannigfaltigste variirt. Ebendasselbst habe ich als Ausfluss dieses Satzes auf den Niyoga und auf die Tochterbeauftragung des indischen Rechts verwiesen und Analogien anderer arischer Rechte beigebracht. Die Niyogazeugung besteht bekanntlich darin, dass die Frau des kinderlosen Ehemannes im

---

<sup>2)</sup> Vgl. hierüber meine Abhandl. in der krit. Vjschr. N. F. IV S. 182, wo auch der richtige Grund der Couvade angegeben ist: die Idee des Zusammenhangs zwischen väterlichem und kindlichem Organismus. Vgl. auch Hearn, *Aryan household*, p. 163 fg.

Auftrag desselben, bzw. dass die Wittwe des Kinderlosen im Auftrag seiner Verwandten, sich von einem Andern (gewöhnlich einem Bruder des Mannes) beiwohnen lässt, bis sie von ihm einen Sohn hat; dieser Sohn ist dann Sohn des Ehemannes, er trägt als solcher im indischen Recht einen besonderen Namen und figurirt als *kshetrāja*<sup>3)</sup>; vgl. Vishnu XV 3, Gautama XVIII 4—8, XXVIII 32, Āpastamba II 10. 27 § 2, Vasishtha bei Jagann. III 5 nr. 230 p. 276, Baudhāyana ib. nr. 237 p. 280, Manu IX 59. 60. 70. 120. 121. 144. 145. 167. 190. 203 und dazu Kullūka, Yājñav. II 128. 141, Nārada XII 80, XIII 14. 45, Brihaspati bei Jagann. III 5 nr. 246 p. 286, Çankha und Likhita ib. nr. 247; so auch schon Rigveda X 40 § 2 (Grassmann II S. 327)<sup>4)</sup>. Der ohne Niyoga im gewöhnlichen Ehebruch gezeugte Sohn gehörte zwar auch dem Ehemanne an; aber als *gūdhaja*, als heimlich geborner, stand er in der Stufenleiter bedeutend tiefer, Vishnu XV 13. 14, Manu IX 170, Yājñav. II 129, Hārīta bei Jagann. III 5 nr. 219 p. 259, Vivāda Cintāmani p. 284. Vgl. dazu auch Mayne p. 63 cf. 59, welcher diese Sohnschaften sehr richtig auf den Satz zurückführt: *the son belongs to the owner of the mother*. Dem Niyoga entsprach die Beauftragung der Tochter: wer keinen

---

<sup>3)</sup> Es ist eine physiologische Thatsache, dass, wenn eine Frau einmal von einem Manne geboren hat, die spätern Kinder von einem andern Manne immer noch von dem Bildungstriebe beeinflusst werden, welcher von dem ersten Manne ausging, und daher in dessen Geschlecht und Art einzuschlagen pflegen, vgl. Büchner, Licht und Leben S. 283. Dies würde dem Niyoga für den Fall, dass der erste Mann ein Kind erzeugt hat, welches nachher starb, einen interessanten physiologischen Hintergrund geben.

<sup>4)</sup> Ueber den Niyoga vgl. auch Gans, Erbrecht I S. 77, Gide, *condition privée de la femme* p. 55, Fustel de Coulanges, *la cité antique* p. 53, Hearn, *Aryan household* p. 102. Derselbe spielt auch in der indischen Sagenwelt eine bedeutende Rolle, so im Mahābhārata, s. Fertig, *der Raub der Draupadī* S. 53. 54. Analogieen des deutschen Rechts s. in meiner Abhandl. krit. Vjschr. N. F. IV S. 18 No.

Sohn hatte, konnte seine Tochter beauftragen, sich für ihn einen Sohn von einem Dritten zeugen zu lassen, und der nunmehr Gezeugte galt als der Sohn des Grossvaters, er hiess Tochtersohn oder putrikâ putra<sup>5)</sup>; dies trat insbesondere auch dann ein, wenn die beauftragte Tochter eine Ehe schloss und in der Ehe einen Sohn gebar. Die indischen Quellen sind voll von Zeugnissen für dieses Verhältniss, vgl. meine Abhandl. a. a. O. S. 19, Gautama XXVIII 18, Vishnu XV 4. 6, Vasishtha bei Jagann. III 5 nr. nr. 203 p. 241 und nr. 216 p. 250, Baudhâyana ib. nr. 213 p. 246, Hârîta ib. nr. 219 p. 259, Çankha und Likhita ib. nr. 221 p. 261, Brahma Purâna ib. p. 270, Manu III 11, IX 127—129. 134, Yâjnav. II 128, Brihaspati bei Jagann. III 5 nr. 224 p. 264 und p. 268, Devala ib. nr. 201 p. 240. Vom höchsten Interesse ist es dabei, dass man, um eine solche Wirkung bis in die Ehe der Tochter hinein dauern zu lassen, bald eine rechtsgeschäftliche Erklärung gegenüber dem Bräutigam verlangte (die dann der Bräutigam durch Eingehung der Ehe acceptirte), bald aber auch eine bloss einseitige Erklärung des Vaters gegenüber der Tochter als genügend erachtete; nach der Ansicht Mancher sollte sogar die blosser Intention des Vaters genügen, oder sollte es genügen, wenn der Vater die Tochter im Mutterleib für einen Sohn gehalten hatte; ja nach Ansicht Einiger wurde der erste Sohn der Tochter eines Kinderlosen von selbst zum Sohn des Kinderlosen, so dass weder ein Rechtsakt desselben, noch auch ein blosses Wünschen oder Fürwahrhalten erforderlich schien. Darum warnen die Rechtsbücher auch vor der Ehe mit einem kinderlosen Mädchen, weil man in die Gefahr fallen könne, auf diese Weise den erstgeborenen Sohn zu verlieren, s. derartige Warnungen in Gautama XXVIII 20,

---

<sup>5)</sup> Vgl. darüber meine cit. Abhandl. S. 19, Gide, cond. privée de la femme p. 56, Hearn, Aryan household p. 104, und auch schon Gans, Erbrecht I S. 78. Ueber die bekannte Analogie des griechischen Rechts, s. Hearn p. 104.

Manu III 11, Yâjñav. I 53; und vgl. über die verschiedenen Ansichten Gautama XXVIII 18. 19, Vishnu XV 5. 6, Manu IX 127. 136, Brahma Purâna bei Jagann. III p. 270, Brihaspati ib. p. 268, und die übrigen bereits citirten. Eine vielfach verbreitete Strömung des indischen Rechts war es, die beauftragte Tochter selbst als einen Sohn anzusehen, so dass ihr Sohn dann als agnatischer Enkel des Grossvaters galt, Vasishtha bei Jagann. III 5 nr. 203 p. 241, Jagann. selbst ib. p. 267, Varadarâja (Burnell) p. 23, Strange II p. 199. Diese Auffassung ist besonders vertreten in dem Dâya-Bhâga ch. 10 nr. 2—4 p. 299 — womit allerdings die Entscheidung ib. nr. 6 und ch. XI s. 1 nr. 15 p. 326 wenig harmonirt, die Entscheidung nämlich, dass die beauftragte Tochter dann kein Sohnesrecht habe, wenn sie kinderlos bleibt, vgl. auch Manu IX 135: offenbar wurde sie nur relativ als Sohn fingirt, damit ihr Sohn als agnatischer Enkel gelten könne; vgl. auch Mitâksharâ ch. I s. 11 nr. 3 p. 411 und die Annotationen hierzu, Vyavahâra Mayûkha ch. IV s. 4 p. 49. Dieser Strömung des indischen Rechts entspricht auch die merkwürdige Entscheidung bei Morley I p. 18 nr. 57, dass man die Tochter eines Bruders in der Art adoptiren könne, dass ihr erster Sohn der putrikâ putra des Adoptanten werde.

Hierbei ist nun aber das indische Recht nicht stehen geblieben. Gar manche Aussprüche der Rechtsbücher zeigen, dass man auch dem Erzeuger einige Rechnung trug. Und einer der Hauptfaktoren, welcher hierfür thätig war, ist unzweifelhaft die Raçenverschiedenheit gewesen. Da, wo die Verschiedenheit der Hautfarbe oder auch nur sonstige drastische Unterschiede des Menschentypus sich geltend machen, kann der mächtige Einfluss des Erzeugers nicht verborgen bleiben, und in Indien ist, wie bereits erwähnt, gerade der Farbunterschied der eingewanderten Arier und der Ureinwohner frühzeitig gefühlt worden, so dass der Ausdruck varna, Farbe, geradezu als Bezeichnung für Kaste gebraucht wurde, M. Müller, Essays II S. 288; wesshalb auch Manu IX 9 ausdrücklich

die Männer anweist, ihre Frauen zu bewachen, weil die Eigenschaften des Erzeugers im Kinde wiederkehrten; und in verschiedenen Stellen werden die Söhne der Frauen nur dann als vollberechtigt anerkannt, wenn der Erzeuger gleicher Kaste, mindestens kein Çûdra war, Yâjnav. II 133, Mitâksharâ I 11 nr. 6. 38. 39 p. 412. 424, Dâya-Bhâga X nr. 13 p. 302 und Devala ib. nr. 7 p. 301, vgl. auch Mayr S. 113. Es ist daher nicht zu verwundern, wenn Manu IX 36—40 von dem Samenkorn spricht, welches die Wesenheit der künftigen Pflanze bestimme, und so in bezeichnendem Bilde dem Erzeuger einen wesentlichen Antheil am Kinde zugesteht (vgl. auch ib. IX 32), und wenn derselbe IX 181 sogar vollständig aus der Rolle fällt, indem er erklärt, dass die von einem Andern gezeugten Söhne eigentlich demjenigen zufallen sollten, der sie zeugte; wie ja denn Âpastamba II 6. 13 § 6 und 7 geradezu ausspricht, dass der Sohn dem Erzeuger gehöre<sup>6)</sup>. Entsprechend führt daher auch Manu IX 52. 53 aus, dass der Eigenthümer des Feldes und des Samens sich über die Zugehörigkeit der Frucht mit Rechtswirksamkeit verständigen können; und demgemäss wird auch entschieden, dass, wenn ein Dritter unter Zustimmung des Ehemannes mit dessen Frau geschlechtlich verkehrt<sup>7)</sup>, das hieraus erzeugte Kind dem Erzeuger zufalle, insbesondere, wenn die Zustimmung mit Geld erkaufte worden ist, Gautama XVIII 9—14, Nârada XIII 19. 20, Âpastamba II 6. 13 § 6 — wie denn die Hingabe der Frau um Geld mannigfach erwähnt wird, nur sollte sie nicht gegen den Willen der Frau erfolgen, Kâtyâyana bei Jagann. II 2 ch. 4 nr. 7 p. 220 und II 4 nr. 136 p. 595, Vivâda Cintâmani p. 74<sup>8)</sup>. Oder es wird angenommen, dass der von einem Andern, als dem

<sup>6)</sup> Eine sinnige Andeutung des wahren Vaterhältnisses findet sich in Mahâbhârata, s. Holtzmann ind. Sagen II S. 88.

<sup>7)</sup> Abgesehen vom Niyogafalle.

<sup>8)</sup> Das Ausleihen der Frauen ist bekanntlich eine der häufigsten Sitten der Naturvölker, ebenso das Verkaufen und Verschenken, vgl. Lubbock, prehistoric times p. 533. 581. Aber selbst noch im Mahâb-

Ehemann, erzeugte Sohn beiden, dem Erzeuger und dem Ehemann zugleich angehöre, also ein Dvyamushyâyana sei, dass die Eigenthümer des Feldes und Samens sich in die Früchte theilten, eine Rechtsauffassung, welche selbst im Niyogafalle vielfach zur Geltung kam, vgl. Nârada XIII 23, Baudhâyana bei Jagann. III 5 nr. 237 p. 280, Kâtyâyana ib. nr. 245 p. 285, Uçanas cit. ib. nr. 240 p. 281, Dâya-Bhâga II nr. 60 p. 216, Dattaka Candrikâ II nr. 35 p. 645; was Andere mindestens in dem Fall annehmen, wenn die Niyogazeugung erst nach dem Tode des Ehemannes stattgefunden hat, Hârîta bei Jagann. l. c. nr. 241 p. 282, oder in dem Fall, wenn der Erzeuger selbst keine männliche Descendenz hat, welche ihm das Todtenopfer darbringen könnte, Yâjnav. II 127, Mitâksharâ I s. 10 p. 406 (bei Orianne p. 111); und dem steht es natürlich gleich, wenn in dieser Richtung eine spezielle Vereinbarung zwischen dem Erzeuger und dem Ehemann getroffen wurde, Mitâksharâ a. a. O. Ganz ähnliche Anschauungen sind bezüglich des Sohnes der beauftragten Tochter verbreitet, Manu IX 132 mit Kullûkas Commentar, Yama in der Annotation zu Mitâksharâ p. 412, Strange II p. 200.

Wurden auf diese Weise Anknüpfungspunkte mit dem Erzeuger gesucht, so wurde auf der andern Seite die Beziehung zu dem Ehemanne, dem Nichterzeuger, gelockert. Der Sohn der Frau von einem Dritten war zwar immer noch ein Sohn, aber er wurde um eine Stufe degradirt, er wurde im Erbrecht hinter den vom Ehemanne gezeugten Sohn gesetzt, indem er entweder eine geringere Portion bekam, oder überhaupt nur in Ermangelung eines solchen zur Erbschaft zugelassen wurde. Der treibende innere Grund dieser Lockerung des Verhältnisses und dieser Zurücksetzung war natürlich die unbewusst schaffende Idee, dass volles Vaterblut eben Vater-

---

hârata kommt es vor, dass die Frau vom Manne verspielt wird, vgl. Holtzmann, indische Sagen I S. 10. 18 und II S. 78. Auch bei den Germanen finden sich Spuren ähnlicher Zustände, Weinhold, altnord. Leben S. 249, vgl. auch S. 447, deutsche Frauen II S. 11 fg.

blut sein soll. Begreiflich ist es aber, dass man diesen Satz nicht sofort klar erkannte, sondern sich auf Umwegen demselben näherte. Der Grund, welchen man sich selbst eingestand, war der, dass die Erzeugung eines solchen Kindes ein Unrecht sei, und dass unter diesem Unrecht auch das erzeugte Kind zu leiden habe: eine in der ganzen Rechtsgeschichte waltende Strömung, welche insbesondere auch das germanische Recht durchzieht und bis in unsere modernen Rechtszustände ihre Ableger gesendet hat, bis zu den seltsamen Bestimmungen des Code civil, dessen Behandlung der unehelichen und ehewidrigen Kinder zum Eigenthümlichsten gehört, was je die Legislation hervorgebracht hat. Hoffentlich ist es der neuern Zeit beschieden, durchweg mit diesen mittelalterlichen Zuständen zu brechen und sich von den Irrthümern der Gesellschaft zu befreien, welche Thatsachen des Blutes hinwegwischen zu können glaubt, wenn sie vor ihnen ihr Gesicht verhüllt und sie im socialen Verkehre ignorirt. Sei dem, wie ihm wolle, sicher ist es, dass diese Strömung in der Rechtsgeschichte ihre wichtige und nachhaltige Rolle gespielt hat, und so insbesondere auch im indischen Rechte. Das zeigt sich allüberall, wo dasselbe eine Zeugung für verwerflich erklärt. So perhorrescirte das indische Recht die Wiederverehelichung der Wittwe, demgemäss steht auch der Sohn eines Zweitvermählten eine Stufe tiefer: das Verfehlen der Eltern fällt auf das Kind zurück; dies sagt Âpastamba II 6, 13 § 4 und 5 mit ausdrücklichen Worten: *trough their (sin) their son also becomes sinful* <sup>9)</sup>. Vgl. auch Vishnu XV 7—9, Gautama XV 18, Manu IX 175. 160, cf. V 162, III 166, Yâjñav. II 130, Kâtyâyana bei Jagann. III 5 nr. 268 p. 314 und den Text ebendasselbst II 4 nr. 165 p. 597, vgl. auch Steele p. 376 fg., Banerjee p. 183. Noch drastischer tritt dieses in der Consequenz hervor, dass auch derjenige wie der Sohn einer Zweitvermählten behandelt wurde, dessen Mutter zwar nicht vorher vermählt war, aber sonst ge-

---

<sup>9)</sup> Uebersetzung von Bühler p. 130.



schlechtlich verkehrt hatte, Viṣṇu XV 9. Ganz wie hier die Missgunst gegen die zweite Ehe zurücksetzend auf die Kinder nachwirkte, so in gleicher Weise die Abneigung gegen die Kastenvermischung. Es wurde, wie gezeigt, mit äusserster Ungunst gesehen, wenn ein Weib höherer Kaste sich mit einem Manne niederen Ranges, insbesondere mit einem Cūdra geschlechtlich verband; darum fallen auch die Kinder aus solcher Verbindung noch unter die Kaste ihres Vaters herab, sie sind Cāndālas und dgl., und werden zu den verworfensten Geschöpfen gezählt, Manu V 89, X 12 fg. 16. 26. 30. 51. 53. 58 cf. IV 79, VIII 373, Yājñav. I 93, Gautama IV 17 fg. 25 fg., XXVIII 45, vgl. auch Nārada XII 78; sie haben die niedrigsten Verrichtungen, z. B. die Verbrennung der Leichen, zu besorgen, so ehemals, so noch heutzutage. Vgl. Mayr S. 128, M. Müller, Essays III S. 304, Kane (in der Ausg. von Kutzner, ein Weltfahrer) S. 153. 154.

Ganz demselben Gedankenkreise nun, wie diese Zurücksetzungen, gehört die ungünstige Behandlung des Sohnes an, welchen die Frau während der Ehe von einem Dritten empfing: der Akt seiner Zeugung war ein Unrecht, ja sogar ein strafbares Verbrechen, Manu VIII 352—361. 379, und das Unrecht und das Verbrechen klebte dem Kinde an, wie dies auch von Manu IX 20 und 143, III 174. 175 und von Hārīta bei Jagann. II 4 nr. 8 p. 497 und nr. 162 p. 595 ausdrücklich gesagt wird; der Ehebruchssohn hat als solcher seine eigenen Namen, Kunda und Golaka, und rangirt in der Kastenordnung tiefer, vgl. auch Steele p. 91. Noch deutlicher ergibt sich dies aus der Bestimmung, dass, wenn bei der Niyogazeugung nicht alle Vorschriften beobachtet sind, der Erzeugte gleichfalls in der Sohnschaft zurücktritt, Manu IX 144. 147 vgl. mit 63 und mit Nārada XII 85. 86, Yājñav. I 68. 69. Und diese Zurücksetzung solcher tadelnswürdig erzeugten Kinder beruhte nicht etwa, wie in der modernen Gesellschaft, auf einer undefinirbaren Abneigung, sondern sie stützte sich auf den festen Glauben, dass eine so unmoralische Zeugung auch nur ein

unvollkommenes Wesen hervorbringen könne, ein Glauben, welcher denn auch in *Âpastamba* II 5, 12 § 4 und *Manu* III 42 evident zu Tage tritt, da ja nach diesen Stellen sogar eine Unvollkommenheit in der Hochzeitsceremonie das Produkt der Ehe beeinträchtigen soll. So offenbar unrichtig diese Meinung ist, so gab sie doch der ungünstigen Behandlung solcher Kinder einen festen objektiven Hintergrund.

Und so kam man unter gradweiser Zurückstellung der ungünstiger behandelten Söhne zu jener berühmten Reihenfolge von 12 oder 13 Söhnen, welche übrigens wohl mehr in Theorie diskutirt, als in praxi in Anwendung gebracht wurde, und auch stets der Gegenstand mancher Controversen und Zweifel gewesen ist:

1. der eheliche Sohn (*aurasa*),
2. der in *Niyoga* erzeugte Sohn der Ehefrau (*kshetraja*),
3. der Sohn der beauftragten Tochter (*putrikâ putra*),
4. der Sohn der Zweitvermählten (*paunarbhava*),
5. der Sohn der Unverheiratheten (*kânîna*), welcher dem mütterlichen Grossvater oder dem künftigen Ehemann zugezählt wird, *Mitâksharâ* I 11 nr. 7 p. 413,
6. der heimlich geborne Sohn der Ehefrau (*gûdhaja*),
7. der Sohn, mit dem die Ehefrau bereits bei der Eheschliessung schwanger ist (*sahodha*),
8. der in Adoption gegebene Sohn (*dattaka*),
9. der formlos adoptirte Sohn (*kritrima*),
10. der gekaufte Sohn (*krîta*),
11. der Sohn, der sich selbst in Adoption gibt (*svayam-datta*),
12. der von den Eltern verstossene und von Dritten aufgenommene Sohn (*apavidha*),
13. irgend ein sonstiger, insbesondere der *Çûdrasohn* (*nishâda*)<sup>10)</sup>.

<sup>10)</sup> Eine eigenthümliche Ungenauigkeit findet sich bei Lassen, indische Alterthumskunde IV S. 789, als ob das indische Recht „zwölf adoptirte, *dattaka* genannte Söhne“ kenne.

Vgl. insbesondere Vishnu XV 1—27, Manu IX 158 fg., Baudhâyana II 2 nr. 10 fg. bei West und Bühler I p. 315, Vasishtha bei Jagann. III 5 nr. 193 p. 235, nr. 290 p. 361, Gautama XXVIII 32. 33, Yâjnav. II 128 fg., Nârada XIII 45—47, Çankha und Likhita bei Jagann. III 5 nr. 186 p. 280, Devala ib. nr. 190 p. 232, Hârîta ib. nr. 187 p. 231, Brahma - Purâna ib. nr. 217 p. 251, Yama in Dattaka Candrikâ V nr. 3 p. 654, Mayûkha IV s. 4 p. 49, Vivâda Cintâmani p. 278, Mitâksharâ I 11 p. 410 fg. und die dort citirten, sowie die Texte bei Jagann. III 5 nr. 190—192 p. 232, Sarasvatî-Vilâsa s. 359 p. 72 — wobei aber die Reihenfolge der 13 Söhne durchaus nicht überall dieselbe ist, vgl. insbesondere die Tabelle bei Mayne p. 57. Unter dem letztgenannten, dem Çûdrasohn, ist der Sohn eines Mannes höherer Klasse mit einer Çûdra gemeint, von dem bereits oben die Rede war; jener Sohn, der bei strengerer Behandlung wie ein lebender Leichnam betrachtet und gänzlich ignorirt wurde, Manu IX 178, Gautama XXVIII 39, Baudhâyana bei Jagann. III 3 nr. 293 p. 364, vgl. auch die Note Jolly's in seiner Vishnuübersetzung p. 63. 64.

Von diesen Söhnen, welche übrigens nicht in allen Gesetzbüchern sämmtlich vorkommen, soll bei der Beerbung jeweils der frühere dem späteren vorgehen, so dass auf den letztern nur in Ermangelung des erstern gegriffen wird, Vishnu XV 28. 29, Manu IX 184. Dass die adoptirten Söhne zurückgesetzt sind, entspricht offensichtlich dem Gedanken, dass die Adoption nur bei Nichtvorhandensein ehelicher Kinder stattfinden soll; ganz ebenso, wie ja auch zum Niyoga und zur Anweisung der Tochter nur in Ermangelung legitimer Kinder geschritten wird. Im übrigen beruht die absteigende Klassifikation auf der fortschreitenden Ungunst, welche eine derartige Sohnschaft in der Rechtsordnung findet. Diese Zurücksetzung wird aber keineswegs überall in gleicher Weise durchgeführt; nach manchen Aussprüchen der Rechtsbücher concurriren einige spätere Söhne mit den früheren, andere erhalten in jedem Fall nur eine

geringere Portion, z. B. ein Halb, Viertel oder ein Zehntel, Gautama XXVIII 32—34. 39, Vishnu XVIII 5 fg. 32. 33 (bezügl. des Çûdrasohnes), Brahma-Purâna bei Jagann. III 5 nr. 217 p. 251, Kâtyâyana ib. nr. 218 p. 257, Hârîta ib. nr. 219 p. 259, Devala bei Jagann. III 5 nr. 165 p. 214, Manu selbst IX 164 und (bezügl. des Çûdrasohnes) IX 151. 154, Mitâksharâ ch. I s. 11 nr. 41 p. 425, Dâya-Bhâga ch. 9 nr. 24 fg. p. 296. Nach andern wird den nachfolgenden Söhnen mindestens Alimentation, wenn auch kein Erbrecht zugedacht, Manu IX 163, Brihaspati bei Jagann. III 5 nr. 215 p. 249, nr. 168 p. 218, Mitâksharâ ch. I s. 11 nr. 28 fg. p. 420, Jagann. III p. 254 — während anderseits wieder der Sohn der beauftragten Tochter und der adoptirte Sohn dem ehelichen Sohne erheblich angenähert werden, Manu IX 134, Jagann. III p. 266.

Man sieht, die Materie ist in den Rechtsbüchern im Flusse; die Tendenz, alle nicht vom Vater herrührenden Söhne durch ungünstige Behandlung zu degradiren, tritt immer klarer hervor, und die spitzfindigen Deuteleien der indischen Juristen<sup>11)</sup>, um die im Fluss der Entwicklung befindlichen Gesetzesstellen zu vereinigen, sind natürlich ebenso unhistorisch, wie die vielfachen Versuche, die Aussprüche römischer Juristen verschiedener Perioden der Rechtsentwicklung in strikten Einklang zu bringen<sup>12)</sup>. Charakteristisch für die Entwicklung ist es, dass von allen Instituten, welche in Ermangelung eines wirklichen

<sup>11)</sup> Vivâda Cintâmani z. B. p. 287 vereinigt die verschiedenen Stellen, wornach bald der legitime Sohn, der aurasa, allen vorgeht, bald derselbe mit nachfolgenden Söhnen concurrirt, dahin, dass der aurasa die übrigen ausschliesst, wenn er gut qualificirt ist; theilen dagegen muss er mit ihnen, wenn er keine guten Eigenschaften hat. Aehnliche Aushilfe s. in Mitâksharâ ch. I s. 11 nr. 34 p. 423, Dâya-Bhâga ch. 9 p. 293 und Note dazu. Die Aushilfe stützt sich allerdings auf Aussprüche von Baudhâyana und Brihaspati, die in Dâya-Bhâga ch. 9 nr. 15 p. 294 allegirt sind.

