

Zur Stellung des römischen Rechtes im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche für das Kaisertum Österreich.

Von

Dr. J. von Koschimbahr-Lyskowski

o o Professor des römischen Rechtes an der Universität Lemberg

(Aus dem Polnischen übertragen)



82999

Abkürzungen:

- H. = v. Harrasowsky, der *Codex Theresianus* und seine Umarbeitungen I—V (1883—1886).
H. G. = v. Harrasowsky, Geschichte der Kodifikation des österreichischen Zivilrechts (1868).
Krainz = Krainz-Pfaff-Ehrenzweig, System des österreich. allg. Privatrechts I (4. Aufl. 1905).
Ofner = Ofner, Urentwurf und Beratungsprotokolle des ABGB. I. II (1888—1889).
P. u. H. = Pfaff und Hofmann, Kommentar zum ABGB. I 1877 f.
Pfaff = L. Pfaff, Der *Codex Theresianus* und seine Umarbeitungen, Jurist. Blätter (Wien) 1883 f.
Unger = Unger, System des österreich. allg. Privatrechts I (5. Aufl. 1892).

I. Im Absatz 4 des Kundmachungspatentes zum ABGB. vom 1. Juni 1811 „wird das bis jetzt angenommene gemeine Recht außer Wirksamkeit gesetzt“. Daß mit dem „gemeinen Rechte“ das durch das kanonische und das einheimische Recht modifizierte römische Recht bezeichnet ist, wird nicht bestritten.¹⁾

Allerdings ist diese Stellung zum römischen Rechte in den Gesetzgebungsarbeiten nicht ohne Schwanken eingenommen worden, da noch in dem Generalplan („Hauptübersicht“ genannt) zum *Codex Theresianus* und in dem von Zencker entworfenen Kundmachungspatente zum *Codex Theresianus* das römische Recht als subsidiäre Rechtsquelle anerkannt war.²⁾ Jedoch beginnt schon mit dem Hortenschen Entwurfe die Auffassung zu überwiegen, daß dem römischen Rechte Geltungskraft in keiner Weise mehr zukommen solle.³⁾ Zwar sagt § 7 ABGB., daß, wenn ein Rechtsfall aus dem Gesetze selbst oder der Analogie sich nicht entscheiden lasse, „so muß solcher

¹⁾ Vgl. P. u. H. 87 Anm. 35—37, S. 88, Krainz 27 Anm. 1i, Till, *Austryackie prawo prywatne* (Österreich. Privatrecht) I (3. Aufl. Lemberg 1911) 29 Anm. 1, v. Zoll, *Austryackie prawo prywatne* (Österreich. Privatrecht) I (2. Aufl. Krakau 1909) 12 Z. 1.

²⁾ P. u. H. 46 Anm. 250, S. 85 Anm. 25, 26. Vgl. H. G. 48, 67, 98, 127, H. I 29 Anm. 3, S. 33 Anm. 1; IV 7.

³⁾ P. u. H. 85 Anm. 27, S. 86, Till a. a. O. 29, 30.

mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden“.⁴⁾ Und man hat gemeint, in den „natürlichen Rechtsgrundsätzen“⁵⁾ das römische Recht wieder zu finden.⁶⁾ Mit Recht wird diese Meinung allgemein verworfen.⁷⁾ Unter den „natürlichen Rechtsgrundsätzen“ des § 7 ABGB. ist vielmehr das Naturrecht im Sinne des Gesetzbuches⁸⁾ zu verstehen, d. h. wenn ein Rechtsfall aus dem Gesetzbuche selbst mit dessen Auslegungsmitteln nicht entschieden werden kann, so ist er nach dem „gesunden Menschenverstand“⁹⁾ oder dem „Gerechtigkeitsgefühl“¹⁰⁾ zu entscheiden. Große praktische Bedeutung hat dies freilich nicht, da der Fall nur selten eintreten wird, daß das Gesetzbuch mit seinen Auslegungsmitteln die Entscheidung uns nicht an die Hand gebe.¹¹⁾ Hier kommt es nur darauf an, festzustellen, daß mit den „natürlichen Rechtsgrundsätzen“ auf jeden Fall nicht das römische Recht gemeint ist. Die weitere Skizzierung der Auffassung der Gesetzverfasser vom Naturrechte und vom Verhältnisse des Naturrechtes zum römischen Rechte wird dartun, daß auch die häufige Erwähnung in den „Materialien“, daß das römische Recht „Naturrecht“ sei, keineswegs dafür als Stütze betrachtet werden kann, in den „natürlichen Rechtsgrundsätzen“ das römische Recht zu erblicken. Abgesehen davon, daß wir Romanisten mit dieser bescheidenen Rolle des römischen Rechtes uns kaum zufrieden geben würden, sei schon hier bemerkt, daß den Gesetzesverfassern und ihrer Zeit das römische Recht insofern Naturrecht ist, als dies von allen Rechten gilt. Daraus folgt aber nicht, daß Naturrecht auch immer römisches Recht sein muß. Das Genus ist

⁴⁾ Zur Geschichte dieser Bestimmung vgl. P. u. H. 173 f., Pfaff 1887 S. 271 Anm. 49, Ofner I. 23 f.

⁵⁾ Über die Verschiedenheit der Ausdrucksweise in den Vorarbeiten zum ABGB. vgl. Saxl u. Kornfeld, Quellenausgabe des ABGB. (1906), S. 4, Anm. zu § 7, auch H. I. 50 Anm. 30.

⁶⁾ Vgl. Unger 68, Anm. 3, Till a. a. O. 80 Anm. 3.

⁷⁾ Vgl. Unger 70¹⁴, P. u. H. 195 f., Krainz 48, 49 Anm. 8—11, Till a. a. O. 78 Anm. 1.

⁸⁾ Vgl. darüber unten. Daß dies der Wille des Gesetzgebers ist, dafür spricht die Auslegung bei Zeiller, Kommentar I. 65. Vgl. auch Schuster, Kommentar I (1818) S. 156 f., Pratobevera, Über Restitutionen, Pratobeveras Materialien für Gesetzeskunde und Rechtspflege in den österreich. Erbstaaten VI (1822) 127.

⁹⁾ An einem Beispiele führt dies überzeugend durch: A. Ehrenzweig, Leopold Pfaff. Zum 50jährigen Doktorjubiläum, Jurist. Blätter 1910 S. 158 und in der Zeitschr. für Notariat (Wien) 1910 (Pfaff-Festnummer) S. 99 Anm. 9.

¹⁰⁾ v. Zoll a. a. O. 62/63.

¹¹⁾ Unger 71¹⁷ nimmt sogar an, daß der Fall nie eintreten werde, und mißt den Worten „nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen“ nur dekorative Bedeutung bei.

das Naturrecht, das römische Recht ist die Spezies, und nicht umgekehrt.

Somit steht fest, daß nach den Bestimmungen des ABGB. das römische Recht in keiner Weise geltendes Recht ist. Und doch ist eine große Anzahl römischer Rechtssätze in das ABGB. übernommen worden, wie allseits anerkannt wird.¹²⁾ Es muß somit die Frage nach der Stellung des römischen Rechtes im ABGB. so formuliert werden: Welche Stellung nimmt das römische Recht im ABGB. ein mit Rücksicht darauf, daß so zahlreiche Rechtssätze aus dem römischen Rechte in das ABGB. übergegangen sind?

Um der Beantwortung dieser so gestellten Frage näher zu treten, wird es notwendig sein, zunächst die Auffassung kennen zu lernen, welche in unserer Frage die Gesetzesverfasser verlautbaren, sei es, daß sie ihre Auffassungen in den offiziellen Vorarbeiten oder an anderer Stelle kund geben. Auch die Anschauungen, welche in jener Zeit allgemein waren, werden nicht unberücksichtigt gelassen werden dürfen. Und nicht nur die letzten Vorarbeiten des ABGB. werden heranzuziehen sein, sondern sämtliche „Materialien“, welche uns zu Gebote stehen, von jener Zeit an, da im Jahre 1753 die Kompilationskommission mit der Ausarbeitung eines ABGB. betraut wurde.¹³⁾ Denn seit jener Zeit beginnt die sachlich¹⁴⁾, wenn auch nicht zeitlich, ununterbrochene Tätigkeit an dem großen Gesetzeswerke. Und zahlreiche Rechtssätze des ABGB. haben eine Formulierung, wie sie sich schon im *Codex Theresianus* findet.¹⁵⁾ Es kommt

¹²⁾ Die Quellen (auch die römischen) des ABGB. stellen in verdienstlicher, wenn auch nicht erschöpfender Weise zusammen Saxl u. Kornfeld, Quellenausgabe des ABGB. 1906.

¹³⁾ Vgl. H. G. 38, H. I 1 f.

¹⁴⁾ Die sachlich ununterbrochene Tätigkeit an dem Gesetzeswerke wird anerkannt in dem wohl auf Martini zurückzuführenden Vortrag der Hofkommission in Gesetzesachen vom 21. August 1790, wo es heißt: „Hier muß — bemerkt werden, daß bereits vor 40 Jahren an die Ausarbeitung eines ABGB. — Hand angelegt worden.“ Siehe Pfaff u. Hofmann, Exkurse über österreich. allg. bürgerl. Recht I (1877) 1. Martini ist aber der Verfasser des westgalizischen Gesetzbuches, welches die Grundlage für die Beratungen des ABGB. bildet (Ofner II 463 f., L. Pfaff, Zur Entstehungsgeschichte des westgaliz. GB., Jurist. Bl. 1890 Nr. 34), so daß von nun an auch zeitlich ununterbrochen die Arbeit vor sich geht. Den sachlich ununterbrochenen Zusammenhang der gesetzgeberischen Arbeiten anerkennt auch Zeiller in seinem Vortrage vom 21. Dezember 1801, mit welchem er die abschließenden Arbeiten einleitete (Ofner I 2 f.). Auch während der Beratung über das ABGB. wurde mitunter auf die früheren Arbeiten verwiesen, z. B. auf die Arbeiten der Kompilationskommission bei Beratung zu II § 92 des galiz. GB. (Ofner I 251).

¹⁵⁾ Vgl. Pfaff 1883 S. 256 Anm. 11, S. 257 Anm. 13, S. 270; 1885 S. 265; 1887 S. 449.

also darauf an, die ganze juristische Atmosphäre kennen zu lernen, in welcher das Gesetzeswerk zu stande kam, und festzustellen, welche Stellung in jener Atmosphäre dem römischen Rechte im Verhältnisse zum ABGB. eingeräumt wurde. Denn mag man auch im Zweifel darüber sein, ob die Unterscheidung zwischen „Materialien“ im engeren und im weiteren Sinne berechtigt ist oder nicht¹⁶⁾, mag man auch den Wert der Materialien, je nach ihrer Herkunft, verschieden bemessen¹⁷⁾, für eine so allgemeine und andererseits so bedeutungsvolle Frage, wie die hier erörterte, muß es als unerläßlich erscheinen, alles in Erwägung zu ziehen, was zur mittelbaren oder unmittelbaren Beantwortung der Frage beitragen kann.¹⁸⁾ Soweit Persönlichkeiten in Betracht kommen, treten in den Vordergrund die Namen v. Zencker¹⁹⁾, v. Martini²⁰⁾ und v. Zeiller²¹⁾, da diese Männer als Persönlichkeiten den größten individuellen Anteil an dem Gesetzeswerke in dessen Gesamtheit haben.

II. Die Gesetzesverfasser des ABGB. und ihre Zeiten stehen ganz unter der Herrschaft naturrechtlicher Anschauungen.²²⁾ Dennoch wandeln sie nicht kritiklos in den Bahnen des Hugo Grotius und betonen mitunter ihre Selbständigkeit in der Auffassung des Naturrechtes.²³⁾

¹⁶⁾ Vgl. Pfaff, Über die Materialien des ABGB., Grünhuts Zeitschrift II (1875) 256 f.

¹⁷⁾ Dies heben mit Recht hervor P. u. H. 187 Anm. 135a, indem sie z. B. den Beratungsprotokollen größeren Wert beilegen als der parlamentarischen Verhandlung.

¹⁸⁾ Vgl. auch Pfaff, Jurist. Bl. 1889 S. 314 Anm. 24, Ofner, ebenda Nr. 34.

¹⁹⁾ Von diesem ist nur bekannt, daß er der Hauptverfasser des Codex Theresianus war. Vgl. H. G. 95 f., H. I 7, 8. Mit sonstigen Publikationen scheint er nicht hervorgetreten zu sein. Vgl. Maasburg, Geschichte der Obersten Justizstelle in Wien (1879) 107, Wurzbach, Biographisches Lexikon des Kaisertums Österreich, Bd. 59 (1890) 321 f.

²⁰⁾ Schuster, Hermeneutik, Wagners Zeitschrift für österreich. Rechtsgelehrsamkeit, Jahrgang 1830 I. Bd. (Hauptblatt) S. 236 a) sagt von dem von Martini ausgearbeiteten westgalizischen Gesetzbuche: „in welchem bereits alles Großartige, was unser revidiertes Gesetzbuch in sich begreift, enthalten ist.“ Ebenso urteilen Krainz 26 Anm. 1e.

²¹⁾ Vgl. P. u. H. 53 Anm. 280 und Exkurse I 386 f. sowie L. Pfaff, Rede auf Franz von Zeiller (1891) 19, 20.

²²⁾ Vgl. Kink, Rechtslehre an der Wiener Universität (1853) 50 f., Unger 68 f., Pfaff, Materialien a. a. O. 287 f., sowie Rede auf Franz v. Zeiller 13, P. u. H. 199 f., Till a. a. O. 79 f., v. Zoll a. a. O. 3 f., auch Stintzing-Landsberg, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft III (1898) 363 f., Balzer, *Historya ustroju Austriji* (Österreichische Reichsgeschichte), 2. Aufl. 1908, § 55.

²³⁾ Z. B. Zeiller, Natürliches Privatrecht (1. Aufl. 1802) 38, während Martini, Lehrbegriff des Naturrechts § 285 sich einer Abweichung von Hugo Grotius nicht bewußt ist. Vgl. auch P. u. H. 199 f.

Daß die Gesetzesverfasser das ihnen anvertraute Gesetzeswerk auf dem Naturrecht aufbauen wollten, und daß dies auch dem Wunsche der maßgebenden gesetzgeberischen Faktoren entsprach, wird wiederholt hervorgehoben. Jedoch soll damit nicht gesagt sein, als ob die Gesetzesverfasser ein ganz neues Gesetzbuch schaffen wollten. Sie waren sich von vornherein schon bei der Aufstellung des Generalplanes zum *Codex Theresianus* vollständig darüber klar, daß es sich insbesondere um die Kodifikation des bestehenden Rechtes handelte.²⁴⁾ Schon im Generalplan zum *Codex Theresianus* wird hervorgehoben, daß das Recht der einzelnen Länder unangetastet bleiben soll, soweit es „in der natürlichen Billigkeit begründet, von sicheren Hauptsätzen durch richtige Vernunftschlüsse abgeleitet, von der echten Rechtslehre unentfernt“ ist.²⁵⁾ In der Beratung des ersten Teiles des *Codex Theresianus* (unter dem Referate Azzonis) wird die Forderung aufgestellt, aus den Länderrechten das Natürlichste und Billigste auszuwählen und die Lücken aus der gesunden Vernunft, dann dem allgemeinen Natur- und Völkerrechte zu ergänzen²⁶⁾: eine Forderung, die von der Kompilationskommission in der Sitzung vom 21. November 1753 ausdrücklich angenommen wurde.²⁷⁾ Dieselbe Stellung nahm die Kompilationskommission bei der Beratung des zweiten und dritten Teiles unter dem Referate Zenckers ein.²⁸⁾ Das gleiche gilt von den nachfolgenden gesetzgeberischen Arbeiten. Die Instruktion von 1772 bestimmte: „In den Gesetzen soll sich nicht an die römische Gesetze gebunden, sondern überall die natürliche Billigkeit zu Grunde gelegt werden.“²⁹⁾ Als im Jahre 1790 die Kompilationskommission aufgelöst wurde, zählte in einem Vortrage der Vorsitzende die Grundsätze auf, durch welche die Kompilationskommission sich habe leiten lassen, und darunter auch folgenden: „Die Gesetzgebung so zu stimmen, wie sie dem Rechte der Natur, Vernunft und Menschheit am nächsten komme, und dem allgemeinen Wohl, sowie dem Endzwecke entstandener Staaten am richtigsten entspreche.“³⁰⁾ In den weiteren Arbeiten wurden allerdings solche allgemeinen Grundsätze fortgelassen, aber

²⁴⁾ Vgl. H. G. 46, 47, P. u. H. 9 Anm. 40.

²⁵⁾ H. G. 50.

²⁶⁾ H. G. 62, H. I 29 Anm. 3, P. u. H. 10 Anm. 41. Vgl. auch Zeiller, Kommentar I 7.

²⁷⁾ H. G. 65. Vgl. die von der Kompilationskommission angenommenen Grundsätze, abgedruckt bei H. I 16—23.

²⁸⁾ H. G. 113. Vgl. Pfaff 1887 S. 320 f.

²⁹⁾ Zeiller, Kommentar I 9, H. G. 129, 130, P. u. H. 15, 87, 88.

³⁰⁾ H. IV 7. Ähnlich drückten sich auch der Hortensische Entwurf I 1 § 1 und das Josefinische Gesetzbuch I § 1 aus.

nicht deswegen, weil man sie verleugnen wollte, sondern deswegen, weil man sie als „*doctrinalia*“ für überflüssig hielt.³¹⁾

III. Es verlohnt sich daher eine Skizze der Anschauungen zu entwerfen, welche die Gesetzesverfasser vom Naturrechte hatten. Dabei kommt es nicht nur auf eine Zusammenstellung von Aussprüchen als die besten Belege an, sondern auch auf eine juristische Formulierung ihres Standpunktes. Vor allem werden wir zu fragen haben, was nach Anschauung der Gesetzesverfasser der Inhalt des Naturrechtes, und sodann, welches die Quelle des Naturrechtes ist. Eine etwas ausgiebige Angabe von Äußerungen der Gesetzesverfasser bei Gelegenheit der Zentenarfeier des ABGB. dürfte nicht unberechtigt sein, um unserer heutigen Zeit, welche auf die „Naturrechtler“ geringschätzend zurückzublicken liebt, nicht bloß die Schatten-, sondern auch die Lichtseiten der Naturrechtler etwas näher zu rücken.

Was den Inhalt des Naturrechtes betrifft, so kann man sagen, daß den Gesetzesverfassern das Naturrecht als das Sittengesetz für das Zusammenleben der Menschen gilt.³²⁾ Es ist also so ziemlich dasselbe, was wir heute mit dem „ethischen Charakter“ des Rechtes oder mit dem „gesunden Rechtsgefühl“ oder mit der „Gerechtigkeit“ bezeichnen.³³⁾ Während der Diskussion über den Generalplan zum *Codex Theresianus* stellte Azzoni den Antrag, an die Spitze des Entwurfes unter anderen folgenden Satz zu stellen: „Das Recht ist eine Richtschnur der menschlichen Handlungen. Vor allem ist *iūs naturale* das natürliche Recht, welches den Menschen durch die Vernunft anweist, das Gute zu üben, das Böse zu meiden.“³⁴⁾ Endgültig erhielt dieser Satz im *Codex Theresianus* folgende Form: „Das Recht, in so fern als es ein Gesetz bedeutet, ist eine Richtschnur der menschlichen Handlungen. Dessen Endzweck ist die Gerechtigkeit, welche in dem besteht, daß einem Jeden das

³¹⁾ Vgl. H. I S. 3 Anm. 1.

³²⁾ Vgl. auch Jodl, Wesen des Naturrechtes, Juristische Vierteljahrschrift (Prag) 25 (1893) S. 15: „Alles sogenannte Naturrecht — ist nichts anderes als Sozialethik.“

³³⁾ Vgl. M. Burckhard, System I (1883) 2 f., 18 f., 35 f., Jellinek, Sozial-ethische Bedeutung von Recht, Unrecht, Strafe (2. Aufl. 1908) 50, wonach Recht, das „ethische Minimum“ ist, sowie: Allgemeine Staatslehre (1900) 305 f., 320 f., Stammler, Lehre vom richtigen Recht (1902) 31: „Alles gesetzte Recht ist ein Versuch, richtiges Recht zu sein“; Berolzheimer, System der Rechts- und Wirtschaftsphilosophie III (1906) 97: „Alles Recht ist von der Tendenz getragen, gerecht zu sein“, auch Gnaeus Flavius, Der Kampf um die Rechtswissenschaft (1906) 10 f.