<sup>12)</sup> Wie Justinian decretirte, dass die Widersprüche der Pandekten zu vereinigen seien, so analog auch Manu II 14.

Sohnes einen subsidiären Aushülfssohn treten lassen, von Niyoga, Tochterbeauftragung und Adoption im Fortgang der Zeit nur die Adoption erhalten geblieben ist. Der Niyoga ist im Laufe der Zeit verschwunden; die Rechtsbücher haben denselben zunächst an so merkwürdige Bedingungen geknüpft, dass deren Erfüllung ein ziemlich schweres Problem heissen konnte: der Akt der Niyogazeugung sollte ein reinerer Zweckakt sein ohne alle und jede sinnliche Affektion; verständlich ist noch Manu IX 60 vgl. mit Yâjnav. I 68, seltsame Anforderungen dagegegen stellt Nârada XII 82 und Yama bei Jagann. II 4 nr. 148 p. 582, Anforderungen, die wegen ihrer Undurchführbarkeit der Aufhebung des Institutes nahe kommen: der direkten Aufhebung geht eben, wie so oft, die indirekte vorher. Doch auch die direkte Aufhebung liess nicht auf sich warten und findet bereits in den Rechtsbüchern ihren Ausdruck; denn in diesen gibt es Parthieen, welche das Institut tadeln oder ganz verwerfen; so gerade Manu selbst, an einer Stelle, welche offenbar späteres Einschiesel ist, IX 64—68, insbesondere aber Âpastamba II 10, 27 § 4—7 II 6, 13 § 7, was mit der oben erwähnten fortschrittlichen Richtung dieses Rechtsbuches zusammenhängt, vgl. auch Banerjee, the hindu law of marriage p. 176. 200. Und Brihaspati bei Jagann. II 4 nr. 157 p. 590 erklärt den Widerstreit Manu's damit, dass die Niyoga-bestimmungen bloss für die frühern tugendhafteren Zeitalter gegeben wären, die dem Niyoga feindselige Stelle aber für das heutige eiserne Kalizeitalter, für welches der Niyoga nicht mehr passe. Ebenso ist die Erklärung Kullûka's, vgl. Jagann. l. c. p. 590, ebenso Sarasvatî Vilâsa s. 352 p. 71. Mandlik p. 480 nennt den Niyoga: a mere fossilized relic of the past.

Was ferner die Beauftragung der Tochter betrifft, so ist auch diese aus der Praxis verschwunden, und das Institut hat von seinem frühern Bestande nur den Rechtssatz übrig gelassen, dass in Ermangelung agnatischer Descendenz der Sohn der Tochter vor allen übrigen Verwandten zur Erbschaft gelangt, ohne aber desshalb sein Familien- und Erbrecht in

der Vatersfamilie zu verlieren, Mayne, hindu law § 477 p. 502.

Um so viel mehr mussten die übrigen Ehefrauensöhne, welche dem Ehemanne auf die Rechnung gesetzt wurden, von der Liste verschwinden, nachdem sie von Theorie und Praxis immer ungünstiger behandelt worden waren. Schon eine in Mitâksharâ allegirte und Vishnu zugeschriebene Stelle erklärt, dass der Sohn der Unverheiratheten, der Sohn der Braut, der Sohn der Zweitverheiratheten keinen Erbtheil bekomme, Mitâksharâ I 11 nr. 27 p. 421; und, wie gezeigt, auch Manu IX 160, cf. 163, schreibt denselben nur einen gnadenweisen Unterhalt zu; und endlich hat man sich hier, wie auf so manchen andern Gebieten, der misslichen Bestimmungen völlig dadurch entledigt, dass man sie als Grundsätze der Lebensweise vergangener besserer Zeitalter erklärte, welche in unserm schlechten Kali-Yug, in unserm eisernen Zeitalter keine Anwendung mehr finden könnten, weil solche Institutionen nur für Zeiten einfacher Sittlichkeit erträglich, für unser unsittliches, unfrommes, verweltlichtes Zeitalter aber zu gefährlich, zu verderblich, zu sehr den Missbräuchen ausgesetzt seien, vgl. das Schriftstück bei Strange II p. 164 und 188<sup>13)</sup>. In unserm Kali-Yug könnten von den 12 oder 13 Söhnen der Rechtsbücher nur noch der aurasa und der dattaka, nur noch der legitime und der adoptirte Sohn anerkannt werden, so Âditya Purâna bei Jagann. IV 5 nr. 280 p. 350, Dattaka Mîmâmsâ I nr. 64 p. 547, so der Pandit bei Strange II p. 118 und 188; richtiger gesagt: in fortschreitender ungünstiger Behandlung sind die unnatürlichen Sohnschaften, den modernen Zeitideen entsprechend, zuletzt ganz ignorirt worden, der Niyoga und die Tochterbeauftragung sind verschwunden, und an die Stelle des frühern Principis ist das moderne Princip getreten, dass, ab-

---

<sup>13)</sup> Das Kali-Yug steht im Gegensatz zu dem Krita-, Tretâ- und Dvâparazeitalter, wo die Menschen zuerst ganz rein waren, und allmählig immer schlimmer geworden sind.

gesehen von dem adoptirten Sohn, nur noch der vom Ehemann Gezeugte als Sohn des Ehemannes zu gelten habe. Was man der Verderbtheit des heutigen Zeitalters zur Last schreibt, ist nichts anderes, als die reinere Erkenntniss, das gesteigerte sittliche Bewusstsein unserer Zeit, welches Institutionen nicht mehr erträglich findet, die einer früheren weniger genauen Periode erträglich erschienen sind. An Stelle des Satzes, dass die Leibesfrucht der Ehefrau dem Manne gehöre, ist der Satz getreten, dass dem Manne seine Zeugung, sein eigenes Blut angehört; die Sohnschaft gründet sich nicht mehr auf die Herrschaft über die Ehefrau, sondern sie gründet sich auf die Blutseinheit von Vater und Sohn. Daher werden auch dem natürlichen Kinde mindestens Alimentenansprüche gegenüber dem Erzeuger gewährt, Banerjee, hindu law of marriage p. 168, Mayne p. 410; was manche Panditen damit gesetzlich zu rechtfertigen suchen, dass sie das illegitime Kind des Vaters mit dem Çûdrakind der Rechtsbücher identificiren, Strange II p. 68.

Zu diesem Resultate ist das indische Recht allerdings durch zwei Ideen gelangt, die wir nicht mehr anerkennen; durch die Idee, dass sich die Widerrechtlichkeit des Zeugungsaktes an den erzeugten Kindern räche, und durch die zweite Idee, dass in unserm schlechten eisernen Zeitalter manche schöne wohlbegründete Institution der Rechtsbücher an der Verderbtheit des Menschengeschlechts scheitern musste. Beide Ideen sind von unserem Standpunkte aus natürlich zu verneinen. Wir glauben an eine ständig fortschreitende Entwicklung des Menschengeschlechts, und wir erkennen den Satz nicht an, dass der sittenwidrige Zeugungsakt den schuldlosen Kindern ein Schandmal aufpräge — aber eben diese unrichtigen Ideen sind die Motoren des Fortschritts gewesen, sie haben zum Lichte, zur Wahrheit, zur Natur geführt; wie ja so oft die in der Menschheit waltenden Irrthümer dieselbe weiter vorwärts getrieben haben, als die besten Wahrheiten; wie so oft das Dunkel oder Halbdunkel für den Fortschritt besser gewesen ist, als die Tageshelle der Erkenntniss.

## § 8. Adoption.

Die künstliche Sohnescreirung hat bei den verschiedenen Völkern an verschiedene Anschauungen und Verhältnisse angesetzt; bald ist das Unterwerfungsverhältniss, bald das Blutsverhältniss mehr hervorgetreten, und gerade in letzterer Beziehung bietet uns das Recht der Naturvölker kräftige Züge: so das Zusammentreten des Adoptivvaters und Adoptivkindes auf dieselbe Haut, in denselben Schuh, insbesondere aber die Vermischung des durch Einschnitte oder Ritzung gewonnenen Blutes — ein Motiv, welches auch bei der Eheschliessung und Verbrüderung in den verschiedensten Varianten hervortritt<sup>1)</sup> — wie denn solche Züge das Verhältniss adeln und die ehemalige auf Sohnesraub oder Sohneskauf begründete Sohnesklaverei auf eine höhere Stufe erheben. In fortgeschrittenen Zuständen ist es ein drittes Element, welches dem Verhältniss eine höhere Weihe gibt und es in seinem sittlichen Lichte illustriert: das religiöse; und als religiöses Institut hat sich die Adoption in Indien entwickelt, religiös in seiner Form und religiös in seiner Tendenz und seinem Inhalte: in der Tendenz nämlich, im Sohne einen Fortsetzer des Hauspriesterthums zu schaffen, welcher die Todtenopfer vollziehe und dem Verstorbenen die Ruhe im Schattenreiche gewähre, vgl. auch Fustel de Coulanges, *la cité antique* p. 55. 56. Daher war auch der Akt der Adoption von einer Fülle religiöser Riten begleitet, welche die Aufnahme des Adoptivsohnes in das Heiligthum des neuen Hausstandes vermitteln sollten. Die Adoption war in ihrer Hauptentwicklungsperiode durchaus ein Institut des indischen Pontificalrechts. Lange Zeit, länger noch,

---

<sup>1)</sup> Vgl. bezüglich des altgermanischen Rechts Weinhold, *altnord. Leben* S. 287. 290. Ueber das interessante familienrechtliche Institut der Verbrüderung bei den Montenegrinern und Albanesen s. Gopcevic in Petermanns Mittheilungen B. 26 S. 418, bei den Malagassy, s. Sibree, *Madagaskar* (deutsche Ausg.) S. 249.



als die Ehe, bestand gerade dieses Institut in seiner religiösen Verbindung fort, — bis auch hier die Verbindung gelockert und schliesslich gelöst wurde; und diese Lösung ist erst das Werk moderner Zeiten gewesen: in den massgebenden Rechtsbüchern, in den epochemachenden monographischen Bearbeitungen des indischen Adoptionsrechts, der Dattaka Mîmâmsâ und der Dattaka Candrikâ ist das religiöse rituelle Element noch in voller Blüthe. Dass trotzdem auch hier die Verbindung gebrochen wurde, beweist zur Genüge, dass auch bei der religiösesten Nation die Verbindung des Rechtszwanges mit der in der Religion verkörperten Sittlichkeit nur eine Uebergangsform ist, welche mit Nothwendigkeit seiner Zeit überwunden wird. Es soll hiermit übrigens nicht behauptet werden, dass das religiöse Element das Institut völlig geschaffen habe, es soll nur gesagt werden, dass es dasselbe lange Zeit mindestens in einem grossen Theile Indiens beeinflusst, belebt und bestimmt hat, wobei dann die Riten zur blossen unverstandenen Formalität herabsanken und zuletzt unfähig wurden, als Bestandtheile des Rechtsorganismus weiter zu dienen<sup>2)</sup>.

Es ist nun hauptsächlich ein religiöser Gedanke, an welchen das Adoptionsinstitut angeknüpft hat, der Gedanke der geistigen Wiedergeburt, jener Gedanke der geistigen Neuschöpfung des Individuums, der bei so vielen Völkern sich an gewisse Weiheformen, an gewisse solenne Akte in einem bestimmten Lebensalter des Individuums anreicht und der insbesondere auch in Indien bezüglich der Mitglieder der drei höheren Kasten eine eminente Ausprägung gefunden hat, so sehr, dass die Bezeichnung als Wiedergeborene der Unterscheidungsname der drei ersten Kasten ist; der Akt der Weihe ist bekanntlich das Anlegen der heiligen Schnur, Manu II 36 fg., XI 63, das Upanâyana<sup>2a)</sup>. Da musste sich nun sofort der Weg erweisen,

<sup>2)</sup> Vgl. die allerdings sehr skeptisch angehauchten Bemerkungen von Nelson, prospectus p. 136 fg., welche wohl nur für gewisse Theile Südindiens völlig zutreffend sind.

<sup>2a)</sup> Wie bei den Persern, Spiegel, Erân S. 254.

um das Individuum in eine neue Familie überzuführen: man liess die Wiedergeburt in der neuen Familie, auf den Namen der neuen Familie vor sich gehen, damit war der Wiedergeborene wie durch eine Seelenwanderung in die neue Familie hinübergepflanzt; woraus man weiter folgerte, dass die Adoption dann präcludirt sei, wenn diese Feierlichkeit bereits in der natürlichen Familie vollzogen ist, da eine Wiederholung des Aktes als unstatthaft galt. Diesem Upanâyana nun gehen, wie auch bei andern Völkern, andere Riten in früheren Lebensjahren voraus, insbesondere der Ritus der Haarschur, welcher im dritten, vierten oder fünften Lebensalter zu geschehen pflegt, indem das Haupthaar bis auf eine oder wenige Locken — nach dem Gebrauch der Familie — abgenommen wird, vgl. *Manu* II 27. 35, V 67, *Âçvalâyana* I 17, vgl. auch *Synopsis of Hindu systems and sects* (übersetzt v. Foulkes 1860) p. 12. Auch diesem Ritus wohnt eine bestimmte initiatorische Bedeutung bei, und eine strengere Richtung konnte daher verlangen, dass bereits die Haarschur in der Adoptionsfamilie vollzogen sein musste, um ihr das Adoptivkind völlig einzuverleiben, während eine laxere Richtung es an dem Upanâyana genügen liess. Beide Richtungen sind im indischen Rechte vertreten; sie stützen sich beide auf eine Stelle aus *Kâlikâpurâna*, welche für die Benützung des Elementes der Wiedergeburt ausschlaggebend gewesen zu sein scheint, vgl. dieselbe bei *Jagann.* III 5 nr. 182. 183 p. 227 und in *Dattaka Mîmâmsâ* IV 22 p. 575, vgl. auch *Vasishtha* bei *Jagann.* III 5 nr. 24 p. 577. Die strengere Ansicht wird denn auch insbesondere von der *Dattaka Mîmâmsâ* vertreten, IV § 22—45 p. 575 fg., so dass hiernach die Adoption vor Ablauf des fünften Jahres geschehen müsse, ebenso *Jagann.* III p. 327; während die *Dattaka Candrikâ* II 25—31 sich der laxeren Anschauung anschliesst, wornach der Ritus des Upanâyana in der Adoptivfamilie genügt und darum auch die obige Altersschränke nicht gilt. Ja, der Verfasser des *Mayûkha* setzt sich, ch. IV s. 5 p. 58, über die ganze Stelle aus *Kâli-*

kâpurâna, und damit selbst über die Nothwendigkeit des Upanâyana in der Adoptivfamilie, hinweg, weil die Stelle sich nicht in allen Handschriften finde und daher verdächtig sei; auch andere indische Juristen, wie Kamalâkara verwerfen jede Beschränkung, und Krishnabhata deutet dieselbe Stelle in restriktivem Sinne so, dass sie sich nur auf die Adoption durch den König als seinen Nachfolger beziehe, vgl. dieselben bei Mandlik p. 471. 472 — man sieht, das indische Recht ist dem ganzen Standpunkte entwachsen: nicht mehr die Haarschur, ja selbst nicht einmal mehr das Upanâyana braucht heutzutage in der Adoptivfamilie vorgenommen zu werden; und nur eine vermittelnde Uebergangsmeinung ist es, wenn noch behauptet wird, dass das bereits in der natürlichen Familie vollzogene Upanâyana zwar dann die Adoption nicht ausschliesse, wenn die natürliche Familie zum nämlichen Stamme (gotra) gehört, wie die Adoptivfamilie, dass es aber andernfalls eine unübersteigliche Schranke für die Adoption bilde, vgl. Strange II p. 100. 111 und die Citate bei Mayne p. 118. Selbst die Dattaka Mîmâmsâ nimmt an, IV nr. 48 fg. p. 581, dass mindestens die Wirkung der Haarschur im väterlichen Haus durch ein Opfer bei der Adoption zurückgenommen werden kann. Vgl. im Uebrigen Mac Naghten p. 75, Morley I p. 21 nr. 79, Mayne p. 119.

So ist die Idee der Wiedergeburt nur ein vorübergehendes, aber sehr wirksames, Motiv in der Bildung des Adoptivinstituttes gewesen, ein Motiv, welches, nachdem es seine Dienste gethan, wieder verschwunden ist. Im Uebrigen beruht das Wesentliche des Adoptionsaktes in der Erklärung des in Adoption gebenden leiblichen Vaters und des Adoptanten. Der Sohn wird in Adoption gegeben, desshalb ist er der gegebene, der datta, der dattaka. Diese Erklärung wird begleitet von dem entsprechenden Opfer (dem datta homam) und von religiösen Hymnen, und geschieht mit einer gewissen Publicität, nach Einladung des Gemeindevorstehers und der Verwandten, Vasishtha bei Jagann. III 5 nr. 273 p. 320, Baudhâyana

in Dattaka Mimâmsâ V nr. 42 p. 594, Çaunaka ib. V nr. 2 fg. p. 588 und in Dattaka Candrikâ II nr. 1 fg. p. 637 und in Mayûkha IV s. 5 p. 52, vgl. auch ib. p. 64 — denn die Adoption ist ein Akt, bei welchem möglichste Publicität als Schutz gegen Uebereilung und Ueberhastung wünschenswerth ist. Diese Formalitäten nun werden von den zwei Hauptdattakaschriften für substantiell und unentbehrlich erachtet, mindestens insofern, als bei ihrer Unterlassung nicht die vollen Wirkungen der Adoption einträten, sondern der Adoptivvater nur verpflichtet werde, dem Kinde für eine eheliche Ausstattung zu sorgen und ihm soviel zu geben, als zur Bestreitung der Kosten der Ehe erforderlich ist, Dattaka Mimâmsâ V nr. 45. 46. 50. 56 p. 595, Dattaka Candrikâ II nr. 17 p. 646, VI 3 p. 662, Sutherland, Synopsis ib. p. 668, vgl. auch Vivâda Cintâmani p. 288. Doch hat sich die moderne Praxis auch über das Erforderniss dieser Formalitäten immer mehr hinweggesetzt, zuerst bezüglich der unteren Kasten, dann aber auch bezüglich der Brahmanen, vgl. Jagann. III p. 326. 327, Strange I p. 95, II p. 113. 126. 178, Morley I p. 19, Mayne p. 128, Mandlik p. 508<sup>3)</sup>. Der juristische Hebel, welcher hier die Trennung des religiösen Elementes vom juridischen vollzog und damit über jenen älteren Standpunkt hinweghalf, war der Gedanke, dass die betreffende Formsatzung nur als *lex imperfecta* gelte, indem ein mit Hintansetzung der Formvorschrift abgeschlossenes Geschäft dennoch gültig sei und diese Hintansetzung nur anderweitige Nachteile im Gefolge habe. Dieser Rechtsgedanke ist auch sonst ein mächtiger Hebel des juridischen Fortschrittes gewesen, und insbesondere hat der grosse Jurist Jîmûta Vâhana von demselben einen für die indische Jurisprudenz epochemachenden Gebrauch gemacht; es ist namentlich eine Stelle des Dâya-Bhâga ch. II nr. 30 p. 207, wo sich der Jurist (nach Colebrocke's Uebersetzung) äussert: *since it is denied that*

<sup>3)</sup> Anders Strange, manual § 106. 107 p. 27, welcher das *datta homam* für unentbehrlich hält.

a gift or sale should be made<sup>4)</sup>, the precept is infringed by making one. But the gift or transfer is not null, for a fact cannot be altered by a hundred texts — d. h. eine gesetzliche Verbotsbestimmung, welche ihre Vorschrift nicht zu einer Voraussetzung der Gültigkeit des Geschäfts erhebt, ist eine Verbotsbestimmung, welche sich auf das Rechtsgeschäft qua blosses Factum bezieht und eben einfach über ein solches Factum die entsprechenden Straffolgen verhängt, wie über ein anderes Factum. Das Rechtsgeschäft als Factum kann aber ebensowenig gesetzlich ungeschehen gemacht werden, als irgend ein anderes Factum. Die Frage wäre nun nur die, ob sich die betreffende Bestimmung nicht zur substantiellen constitutiven Voraussetzung der Rechtswirkung erhebt, so dass sie das Rechtsgeschäft in seiner rechtswirkenden Kraft bedingt, sich ihm nicht nur wie einem Factum gegenüberstellt, sondern ihm als einer rechtserzeugenden Macht entgegentritt. Auf diese Frage antwortet aber der Jurist implicite mit nein: eine Verbotsbestimmung steht im Zweifel dem Rechtsgeschäft nur wie einem Factum gegenüber, sie knüpft Strafe an dessen Eingehung, lässt es aber in seinem Bestande. Fragen wir nun aber gerade hier die indischen Juristen nach den Straffolgen, welche sich an die Verletzung der rituellen Formvorschriften der Adoption knüpfen, so entnehmen wir aus ihnen sofort, dass diese Straffolgen nur religiöser, nicht weltlicher Natur sind; und damit ist man denn geradeaus zum Satze gekommen: Da die Unterlassung der Form bloss religiöse, keine weltlichen Folgen hat, so ist die ganze Formvorschrift bloss von religiöser Bedeutung, sie hat keine juridische Relevanz mehr, sie entfällt der juridischen Betrachtung. Als juridisch wesentlich bleibt nur übrig die rechtsgeschäftliche Erklärung des natürlichen und des Adoptivvaters, welche mündlich in Gegenwart des Adoptivkindes abzugeben ist.

Wie die religiöse Auffassung lange Zeit die Form be-

<sup>4)</sup> Es handelt sich um die Frage über die Gültigkeit der Veräusserung einer Gesamteigenthumsportion.

herrschte, so auch die inneren Substantialien des Geschäftes. Da der Adoptivsohn wegen der Todtenopfer adoptirt wird, welche in Ermangelung männlicher Descendenten unvollzogen bleiben würden, so kann nur der adoptiren, welcher keinen Sohn oder sonstigen agnatischen Nachkommen hat, Atri in Datt. Mîm. I nr. 3 p. 532 und Datt. Mîm. selbst nr. 6 und 13 ib., Datt. Candr. I nr. 3 p. 629, Kullûka zu Manu IX 168, Mayûkha IV. s 5 p. 63, wobei ein zum Todtenopfer unfähiger Sohn nicht in Betracht kommt, vgl. die Enquête bei Steele p. 381. Umgekehrt soll aber auch, wer nur einen Sohn hat, denselben nicht in Adoption geben, weil er sich damit selbst um das Todtenopfer bringt, Vasishtha bei Jagann. III 5 nr. 273 p. 320, Çaunaka in Datt. Mîm. IV nr. 1 p. 571 und Datt. Mîm. selbst ib. nr. 2 fg., Mitâksharâ I s. 11 nr. 11 p. 416, Sarasvatî-Vilâsa s. 368 p. 74, Vivâda Cintâmani p. 74, Steele p. 384; und auch unter mehreren Söhnen soll man nicht den ältesten hingeben, Mitâksharâ a. a. O. nr. 12, Mayûkha IV s. 5 p. 63, Sarasvatî-Vilâsa s. 369 p. 74, vgl. auch Manu IX 106. 107, weil der älteste Sohn als der aus Pflicht gezeugte Sohn unter den Söhnen eine besonders bevorzugte Stellung einnimmt. Alle diese Bestimmungen aber werden im modernen Rechte nur als Bestimmungen religiöser Natur ohne rechtliche Zwangskraft betrachtet, da eine damit im Widerspruch stehende Adoption doch juristisch aufrecht erhalten wird und eine weltliche Straffolge nicht angedroht ist; vgl. insbesondere die ausführliche Erörterung bei Mandlik p. 496 fg. und die dort allegirten zahlreichen Entscheidungen, ferner die Entscheidungen bei Jyer in Note zu Smriti Candrikâ p. 144, bei Morley I p. 16 fg. und bei Mayne p. 120.

Ganz ähnlich verhält es sich <sup>5)</sup> mit der weiteren Bestimmung, dass der Adoptirte womöglich aus den nächsten Verwandten des Adoptivvaters genommen werden soll, also der Brudersohn

---

<sup>5)</sup> Vgl. auch schon Manu IX 141.

u. s. w., Vasishtha bei Jagann. IV 5 nr. 273 p. 320, Çau-naka in Datt. Mîm. II nr. 2 p. 547, Vriddha Gautama ib. nr. 4, Datt. Mîm. selbst ib. nr. 5 fg., Datt. Candr. I nr. 20 p. 632, Mitâksharâ I s. 11 nr. 14 p. 418, Mayûkha IV 5 p. 53, vgl. auch Mac Naghten p. 71. In dieser Beziehung hat eine merkwürdige Stelle Manu's eine grosse Rolle gespielt, worin gesagt ist, dass, wenn von mehreren Brüdern der eine einen Sohn hat, dieser als der Sohn sämtlicher Brüder zu betrachten sei, Manu IX 182, vgl. auch Brihaspati in Datt. Mîm. II nr. 71 p. 563, Brihat Parâçara ib. II nr. 53 p. 559, Hârîta bei Varadarâja (Burnell) p. 27 — eine höchst archaistische Anschauung, welche an jene Völker erinnert, die den Bruder des Vaters dem Vater gleichstellen und für beide nur eine Bezeichnung haben<sup>6)</sup>, und welche noch mächtig an polyandrische Verhältnisse gemahnt, wo die mehreren Brüder eine oder mehrere Frauen gemeinschaftlich haben; wie denn auch der Verfasser der Datt. Mîm. II nr. 49 p. 558 ganz richtig den bekannten mythischen Fall der Prinzessin Draupadî herbeizieht, welche die Sage an fünf Prinzen zugleich vermählte, vgl. Lassen, indische Alterthumskunde I S. 642, meine Abhandl. in der krit. Vjschr. N. F. IV S. 11 No. Offenbar passt diese Stelle nicht mehr in das spätere indische System; denn nach diesem wird der Oheim nur dadurch zum Vater des Brudersohnes, dass er diesen adoptirt; wesshalb man sie denn auch vielfach theils dahin umdeutet, dass der Brudersohn eben lediglich der nächste an der Adoption sei, theils in irgend einer andern Weise durch Interpretation unschädlich zu machen sucht, Datt. Mîm. II nr. 37 fg. 50 fg. p. 554. 558, Datt. Candr. I 21. 22 fg. p. 633, Smriti Candrikâ X nr. 8 fg. p. 143.

<sup>6)</sup> Vgl. ausser dem bekannten Werke von Lewis Morgan neuerdings besonders Taplin in Woods, the native tribes of south Australia (1879) p. 49 fg. Hierüber, wie über die Rechtsverhältnisse der Australneger überhaupt, gedenke ich mich in meinem Buche über die Rechtsverhältnisse der Naturvölker zu verbreiten.

Ist damit auch diese Gebotsbestimmung in praxi eliminirt, so wird eine weitere materielle Vorschrift, obgleich von der Jurisprudenz grossentheils noch aufrecht erhalten, gerade in neuester Zeit sehr lebhaft bekämpft. Wie unser occidentalisches Recht den Satz aufstellt: *adoptio imitatur naturam*, und daraus gewisse Consequenzen zieht, so verlangt das indische Recht *putracchâyâ*, d. h. Sohnesähnlichkeit des zu Adoptirenden, so dass z. B. ein Jüngerer nicht einen Aelteren adoptiren kann u. s. w. Daraus nun, und aus einer Stelle von Çaunaka, hat man den Schluss gezogen, dass kein Mann einen solchen adoptiren könne, der von einer Mutter geboren ist, mit der er ihn nicht hätte zeugen dürfen: also nicht den eigenen Bruder, nicht den Tochtersonn (*dauhitra*) und nicht den Sohn der Schwester (*bhâgineya*). Dieser Schluss wird gezogen in *Datt. Mîm. V* nr. 16 fg. p. 590 und *II* nr. 30. 32. 33 p. 552 und in *Datt. Candr. II* nr. 8 p. 638; nur den Çûdras wird eine solche Adoption erlaubt. Ganz entgegengesetzt allerdings *Mayûkha*; denn dieser scheint nach *Mandliks* Uebersetzung p. 53. 54 dahin zu zielen, dass die Wahl des *dauhitra* und *bhâgineya* bei Çûdras geboten, bei andern Kasten nicht geboten, aber erlaubt sei. *Mandlik* citirt auch andere Texte, welche eine solche Adoption gestatten, wie *Yama*, p. 483, und jedenfalls ist die Bestimmung in vielen Theilen, besonders des südlichen Indiens, ausser Uebung, *Nelson*, prospectus p. 133, *Mandlik* p. 478 fg., obgleich sie von den englischen Gerichten auch hier noch mehrfach aufrechterhalten wurde, *Morley I* p. 18 nr. 59, vgl. aber auch p. 21 nr. 80, *Strange II* p. 100, *Mayne* p. 113.

Anders verhält es sich mit dem Erforderniss der Kastengleichheit; denn dieses Erforderniss wird im Gegentheil heutzutage viel strenger behandelt, als früher. Zwar entnahm man schon früher dieses Postulat dem *Manu*, IX 168, allein man pflegte die Adoption aus niederer Kaste als Adoption minderen Rechts aufrechtzuerhalten, indem man dem Adoptivkinde mindestens Unterhaltsansprüche gewährte, *Dâya-Bhâga*



X nr. 13 p. 302, Dâya-krama-sangraha VII nr. 23. 24 p. 516. Wie aber unser eisernes Zeitalter überhaupt in der Kastenscheidung strenger geworden ist, so auch bezüglich der Adoption, und darum gilt eine derartige Adoption als null und nichtig, vgl. Mayne p. 115; daher hält man auch die Adoption des illegitimen Kindes für unzulässig, weil dieses unter der Kaste des Erzeugers steht, vgl. Strange, manual § 96 p. 25. und oben S. 407.

Mit dem religiösen Charakter der Adoption hängt auch die energische Wirkung derselben zusammen, die Wirkung, dass der Adoptivsohn vollständig aus der natürlichen Familie aus- und in die Adoptivfamilie eintritt: er verlässt die sacra des väterlichen Hauses und folgt den sacra seines neuen Vaters, so Manu IX 142, Smriti Candrikâ X nr. 14 p. 145, Datt. Mîm. VI nr. 6 fg. p. 599, Datt. Candr. II 19 p. 640; er erlangt vollständiges Erbrecht, nicht nur gegenüber dem Adoptivvater, sondern auch gegenüber sämtlichen Agnaten desselben, Kârshnâjini in Datt. Mîm. VI nr. 33 p. 608 und Datt. Mîm. selbst VI nr. 32 fg. p. 607, Datt. Candr. V nr. 22. 24 p. 658, III nr. 18 p. 650, Morley I p. 308 nr. 25 — was allerdings Jîmûta Vâhana in Dâya-Bhâga X nr. 7 und 8 p. 300 auf Grund eines Ausspruchs von Devala (bei Jagann. III 5 nr. 190 p. 232) bestreitet, während er doch, ebenso wie sein Gewährsmann, ein solches Erbrecht dem von seinen natürlichen Eltern verstossenen und folgeweise adoptirten, dem apavidha, gestattet; dieser Vorzug des apavidha vor dem dattaka ist aber eine Eigenheit weniger Rechtsquellen und steht mit der grossen Mehrzahl der Rechtsbücher im Widerspruch, kann daher nicht als das durchgehende Resultat der indischen Rechtsentwicklung gelten. Der Adoptirte erlangt aber auch ein Erbrecht gegenüber der Ehefrau des Adoptivvaters und gegenüber dem Vater der Ehefrau und den Agnaten desselben; ja, wenn der Adoptivvater mehrere Frauen hat, tritt er in ein solches Verhältniss zu einer jeden derselben, Datt. Mîm. VI nr. 50 fg. p. 612, Datt. Candr. III nr. 17

p. 650; noch mehr, das erbrechtliche Verhältniss entspinnt sich auch zu den Bandhus oder Cognaten des Vaters und der Mutter, was jedoch zu sehr in das erbrechtliche Gebiet einschlägt, als dass es hier seine Entwicklung finden könnte. Ebenso gehört die interessante Frage, wie der Adoptivsohn zu behandeln ist, wenn neben ihm legitime Söhne existiren, insbesondere, wenn solche nach der Adoption nachgeboren werden, dem Erbrecht an; daher kann sie an diesem Orte übergangen werden.

Uebrigens sind die Wirkungen der Adoption nicht nur möglichst umfassend, sie sind auch unwiderruflich, unzerstörbar, unauflöslich; was gleichfalls mit dem religiösen Elemente in der Adoptionslehre zusammenhängt, vgl. die Entsch. bei Morley I p. 24 nr. 101 fg. und Strange, manual § 120 p. 29.

Noch sind hier zwei Erscheinungen des indischen Adoptionsrechts zu entwickeln, welche ein ausserordentliches juridisches Interesse bieten. Einmal der Dvyamushyâyana oder Sohn zweier Väter. Das normale Resultat der Adoption ist, wie erwähnt, nicht nur ein positives, sondern auch ein negatives: der Adoptivsohn tritt in die Adoptivfamilie ein, er tritt aber auch aus der natürlichen Familie heraus. Sollte nun aber nicht eine Ankindung in der Art möglich sein, dass der Adoptirte, indem er in die neue Familie eintritt, zugleich in der alten verbleibt? dass er neue Familienbeziehungen erwirbt, ohne die alten zu verlieren? Das indische Recht hat die Frage bejaht, und weist so die interessante rechtliche Erscheinung auf, dass eine Person zweien Familien angehört und in beiden volle Familienrechte und Familienpflichten hat. Uebrigens ist diese Erscheinung nicht dem Adoptionsrechte eigen; schon oben ist erwähnt, dass man unter Umständen eine Concurrenz der Vaterrechte des natürlichen Erzeugers mit den Vaterrechten des Ehemannes der Mutter angenommen hat, insbesondere wenn der natürliche Erzeuger keine Söhne hatte oder wenn ein solches Resultat speciell vereinbart worden war, Nâra da XIII 23,

Mitâksharâ I s. 10 p. 406 fg. und oben S. 399. Vor Allem aber bot sich diese Rechtsfigur in dem Falle als Aushülfsmittel dar, wo der einzige Sohn seines natürlichen Vaters, insbesondere der einzige Sohn des Bruders, adoptirt werden sollte: es wurde hier bei der Adoption ausdrücklich bedungen, dass der Sohn beiden Familien angehören solle und wurden die Riten auf beide Familien gestellt; auf diese Weise, aber auch nur auf diese Weise sollte es erlaubt sein, den einzigen Sohn in Adoption zu geben. Diese Rechtsfigur musste sich insbesondere aufdrängen angesichts der oben erwähnten Bestimmung Manu's IX 182, wornach der Sohn des einen Bruders zugleich der Sohn der andern Brüder sei; und auch die indische Sagenwelt kennt Beispiele von Doppelsöhnen, welche der Theorie weitere Anhaltspunkte boten, vgl. den in Datt. Mîm. II nr. 45 p. 536 erzählten Fall des Suvesha, des Sohnes von Bhairava und Vetâla; wohl haben auch Reminiscenzen ehemaliger polyandrischer Verhältnisse und die Beispiele polyandrischer Einrichtungen bei benachbarten Völkern wesentlich dazu beigetragen, diese Rechtsbildung zu reifen, welche denn auch in den Dattakawerken umständlich erörtert wird, Datt. Mîm. II nr. 38 fg. p. 554, VI nr. 34 fg. p. 608 und nr. 47 fg. p. 612, Datt. Candr. V nr. 33 p. 661 und II nr. 36 fg. p. 645, und die dort nr. 39 cit. Stelle aus Paithînasi, vgl. auch Mayûkha IV s. 5 p. 60.

Ein zweites interessantes Rechtsinstitut ist die Wittwenbeauftragung: der Auftrag an die Wittve, einen Sohn für den verstorbenen Ehemann zu adoptiren, welcher Sohn dann nicht etwa der Adoptivsohn der Wittve ist, sondern als der Sohn des verstorbenen Ehemanns gilt und alle Rechte eines posthumus genießt, vgl. meine Abhandl. in der krit. Vjschr. N. F. IV S. 19 <sup>7)</sup> — ein in doppelter Beziehung lehrreiches Institut;

---

<sup>7)</sup> Ein Beispiel solcher Autorisation gibt Strange II p. 97. Darin heisst es u. A.: I— permit you to adopt a son. After my death, whenever you may meet with a child, you may adopt him in my name.

denn einmal bietet es eine treffende Analogie zum Salmann, zum Testamentsvollstrecker; wie diesem, kann auch der Frau das Wahlrecht und die Verfügungsfreiheit in grösserem oder geringerem Umfange überlassen werden: also ein weiteres Beispiel eines indirekt nachwirkenden Rechtsaktes des Erblassers, eines Rechtsaktes, welcher nicht die Disposition selbst enthält, sondern dieselbe in den Willen eines Dritten stellt, in *alterius voluntatem committit*. Sodann findet sich hier eine besondere Art des *posthumus*, der die vollen Vermögensverhältnisse in Schwebe zieht, um, wenn er erscheint, die *hereditas* vom Tode des Erblassers an in seinen Bereich zu bringen, vgl. auch Mac Naghten p. 73, Morley I p. 24 nr. 99. Offenbar hat das Institut im indischen Rechte lange Zeit die Stelle des Testaments vertreten, welches ja in Indien sehr modernen Ursprunges ist, vgl. meine cit. Abhandl. S. 14. Und dass das indische Recht gerade zu diesem Hilfsmittel gelangt ist, erklärt sich leicht aus der grossen und langanhaltenden Bedeutung des *Niyogainstitutes*. Solange der *Niyoga* in Uebung war, erzeugte die Wittve dem verstorbenen Ehemanne leiblich einen Sohn nach; als das Institut in Abgang kam, creirte sie einen solchen durch Adoption, durch Rechtsakt.

Uebrigens ist die ganze Lehre von der stellvertretenden Adoption der bevollmächtigten Wittve in Indien nicht ohne Widerspruch geblieben; und insbesondere ist es eine Hauptautorität, Nanda Pandita, der Verfasser der *Dattaka Mîmâmsâ*, welcher dasselbe energisch bekämpfte, I nr. 15 fg. p. 534. Ueberträgt man seine Argumentation in unsere occidentale Denkweise, so lautet sie ungefähr so: „Die Autorisation des Mannes ist unentbehrlich, da ja die Adoption in seinem Namen geschieht; eine solche Autorisation muss aber mit dem Tode erlöschen und kann das Leben des Autorisirenden nicht überdauern“. Ganz richtig, im Allgemeinen: sofern nämlich das Recht keine solche Fortdauer speciell statuirt; und in dieser Hinsicht hat daher Nanda Pandita schärfer gedacht, als andere indische Juristen, welche die Fortdauer einer solchen

Autorisation als etwas selbstverständliches ansahen und demgemäss unser Institut in der Praxis als etwas ganz unbedenkliches vertraten. Allein diese minder scharfen Juristen haben durch ihren Irrthum dazu beigetragen, die instinktiv waltende Rechtsidee des Bevollmächtigungsinstitutes zur Entfaltung zu bringen und ihm seinen Weg in das Gewohnheitsrecht zu bahnen, so dass das Institut jetzt unzweifelhaft in gewohnheitsrechtlicher Geltung ist und der spezielle Rechtssatz sich seine gewohnheitsrechtliche Macht errungen hat, vgl. hiezu *Mayûkha* IV s. 5 p. 57, sodann die Entscheidungen bei *Strange* II p. 92 fg., bei *Morley* I p. 12 fg., in *Strange, manual* § 67 fg. p. 19 und bei *Mayne* p. 95. Ja, nach dem *Mayûkha* bedarf die Frau nicht einmal einer Autorisation, sie kann den Akt ohne Bevollmächtigung vollziehen, weil dieses Vollmachtsbedürfniss nur für die Zeit der Ehedauer obwaltete — womit allerdings der richtige Standpunkt völlig verschoben ist: denn es handelt sich ja nicht um eine Adoption der Frau für sich, sondern um eine solche für ihren verstorbenen Mann. Andere halten, zwar nicht die Autorisation des Ehemannes, wohl aber die nachträgliche Autorisation seiner *Sapindas* für erforderlich, ähnlich wie ehemals bei dem *Niyoga*-institut, vgl. *Steele* p. 48 und die *Enquête* ebenda p. 390 fg. Auf nähere Details des Institutes, wie z. B. auf die Frage, ob die Wittve nach Wegfall des Adoptivsohnes zu einer zweiten Adoption schreiten darf, vgl. *Strange, manual* § 74 p. 20, kann hier nicht eingegangen werden, da seine Entwicklung in den verschiedenen Gegenden verschieden war und daher auch in Einzelheiten zu verschiedenen Resultaten führen musste. Doch scheint es sicher zu sein, dass es der Wittve nicht gestattet ist, auf Grund einer Autorisation gleichzeitig eine Mehrheit von Söhnen zu adoptiren; denn das würde über den Zweck des extraordinären Institutes hinausgehen. Vgl. *Dattaka Çiromani and Dattaka Tilaka, remarks by a barrister* (Calc. 1867) p. 8 fg.

In manchen Gegenden ist übrigens das Institut ganz

reprobirt geblieben, insbesondere in Mithilâ; denn hier stand die Autorität des Vivâda Cintâmani entgegen, welcher (p. 74) dasselbe verwirft, freilich aus dem unzureichenden Grunde, weil die Frauen zur Opferhandlung unfähig sind, während doch diese Unfähigkeit durch männliche Assistenz beim Opferakte gehoben werden kann; vgl. Note zu Mitaksharâ I s. 11 nr. 9 p. 415.

Neben der, offensichtlich unter religiösem Einflusse hervorgebildeten, Dattakaform kennt das indische Recht eine unvollständige Adoption, eine minus plena adoptio, welche ich als die adoptio naturalis bezeichnen möchte, weil sie nicht über das unmittelbare Bedürfniss hinausgeht und lediglich Rechtsbeziehungen zwischen dem Kind und dem Adoptanten schafft, im übrigen aber die bestehenden Familienverhältnisse intakt läßt. Es ist die Kritrima-adoption, welche zwar im Allgemeinen durch die Dattakaform ziemlich verdrängt wurde, aber coutumiär noch fortlebt; so insbesondere in Mithilâ, vgl. Jagann. III p. 355 No., Sutherland, synopsis (in Stokes hindu law-books) p. 677 fg., Mayne p. 171 — aber nicht in Mithilâ allein, auch in Südindien und auf Ceylon, vgl. Nelson prospect. p. 122, Mayne p. 174 und die dort cit. Diese Adoption vollzieht sich ohne religiöses Element, und die einzige Voraussetzung ist: Gleichheit der Kaste, Morley I p. 22 nr. 84, und auch dies nur, wo die coutumiäre Bildung nicht entgegen ist. Sie bewirkt keinen Umtausch der Familie, und ihre einzige Folge ist Erbrecht des Adoptirten gegenüber dem Adoptanten, Morley I p. 23 nr. 96—98; daher auf diese Weise auch eine Frau für sich adoptiren kann, selbst eine Ehefrau; ja selbst das ist möglich, dass der Ehemann das eine Kind, die Ehefrau ein anderes zum kritrima hat, ebenso wie bei uns ein jedes ein Testament für sich machen kann. Für die ehemalige allgemeine Geltung dieser Adoptionsform spricht ihre Erwähnung in den Rechtsbüchern, z. B. Manu IX 159: aurasah kshetrajaç caiva dattah kritrima — —, Yâjnav. II 131: kritrimah syât svayam kritah u. s. w., vgl.

auch Mitâksharâ I 11 nr. 17 p. 418 und Datt. Mîm. II 65 p. 547.

Vollständig verworfen ist dagegen im Kalizeitalter die rohe Form der Adoption durch wirklichen Sohneskauf, nachdem schon die Rechtsbücher den gekauften Sohn, den krîta in der Rangordnung tiefer locirt hatten. Auch schon Âpastamba II 6, 13 § 11 spricht sich sehr energisch gegen den Verkauf der Kinder aus, und in Yâjnav. III 236 wird derselbe als sündhaft erklärt, während andere, wie Kâtyâyana bei Jagann. II 2 ch. 4 nr. 7 p. 220, ihn zwar gestatten, aber nur im Falle der Noth. Zwar könnte man erwidern, dass diese Bestimmungen nur gegen den Verkauf in die Sklaverei, nicht gegen den Verkauf in die Adoption gerichtet seien; aber offenbar war beides kaum erheblich verschieden: der krîta war eine geringere Sorte von Sohn, welcher dem Sklaven, wenn nicht glêich, so doch ziemlich nahe stand; vgl. auch Grimm, Rechtsalterth. I S. 461, Hearn, Aryan household p. 94. Interessant ist übrigs eine Notiz aus Çuddhiviveka in Colebrooke's Mitâksharâübersetzung p. 418, wornach in manchen Gegenden dem kritrima von dem Adoptivvater ein Viehstück gegeben zu werden pflegt; was darauf hinzudeuten scheint, dass die Kritrimaform aus dem Sohneskauf hervorgegangen sei, und sich von diesem Sohneskauf in manchen Gegenden als Ueberrest noch eine *emptio venditio dicis gratia* erhalten habe, vgl. auch Mayr S. 122: das wäre wieder ein Fall, wo sich das rohere Realgeschäft verfeinert, aber noch die alte Geschäftsform an sich behalten hätte. Jedoch beruht die ganze Sache in diesem Falle auf einer einfachen Notiz, und jedenfalls darf aus dem Namen nichts derartiges geschlossen werden; denn kritrima hängt nicht mit dem Stamme krî kaufen zusammen (wie krîta = der Gekaufte), sondern es stammt von kar „verfertigen“, und es bedeutet daher kritrima nicht der gekaufte, sondern der künstlich creirte, der artificielle Sohn.

Noch zählen die Rechtsbücher zwei Arten von künstlichen Söhnen auf, den selbstgegebenen oder svayamdatta, und den

verstossenen oder apavidha; der erstere ist der, welcher sich, der Eltern beraubt, zur Adoption selbst angetragen hat; der letztere der, welcher, von den Eltern verstossen oder ausgesetzt, an Kindesstatt angenommen worden ist; offenbar handelt es sich hier um Fälle, wo einer in der Noth und Hülfslosigkeit von jemanden aufgenommen worden ist und nunmehr beschränkte Sohnesrechte genießt. Beide Arten von Kindescreirungen sind in dem Kalizeitalter ausser Uebung gekommen, vgl. die oben bei Aufzählung der zwölf Sohnesarten citirten Stellen, Jagann. III p. 357. 361, Mayr S. 123 fg.

Auch im Adoptionsrechte bewährt sich die hohe Stufe indischer Rechtsentwicklung. Wenige Völker werden ein so artifizielles Rechtsinstitut, wie die Adoption, in so durchdachter Weise durchgebildet haben. Dabei darf man sich auch hier nicht beirren lassen von der spitzfindigen, wortzerpflückenden Methode indischer Juristen von der Art eines Nanda Pandita, hinter dessen Argumenten es oft schwer ist, den logischen Faden, den richtigen Gang der Schlussfolgerung zu entdecken. Die Rechtsentwicklung ist auch hier eine Sache des instinktiven Lebensdranges, eine Sache der Reibung der Interessen gewesen, nicht die Frucht dialektischer Evolutionen, welche noch niemals ein Recht aus sich hervorgebracht haben.

### § 9. Eheliches Vermögensrecht.

Auch das indische Recht ist von dem Standpunkte ausgegangen, dass die Ehefrau keine individuelle Erwerbsfähigkeit besitze und nur für das Familienvermögen oder bezw. für das Vermögen des Hausvaters<sup>1)</sup> erwerben könne. Eine deutliche Spur dieses Rechtszustandes ist uns in Manu VIII 416 erhalten, wornach die verheirathete Frau, wie der Haussohn und der Sklave, zu den Personen gehört, welche nicht in der Lage seien, eigenes Vermögen zu besitzen; vgl. hierüber

---

<sup>1)</sup> Das eine ist die ursprüngliche, das andere die spätere Auffassung: das Hausvermögen wird später zum Vermögen des Hausvaters.



Jolly, rechtl. Stellung der Frauen S. 5 (Sep.-Abdr.). Dieses ist aber durchaus nicht mehr der Rechtszustand des späteren indischen Rechts, und der Ausspruch Manu's ist, wie so viele Aussprüche dieses Rechtsbuches, nur eine dankenswerthe Reminiscenz, ein höchwichtiges Fundstück aus früherer Zeit, welches über den Rechtszustand früherer Tage ein helles Licht verbreitet; ein Fundstück, welches allerdings für die indischen Dogmatiker grosse Schwierigkeiten bot, indem sie von ihrem Standpunkte aus genöthigt waren, es in irgend einer künstlichen Verkleidung und Umdeutung ihrem späteren Systeme einzufügen, vgl. insbesondere die Smriti Candrikâ ch. 9 s. 1 nr. 13 p. 109.

Die individuelle Erwerbskraft der Ehefrau hat sich in ganz analoger Weise entwickelt, wie die Erwerbsfähigkeit des römischen Haussohnes; hier wie dort schuf man ein Peculium, indem man einen bestimmten Vermögenskreis zuerst faktisch aus dem Gesamtvermögen ausschied, der Ehefrau gewisse Befugnisse daran gewährte, ihr diesen Vermögenskreis seiner Zeit bei der Beerbung als praecipuum zukommen liess, bis sich endlich die Hülle von selbst sprengte und man der Ehefrau schon während der Ehe ein Eigenthum an diesen Vermögensobjekten gewährte; wobei aber bald dem Ehemanne gewisse Benützungs-, Verwaltungs- und Verfügungsrechte verblieben, bald auch ein gewisses Erbrecht des Ehemannes oder seiner Familie als Ueberrest ehemaliger umfassender Berechtigungen sich erhielt.

Oefters ist im Lauf der Rechtsentwicklung aus diesem Peculienverhältniss das Mit- oder Gesamteigenthum der Ehegatten an der Vermögensgesammtheit hervorgegangen, indem man die einzelnen Vermögenskreise nicht mehr ausschied, sondern einem jeden Ehegatten ein Theilrecht am Ganzen zuerkannte<sup>2)</sup>, allerdings unter Aufrechterhaltung der leitenden Autorität des

---

<sup>2)</sup> Man vergleiche z. B. die Entwicklung der Morgengabe bei den Langobarden und Franken, Schröder, Gesch. des ehelichen Güterrechts I S. 84 fg. 91 fg., Solm, fränk. Recht und röm. Recht S. 60.

Mannes. Noch öfters aber dürfte diese Gütergemeinschaft, welche ich als die vollkommenste Repräsentation der ehelichen Verhältnisse nach der Vermögensseite hin betrachte, aus den erbrechtlichen Bildungen hervorgegangen sein: man pflegte nach dem Tode des Mannes der Ehefrau eine Quote des Erbvermögens zuzuweisen<sup>3)</sup>; ebenso wies man ihr eine Quote zu, wenn eine Theilung schon zu Lebzeiten des Hausvaters stattfand. Dabei wurde ihr entweder das Peculium noch daneben als Voraus zugewiesen oder dasselbe wurde in den Frauentheil mit eingerechnet. Offenbar musste sich dies als eine angemessene Versorgung herausstellen, auch ergab es sich aus der Gleichstellung der Hausfrau mit der filiafamilas von selbst, sobald man dazu gekommen war, auch der Haustochter neben den Haussöhnen ein Erbrecht zuzuerkennen.