³⁴⁾ H. G. 50

Seinige, was ihm von Rechts wegen gebührt, zu Teil werde.“³⁵⁾ Martini³⁶⁾ begründet das Naturrecht damit, daß „die Verbindlichkeiten und sittlichen Gesetze aus dem Zusammenhange der Beweggründe mit unseren freien Handlungen entstehn. Diese Verbindlichkeiten und sittlichen Gesetze sind in der Tat natürlich. Die Vernunft kann sie sich aus dem Wesen und der Natur der Handlungen erklären und beweisen“. „Gefühle und Triebe sind aber für freie Wesen unzulänglich. Sie müssen Gesetze haben, und müssen diese deutlich und vollkommen erkennen. Diese gibt die Vernunft.“ „Es hieng von Gottes unendlich freiem Willen ab, Menschen zu schaffen oder nicht: allein sobald er sie geschaffen hatte, konnte er ihnen keine anderen natürlichen Gesetze geben, als wie wir sie jetzt erkennen. Er mußte das Gute gebieten und das Böse verbieten. Daraus folgt, daß die Sittlichkeit unserer Handlungen eine innere und eigentümliche sei.“ „Deswegen hören die sittlichen Vorschriften nicht auf, Gesetze zu sein: sie sinken nicht, wie man einwenden könnte, zu bloßen Ratschlägen herab, deren Beobachtung durch nichts weiter betrieben werde. Die Folgen der Handlungen, Strafen und Belohnungen, werden mächtige Triebfedern zur Beobachtung der Verbindlichkeiten und Gesetze.“ „Alle Menschen haben das eigentliche Recht, zu tun, was ihnen das Naturgesetz befiehlt, und zu unterlassen, was es verbietet.“ Das galizische Gesetzbuch sagt in dem einleitenden § 1: „Recht ist alles, was an sich selbst gut ist, was nach seinen Verhältnissen und Folgen etwas Gutes enthält, oder hervorbringt, und zur allgemeinen Wohlfahrt beiträgt“. Daß v. Zeiller dieselbe Auffassung hatte, wenn er auch nicht so häufig auf den Inhalt des Naturrechtes zu sprechen kommt, ergibt sich aus den Beispielen, welche er aus den „Prinzipien der reinen Rechtslehre“, d. i. aus dem Naturrechte ableitet³⁷⁾: „Von dieser Art sind die Grundsätze, daß man die persönliche Sicherheit des Andern nicht verletzen, ihn in der Freiheit, Sachen zu erwerben, nicht stören, fremdes Eigentum respektieren, das gegebene Wort erfüllen, den zugefügten Schaden ersetzen soll“ usw.³⁸⁾ Daß auch das ABGB. diese Auffassung von dem Inhalte des Naturrechtes hat, ergibt sich aus Abs. 1 des Kundmachungspatentes vom 1. Juni 1811, wo es heißt: „Aus der Be-

³⁵⁾ Codex Theresianus I § 1 Z. 1. Vgl. H. I 21 f., 33 Anm. 2.

³⁶⁾ Lehrbegriff des Naturrechts zum Gebrauch der öffentlichen Vorlesungen in den k. k. Staaten (Wien 1797) §§ 93, 103, 127, 130, 135. Vgl. §§ 147, 250.

³⁷⁾ Abhandlung über die Prinzipien des ABGB., Pratoberveras Materialien II 166 f. Vgl. auch den Vortrag Zeillers vom 21. Dez. 1801 (Ofner I 5).

³⁸⁾ Vgl. schon die von der Kompilationskommission angenommenen „Grundsätze“, namentlich Nr. XXVIII—XXX (H. I 21).

trachtung, daß die bürgerlichen Gesetze — nicht nur nach den allgemeinen Grundsätzen der Gerechtigkeit, sondern auch nach den besonderen Verhältnissen der Einwohner bestimmt werden sollen“ usw. Erwägt man, daß, wie Pfaff und Hofmann bemerken³⁹⁾, „dieses Patent der concentrirteste Ausdruck jener Tendenzen ist, die für die österreichische Civilgesetzgebung während der vorausgegangenen sechzig Jahre — wenn auch nicht ohne Schwanken — maßgebend gewesen waren“, so wird man nicht fehl gehen mit der Behauptung, daß mit den Worten „nach den allgemeinen Grundsätzen der Gerechtigkeit“ auf das Naturrecht hingewiesen werden sollte. Dazu kommt noch, daß der Abs. 1 in seinem Gedankengang übereinstimmt mit dem Eingang der von Zeiller herrührenden Beilage zum Vortrage vom 19. Jänner 1808, mit welchem das Gesetz zur Sanktion vorgelegt wurde.⁴⁰⁾

Was aber die Quelle des Naturrechtes betrifft, so leiten übereinstimmend die Gesetzesverfasser das Naturrecht aus der menschlichen Vernunft ab. In dieser Hinsicht ist ihnen das Naturrecht der „gesunde Menschenverstand“, wie wir heute sagen.⁴¹⁾ Es ist also das rein logische vernünftige Denken, welches das Recht formuliert.⁴²⁾ Der *Codex Theresianus* bestimmt in seinen einleitenden Sätzen⁴³⁾: „das Recht der Natur ist von Gott den Menschen eingepflanzt, auf daß er durch seine eigene Vernunft geleitet werde, das Gute zu tun und das Böse zu meiden“. Martini⁴⁴⁾ sagt: „die natürlichen Gesetze sind einfach, deutlich und hinlänglich bekannt. Wer die Natur der Dinge betrachten, und seine Vernunft gebrauchen will, dem werden sie überall unverkennbar aufstoßen“. Und an anderer Stelle⁴⁵⁾:

³⁹⁾ Kommentar I 77 Anm. 1.

⁴⁰⁾ P. u. H. ebenda und S. 50 Anm. 271. Vgl. H. G. 164, P. u. H. 45 Anm. 245. In der erwähnten Beilage zum Vortrage Zeillers vom 19. Jänner 1808 (Pfaff u. Hofmann, Exkurse I 54) heißt es, daß das Naturrecht jedem Menschen „durch die Vernunft und das Rechtsgefühl verkündigt“ wird, sowie weiter (Pfaff u. Hofmann Exkurse I 62): „Die Rechtssätze ruhen auf allgemeinen und unabänderlichen Grundsätzen und Vernunftsprinzipien der Gerechtigkeit.“

⁴¹⁾ Dies betont A. Ehrenzweig, Leopold Pfaff. Zum 50jährigen Doktorjubiläum. Jurist. Blätter 1910 S. 158. Vgl. auch v. Ihering, Geist des röm. R II⁴ 317 f. Jedoch sei hervorgehoben, daß damit das Naturrecht nicht genügend charakterisiert wird, da diese Erklärung nur die Quelle oder die äußere Form des Naturrechtes bezeichnet, nicht aber auf den Inhalt oder das innere Wesen des Naturrechtes eingeht.

⁴²⁾ Vgl. auch über den Begriff des Naturrechtes im allgemeinen Jodl a. a. O. 3f.

⁴³⁾ I 1 § 1 Z. 3.

⁴⁴⁾ Lehrbegriff des Naturrechtes § 121. Vgl. §§ 93, 103, 106, 122 f.

⁴⁵⁾ *De lege naturali exercitationes sex* (Wien 1780) Kap. III §§ 99, 113.

„*Naturales enim dicuntur leges, quae ex nostra rerumque natura explicari atque deduci possunt.*“ „*Ii optime sensisse mihi semper visi sunt, qui fines rerum a Deo conditarum, quatenus ex ipsa earum essentia atque natura, solo rationis lumine intellegi, atque actionibus nostris liberis adplicari possunt, uberrimum esse omnis legis naturalis fontem statuerunt.*“ Als Aufgabe der „natürlichen Rechtsgelehrsamkeit“ bezeichnet er⁴⁶⁾: „Sie ist die Fertigkeit, natürliche Verbindlichkeiten, Gesetze und Rechte zu beweisen und auf vorkommende Fälle anzuwenden. Alle Pflichten, die wir vermöge der Vernunft gegen Gott, gegen den Nebenmenschen und gegen uns selbst haben, sind der Gegenstand der natürlichen Rechtsgelehrsamkeit.“ Die einzelnen Rechtssätze und Rechtsinstitute werden auf diesem Wege aus dem Naturrecht abgeleitet.⁴⁷⁾ Ausführlicher spricht sich darüber Zeiller aus. In seinem Vortrage vom 21. Dezember 1801 sagt er: „Wenn die Menschen als vernünftige, als frei handelnde Wesen in Gemeinschaft leben sollen, so könnten sie nicht auf ungezähmte Freiheit, auf Zügellosigkeit Anspruch machen, alles zu thun, was ihnen die Sinnlichkeit anrät; jeder müsse sich die Beschränkung seiner Willkür in dem Maße gefallen lassen, daß alle Übrigen neben ihm als vernünftig und frei handelnde Wesen bestehen können. Diese unleugbare Forderung der Vernunft drücke den höchsten und vollständigsten Begriff alles Rechtes aus. Das Recht sei die Einschränkung der Freiheit eines jeden Einzelnen auf die Bedingung, daß die freie Wirksamkeit aller Übrigen damit vereinbarlich ist. Aus diesem angeborenen Rechtsbegriffe flössen alle angeborenen oder durch Fakta erworbenen Rechte, die uns der weise Weltregierer durch die Vernunft gegeben habe.“⁴⁸⁾ „Das Recht ist kein Machwerk der Menschen, und die Machthaber seien keine Rechtsschöpfer, keine Rechtgeber. Alle Rechte gebe ursprünglich die Vernunft. Der Gesetzgeber sei das Organ, der anwendende Erklärer der rechtlichen Vernunft.“ „Die Rechtssätze seien eine Kette von Wahrheiten, die sich aus der gemeinen ungekünstelten Vernunft, aus allbekannten Grundsätzen der Gerechtigkeit darstellen.“⁴⁹⁾ In der Beilage zum Vortrage vom

⁴⁶⁾ Lehrbegriff § 214.

⁴⁷⁾ Vgl. Lehrbegriff §§ 248 f. Charakteristisch ist die Ableitung des Eigentums aus dem Naturrecht (§ 419): „Weil nun die Benützung verbrauchbarer Sachen nur einem Einzigen zu statten kommen kann“, so folge daraus der Begriff des Eigentums.

⁴⁸⁾ Ofner I 1.

⁴⁹⁾ Pfaff u. Hofmann, Exkurse I 43, 47, Ofner I 6. Vgl. Zeiller, Die Notwendigkeit eines bürgerlichen einheimischen Privatrechtes, Jährlicher Beitrag zur Gesetzeskunde und Rechtswissenschaft in den österreichischen Erbstaaten I. (1806) S. 40, sowie: Kommentar I (1811) 1.

19. Jänner 1808 sagt Zeiller: „Die allen Menschen als vernünftigen Wesen zukommenden Rechte werden von dem Urheber der Natur, von dem höchst vernünftigen Wesen jedem durch die Vernunft und das Rechtsgefühl verkündigt.“⁵⁰⁾ Dieselbe Auffassung vertritt Zeiller in seinen literarischen Werken. Hinweisend auf das dem Menschen innewohnende Rechtsbewußtsein, indem der Mensch dies für recht, jenes für unrecht hält, fährt er fort⁵¹⁾: „Hieraus erhellet, daß die Menschen ein allen willkürlichen Anordnungen vorhergehendes, durch die bloße Vernunft gegebenes Recht, und ein allgemeines unveränderliches Merkmal anerkennen, woran sie das Recht vom Unrechte zu unterscheiden vermögen. Diesem Merkmale oder dem obersten Begriffe des Rechtes in der Natur, d. i. in dem Bewußtsein des Menschen nachzuforschen, daraus allgemeine Grundsätze, und aus den Grundsätzen die den Menschen in ihren verschiedenen Verhältnissen zukommenden Rechte und Rechtspflichten zu entwickeln, ist der Gegenstand des Naturrechtes oder der Philosophischen Rechtslehre.“ „Alles Recht geht ursprünglich von der Vernunft aus.“⁵²⁾ „Das Recht beruht auf festen unveränderlichen Regeln, die sich auf höhere allgemeine, und für alle möglichen Fälle ausreichende Grundsätze der Vernunft zurückführen lassen. Ein weiser Gesetzgeber folgt diesem Winke der Natur, er erforscht das Allgemeine in dem Besonderen.“⁵³⁾

Jedoch wäre es nicht richtig, wenn wir annehmen würden, daß die Gesetzesverfasser das Naturrecht ganz abstrakt und ohne Rücksicht auf die tatsächlichen Verhältnisse auffassen. Wiederholt betonen sie, daß die tatsächlichen Verhältnisse die Grundlage bilden für die Formulierung der Rechtssätze mit Hilfe der Vernunft. Dergleichen wird der Erfahrung, also der geschichtlichen Überlieferung (!), Bedeutung zugeschrieben. Schon bei der Beratung des ersten Teiles des *Codex Theresianus* (Referat Azzoni) wird das Gemeinwohl als das leitende Prinzip hingestellt, und die Bedürfnisse des praktischen Lebens werden vollauf in Rechnung gezogen.⁵⁴⁾ Martini betont⁵⁵⁾: „die Erfahrung oder die genaue Beobachtung der Dinge, die auf unsere Sinne Eindruck machen, ist eine große Stütze der Vernunft. Sie giebt manchen Aufschluß über Verbindlichkeit und

⁵⁰⁾ Pfaff u. Hofmann, Exkurse I 54.

⁵¹⁾ Das natürliche Privatrecht (1. Aufl. Wien 1802) 1.

⁵²⁾ Über die Notwendigkeit, a. a. O. S. 3. Vgl. S. 40, 46, auch Zeillers Abhandlung über die Prinzipien des ABGB., Pratoberveras Materialien II 166.

⁵³⁾ Zeiller, Notwendigkeit a. a. O. 46.

⁵⁴⁾ H. G. 64, H. I 3 f.

⁵⁵⁾ Lehrbegriff §§ 105, 106 sowie: *De lege naturali exercitationes* Kap. III § 105.

natürliche Gesetze“. „Die Erkenntnis dieser natürlichen Gesetze selbst ist uns nicht angeboren, sondern nur das Vermögen dieser Erkenntnis. Poivet hat Unrecht, diese Erkenntnis einer besonderen Eingebung oder Offenbarung zuzuschreiben.“ Bemerkenswert ist, daß Martini zwar der Erfahrung, also der geschichtlichen Überlieferung, Bedeutung beimißt, aber sie nicht für allein entscheidend hält. Er will schon Kritik an der geschichtlichen Überlieferung üben, deren Notwendigkeit wir neustens mit Recht betonen, und in deren Mangel einer der Hauptfehler der historischen Schule Savignys liegt.⁵⁶⁾ Dann fährt Martini in seinen Ausführungen fort⁵⁷⁾: „Auch können fremdes Ansehn, Beispiel, Urteil und Überlieferung nicht als Quelle der natürlichen Regeln für menschliche Handlungen angenommen werden.“ „Selbsterhaltung, Eigennutz, Geselligkeit, Fortdauer des menschlichen Geschlechts, Sicherheit vor äußerer Gewalttätigkeit können nicht als höchste Grundsätze für das Naturrecht angenommen werden. Sie liefern nur Vorschriften für einzelne Pflichten, aber genügen nicht zur Bestimmung des Naturrechts als Ganzes.“ Ebenso betont Zeiller in seinem Vortrage vom 21. Dezember 1801: „Die Regierungsform, das Klima, die Religion, der herrschende Nahrungszweig, die körperliche Beschaffenheit, die Sitten und Gewohnheiten der Einwohner, der Verkehr, der Luxus usw. hätten auch auf die Justizgesetzgebung einen wichtigen Einfluß.“⁵⁸⁾ Und in der Beilage zum Vortrage vom 19. Jänner 1808 hebt Zeiller ausdrücklich hervor, daß das Gesetzeswerk „nicht bloß auf Vernunftprinzipien, sondern zugleich auf Erfahrungen gestützt werden“ mußte.⁵⁹⁾ Ausführlich behandelt die Frage Zeiller in seinem Lehrbuch⁶⁰⁾, wo er ausführt: „Die Quellen des natürlichen Privatrechts sind die praktische Vernunft und die Natur des Menschen. Es giebt aber mehrere Hilfsmittel, welche zur Erleichterung und Erweiterung der wissenschaftlichen Kenntnis des natürlichen Privatrechtes beitragen. Dahin gehört: 1. die Moral, 2. die philosophische Anthropologie, 3. die Geschichte

⁵⁶⁾ Vgl. A. Menger, Soziale Aufgaben der Rechtswissenschaft (1895) 13, auch Neukamp, Entwicklungsgeschichte des Rechtes (1895) 42/43. Dagegen wird von den Vertretern der unten skizzierten Richtung in der Behandlung des römischen Rechtes, welche sich die Erforschung des klassischen römischen Rechtes zur Aufgabe stellt, die Notwendigkeit der Kritik des römischen Rechtes betont: vgl. unten Nr. XXIII.

⁵⁷⁾ a. a. O. §§ 107, 118. Vgl. auch §§ 108 f.

⁵⁸⁾ Pfaff u. Hofmann, Exkurse I 45.

⁵⁹⁾ Pfaff u. Hofmann, Exkurse I 64/65. Vgl. noch Zeiller, Jährlicher Beitrag II 163 f., III 148 f., IV 1, 12 f.

⁶⁰⁾ Das natürliche Privatrecht (1. Aufl. Wien 1802) 33. Vgl. auch Zeiller, Kommentar I 1. 2.

der Menschheit, 4. das positive Recht, welches die Wissenschaft des natürlichen Rechtes — aufkläret und erweitert, 5. die Philosophie des positiven Rechtes, vermittelt welcher man den vernünftigen Gründen und dem Geiste der positiven Gesetze nachforscht⁶¹⁾, 6. endlich eigene Beobachtung der verschiedenen populären und philosophischen Meinungen über Recht und Unrecht.“ Und in seiner Abhandlung über die Notwendigkeit eines bürgerlichen, einheimischen Privatrechtes⁶²⁾ führt er aus: „Nimmermehr würde die Vernunft für sich allein (*a priori*), ohne Hilfe der Erfahrung, in den allgemeinen Grundsätzen alle näheren besonderen Vorschriften auffinden.“

Aber die Gesetzesverfasser gehen noch weiter. Sie räumen ein, daß mit dem Naturrecht allein nicht auszukommen ist, und daß vielfach die vorliegenden Lebensverhältnisse nur durch positive Gesetze geregelt werden können. Allerdings sollen die positiven Gesetze nur weitere Konsequenzen des Naturrechtes sein, und sie sollen vor allem gegen die Grundsätze des Naturrechtes nicht verstoßen.⁶³⁾ Aber unmittelbar aus dem Naturrechte lassen sich die positiven Gesetze nicht immer ableiten, und sie werden daher als ein besonderer Zweig der Gesetzgebung betrachtet. Während der Diskussion über den Generalplan zum *Codex Theresianus* beantragte Azzoni, an die Spitze des Entwurfes unter anderen folgenden Satz zu stellen: „Was aber nicht wegen innerlicher Güte oder Bosheit [d. h. nach Naturrecht], sondern aus göttlichem oder menschlichem Willen geboten, oder verboten wird, ist ein willkürliches göttliches oder menschliches Recht.“⁶⁴⁾ — Im *Codex Theresianus* hat dieser Satz folgende Form endgültig erhalten: „Alle Rechte sind entweder von Gott oder von Menschen geordnet.“⁶⁵⁾ Martini⁶⁶⁾ charakterisiert das Verhältnis

⁶¹⁾ Heute sprechen wir von Zivilrechtspolitik, welche wir mit Recht fordern. Vgl. v. Petrażycki, Einkommen II (1895) 437 f., auch Pfaff u. Hofmann, Kommentar I. Vorrede S. VI und Kohler, in Grünhuts Zeitschr. XXIII (1896) S. 224: „Gesetzespolitik“ ist „Interpretationsmittel des Gesetzes“. Schon Zeiller, Kommentar I 2 sagt von der „Gesetzesphilosophie“, daß diese „Wissenschaft noch nicht ganz nach ihrer Würde bearbeitet sei“, indem er Hugo, Lehrbuch eines zivilistischen Kursus II (Berlin 1798) empfiehlt, wo aber (S. 10 f., 44 f.) die Anfänge der Zivilrechtspolitik noch recht bescheidene sind.

⁶²⁾ Jährlicher Beitrag I (1806) S. 47. Vgl. auch Zeiller, Jährlicher Beitrag II 163 f., III 148 f., IV 1, 12 f.

⁶³⁾ Vgl. Unger 69, 70 Anm. 9—14, P. u. H. 197 Anm. 181—183, M. Burckhard, System I 142 f., Jodl a. a. O. 3, 8 f. Ausdrücklich spricht dies aus galiz. GB. I 2 § 31, und interessant sind darüber die Ausführungen des Mitgliebes der Hofkommission v. Sonnenfels zu galiz. GB. II §§ 562—565 (Ofner I 465, 466, 488 Anm. 1).

⁶⁴⁾ H. G. 50.

⁶⁵⁾ *Cod. Theres.* I 1 § 1 Z. 2. Vgl. H. I 33 Anm. 2.

⁶⁶⁾ Lehrbegriff § 126.

zwischen dem Naturrecht und den positiven Gesetzen mit den Worten: „Die natürlichen Gesetze sind ewig, die positiven Gesetze sind diesen ewigen Bedingungen nicht unterworfen.“ Und das galizische Gesetzbuch sagt in dem einleitenden § 4: „Rechte und Pflichten gründen sich entweder in der Natur des Menschen allein, und dann heißen sie natürliche und angeborene Rechte und Pflichten, oder sie gründen sich auf eine bestimmte Gesellschaft und dann werden sie positive, das ist vermög des gesellschaftlichen Lebens entstandene Rechte und Pflichten genannt.“ In der Beilage zum Vortrage vom 19. Jänner 1808 bemerkt v. Zeiller, daß die „reinen Vernunftgesetze der Gerechtigkeit“ zwar unwandelbar seien, daß sie aber in der Anwendung auf die mannigfaltigen Rechtsgegenstände nach Verschiedenheit der Verhältnisse „Modificationen“ fordern.⁶⁷⁾ Ausführlich ergeht sich Zeiller über das Verhältnis zwischen dem Naturrecht und den positiven Gesetzen in seiner Abhandlung über die Prinzipien des ABGB.⁶⁸⁾: „Die Rechtsgrundsätze sind aber von zweifacher Art: Prinzipien der reinen Rechtslehre und Prinzipien der positiven Gesetzgebung. Die ersteren werden unmittelbar aus der (praktischen) Vernunft, unabhängig von der Erfahrung (!)⁶⁹⁾ geschöpft. Sie sind daher, so wie die Vernunft, schlechterdings allgemein notwendig und unveränderlich; sie würden von allen vernünftigen und der Vernunft Gehör gebenden Wesen auch außer dem Staatsvereine anerkannt und geachtet werden; nur könnte man sie wider mächtigere, kurzsichtige oder widerrechtlich gesinnte Gegner nicht durchsetzen. Von dieser Art sind die Grundsätze, daß man die persönliche Sicherheit des Andern nicht verletzen, ihn in der Freiheit, Sachen zu erwerben, nicht stören, fremdes Eigentum respektieren, das gegebene Wort erfüllen, den zugefügten Schaden ersetzen soll“ usw.⁷⁰⁾ „Nach diesen einfachen Grundsätzen schlichteten anfänglich die Gesetzgeber und Richter die Rechtshändel ihrer Untergebenen. Bei dem Fortschreiten der Kultur und Wissenschaften hat man diese Grundsätze, samt den nahen Folgerungen aus ihnen, den angeborenen und erworbenen Rechten und Rechtspflichten, unter dem Namen des Vernunftrechtes,

⁶⁷⁾ P. u. H. 50 Anm. 271. Vgl. auch v. Zeiller, *Natürliches Privatrecht* S. 33 (oben zu Anm. 60), und *Jährlicher Beitrag* I 38: Die reine Billigkeit reiche nicht aus, da sie zur eingebildeten Billigkeit (*aequitas cerebrina*), d. h. Willkür, führe. Vgl. auch ebenda S. 46 (oben zu Anm. 59).

⁶⁸⁾ In *Pratobeveras Materialien* II (1815) 166. Vgl. auch Zeiller in dem Vortrage vom 21. Dezember 1801 (*Ofner* I 1).

⁶⁹⁾ Vgl. dagegen v. Zeiller an anderen Stellen (oben zu Anm. 60, 62) und Vortrag vom 21. Dezember 1801 (*Ofner* I 1).

⁷⁰⁾ Vgl. schon die für den *Codex Theresianus* angenommenen „Grundsätze“ (H. I 21 f. Nr. XXVIII f.).

des Naturrechtes, des natürlichen Privatrechtes⁷¹⁾ oder der allgemeinen Rechtslehre, in ein wissenschaftliches System gebracht, und auf ein mehr oder minder abstraktes, näheres oder entferntes, oberstes Rechtsprinzip zurückgeführt, als niemanden zu beleidigen, gesellig zu leben, einen geselligen Zustand möglich zu machen, oder wie die neuere Philosophie sagt: seine Freiheit dergestalt einzuschränken, daß auch die Freiheit aller übrigen bestehen könne usw. Allein diese Rechtswahrheiten bedürfen in Staaten, um für das bürgerliche Leben brauchbar zu sein, mannigfaltiger Modificationen, näherer Bestimmungen, Erweiterungen, Einschränkungen, Ergänzungen, Befestigungen usw. Zur Auffindung der hiezu dienlichen Prinzipien reicht die reine Vernunft nicht aus, sondern es muß die gesetzgebende Klugheit mit der Erfahrung darüber zu Rate gehn. Einige dieser Prinzipien lassen sich schon aus dem Begriffe eines Staates und der bürgerlichen Gesetzgebung überhaupt ableiten, und auf alle cultivierten Staaten anwenden, sie sind daher auch unter dem Namen der Theorie einer allgemeinen Civilgesetzgebung, des allgemeinen bürgerlichen Rechtes oder der Philosophie der positiven Gesetzgebung bekannt; ungleich mehrere und wichtigerere aber müssen aus den besonderen Verhältnissen eines Staates, für welchen eine eigene Civilgesetzgebung bestimmt ist, hervorgeholet werden. Nach der Verschiedenheit des Klimas, des Charakters, und Nahrungsstandes, der Religionsmeinungen, Sitten, Denkungsart, Neigungen und Gewohnheiten der Einwohner usw. müssen auch die Civilgesetze verschieden sein.“ Allerdings sei „die Scheidung der Rechtssätze der reinen praktischen Vernunft von denen

⁷¹⁾ Auf ähnlicher Bahn bewegt sich heute Stammler, Lehre von dem richtigen Rechte (1902), welcher als Aufgabe der Lehre vom richtigen Rechte betrachtet, zu untersuchen, ob der gegebene Rechtssatz in dem gegebenen Falle „richtig“ (= gerecht) ist (S. 14). Die Bestrebungen Stammlers müssen als eine berechtigte Reaktion gegen die rein formalistische Auffassung des Rechtes gelten, welche sich mit der Definition, daß das Recht „eine Summe von Grundsätzen“ ist, begnügt, ohne auf den Inhalt des Rechtes einzugehen, und das Wort „Gerechtigkeit“ womöglich ganz aus der Rechtssprache ausscheiden will. Eine „freie Rechtsfindung“ soll damit keineswegs befürwortet werden; aber die Bestimmungen des Gesetzes müssen so ausgelegt werden, daß auch den Bedürfnissen des praktischen Lebens und der Gerechtigkeit gedient sei. Darin liegt die „Kunst“ des Rechtes und der Rechtsanwendung. Vgl. v. Ihering, Geist d. R. R. III⁴ S. 3f., Bekker, Scherz und Ernst über unsere Wissenschaft (1892) 76 f., Erman, P. Juventius Celsus, Grünhuts Zeitschr. 31 (1903) S. 570 Anm. 2, Zitelmann, Die Jurisprudenz als Kunst, Jurist. Blätter 1904 S. 123 f., Bekker, Grundbegriffe des Rechtes I (1910) S. 194 f. Die vielgeschmähten „Naturrechtler“ hatten in dieser Beziehung eine höhere Auffassung vom Recht und näherten sich mehr der Auffassung der Römer (*ius est ars boni et aequi*), welche wir uns doch nicht als sentimentale Romantiker vorstellen.

der positiven Gesetzgebung schwierig“.⁷²⁾ Als praktisches Beispiel der positiven Gesetzgebung kann dienen, was Zeiller⁷³⁾ von der Verjährung sagt: „die Verjährung und Ersitzung läßt sich aus reinen Prinzipien des natürlichen Privatrechtes schwerlich ableiten. Aber sie rechtfertigt sich aus politischen Betrachtungen, daß zur allgemeinen öffentlichen und Privatsicherheit das Rechtsprechen möglich gemacht, die Rechtsstreitigkeiten vermindert und zu Ende gebracht werden müssen; daß dabei der Verkehr und der sorgsame Eigentümer mehr gewinne als verliere, und in den meisten Fällen der einzelne nur durch sein eigenes Verschulden Schaden leide. Eben diese Betrachtungen, so wie auch Recht und Billigkeit verlangen jedoch, daß die Verjährung und Ersitzung nach Beschaffenheit der Gegenstände und der persönlichen Verhältnisse eingeschränkt und modifiziert werde“.⁷⁴⁾ Daß auch das ABGB. sich des Unterschiedes zwischen Naturrecht und positivem Rechte bewußt ist, ergibt sich aus Abs. 1 des Kundmachungspatentes vom 1. Juni 1811, wo hervorgehoben wird, „daß die bürgerlichen Gesetze nicht nur nach den allgemeinen Grundsätzen der Gerechtigkeit⁷⁵⁾; sondern auch nach den besonderen Verhältnissen der Einwohner⁷⁶⁾ bestimmt werden sollen“.

Wollen wir den Begriff des Naturrechtes in seiner Gesamtheit charakterisieren, so können wir sagen, daß den Gesetzesverfassern das Naturrecht dasjenige Recht ist, welches sie selbst brauchen, also das „moderne Recht“.⁷⁷⁾ Dies ergibt sich namentlich aus dem Verhältnisse, welches sie zwischen dem römischen Rechte und dem Naturrechte annehmen.⁷⁸⁾ Paßt ihnen ein Rechtsatz des römischen Rechtes nicht, so gilt er als dem „Naturrechte“

⁷²⁾ Ebenda S. 170. Im weiteren werden mehrere Prinzipien der positiven Gesetzgebung (des ABGB.) angeführt.

⁷³⁾ Pratobeveras Materialien IV 179/180.

⁷⁴⁾ Dies wird im weiteren an praktischen Beispielen gezeigt. Vgl. auch Pfaff u. Hoffmann, Exkurse I 84.

⁷⁵⁾ D. i. nach dem Naturrechte. Vgl. oben zu Anm. 39.

⁷⁶⁾ D. i. nach dem positiven Rechte.

⁷⁷⁾ In etwas anderer Formulierung sagen L. Pfaff, Rede auf Franz v. Zeiller (1891) 13: „Jener Zeit war das, was wir als nationales, bei der Rechtsbildung unbewußt wirkendes Moment ansehen, nichts anderes denn Naturrecht“, Jellinek, Allgemeine Staatslehre (1900) 314: „Das Naturrecht ist in seinem innersten Kern nichts anderes als die Gesamtheit der Forderungen, die eine im Laufe der Zeiten veränderte Gesellschaft oder einzelne Gesellschaftsklassen an die rechtsschöpfenden Mächte stellen“, Jodl, Über das Wesen des Naturrechtes, a. a. O. 2f., 10, welcher zutreffend ausführt, daß der Begriff „Naturrecht“ nicht auf philosophischer, sondern auf juristischer Grundlage ruht.

⁷⁸⁾ Vgl. unten Nr. IV.

widersprechend und wird verworfen. Es kam ihnen also auf das Recht der Gegenwart an, und dieses Recht der Gegenwart, dieses „moderne“ Recht leiteten sie aus der Vernunft ab, mit allen feinen Erwägungen, die bereits gekennzeichnet sind.⁷⁹⁾ Wollen wir daher heute die Gesetzesverfasser richtig beurteilen, so dürfen wir uns durch ihre immer wiederkehrenden Berufungen auf das Naturrecht nicht irreführen lassen. Setzen wir an die Stelle ihres „Naturrechtes“ den Ausdruck „modernes Recht“, so werden wir ihre Auffassung besser verstehen, und vor allem uns der Einsicht nicht verschließen können, daß die Gesetzesverfasser fast immer von einem hochentwickelten Rechtsgefühl geleitet sind, und daß ihre Ansichten juristisch besser sind, als es uns auf den ersten Blick erscheint.⁸⁰⁾

IV. Von besonderer Bedeutung für unsere Frage ist die Rolle welche die Gesetzesverfasser dem römischen Rechte gegenüber dem Naturrechte zuschreiben, und in weiterer Folge die Stellung, welche sie dem römischen Rechte in dem Gesetzeswerke zuerkennen.

Was das erstere anbetrifft, so halten sie das römische Recht für Naturrecht, wie sie jedes Recht für Naturrecht halten. Jedoch räumen sie ein, daß das Naturrecht in dem römischen Rechte zu besonderen Entwicklung gekommen sei. Daher berufen sie sich häufig auf das römische Recht, um damit einen Rechtssatz des Naturrechtes zu begründen. Das römische Recht erscheint ihnen vielfach als ein schwerwiegendes Argument, um die Richtigkeit eines Rechtssatzes des Naturrechtes zu beweisen. Keinesfalls aber erscheint ihnen das römische Recht als das Naturrecht *κατ' ἐξοχήν*. Vielmehr ist das Genus das Naturrecht, das römische Recht ist eine Spezies, ein besonderer Anwendungsfall des Naturrechtes. Daher tragen sie kein Bedenken, von dem römischen Rechte abzuweichen, wo ihnen ein Rechtssatz des römischen Rechtes dem Naturrechte zu widersprechen scheint. Geltendes Recht ist somit das römische Recht in dem Systeme des Naturrechtes nicht. Das römische Recht wird nur vergleichsweise herangezogen, da ihnen das römische Recht selbst als ein hochentwickeltes Naturrecht gilt. Der Vergleich aber mit einem so hoch entwickelten Naturrechte hatte den Vorteil, daß bei Übereinstimmung eines formulierten Rechtssatzes mit dem römischen Rechte man gewissermaßen die Probe auf die Naturrechtheit des Rechtssatzes gemacht hatte. Das römische Recht als Ausdruck des Natur-

⁷⁹⁾ Vgl. oben zu Anm. 54fg.

⁸⁰⁾ Den „juristischen Sinn“ der Gesetzesverfasser heben lobend hervor Unger 638, A. Menger, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen (1890) 11f., L. Pfaff, Rede auf Franz v. Zeiller 13.

zu schaffende — Recht gegründet ist, entdecke“.⁸³⁾ Unter den von der Kompilationskommission am 21. November 1753 angenommenen „Grundsätzen“ für die Bearbeitung des Gesetzbuches wird auch hervorgehoben, daß das römische Recht benützt werden solle, als Ausdruck der natürlichen Billigkeit.⁸⁴⁾ Ausführlicher kommt diese Auffassung von dem Verhältnis des römischen Rechtes zum Naturrechte zum Ausdruck in den literarischen Arbeiten der Gesetzesverfasser. So sagt Martini⁸⁵⁾: „Das bürgerliche römische Recht besteht größtenteils aus natürlichen Gesetzen. Man kann allem Irrtum ausweichen, wenn man seine Mängel nach ihnen [*sc.* den Sätzen des Naturrechtes] ergänzt, und seine dunklen Stellen durch sie aufklärt. Viele römische Gesetze sind überdies willkürlich⁸⁶⁾, oder ganz gegen die Vernunft. Die natürliche Rechtsgelehrsamkeit allein lehrt willkürliche Gesetze von den notwendigen unterscheiden, und vernunftwidrige verbessern.“ Wiederholt beruft Martini sich auf das römische Recht, um einen Satz des Naturrechtes zu erweisen.⁸⁷⁾ Vielfach werden Rechtssätze des Naturrechtes so formuliert, wie sie im römischen Rechte stehen, ohne daß auf die römische Herkunft hingewiesen wird.⁸⁸⁾ Ausführlicher ergeht sich über das Verhältnis zwischen dem römischen Rechte und dem Naturrechte v. Zeiller⁸⁹⁾: Die Gesetze der älteren Nationen, vorzüglich der Hebräer, Griechen und Römer sind ihm „die ältesten Spuren des allmählichen Fortschreitens und der Erweiterung der Rechtskenntnisse“. Von diesem Standpunkte aus erscheint ihm das römische Recht als der Born, aus dem zwecks Auffindung der Rechtssätze des Naturrechtes geschöpft werden kann. Die Rezeption des römischen Rechtes erklärt er damit, daß man in jener Zeit kein Verständnis für das Naturrecht hatte, und es nicht darauf absah, die im römischen Rechte enthaltenen Rechtssätze auf allgemeine Grundsätze zurückzuführen; „Auctorität vertrat die Stelle der Beweise und fesselte die Freiheit

⁸³⁾ H. G. 51. Vgl. auch die Äußerung Azzonis ebenda 59/60, H. I 29 Anm. 3, weiters bei P. u. H. I 85 Anm. 22.

⁸⁴⁾ H. G. 64/65, H. I 23 Nr. XXXV („Zu Behuf hat auch die Rechtsgelehrtheit und Erfahrung anzudienen, nicht zwar die *leges positivas*, sonderheitlich *arbitarias* des gemeinen römischen Rechts vordringlich zu machen, sondern der in denen römischen Gesetzen vorblickenden natürlichen Billigkeit Platz zu geben, und die Fälle, welche ein gewisses und gleichförmiges Länderrecht erfordern, aus dem Vorrat des gemeinen römischen Rechtes desto bequemer zu entnehmen“).

⁸⁵⁾ Lehrbegriff § 241.

⁸⁶⁾ D. h. „positive“ Gesetze. Vgl. oben Nr. III Mitte.

⁸⁷⁾ Z. B. a. a. O. §§ 422, 451, 469, 473, 477, 504, 610 f., 623 f., 663, 792, 802.

⁸⁸⁾ Z. B. a. a. O. § 423 f., 449 f., 474, 585.

⁸⁹⁾ Das natürliche Privatrecht 35/36, 36/37.

in der Beurteilung“. Auf diese Weise erklärt es sich, daß Zeiller vielfach Sätze des römischen Rechtes anführt, sie aber nicht als Sätze des römischen Rechtes, sondern als Sätze des Naturrechtes hinstellt.⁹⁰⁾ An anderer Stelle deduziert er die Rechtssätze aus dem Naturrecht, benützt aber als beweisendes Argument die vergleichende Heranziehung des römischen Rechtes: da das römische Recht diesen Rechtssatz enthalte, so ergebe sich daraus, daß dies auch dem Naturrechte entspreche.⁹¹⁾ Nichtsdestoweniger hält er keineswegs das römische Recht für identisch mit dem Naturrechte. Kann aber von einem Rechtssatze dargetan werden, daß er auch im römischen Rechte steht, so ist dies eine Stütze dafür, daß der Rechtssatz dem Naturrechte angehöre. Notwendig ist aber diese Folgerung nicht; sie ist nur ein Argument, welches durch andere Argumente widerlegt werden kann. Läßt sich erweisen, daß ein römischer Rechtssatz dem Naturrechte nicht entspricht, so wird ohne Zögern der römische Rechtssatz verworfen.⁹²⁾ Aus dieser vielfachen Übereinstimmung zwischen dem römischen Rechte und dem Naturrechte erklärt sich Zeiller die Übereinstimmungen so vieler Gesetzgebungen mit dem römischen Rechte und die lange Dauer der Geltung des römischen Rechtes.⁹³⁾ Und in seinem Vortrage vom 19. Jänner 1808 hebt er ausdrücklich hervor, daß die Ansicht verbreitet sei, das römische Recht gelte nur so weit, als es Wahrheiten des Naturrechtes enthalte.⁹⁴⁾

V. Was aber die Stellung betrifft, welche die Gesetzesverfasser dem römischen Rechte in dem Gesetzeswerke zuerkennen, so folgt diese schon aus dem Verhältnis des römischen Rechtes zu dem Naturrechte. Da das Gesetzbuch auf dem Naturrechte aufgebaut war⁹⁵⁾, so mußte das römische Recht zu dem Gesetzbuche dieselbe Stellung einnehmen, die es zu dem Naturrechte hatte. Ausdrücklich hebt dies Azzoni hervor bei der Beratung des Generalplanes zum *Codex Theresianus* mit den Worten, daß das römische Recht, inwieweit „dasselbe eine allgemeine natürliche Billigkeit in

⁹⁰⁾ Z. B. a. a. O. 55 f., 65 f., 100 f.

⁹¹⁾ Z. B. Jährlicher Beitrag IV (1809) 13 f. (wo er in der Lehre vom Vergleich sich auf die Zwölftafeln und das Justinianische Gesetzbuch beruft), 319 f. Vgl. auch L. Pfaff, Über die Materialien des ABGB., Grünhuts Ztschr. II 291 Anm. 67.

⁹²⁾ Z. B. Das natürliche Privatrecht S. 5 Anm. (über den Satz *quī iure suo utitur nemini facit iniuriam*); 121 Anm. (über Eigentumserwerb durch Tradition); S. 122 Anm. (über den Satz *uti lingua nuncupasset ita ius esto*); S. 145 Anm. (über den Selbstverkauf in die Sklaverei); S. 197 Anm. (über *noxae datio*); u. a.

⁹³⁾ P. u. H. 50 Anm. 270.

⁹⁴⁾ P. u. H. 5 Anm. 23, vgl. S. 85 Anm. 22.

⁹⁵⁾ Vgl. oben Nr. II.

sich fasset, nicht zwar als ein Gesetz oder eigentliche *lex positiva*, sondern als eine wegen Beifall deren gesittesten Völker ungezweifelte natürliche Billigkeit und echter Vernunftschluß zur Richtschnur andiene“.⁹⁶⁾ In den für die Bearbeitung des Gesetzeswerkes am 21. November 1753 angenommenen „Grundsätzen“ wird gleichfalls die Heranziehung des römischen Rechtes empfohlen.⁹⁷⁾ Treten wir der Arbeit der Gesetzesverfasser näher, so gewinnen wir im einzelnen weitere Resultate.