Ein solches Theilrecht hat in sich den Keim der Fortbildung: besteht eine unantastbare Anwartschaft auf eine solche Erbquote, so drängt sich von selbst die Idee auf, dass auch schon im ungetheilten Zustande dem künftigen Theilungsgenossen nicht bloss ein zukünftiges, sondern ein bereits gegenwärtiges Recht am Gesamtgute zustehe; und diese Auffassung gewinnt an Kraft, sobald es Rechtssatz wird, dass der Frau im Fall der Kinderlosigkeit das ganze Vermögen zufällt. Näher auf diesen Entwicklungsgang einzugehen, muss anderen Arbeiten vorbehalten bleiben; denn das indische Recht ist nicht bis zur Gütergemeinschaft gelangt, sondern auf dem Wege dazu stecken geblieben. Zwar haben die Rechtsbücher der Frau im Fall der Abtheilung des Familiengutes, sowohl bei Lebzeiten als nach dem Tode des Mannes, eine Quote zugesichert, so Vishnu XVIII 34, so Nârada XIII 12, so Datta bei Jagann. IV 5 nr. 415 p. 189, so Yâjnav. II 115, und zwar dieser letztere einen Sohnestheil, wenn die Frau kein Proprevermögen hat; so auch die Mitâksharâ I s. 2 nr. 9 p. 379 und s. 7 nr. 1

<sup>3)</sup> Vgl. auch Schröder, Gesch. des ehelichen Güterrechts II 1 S. 170 fg., II 2 S. 173 fg., II 3 S. 23 fg. 36 fg. 43 fg. 119 fg. 146 fg. 232 fg., Weinhold, die deutschen Frauen II S. 35 fg.

und 2 p. 397, II s. 11 nr. 35 p. 466, welche aus Yâjnav. II 115 in Combination mit II 148 den weitem Satz entwickelt, dass, wenn die Frau kein Proprevermögen hat, ihr eine ganze Sohnesportion, andernfalls eine halbe Sohnesportion zuzuweisen sei, oder vielmehr soviel, als nöthig, um das Proprevermögen zur Sohnesportion zu ergänzen, vgl. auch Dâya-Bhâga III s. 2 nr. 29—32 und die dort citirte Stelle aus Vyâsa, Smriti Candrikâ IV nr. 12 p. 49, Varadarâja (Burnell) p. 9, Parâçara Mâdhavîya (Burnell) p. 15, West und Bühler, digest II p. 19 fg. 29 fg. Ganz ähnlich pflegte man ja auch der Tochter neben den Söhnen etwa  $\frac{1}{4}$  eines Sohnestheiles zuzuweisen als Mittel der Ausstattung, Vishnu XVIII 35, Manu IX 118, Yâjnav. II 124, Mitâksharâ I s. 7 nr. 5 p. 398, Dâya-Bhâga III s. 2 nr. 34. 35 p. 232 und die daselbst citirten Stellen aus Brihaspati und Kâtyâyana, Smriti Candrikâ IV nr. 18 fg. p. 51, Sarasvatî-Vilâsa s. 121 fg. p. 24. Und wenn der Ehemann ohne männliche Nachkommen stirbt, erbt ja die Wittve das Ganze, wenn auch mit beschränkter Verfügungsgewalt, worauf hier nicht näher einzugehen ist, Vishnu XVII 4, Yâjnav. II 135, Mitâksharâ II s. 1 nr. 5 fg. p. 428 und die daselbst citirten, Dâya-Bhâga XI s. 1 nr. 6 fg. p. 305 und die daselbst nr. 7 citirte Stelle aus Brihat Manu, Mayûkha IV s. 8 p. 77, Smriti Candrikâ XI s. 1 nr. 3 fg. p. 149, Vivâda Cintâmani p. 289, Varadarâja (Burnell) p. 33, Parâçara Mâdhavîya (Burnell) p. 25.

Alles dieses sind Motive genug, um ein eheliches Gesammteigenthum nach Art der allgemeinen Gütergemeinschaft aus sich zu entwickeln; und man könnte um so mehr eine solche Entwicklung erwarten, wenn man bedenkt, wie eifrig sich die indische Jurisprudenz mit der Frage befasst hat, ob der Erwerb durch Theilung ein Neuerwerb oder nur die Auseinandersetzung eines schon früheren Habens ist, Mitâksharâ I s. 1 nr. 7 fg. 17 fg. p. 366. 372, Dâya-Bhâga I nr. 13 fg. p. 186 und dazu die Note von Çrîkrishna. Allein ver-

schiedene Verhältnisse standen dieser Bildung entgegen; so insbesondere die Polygamie und das Verstossungsrecht des Mannes; beides war der Entwicklung eines präsenten Frauenrechts am Familiengute nicht günstig: ein deutlicher Beweis, wie sehr die Gestaltung der Eheverhältnisse auf das eheliche Vermögensrecht influirt. Hätten die monogamischen Strömungen, welche das indische Recht aufweist, die Oberhand gewonnen, so wäre die Entwicklung der ehelichen Gütergemeinschaft wahrscheinlich gewesen. Ansätze dazu bieten denn auch die Rechtsbücher in höchst sprechender Weise; man vergleiche nur die schöne Stelle, in welcher Brihaspati das Erbrecht der Wittwe rechtfertigt (in *Dâya-Bhâga* XI s. 1 nr. 2 p. 303 nach Uebersetzung von Colebrooke): a wife is declared by the wise to be half the body of her husband, equally sharing the fruit of pure and impure acts; of him, whose wife is not deceased, half the body survives. How then should another take his property, while half his person is alive? Let the wife of a deceased man, who left no male issue, take his share, notwithstanding kinsmen, a father, a mother or uterine brother be present. Und noch näher streift *Apastamba* II 6, 14 § 16. 17 an diese Idee an, wenn er erklärt, dass während der Ehe keine Theilung zwischen Mann und Weib geschehen soll, weil dieselben bezüglich des moralischen Verdienstes wie bezüglich des ökonomischen Erwerbes völlig geeint seien. Allein diese Strömungen haben nicht durchgeschlagen und sind nicht bestimmend geworden; die Schlussfolgerung aus einem zukünftigen Theilrecht auf ein präsenten Miteigentumsrecht wurde ausdrücklich abgelehnt, so von der *Smriti Candrikâ* IV nr. 11 p. 49 (Uebersetzung von Kristnasawmy Jyer): a mother is entitled not to a partition of heritage in adjustment of a pre-existent right, but simply to take so much of the wealth as she stands in need of<sup>4)</sup>; und jene Stelle von *Âpastamba*

---

<sup>4)</sup> Ueberhaupt wird vielfach die Sache so gedeutet, dass die Frau keinen Anspruch auf eine fixe Sohnesquote habe, sondern nur auf eine

wurde dahin gedeutet, dass sie sich nur auf die Gemeinsamkeit am Opfer und am Segen und Fluche guter oder böser Werke beziehe, so *Vivâda Cintâmani* p. 312.

Ausser der Polygamie scheint übrigens noch ein anderes Element der Gütergemeinschaft feindlich entgegengetreten zu sein, nämlich die im indischen Rechte so lange fortdauernde Geschlechtergemeinschaft. Wo mehrere Familien in ungetheiltem Güterbesitze leben, da ist die Rechtslage nicht günstig für die Entwicklung der Gemeinschaftsrechte der Frau; wo der Ehemann nur einen Antheil am gemeinsamen Geschlechtervermögen hat, da besteht regelmässig wenig Geneigtheit, die Frau, und insbesondere die Wittwe, in diese Gemeinschaft einzulassen — wie ja denn auch nach der *Mitâksharâ II* 1 nr. 29 fg. p. 436, und noch heute überall, wo die *Mitâksharâ* gilt, die Wittwe den Ehemann nur dann beerbt; wenn er von seinem Geschlechte abgetheilt ist, *Sarasvatî-Vilâsa* s. 480. 510. 511 p. 97. 103, *Mayne* p. 468 fg.

Musste aus diesen Gründen die Entwicklung zum Gesamteigenthum nothwendig scheitern, so konnte um so ungestörter die Entwicklung des Sondergutes der Ehefrau vor sich gehen, und gerade in dieser Beziehung bietet uns das indische Recht die lehrreichsten Daten.

Das Eigengut der Ehefrau heisst bekanntlich *Strîdhana*<sup>5)</sup>. Doch ist dieser Ausdruck mehrdeutig und die Mehrdeutigkeit hat zu Missverständnissen Anlass gegeben. *Strîdhana* kann nämlich alles bedeuten, was die Ehefrau im Eigenthum hat; *Strîdhana* kann aber auch in beschränkterem Sinne nur denjenigen Theil bezeichnen, worüber die Ehefrau das volle Verwaltungs- und Dispositionsrecht hat; es kann endlich auch das

---

entsprechende Portion für ihren Unterhalt, wobei die Grösse der Sohnesquote eben nur als ungefährer Massstab gelte, vgl. *Sarasvatî-Vilâsa* s. 110. 111 p. 22.

<sup>5)</sup> Ueber dasselbe vgl. *Jolly*, die rechtliche Stellung der Frauen S. 22. 56 (Sep.-Abdr.), und: on the legal position of women p. 5 (Sep.-Abdr.), *Banerjee* p. 274 fg., *Mayne* p. 582 fg.

bezeichnen, was auf besondere eigenartige Weise vererbt wird. Im Folgenden wird der Ausdruck im ersten, umfassenderen und ursprünglicheren Sinne gebraucht werden. Wenn die Rechtsbücher davon sprechen, was Strîdhana ist und was nicht, so wollen sie damit sagen, was der Frau zukommt und was nicht ihr zukommt, sondern dem Manne; denn noch zur Zeit der Rechtsbücher war nicht alles, was die Frau erwarb, ihr Eigengut, sondern nur bestimmte Erwerbsobjekte, und diese Erwerbsobjekte waren eben das Strîdhana. Eine spätere Entwicklung aber machte einen jeden Erwerb der Frau zu ihrem Eigengut, wo dann jene Stellen der Rechtsbücher dahin umgedeutet wurden, dass, was die Rechtsbücher vom Strîdhana ausschliessen, zwar immer noch ihr Eigengut sei, aber eben die besonderen Eigenarten des Strîdhana im engeren Sinne nicht an sich trage und namentlich nicht dem eigenartigen Erbgang des Strîdhana folge. Auf diese Weise war der Doppelsinn des Wortes Strîdhana das Mittel, um den Eigenerwerb der Ehefrau auszudehnen und zu steigern.

Als Strîdhana nun wird in den Rechtsbüchern bezeichnet: Was der Frau bei der Hochzeit geschenkt wird, was sie von ihrem Manne erhält, was ihr von ihren Verwandten oder von denen des Mannes geschenkt wird, was ihr der Ehemann zahlt oder bezw. zahlen muss, wenn er sie zu Gunsten eines anderen Weibes zurückstellt, Vishnu XVII 18, Manu IX 194, Yâjnav. II 143, Nârada XIII 8, Kâtyâyana bei Jagann. IV 5 nr. 464—466. 468 p. 260, Vyâsa ib. nr. 471 p. 271, Devala ib. nr. 478 p. 279. Diese verschiedenen Erwerbsobjekte haben gemäss ihrer Erwerbsquelle verschiedene Benennungen, doch haben nicht alle diese Benennungen einen juristisch ausgeprägten Charakter. Hervorzubeben ist hier der Çulka, d. h. dasjenige, was der Bräutigam der Braut als Preis gibt für ihre Hingabe zur Ehe, Yâjnav. II 144, Vyâsa bei Jagann. IV 5 nr. 471 p. 271, Bhâruci bei Sarasvatî-Vilâsa s. 270 p. 56, Mitâksharâ II s. 11 nr. 6 p. 460, Dâya-Bhâga IV s. 3 nr. 21 p. 255 (wo sich übrigens auch eine missverständliche Definition

von Çulka findet, entsprechend einer missverständlichen Auffassung Kâtyâyanas), Varadarâja (Burnell) p. 48. Bereits in meiner Abhandl. in der krit. Vjschr. N. F. IV S. 16 habe ich — ebenso wie Mayr, indisches Erbrecht S. 155 — hervorgehoben, dass dieser Çulka ein Ueberrest jenes Frauenpreises ist, welcher früherhin an den Mundwalt der Frau als Kaufpreis für die Auslieferung derselben zur Ehe bezahlt wurde, später aber der Frau selbst als Wittum zugut kam, ganz ähnlich wie sich dies mit dem deutschen Muntschatze verhält, Grimm, Rechtsalterthümer I S. 420. 423, Schröder, Gesch. des ehelichen Güterrechts I S. 24. 38. 40. 64, Sohm, Recht der Eheschliessung S. 33, Weinhold, altnordisches Leben S. 240<sup>5a</sup>) — und ganz ähnlich, wie sich diese Umwandlung bei den verschiedensten Natur- und Halbkulturvölkern nachweisen lässt: die Kaufpreisobjekte<sup>6)</sup> werden zuerst der Ehefrau während ihrer Lebzeiten zur Benützung überlassen, später bildet sich ein festes Eigenthum der Frau, und das ehemalige Recht des Mundwaltes schmilzt in ein Anwartschaftsrecht oder Erbrecht desselben zusammen, welches Sondererbrecht ja auch noch in Indien zu Tage tritt. Dieser Abkunft entspricht denn auch der Name; denn Çulka heisst Kaufpreis, vgl. das Petersburger Wörterbuch ad h. v. und die daselbst allegirten zahlreichen Belege<sup>7)</sup>.

<sup>5a)</sup> Vgl. auch Weinhold, die deutschen Frauen I S. 324 fg.

<sup>6)</sup> Bei den Naturvölkern gewöhnlich Viehstücke.

<sup>7)</sup> Dieser Entwicklungsgang würde noch mehr in die Augen fallen, wenn die Auffassung Mayrs (S. 170) bezüglich Gautama XXVIII 25. 26 richtig wäre. Die Stelle lautet: bhaginîçulkah sodaryânâmûrdhvam mâtuḥ || pûrvam caïke (s. Ed. Stenzler), also: der Çulka der Schwester gehört den fratres uterini nach dem Tode der Mutter || auch vorher (meinen) einige. Mayr versteht nun unter Mutter die Ehefrau selbst (als Mutter von Kindern), so dass der Sinn der wäre: der Çulka gehört nach dem Tode der Frau ihren Brüdern, nach Einigen schon bei ihren Lebzeiten: diese Einige, diese „eke“ hätten daher dem ältern Rechtsstandpunkte gehuldigt, wornach der Çulka an die Brüder der Frau bezahlt würde und daher diese, nicht die Frau, das Eigenthum daran erlangten. Indess ist

Sonstige Hochzeitsgeschenke fallen unter den Begriff des Yautaka, vgl. Dâya-Bhâga IV s. 2 nr. 14 p. 246, Dâya-krama-sangraha II s. 2 nr. 4 p. 488, Mayûkha IV s. 10 p. 96; es ist dies unsere Aussteuer, die deutsche „Gerade“, das weibliche Hand-, Leib- und Hausgeräthe. Auch dieser Begriff hat seine besondere juridische Relevanz, weil dieser Vermögenscomplex, wenigstens nach Ansicht der bengalischen Rechtsschule, einer besonderen Erbfolge unterliegt.

Ausserdem ist das, was die Ehefrau von ihren Verwandten oder denen des Mannes erhält, das sog. Saudâyika, hervorzuheben, weil der Ehefrau hierüber eine besonders freie Disposition zusteht, Mayûkha IV s. 10 p. 93. 94, Vivâda Cintâmani p. 259 — wobei jedoch die Schulen in Einzellern differiren, vgl. Smriti Candrikâ XI s. 2 nr. 7 p. 113, Parâçara Mâdhaviya (Burnell) p. 42. Dieses Saudâyika ist daher eine Art Nadelgeld, ein Vermögenskapital, welches der Frau eine freiere wirtschaftliche Stellung sichern soll.

Noch zu erwähnen ist das Âdhivedanika, d. h. dasjenige, was die zurückgestellte Frau von dem Ehemanne als Entschädigung erhält, Vishnu XVII 18, Yâjnav. II 143; einer Besonderheit in der rechtlichen Behandlung unterliegt dasselbe jedoch nicht.

Offensichtlich haben sich nicht alle Arten dieses Strîdhana gleichzeitig entwickelt<sup>8)</sup>. Von der Geschichte des Çulka ist bereits die Rede gewesen. Nebendem wird man der Ehefrau allmählig die bei der Eheschliessung geschenkten Leib- und Schmucksachen zu eigen zugeschrieben haben, später auch das Nadelgeld, und, als die Sitte aufkam, der zurückgestellten

---

diese Auslegung, welche unterstellt, dass dieselbe Ehefrau in demselben Satze das einmal als bhaginî (Schwester), das anderemal als mâtar (Mutter) bezeichnet werde, kaum zutreffend. Als mâtar ist vielmehr die Mutter der Ehefrau und ihrer Brüder zu verstehen; so fasst auch der Dâya-Bhâga IV s. 3 nr. 27 p. 256 die Stelle auf.

<sup>8)</sup> Ueber die allmähliche Entwicklung des Strîdhana vgl. Jolly, rechtl. Stellung der Frauen S. 56 (Sep.-Abdr.).



Ehefrau eine Entschädigung, eine Zurückstellungsgebühr zu zahlen, auch diese.

Mit dieser extensiven Entwicklung ist jedenfalls auch die intensive Ausbildung und Ausgestaltung dieses Frauengutes, die Entwicklung vom Peculium zum Eigenvermögen, Hand in Hand gegangen, und jedenfalls hat dieselbe manche Stadien durchlaufen, die jetzt nicht mehr sicher nachzuweisen sind. Eine sehr interessante Reminiscenz älterer Rechtsanschauung findet sich in Vishnu XVII 22, Manu IX 200, vgl. auch Apastamba II 6, 14 § 9 und Vivâda Cintâmani p. 260: Kleidung und Schmuck der Frau sollen von den Erben des Mannes nicht in die Theilung des väterlichen Erbes gezogen, sondern der Frau als Voraus zugewiesen werden; diese Bestimmung steht im Zusammenhang mit andern Bestimmungen, wornach auch sonst manche Dinge, z. B. die von den einzelnen Theilungsgenossen benützten Kleider und Geräthschaften, nicht in die Theilung gebracht werden dürfen, Manu IX 219, Mitâksharâ I s. 4 nr. 16 fg. p. 387, sondern dem jeweiligen Theilungsgenossen als Voraus, als praecipuum zuzuweisen sind — ein solches Vorausrecht ist kein Eigenthum, sondern nur ein mit der *actio familiae herciscundae* geltend zu machendes Recht auf Eigenthumszuweisung; und ebenso beruhte jene Bestimmung bezüglich des Schmuck- und Leibgeräthes der uxor auf der Anschauung, dass diese Gegenstände im väterlichen Familienvermögen enthalten sind, aber, im Falle der Theilung, der uxor als Theilungsgenossin qua praecipuum, qua Voraus zuzutheilen seien. Man sieht, das *peculium* ist noch in der Entwicklung zum Sondereigenthum begriffen. Wäre die Sache bereits damals Sondereigenthum gewesen, so hätte es sich von selbst verstanden, dass diese Gegenstände als *res alienae* mit der Theilung der Erbschaft nichts zu thun haben.

Die Aufzählung der Stridhanaobjekte in den Smritis hat, wie bereits erwähnt, den Sinn, dass aller andere Erwerb der Frau nicht ihr Eigengut werde, sondern ihrem Manne bezw. dem Familienvermögen angehöre; dies ergibt sich ganz sicher

aus Kâtyâyana bei Jagann. IV 5 nr. 470 p. 268, der deutlich besagt, dass, was die Frau durch Arbeit oder durch Geschenke von andern Personen, als dem Ehemanne oder den Verwandten, erwirbt, in das Eigenthum des Ehemannes kommt: die Ehefrau ist auf dieser Stufe der Entwicklung noch Erwerbsfaktor für den Mann, ihm gehört das Resultat ihrer Arbeit; und was die Geschenke dritter Personen betrifft, so bedarf es nur einer Erinnerung an die Mucianische Präsumtion des römischen Rechts, um sofort zu erkennen, wie man *evitandi turpis quaestus causa* die Erwerbssphäre der Ehefrau in geschlossenen Schranken hielt. Die indische Jurisprudenz ist aber dabei nicht stehen geblieben; sie erkannte dem Ehemanne zwar immer noch das Recht der Benutzung und Controle dieser Erwerbsstücke zu, allein sein Recht solle kein Eigenthumsrecht, sondern ein Recht am fremden Eigenvermögen, ein Recht am Frauengut, ein *jus in re aliena* sein: das Eigenthum dieser Sachen sollte nichtsdestoweniger der Ehefrau zustehen — ein ähnlicher Schritt, wie ihn das römische Recht machte, als es das Eigenthum des Vaters am *Adventizgute* zum *usufructus paternus* degradirte. Interessant ist es, in welcher Weise die verschiedenen Juristenschulen hier zu Werke gegangen sind, um sich mit den Rechtsbüchern auseinanderzusetzen. Die *Mitâksharâ* klammerte sich an einen Ausdruck *Yâjnavalkya's* an. Im zweiten Halbvers II 143 heisst es hier, nach Aufzählung verschiedener anderer *Strîdhana*objekte: *âdhivedanikâdyam ca strîdhanam parikîrtitam*: „das *âdhivedanika* und ähnliches ist *strîdhana* genannt;“ denn der Zusatz *âdya* bedeutet soviel als: „und ähnliches“, „und dergleichen“, s. das Petersburger Wörterbuch. Offenbar ist hiermit gemeint: das *âdhivedanika* und ähnliches, was der Mann der Frau gibt; die *Mitâksharâ* benützt aber dieses Wörtchen, um daran die Theorie zu hängen, dass überhaupt alles und jedes, was immer die Frau erwirbt, ihr Eigenthum werde, s. *Mitâksharâ* II s. 11 nr. 2 und 3 p. 458 und die Uebersetzung hiervon bei *Banerjee* p. 283, ähnlich *Smriti Candrikâ* IX s. 1 nr. 3

p. 105 <sup>9)</sup>, ähnlich *Mayûkha* IV s. 10 p. 91 und *Vîramitrodaya* s. 1 nr. 4 bei West und Bühler, *Digest* II p. 68; während *Parâçara Mâdhaviya* (Burnell) p. 41 das *âdya* so deutet, dass damit nur das bezeichnet werden wolle, was mit dem *âdhivedanika* weiter erworben wird. Der *Dâya-Bhâga* IV s. 1 nr. 20 p. 240 knüpft dagegen an *Kâtyâyana* an, weiss aber den obigen Ausspruch desselben dahin umzudeuten, dass der Ehemann eben nur Benützungs- und Dispositionsrechte habe, vgl. auch *Vîramitrodaya* s. 1 nr. 7 bei West und Bühler, *Digest* II p. 70, und *Jagann.* IV p. 268, was sich mit dem Eigenthum der Ehefrau natürlich verträgt — man sieht, wie die Jurisprudenz den Erwerb der Ehefrau aus den Banden, in welche er geschlagen war, befreite und sich durch Umdeutung der Texte mit dem vorliegenden Gesetzesmaterial versöhnte.

War es nun aber zum Rechtssatze geworden, dass die Ehefrau alles, was sie erwirbt, für sich erwirbt, so war damit nicht auch gesagt, dass dieser Erwerb völlig dem Benützungs-, Verwaltungs- und Dispositionsrechte des Mannes während der Dauer der Ehe entzogen sei; im Gegentheil wird die Natur der Verhältnisse regelmässig ein solches *jus in re aliena* des Ehemannes in einem gewissen Umfang postuliren, und dem hat sich auch das indische Recht nicht verschlossen. Was den eben erwähnten Arbeitserwerb der Frau und die Geschenke dritter Personen, ausser Verwandten, betrifft, so hat das indische Recht auch im späteren Stadium jenes *jus in re* des Ehemannes als ein sehr weit gehendes *jus in re* beibehalten, indem nämlich der Ehemann nicht nur ein Benützungs- sondern auch ein Dispositionsrecht habe und nur gehalten sei, seiner Zeit das nicht mehr vorhandene Vermögenskapital dem Werthe nach zu restituiren. So *Dâya-Bhâga* IV s. 1 nr. 20 p. 240 und *Dâyakrama-sangraha* II s. 2 nr. 28. 29 p. 490, und nichts anderes

---

<sup>9)</sup> So wenigstens nach Uebersetzung und Note in der citirten Ausgabe.

wollen wohl besagen Mayûkha IV s. 10 p. 93 und Smriti Candrikâ IX s. 1 § 16 p. 110, da sie ja im Uebrigen das Eigenthumsrecht der Ehefrau anerkennen. Ein solches ausgedehntes jus in re aliena ist bis jetzt in unserer civilistischen Litteratur ziemlich unentwickelt geblieben, obgleich auch unser occidentales Recht verschiedene Beispiele aufweist; worüber ich mich an einem andern Orte zu verbreiten gedenke. Man darf dasselbe nicht etwa so auffassen, dass der Ehemann Eigenthümer der Sachen werde und nur obligatorisch gehalten sei, sie seiner Zeit zu restituiren: der Ehemann disponirt, wenn er es thut, nicht kraft Eigenthums, sondern kraft jus in re aliena, und die wichtige juristische Consequenz ist die, dass die Frau beim Concurs des Ehemannes die gedachten Sachen aus der Concursmasse vindiciren kann; sowie, dass bei Beendigung der Ehe das jus in re des Mannes von selbst cessirt, das Eigenthum der Frau von selbst frei wird, und es keiner obligatorischen Restitution bedarf, um das Eigenthum erst auf die Frau zurück zu übertragen. Diese Consequenzen werden auch im indischen Rechte gezogen, vgl. Banerjee p. 334, Mayne p. 588. 589 und die dort citirten Entscheidungen.

Das volle Widerspiel dessen ist die rechtliche Behandlung des Saudâyika; denn bezüglich dessen ist die Ehefrau nicht nur Eigenthümerin, sondern auch die alleinige Benützungs- und Dispositionsberechtigte: es ist Paraphernalgut, das ihrer alleinigen Verwaltung und Verwendung untersteht, Kâtyâyana bei Jagann. IV 5 nr. 475 p. 275, Dâya-Bhâga IV s. 1 nr. 21 p. 241, Dâya-krama-sangraha II s. 2 nr. 26. 31 p. 490, Smriti Candrikâ IX s. 2 nr. 7 p. 113, Vîramitrodaya s. 1 nr. 18, und die daselbst allegirte Stelle von Devala, bei West und Bühler, Digest II p. 76 — und das gilt selbst bezüglich der Immobilien, Kâtyâyana a. a. O., Parâçara Mâdhaviya (Burnell) p. 42, Dâya-krama-sangraha a. a. O. Dem Ehemann steht lediglich das Recht zu, es im Falle der Noth anzugreifen, wo er dann nur zur Restitution des Kapitalwerthes verbunden ist, und auch dies nur in discretionärer Weise, nach

Massgabe seiner Vermögensverhältnisse, wir würden sagen: *cum beneficio competentiae*, Yâjnav. II 147, Devala bei Jagann. IV 5 nr. 478 p. 279, Kâtyâyana ib. nr. 475 p. 275, Dâya-Bhâga IV s. 1 nr. 24 p. 242, Mitâksharâ II s. 11 nr. 31. 32 p. 465, Parâçara (Burnell) p. 46, insbesondere aber Smriti Candrikâ IX 2 nr. 15 fg. p. 116, wo gerade die Ersatzfrage ausführlich behandelt wird. Dieses Recht, im Fall der Noth zuzugreifen, ist aber ein höchst persönliches Recht des Ehemannes, die Ausübung desselben ist in seine Discretion gestellt, und dasselbe kann daher nicht von der Gläubigerschaft in Anspruch genommen werden, so Mayûkha IV s. 10 p. 94, Vîramitrodaya s. 1 nr. 20 bei West und Bühler, Digest II p. 78, so die Entscheidung bei Strange II p. 23.

Uebrigens mochten es die Lebensverhältnisse natürlich vielfach mit sich bringen, dass die Frau dem Ehemanne derartiges Vermögen in Verwaltung gab, wobei dann die Früchte für die Ehe verwendet wurden und dem Ehemanne nur die Kapitalsrestitution oblag, ganz ähnlich, wie es auch heutzutage bei dem Paraphernalvermögen vorkommt; während im Fall der widerrechtlichen Aneignung das Kapital mit Früchten zu ersetzen ist, Kâtyâyana bei Jagann. IV 5 nr. 475 p. 275, Devala ib. nr. 478 p. 279; vgl. damit Code civil a. 1578. 1579.

Zwischen diesen beiden Extremen steht das übrige Frauengut, insbesondere dasjenige, welches der Frau von ihrem Ehemanne zugekommen ist. Einmal geht aus Kâtyâyana bei Jagann. IV 5 nr. 477 p. 277 hervor, dass die Ehefrau über solche Gegenstände erst nach dem Tode des Ehemannes verfügen kann, über Immobilien selbst nicht nach seinem Tode, ebenso Nârada bei Jagann. IV 5 nr. 476 p. 277 und in Dâya-Bhâga IV s. 1 nr. 23 p. 241 <sup>10)</sup>. Sodann steht dem

<sup>10)</sup> Wohl dieselbe Stelle, die sich in wesentlich anderer Fassung in Jolly's Nâradaübersetzung 3 § 30 findet. Nach Jolly. rechtl. Stellung der Frauen S. 25 No. 60, ist übrigens vielleicht in der Handschrift, aus welcher seine Uebersetzung entnommen ist, etwas ausgefallen.

Ehemann naturgemäss das Recht zu, die Sache mit zu benützen und zu fruktifiziren, soweit dieselbe nicht lediglich zum weiblichen Gebrauch bestimmt ist, vgl. *Dâya-Bhâga* IV s. 1 nr. 8 und 9 p. 237. Daher wird die Rechtsstellung so zu bezeichnen sein, dass der Ehemann während der Ehe ein Genuss- und Gebrauchsrecht hat, verbunden mit einer Dispositionsmitberechtigung, so dass die Sache nur unter seiner Mitwirkung veräussert werden kann. Dagegen ist die Dispositionsbeschränkung bezüglich der Immobilien nach dem Tode des Mannes eine objektive: eine Dispositionsbeschränkung, welcher nicht das Dispositionsrecht eines Dritten gegenübersteht, welche nicht Folge des dinglichen Rechts eines Dritten ist; es ist ein Veräusserungsverbot im unbestimmten Interesse künftiger Interessenten, insbesondere im Interesse der Familie des Ehemannes, an welche die vom Ehemanne geschenkte Sache möglicherweise auf Grund Erbanges zurückfällt. Seine volle Illustration erhält dieses Veräusserungsverbot, wenn man herbeizieht, dass die Wittve ja auch das vom Ehemanne ererbte Vermögen nur in sehr beschränktem Masse veräussern darf, *Mayne* p. 559. 564, ein Punkt, auf welchen hier nicht weiter einzugehen ist.

Es bieten sich daher, was die Berechtigungsverhältnisse am *Stridhana* betrifft, folgende drei Abstufungen dar:

1. volles Gebrauchs- und Verfügungsrecht des Ehemannes neben dem Eigenthum der Frau,
2. Mitgebrauchs- und Mitverfügungsrecht des Ehemannes neben dem Eigenthum der Frau,
3. Ausschluss jedes ehemännlichen Gebrauchs- und Verfügungsrechts (ausser im Falle der Noth), unbeschränktes Eigenthum der Frau.

Aus dem Obigen geht von selbst hervor, dass Schenkungen unter Ehegatten im indischen Rechte gültig sind; sie sind es so sehr, dass selbst ein blosses Schenkungsversprechen des Ehemannes an die Frau nach dessen Tod von seinen Erben zu effectuiren ist, vorausgesetzt, dass sie mit den Söhnen zusammenlebt und das Geschenkte daher mindestens faktisch mit

in der Familie bleibt, Kâtyâyana bei Jagann. IV 5 nr. 483 p. 287, Smriti Candrikâ IX s. 2 nr. 25 fg. p. 120, Vivâda Cintâmani p. 265. Nur die Schranke besteht, dass Schenkungen an Ehefrauen eine bestimmte Werthgränze nicht überschreiten sollen, Vyâsa bei Jagann. IV 5 nr. 482 p. 285, Kâtyâyana in Mayûkha IV s. 10 p. 93, Dâya-Bhâga IV s. 1 nr. 10 p. 238, welche Bestimmung aber in mannigfacher Weise umgedeutet wird, vgl. Parâçara Mâdhavîya p. 42, Mayûkha IV s. 10 p. 93, Jagann. a. a. O. p. 285 fg.

Das Thema von der Sondererbfolge des Strîdhana gehört dem Erbrecht an und soll hier nur insoweit in Betracht gezogen werden, als besondere familienrechtliche Momente hierbei in Frage kommen. Der Çulka ist bereits charakterisirt worden: er fällt nach dem Tode der Frau an ihre Familie, Brüder, Mutter und Vater, Yâjnav. II 144, Gautama XXVIII 25. 26 <sup>11)</sup>, Kâtyâyana in Dâya-krama-sangraha II s. 3 nr. 17 p. 494, Dâya-Bhâga IV s. 3 nr. 28. 29 p. 256, Mitâksharâ II s. 11 nr. 14 p. 461, Parâçara Mâdhavîya (Burnell) p. 45 — ein Residuum jenes ehemaligen Soforteigenthumes der Familie der Frau, das eben auf diese Stufe hinabgedrückt worden ist. Uebrigens lässt der Dâya-Bhâga diese Sondersuccession nur im Falle der Kinderlosigkeit der Frau eintreten (vgl. die Ueberschrift von sect. 3), entsprechend der erwähnten Stelle von Yâjnav.; nach der Mitâksharâ dagegen tritt sie, gemäss der erwähnten Gautamastelle, unbedingt ein. Offenbar ist das letztere das ursprüngliche, und der Standpunkt des Dâya-Bhâga eine spätere Milderung, vgl. auch Mayne p. 592.

Was nun das übrige Frauengut betrifft, so ist es eine sehr begreifliche Rechtssitte, dass die Ausstattung der Mutter, ihr Schmuck und Leibgerâth sich auf die Töchter, nicht auf die Söhne vererbt; was den Töchtern zugleich einigen Ersatz für ihre sonstige Zurücksetzung in der Erbfolge gewährt und

<sup>11)</sup> Vgl. über diese Stelle oben S. 431.

einen Beitrag zu ihrer eigenen Ausstattung bietet. Schon in meiner Abhandlung, krit. Vjschr. N.F. IV S. 17, habe ich auf die Analogie des deutschen Rechtes hingewiesen: wie im deutschen Rechte die Gerade, so erbt im indischen Rechte das Yautaka in erster Reihe an die Töchter, und bei mehreren Töchtern geht die unverheirathete und unausgestattete Tochter vor; erst subsidiär kommen die Söhne an die Reihe, Vishnu XVII 21, Gautama XXVIII 24, Baudhâyana bei Sarasvatî-Vilâ'sa s. 135 p. 28, Manu IX 131, Yâjnav. II 117. 145, Vasishtha bei Jagann. IV 5 nr. 492 p. 293, Kâtyâyana ib. nr. 493 p. 296. Und wenn nach andern Aussprüchen Söhne und Töchter gleichberechtigt theilen, so bezieht sich das eben auf das sonstige Frauengut, mit Ausnahme des Yautaka, Manu IX 192, Brihaspati bei Jagann. IV 5 nr. 487 p. 290, Çankha und Likhita ib. nr. 488, Devala ib. nr. 489. Merkwürdig ist, dass, wenn die verstorbene Frau keine Kinder hinterlässt, aber Kinder einer anderen Frau desselben Mannes vorhanden sind, diese eintreten und die verstorbene Frau ihres Vaters subsidiär beerben, als wie wenn es ihre Mutter gewesen wäre, Manu IX 198; vorausgesetzt ist nur, dass es Kinder einer Brahmanenfrau sind oder wohl überhaupt Kinder einer höhern Frau als der verstorbenen, Sarasvatî-Vilâsa s. 306 p. 61. Offensichtlich werden sämtliche Ehefrauen gewissermassen als die Mütter der ehelichen Kinder angesehen, eine Anschauung, welche auch in Manu IX 183 hervorbricht, vgl. auch Dattaka Candrikâ I 23 fg. p. 634 und Râmâyana in Holtzmann, indische Sagen II S. 225 fg.

Sind aber keine Kinder vorhanden, so tritt der merkwürdige Satz ein, dass unterschieden werden muss, ob die Ehe in einer der vier gebilligten Eheformen: Brâhma, Daiva, Prâjâpatya, Ârsha eingegangen worden ist, wozu manche auch noch die fünfte Form, die Gândharvaehe rechnen — oder ob eine der reprobirten Ehen, insbesondere die Âsuraehe vorliegt; indem im ersten Falle das Frauengut sich auf den Ehemann und dessen Verwandte vererbt, im letztern Falle auf die Ver-



wandten der Frau. Man betrachtete also offensichtlich im letztern Falle das Band der Ehe als ein weniger inniges, als im ersten: bei vollkommener Ehe tritt die Frau vollkommen in die Familie des Ehemannes über, bei der unvollkommenen bleibt sie mit einem Fusse in ihrer Verwandtschaft zurück. Dieser merkwürdige Rechtssatz, welcher auf den Charakter der Ehe ein helles Schlaglicht wirft, und welcher zeigt, wie auch hier das sittliche Element bindend und befestigend eingesetzt hat, ergibt sich aus Vishnu XVII 19. 20, Manu IX 196. 197, Yājñav. II 145, Nārada XIII 9, Yama in Smṛiti Candrikâ IX s. 3 nr. 31 p. 133, Kâtyâyana in Parâçara Mâdhavîya (Burnell) p. 45. Nur scheint Yājñav. II 144 in jedem Falle ein Retourerbrecht bezüglich der von Verwandten geschenkten Sachen anzunehmen, vgl. auch Kâtyâyana bei Jagann. IV 5 nr. 493 p. 296.

Dieses in grossen Zügen das System der Smṛitis. Mit demselben stimmt Jîmûta Vâhana insofern überein, als er die specielle Tochtererbfolge auf das Yautaka beschränkt, im Uebrigen aber auch die Söhne zur Erbschaft zulässt; s. Dâya-Bhâga IV s. 2 nr. 1 fg. 13 fg. 22 fg. 27 fg. p. 243 fg., wo sich eine höchst interessante Discussion über diese kapitale Frage findet; so auch Dâya-krama-sangraha II s. 3 und 4 p. 492, Varadarâja (Burnell) p. 44, und so die ganze bengalische Schule. Die Mitâksharâ dagegen II s. 11 nr. 12 fg. p. 461 lässt die privilegierte Tochtererbfolge nicht nur für das Yautaka, sondern für das ganze Frauengut<sup>12)</sup> eintreten, indem sie sich über die entgegenstehende Manustelle durch ziemlich künstliche Interpretation hinweghilft (a. a. O. nr. 19. 20. 21 p. 462); dieser Aufstellung folgt die Benaresschule, und dies ist bekanntlich einer der Principaldifferenzpunkte dieser zwei Hauptschulen des indischen Rechts. Mit dem Dâya-Bhâga stimmt im Wesentlichen auch der Vivâda Cintâmani p. 268 überein und mit ihm die Mithilâschule, während Sarasvatî Vilâsa der Mitâk-

<sup>12)</sup> Ausgenommen den Çulka.

sharâ beitrith, s. 138. 291. 292. 310 p. 29. 59. 62; vermittelnd sind die Smriti Candrikâ IX s. 3 nr. 6. 12. 16. 26 p. 125 fg. und der Vîramitrodaya s. II nr. 22 bei West und Bühler, Digest II p. 89, welche die privilegirte Tochttersuccession weiter ausdehnen als die bengalische, dagegen weniger weit als die Benaresschule; mehr, als diese, nähert sich der bengalischen Schule der in Bombay geltende Mayûkha IV s. 10 p. 95, welcher die privilegirte Tochttersuccession in ziemlich enge Gränzen schliesst.

Uebrigens ist es offensichtlich kein blosses Textausholen der Mitâksharâ gewesen, welches sie zu dieser Ausdehnung der Tochttersuccession geführt hat, sondern das Bestreben, den Töchtern bei ihrem sonstigen Zurücktreten im Erbrecht hiermit eine entsprechende Aushülfe zu gewähren. Man muss sich dabei vergegenwärtigen, dass im Gegensatz dazu die bengalische Schule überhaupt der Tochttersuccession weniger günstig sein konnte, weil diese Schule auf die Todtenopfer ein Hauptgewicht legte und diese Todtenopfer nicht durch die Tochter, höchstens durch den Sohn der Tochter vollzogen werden können, Mayne p. 464. 500.

Uebrigens zeigen die verschiedenen Schulen noch eine Reihe von Differenzen, welche dem Erbrecht angehören und hier nicht weiter zu berühren sind. Ich verweise in dieser Beziehung auf die eingehenden Erörterungen von Banerjee p. 350—455, sowie auf die Ausführungen von Mayr, indisches Erbrecht S. 172 fg., und von Mayne p. 582 fg., und schliesse die Darstellung des indischen Ehe- und Familienrechts mit dem Wunsche, dass die Geschichte der indogermanischen Rechtsentwicklung in der Bälde zur mächtigen Wissenschaft heranreifen möge, in welcher die Geschichte des römischen und des germanischen Rechts ihre Wurzel findet. Das dürfte jedenfalls sicher sein, dass eine solche Specialrechtsgeschichte ohne indogermanische Grundlegung eines jeden festen Haltes entbehrt.

(Fortsetzung der rechtshistorischen und rechtsvergleichenden Forschungen folgt.)

---

## XII.

# Germanische und moderne Rechtsideen im rezipirten römischen Recht.

Von

**Bernhöft.**

### I. Erbschaftsantritt durch Bevollmächtigte.

Es ist eine bekannte Thatsache, dass die Weiterentwicklung des Rechtes sehr oft in der Form der Interpretation stattfindet. Niemand zweifelt daran, dass die römischen Juristen vieles aus den zwölf Tafeln und später aus dem prätorischen Edicte herauslasen, was von den Verfassern unmöglich beabsichtigt sein konnte, und dass sie gerade auf diese Weise im Verlaufe einer allmählichen Entwicklung ein Ergebniss erzielten, welches durch das Eingreifen der Gesetzgebung nur sprungweise und viel unvollkommener hätte herbeigeführt werden können.

Viel weniger pflegt es betont zu werden, dass dieselbe Form der Weiterentwicklung auch auf das römische Recht nach der Rezeption angewandt worden ist, obgleich gerade hierdurch der Prozess der Rezeption erst verständlich wird. Wer nicht an ein absolutes und allgemein anwendbares Recht glaubt, muss es unbegreiflich finden, wie ein Gesetzbuch, das

dem römischen Reiche im sechsten Jahrhundert gegeben wurde, vom dreizehnten Jahrhunderte an von Völkern mit ganz verschiedenen Rechtsanschauungen und ganz verschiedener Kultur angenommen und darauf viele weiteren Jahrhunderte hindurch im wesentlichen unverändert beibehalten werden konnte.

Es lässt sich freilich nicht verkennen, dass durch das römische Recht viele neue und fremdartige Ideen zu uns gekommen sind. Nicht alle von ihnen sind von dem Volke bereitwillig aufgenommen worden, und das tief eingewurzelte Misstrauen grosser Volksschichten gegen den Juristenstand beruht gerade darauf, dass ihnen das in den Gerichten angewendete Recht zum grossen Theile unverständlich ist.

Aber andererseits ist das römische Recht keineswegs unverändert geblieben. Je grösser das von ihm eroberte Geltungsgebiet wurde, um so mehr wurde es zugleich unwillkürlich von den Rechtsgelehrten, Praktikern sowohl wie Theoretikern, einer Ummodelung durch Interpretation unterzogen. Zum Bewusstsein kam diese Aenderung den Rechtsgelehrten nur in wenigen Fällen, wie bei dem Aufgeben der Formalkontrakte, im übrigen lehrte man germanische und moderne Ideen *bona fide* als römisches Recht. Die Auffassung des römischen Rechtes als eines absoluten und allgemein gültigen kam diesen Bestrebungen entgegen, da man vermöge derselben um so mehr geneigt war, das, was man nach den eigenen Anschauungen für Recht hielt, im *corpus juris* zu finden. Wer mit seinen Auslegungen gegen die Ideen seiner Zeit versties, der hatte von diesem Standpunkte schon von vorn herein die Vermuthung gegen sich, dass er fehlsam deduzire, und so konnte es nicht ausbleiben, dass im Laufe der Zeit gerade diejenigen Schriftsteller durchdrangen, welche das römische Recht am besten mit dem deutschen Rechtsbewusstsein zu vereinigen verstanden.

Im allgemeinen pflegen die Glossatoren noch an dem römischen Rechte festzuhalten. Es scheint, als ob sie durchaus unbefangen an dasselbe herangingen und sich überhaupt durch

ängstliche Rücksichten auf die Anwendbarkeit des Gelehrten wenig beeinflussen liessen. So erklärt sich die eigenthümliche Erscheinung, dass die Glossatoren trotz ihrer geringen geschichtlichen Kenntnisse das römische Recht häufig besser verstanden haben als ihre kenntnissreicheren Nachfolger. Nach ihnen beginnen aber die Versuche, neue Rechtsideen in das corpus juris hineinzutragen. Dieselben stiessen freilich auf eine sehr energische Opposition, und die herrschende Ansicht liess sich meistens nur vorübergehend von ihnen beirren. Vielfach sind sie erst in einer Zeit durchgedrungen, in der man es am wenigsten vermuthen würde, nämlich in unserem Jahrhundert. Der Gebrauch, das römische Recht frei vorzutragen und die Lektüre der Rechtsquellen im Zusammenhange zurücktreten zu lassen, begünstigten die bis dahin misslungenen Bestrebungen.

Der vorliegende Aufsatz bezweckt, den erwähnten Prozess an einer Reihe von einzelnen, besonders dazu geeigneten Beispielen zu verfolgen, weil sich die von mir behauptete Tendenz mit Sicherheit nur aus einer Mehrzahl von Fällen schliessen lässt. Ich beginne mit einem Beispiele, welches mehr allgemeines Interesse darbietet, als man bei seiner Singularität vermuthen sollte: mit dem Erbschaftsantritt durch Bevollmächtigte.

Nach einem fast zur Trivialität gewordenen Satze kann der Wille juristisch stets nur wirken, wenn er geäussert ist. Man muss darin, wie Kohler in Jherings Jahrbüchern XVI S. 92 ausgeführt hat, nicht bloss eine etwa der Nützlichkeit wegen gegebene positive Vorschrift sehen, sondern eine aus der Natur des Willens selbst geschöpfte Regel, da der Wille keineswegs unabhängig von der Aeusserung, und schon vor der Aeusserung selbständig existirt, sondern sich vielmehr erst durch die Aeusserung als existent zeigt. Nicht nur dritten Personen, sondern auch dem Wollenden selbst wird der Wille erst durch die Aeusserung zu einem ernstlichen.

Wenn man davon ausgeht, dass zu jeder juristischen Handlung Wille und Willensäusserung nothwendig erforderlich sind, so ist für die Beurtheilung der Handlung

und ihrer Folgen in so fern ein verschiedener Standpunkt möglich, als man das Hauptgewicht entweder auf den Willen, wie er wirklich bestand, oder auf die Form, in welcher er geäußert wurde, legen kann.

Letzterer Standpunkt wurde vom älteren römischen Rechte bevorzugt und führte auf dem Gebiet der Rechtsgeschäfte zu der reichen Ausbildung der Formalkontrakte. Zum Bestand des Vertrages ist, wenn man daraus die letzten Konsequenzen zieht, nur erforderlich, dass die Erklärung so gewollt ist, wie sie ausgesprochen wurde; ist dies der Fall, so treten die sämtlichen Rechtsfolgen ohne jeden Unterschied ein, ob sie selbst gewollt waren oder nicht, bekannt waren oder nicht. In welcher Weise dieses Prinzip zuletzt zu einem starren Formalismus führte, lässt sich für das ältere römische Recht auf allen Gebieten sehr leicht nachweisen.

Dagegen wurde es schon zu Ende der Republik, noch mehr aber in der Kaiserzeit üblich, den wahren Willen zu betonen und die Form lediglich als Erkenntnissmittel desselben zu betrachten. Diese Tendenz entsprang wahrscheinlich aus dem Umstande, dass die im römischen Rechtsleben gebräuchlichen Formen den Unterthanen, welche mehr und mehr dem römischen Rechte unterworfen wurden, fremdartig waren. Differenzen zwischen dem wahren Willen und der gebrauchten Form wurden jetzt häufiger, und es erschien den Griechen, den Hispaniern, ja selbst den nicht-römischen Italikern unbillig, dass letztere entscheiden sollte. Daher ward für vier der wichtigsten Kontrakte das Moment des consensus betont <sup>1)</sup>. Auch der Begriff der *bonae fides* wurde für die neuen Ideen verwerthet. Denn während die *bonae fidei contractus* ursprünglich solche Verträge waren, deren Erfüllung von der Redlichkeit der Kontrahenten erwartet wurde, die aber übrigens, nachdem sie einmal klagbar geworden waren, ebenso wie alle andern

---

<sup>1)</sup> Für die Verwerthung des consensus charakteristisch l. 116 pr. § 2 D. R. J. 50, 17.

Rechtsgeschäfte streng nach den gebrauchten Worten ausgelegt wurden<sup>2)</sup>, so fasste man nunmehr den Ausdruck *bona fides* so auf, dass dadurch die Auslegung nach *bona fides*, d. h. nach dem wirklich Gewollten vorgeschrieben sei<sup>3)</sup>. Wo auch dies nicht ausreichte, da operirte man mit dem Begriff des *dolus*, indem man denjenigen, welcher einen Anspruch nicht aus dem wahren Willen, sondern lediglich aus der gebrauchten Form ableitete, als *Chicaneur* behandelte<sup>4)</sup>.

Die neue Tendenz gab allerdings gegen die Uebervortheilung durch Missbrauch der Formeln Schutz, schadete aber gleichzeitig der Rechtssicherheit. Am leichtesten liess sie sich bei einseitigen Willenserklärungen verwirklichen, und in der That ist durch sie für die Auslegung testamentarischer Verfügungen der alte Formalismus so gut wie ganz beseitigt worden. Viel bedenklicher war ihre Anwendung auf Verträge. In ihren letzten Konsequenzen würde sie dahin geführt haben, dass bei der kleinsten Differenz zwischen dem Willen und der Wirklichkeit ersterer gegenstandslos wurde, und dass bei der kleinsten Differenz zwischen dem Willen der Kontrahenten, auch wenn sie in der Erklärung nicht zu Tage trat, der *consensus* fehlte. In beiden Fällen wäre der Vertrag ungültig gewesen. Man wehrte diese Folgerungen durch die Unterscheidung von wesentlichen und unwesentlichen Momenten ab, wodurch der neueren Jurisprudenz ein bis auf den heutigen Tag noch nicht vollständig bewältigtes Problem erwuchs.

Am unbedenklichsten war die neue Idee bei dem Erbschaftsantritt, und gerade hier wurde sie deshalb am konsequentesten durchgeführt. Die Willensäußerung ist in der That zum blossen Erkenntnissmittel geworden, entscheidend

---

<sup>2)</sup> Besonders charakteristisch Cicero de oratore 1, 39, 179. S. Bekker Aktionen I S. 160 ff.

<sup>3)</sup> Der alten Auffassung steht noch sehr nahe die Definition bei Cicero de officiis 1, 7. Die neue Auffassung bei Cicero de officiis 1, 13.

<sup>4)</sup> Z. B. l. 12. 19 § 1 D. R. J. 50, 17. l. 4 § 10 D. de exc. doli 44, 4. Die neuen Ideen treten schon bei Cicero (s. de officiis 1, 10) auf.

ist allein der Wille. Man tritt an *nuda uoluntate, ex sola animi destinatione*, l. 16 C. de iure del. 6, 30 (Diocletian). § 7 J. de her. qual. 2, 19, ebenso l. 1 C. Theod. 5, 1. l. 88 D. A. H. 29, 2 (Paulus); es kommt nicht auf irgendwelche Thatsache, sondern lediglich auf den Willen an, l. 20 pr. D. A. H. 29, 2 (Ulpian).