VI. Daß das gemeine Recht in den österreichischen Erblanden rezipiert ist, darüber haben die Gesetzesverfasser keinen Zweifel. Schon die Bestimmung des *Cod. Ther.*⁹⁸⁾, daß das gemeine Recht subsidiäre Geltung behalten solle, beweist dies genügend. Auch in der Diskussion während der Gesetzesarbeiten wird wiederholt von der Rezeption des römischen Rechtes gesprochen. So bekämpften z. B. Holger und Azzoni zu *Cod. Ther.* II, 3, § 3, Z. 21—40, über die der *actio Pauliana* nachgebildeten Bestimmungen die von anderer Seite gemachten „Vorschläge, welche sich an das römische Recht anlehnen, das jedoch nach ihrer Meinung in dieser Richtung in den österreichischen Ländern nicht recipiert worden sei, und betonten insbesondere, welche Gefahr für den Verkehr aus der Gestattung, gegen gutgläubige Dritte mit Anfechtungsklagen aufzutreten, entspringen würde“.⁹⁹⁾ Ähnlich bedauert Zeiller in der Erörterung zum galiz. Gesetzbuch II § 369 (Ofner, I 343), daß die Novellen Kaiser Leos „in Deutschland nicht angenommen sind“, da sie sehr vernünftige Bestimmungen über die Testierfähigkeit des Verschwenders enthalten. Die Rezeption anerkennt auch Zeiller bei anderer Gelegenheit.¹⁰⁰⁾ Auch der wiederholte Hinweis¹⁰¹⁾ daß dem gemeinen Rechte durch die Praxis oder *per desuetudinem* derogiert sei, läßt keinen Zweifel, daß die Gesetzesverfasser sich der Rezeption des gemeinen Rechtes vollauf bewußt waren.

VII. Jedoch unterscheiden die Gesetzesverfasser schon die Faktoren, aus denen das gemeine Recht zusammengesetzt ist, nämlich das reine römische Recht und die Modifika-

⁹⁶⁾ H. I 29 Anm. 3.

⁹⁷⁾ Grundsatz Nr. XXXV bei H. I 21.

⁹⁸⁾ Im Prooemium Abs. 12 (H. I 33 Anm. 1). Vgl. H. G. 98.

⁹⁹⁾ H. II 48 Anm. 4.

¹⁰⁰⁾ Notwendigkeit eines bürgerl. einheim. Privatrechts, Jährlicher Beitrag I (1806) 31. „Die Hauptquelle des Privatrechts ist in den österreichischen, wie in mehreren anderen Staaten, noch immer Justinians Gesetzsammlung.“

¹⁰¹⁾ Z. B. zu *Cod. Theres.* II 21 § 11 Z. 93—125 (H. 388 Anm. 9) über Erbuwürdigkeit der Witwe bei Verstoß gegen die Trauerpflicht; zu *Cod. Theres.* II 28 § 1 Z. 1—66 (H. II 487 Anm. 2) über Kautionspflicht beim Nießbrauch.

tionen, welche seit den Glossatoren an dem reinen römischen Rechte vorgenommen worden sind. Diese Modifikationen, beruhen aber auf Berücksichtigung der heimischen Rechte, namentlich der heimischen Gewohnheitsrechte und des kanonischen Rechtes. In diesen Modifikationen liegt also neben dem kanonischen Rechte vor allem heimisches Recht. Schon nach dem Generalplan zum *Codex Theresianus* wurden die einzelnen Mitglieder der Kompilationskommission beauftragt, „die Abweichungen des Landrechtes vom römischen Rechte“ darzustellen.¹⁰²⁾ Bei der Beratung des ersten Teiles des *Cod. Ther.* unter dem Referate Azzonis wird hervorgehoben, daß die Verschiedenheiten der Landesrechte zurückzuführen sind auf die Verschiedenheit der Verfassung, der Sitten und Gewerbe in den einzelnen Ländern.¹⁰³⁾ Es werden also die heimischen Rechte der Gegenwart besonders behandelt, und nicht als ununterschiedener Teil des „Gemeinen Rechtes“. Es war daher konsequent von den Gegnern der Gesetzeskodifikation, wenn sie gegen die Behandlungsweise der Kompilationskommission auftraten, indem sie einfach die Annahme des „Gemeinen Rechtes“ anrieten¹⁰⁴⁾: sie gaben damit zu erkennen, daß sie mit der gesonderten Berücksichtigung des heimischen Rechtes nicht einverstanden waren. In der Diskussion über die einzelnen gesetzlichen Bestimmungen wird denn auch häufig das römische Recht von dem gemeinen Rechte getrennt, wenn wir auch eine konsequente Durchführung dieser Trennung füglichweise von den Gesetzesverfassern bei dem damaligen Stande der Wissenschaft nicht erwarten dürfen. Als zu *Cod. Ther.* II 7 § 4 Z. 35—50, die Notwendigkeit der gerichtlichen Insinuation der Schenkung über 500 Solidi erörtert wurde, wies man darauf hin, „daß 500 Gulden derzeit viel weniger wert seien, als die 500 Solidi des römischen Rechtes, und daß die gemeinrechtliche Vorschrift der gerichtlichen Anzeige einer Schenkung in den österreichischen Ländern außer Übung gekommen sei“.¹⁰⁵⁾ In dem Generalplan zu *Cod. Ther.* II 11 über die testamentarische Erbfolge wird gesagt, daß „das römische Recht“ in seinen Bestimmungen über die letztwillige Erbfolge, „so viele Feierlichkeit erfordert, daß in verschiedenen Landesgesetzen hiervon nicht unbillig zum Teil abgegangen und dem ungekünstelsten Natur- und Völkerrecht in vielen Stücken näherzu getreten worden“.¹⁰⁶⁾ Und zu

¹⁰²⁾ H. G. 59.

¹⁰³⁾ H. G. 62, H. I 2, 3, 18 Nr. IX, XI, XV, XXVI.

¹⁰⁴⁾ H. G. 67. Abgedruckt ist die anonyme Denkschrift gegen die Gesetzeskodifikation bei H. I 4 Anm. 9.

¹⁰⁵⁾ H. II 109 Anm. 5.

¹⁰⁶⁾ H. II 163 Anm. 1.

Cod. Ther. II 11 § 2 Z. 7—22 über die Testierunfähigkeit eines verurteilten Sträflings berufen sich Azzoni und Holger „auf das römische Recht, die gemeinrechtlichen Autoren, wie Carpzov, Stryck, Schilter etc., auf die böhmischen Landesrechte, auf die niederösterreichische Landesordnung von 1652, auf Walters *Consuetudinarium Austriacum*“.¹⁰⁷⁾ Zu *Cod. Ther.* II 11 § 7 Z. 77—100 über die Testamentsform waren Azzoni und Holger damit einverstanden, „von der römisch-rechtlichen Vorschrift der Zuziehung von 7 Zeugen abzugehen, welche nach einer Bemerkung Holgers wohl in Böhmen, keineswegs aber in Österreich genau beobachtet werde“.¹⁰⁸⁾ Zu *Cod. Ther.* II 13 § 5 Z. 59—64 hebt Zencker hervor, „daß das dem römischen Rechte unbekanntes Familienfideikommiß — als eine besondere Species [der Erbensubstitution] zu behandeln sei“.¹⁰⁹⁾ Dem gemeinen Rechte war bekanntlich das Familienfideikommiß nicht fremd. Zu *Cod. Ther.* II 18 § 8 Z. 9 verwirft Zencker die „vom römischen Rechte und von den gemeinrechtlichen Schriftstellern aufgestellten Hypothesen“ über die Erbfolge bei Todesfall in gemeinsamer Gefahr.¹¹⁰⁾ Und zu gal. Gesetzbuch II §§ 535, 536, tritt Zeiller energisch für die Beschränkung der Kollationspflicht auf die gesetzliche Erbfolge ein, indem er römisches und heimisches Recht scharf unterscheidet: „Nach dem römischen Rechte habe die Anrechnung der Kollation auch bei der testamentarischen Erbfolge der Kinder statt —. In unserer Karolinischen Erbfolgeordnung sei die Kollation auf die gesetzliche Erbfolge beschränkt —. Einige Praktiker machen den Unterschied usw. —. Dem Referenten schein bei der testamentarischen Erbfolge, dafern der Erblasser die Kollation nicht ausdrücklich anordnet, dieselbe dem Willen des Erblassers zuwider zu sein.“¹¹¹⁾ Im letzten Satze wird der leitende Gedanke des modernen Rechtes präzisiert. Dieselbe scharfe Unterscheidung zwischen dem römischen Rechte und dem heimischen Rechte macht Zeiller zu galiz. Gesetzbuch II §§ 562—565 über die Pflichtteilsberechtigten: „Das römische Recht bestimme nicht nur einen Pflichtteil für die Kinder des Erblassers, sondern auch für die Eltern, und für die Geschwister —. Nach dem preußischen Gesetzbuche gebühre usw. —. Das neue französische Gesetzbuch beschränke usw. —. Dagegen hätten nach einem alten, jetzt noch bestehenden Gewohn-

¹⁰⁷⁾ H. II 166 Anm. 3.

¹⁰⁸⁾ H. II 176 Anm. 8.

¹⁰⁹⁾ H. II 231 Anm. 3.

¹¹⁰⁾ H. 364 Anm. 9.

¹¹¹⁾ Ofner I 449. Endgültig drang die Auffassung Zeillers durch erst bei der Erörterung von galiz. GB. II §§ 573, 574 (Ofner I 487).

heitsrechte in den deutschen Erbstaaten nur die Kinder auf einen Pflichtteil Anspruch.“¹¹²⁾ Bei der Frage über die Größe des Pflichtteiles zu galiz. Gesetzbuch II § 566 wurden „das gemeine, preußische und französische Recht, das ältere römische Recht, das Justinianische Recht“¹¹³⁾ scharf voneinander gehalten. Auch in seinen wissenschaftlichen Arbeiten trennt Zeiller scharf das „rein römische Recht“ von den späteren Modifikationen.¹¹⁴⁾

VIII. Das gemeine Recht als Ganzes schätzen die Gesetzesverfasser gering ein, rühmen dagegen den Scharfsinn der römischen Juristen, deren Ausführungen wir insbesondere in den Digesten Justinians heben.¹¹⁵⁾ Es ist also das klassische römische Recht, welches die Gesetzesverfasser besonders anzieht. Bekannt ist die Charakterisierung, welche Prof. Jellenz in einem Gutachten vom 19. August 1792 über den Entwurf zum verneuertem ersten Teil des Josefinischen Gesetzbuches gab: „Schön, edel und einfach war die römische Jurisprudenz; ein fürchterliches Ungeheuer ist die *iurisprudentia romano-canonicalo-germanico-forensis*.“¹¹⁶⁾ Dieselbe Auffassung vertritt Zeiller in seinem Vortrage vom 21. Dezember 1801.¹¹⁷⁾

IX. Ebenso zollen sie auch dem Gesetzbuche Justinians als Ganzem und im Gegensatze zu den Einzelentscheidungen der klassischen Juristen keine große Achtung. Dies betont ständig Zeiller, sowohl in seinem Vortrage vom 21. Dezember 1801¹¹⁸⁾, als auch in der Beilage zu seinem Vortrage vom 19. Jänner 1808, in welcher er das ABGB. mit anderen Gesetzbüchern vergleicht und bezüglich des Justinianischen Gesetzbuches bemerkt: „Die römische Gesetz-

¹¹²⁾ Ofner I 464, 465. Freilich drang Zeiller mit seinem Vorschlage nicht durch (vgl. zu § 562 bei Ofner I 492), was für unsere Frage natürlich ohne Belang ist, da es uns nur auf die Behandlungsweise des römischen Rechtes während der Gesetzesarbeiten ankommt.

¹¹³⁾ Ofner I 469.

¹¹⁴⁾ Z. B. Notwendigkeit eines bürgerl. einheimischen Privatrechts, Jährlicher Beitrag I 36/37.

¹¹⁵⁾ Das hindert sie aber nicht, gelegentlich an die Adresse der römischen Juristen eine boshafte Bemerkung einfließen zu lassen. So wird zu galiz. GB. II § 372 (Ofner I 344) die Einführung des römischen Privattestamentes zurückgeführt auf „einen listigen Kunstgriff der Rechtsgelehrten“, mit Hilfe dessen sie die Erbschaft durch einen Scheinverkauf übertrugen. Ähnlich urteilt heute über die römischen Juristen M. Burckhard, der Richter, in „Das Recht“, Sammlung von Abhandlungen für Juristen und Laien IV (Berlin 1909) S. 6. Man vergißt dabei, daß es der „konservative“ Zug im römischen Rechte war, welcher die römischen Juristen den Anforderungen des praktischen Lebens Genüge leisten hieß, ohne formell die bestehenden rechtlichen Bestimmungen zu beseitigen. Vgl. unten Nr. XXIX.

¹¹⁶⁾ Pfaff u. Hofmann, Exkurse I 21.

¹¹⁷⁾ Pfaff u. Hofmann, Exkurse I 39, 40, Ofner I 2.

¹¹⁸⁾ Ofner I 2.

sammlung übertrifft alle anderen Gesetzbücher an Reichhaltigkeit des Stoffes, wodurch sie auch allen künftigen Nomotheten und tiefer forschenden Rechtsgelehrten höchst schätzbar bleiben muß. Aber in der Verarbeitung des Stoffes zu einem zweckmäßigen Gesetzbuche muß sie den nachgefolgten weichen.“¹¹⁹⁾ Und von dem römischen Sachenrecht urteilt Zeiller bei derselben Gelegenheit dahin: „In der Bestimmung des Sachenrechtes behauptet das römische Recht unstreitig den ersten Rang, sowohl durch Ausführlichkeit als Gerechtigkeit“, fügt jedoch über die Justinianische Gesetzgebung hinzu: „Da aber diese einzelnen Entscheidungen (also der klassischen Juristen) in der Justinianischen Sammlung unordentlich aufgehäuft sind, so besteht das Verdienst der neueren Rechtsgelehrten um diesen Teil der Legislation unstreitig vorzüglich darin, jene einzelnen Entscheidungen in allgemeine Vorschriften aufzufassen, sie vom Wuste der Subtilitäten und Widersprüche zu reinigen, nach den geläuterten Grundsätzen der Rechtsphilosophie zu berichtigen, nach den Bedürfnissen der Nationen zu vervollständigen“¹²⁰⁾ usw.

X. Vor allem kommt es den Gesetzesverfassern darauf an, die leitenden Ideen des reinen römischen Rechtes zu erfassen. Diese leitenden Ideen des römischen Rechtes werden vergleichend herangezogen, und ihnen die leitenden Ideen des heimischen Rechtes, insbesondere des heimischen Gewohnheitsrechtes, gegenübergestellt. Scheint ihnen eine leitende Idee des römischen Rechtes noch für die Gegenwart passend zu sein, so wird diese Idee akzeptiert mit der Begründung, daß sie dem Naturrechte entspreche.¹²¹⁾ Dabei haben sie nicht sowohl die Vorstellung, daß sie römisches Recht annehmen, als vielmehr, daß sie naturrechtliche Sätze vor sich haben. Denn das römische Recht wird in diesen Fällen akzeptiert, weil es dem Naturrechte entspricht. Fremdes Recht wollen sie auf jeden Fall nicht gelten lassen. Das römische Recht dient ihnen nur als Wegweiser bei der Formulierung naturrechtlicher Sätze. Nach der Annahme der betreffenden leitenden Idee des römischen Rechtes erscheint ihnen dieselbe durchaus als leitende Idee des Naturrechtes. Daher akzeptieren sie die leitende Idee des römischen Rechtes nur mit dem Inhalte, welcher in ihrer Formulierung zum Ausdruck kommt. Die weiteren Folgerungen der römischen Idee, welche das römische Recht gezogen hat, werden von

¹¹⁹⁾ P. u. H. 53 Anm. 278, S. 55 Anm. 290, sowie Exkurse I 65, 85, Ofner II 489. Vgl. auch Zeiller, Notwendigkeit a. a. O. 31f. (S. 47 nennt er die Justinianische Gesetzsammlung „eine Quelle der Erfahrung“).

¹²⁰⁾ Pfaff u. Hofmann, Exkurse I 75, Ofner II 483.

¹²¹⁾ Vgl. oben Nr. IV.

ihnen nicht ohneweiters akzeptiert. Es muß hierüber immer wieder das „Natrecht“, d. h. die Bedürfnisse der Gegenwart entscheiden. Bezeichnend hiefür ist die Diskussion über die Einteilung der Verträge zu *Cod. Ther.* III 3 § 1 Z. 1—36 wo die Gesetzesverfasser die leitenden Ideen des römischen Rechtes zu erfassen suchen und ausdrücklich betonen, daß die „römischen Rechtsformeln“ nicht maßgebend seien: „Der römischrechtlichen Einteilung der Verträge *in re, verbis, litteris et consensu initos*“ wird die Einteilung in Real- und Consensualverträge gegenübergestellt —. Hervorgehoben wird dabei, daß das gesprochene Wort nur als Ausdruck des Willens und die schriftliche Urkunde nur als Beweismittel in Betracht komme, sowie daß man sich an den Gebrauch der römischen Rechtsformeln in keiner Weise zu binden habe.“¹²²⁾ Zu *Cod. Ther.* II 15 § 2 Z. 13—27 wurde „bei der Besprechung der gemeinrechtlichen Enterbungsgründe betont, daß nur solche Handlungen als Enterbungsgründe anzuerkennen seien, welche sich als Undank gegen die Eltern charakterisieren“.¹²³⁾ Der leitenden Idee des römischen Rechtes, welche in dem Satz: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* zum Ausdruck kommt, wurde eine besondere Aufmerksamkeit zugewendet, da man sich gegen die Übernahme dieser leitenden Idee aussprach.¹²⁴⁾ Sehr klar kommt diese Stellung der Gesetzesverfasser bei der Berücksichtigung des römischen Rechtes zum Ausdruck in Ausführungen Zeillers zu galiz. Gesetzbuch II §§ 405, 406, über die Pupillarsubstitution: Diese „sei ein positives Institut der römischen Rechtsgelehrten, welches sie aus Gründen forderten, die man in Deutschland niemals angenommen hat. Bei den Römern war der Vater Eigentümer des Vermögens seiner Kinder und bei den Römern war es beinahe entehrend, erblos zu versterben, weil des Erblosen Vermögen gleich jenem der Verschwender öffentlich (*sub hasta*) feil geboten wurde. Auf diese zwei Prinzipien hätte man das Recht der pupillarischen Substitution gestützt. Von beiden Prinzipien sei man in Deutschland abgegangen, und dennoch habe man, wie in hundert anderen Fällen, sehr inkonsequent die Folgerung beibehalten“.¹²⁵⁾ Und zu galiz. Gesetzbuch II § 474 kommt Zeiller auf diesen leitenden Gedanken des römischen Rechtes zurück, indem er die Wiedereinführung der *quarta Falcidia* bekämpft mit den Worten: „Der Abzug der Falcidischen

¹²²⁾ H. III 53 Anm. 1. Vgl. Pfaff 1885 S. 292 f.

¹²³⁾ H. I 282 Anm. 3.

¹²⁴⁾ Vgl. Pfaff 1884 S. 171, Hortenscher Entwurf II 9 § 29 (H. IV 198 Anm. 21).

¹²⁵⁾ Ofner I 364.

Quart sei bei den Römern eine Folge der Maxime gewesen, daß es eine Schande sei, ohne einem testamentarischen Erben zu sterben. Diese Maxime habe man in Deutschland nie angenommen.“¹²⁶⁾ Und noch in der Beilage zu seinem Vortrage vom 19. Jänner 1808 stellt Zeiller der leitenden Idee des römischen Rechtes im Personenrecht die heimischen Anschauungen entgegen: „Das Personenrecht des römischen Staates, wo der Fremde gleich dem Feinde an dem bürgerlichen Rechte keinen Anteil nahm, wo außer dem (activen) Bürger Roms die übrigen Einwohner unter dem Joche der drückendsten Sklaverei schmachteten usw. —, ein solches Personenrecht konnte in dem freien, humanen Deutschland, insbesondere in den österreichischen Staaten nicht zur Anwendung kommen.“ „Was aus dem Personenrechte der Römer auf unseren Staat angewendet werden kann, hat bereits der erste Teil des Josefinischen Gesetzbuches aufgenommen. Darum soll hier eine Vergleichung mit dem Letzteren folgen.“¹²⁷⁾

XI. Das heimische Recht wird von den Gesetzesverfassern nicht anders behandelt als das römische Recht. Auch das heimische Recht wird nur vergleichend herangezogen. Sie berücksichtigen ihrer Grundauffassung gemäß das heimische Recht nur so weit, als es dem „Naturrecht“ entspricht. Schon in dem Generalplan zum *Codex Theresianus* wird bestimmt, die heimischen Rechte der einzelnen Länder nur so weit zu berücksichtigen, als sie „in der natürlichen Billigkeit gegründet, von sicheren Hauptsätzen durch richtige Vernunftschlüsse abgeleitet von der echten Rechtslehre [d. i. von dem Naturrechte] unentfernt“ sind.¹²⁸⁾ In den von der Kompilationskommission am 21. November 1753 angenommenen „Grundsätzen“ für die Bearbeitung des *Codex Theresianus* wird gesagt: „daß die vorhandene heilsamste Ländergesetze gegeneinander gehalten, das natürliche und billigste ausgewählt, der Abgang nach der gesunden Vernunft, dann allgemeinen Natur- und Völkerrecht ergänzt, nach Bedürfnis neue Satzungen vorgeschlagen, und so gestaltet die Länderrechte (ohne allem Vorurteil für eines oder das andere) in Gleichförmigkeit gebracht werden sollen.“¹²⁹⁾ Die Berufung auf die heimischen Rechte ist denn auch sehr reichlich in den Gesetzesarbeiten zum *Codex Theresianus*.¹³⁰⁾ Gewöhnlich beginnt die Dis-

¹²⁶⁾ Ofner I 412/413.

¹²⁷⁾ Pfaff u. Hofmann, Exkurse I 71, 72, Ofner II 480.

¹²⁸⁾ H. G. 50.

¹²⁹⁾ H. I 16. Vgl. auch daselbst Nr. XXVI der „Grundsätze“.

¹³⁰⁾ Z. B. *Cod. Theres.* I 3 §§ 4—6 (H. I 118 Anm. 23, S. 120 Anm. 24, S. 126 Anm. 25, S. 127 Anm. 26, S. 132 Anm. 27) über familienrechtliche Bestimmungen; I 6 § 2 f. Z. 15 f. (H. I 171 f.) über Vormundschaft; II 7 § 7 Z. 105 bis 124 (H. II 118 Anm. 8) über Schenkung auf den Todesfall; II 11 § 7 Z. 77

kussion mit der Darstellung der heimischen Rechte, wie ja die Mitglieder der Kompilationskommission mit der Bearbeitung der heimischen Rechte ausdrücklich beauftragt waren.¹³¹⁾

Gebunden fühlen sich die Gesetzesverfasser durch das heimische Recht keineswegs. Wo ihnen ein Rechtssatz des heimischen Rechtes für das moderne Recht nicht mehr passend erscheint, da wird er mit derselben Entschiedenheit verworfen, mit welcher sie nicht mehr passende römische Rechtssätze ablehnen. Sie wollen modernes Recht schaffen, und schöpfen für dieses moderne Recht aus dem römischen Rechte und den heimischen Rechten. In den erwähnten „Grundsätzen“ für die Bearbeitung des *Codex Theresianus* heißt es ausdrücklich¹³²⁾: „Nr. XXVI. Wann endlich ein Vorfall in denen bisherigen Länderrechten gar nicht ausgemessen, vielmehr die Bedürfnis und Billigkeit ein ganz neues Gesetz¹³³⁾ erfordern thäte, so ist ein solches ohne Rücksicht auf bisherige Observanz in Vorschlag zu bringen.“ Dementsprechend wird mit vollem Bewußtsein und häufig unter ausdrücklicher Hervorhebung von den heimischen Rechten abgewichen.¹³⁴⁾ In der Regel haben dabei die Gesetzesverfasser wohl das Richtige getroffen, indem sie unbeholfene und häufig entwicklungsunfähige lokale Rechtsinstitute beseitigten und der Entwicklung des Rechtes eine breitere Bahn öffneten.¹³⁵⁾ Den richtigen Mittelweg zu finden und von den lokalen

bis 100 (H. II 175 Anm. 8) über Testamentsform; II 14 § 2 Z. 7—22 (H. II 257 Anm. 3) über Pflichtteil; II 17 § 1 Z. 1—28 (H. II 343 Anm. 2) über Testamentseröffnung; II 20 § 16 Z. 126—156 (H. II 393 Anm. 10) über einbändige und zweibändige Geschwister cf. Hortenscher Entwurf II 16 § 26 (H. IV 255 Anm. 8); II 30 § 3 Z. 13—16 (H. II 519 Anm. 3) über Pfandrecht an Immobilien; III 4 § 6 Z. 65—116 (H. III 68 Anm. 4) über Schuldurkunden; III 8 § 2 Z. 13 bis 38 (H. III 120 Anm. 2) über Bürgschaft der Ehefrau für Manneschulden; III 9 § 18 Z. 289—316 (H. III 176 Anm. 15) über Einstandsrecht cf. Hortenscher Entwurf I 2 §§ 4—8 (H. IV 25 Anm. 4); zu Hortenscher Entwurf I 3 § 92 (H. IV 59 Anm. 56) über Advitalitätsrecht in Galizien.

¹³¹⁾ Vgl. H. G. 59.

¹³²⁾ H. I 21.

¹³³⁾ Vgl. Nr. XXXIII.

¹³⁴⁾ Z. B. zu *Cod. Theres.* I 6 § 6 Z. 461—484 (H. I 235 Anm. 25) bezüglich der Honorierung des Vormundes; II 12 § 1 Z. 1—4 (H. II 202 Anm. 2) bezüglich der Erbenbenennung im Testamente; II 14 § 2 Z. 23—42 (H. II 261 Anm. 4) bezüglich des Ausschlusses der ritterlichen Töchter vom Erbrechte; II 21 § 5 Z. 65—86 (H. II 414 Anm. 6) bezüglich des Erbschaftserwerbes.

¹³⁵⁾ Vgl. oben Anm. 134. Daß die Zerfahrenheit der Rechtszustände ein wichtiger Beweggrund für die Kodifikationsbestrebungen in Österreich war, betont auch Balzer, *Historya ustroju Austriji* (Österreich. Reichsgeschichte) 2. Aufl. 1908 § 55 S. 307, 308. Man lese z. B. in der Diskussion über die Höhe des Pflichtteiles zu *Cod. Theres.* II 14 § 2 Z. 7—22 (H. II 257 Anm. 3) nach, welcher

Rechten das aufrecht zu erhalten, was entwicklungsfähig war, mußte häufig eine nicht leichte Aufgabe gewesen sein: wenigstens blieben Klagen über Beseitigung „heimischer“ Rechtsinstitute nicht aus.¹³⁶⁾ Die hohen Gesichtspunkte des Naturrechtes mit dem steten Ausblicke auf das römische Recht bewährten sich für die Gesetzesverfasser als gute Wegweiser.

Auch bei den heimischen Rechten kommt es den Gesetzesverfassern hauptsächlich auf die Rechtsideen an, welche mit Rücksicht auf ihre Verwertbarkeit für das moderne Recht untersucht werden. Ausführlich ist dies ausgesprochen in den drei ersten der von der Kompilationskommission am 21. November 1753

primitive Standpunkt in dieser Frage noch in den Landesrechten bestand, wobei die mannigfaltigsten lokalen Verschiedenheiten zur Geltung kamen. Durch die Annahme des römischen Grundsatzes wurde allem lokalen Hader ein Ende gemacht, und die ganze Frage auf eine gesündere Bahn geleitet, indem man einen Teil des gesetzlichen Erbteiles (ob ein Viertel oder die Hälfte, das sind Fragen geringerer Bedeutung) als Höhe des Pflichtteils zu Grunde legte. Es ist sehr wahrscheinlich, daß die heimischen Rechte, nachdem der Wirrwarr der lokalen Verschiedenheiten allzu groß geworden wäre, denselben Ausweg betreten hätten, den das römische Recht gefunden hatte, welches ja auch lange Zeit die Höhe des Pflichtteils durch das freie Ermessen des Zentunviralgerichtes bestimmen ließ, wobei die schönste Buntscheckigkeit bestanden haben mag. Man sieht, daß der Einfluß des römischen Rechtes nicht sowohl eine Vernichtung der heimischen Rechte herbeiführte, als vielmehr eine Beschleunigung in der Entwicklung. Dieser Auffassung ist auch der hervorragende Germanist Heinrich Brunner, welcher freilich nicht auf einem einseitigen Standpunkte steht, sondern Licht und Schatten gerecht verteilt (Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte, 3. Aufl. 1908, § 61 S. 250: „Übrigens war das deutsche Recht gerade damals in einer Umbildung begriffen, die auf vielen Gebieten im *corpus iuris civilis* Anknüpfungspunkte fand, so daß dessen Aufnahme hierin nur als Abschluß einer im einheimischen Rechte bereits angebahnten Entwicklung erscheint.“) Will man den Einfluß des römischen Rechtes auf die modernen Rechte richtig beurteilen, so muß man sich stets zwei Punkte vor Augen halten: einmal war die konstante Entwicklungslinie des römischen Rechtes eine viel längere als die irgend eines modernen Rechtes, so daß oft das, was uns als spezifisches römisches (also fremdes) Recht erscheint, nur eine weitere Entwicklungsstufe ist, während das anders geartete heimische Recht nicht im Gegensatz zum römischen Rechte steht, sondern vielfach nur eine primitive Entwicklungsstufe vorstellt, welche das römische Recht schon längst hinter sich gelassen hat, so daß wir nur noch verblaßte Spuren davon kennen; und sodann, daß nicht alles, was das römische Recht uns hinterlassen hat, im „römischen Garten“ gewachsen ist, sondern teils im internationalen Privatrechtsverkehre (*ius gentium*) entstanden ist, teils von fremden Rechten übernommen wurde, wobei freilich die fremden Rechtsgedanken in römische Rechtsformen gegossen worden sind. Das Wertvolle im römischen Rechte machen aber nicht die Rechtsformen, sondern die Rechtsideen aus, wie gelegentlich die Gesetzesverfasser des ABGB. in richtigem Gefühl hervorheben (s. oben Anm. 122).

¹³⁶⁾ Vgl. zum Martinischen Entwurf I 1 § 15 (H. V 12 Anm. 8); I 2 § 29 (H. V 22 Anm. 18); II 10 §§ 13, 15 (H. V 197 Anm. 8, S. 198 Anm. 10).

angenommenen „Grundsätzen“ für die Ausarbeitung des *Codex Theresianus*¹³⁷⁾:

„Nr. I. Wenn ein Unterschied zwischen den Länderrechten vorkommt, ist auf dessen Ursprung zu sehen, und damit solcher entdeckt werde, soweit als möglich hinauf zu gehen, bis auf ein Hauptprinzipium gelangt werde, worinnen die zum Augenmerk habende Länderrechte, entweder ausdrücklich übereinkommen oder wenigstens nichts enthalten, so diesem Prinzipio entgegen wäre.“

„Nr. II. Ein solches Hauptprinzipium ist unstrittig für den natürlichsten und billigsten Grundsatz zu halten, und wird entweder offenbar in dem Natur- und Völkerrecht gegründet sein, oder, da es auch ein *principium iuris positivi* wäre, wegen Einhelligkeit deren erbländischen Gesetze außer Anstand zu beruhen haben.“

„Nr. III. Von dergleichem unstrittigen Grundsatz sind allemal die nächste Folge abzuleiten, und wenn in diesen die Länderrechte übereinkommen, oder nichts Widriges enthalten [d. i. nicht dem Naturrecht widersprechen], ist sofort eine jede sichere Folge zum weiteren Grundsatz anzunehmen. Wenn jedoch gleich in denen ersteren Folgen sich ein Unterschied hervorthäte, ist fernerweit dessen Ursprung oder Anlaß zu erforschen.“¹³⁸⁾

Dieser Standpunkt wird auch bei der Erörterung der einzelnen gesetzlichen Bestimmungen festgehalten. In der Diskussion zu *Codex Theresianus* I 5 § 3 Z. 47—50 über den Inhalt der väterlichen Gewalt heißt es¹³⁹⁾: „Holger, welcher sich über diesen Gegenstand ausführlich mit Berufung auf das Naturrecht und auf das Völkerrecht

¹³⁷⁾ H. I 17.

¹³⁸⁾ Die Formulierung des Grundsatzes Nr. III zeigt, wie die Gesetzesverfasser einerseits auf die leitenden Ideen das Hauptgewicht legen, andererseits aber vorsichtig vorgehen. Mit einer leitenden Idee sollen keineswegs alle Folgen dieser leitenden Idee akzeptiert werden; dadurch bewahrte man sich vor doktrinärer Philisterei. Wird in einem Länderrechte eine Folge bekannt, welche der leitenden Idee nicht entspricht, so soll diese Folge nicht etwa zu Liebe der leitenden Ideen verworfen werden, sondern es ist zu erforschen, ob nicht etwa diese Folge einer anderen leitenden Idee entspricht, oder, wie Nr. V, XI—XV f. ausführen, ein auf Privilegium beruhender Ausnahmefall vorliegt. Die Gesetzesverfasser wollen also die leitenden Ideen nur in dem Umfange und mit dem Inhalte gelten lassen, als sie von ihnen ausdrücklich angenommen sind, und nicht etwa mit allen Folgerungen, die man aus einer leitenden Idee ziehen könnte. Es ist dies bemerkenswert mit Rücksicht auf die Auffassung Ungers 83, wonach mit einem römischrechtlichen Institut auch das ganze gemeine Recht bezüglich dieses Institutes übernommen sei (vgl. unten Nr. XIX); denn wenn auch die Gesetzesverfasser nur von dem heimischen Rechte ihre Beschränkung machen, so wissen wir doch, daß sie das römische Recht nicht anders behandelten, als das heimische Recht.

¹³⁹⁾ H. I 155 Anm. 9.

verbreitet, faßt gleichfalls das Verhältnis als ein solches auf, in welchem die Pflichten vorwiegen. Im Gegensatze zum römischen Rechte betont er, daß der Vater die Stellung eines natürlichen Vormundes einnehme, dessen Gewalt mit der Minderjährigkeit ende, daß dem Vater nicht der Fruchtgenuß am Vermögen seiner Kinder zustehe usw. Als Vorrechte des Vaters, welche ihren Ursprung im römischen Rechte haben, werden angeführt, das Recht, einen Vormund zu bestellen und das Recht der Pupillarsubstitution.“ Es werden dann für das Gesetzeswerk die Rechtssätze teils nach dem Vorbilde des römischen Rechtes, teils nach dem Vorbilde der heimischen Rechte formuliert.¹⁴⁰⁾ Die Beispiele ließen sich mit Leichtigkeit häufen.¹⁴¹⁾

XII. Besonderen Wert legen die Gesetzesverfasser bei der Formulierung der einzelnen Rechtssätze auf die Berücksichtigung der modernen Bedürfnisse. Zu *Cod. Ther.* II 14 § 2 Z. 23—42 wird in der Diskussion über den Ausschluß der Rittertöchter vom väterlichen Erbe von Azzoni hervorgehoben: „*potior nobis habenda est aequitatis naturalis ratio, potior hodierna civilis opportunitas*“ usw.¹⁴²⁾ Zu *Cod. Ther.* III 16 § 1 Z. 1—8 über den Versicherungsvertrag bemerkt Zencker, „daß der steigende Völkerverkehr Verträge geschaffen hat, welche dem römischen Rechte unbekannt waren“.¹⁴³⁾ Die Beispiele ließen sich leicht häufen.¹⁴⁴⁾

XIII. Die Gesetzesverfasser haben also eine andere Auffassung von der Entwicklung des Rechtes als die historische Schule. Nicht die zeitliche Aufeinanderfolge der Gestaltung der

¹⁴⁰⁾ Vgl. H. I 156 Anm. 10.

¹⁴¹⁾ Es sei noch auf folgende hingewiesen: zu *Cod. Theres.* II 7 § 9 Z. 129 bis 142 (H. II 121 Anm. 10) über Unwiderruflichkeit einer Schenkung auf den Todesfall; II 10 § 1 Z. 1—11 (H. II 158 Anm. 3) über Verlassenschaftsabhandlung; II 21 (H. II 404 Anm. 1) über Erbschaftserwerb.

¹⁴²⁾ H. II 261 Anm. 4.

¹⁴³⁾ H. III 274 Anm. 1.

¹⁴⁴⁾ Vgl. zu *Cod. Theres.* II 20 § 9 Z. 82—86 (H. II 385 Anm. 7) über die erbrechtliche Stellung der Kinder aus einer Putativehe; Hortenscher Entwurf I 3 § 35 (H. IV 45 Anm. 17) über Verfügungen in den Ehepakten, I 3 § 94 (H. IV 60 Anm. 58) über gesetzliches Pfandrecht der Ehefrau wegen des wittiblichen Unterhaltes, I 4 §§ 2, 3, 13 (H. IV 62 Anm. 4, S. 65 Anm. 13) über die Stellung der unehelichen Kinder, I 4 §§ 24—27 (H. IV 69 Anm. 20) über Nießbrauchsrecht des Vaters am Kindesvermögen, wozu cf. Martinischer Entwurf I 4 §§ 3, 14 (H. V 44 Anm. 2, S. 47 Anm. 10); Hortenscher Entwurf I 4 §§ 80—87 (H. IV 95 Anm. 53) über Darlehen der Minderjährigen, I 4 § 104 (H. IV 101 Anm. 64) über Anlegung der Pupillengelder, wozu cf. Martinischer Entwurf I 5 §§ 42 f. (H. V 63 f. Anm. 23 f.); Hortenscher Entwurf III 4 § 35 (H. IV 340 Anm. 1) über Zinsmaximum und Wucher).

Rechtssätze ist ihnen der Entwicklungsfaktor, sondern die „Erfahrung“.¹⁴⁵⁾ Es wird im weiteren Verlauf dieser Erörterungen zu erwägen sein, ob darin nicht ein richtiger Grundgedanke liegt, und ob wir in der Tat nicht gezwungen sein werden, eine Korrektur der historischen Schule in der Auffassung von der geschichtlichen Entwicklung des Rechtes vorzunehmen.¹⁴⁶⁾

XIV. Neben dem römischen Rechte werden das preußische und das französische Recht vergleichend herangezogen. Schon unter den von der Kompilationskommission am 21. November 1753 angenommenen „Grundsätzen“ war die vergleichende Heranziehung nicht nur des römischen Rechtes¹⁴⁷⁾, sondern auch die anderer Rechte empfohlen worden.¹⁴⁸⁾ Dementsprechend werden in der Diskussion bei den Gesetzesarbeiten das preußische¹⁴⁹⁾ und das französische¹⁵⁰⁾ Recht vergleichend herangezogen. Und noch in seinem Vortrage am 19. Jänner 1808 wird von Zeiller der Vergleich des Gesetzbuches

¹⁴⁵⁾ Vgl. oben Nr. III Mitte.

¹⁴⁶⁾ Auf die schwachen Seiten der historischen Schule ist schon wiederholt hingewiesen worden. Vgl. z. B. v. Ihering, Geist des rom. Rechts I⁵ S. 3 f., A. Menger, Das bürgerl. Recht und die besitzlosen Volksklassen (1890) 12 f. Klein, Sachbesitz und Ersitzung (1891) S. 2 f. Krainz 2, Anm. 3, Bülow, Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft (2. Aufl. 1901) 56 f., v. Zöll, *Austryackie prawo prywatne* (Österreichisches Privatrecht) I (2. Aufl. 1909) 19, 20, 26 f., insbesondere 31, 32 (kurze, aber vortreffliche Ausführungen), K. Wieland, Die historische und die kritische Methode in der Rechtswissenschaft. Baseler Rektoratsrede 1909 (nach dem Referate von Sternberg im Zentralblatte f. R. W. 1910 S. 110), vgl. auch Windscheid-Kipp, Pandekten I⁸ § 10 Anm. 4 a. Zu einer genauen Bestimmung jedoch, worin der Grundfehler der historischen Schule besteht, ist es noch nicht gekommen.

¹⁴⁷⁾ Vgl. oben Anm. 84.

¹⁴⁸⁾ H. I 23 Nr. XXXVI: „Zu Behuf können endlichen auch auswärtige Ländergesetze gereichen, inwieweit darinnen eine mehrere Natürlichkeit, als etwan in dem römischen Recht zu erfinden“ usw. Vgl. auch H. G. 59, Zeiller Kommentar I 9.

¹⁴⁹⁾ Z. B. zum galizischen Gesetzbuche II §§ 405, 406 (Ofner I 365) über Pupillarsubstitution; II §§ 485, 486 (Ofner I 416, 418) über unmögliche Bedingungen; II §§ 535, 536 (Ofner I 450) über Kollationspflicht der Miterben; II §§ 562—565 (Ofner I 465) über die Pflichtteilsberechtigten. Zu den früheren Gesetzesarbeiten, welche vor die Zeit der preußischen Kodifikation fallen, ist die Berufung auf das preußische Recht selten. Vgl. Saxl, Über die Beziehungen des preußischen Landrechtes zur Kodifikation unseres Zivilrechtes, Juristische Blätter 1893 Nr 1—4, der aber den Einfluß des preußischen Landrechtes auf das ABGB. wohl zu hoch einschätzt, auch Landsberg in Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft. III (1898) 520 f.