Hieraus folgte nun freilich nicht, dass die Willensäußerung gänzlich fehlen konnte, weil dann der Wille überhaupt nicht als ernstlicher erkennbar gewesen wäre, wohl aber, dass die Art der Willensäußerung durchaus gleichgültig war, dass jemand Erbe wurde, *quoquo modo uoluntatem suam declarat*, § 7 J. de her. qual. 2, 19. Dieser Satz gilt in dem weitesten Umfange, der nur denkbar ist, wie zwei interessante Anwendungsfälle zeigen.

Dass die Antrittserklärung nicht an bestimmte dritte Personen, etwa an die Erbschaftsgläubiger, die Vermächtnissnehmer oder die Intestaterben, gerichtet sein muss, versteht sich von selbst. Aber es ist zu ihrer Gültigkeit auch nicht einmal erforderlich, dass sie bei Lebzeiten des Erblassers, also in der Zeit, in welcher der Antritt allein gültig geschehen kann, überhaupt dritten Personen zugänglich wird. Ein zu einer Erbschaft Berufener hatte sich zu Lebzeiten nicht erklärt, aber über dieselbe Erbschaft zu Gunsten seines Sohnes verfügt: die Kaiser Diocletian und Maximian sahen darin eine rechtmässige Antretung, l. 6 C. de iure del. 6, 30. Es ist klar, dass die Erklärung als solche erst nach dem Tode des Erklärenden existent wird, dass also, wenn sie zur Gültigkeit der Antretung gehörte, eine testamentarische Verfügung nicht genügen könnte.

Man muss noch einen Schritt weiter gehen und statuieren, dass überhaupt nur eine Willensäußerung, nicht eine Willenserklärung erfordert wird. Das heisst m. a. W.: der Wille muss zwar an einer äusseren Thatsache erkennbar geworden sein, aber es ist gleichgültig, ob der Antretende dabei die Absicht hatte, ihn erkennbar zu machen. Schon bei der *pro herede gestio* wird diese Absicht in vielen Fällen zweifelhaft



sein. Wer eine Erbschaftssache an jemanden verkauft, der der Erbschaft durchaus fern steht und von ihr nicht einmal etwas weiss, der thut das zwar, weil er Erbe sein will, aber nicht, um Erbe zu werden, und noch weniger, um seinen Erbschaftsantritt andern erkennbar zu machen. Es ist sogar möglich, dass er letzteren einstweilen noch verheimlicht, damit die interessirten Personen (Erbschaftsgläubiger, Vermächtnisnehmer) nicht sogleich ihre Ansprüche geltend machen. Aber Erbe wird er dennoch. Wer in einem Kodizill über den Sklaven einer ihm angefallenen Erbschaft verfügt, der denkt vielleicht nicht einmal daran, dass er den Sklaven nur in seiner Eigenschaft als Erbe hat, sondern er betrachtet ihn einfach als sein Eigenthum; dann fehlt ihm der Erklärungswille ganz gewiss, aber gleichwohl erwirbt er die Erbschaft, l. 86 § 2 D. A. H. 29, 2 (Papinian). Wenn ferner jemand mit seinem Sohn oder Sklaven zusammen zum Erben eingesetzt ist, und Letzterem den jussus zum Antritt für seine Portion erteilt, so wird er für seinen eigenen Theil sofort Erbe, l. 26 D. A. H. 29, 2 (Paulus mit Berufung auf Pomponius, Marcellus und Julian). Eine auf seinen Theil bezügliche Erklärung liegt nicht vor, aber der jussus wird als Anzeichen für den Antretungswillen angesehen. Der Berufene könnte diesen Willen nur ableugnen, wenn er die rechtlich nicht erlaubte Absicht hätte, seinen Theil nicht unmittelbar, sondern frei von Vermächtnissen mittelbar durch Accrescenz an die Portion des Sohnes oder Sklaven zu vererben.

Alle diese Regeln gelten aber nur von der *aditio hereditatis*. Wer über einen Sklaven, der ihm zum Kauf angeboten ist, durch Testament verfügt, oder auf ein Grundstück, das ihm zum Kauf angeboten ist, ein dingliches Recht bestellt, der nimmt dadurch die Kaufofferte noch nicht an, so bestimmt er auch seinen Willen äussert. Freilich kann auch ein Kauf durch konkludente Handlungen abgeschlossen werden, aber es genügt nicht der abstrakte Wille (*nuda voluntas*), sondern der Wille muss eine bestimmte Richtung, nämlich gegen den Offerenten

erhalten, um wirksam zu werden. Er muss nicht bloss geäußert, sondern erklärt werden, wenn es auch auf die Form der Erklärung nicht ankommt. Dasselbe gilt natürlich auch von der *agnitio bonorum possessionis*.

Nach dem Gesagten ist ein Erbschaftsantritt durch Boten ein Widerspruch in sich selbst, da der Bote nur die Erklärung vermittelt, welche in diesem Falle unerheblich ist. Wer einen Boten beauftragt, irgend jemandem den Antritt zu erklären, der zeigt dadurch schon den Willen zu erwerben, und der Bote vollzieht nicht den Antritt, sondern meldet nur den vollzogenen Antritt.

Freilich gehen dadurch dem Handelnden einige Nebenvortheile verloren, welche er bei Benutzung eines Boten hat. Bei dieser ist es ihm thatsächlich möglich, die endgültige Form, in welcher die Willenserklärung ankommen soll, von gewissen Umständen abhängig zu machen; er kann dem Boten die Auswahl des Adressaten überlassen, kann ihm mehrere Willenserklärungen (mehrere Briefe) mit der Instruktion geben, nach den Umständen die eine oder die andere abzugeben. Es scheint nicht, als ob die Römer von dieser Möglichkeit einen sehr ausgiebigen Gebrauch gemacht haben, aber einige Fälle kommen allerdings vor, und es lässt sich auch in der That kaum absehen, mit welchem Rechte man Modifikationen, die die Erklärung mit dem Willen des Erklärenden auf dem Wege erlitt, hätte verwerfen können. Das Prinzip, dass der wahre Wille entscheide, diente nur dem Vortheil des Erklärenden, und es lag den Römern fern, so absurde Konsequenzen daraus zu ziehen.

Eine weitere Folge von der Benutzung eines Boten war es, dass der Wille erst mit der vollzogenen Willenserklärung in Wirksamkeit trat. Dadurch erlangte man einestheils einen Aufschub und andernteils die Möglichkeit, die Erklärung überhaupt zu verhindern, indem man den Boten instruirte, sie zurückzuhalten. Wenn beides bei der Antrittserklärung nicht möglich war, so stimmte dies durchaus zu dem allgemeinen

Charakter derselben. Wenn der Berufene will, dass die Erklärung erst in dem Augenblicke in Wirksamkeit treten soll, in welchem sie abgegeben wird, so hat er eine befristete *aditio* im Sinne; wenn er will, dass sie nur in dem Falle gelten soll, dass der Bote sie wirklich abgiebt, eine bedingte *aditio*.

In der That ist in den Quellen auch niemals von einem Erbschaftsantritt durch Boten die Rede; und bei einem Institute, welches mit solcher Feinheit und Sorgfalt behandelt wird, ist das Schweigen der Quellen allerdings ein gewichtiges Argument, namentlich wenn es die Schlüsse bestätigt, welche man aus den von den Römern selbst aufgestellten allgemeinen Sätzen ziehen kann. Der *nuntius* in der l. 67 (65) § 3 D. ad sc. Trebellianum 36, 1, von der noch später die Rede sein wird, überbringt, wie sich jeder mit Leichtigkeit überzeugen kann, keine Antrittserklärung, sondern das Verlangen des Universal-fideikommissars an den Fiduciar, die Erbschaft auf seine Gefahr anzutreten. Denn aus dem Zusammenhange geht deutlich hervor, dass man in dem Satze „*significare velle se periculo suo hereditatem adire quomodo absentes per nuntium*“ mit Haloander „*adire*“ in „*adiri*“ ändern muss. Die ganze Stelle spricht nicht von der Schwierigkeit des Erbschaftsantrittes durch einen *infans*, sondern von der Schwierigkeit, welche entsteht, wenn der *infans* zum Universal-fideikommissar eingesetzt ist und den Fiduciar zum Antritt zwingen will, weil er selbst keinen Willen erklären kann und der Vormund nicht berechtigt ist, ihn dabei zu vertreten. Bei Stummen fällt diese Schwierigkeit fort, weil sie ihren Willen (dass der Fiduciar auf ihre Gefahr antreten soll) durch Zeichen erklären können, ebenso wie Abwesende durch Boten. Da dieser Wille einer bestimmten Person (dem Fiduciar) gegenüber geäußert werden muss, so ist allerdings ein Bote möglich.

Ebenso ist es unbedenklich zugelassen worden, dass der Berufene die Agnitionserklärung dem betreffenden Magistrat durch eine andere Person übermittelte; ja es war sogar möglich, dass jemand eine ohne Auftrag abgegebene Agnitions-

erklärung genehmigte, sich dieselbe also gewissermassen nachträglich aneignete, l. 3 § 7 D. de bon. poss. 37, 1 (Ulpian). Der eigene Wille des Berufenen war aber zur Perfektion durchaus nothwendig, daher konnte die Genehmigung nur zu seinen Lebzeiten von ihm selbst, nicht etwa von seinen Erben, l. 3 § 7 cit., und nur innerhalb der für die Agnition laufenden Fristen erklärt werden, l. 24 § 1 D. ratih. 46, 8. Ebenso wurde erfordert, dass der Berufene noch willensfähig war, l. 48 D. A. H. 29, 2. Hierbei konnte, wie auch sonst, dem Ueberbringer ein selbständiger Einfluss eingeräumt, ja es konnte die Abgabe der Erklärung ganz in sein Ermessen gestellt werden, l. 48 cit.

Ein Erbschaftsantritt durch Stellvertreter im Willen ist an sich sehr wohl denkbar, kam aber im römischen Rechte, von einer Ausnahme abgesehen, nicht vor. Freilich ist nach den sorgfältigen Untersuchungen von Schlossmann („Der Besitzerwerb durch Dritte“) die direkte Stellvertretung dem römischen Rechte nicht so fremd gewesen, als man gewöhnlich annimmt. Daher wäre es möglich, dass der römische Procurator in dem von Schlossmann, Besitzerwerb S. 89 ff., entwickelten Sinne auch Erbschaften antreten konnte. In der That haben es die Römer bei dem procurator Caesaris zugelassen und schon dadurch gezeigt, dass die ratio juris hier nicht entgegenstand, l. 1 § 2 D. off. proc. 1, 19 (Ulpian) (*est hoc praecipuum in procuratore Caesaris, quod et eius iussu servus Caesaris adire hereditatem potest et, si Caesar heres instituitur, miscendo se opulentae hereditati procurator heredem Caesarem facit*).

Aus dieser Stelle geht aber zugleich deutlich hervor, dass andere Procuratoren nicht für die Sklaven den jussus zur Antretung ertheilen<sup>5)</sup> und auch selbst keine Antrittserklärung für die dem Herren angefallenen Erbschaften übergeben konnten. Der Grund dieser Beschränkung lässt sich, ehe wir nicht viel

---

<sup>5)</sup> Der jussus muss übrigens auch speziell ertheilt werden, l. 25 § 5 D. A. H. 29, 2.

genauer über den römischen Procurator unterrichtet sind, nicht mit voller Sicherheit angeben. Vermuthlich ist es derselbe, aus dem auch der bedingte Antritt für ungültig erklärt wurde, nämlich die Tendenz, die Thatsache des Antritts vor allem Zweifel sicher zu stellen. Dies wäre in vielen Fällen nicht möglich gewesen, wenn man zur Feststellung der Gültigkeit erst die Vollmacht des Procurators hätte prüfen müssen. Bei den *procuratores Caesaris* fiel das Bedenken deshalb fort, weil sie öffentliche Beamte mit einer gesetzlich geregelten Kompetenz waren.

Der Antritt durch den Procurator war noch mit einem besonderen Uebelstande verknüpft. Die Römer haben den Erwerb einer Erbschaft immer als ein sehr gefährliches Geschäft betrachtet; ein zuverlässiges Sicherungsmittel gegen Schaden gab es nicht, da, wenn das Vermögen auch noch so gross war, doch nachträglich unvermuthete Schulden zum Vorschein kommen konnten. Das Geschäft war um so gefährlicher, als sich für das Risiko überhaupt keine Grenze angeben liess. Bei kaiserlichen Erbschaften half man dadurch, dass man die Antretung des Procurators nur, wenn sie solvent waren, für gültig erklärte, l. 2 D de off. proc. 1, 19. Man trug aber billigerweise Bedenken, einen solchen Grundsatz allgemein anzuwenden, und hielt daher für Private an dem Prinzip der persönlichen Antretung fest. Eine Stelle, welche das besagt, giebt es allerdings ausser der l. 1 § 2 cit. nicht, denn in der l. 89 D. A. H. 29, 2 ist wohl die Lesart „per curatorem“ statt „per procuratorem“ vorzuziehen. Das Schweigen ist aber auch hier eine wichtige Bestätigung: die Frage war eben niemals aufgeworfen worden. Wären wirklich Antretungen durch Procuratoren vorgekommen, so hätte sich die Jurisprudenz unmöglich der Frage entziehen können, die von den späteren Juristen in der That so viel ventilirt worden ist, welcher Art die Vollmacht des Procurators sein musste.

Der Mandatar, welcher nicht zugleich Procurator war, handelte nur im eigenen Namen und war zur Stellvertretung

beim Antritt nicht zu verwenden, weil er nicht eine dem Herrn angefallene Erbschaft im eigenen Namen erwerben konnte. Auch hier bestätigt das Schweigen der Quellen, dass im römischen Reiche niemand auch nur auf die Idee gekommen ist, einen Antritt durch einen Mandatar für möglich zu halten.

Die starke Betonung des inneren Momentes bei juristischen Handlungen hat, wie gerade in der neueren Zeit bei der Streitfrage bezüglich der Differenz zwischen Wille und Willenserklärung mehrfach dargelegt worden ist, etwas sehr Bedenkliches und steht jedenfalls mit der germanischen Anschauung durchaus im Widerspruch. Sie war um so gefährlicher, als durch das Wegfallen der römischen Formalkontrakte alle Verträge unter die Herrschaft jenes Prinzips kamen. Selbst für den Erbschaftsantritt ergeben sich aus der römischen Auffassung nach unsern Anschauungen geradezu unleidliche Konsequenzen. Wenn der Berufene jemanden mit der Regulirung der Erbschaft beauftragt, so ist die *nuda voluntas adeundi* vorhanden; wenn er darauf seine Absicht, ehe etwas geschehen, und ehe sein Auftrag bekannt geworden ist, ändert, seinen Auftrag zurückzieht und nunmehr ausschlägt, so würde sich das als Betrug qualifiziren. Man kann wohl sicher behaupten, dass kein moderner Richter hier den römischen Grundsätzen folgen würde.

Daher stiess das römische Recht bei der Rezeption von Anfang an auf eine zähe Opposition, die sich darauf stützte, dass der Wille nicht eher gelten könne, ehe er in der vom Wollenden beabsichtigten Weise erklärt sei. Eine Fortbildung des prätorischen Rechtes würde es ermöglicht haben, diesen Ideen gerecht zu werden, wenn nicht die *bonorum possessio* durch Justinian beseitigt worden wäre. So musste sich denn die Opposition gegen die *aditio* richten.

Die Glossatoren standen der Mehrzahl nach noch durchaus auf dem Boden des römischen Rechtes. Sie lasen in l. 89 D. A. H. 29, 2 „*per procuratorem*“ und begründeten die Unmöglichkeit des Antritts durch einen Procurator ganz richtig

damit, dass der Antritt solo animo erfolge, indem sie zugleich auf den Unterschied der *aditio* und der *agnitio bonorum possessionis* hinwiesen. Wenn sie aber bereits — im Gegensatz zu den römischen Juristen — der Frage näher traten, wie ein *mandatum de adeunda hereditate* rechtlich aufzufassen sei, so deutet dies darauf hin, dass solche Mandate zu ihrer Zeit wirklich vorkamen, dass also die Volksanschauung mit dem römischen Rechte nicht mehr stimmte. An sich ist der Auftrag zum Antritt auf etwas rechtlich Unmögliches gerichtet und daher gegenstandslos; man kann aber zweifeln, ob der darin zu Tage tretende Wille, Erbe zu werden, nicht schon als sofortiger Antritt aufzufassen sei. Die Glosse bejaht die Frage. Eine mildere Ansicht (Rogerius) behauptete schon damals mit Berufung auf die Analogie der *bonorum possessio*, dass die Stelle sich nur auf den Generalbevollmächtigten beziehe, und dass ein Spezialmandat möglich sei. Andere nahmen den Aufschub des Erbschaftserwerbes wenigstens dann an, wenn der Auftraggeber dies beabsichtigte, wurden aber vom Hugolinus bekämpft.

Im dreizehnten Jahrhundert polemisirte Jacobus de Ravenna aus Lothringen gegen die Ansicht der Glosse, indem er sich darauf berief, dass, wer den Auftrag zum Antritt giebt, keineswegs sogleich Erbe sein will. Wem eine Erbschaft, deren Solvenz ihm unbekannt ist, jenseits des Meeres anfällt, der kann einen Procurator hinschicken, um sie zu prüfen und nur eventuell anzutreten, und hat dann sicher nicht den Willen, sogleich Erbe zu werden. Cynus ad Cod. qui ad bon. poss. 6, 9, nr. 1. Es wurde also entschieden geltend gemacht, dass durch die Auffassung der Glosse berechnigte Interessen verletzt würden.

Jacobus drang nicht durch. Um den Leser nicht durch Wiederholung derselben Ausführungen zu ermüden, sei nur Folgendes bemerkt. Im vierzehnten Jahrhundert erklärte sich Bartolus de Saxoferrato ad l. per procuratorem D. A. H. 29, 2 für die Ansicht der Glosse und betonte, dass man nur durch seinen, nicht durch eines andern Willen Erbe werden könne.

Bei Verträgen, wo eine Erklärung nöthig sei, könne man andere Personen zur Erklärung benutzen; beim Antritt greife der Satz Platz: *quod consistit in mea libera uoluntate, nullo modo potest per alium explicari nisi per me.* Vgl. auch Angelus de Perusio und Odofredus zu derselben *lex*.

Aus der ersten Hälfte des fünfzehnten Jahrhunderts seien noch als Anhänger der Glosse Paulus de Castro und Raphael Cumanus erwähnt.

Paulus de Castro ad l. per procuratorem D. A. H. 29, 2 sieht ebenfalls in dem *mandatum de adeunda hereditate* einen Antritt und erklärt dies für die allgemeine Lehrmeinung. Eine Stellvertretung ist schon deswegen ausgeschlossen, weil der Procurator durch den Antritt selbst Erbe werden müsste: *si ergo posset fieri aditio per procuratorem, ipse efficeretur heres et iura directa acquirerentur sibi.* Man sieht, dass dem Juristen der Begriff der direkten Stellvertretung nicht einmal geläufig war. Auch bei Raphael Cumanus ad leg. cit. kehren im wesentlichen, wenn in weiterer Ausführung, die alten Gründe wieder. Er bekämpft namentlich die Auffassung der „*ultramontani*“ (Jacobus de Ravenna) von dem *mandatum de adeundo*. Bei ihm kommt auch wieder der Grund vor, dass ein Bote nur bei Verträgen und ähnlichen Rechtsgeschäften (offenbar allen Mittheilungen an bestimmte Personen) möglich sei; *quod nuntius interueniat in contractibus aliis et similibus, quia uoluntas mea bene ibi perficit contractum, sed nuntius innuit uoluntatem meam cum tua.* Die Begründung von Bartolus, Baldus und Angelus, dass das Recht zum Antritt rein persönlich sei, verwirft er dagegen mit Berufung auf die Analogie der *agnitio bonorum possessionis* und macht statt dessen geltend, dass bei *actus civiles* keine direkte Stellvertretung möglich sei. Bei der *bonorum possessio* liege die Sache in so fern anders, als sie formell nicht durch den Antrag, sondern durch das prätorische Dekret erworben werde. Wenn indessen Paulus de Castro und Raphael Cumanus, wie übrigens auch sonst geschieht, ausdrücklich ausführen, dass die Gegen Gründe jeden-



falls auf den Generalbevollmächtigten keine Anwendung finden, so kann man darin wohl ein Anzeichen finden, dass die Praxis aller Theorie zum Trotz Spezialmandate anerkannte. S. namentlich auch die Polemik gegen Bartolus und Baldus am Ende der angeführten Noten von Raphael Cumanus.

Die französische Schule machte in so fern einen Fortschritt, als sie die sehr bedenkliche Lesart der l. 89 D. A. H. „per procuratorem“ fallen oder wenigstens dahingestellt sein liess. Die alte Auffassung aber blieb die herrschende. Cujacius observat. 1, 34 beruft sich dafür auf die l. 1 § 2 D. off. procur., in der die Befugniss zum Antritt von Erbschaften als *praecipuum* des *procurator Caesaris* bezeichnet wird. Zur Agnition der *bonorum possessio* sei ein *procurator* ohne Beschränkung zulässig: *ius enim praetorium civili iure indulgentius et benignius est, ius civile directum et asperum, ius praetorium mite et moderatum est.* Der grosse französische Jurist hielt also freilich an der alten Meinung fest, besass aber viel weniger Verständniss von dem Wesen der *aditio* und konnte jene daher nur durch allgemeine Phrasen motiviren.

Auch Donellus geht weniger tief auf die Sache ein als die früheren, obgleich der Grund, den er anführt, von diesen entlehnt ist. Entweder, sagt er *de jure civili* 7, 9 nr. 5, giebt der Berufene den Auftrag zum Antreten, dann erwirbt er sofort durch den Auftrag selbst die Erbschaft, ohne dass eine Handlung des *Procurator* nöthig wäre; oder der *Procurator* tritt ohne Auftrag an, dann vollzieht sich der Erwerb erst mit der Genehmigung, also wieder durch den eigenen Willen des Erben.

Nur Duarenus erklärt sich (*tit. de A. v. O. H. cap. IV in fine*) kurzweg gegen die Auffassung, die er selbst als *opinio recepta* anerkennt: *breviter ego puto per procuratorem posse adiri hereditatem.* Der Gebrauch eines *Procurators*, so argumentirt er, wird allgemein in l. 1 D. de *procurat.* zugelassen und ist für den Erbschaftsantritt nirgends verboten. l. 1 § 2 D. off. *procur.* macht Duarenus gerade für sich geltend, l. 89

D. A. H. 29, 2 verwirft er wegen der zweifelhaften Lesart mit Recht als beweisunkräftig. Gegen den Grund, dass die Erbschaft solo animo angetreten werde, und dass also in dem *mandatum de adeundo* ein Antritt liege, führt er an, dass derselbe bei dem Generalprocurator nicht zutrefte, und dass auch bei dem Spezialmandatar die Absicht des Beauftragenden dahin gehen könne, sich in der Zwischenzeit noch den Rücktritt offen zu halten; „uidetis ergo eam opinionem nec auctoritate nec ratione satis idonea niti.“

Dem Duarenus folgt Fachineus *Controvers. jur. lib. VI cap. 96*. Im allgemeinen zeigt sich aber, dass die herrschende Meinung auch jetzt an dem römischen Rechte festhielt, obgleich das Verständniss für die inneren Gründe desselben bereits zu schwinden begann.

Den richtigen Weg zeigte Averanius, indem er *Interpretat. juris lib. I cap. 12* Duarenus sachgemäss widerlegte, für das *mandatum de adeundo* auf die Ansicht der Glosse zurückging und sich auch auf *l. 1 § 2 D. off. procurat.* berief, gleichzeitig aber *a. a. O. § 59* mit Berufung auf die Praxis eine Antretung durch einen Procurator dann zuliess, wenn dieser instruiert war, sich zuvor über die Solvenz der Erbschaft zu unterrichten. Er fehlte aber darin, dass er die Zulässigkeit des Procurators allzusehr beschränkte. Im übrigen fasste er Letzteren nicht als Stellvertreter im Willen, sondern, wie § 60 zeigt, nach Analogie des Boten auf, wick also auch in diesem Punkte von dem Wesen der *aditio* nach römischem Rechte ab. Ihm schlossen sich andere an. S. Hoepfner, *Theor.-prakt. Comment. über die Heineccischen Inst. II § 544*. Für allgemeine Zulässigkeit eines Procurators nach gemeinem deutschen Rechte Stryck, *Us. modern. Pand., tit. de A. H. § 7*, Hofacker, *Principia jur. civ. II § 1442*, für Zulässigkeit des Procurators schon bei der römischen *aditio* im Gegensatz zur *cretio* Hellfeld, *Jurisprudentia forensis sec. Pand. ord. § 1491*.

Die Mehrheit der Gelehrten hielt mehr oder weniger streng an dem römischen Rechte fest. S. Hunn, *Variarum*

resolutionum jur. civ. lib. II tract. V quaest. 29; Harprecht, Commentar. libr. II ad § 7 J. de her. qual., nr. 19 f.; Faber, Rationalia in Pand. ad l. 1 § 2 D. de off. procurat. 1, 19; Lauterbach, Collegium theoretico-practicum, libr. 29, tit. 2 § 30; Wening-Jugenheim, Lehrbuch d. gem. Civilrechtes, 3. Aufl. II § 502 S. 291; Puchta, Pandekten § 497 (namentlich auch mit Berufung auf l. 54 pr. D. A. R. D. 41, 1) u. A. Die Reihe sei geschlossen mit Mühlenbruch, welcher in Glücks Commentar XLII § 1491 namentlich die Eigenschaft der *aditio hereditatis* als eines *actus legitimus* (l. 77 D. R. J. 50, 17) geltend macht, sich auf die l. *per procuratorem* beruft und a. a. O. S. 409 f. das *mandatum de adeundo* für eine *aditio* erklärt, im übrigen aber S. 414, wenn auch nur in einer beiläufigen Bemerkung, die Unanwendbarkeit des römischen Rechtes anerkennt.