¹⁵⁰⁾ Z. B. zum galiz. GB. II §§ 562—565 (Ofner I 464) über die Pflichtteilsberechtigten; III § 58 (Ofner II 27) über Vorbehalt bei der Schenkung von Todes wegen.

mit dem preußischen und französischen Rechte durchgeführt.¹⁵¹⁾ Hier muß sich die Frage aufdrängen, ob denn die Gesetzesverfasser dem römischen Rechte nur dieselbe Rolle zuschreiben, wie dem preußischen und französischen Rechte, da sie alle drei Rechte vergleichend heranziehen. Bei oberflächlicher Beurteilung könnte man die Frage bejahen wollen, und sich z. B. auf eine Äußerung berufen, welche in der Diskussion zu galiz. Gesetzbuch III §§ 68, 69 (Ofner, II 39, 40) gemacht wurde: „Weil der Pflichtteil den Noterben erst nach dem Tode des Erblassers gebührt, vereinigen sich die Gesetzbücher (das römische, preußische und französische), daß man zur Bestimmung, ob der Pflichtteil verletzt sei, die Schenkungen mit dem Nachlasse zusammenrechnen müsse“ usw. Und doch ist dem nicht so. Das römische Recht nimmt bei den Gesetzesverfassern durchaus eine andere Stellung ein als das preußische oder französische Recht. Von dem römischen Rechte heben sie hervor und haben keinen Zweifel, daß es in den Erblanden rezipiert sei¹⁵²⁾, was von dem preußischen und französischen Rechte natürlich nicht gilt. Aber auch die ganze Behandlung des römischen Rechtes durch die Gesetzesverfasser beweist, daß sie in richtigem Gefühl das römische Recht heranzogen, nicht nur deshalb, weil es zeitlich dem zu schaffenden Gesetzeswerke voranging (was dem Standpunkte der historischen Schule entsprochen haben würde), sondern auch deshalb, weil sie durch das römische Recht ihr Gesetzeswerk beeinflussen lassen wollten, oder wie die modernen Soziologen sagen würden, weil sie das römische Recht „nachahmen“¹⁵³⁾ wollten. Nicht die zeitliche Aufeinanderfolge ist in dem richtigen juristischen Gefühl der Gesetzesverfasser der Entwicklungsfaktor, sondern die Nachahmung. Weil man schon im gemeinen Rechte

¹⁵¹⁾ Vgl. H. G. 164, P. u. H 48 Anm 262, S. 53 f, sowie: Exkurse I 65 f, 74, 77, 81 f., Ofner II 476 f.

¹⁵²⁾ Vgl. oben Nr. VI. Sehr zutreffend charakterisiert diese Sonderstellung des römischen Rechtes (im Gegensatze zum preußischen und französischen Rechte) Zeiller in der Beilage zum Vortrage vom 19. Jänner 1808 (Pfaff u. Hofmann, Exkurse I 79, Ofner II 485): „Die gesetzlichen Vorschriften über die Verträge sind in diesem Entwurfe, sowie in den übrigen neueren Gesetzbüchern vorzüglich dem römischen Rechte entlehnt, teils weil dessen Vorschriften im allgemeinen gerecht und natürlich [dies würde auch auf das preußische oder französische Recht passen], teils weil sie durch lange Observanz in die Begriffe, Meinungen und Sitten der europäischen Völker innigst verwebt sind [hiemit kommt die Sonderstellung des römischen Rechtes zum Ausdruck]. Doch mußten auch bei diesem Rechtsgegenstande in einer neuen Gesetzgebung Läuterungen, Vereinfachungen, Abänderungen und Zusätze vorgenommen werden.“

¹⁵³⁾ G. Tarde, *Les lois de l'imitation*. Paris 1890. Vgl. ausführlicher unten Anm. 401.

das römische Recht nachgeahmt hatte, und weil die Gesetzesverfasser auch in ihrem Gesetzeswerke in vielen Punkten das römische Recht nachahmen wollten, welches ihnen als eminenten Ausdruck des Naturrechtes erschien, deshalb zogen sie das römische Recht vergleichend heran. Hatte doch das Recht, welches die Gesetzesverfasser vorfanden, in vielen Punkten das römische Recht nachgeahmt; die Gesetzesverfasser wurden also mit Notwendigkeit darauf hingewiesen, diese Nachahmung einer Kontrolle zu unterziehen und die leitenden Ideen des römischen Rechtes zu vergleichen. Die vergleichende Heranziehung des römischen Rechtes hatte also ihre Begründung sowohl in der Vergangenheit, wie in der Zukunft. In der Vergangenheit hatte sie ihre Begründung, da das vorhandene Recht das römische Recht in vielen Punkten nachgeahmt hatte, und die Gesetzesverfasser natürlich mit dem vorhandenen Rechte sich abfinden mußten; kam es ihnen doch nicht auf die Schaffung eines neuen, sondern auf die Vereinheitlichung des vorhandenen Rechtes an.¹⁵⁴⁾ In der Zukunft aber hatte sie ihre Begründung, da die Gesetzesverfasser im Zuge waren, das römische Recht in vielen Punkten bei ihrem Gesetzeswerke nachzuahmen. Hieraus ergibt sich auch die gleiche Behandlung der heimischen Rechte und des römischen Rechtes. Die vergleichende Heranziehung der heimischen Rechte hatte gleichfalls ihre Begründung sowohl in der Vergangenheit wie in der Zukunft. In der Vergangenheit hatte sie ihre Begründung, weil das vorhandene Recht auch das heimische Recht in vielen Punkten nachgeahmt hatte; war das vorhandene Recht doch eine Vermengung römischer und heimischer Rechtssätze. In der Zukunft aber hatte sie ihre Begründung, da die Gesetzesverfasser keineswegs die heimischen Rechte gänzlich beseitigen wollten; sie wollten auch die heimischen Rechte nachahmen, so weit dieselben ihnen noch passend erscheinende Rechtssätze enthielten. Die vergleichende Heranziehung des preußischen und französischen Rechtes hatte dagegen ihre Begründung nur in der Zukunft. Nur so weit die Gesetzesverfasser diese beiden Rechte bei ihrem Gesetzeswerke nachahmen wollten, nur so weit zogen sie diese beiden Rechte vergleichend heran. Nur insofern das preußische und französische Recht auf derselben Grundlage ruhten wie das römische Recht, nur insofern hatte die vergleichende Heranziehung dieser beiden Rechte ihre Begründung auch in der Vergangenheit. Denn es war nicht ausgeschlossen, daß das preußische oder das französische Recht eine leitende Idee des römischen Rechtes am passendsten formuliert hatten, so daß in dieser Beziehung das eine oder andere Recht auch zum Verständnis des

¹⁵⁴⁾ Vgl. oben Anm. 24.

vorhandenen Rechtes mit Nutzen vergleichend herangezogen werden konnte. Gelegentlich¹⁵⁵⁾ wird denn auch von den Gesetzesverfassern darauf hingewiesen, daß das preußische oder französische Recht der Auffassung des römischen Rechtes folge.

XV. Das Resultat dieser Auffassung von der Stellung des römischen Rechtes und des heimischen Rechtes in dem Gesetzwerke war, daß einerseits zahlreiche Rechtssätze des römischen Rechtes in das Gesetzeswerk übernommen wurden, andererseits auch zahlreiche Rechtssätze des römischen Rechtes zu Gunsten des heimischen oder des modernen (Natur-) Rechtes verworfen wurden. Das im *Codex Theresianus*, dem Hortenschen Entwurf und Josefinischen Gesetzbuch, dem Martinischen Entwurf und galizischen Gesetzbuch enthaltene Material ist in dieser Hinsicht schon von L. Pfaff¹⁵⁶⁾ einer so gründlichen Analyse unterzogen worden, daß darauf verwiesen werden kann. Anfechtbare Einzelheiten müssen natürlich hier übergangen werden.

Der *Codex Theresianus* übernimmt noch zahlreiche Rechtssätze zum Teil wortgetreu aus dem römischen Recht.¹⁵⁷⁾ Namentlich das Obligationenrecht ist zum größten Teile dem römischen Rechte entnommen.¹⁵⁸⁾ In dem Hortenschen Entwurfe ist die wortgetreue Übernahme von Rechtssätzen aus dem römischen Rechte schon seltener.¹⁵⁹⁾ Immerhin ist aber die Zahl der aus dem römischen Rechte entnommenen Rechtssätze noch eine sehr große.¹⁶⁰⁾ In dem Josefinischen Gesetzbuche ist die Beeinflussung durch das römische Recht noch weiter abgeschwächt; jedoch ist die Formulierung zahlreicher Rechtssätze immer noch identisch mit der im römischen Rechte.¹⁶¹⁾ In dem Martinischen Entwurfe sind wörtliche Übersetzungen aus dem *Corpus iuris civilis* schon fast verschwunden¹⁶²⁾; der Einfluß des römischen Rechtes auf die Formulierung der Rechtssätze ist aber doch noch ein großer.¹⁶³⁾ Dasselbe gilt von dem galizischen Gesetzbuche, wenn auch hier wieder der Einfluß des römischen Rechtes noch weiter abgeschwächt ist.¹⁶⁴⁾ Auch im ABGB.

¹⁵⁵⁾ Z. B. galiz. GB. III 13 (Ofner II 182) in der Lehre vom Verschulden; III §§ 68, 69 (Ofner II 39, 40) über die Berechnung des Pflichtteils (oben).

¹⁵⁶⁾ Über den *Codex Theresianus* und seine Umarbeitungen, Juristische Blätter 1883 Nr. 22, 23, 1884 Nr. 15—18, 1885 Nr. 22, 25, 1887 Nr. 22, 23, 26, 27, 38—41.

¹⁵⁷⁾ Pfaff 1883 S. 256; 1884 S. 170.

¹⁵⁸⁾ Pfaff 1885 S. 265, 277.

¹⁵⁹⁾ Pfaff 1887 S. 317.

¹⁶⁰⁾ Pfaff 1887 S. 317—319.

¹⁶¹⁾ Pfaff 1887 S. 318.

¹⁶²⁾ Pfaff 1887 S. 317.

¹⁶³⁾ Pfaff 1887 S. 317, 318.

¹⁶⁴⁾ Pfaff 1887, S. 318.

sind sehr zahlreiche Rechtssätze in bewußter Weise aus dem römischen Rechte übernommen. Da Einzeluntersuchungen hier ausgeschlossen sind, so sollen die Protokolle der ersten Lesung zu Grunde gelegt werden; in der zweiten und dritten Lesung kommt eine grundsätzliche Änderung in der Stellung zum römischen Rechte nicht vor. Sehr zahlreich sind hier die ausdrücklichen Berufungen auf das römische Recht nicht mehr, da davon schon in den vorangegangenen Gesetzesarbeiten die Rede war, und die Gesetzesverfasser sich meist mit der bloßen Formulierung befassen, ohne eingehend die Herkunft der Formulierung zu erörtern. Immerhin wird aber noch an verschiedenen Stellen das römische Recht in die Diskussion gezogen und eine Auffassung mit Berufung auf das römische Recht verteidigt.¹⁶⁵⁾

Andrerseits werden im *Codex Theresianus* häufig römische Rechtssätze in bewußter Weise verworfen.¹⁶⁶⁾ An Stelle davon werden Rechtssätze mit Berücksichtigung der Anschauungen und Bedürfnisse der Gegenwart, also moderne Rechtssätze formuliert.¹⁶⁷⁾ Dasselbe gilt von dem Hortenschen Entwurfe¹⁶⁸⁾ und dem Josefinischen Gesetzbuche¹⁶⁹⁾, dem Martinischen Entwurfe und dem galizischen Gesetzbuche.¹⁷⁰⁾ Auch in dem ABGB. werden vielfach in bewußter Weise römische Rechtssätze verworfen, wobei ich wiederum die Protokolle der ersten Lesung zu Grunde lege.¹⁷¹⁾ Auf eine Polemik mit den Gesetzesverfassern kann natürlich hier nicht eingegangen werden.

¹⁶⁵⁾ Z. B. bei Beratung von galiz. GB. I § 100 über die Ungültigkeit der Ehe wegen Impotenz des Mannes (Ofner I 117 f.); II § 88 über die Geldvindikation (Ofner I 248); II § 89 über die Verweisungsklage (Ofner I 249); II § 403 über den Satz: *substitutus substituto* (Ofner I 363); III §§ 68, 69 über die Berechnung des Pflichttheiles (Ofner II 39, 40) u. a. m.

¹⁶⁶⁾ Pfaff 1884 S. 171, 183.

¹⁶⁷⁾ Pfaff 1885 S. 291 f.

¹⁶⁸⁾ Pfaff 1887 S. 319, 320, 449, 475 f., 487 f.

¹⁶⁹⁾ Pfaff 1887 S. 318.

¹⁷⁰⁾ Pfaff 1887 S. 319, 320, 475 f., 487 f.

¹⁷¹⁾ Z. B. bei Beratung von galiz. GB. II § 92 über die publizianische Klage (Ofner I 251), II § 265 über die *servitus oneris ferendi* (Ofner I 304); II §§ 332, 348 über den Satz *nemo pro parte testatus* (Ofner I 325, 331); II §§ 351, 352 über das Akkreszenzrecht der Miterben (Ofner I 335); II § 361 über die *praeteritio* des Kindes im Testamente (Ofner I 337); II § 372 über die Testamentsform (Ofner I 344, 345); II §§ 405, 406 über die Pupillarsubstitution (Ofner I 364 bis 366); II § 479 über die *quarta Falcidia* (Ofner I 412 413); II § 500 über Mehrheit von Testamenten (Ofner I 426, 427); II §§ 535, 536, 573, 574 über die Beschränkung der Pflicht zur *collatio bonorum* auf die gesetzliche Erbfolge (Ofner I 449, 487); II §§ 562—565 über das Pflichtteilsrecht der Eltern (Ofner I 464, 465, 488 Anm. 1, S. 492); II § 566 über die Höhe des Pflichttheiles (Ofner I 469) u. a. m.

XVI. Interessant ist die Auffassung, welche die Gesetzesverfasser und ihre Zeit von der wissenschaftlichen Behandlung des römischen Rechtes haben. In der Literatur, welche sich unmittelbar an das vollendete Gesetzeswerk, an das ABGB., anschließt¹⁷²⁾, findet sich im allgemeinen dieselbe Auffassung von dem Verhältnis des römischen Rechtes zu dem österreichischen Privatrecht, wie bei den Gesetzesverfassern. Das bestehende Recht wird in Anlehnung an das Gesetzbuch aus dem Naturrecht abgeleitet. Dabei werden die einzelnen Rechtssätze des Naturrechtes und des ABGB. häufig mit einer Berufung auf das römische Recht begründet, anderseits wird auf die bewußte Verwerfung römischer Rechtssätze hingewiesen. So geht insbesondere Zeiller in seinem Kommentar über das ABGB. I—IV, Wien, 1811—1813, vor.¹⁷³⁾ So gehen vor Winwartter¹⁷⁴⁾, Helm¹⁷⁵⁾, Dolliner¹⁷⁶⁾, Pratobevera¹⁷⁷⁾, Krazer (Hof- und Gerichtsadvokat in Graz)¹⁷⁸⁾, Schuster¹⁷⁹⁾ u. a. Dabei betont man, daß insbesondere die leitenden Ideen des römischen Rechtes wertvoll seien, und der bedeutende Jurist M. Schuster, Prof. in Prag, skizziert in seinen Beiträgen zur Hermeneutik des österreichischen Privatrechtes¹⁸⁰⁾ die Aufgabe der Romanisten in folgenden bezeichnenden Ausführungen, nachdem er betont hat, daß man sich nicht oberflächlich mit den von den römischen Juristen formulierten Rechtssätzen begnügen dürfe: „aber ihre [der Romanisten] Hülfe wäre vom wichtigsten Einflusse gewesen, wenn sie die durch das römische Recht ausgebildeten Rechtsbegriffe und Rechtsstoffe, und insbesondere die denselben zum Grunde liegenden Theorieen der strengsten Kritik unterzogen, von allen positiven Grundlagen abgetrennt, und die einfachen leitenden Grundsätze, wohin vorzüglich die Grundlehren gehören, welche die Rechtsstoffe unmittelbar beherrschen, gesammelt und in ihrer Reinheit, wie sie durch das alleinige Licht der Vernunft erkannt werden müssen, aufgestellt hatten“. Streichen wir in diesen Ausführungen die störende Berufung

¹⁷²⁾ Über die allgemeine Charakteristik dieser Literatur vgl. Unger 638 f.

¹⁷³⁾ Z. B. einerseits I 116, 121, 159, 354, II S. 281, anderseits I 123, 335, II, 1 S. 183, 359, II, 2 S. 384, 429.

¹⁷⁴⁾ In Pratobeveras Materialien V (1821) 277, 299, 313, VII (1823) 127, 146, 179, 180.

¹⁷⁵⁾ In Wagners Zeitschrift für österreichische Rechtsgelehrsamkeit 1825, 1 S. 204 f.

¹⁷⁶⁾ Ebenda 1826, 1 S. 133 f.

¹⁷⁷⁾ Ebenda 1827, 1 S. 5 f.

¹⁷⁸⁾ Ebenda 1828, 2.

¹⁷⁹⁾ Ebenda 1829, 2 S. 1 f. und in seinem Kommentar I (1818).

¹⁸⁰⁾ Ebenda 1830, 1 Hauptblatt.

auf die Vernunft als das alleinige rechtsschaffende Element und die Beschränkung auf die Grundlehren, so dürfen wir sagen, daß auch heute noch die Aufgabe der Romanisten keine andere geworden ist.¹⁸¹⁾ Aber bei der Ausführung des Programmes fiel man von diesen hohen Zielen ab. Man begnügte sich trotz Schusters Warnung mit oberflächlicher Kenntnisnahme der von den römischen Juristen formulierten Rechtssätze. Wo man sich aber mit den leitenden Ideen des römischen Rechtes beschäftigte, da handelte es sich meist nur um die allgemeinen leitenden Ideen. Ein tieferes Eingehen auf die Einzelfragen, in denen doch erst die leitenden Ideen des römischen Rechtes zum vollen Ausdrucke kommen müssen, finden wir leider nicht. So kam man schließlich zu den Bestrebungen, aus dem römischen Rechte das „noch Brauchbare“ herauszunehmen, und vermeinte in der Zusammenstellung dieses „noch Brauchbaren“ die ganze Aufgabe der Romanistik erfüllt zu sehen.¹⁸²⁾ Es ist merkwürdig, daß die Gesetzesverfasser, denen der stete Vergleich mit dem römischen Rechte so vortreffliche Dienste geleistet hatte, nach Vollendung ihres Gesetzeswerkes das römische Recht abtun zu können glaubten. Es wirft dies ein charakteristisches Licht auf den Mangel tieferer wissenschaftlicher Auffassung bei den Gesetzesverfassern, welcher sie von dem dank richtigen Gefühles eingenommenen hohen Standpunkte in den weiteren Konsequenzen zur alltäglichen Oberflächlichkeit herabsinken läßt. Einerseits schöpfen sie aus dem Borne tausendjähriger Erfahrung der römischen Juristen und stellen sich auf den richtigen Standpunkt, daß eine so langjährige Erfahrung eine unversiegbare Quelle juristischen Denkens sein muß, andererseits aber erscheint ihnen das römische Recht nur als Krücke für das ABGB., deren sie nach Vollendung ihres Werkes nicht mehr zu benötigen glauben. Der Grund für diesen Abfall von ihrem ursprünglichen hohen Standpunkte liegt wohl in der Überschätzung des Gesetzeswerkes, welche psychologisch sich erklären läßt und welche wohl kein Geringerer als Justinian selbst bei ihnen angeregt haben mag, da

¹⁸¹⁾ Ebenso urteilen P. u. H. 3 Anm. 9 unter Berufung auf Exners Züricher Antrittsrede vom J. 1869. Vgl. ausführlicher unten Nr. XXVIII.

¹⁸²⁾ Näheres darüber vgl. bei Pfaff u. Hofmann, Exkurse I 67 Anm. 34, 35, auch Schuster, Theoretisch praktischer Kommentar über das ABGB. I (Prag 1818) S. IX. Schlosser, Über das Studium des reinen römischen Rechtes in Hugos Zivilistisches Magazin I (Berlin 1803) forderte allerdings schon „die Palingenesie des römischen Rechtes“ (S. 23). Aber zur Ausführung ist dies nicht gekommen; der Verfasser (S. 49) sah dies selbst voraus, daß der notwendige Zeitaufwand das größte Hindernis sein werde. Auch noch Haimberger, Reines römisches Privatrecht I (Wien) 1835 ist nur ein schwacher Ansatz, wo mit den Quellen ziemlich willkürlich verfahren wird.

auch er mit seinem Gesetzbuche die ganze juristische Vergangenheit austilgen wollte.¹⁸³⁾ Vergleichen doch die Gesetzesverfasser des ABGB. so gern ihr Gesetzeswerk mit der Gesetzgebung Justinians!¹⁸⁴⁾ Erst Ungers epochemachendes Werk¹⁸⁵⁾ sollte im Jahre 1856 die österreichische Zivilistik von diesem fruchtlosen Standpunkte befreien und sie einer besseren Zukunft entgegenführen.