Es fehlte indessen nicht an Opposition. S. z. B. Seuffert, Pandekten III § 566 A. 4. Die Herrschaft hat sie freilich erst durch Leist, *Bonorum possessio* II § 168 f., erlangt. Die allgemeinen Gründe, welche Leist für seine Ansicht giebt, sind vom Standpunkt des heutigen Rechtsbewusstseins aus so schlagend, dass derjenige, der in dem römischen Recht ein absolutes und keiner fehlerhaften Bildungen fähiges Recht sieht, auch für dieses die Möglichkeit der *aditio per procuratorem* nicht leugnen kann<sup>6)</sup>. In der That ging Leist

---

<sup>6)</sup> Man sehe namentlich S. 327 f., wo ausgeführt wird, dass der Berufene wohl ein Interesse haben kann, erst durch die Erklärung seines Procurators Erbe zu werden. Nach römischem Recht treffen freilich die Argumentationen nicht zu. Wenn der Auftraggeber „lediglich die Erklärung“ abgiebt, „dass er durch die Erklärung des Procurators Erbe werden wolle“, so hat er den Antretungswillen unter einer aufschiebenden Fristbestimmung. — Instruktiv für diese Verschiedenheit ist besonders der von Leist a. a. O. unter b erwähnte Fall, dass der Berufene von andern Erbschaftsprätendenten weiss, die Erbschaft deshalb nur antreten will, wenn jene noch nicht Besitz genommen haben, und mit einer entsprechenden Instruktion einen Procurator abschickt, der wo möglich vorher Besitz von der Erbschaft ergreifen, andernfalls aber überhaupt

weiter und stellte seine Ansicht auch für das römische Recht auf. An positiven Beweisstellen fehlte es ihm dabei freilich ebenso wie der entgegengesetzten Ansicht, indessen führte er, wenn auch mehr beiläufig, l. 65 § 3 D. ad sc. Treb. 36, 1 für die Möglichkeit einer *aditio per nuntium an*, obgleich, wie oben bemerkt worden, in der Stelle keine *aditio*, sondern ein ganz anderes Rechtsgeschäft durch Boten vorgenommen wird. Ferner beruft er sich darauf, dass nach l. 4 C. 6, 30 die *pro herede gestio* in Stellvertretung vorgenommen werden könne. Die Stelle bestimmt, dass der Sohn Erbe wird, wenn der Vater mit seinem Willen die *pro herede gestio* vornimmt; sie steht mit den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechtes im Einklang, da der Sohn selbst den Willen hat. Da dem Vater der Niessbrauch zukam, so mochte es häufig geschehen, dass der Sohn sich bisweilen über eine ihm angefallene Erbschaft überhaupt nicht äusserte, sondern nur duldete, dass der Vater sie in Besitz nahm. Dann zeigte er durch diese Duldung selbst den zum Erwerbe erforderlichen Willen.

Der Ansicht von Leist ist Köppen, System des heutigen römischen Erbrechts § 11, beigetreten. Es ist aber entschieden unrichtig, wenn Köppen in dem *jussus*, welcher dem Sklaven oder Sohne zum Antritte ertheilt wird, ein dem Auftrag zum Antritt analoges Rechtsgeschäft sieht und a. a. O. A. 11. 15. 19. 20. 23 die Regeln, welche von jenem gelten, ohne weiteres auf diesen überträgt. Der Sohn bzw. Sklave tritt seine eigene Erbschaft an, er handelt zwar zu Nutzen des Gewalthabers, aber nicht an Stelle des Gewalthabers, denn dieser könnte

---

nicht antreten soll. Nach römischem Recht genügt der Antretungswille als bedingter nicht, der Berufene erwirbt die Erbschaft erst, wenn er von der Besitzergreifung durch den Procurator hört und sie billigt. Verstirbt er also in der Zwischenzeit, so ist seine Berufung in Ermangelung eines Transmissionsfalles erloschen. Dass das dem heutigen Rechtsbewusstsein als unnöthiger und unbilliger Formalismus erscheint, soll nicht geleugnet werden.

gar nicht antreten. S. Mühlenbruch in Glücks Commentar S. 402 ff. Man bringt, genau genommen, schon einen fremden Gedanken in das römische Recht, wenn man sagt, der Sohn sei bei Erwerbshandlungen Stellvertreter des Vaters. Korrekter ist der Satz so auszudrücken, dass der Sohn für das gemeinschaftliche Familienvermögen erwirbt, dessen Inhaber in juristischer Beziehung allerdings der Vater ist, obgleich nach der bisweilen auch im Recht zur Geltung kommenden Ansicht des täglichen Lebens alle Familienmitglieder daran Theil haben. Das Geschäft, welches der Sohn abschliesst, ist sein eigenes, wenn auch die daraus entspringenden Rechte nur vom Vater geltend gemacht werden dürfen.

Dem Einfluss von Leist und Köppen ist es zuzuschreiben, dass in neuerer Zeit die herrschende Meinung umgeschlagen ist, und das *mandatum de adeunda hereditate* als solches anerkannt wird. Sintenis, Prakt. gem. Civilrecht III § 183 sub II e; Windscheid III § 596 sub 3; Arndts § 508 A. 2, neuerdings auch Hellmann, Stellvertretung S. 121 ff., und viele andere. Dem Averanius folgt Schweppe, Privatrecht § 837. Auf dem Standpunkt des römischen Rechts ist auch für das deutsche Recht verblieben Northoff im Archiv f. prakt. R.-W. N. F. S. 1 ff.

Im allgemeinen bietet die Dogmengeschichte, von der ich den Lesern einen kurzen Abriss gegeben habe, kein sehr erfreuliches Bild. Sie giebt uns keine wirkliche Fortentwicklung und schliesst mit keinem festen Ergebniss, sondern zeigt einen durch die Jahrhunderte fortgesetzten Kampf zwischen der unbefangenen Auffassung des fremden Rechtes und dem eigenen Rechtsbewusstsein. Bedeutende Fortschritte hat die Jurisprudenz in der langen Zeit überhaupt nicht gemacht; von beiden Seiten konnten, wie die Verhältnisse lagen, keine neuen Gesichtspunkte aufgestellt werden, und die neuen Beweise, welche der eine oder andere glaubte beibringen zu können, wurden in der Folge bald widerlegt. Noch unerquicklicher wird die Frage dadurch, dass das Institut der römischen

aditio in seiner ganzen Eigenthümlichkeit schwer mit unserer Rechtsanschauung zu vereinigen ist.

Wie man aber auch *de lege ferenda* über die Frage denken mag, so steht doch *de lege lata* fest, dass im allgemeinen bezüglich des Erbschaftserwerbes römisches Recht gilt. Ein *derogirendes* Gewohnheitsrecht ist nicht nachzuweisen und in der That auch niemals behauptet worden. Demnach gilt auch für uns die Regel, dass keiner bestimmten Person erklärt zu werden braucht, dass überhaupt jede Aeusserung genügt, und also ein Bote, d. h. ein Ueberbringer des Willens keine Rolle dabei spielen kann.

Aber andererseits kann wohl heute kaum bestritten werden, dass eine Vertretung im Willen an sich zulässig ist (darauf berufen sich ev. Arndts § 508 A. 2, Windscheid § 596 A. 4 und die dort angeführten Erkenntnisse). Wird das zugegeben, so fällt der allein durchschlagende Grund gegen das *mandatum de adeunda hereditate* fort. Denn dass nur eine persönliche Antretung möglich sein soll, dafür lässt sich kein Grund anführen, auch spricht schon im römischen Rechte die Analogie der *agnitio bonorum possessionis* dagegen. In der That steht gewohnheitsrechtlich das *mandatum de adeundo* als gültig fest, und die moderne Ansicht ist so sehr dafür, dass die Praxis durchaus danach entschieden hat, und dass unter den neueren Gesetzbüchern ausdrücklich das österreichische, § 1008, und das sächsische, § 2250, das *mandatum de adeundo* anerkennt. Die Durchführung des römischen Rechtes würde entschieden gegen unser Rechtsgefühl verstossen. S. das Erkenntniss in Seufferts Archiv XXI 243 f., vgl. auch die Motive zu § 2250 des sächsischen Gesetzbuches.

Nach heutigem Recht würde also die Frage so zu beantworten sein. Ist in dem *mandatum de adeunda hereditate* der unbedingte Wille, die Erbschaft anzutreten, bereits ausgesprochen, so genügt dies zum Erwerbe der Erbschaft. Dieser hat sich also auch dann vollzogen, wenn der Beauftragte den Auftrag nicht hört, ihn missversteht, ihn ablehnt, ihn nicht

erfüllt, und namentlich auch dann, wenn der Berufene vor Erfüllung des Auftrages stirbt. Die Quellen bieten hierfür in so fern eine Analogie, als sie es zulassen, dass der Antrittswille aus testamentarischen Bestimmungen geschlossen wird, die regelmässig erst nach dem Tode des Berufenen dritten Personen zur Kenntniss kommen. Wann solch unbedingter Wille vorliegt, das hat der Richter unter Würdigung aller Umstände frei zu entscheiden. Es kommt aber nur darauf an, ob der Berufene den Willen hatte, nicht ob er ihn bereits durch den Auftrag zu erklären beabsichtigte. Eine Analogie hierzu findet sich in der römischen Entscheidung, dass der Vater antritt, der seinem zum Miterben eingesetzten Sohne für dessen Antheil den *jussus* ertheilt. Heute wird also namentlich ein sofortiger Erwerb anzunehmen sein, wenn der Auftrag zum Antreten ohne jegliche Instruktion und ohne jeglichen Vorbehalt erfolgt, sofern nicht aus andern Umständen ein anderer Wille des Berufenen erkennbar ist.

In allen anderen Fällen würde nach streng römischem Rechte der Erwerb erst in dem Augenblicke erfolgen, in welchem der Berufene die unbedingte *voluntas adeundi* fasst, also insbesondere dann, wenn er den ihm vom Procurator gemeldeten Antritt billigt. Diese Billigung selbst, geschehe sie ausdrücklich oder stillschweigend, enthält, juristisch betrachtet, allein die *aditio*. Nach heutigem Rechte ist eine Vertretung in der *voluntas adeundi* selbst möglich; die *aditio* kann also auch durch den Procurator erfolgen, nur muss dann das Rechtsgeschäft den Anforderungen der römischen *aditio* entsprechen.

Es ist behauptet worden, dass das *mandatum de adeundo* nicht nach den Regeln der *aditio*; sondern lediglich nach den Regeln des *mandatum* beurtheilt werden müsse, und daher insbesondere auch bedingt ertheilt werden dürfe. Leist, *Bonorum possessio* II S. 329; Köppen, *System* S. 388 f.

Diese Entscheidung ist nur dadurch möglich geworden, dass man die Begriffe von Auftrag und Vollmacht nicht gehörig

trennte <sup>7)</sup>. Eine Verwechslung war um so leichter möglich, als auch das römische Recht den Begriff der Vollmacht nicht ausgebildet und nicht von dem *mandatum* gehörig geschieden hat, obgleich die Veranlassung dazu mehrfach gegeben war. Die *Cession* als *mandatum ad agendum* wäre z. B. unter den Begriff der Vollmacht zu bringen gewesen; das zeigt sich am deutlichsten bei der *Cession donationis causa*, welche als Auftrag aufgefasst ein Auftrag im alleinigen Interesse des Beauftragten, also ungültig sein würde <sup>8)</sup>. Bei der Erbschafts-

---

<sup>7)</sup> S. darüber Laband in der Zeitschr. f. d. ges. Handelsrecht X S. 203 ff. Auftrag ist das obligatorische Rechtsverhältniss zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten, welches die *actiones mandati directa* und *contraria* begründet, Vollmacht die Erklärung, dass eine andere Person den Erklärenden in Rechtsgeschäften vertreten soll. Beides kann zusammentreffen. Aber Auftrag ohne Vollmacht war nach römischem Rechte bei der Seltenheit direkter Stellvertretung durchaus Regel und ist auch heute noch möglich. Laband a. a. O. S. 205 A. 42, vgl. H. G. B. Art. 360. 379. Auch Vollmacht ohne Auftrag ist möglich. Das Beispiel vom Procuristen, offenen Handelsgesellschafter u. s. w., welches Laband a. a. O. S. 205 angiebt, ist freilich nicht richtig. Denn wenn es in diesen Fällen auch an einer speziellen Instruktion fehlen sollte, so liegt das *mandatum* zum ordnungsmässigen Gebrauche der erteilten Vollmacht doch schon in der Bestellung des Procuristen bzw. in dem Gesellschaftsvertrage. Beim Missbrauch der Vollmacht ist daher die *actio mandati directa*, *conducti* oder *pro socio* je nach Lage des Falles anwendbar. Ein Beispiel würde dagegen folgender Fall darbieten. Ein Gutsbesitzer will sich zur Ruhe setzen und seinem Sohn sein Gut — unentgeltlich — überlassen. Da dieser kein Landwirth ist, gedenkt er dasselbe sofort zu verkaufen. Um daher die Kosten einer doppelten Auflassung zu sparen, lässt er sich nicht das Gut übertragen, sondern lässt sich nur Vollmacht geben, das Gut zu eigenem Nutzen einem andern aufzulassen. — Endlich können, auch wenn Vollmacht und Auftrag zusammentreffen, beide doch in ihrem Inhalte differiren, z. B. kann jene unbedingt, dieser bedingt sein. S. Laband a. a. O. S. 207. Bei instruktionswidrigem Gebrauch der Vollmacht besteht das abgeschlossene Rechtsgeschäft, aber der Bevollmächtigte ist aus dem Auftrage schadensersatzpflichtig.

<sup>8)</sup> Auch in § 42 J. R. D. 2, 1 (*nihil autem interest, utrum ipse dominus tradat alicui rem an voluntate eius alius*) und den verwandten Stellen liegt ein Vollmachtsverhältniss zu Grunde.



antretung kommt im römischen Recht aus den oben entwickelten Gründen weder Auftrag noch Vollmacht vor; wenn man aber nach neuerem Rechte die Möglichkeit einer direkten Stellvertretung annimmt, so wird eine solche Unterscheidung unabweislich.

Nun war nach römischem Rechte allerdings ein bedingtes Mandat möglich, auch wenn das Rechtsgeschäft, auf welches sich das Mandat bezog, unbedingt abgeschlossen werden sollte. Denn das Mandat hatte für den dritten, mit dem der Beauftragte kontrahirte, überhaupt keine Bedeutung, die Folgen des Rechtsgeschäftes traten in der Person des Mandatars ein, und zwar ohne Unterschied, ob er auftragsmässig oder auftragswidrig gehandelt hatte. Diese Schlussfolgerung kann natürlich auf das *mandatum de adeundo* keine Anwendung finden, da der Beauftragte die fremde Erbschaft nicht im eigenen Namen antritt.

Wenn aber ein Vollmachtsverhältniss, d. h. direkte Stellvertretung vorliegt, so bildet die Vollmacht selbst stets einen integrierenden Bestandtheil des auf Grund der Vollmacht abgeschlossenen Rechtsgeschäftes. Wenn A unbefugterweise im Namen des B einen Vertrag abgeschlossen hat, so befindet sich der Vertrag nach der mildesten Ansicht „in gleicher Lage wie das bedingte Rechtsgeschäft“ (Windscheid § 74 A. 4). Aus ihm wird zunächst weder A noch B verpflichtet: A nicht, weil er sich nicht verpflichten wollte, B nicht, weil er nicht verpflichtet werden konnte. Dass A in diesem Falle wegen *dolus* oder sogar auch wegen *culpa* belangt werden kann, ist keine Folge des Vertrages. Hatte daher A eine bedingte Vollmacht, so wird der Vertrag nur bei Existenz der Bedingung oder durch Genehmigung gültig. Eine auf Grund einer bedingten Vollmacht abgegebene Antrittserklärung ist also selbst nur bedingt wirksam. Wollte man solche Vollmachten zulassen, so würde die Regel, dass die Antrittserklärung nicht bedingt abgegeben werden darf, mit Leichtigkeit dadurch umgangen werden können, dass man bedingte Vollmacht zum Antritt

ertheilt. Der Bevollmächtigte möchte dann immer antreten, er würde den Machtgeber nur unter jener Bedingung zum Erben machen. Selbst wenn man ihn — was unter Umständen seine Schwierigkeiten haben könnte — für persönlich haftbar erklären wollte, so würde der Berufene doch leicht Personen finden, die in der Lage sind, solche Haftbarkeit nicht fürchten zu brauchen.

Ob die Bedingung der Vollmacht zur Zeit des Antritts bereits erfüllt ist oder nicht, macht keinen Unterschied, denn die Antretung selbst wird auch durch Hinzufügung einer bereits erfüllten Bedingung ungültig. Bekanntlich haben die Römer gerade die Bedingung „*si hereditas soluendo sit*“ verworfen, l. 51 § 2 D. A. H. 29, 2. Hätten sie das nicht gethan, so würde die unbeschränkte Haftung des Erben d. h. eine Fundamentalregel des älteren Erbrechts beseitigt worden sein, da man wohl selten vergessen haben würde, jene Bedingung hinzuzufügen. Die Bedingung ist übrigens eine *condicio de praesenti*, deren Existenz bereits objektiv feststeht. Nun ist es merkwürdig, dass gerade solche Gelehrte, welche die Zulässigkeit des *mandatum de adeundo* schon für das römische Recht behaupten, zugleich die Zulässigkeit eines bedingten Auftrages annehmen; denn es ist sicher, dass unter jenen beiden Voraussetzungen die Geschichte des ganzen Institutes eine andere gewesen wäre. Die Römer wären Thoren gewesen, den Erbschaftserwerb für eine so bedenkliche Sache zu halten, sich nach späterem Rechte Ueberlegungsfristen auszubitten oder die lästigen Vorbedingungen des *beneficium inventarii* zu erfüllen — sie brauchten nur einer andern Person, etwa einem Sohne oder Freigelassenen, den Auftrag zu geben, die Erbschaft anzutreten, wenn sie zahlungsfähig sei, und sie durch den Beauftragten liquidiren lassen. Wenn der Beauftragte dabei ehrlich und nach bestem Wissen handelte, so war gegen ihn kaum etwas zu machen. Der Auftraggeber aber konnte wegen der Erbschaftsschulden nur belangt werden, wenn ihm die Solvenz der Erbschaft bewiesen wurde. Auch für das

heutige Recht würde diese Ansicht zu sehr bedenklichen Konsequenzen führen, denn man würde durch Ertheilung eines so bedingten Auftrages die Förmlichkeiten des Inventars umgehen können.

So lange daher die römische Auffassung der *aditio* zu Recht besteht, dürfen nur unbedingte *mandata de adeundo* zugelassen werden. Dass der gleichzeitig ertheilte Auftrag Instruktionen darüber enthalten kann und enthalten wird, unter welchen Umständen von der Vollmacht Gebrauch zu machen ist, dem steht nichts im Wege. Die auf Grund der Vollmacht abgegebene Antrittserklärung bindet den Berufenen dann stets, auch wenn sie instruktionswidrig ist; im letzteren Falle hat der Herr nur das Recht, den Beauftragten persönlich haftbar zu machen. Auf diese Weise geschieht den Anforderungen des römischen Rechtes bezüglich der Unbedingtheit der Antretung Genüge, obgleich die ihm fremdartige Stellvertretung zur Geltung gekommen ist.

Nach der herrschenden Ansicht ist ferner zur Antretung Specialvollmacht erforderlich. Man pflegt sich dafür auf l. 25 § 5 D. A. H. 29, 2 zu berufen, nach welcher auch der *jussus patris* bzw. *domini* speziell sein muss. S. statt aller Windscheid, Pandekten § 596 A. 12. Die Analogie kann in diesem Falle in der That nicht verworfen werden, weil an das Mandat zum mindesten dieselben Anforderungen gemacht werden müssen, wie an den *jussus*. Letzterer ergänzt nur die Verfügungsfähigkeit des an sich handlungsfähigen Sohnes, während das *mandatum de adeundo* den Procurator für das vorliegende Rechtsgeschäft überhaupt erst handlungsfähig macht. Für diese Beschränkung fällt namentlich auch in die Wage, dass nur für die Gültigkeit des Spezialmandats eine feste Rechtsansicht nachweisbar ist, und dass diejenigen Gelehrten, welche auch ein Generalmandat zulassen, stets, und zwar noch in neuester Zeit, durchaus vereinzelt geblieben sind. Daher ist ein Gewohnheitsrecht nur bezüglich des Spezialmandats anzunehmen. Anders entscheidet allerdings das Erkenntniss

des Oberappellationsgerichts, bei Seuffert XXI, 243, welches auch ein generelles Mandat, Erbschaften anzutreten oder auszuschlagen, als gültig anerkennt, und Zimmermann, Stellvertret. negotiorum gestio S. 127. Aber dagegen das Erkenntniss bei Strippelmann V S. 358.

Die Gründe von Zimmermann sind folgende. Nach heutigem Rechte ist Stellvertretung in Rechtsgeschäften prinzipiell zulässig; ausgenommen sind familienrechtliche Geschäfte und diejenigen Fälle, in denen das Gesetz eine Form vorschreibt, „die wesentlich darauf berechnet ist, auf den Willen der Parteien einzuwirken (Testamentsform, Insinuation grosser Schenkungen) oder unmittelbar die Authenticität dieses Willens zu garantiren (Testamentsform)“. A. a. O. S. 123. Die Aufstellung enthält aber eine versteckte *petitio principii*. Prinzipiell zulässig ist die Stellvertretung nach heutigem Rechte nur auf dem Gebiet des Sachen- und Obligationenrechts, sowie sie andererseits für das Familienrecht prinzipiell ausgeschlossen ist. Für das Erbrecht lässt sich von vorn herein weder das Eine noch das Andere behaupten; vielmehr ist zu prüfen, in wie weit die Idee der Stellvertretung gewohnheitsrechtlich durchgedrungen ist. Als Resultat ergibt sich, dass sie nach der *communis doctorum opinio* beim Testamente ganz verworfen, bei der Antretung dagegen auf Grund einer Spezialvollmacht zugelassen wird.

Hierüber hinauszugehen haben wir kein Recht. Ich halte es auch nicht einmal für richtig, dass keine ethischen Gründe gegen ein generelles *mandatum de adeundo* bestehen. (So Zimmermann a. a. O. Auch das Erkenntniss bei Seuffert XXI, 243, leugnet das Bestehen „innerer Gründe“). Allerdings haben wir nicht mehr so grosse Scheu wie die Römer, über den künftigen Nachlass noch lebender Personen Rechtsgeschäfte abzuschliessen, aber auch nach unserm Gefühl möchte es doch etwas bedenkliches haben, wenn jemand in Form eines Generalmandats bereits im Voraus dafür sorgt, dass eine Erbschaft, die ihm etwa von jetzt noch lebenden Personen zufallen

sollte, prompt angetreten würde. Mag man wirklich die Erbschaft Verstorbener selbst vor dem Erwerbe heute schon wie ein Vermögensrecht behandeln, so geht dies bezüglich der Erbschaften, deren Erledigung erst erwartet wird, kaum an. Vgl. auch Strippelmann V S. 358. Lässt man aber das Generalmandat nur für die Erbschaften von Personen gelten, die bei Ertheilung des Mandats bereits verstorben sind, so schrumpft die praktische Bedeutung des Satzes auf ein Minimum zusammen.

Noch viel zweifelhafter ist die Frage, ob die Voraussetzungen der *aditio*, namentlich Vorhandensein der *Delation*, auch schon für das *mandatum de adeundo* verlangt werden müssen. Sie ist wohl richtiger zu verneinen. Allerdings verlangt das römische Recht eine bestimmte persönliche Entschliessung des Berufenen, aber gerade hiervon wird bei dem *mandatum de adeundo* abgesehen. Der Antretungswille soll nach römischem Rechte so erklärt werden, dass er bestimmt ist und sogleich in Wirksamkeit tritt: daher muss der Erklärende nicht nur berufen, sondern auch seiner Berufung sicher sein und darf den Antritt weder bedingen noch befristen. Dies gilt für das *mandatum de adeundo* nicht in gleichem Masse. Denn hier geht gerade die Absicht dahin, dass die Antretung erst später, nämlich durch die Erklärung des *Procurators*, perfekt werden soll; und es kann, wie oben gezeigt, ausserdem von dem Vollmachtgeber intendirt sein, dass sie unter Umständen überhaupt nicht abgegeben werden soll. Hiernach liegt kein Hinderniss vor, die Vollmacht zum Antritt schon zu einer Zeit zu geben, wo der Antritt selbst noch nicht möglich ist.

Natürlich darf das *mandatum de adeundo* nicht unter solchen Umständen ertheilt werden, dass es unsittlich erscheint, also nicht bei Lebzeiten des Erblassers. Köppen, System S. 390. Vgl. I. 25 § 6 D. A. H. 29, 2. Aber es ist wirksam, wenn es bei bedingter Berufung vor Eintritt der Bedingung gegeben wird.

Im Vorstehenden habe ich versucht, das germanische Prinzip, soweit es auf Grund eines Gewohnheitsrechtes anzuerkennen ist, mit der römischen *aditio hereditatis* zu vereinigen. Natürlich konnte das nur unvollkommen gelingen. Wirft man die Frage *de lege ferenda* auf, so muss man, wenn man konsequent sein will, die römische *aditio* vollständig fallen lassen. Es widerspricht entschieden unserer Rechtsanschauung, dass eine *nuda voluntas*, d. h. ein Wille, ohne erklärt zu sein, gelten soll. Andererseits würde es auch als Härte empfunden werden, wenn jedesmal die Antretung durch Eingabe bei Gericht erfolgen sollte. Vermuthlich würde diese häufig unterbleiben, die Erben (namentlich Kinder und Ehefrauen) würden sich formlos des Nachlasses bemächtigen, wodurch nothwendig Verwirrung entstehen müsste. Dieselben Bedenken sprechen in erhöhtem Grade gegen irgend einen Formalakt, der etwa der römischen *cretio* nachgebildet wäre, denn ein solcher würde in unser Rechtsleben als künstliche Erfindung nur schwer Eingang finden.