XVII. Schließt sich an das ABGB. eine wissenschaftliche Behandlung des Rechtes, welche trotz aller richtigen Grundauffassung über das Verhältnis des Gesetzbuches zu dem römischen Rechte und trotz aller sonstigen Regsamkeit¹⁸⁶⁾ dem römischen Rechte doch nur eine oberflächliche Berücksichtigung zu Teil werden läßt, so muß in noch höherem Maße diese Oberflächlichkeit dem von Zeiller ausgearbeiteten Studienplane von 1810¹⁸⁷⁾ zum Vorwurf gemacht werden. Die Vorlesungen über römisches Recht wurden eingeschränkt; die Vorlesungen über das ABGB. sollten nur das reine österreichische Privatrecht umfassen, da Vergleichen mit dem römischen Rechte nur die Verwirrung fördern würden.¹⁸⁸⁾ Die Folge war, daß die Juristenfakultäten die „Beamtenfabrikation“ sich zur Hauptaufgabe machten¹⁸⁹⁾. Man meinte sogar, daß dem römischen Rechte eine nur vorübergehende Pflege zu widmen sei.¹⁹⁰⁾ Die Hauptursache liegt auch hier in einer Überschätzung des Gesetzgebungswerkes.¹⁹¹⁾ Der Zustand dauerte fort, bis unter dem großen Unterrichtsministerium des Grafen Leo Thun im Jahre 1850 die allgemeine Studienordnung¹⁹²⁾, und weiter für die Regelung der rechts- und staatswissenschaftlichen Studien der Erlaß vom 2. Oktober 1855, RGBl. Z. 172, ergingen, welche das Rechtsstudium auf eine gründliche geschichtliche Basis stellten und damit einer höheren Auffassung des Rechtes, und was die Folge davon war, auch der sozialen und wirtschaftlichen Ver-

¹⁸³⁾ In dieselbe Überschätzung der Kodifikation verfielen übrigens auch die anderen europäischen Gesetzeswerke um die Wende des 18. Jahrh. Vgl. Dernburg, Preuß. Privatrecht I § 9.

¹⁸⁴⁾ Vgl. H. G. 74.

¹⁸⁵⁾ System des österreichischen allgemeinen Privatrechtes 1. Aufl. 1856.

¹⁸⁶⁾ Vgl. Unger 638 f.

¹⁸⁷⁾ Vgl. Unger 641 f., P. u. H. 36 Anm. 1.

¹⁸⁸⁾ Vgl. P. u. H. 37—39.

¹⁸⁹⁾ Wahlberg, Gesammelte Schriften II (1877) 2 f., 48 f., P. u. H. 39 Anm. 211, L. Pfaff, Rede auf Franz v. Zeiller 25 Anm. 26, S. 26, 27, Lemayer Verwaltung der österreich. Hochschulen 1868—1877 (Wien 1878) 25 f.

¹⁹⁰⁾ P. u. H. 39 Anm. 212.

¹⁹¹⁾ Vgl. oben Anm. 183.

¹⁹²⁾ L. Beck v. Mannagetta u. C. v. Kelle, Die österreichischen Universitätsgesetze (1906) 449 f.

hältnisse die Bahn öffneten.¹⁹³⁾ Zu Unrecht wird wiederum heute an dieser geschichtlichen Basis gerüttelt, uneingedenk dessen, daß mit der Beseitigung des Vorhandenen noch keine Reform geschaffen wird, sondern daß man sich vorerst allseits darüber klar sein muß, was an die Stelle des Beseitigten zu setzen ist. Andernfalls wird die Reform zur Spekulation, welche böse Früchte zeitigen kann. Mit Recht betont L. Pfaff¹⁹⁴⁾ gegenüber dem Zeillerschen Studienplan: „Erst die Zeit konnte mit diesem Plane brechen, für welche an die Stelle des Naturrechtes die Erkenntnis des geschichtlichen Werdens alles Rechtes getreten war; für diese Zeit mußte es ein unter allen Umständen zu erfüllendes Postulat werden, den Studierenden bekannt und vertraut zu machen mit den geschichtlichen Grundlagen des heutigen Rechtszustandes. Gewiß kann man auch diesem Postulat auf verschiedenen Wegen genügen — als Grundgedanken aber, so hoffe ich, werden auch die Studienordnungen der Zukunft noch für unabsehbare Zeit dieses Postulat festhalten.“

XVIII. Eine juristische Formulierung der Stellung des römischen Rechtes in dem Gesetzbuche haben die Gesetzesverfasser nicht vorgenommen. Dazu fehlte ihnen die gründliche wissenschaftliche Vorbildung, welche nur die historische Auffassung des Rechtes geben kann, und welche wir heute dank dem unvergänglichen Verdienste der historischen Schule haben. Jeder Kritik der historischen Schule gegenüber, welche sicherlich berechtigt ist¹⁹⁵⁾, muß dieses Verdienst hervorgehoben werden, damit wir die großen Errungenschaften der historischen Schule nicht verlieren und nicht in ein Extrem verfallen, das uns bei der Kritik „das Kind mit dem Bade ausschütten“ läßt. Trefflich schildert Unger¹⁹⁶⁾ die traurigen Folgen, welche das Verlassen der historischen Auffassung des Rechtes nach sich ziehen muß und auch immer nach sich gezogen hat. Diese historische Auffassung des Rechtes ging nun der Zeit der Gesetzgebungsarbeiten zum ABGB. vollständig ab. Wenn die Gesetzesverfasser so vielfach das Richtige getroffen haben, so verdanken sie das ihrem juristischen Gefühl, nicht aber ihrer wissenschaftlichen Auffassung. Und während die Gegner des römischen Rechtes in der Zeit der Gesetzgebungsarbeiten von dem römischen Rechte nichts

¹⁹³⁾ Vgl. Wahlberg, Die Reform der Rechtslehre an der Wiener Hochschule, Gesammelte Schriften II 4 f., 49 f., Lemayer a. a. O. 31 f., 180 f.

¹⁹⁴⁾ Rede auf Franz v. Zeiller 27.

¹⁹⁵⁾ Oben Anm. 146.

¹⁹⁶⁾ 636 f. und 320 Anm. 17, 18, S. 322 Anm. 22, S. 325—327, wo aus der Lehre von den juristischen Personen konkrete Beispiele der trüben Folgen angegeben werden.

weiter zu sagen wissen, als daß es ein „Kulturelement“ sei¹⁹⁷⁾, ohne im weiteren dem römischen Rechte noch eine juristische Bedeutung für das moderne Recht zuzuschreiben, ist es charakteristisch für die Gesetzesverfasser, daß sie in ihrem feinen juristischen „Instinkt“ das römische Recht vergleichend heranziehen, um das moderne Recht, das „Naturrecht“, zu verstehen. Diese Vergleichung war den Gesetzesverfassern schon bei der Bearbeitung des *Codex Theresianus* autoritativ empfohlen worden.¹⁹⁸⁾ Und noch Zeiller führt in der Beilage zu seinem Vortrage vom 19. Jänner 1808 unter Nr. IV „die Vergleichung des gegenwärtigen Entwurfs mit den berühmteren Gesetzbüchern anderer Nationen“, und darunter auch speziell mit dem römischen Rechte durch.¹⁹⁹⁾

XIX. So soll denn in folgendem versucht werden, eine juristische Formulierung der Stellung des römischen Rechtes in dem Gesetzbuche zu geben, wie sie der Behandlung des römischen Rechtes durch die Gesetzesverfasser und schließlich durch das ABGB. entspricht. Für diese juristische Formulierung gibt es aber nur einen Weg — und den hat Unger²⁰⁰⁾ gewiesen, welcher annimmt, daß das römische Recht Auslegungsmittel des ABGB. ist. In der Tat, entweder ist das römische Recht Auslegungsmittel des ABGB., und dann besteht ein juristischer Zusammenhang zwischen dem römischen Rechte und dem ABGB., und die Stellung des römischen Rechtes in dem ABGB. läßt sich juristisch formulieren. Oder das römische Recht ist nicht Auslegungsmittel des ABGB., und dann besteht ein juristischer Zusammenhang zwischen dem römischen Rechte und dem ABGB. nicht, und die Stellung des römischen Rechtes in dem ABGB. läßt sich nicht juristisch formulieren. Es fragt sich dann weiter, in welcher Weise das römische Recht Auslegungsmittel des ABGB. ist. Auch hierauf hat Unger²⁰¹⁾ eine Antwort gegeben, indem er annimmt, daß der Gesetzgeber in vielen Fällen, in welchen er nur

¹⁹⁷⁾ Vgl. H. G. 42. Eine Erniedrigung des römischen Rechtes ist dies freilich nicht, und wir legen noch heute dem römischen Rechte diesen Titel bei (vgl. v. Ihering, Geist des röm. R. I⁴ S. 14); aber es fehlt der juristische Zusammenhang zwischen dem römischen und dem modernen Recht.

¹⁹⁸⁾ In den am 21. November 1753 angenommenen „Grundsätzen“ zur Verfassung des allgemeinen Rechtes Nr. XXXV, XXXVI (H. I 23). Vgl. Pfaff u. Hofmann, Exkurse I 66.

¹⁹⁹⁾ Pfaff u. Hofmann, Exkurse I 66. Über die Vergleichung mit den anderen Rechten und die Bedeutung dieser Vergleichung siehe oben Nr. XIV.

²⁰⁰⁾ 82/83.

²⁰¹⁾ 83. Vgl. auch Unger, Beiträge zur Lehre vom Schadensersatz, Grünhuts Zeitschrift VIII (1881) 241.

„den ursprünglichen Ausgangspunkt und Keim eines Rechtsinstituts herausnimmt“, „die ganze damalige gemeinrechtliche Theorie [bezüglich dieses Rechtsinstitutes] sich aneignen wollte“. In allen Fällen also, in denen der Gesetzgeber ein gemeinrechtliches Rechtsinstitut benennt, ohne auf den ganzen Inhalt des Rechtsinstitutes einzugehen, in allen diesen Fällen ist das betreffende gemeinrechtliche Rechtsinstitut in seiner Totalität von dem ABGB. rezipiert, und kraft logischer Auslegung ist das gemeine Recht in diesen Fällen geltendes Recht. Dies ist Ungers präzise juristische Formulierung der Stellung des römischen (gemeinen) Rechtes im ABGB. Nichtsdestoweniger ist diese juristische Formulierung Ungers mit Recht fast allgemein verworfen worden.²⁰²⁾ Und Unger selbst hat seine Auffassung bei seiner wissenschaftlichen Bearbeitung des österreichischen Privatrechtes sehr maßvoll angewandt.²⁰³⁾ Außer den in der Literatur gegen Ungers Formulierung angegebenen Gründen, scheint mir auch folgender allgemeiner Grund der Beachtung wert zu sein. Nach Ungers Formulierung ist das gemeine römische Recht geltendes Recht nur in den von Unger angegebenen, doch immerhin beschränkten Fällen. Sollte in allen übrigen Fällen das römische Recht für das ABGB. keine juristische Bedeutung mehr haben? Und doch liegt auch in diesen übrigen Fällen vielfach römisches Recht vor uns. Eine andere juristische Formulierung der Stellung des römischen Rechtes im ABGB. außer der von Unger gegebenen ist aber von keiner Seite gemacht worden. Daß das ABGB. dem früheren, zum Teil gemeinen Rechte, gegenüber nur subsidiäre Geltung habe²⁰⁴⁾, so daß zum Teil das gemeine Recht überall zur Anwendung zu kommen hat, wo das ABGB. nicht eine ausdrückliche entgegenstehende Bestimmung enthält — eine Formulierung, welche der Auffassung der historischen Schule am meisten entsprechen würde — hat man gegenüber dem klaren Wortlaute des Gesetzes (§ 6 ABGB.) nicht zu behaupten gewagt.²⁰⁵⁾ Man begnügt sich in der Regel damit, daß das römische Recht „berücksichtigt“ werden müsse²⁰⁶⁾, ohne auf eine nähere Formulierung dieser Berücksichtigung

²⁰²⁾ Vgl. P. u. H. 186, Pfaff, Zur Lehre vom Schadenersatz, Grünhuts Zeitschrift VIII 732, Krainz 45¹⁰: Ungers Auffassung sei „nur so weit richtig, als es sich um deklarative Auslegung handelt“.

²⁰³⁾ P. u. H. 186 Anm. 177.

²⁰⁴⁾ Etwa wie in Preußen das allgemeine Landrecht den provinziellen Statutarrechten gegenüber nur subsidiäre Geltung hat: Dernburg, Preuß. Privatrecht I § 11 Anm. 5. ²⁰⁵⁾ Vgl. Krainz 28.

²⁰⁶⁾ P. u. H. 186, Krainz 3/4, v. Zoll, *Austryackie prawo prywatne* (Österreichisches Privatrecht) I, 2. Aufl. 1909, S. 77, 78.

einzufragen. So ist denn die Frage, welche Stellung das römische Recht im ABGB. hat, wieder geöffnet.²⁰⁷⁾ Ist das römische Recht Auslegungsmittel des ABGB. oder nicht? Und bejahenden Falles, in welcher Weise ist das römische Recht Auslegungsmittel des ABGB. Die Antwort läßt sich nicht mit einem Satze geben. Es ist zu unterscheiden, und die Unterschiede werden sich am besten an durchgeführten Beispielen zeigen lassen, da ausführliche Untersuchungen an dieser Stelle ausgeschlossen sind. Auf diesem Wege soll es versucht werden, zu einer juristischen Formulierung der Stellung des römischen Rechtes im ABGB. zu gelangen.

XX Als erstes Beispiel sei der Begriff der Korporation nach den Bestimmungen des ABGB. gewählt.

Der *Codex Theresianus* enthält nirgends eine eingehende Regelung oder auch nur eine Definition der Korporation. In dem ersten Teile, welcher von den Personen handelt, wird nur in I 1 Z. 43, 44, die Autonomie der öffentlichen Korporation gewährleistet. Ausführlicher behandelt die öffentlichen Korporationen, insbesondere die rechtliche Stellung der Gemeinde, der zweite Teil, und zwar in dem Paragraphen über die Sachen der Gemeinde (II 1 § 5, Z. 126—155). Daß die Gemeinde hier als Korporation im römisch-rechtlichen Sinne aufgefaßt wird, unterliegt keinem Zweifel. Ausdrücklich wird dies hervorgehoben in II 1 Z. 133, wo den Gemeinden Fähigkeit zu Eigentum „als sittlichen Personen“ zugesprochen wird.

²⁰⁷⁾ In Deutschland steht jetzt diese Frage gleichfalls auf der Tagesordnung, da das seit dem 1. Jänner 1900 geltende bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich exklusive Geltung für sich in Anspruch nimmt. Vgl. Litten, Römisches Recht und Pandektenrecht in Forschung und Unterricht 1907. Litten gibt eine juristische Formulierung des Verhältnisses des BG. zum römischen Rechte nicht, sondern begnügt sich (S. 31f.) mit der Forderung „einer zusammenfassenden Darstellung der nachjustinianischen, dogmengeschichtlichen Entwicklung“, also des gemeinen Rechtes. Auf den Nutzen einer Darstellung der mittelalterlichen Doktrin soll unten (Anm. 370) hingewiesen werden, jedoch mit der prinzipiellen Einschränkung, daß nicht die Entwicklung des gemeinen Rechtes in seiner Totalität, sondern nur die Entwicklung der in dem gemeinen Rechte enthaltenen modernen Rechtssätze und Rechtsinstitute noch heute wissenschaftlich wertvoll ist. Diese „modernen“ Rechtssätze und Rechtsinstitute wurden bekanntlich schon durch die Glossatoren in das Justinianische Gesetzbuch hineininterpretiert, und stellten die „Modifikationen“ des römischen Rechtes dar. Daß diese Vermengung nicht immer juristisch gut durchgeführt wurde, ist bekannt; aber damals befand man sich in einer Zwangslage und konnte fast nicht anders vorgehen. Heute ist es nicht mehr so. Und es wäre wohl falsch, wenn wir die zwei großen Faktoren (römisches Recht, heimisches Recht), aus denen das moderne Recht hervorgegangen ist, aus Liebe zur Tradition in der ungeschickten Vermengung erhalten wollten, statt sie zu trennen und die leitenden Ideen beider Faktoren zu erforschen, um mit Hilfe dieser leitenden Ideen das moderne Recht zu verstehen.

Auch die sonstigen Bestimmungen entsprechen im allgemeinen den bekannten römischen Rechtssätzen über die Korporation.²⁰⁸⁾ Von den Privatkorporationen ist nirgends ausführlicher die Rede, ja sie werden nicht einmal in dem Maße erwähnt wie die öffentlichen Korporationen. Einer eingehenden Regelung hat sich nur die Gesellschaft (*societas*) zu erfreuen gehabt (III 14 Z. 1—134). Nichtsdestoweniger haben zweifellos die Gesetzesverfasser die Privatkorporation gekannt. In III 14 Z. 6, wird sogar im Gegensatz zur Gesellschaft, welche auf Erwerb gerichtet sei, „eine aus anderm Endzweck eingegangene Gemeinschaft“ erwähnt, worunter doch höchstwahrscheinlich die Privatkorporation, der Verein, zu verstehen ist. Nach II 12 Z. 46, können „Gemeinde, Mittel²⁰⁹⁾ oder Gesellschaft (*sic!*)“ zu Erben eingesetzt werden. Auch die Unterscheidung von Gesellschaften (*societates*) „über erlaubte Gewerbe“ und „über unerlaubte Dinge“ erinnert lebhaft an die *collegia licita* und *illicita*; offenbar wollte man verhüten, daß staatsgefährliche Organisationen die rechtliche Form der Gesellschaft (*societas*) wählen, um den polizeilichen Maßregeln zu entgehen. Es muß auffallen, daß die Privatkorporation eine Regelung durch den *Codex Theresianus* nicht erfahren hat, trotzdem Lauterbach²¹⁰⁾, mit dessen Werk Zencker sehr wohl vertraut war²¹¹⁾, die Korporationen, einschließlich der Privatkorporationen, an der Hand der Digestentitel eingehend behandelt.²¹²⁾ Der Grund für die Übergehung der Privatkorporationen liegt wohl darin, daß man die Regelung ihrer rechtlichen Stellung für eine politisch-polizeiliche Angelegenheit hielt, während man, wie ausdrücklich hervorgehoben wurde²¹³⁾, mit dem Gesetzeswerke ausschließlich das Privatrecht kodifizieren wollte.

Der Hortensche Entwurf und das Josefinische Gesetzbuch enthalten über die Korporation noch weniger Bestimmungen als der *Codex Theresianus*. In dem ersten Teile ist von der Korporation überhaupt nicht die Rede. Im zweiten Teile des Horten-

²⁰⁸⁾ II 1 Z. 134 (die Gemeinde kann auf eine Person herabsinken); II 1 Z. 144 (Vorstand der Gemeinde, dem eine analoge Stellung wie dem Vormunde zugesprochen wird cf. I 6 Z. 634); II 1 Z. 147, 149, 150 (Klagelegitimation durch den Vorstand) usw.

²⁰⁹⁾ D. i. Fonds cf. z. B. II 13 Z. 87, 88.

²¹⁰⁾ *Collegium theoretico-practicum Pandectarum* I—III, Tübingen 1726 u. a.

²¹¹⁾ Vgl. Saxl, Eine alte Quelle des ABGB., Grünhuts Zeitschrift 24 (1897) 443, 447 f., 453 f.

²¹²⁾ zu tit. D. 47, 22 (wo im § 1 die Fiktionstheorie vertreten wird cf. zu tit. Dig. 3, 4 im § 1. III.), zu tit. Dig. 3, 4 (wo der Satz *nec quod debet universitas singuli debent Ulpian* 7 § 1 überhaupt nicht erwähnt wird).

²¹³⁾ Vgl. H. G. 36 f.

schen Entwurfes²¹⁴⁾ (II 1 § 48; II 9 § 14; II 24 § 14) wird hervorgehoben, daß die öffentliche Korporation (Gemeinde) Eigentum haben und zur Erbschaft berufen werden kann, sowie daß sie fähig ist, ein Nießbrauchsrecht zu erwerben. Von der Privatkorporation wird nur erwähnt, daß sie eigenes Vermögen haben und zur Erbschaft berufen werden kann.²¹⁵⁾

Im Martinischen Entwurfe und galizischen Gesetzbuche, welches als Grundlage für die erste Lesung zum ABGB. diente²¹⁶⁾, finden sich wieder zahlreichere Bestimmungen über die Korporation. Dennoch wurde eine allgemeine Regelung der rechtlichen Stellung der Korporation nicht gegeben. Bei der Erörterung des Martinischen Entwurfes war zwar eine solche Regelung der Stellung der „juristischen Personen“ vorgeschlagen worden, jedoch ohne Erfolg.²¹⁷⁾ Dagegen enthält der Martinische Entwurf II 10 § 15²¹⁸⁾ eine Bestimmung, welche die Erbfähigkeit der juristischen Personen dem öffentlichen Rechte zur Regelung überweist, was als eine Bestätigung der oben²¹⁹⁾ ausgesprochenen Vermutung gelten kann, daß man überhaupt die juristischen Personen durch das Privatrecht nicht regeln wollte. Dieselbe Auffassung bezüglich der Erbfähigkeit der Korporation vertritt das galizische Gesetzbuch II § 335, was in der Diskussion der ersten Lesung zum ABGB. eine Formulierung zu Gunsten der Korporationen erfuhr.²²⁰⁾ Außerdem finden sich sowohl im Martinischen Entwurf als auch im galizischen Gesetzbuche einige Bestimmungen, welche zwar nicht die Stellung der Korporationen allgemein regeln, aber doch ihre Existenz allgemein anerkennen; dies bezieht sich nicht nur auf die öffentliche Korporation (insbesondere die Gemeinde), sondern auch auf die Privatkorporation. So sagt der Martinische Entwurf II 1 § 6: „Die Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft sind entweder kleinere Gesellschaften und Gemeinden,

²¹⁴⁾ Das Josefinische Gesetzbuch regelt nur das Personenrecht und enthält nur den „Ersten Teil“. Vgl. H. G. 143, H. IV 4f.