Den richtigen Weg hat schon das preussische Landrecht gesehen. In der That verwirft die germanische Anschauung den Erbschaftserwerb durch den Willen und entscheidet sich für den Erbschaftserwerb *ipso jure*. S. Förster, Preussisches Privatrecht, 3. Aufl. IV S. 278 und die dort Angeführten. Gerber, Deutsches Privatrecht § 252. Die richtige Konsequenz davon ist aber nicht nur, dass der Erbe als Benefizialerbe anzusehen ist, wie es das preussische Landrecht thut, sondern dass der Erbe überhaupt zu keinen Handlungen verpflichtet ist. Es ist durchaus unbillig, dass derjenige, dem eine Erbschaft ohne sein Zuthun anfällt, zur rechtzeitigen — gerichtlichen — *Repudiation* oder *Inventarserrichtung* verpflichtet ist, und dass er bei Versäumniss von beiden für alle Schulden voll haftet, auch wenn er sich nicht in die Erbschaft gemischt hat. Die Haftung über den Betrag der Erbschaft hinaus dürfte vielmehr erst dann Platz greifen, wenn der Erbe die Verwaltung der Erbschaft antritt (die römische *immixtio*), ohne ein ord-

nungsmässiges Inventar zu errichten. Erklärt sich der Erbe überhaupt nicht, so sind die Interessen der Gläubiger hinreichend geschützt, wenn sie Spezialkonkurs über den Nachlass beantragen können. Ein Vorbild giebt das römische Recht in seinen Grundsätzen über das *beneficium abstinentiae*.

Freilich ist dann die Gefahr vorhanden, dass der Nächstberufene sich um die Erbschaft gar nicht kümmert und so ihre Liquidation veranlasst, während die eventuell Berufenen sie gern angetreten haben würden. Dieselbe Gefahr bestand aber auch im älteren römischen Rechte. Wirkliche Rechte werden, auch wenn sie eintritt, nicht verletzt, denn die eventuell Berufenen haben keinen Anspruch auf den Nachlass. Will der Testator selbst in der Sorge um sein Andenken die Liquidation hindern, so kann er es durch ein ähnliches Mittel bewirken, wie es im römischen Rechte üblich war: er kann die Erbeinsetzung an die Bedingung knüpfen, dass der Eingesetzte die Verwaltung innerhalb einer bestimmten Zeit antritt, und ihm eventuell einen andern substituieren.

---

## Literarische Anzeigen.

### Zur italienischen Rechtsliteratur.

**I. Fanti**, Du mouvement législatif en Italie sous le premier roi Victor Emanuel II (1859—1878) avec notes comparatives. Rapport fait à l'académie de législation et de jurisprudence de Madrid par —. Imola (Galeati et fils) 1880. 8<sup>o</sup>.

Unter obigem Titel hat Hr. Innocente Fanti, Advokat am Kassationshof in Rom und Mitglied einer Reihe von Akademien und gelehrten Gesellschaften, in französischer Sprache ein Werk veröffentlicht, auf welches wir in dieser Zeitschrift, welche sich ja gerade die Pflege der vergleichenden Jurisprudenz zur Aufgabe stellt, aufmerksam zu machen uns verpflichtet fühlen.

Hr. Fanti hat im Jahr 1877 Studien über die verschiedenen Entwürfe und Vorarbeiten eines italienischen Strafgesetzbuches <sup>1)</sup> publizirt, sowie 1878 eine interessante Abhandlung über das Strafrecht der kleinen Republik San Marino.

In dem vorliegenden Buche wird die ganze Entwicklung der

---

<sup>1)</sup> Studi sull' ultimo progetto del nuovo codice penale. Vgl. darüber Revue de droit international et de législation comparée par Alph. Rivier. Bruxelles, tom. XII (1880) pag. 562.



Gesetzgebung der apenninischen Halbinsel seit der Begründung eines Königreichs Italien bis zum Tode Victor Emanuels im Detail vorgeführt und zwar in chronologischer Ordnung. Wir sehen in dieser Arbeit deutlich, wie das heutige Italien aus Piemont herausgewachsen ist und wie eine Reihe von Gesetzen des früheren Königreichs Sardinien theils zu allgemeinen italienischen Gesetzen erklärt, theils in erweiterter oder umgearbeiteter Form auf dieses grössere Gebiet übertragen wurden. Der Autor bespricht zuerst die organischen Gesetze, so die Communal- und Provinzial-Ordnungen, das Unterrichts- und die kirchlichen Gesetze, dann die einzelnen Codes über Civil- und Strafprozess, sodann das bürgerliche Gesetzbuch von 1866 und die Entwürfe zu einem Strafgesetzbuch. Letzteres hat leider in Folge der häufigen Ministerwechsel noch nicht Gesetzeskraft erlangt. Zwar ist der Senat in die Berathung des Entwurfes Mancini (drittes Project), der auch von verschiedenen deutschen Gelehrten begutachtet wurde, eingetreten, die Deputirten-Kammer dagegen noch nicht. Auch für ein Handelsgesetzbuch liegt ein neuer Entwurf vor, welcher S. 65 ff. eingehend besprochen wird. Ueberall wird der Zusammenhang mit der früheren sog. Albertinischen Codifikation hervorgehoben und auch die Militär-Gesetzgebung behandelt. Schliesslich werden die Verträge mit den auswärtigen Staaten erwähnt, aber nur derjenige mit Spanien über Auslieferung (vom 5. Juni 1868) analysirt. Ein vollständiges Verzeichniss dieser Staatsverträge hätte uns sehr wünschbar geschienen.

Während nun aber der Text des Buches nur 118 Seiten umfasst, ist der viel grössere Theil desselben (S. 121—398) den Noten gewidmet und in diesen ein für die vergleichende Jurisprudenz schätzbares Material niedergelegt. Hier finden sich Erörterungen über Begnadigungsrecht, Alter der Volljährigkeit, Eid, Wahlgesetze, öffentliche Moral, höheres Unterrichtswesen, Personalhaft, Steuern, Strafgesetzgebung, Sozialismus u. s. w. unter jeweiliger Berücksichtigung der französischen, englischen und deutschen Gesetzgebung. Besonders eingehend bespricht der Verfasser die Pressgesetze (S. 149—207) und widmet auch der Fabrikgesetzgebung einige Betrachtungen. Den Schluss bilden sehr summarische statistische Ziffern über Bevölkerung, Finanzen, Unterrichtswesen und einiges andere.

Wir können die Bemerkung nicht unterdrücken, dass dieser Theil des Buches viel zu wünschen übrig lässt und dass der Verfasser nicht

immer mit der wünschbaren Genauigkeit<sup>2)</sup> verfahren ist. Häufig entnimmt er sein Material, das er in den Noten zur Vergleichung verwerthet, nicht den Quellen selbst (Gesetze, offizielle Berichte), sondern irgend einer Abhandlung, und was nun in letzterer irrthümlich oder lückenhaft ist, bleibt es auch bei Fanti. Es will uns ferner scheinen, dass er einzelnen fremden Gesetzgebungen, z. B. der mexikanischen, mehr Ehre erweist, als sie es verdienen. Dagegen hätte umgekehrt so Manches angeführt werden können, was mit Stillschweigen übergangen wird. So ist z. B. im Abschnitt über Fabrikwesen die englische Gesetzgebung im Wesentlichen erörtert, vielleicht hätte aber auch das schweizerische Fabrikgesetz verdient mehr als bloss erwähnt zu werden. Ein Inhaltsverzeichniss und eine Verweisung auf die Noten mit Angabe der Seitenzahl hätten die Benützung des Buches sehr erleichtert. Dem lässt sich in einer zweiten Auflage leicht abhelfen.

Wir waren verpflichtet, diese Mängel hervorzuheben, sind aber weit entfernt, den fleissigen und gelehrten Verfasser desshalb tadeln zu wollen. Der Hauptzweck seines Buches ist durchaus erreicht und in den Noten sollte wohl mehr nur ein Impuls zu weiterem Nachdenken und Vergleichen gegeben werden. Man ist Hrn. Fanti zu Dank verpflichtet, dass er diese Arbeit unternommen — denn bis jetzt konnte man sich über die neuere italienische Gesetzgebung nirgends vollständige Auskunft holen — und dass er sie in französischer Sprache veröffentlicht hat, indem sie so für einen grösseren Leserkreis geniessbar wird.

Bietet das geeinigte Königreich Italien in seiner gesetzgebenden Thätigkeit manche interessante Erscheinungen, so möchten wir hier bei diesem Anlass noch betonen, dass überhaupt seit der politischen Regeneration des Landes auch die Pflege der Rechtswissenschaft einen neuen Aufschwung erhalten hat.

Das Völkerrecht und das internationale Privatrecht sind insbesondere ein Lieblingsthema der heutigen italienischen Juristen geworden und sie leisten auf diesem Gebiete Bedeutendes. Wir erwähnen Pierantoni in Neapel, Carnazza-Amari in Catania, Mancini in Rom, Esperson in Pavia, E. Brusa und ganz be-

---

<sup>2)</sup> Ist es ein blosser Druckfehler, wenn auf S. 141 unten der Eid Napoleons, als „premier Consul“, in den September 1791 statt 1799 verlegt wird?

sonders P. Fiore in Turin. Die beiden Hauptwerke des Letztern, sein *diritto internazionale privato* sowie sein *diritto pubblico internazionale* sind von Pradier-Fodéré ins Französische übersetzt und mit Noten herausgegeben worden. Von der Zeitschrift *Rivista dell' Istituto giuridico internazionale*, redigirt von Baisini in Mailand sind bis jetzt erst drei Hefte erschienen. Das Programm ist zu gross angelegt, die bisherigen Beiträge bieten noch einen chaotischen Anblick; gleichwohl dürfte auch dieses Unternehmen mit der Zeit gute Früchte bringen.

Auf dem Gebiete des Civilrechts ist vor Allen Prof. F. Serafini in Pisa thätig. Dieser mit der deutschen Wissenschaft und Sprache vollständig vertraute Rechtslehrer ist Hauptredactor des *Archivio giuridico*, von welchem bis jetzt (1880) 24 Jahrgänge erschienen sind. Diese Zeitschrift enthält sowohl dogmatische als rechtshistorische Abhandlungen, macht die Italiener mit den Ergebnissen der deutschen Forschungen bekannt, berichtet über die Arbeiten des *Seminario storico giuridico*, welches von mehreren Professoren der Universität Pisa in vorzüglicher Weise geleitet wird und enthält auch gute Rezensionen. Serafini hat die Pandekten von Arndts ins Italienische übersetzt und mit Noten, welche auf die französische und italienische Civilgesetzgebung Bezug nehmen, versehen. Eine andere Autorität auf diesem Felde, Em. Pacifici-Mazzoni, ist im August vorigen Jahres verstorben und lässt leider seinen Commentar zum *Codice civile* unvollendet. Auch E. Vidaris' *Handelsrecht* (*corso di diritto commerciale*), von welchem so eben der vierte Band erschienen ist, darf nicht unerwähnt bleiben.

Um die Pflege der Strafrechtswissenschaft hat sich Franc. Carrara grosse Verdienste erworben, ja man kann wohl sagen, er habe eine eigene Schule<sup>3)</sup> herangebildet. Sein bände reiches Werk *corso di diritto criminale* ist genügend bekannt. In Folge des von ihm ausgegangenen Impulses erscheinen dermalen nicht weniger als drei Zeitschriften in Italien, welche sich die Entwicklung des Strafrechts und dessen Hülfswissenschaften (Gefängnisswesen, gerichtliche Medizin) zur Aufgabe machen: erstlich die 1874 gegründete, von Prof. Lucchini in Siena redigirte *Rivista penale*, bis

---

<sup>3)</sup> Das Buch Brusa's, eines Schülers Carrara's, über den Entwurf eines niederländischen Strafgesetzbuchs (Bologna 1878) ist bereits in dieser Zeitschrift, Bd. I S. 316 ff., eingehend besprochen worden.

jetzt 12 Bände; sodann das die mehr empirische Richtung vertretende *Archivio di psichiatria, antropologia criminale e scienze penali* von C. Lombroso und R. Garofalo, welches erst im vorigen Jahre ins Leben gerufen wurde, und endlich die von Beltrani-Scalia in Rom redigirte *Rivista di discipline carcerarie*, die sich jetzt im zehnten Jahrgang befindet. Diese letztere Revue macht sich die Pflege des Pönitentiarwesens zur Hauptaufgabe und enthält eine Reihe von gediegenen Arbeiten über die Verbesserung der Strafanstalten, die Behandlung der Gefangenen u. s. w. und die hierauf gerichteten Bestrebungen in den verschiedenen europäischen Staaten. Hr. Beltrani-Scalia, der Generalinspector der italienischen Gefängnisse, hat nicht bloss ausserdem eine beachtenswerthe Schrift, „*la riforma penitenziaria in Italia*“, Rom 1879, veröffentlicht, sondern unter seiner Leitung wird auch jährlich eine sehr genaue und detaillirte Statistik der sämmtlichen Strafanstalten und Gefängnisse des Königreichs Italien herausgegeben.

Wir haben hier vorzugsweise nur solche Werke und Zeitschriften erwähnt, welche für das Studium der vergleichenden Rechtswissenschaft von Bedeutung sind. Wir wünschen und hoffen, dass die wissenschaftlichen Beziehungen zwischen Italien und Deutschland immer engere werden mögen.

Zürich, 18. Januar 1881.

Prof. A. v. Orelli.

---

**The elements of Jurisprudence** by Thomas Erskine  
Holland. D. C. L. Oxford 1880.

Ein Buch von 296 Seiten, in welchem mit Geschick und Erfolg nicht nur die Grundlinien des englischen Rechtszustandes, sondern zugleich auch die Ansichten eines gelehrten und mit unserer Fachlitteratur vertrauten englischen Juristen über das Wesen des Rechtes dargelegt werden — muss auch den deutschen Theoretikern hochwillkommen sein.

Denn einmal erschliesst es uns die Kenntniss der common law Englands, welche, ihrer nach Festlands-Begriffen ganz ungeniessbaren

Form halber, ohne solchen Wegweiser auch für unsere Rechtsvergleicher ein juristisches Afrika bleibt. Dann aber gibt es uns die Anregung zu Parallelen zwischen den englischen und den kontinentalen Ansichten über eine Reihe wichtiger Fragen der allgemeinen Rechtslehre bezw. der Rechtsphilosophie. Und gerade auf den letzteren Gebieten muss ein achtungsvoller Meinungs-austausch zwischen den Juristen verschiedener Kulturnationen allen Theilen zu grosser Förderung gereichen.

Hollands Buch zerfällt in fünf Theile, von welchen der zweite ausführlichste und beinahe die Hälfte des ganzen Werkes umfassende sich mit dem englischen Privatrechte beschäftigt. Theil 3 handelt vom öffentlichen Rechte, Theil 4 vom Völkerrechte. Theil 1 erörtert das Wesen, die Quellen und die Eintheilungen des Rechtes. Im Theil 5 endlich (the application of the law überschrieben) wird die Lehre von den räumlichen und zeitlichen Gränzen der Herrschaft der Gesetze besprochen unter Hinzufügung einiger Bemerkungen über Rechtsauslegung.

Irgend welche detaillirtere Angaben über den Inhalt von Hollands Buch muss ich mir versagen — schon darum, weil der encyklopädische Charakter des Werkes, die Knappheit und Schärfe von Hollands Erörterungen solche doch nur als Stückwerk erscheinen lassen würde. Ich muss mich vielmehr begnügen, nach Neigung und durch eigene Spezialstudien gegebenem Berufe gegen zwei Grundansichten unseres Autors Widerspruch zu erheben. Diese Ansichten betreffen das Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft, sowie die Natur des Völkerrechts. Ich bitte Holland, meinen Widerspruch als Zeichen der Achtung und des Interesses aufzunehmen, mit welchen ich sein Buch studirt habe.

Hollands Ansicht über das Wesen des Rechts und der Rechtswissenschaft ist das Resultat seiner philosophischen Grundanschauung: Holland ist nämlich Individualist und Materialist, wie dies von einem modernen Engländer und Nachfolger Benthams ja auch gar nicht anders erwartet werden kann. Darum erscheint ihm Rechtsphilosophie (Naturrecht) als „Juristerei in den Wolken“ (jurisprudence in the air), sofern sie sich nicht begnügt, das Recht im positiven Sinne, the general rule of external human action enforced by a sovereign political authority (p. 34), zum alleinigen Gegenstande ihrer Untersuchungen zu machen und daneben, to accept as an undoubted fact the exis-

tence of moral principles in the world (p. 25), sondern vielmehr sich bemüht, Recht und Moral in ihrem Zusammenhang aus der sittlichen Natur der Menschheit zu begreifen und damit neben dem Rechtsbegriff auch die Rechtsidee, das Wesen der Gerechtigkeit zu erfassen.

Ich vermesse mich nicht, Holland in seiner philosophischen Grundanschauung zu bekehren — nur einige Fragen möchte ich mir erlauben, ihm vorzulegen.

Hat es je einen grossen Gesetzgeber in der Weltgeschichte gegeben, ohne Rechtsideal, ohne Idee vom Wesen der Gerechtigkeit? Lässt sich ferner der praktische Nutzen des Bestrebens der Lösung des rechtsphilosophischen Grundproblems näher zu kommen, nicht darin finden, dass aus solchem Bestreben ein Gewinn besserer Einsicht in gewisse, nicht zu umgehende Grundfragen der Rechtswissenschaft sich ergibt, welche (wie z. B. die Frage nach dem Wesen individueller Rechtsfähigkeit) nach Hollands eigenem Zugeständnisse (p. 56) mit jenem Grundprobleme im Zusammenhange stehen? Unser grösster deutscher Realist wenigstens, Göthe nämlich, meint: „Wenn wir aufhören, nach der Erkenntniss der Idee zu streben, verlieren wir auch bald die Erkenntniss des Begriffes.“

Ein zweiter Punkt, in welchem ich, wie schon bemerkt, nicht mit Holland übereinzustimmen vermag, ist dessen Ansicht über das Wesen des Völkerrechts.

Das Völkerrecht betrachtet nämlich unser Autor als „the vanishing point of jurisprudence“, weil kein Richter, ausgenommen die öffentliche Meinung, in seinen Streitfragen den Entscheid gibt und weil in dem Masse wie es anfängt, den Charakter wirklichen Rechtes anzunehmen — durch Vereinigung mehrerer Staaten zu einem weiteren Bunde — es zugleich seine bisherige Natur verändert und Staatsrecht eines Bundesstaates wird. (p. 263. 264.)

Ich möchte vor Allem der letzteren Behauptung entgegen halten, dass Rechtsordnungen nicht nur durch corporative, sondern auch durch genossenschaftliche Organisation getragen werden können. Und ferner ist zu betonen, dass eine solch' genossenschaftliche Rechtsvereinigung für eine Mehrheit souveräner Staaten so sehr als die allein mögliche erscheint, dass das Streben nach Herstellung eines Weltbundesstaates als eine Utopie bekämpft werden muss. Urtheile aber insbesondere werden in der Völkergenossenschaft in der Weise gefällt, dass die

einflussreichsten Mitglieder derselben (Grossmächte) den vom Sieger geschaffenen Rechtszustand billigen oder schelten und in letzterem Falle eventuell durch ihre Intervention eine Modifikation desselben herbeiführen. Das jüngste Beispiel solchen Vorgehens bietet uns bekanntlich der Berliner Kongress.

Ich kann nicht von Hollands Buch Abschied nehmen, ohne die Uebersichtlichkeit und Klarheit rühmend hervorzuheben, welche unser Autor bei Behandlung der Fragen des Theiles 5 entwickelt. Es erscheint diese Klarheit um so verdienstlicher, da, wie ganz richtig bemerkt wird, in Erörterung des Problems der räumlichen Grenzen der Herrschaft der Gesetze selbst geachtete Schriftsteller, wie Foelix, viel Verwirrung angerichtet haben.

Ueberhaupt ist Hollands geschmackvoller Darstellungsweise volles Lob zu spenden. Das richtige Verhältniss insbesondere, in welches er Text und Anmerkungen zu einander zu setzen wusste, könnte deutschen Autoren zum Muster dienen.

Die Ausstattung des Buches ist beneidenswerth hübsch.

Heidelberg, 16. Mai 1881.

H. Strauch.

**Pietro Lacava**, Sulla riforma della legge elettorale. Napoli.

Cav. Antonio Morano. 1881. 177 pp. CCCCXXVIII.

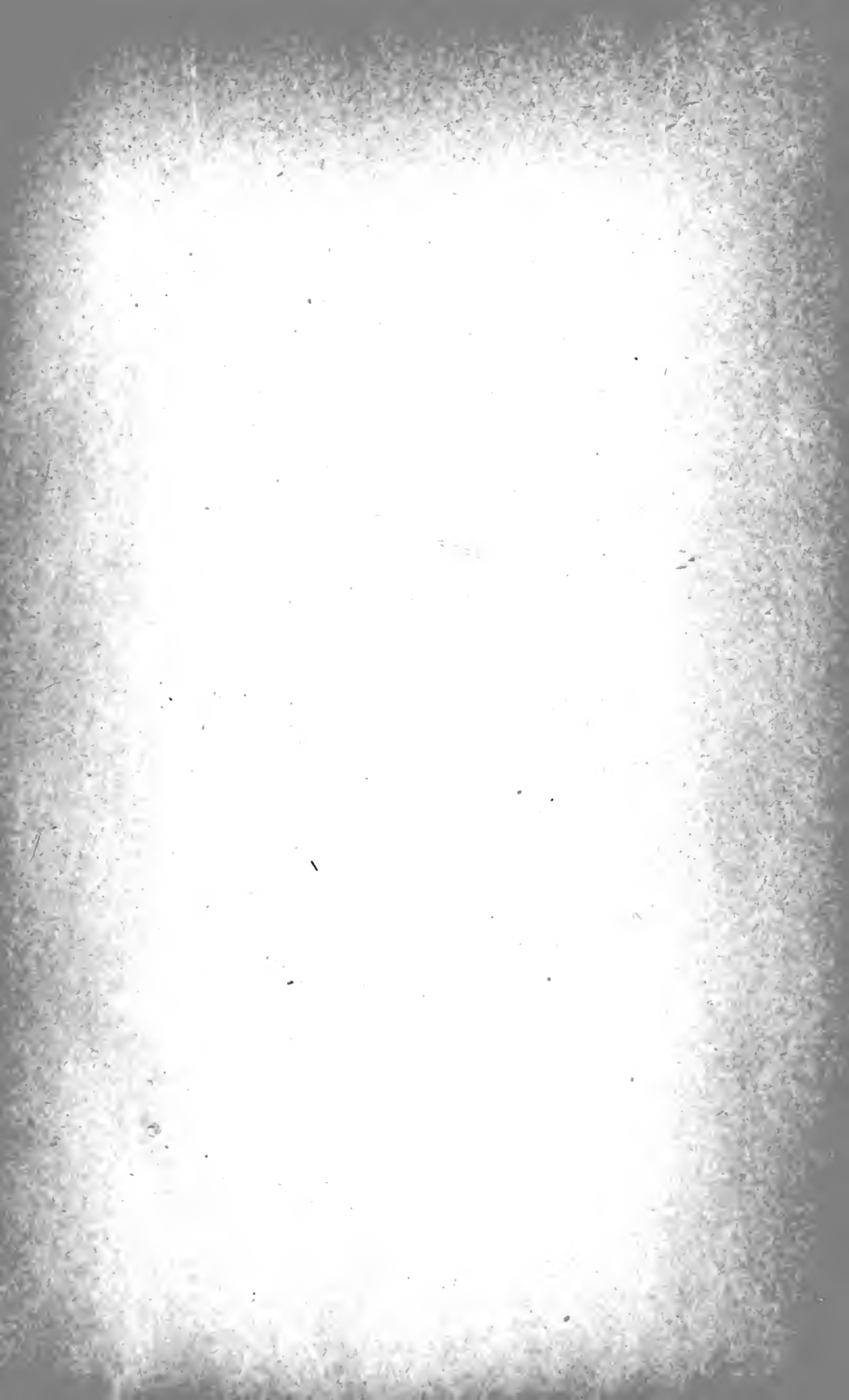
Da jetzt in verschiedenen Staaten von Aenderungen des Wahlsystems geredet wird, möchte die von einem Mitgliede der italienischen Parlamentskommission, dem Deputirten Lacava, herausgegebene Arbeit weiteren Kreisen zur Beachtung empfohlen werden dürfen. Abgesehen von dem ersten, speciell die Verhältnisse in Italien behandelnden Abschnitte ist werthvoll die Mittheilung der italienischen Gesetze und Entwürfe, der Gesetze in Belgien (1872, 1877, 1878), England (1867, 1872), Spanien (1878), Baden (1876), Ungarn (1874), Brasilien (1875), Oesterreich (1873), Deutsches Reich (1869), Preussen (1869), Frankreich (1874, 1875), Schweiz (1872), Dänemark (1867), Griechenland (1877), Portugal (1878). Hiemit kann man vergleichen die Notizen in dem Werk von Fanti, du mouvement législatif en Italie (1859

bis 1878), Imola 1880 — als Nachschlagewerk von Nutzen — p. 208 sgg. 238—278. Von in der Schweiz erschienenen Schriften seien genannt: Voruz, *Fiat justitia! Réforme électorale* (second prix), Lausanne, Bridel 1880 — Gfeller, *les élections en Suisse et la représentation proportionnelle*, Lausanne, Bridel 1880 — Ernest Naville, *la démocratie représentative*, Bâle, Genève, Lyon, Georg 1881.

**Teichmann.**

---







Manuscript 163 (text of ...)

p. 171 Separate ... with ...

K 30 .E75 v.3 IMS  
Zeitschrift für  
vergleichende Rechtswissensc

PONTIFICAL INSTITUTE  
OF MEDIAEVAL STUDIES  
59 QUEEN'S PARK  
TORONTO 5, CANADA