²¹⁵⁾ II 9 § 14: „Wenn eine Gemeinde oder andere Versammlung, so ein eigenes Vermögen hat, zur Erbschaft berufen werden“ usw.

²¹⁶⁾ Vgl. H. G. 162f., H. IV 10f., L. Pfaff, Zur Entstehungsgeschichte des westgalizischen Gesetzbuches, Juristische Blätter 1890 S. 258, Till a. a. O. 22 Anm. 14, 15, v. Zoll a. a. O. 6/7.

²¹⁷⁾ Vgl. H. V 15 Anm. 1.

²¹⁸⁾ „Ob und wie weit aber einem moralischen Körper — die Erbfähigkeit zukomme, dies ist aus den politischen Verordnungen zu entscheiden.“

²¹⁹⁾ Zu Anm. 213.

²²⁰⁾ Es wurde folgende Fassung angenommen: „Erlaubte Gesellschaften oder Genossenschaften sind gleich einzelnen Personen des Erbrechtes fähig, insofern sie nicht durch besondere politische Verordnungen ausgeschlossen werden“ (Ofner II 326 zu § 335).

oder einzelne Personen“²²¹⁾ und § 7 anerkannt Sachen, welche im Eigentum wo „derlei Körpern stehn“²²²⁾ Das galizische Gesetzbuch I § 25, gewährleistete den „kleineren Gesellschaften“ schon die Autonomie in den Grenzen, in welchen dies für die Kollegien schon die Zwölftafelgesetzgebung bestimmte²²³⁾; in der zweiten Lesung wurde dies zwar gestrichen, aber mit dem ausdrücklichen Hinweis, daß der § 26 „davon Erwähnung machen werde“²²⁴⁾, womit also schon der § 26 ABGB. festgelegt war. Beide Gesetzesarbeiten bestimmen weiter, daß jene Genossenschaften unerlaubt sind, welche nicht die „öffentliche allgemeine oder besondere Bestätigung“ der Regierung aufzuweisen vermögen.²²⁵⁾ Den „moralischen Personen“ wird die Fähigkeit zugestanden, „persönliche Servituten“ zu haben.²²⁶⁾ Die Verjährung gegen „moralische Körper“, sowie die außerordentliche Ersitzung gegen „erlaubte moralische Körper“ unterliegen besonderen Bestimmungen.²²⁷⁾ Dagegen ist nicht hierher zu stellen galiz. Gesetzbuch II § 350, wo es heißt, daß bei der Erbschaftsteilung unter Miterben „ein Körper, eine Gemeinde, eine Versammlung, z. B. die Armen werden nur für eine Person gerechnet“²²⁸⁾ Hiemit sollte keineswegs die „Einheit“ der Korporation gekennzeichnet sein; vielmehr handelt es sich nur um den Berechnungsmodus bei der Erbschaftsteilung, andernfalls müßten „die Armen“ auch als Korporation gelten. Die Bestimmung kann dagegen als Anerkennung der Erbfähigkeit gelten, was schon in der Beratung vom galiz. Gesetzbuch II § 335²²⁹⁾ zum Ausdruck gekommen war.²³⁰⁾

In der zweiten Lesung zum ABGB. haben wir schon den § 26 ABGB. in der heutigen Fassung, wobei der Schlußsatz zunächst lautete: „Welche Gesellschaften erlaubte, oder unerlaubte seien, ent-

²²¹⁾ Im galiz. BG. wurden die „kleineren Gesellschaften“ fortgelassen.

²²²⁾ Ein Antrag Martinis, ausdrücklich von den Sachen der „moralischen Personen“ zu sprechen, wurde als überflüssig abgelehnt.

²²³⁾ Gaius lib. IV ad leg. XII tab. (4 D. 47, 22) *Sodales sunt, qui eiusdem collegii sunt — his autem potestatem facit lex pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant.*

²²⁴⁾ Ofner I 33 zu § 25 und II 333 zu § 13.

²²⁵⁾ Martinischer Entwurf II 10 § 17, galiz. GB. II § 337.

²²⁶⁾ Martinischer Entwurf II 9 § 62, galiz. GB. II § 315 (allgemein „Servituten“).

²²⁷⁾ Martinischer Entwurf III 18 § 8 und III 18 § 27; galiz. GB. III § 594 sowie Beratung (Ofner II 260 zu § 594) und III § 613 (cf. § 618) sowie Beratung unter Weglassung des Wortes „moralischer“ (Ofner II 269 zu § 613).

²²⁸⁾ Bei der Beratung wurde eine Änderung der Fassung nicht vorgenommen (Ofner I 334 zu § 354).

²²⁹⁾ Vgl. oben zu Anm. 220.

²³⁰⁾ Dem galiz. GB. II § 350 entspricht ABGB. § 559.

scheiden die politischen Verordnungen“²³¹⁾ und die heutige Fassung erst bei der Superrevision erhielt.²³²⁾ Damit erhielt der in den Vorarbeiten der Gesetzesverfasser eingenommene Standpunkt den formellen Abschluß.²³³⁾

Für die Begriffsbestimmung der Korporation hatte sich somit die österreichische Zivilistik mit dem § 26 ABGB. abzufinden. Unger, welcher zum ersten Male (im Jahre 1856) in seinem System²³⁴⁾ die Lehre von den juristischen Personen einer gründlichen wissenschaftlichen Forschung unterzog, hatte dabei folgende Schwierigkeiten zu bekämpfen. Der § 26 ABGB. bestimmt den Begriff der Korporation ganz allgemein, indem er allen erlaubten Gesellschaften die juristische Persönlichkeit zuschreibt.²³⁵⁾ Darüber ist man in der österreichischen Zivilistik einig.²³⁶⁾ Insofern akzeptiert also das ABGB. den leitenden Gedanken des römischen Rechtes.²³⁷⁾ Da nun Unger annimmt²³⁸⁾, daß das ABGB. in den Fällen, in welchen

²³¹⁾ Ofner II 334.

²³²⁾ Ofner II 496 zu § 25.

²³³⁾ Einen entscheidenden materiellrechtlichen Einfluß des preußischen Landrechtes (vgl. Saxl u. Kornfeld, Quellenausgabe zu § 26) darf man daher nicht annehmen. Schon im *Codex Theresianus* werden die erlaubten Gesellschaften als juristische Personen behandelt; nur hatte man von der Normierung Abstand genommen, da man dies für eine polizeilich-politische Angelegenheit hielt Vgl. oben zu Anm. 213, 216.

²³⁴⁾ 313 f.

²³⁵⁾ „Die Rechte der Mitglieder einer erlaubten Gesellschaft unter sich werden durch den Vertrag oder Zweck und die besonderen für dieselben bestehenden Vorschriften bestimmt. Im Verhältnisse gegen andere genießen erlaubte Gesellschaften in der Regel gleiche Rechte mit den einzelnen Personen. Unerlaubte Gesellschaften haben also keine Rechte, weder gegen die Mitglieder, noch gegen andere, und sie sind unfähig, Rechte zu erwerben. Unerlaubte Gesellschaften sind aber“ usw.

²³⁶⁾ Zeiller, Kommentar I 129, Schuster, Kommentar I 345 f., „jede erlaubte Gesellschaft ist eine juristische Person“, Lemayer, GZ. (Wien) 1869 S. 137, „daß dort, wo die Assoziierten die von ihnen gewollte und gegründete juristische Person auch mit eigenem Vermögen ausstatten, das objektive Recht diesen Gründungswillen sofort anerkennt“, Stubenrauch, Kommentar I⁸ 69 Anm. 2 zu § 26, Krainz 203, Till a. a. O. 210 Z. 1, M. Burckhard, System II S. 84, Hruza in Mischler u. Ulbrich, Österreich. Staatswörterbuch unter „Juristische Personen“, Bd. II, 1 (1896) S. 197, 2, v. Zoll a. a. O. 216, Pfersche, Grundriß des österreich. Rechtes in systematischer Bearbeitung I, 2 Allgemeine Lehren S. 20, 21.

²³⁷⁾ Auf die deutschrechtliche Genossenschaftstheorie und deren Bedeutung für die modernen Rechte kann hier nicht eingegangen werden. Vgl. darüber Unger 330 Anm. 12, S. 336 Anm. 23, Krainz 203 Anm. 68, 69. Mit Recht betont neuestens Mitteis, Römisches Privatrecht I (1908) 339 Anm. 1. a. E.: „Der Gegensatz zwischen römischem und deutschem Korporationsrecht ist daher nur ein scheinbarer.“

²³⁸⁾ Vgl. oben zu Anm. 201, auch Unger 319.

es nur „den ursprünglichen Ausgangspunkt und Keim eines Rechtsinstitutes herausnimmt“, „die ganze damalige gemeinrechtliche Theorie sich aneignen wollte“, so hält konsequenterweise Unger alle gemeinrechtlichen Sätze über die Korporation für rechtsverbindlich. Zu diesen gemeinrechtlichen Sätzen zählt er auch den bekannten Rechtsatz Ulpian's (*lib. X ad edictum in 7 § 1 D 3, 4*) *nec quod debet universitas singuli debent*, welchen er dahin versteht, daß die Korporation für ihre Schulden lediglich mit dem Korporationsvermögen haftet.²³⁹⁾ Da nun diese beschränkte Haftung für die Schulden nicht allen korporativen Personenmehrheiten zusteht, so sucht Unger die Schwierigkeit damit zu lösen, daß er von der Korporation als besonderes Gebilde scheidet „Die Gesellschaften mit formeller (kollektiver) Personenmehrheit“, zu welchen letzteren er die Handelsgesellschaften, Aktiengesellschaften, soziale Vereine u. a. rechnet.²⁴⁰⁾ Zwar hat Unger später diese Unterscheidung zurückgenommen²⁴¹⁾; aber eine andere Lösung der Schwierigkeit ist nicht gegeben. Zwar geht Unger nicht so weit, wie später Laband²⁴²⁾ gegangen ist, welcher die beschränkte Schuldenhaftung für das wesentliche Merkmal der Korporation hält, und alle Gebilde, welche die beschränkte Schuldenhaftung nicht aufweisen, aus der Reihe der Korporationen ausschließen will, also z. B. auch die modernen Erwerbsgenossenschaften mit beschränkter, bzw. unbeschränkter Haftpflicht; vielmehr räumt Unger²⁴³⁾ ein, daß eine subsidiäre persönliche Haftung der Korporationsmitglieder mit dem Wesen der Korporation sehr wohl vereinbar ist. Damit ist der prinzipielle Standpunkt Ungers freilich nicht geändert; soweit besondere gesetzliche Bestimmungen nicht eingreifen, haftet jede Korporation für ihre Schulden ausschließlich mit dem Korporationsvermögen.²⁴⁴⁾ Auch Krainz-Pfaff-Ehrenzweig²⁴⁵⁾ verwerfen zwar die Unterscheidung zwischen eigentlichen und uneigentlichen juristischen Personen und nehmen nur zwei Formen der Personenmehrheiten an,

²³⁹⁾ 323, 329 Anm. 7.

²⁴⁰⁾ 324, 330 f.

²⁴¹⁾ Zur Lehre von den juristischen Personen, Kritische Übersicht der deutschen Gesetzgebung und Rechtswissenschaft VI (München 1859) 147 f., 180. Vgl. auch Krainz 203 Anm. 67.

²⁴²⁾ Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht XXX (1884) 497 f.

²⁴³⁾ 335 Anm. 19. Vgl. auch Stubenrauch, Kommentar I⁸ S. 68 Anm. 1 ad b zu § 26.

²⁴⁴⁾ Dieser Standpunkt ist in der gemeinrechtlichen Theorie fast allgemein gebilligt. Vgl. v. Savigny, System II 295, Windscheid-Kipp, Pandekten I⁸ § 58 Anm. 3, Bekker, Pandekten I S. 248 lit. γ, Brinz, Pandekten II² S. 794 Anm. 73—75.

²⁴⁵⁾ 200 f.

nämlich die Korporation²⁴⁶⁾ und die Gesellschaft (*societas*)²⁴⁷⁾; behaupten aber, daß die Mitglieder der Korporation für die Korporationsschulden nicht einmal subsidiär haften.²⁴⁸⁾ Auf das Argument der Verfasser, daß die beschränkte Haftung für die Schulden ausschließlich mit dem Korporationsvermögen durch die positive Gesetzgebung für die Korporationen festgelegt worden²⁴⁹⁾ ist, soll alsbald in anderem Zusammenhang zurückgekommen werden.²⁵⁰⁾ Till²⁵¹⁾ hält für das wesentliche Merkmal der Korporation die „Einheit“ nach außen und nach innen. Als weitere Grundform für Assoziationen nimmt er die Gesellschaft (*societas*) an.²⁵²⁾ Daß die Haftung für Korporationsschulden lediglich mit dem Korporationsvermögen aus dem Wesen der Korporation folge, erwähnt der Verfasser nicht und spricht sich über diese Frage überhaupt nicht aus. Zoll²⁵³⁾ sieht den wesentlichen Unterschied zwischen der Korporation und der Gesellschaft (*societas*) in der Rechtsfähigkeit der ersteren als Einheit. Jedoch begnügt sich der Verfasser mit diesen beiden Grundformen für Personenmehrheiten nicht, sondern nimmt verschiedene Zwischenformen an, welche sich bald der Korporationsform, bald der Gesellschaftsform nähern.²⁵⁴⁾ Daß aus dem Wesen der Korporation die Haftung ausschließlich mit dem Korporationsvermögen folge, behauptet der Verfasser nicht; und spricht sich über diese Frage nicht aus.

Alle diese Schwierigkeiten in der Auslegung des § 26

²⁴⁶⁾ Unter welche sie zutreffend trotz der ungenauen Ausdrucksweise der Gesetzgebung auch die schlichten „Vereine“ stellen (S. 199/200, 203/204). So auch M. Burckhard, System II 84.

²⁴⁷⁾ Über den Begriff der „Gesellschaft“ im österreichischen Privatrecht vgl. P. u. H. 55 Anm. 290, Krainz 199 f., v. Zoll a. a. O. 216. Sowohl das ABGB. als auch die spätere Gesetzgebung halten sich nicht an eine feste Terminologie und sprechen mitunter von „Gesellschaft“, wo man die Bezeichnung „Korporation“ oder ähnliches erwartet hätte. Dadurch sind viele Schwierigkeiten entstanden, und man stritt lange und streitet zum Teil noch heute, ob z. B. die Aktiengesellschaften den Korporationen oder besonders gearteten „Gesellschaften“ zuzurechnen seien. Vgl. Doliński, *Austryackie prawe akcyjne* (Österreich. Aktienrecht) I (1903) S. 103 f., Till a. a. O. 215 Anm. 3. Zutreffend übersetzt Till a. a. O. 210 Anm. 1 den Ausdruck „Gesellschaft“ mit „społeczność“, und legt dem Ausdruck einen Sinn bei, welchen er z. B. in der Verbindung: die staatliche „Gesellschaft“, die „Gemeindegesellschaft“ u. a. hat.

²⁴⁸⁾ 201 Anm. 58.

²⁴⁹⁾ 201 Anm. 58 unter Berufung auf das österreichische Reichsgesetz vom 27. April 1902 Nr. 91 über die Berufsgenossenschaften der Landwirte § 12 Abs. 2.

²⁵⁰⁾ Unten zu Anm. 276.

²⁵¹⁾ a. a. O. 213, 215 Anm. 3.

²⁵²⁾ a. a. O. 214 f.

²⁵³⁾ a. a. O. 214.

²⁵⁴⁾ a. a. O. 215, 216.

ABGB. werden beseitigt, wenn wir zur Erläuterung das klassische römische Recht heranziehen. Hier kommen die leitenden Ideen des römischen Rechtes, welche in der gemeinrechtlichen Doktrin vielfach dunkel oder gar falsch ausgelegt werden, meistens viel klarer zum Ausdruck.²⁵⁵⁾

Das klassische römische Recht weist aber folgenden leitenden Gedanken in der Begriffsbestimmung der Korporation auf. Zum Wesen der Korporation gehört eine Personenmehrheit, welche als Einheit auftreten will, und eine statutarische²⁵⁶⁾, der Gemeindeorganisation nachgebildete Organisation dieser Personenmehrheit auf Grund eines gemeinschaftlichen Vermögens, einer gemeinschaftlichen Kasse und eines Organes (Vorstand), welches den einheitlichen Willen der Personenmehrheit verlautbart.²⁵⁷⁾ Sind diese Voraussetzungen vorhanden, so liegt eine Korporation, und damit eine juristische Person vor uns. Damit erlangt die Personenmehrheit Rechts- und Handlungsfähigkeit als Einheit.²⁵⁸⁾ Die Personenmehrheit kann als Einheit Vermögen haben, Berechtigungen und Verbindlichkeiten eingehen, klagen und beklagt werden. Mehr folgt aus dem Wesen der Korporation nicht. Insbesondere folgt aus dem Wesen der Korporation nicht, daß für die Schulden der Korporation ausschließlich das Korporationsvermögen haftet, und daß die Mitglieder der Korporation nicht zu Nachschüssen zwecks Deckung der Korporationsschulden angehalten werden können.²⁵⁹⁾ Der bekannte Ausspruch Ulpians, *lib. X ad*

²⁵⁵⁾ Auf die verhängnisvollen Konsequenzen der verschwommenen gemeinrechtlichen Theorie weist bereits Unger 320 Anm. 17, 18, S. 322 Anm. 22 in durchschlagender Weise hin.

²⁵⁶⁾ Aus Gaius *lib. IV ad legem duodecim tabularum* (4 D 47, 22) folgt allerdings nicht, wie Mitteis, *Röm. Privatr. I* 395¹⁷ zutreffend bemerkt, daß zur Zeit der zwölf Tafeln Vereinsfreiheit bestand, wohl aber darf man daraus schließen, daß von jeher ein Statut zum Wesen der Korporation gehörte. Vgl. Pernice, *Labeo I* 292, 6. Nebenbei sei aber bemerkt, daß auch Mitteis a. a. O. 395²⁰ auf Grund der Gesamtheit unseres Materials der herrschenden Ansicht beipflichtet, wonach in republikanischer Zeit freie Korporationsbildung bestanden hat.

²⁵⁷⁾ Dies bringt sehr deutlich zum Ausdruck die bekannte Begriffsbestimmung der Korporation bei Gaius *lib. III ad edict. provinciale* (1 § 1 D. 3, 4). *Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat.*

²⁵⁸⁾ Über die historische Entwicklung der Rechtsfähigkeit der Korporation vgl. Mitteis a. a. O. 398 f., welcher (402) annimmt, daß die Erlangung der Rechtsfähigkeit schon mit der Entstehung der Korporation erst seit Markus Aurelius geltendes Recht war.

²⁵⁹⁾ Pernice, *Labeo I* 296, 11, Mitteis a. a. O. I 346: „Nach innen aber müssen sozietätsähnliche Grundsätze bestanden haben.“

edictum (7 § 1 D. 3, 4) *Si quid universitati debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitatis singuli debent* besagt nur, daß die Einnahmen und Ausgaben von der gemeinschaftlichen Kasse eingenommen und gezahlt werden, und daß den Mitgliedern der Korporation dies nicht obliegt.²⁶⁰⁾ Wie im römischen Rechte die Sache praktisch gehandhabt wurde, wenn das Korporationsvermögen zur Deckung der Schulden nicht ausreichte, im Statut aber eine Nachschußpflicht der Mitglieder nicht festgesetzt war, und auch der Vorstand einen diesbezüglichen Beschluß nicht herbeiführen wollte oder konnte, darüber haben wir leider keine direkte Antwort in den Quellen. Möglich ist, daß darüber „sozietätsähnliche Grundsätze“²⁶¹⁾ herrschten, möglich auch, daß administratives Kognitionsverfahren zur Anwendung kam²⁶²⁾, möglich endlich, daß die Gläubiger sich persönlich an den Vorstand halten konnten.²⁶³⁾ Es gibt also im klassischen römischen Recht nur zwei Grundformen für gemeinschaftliches Handeln von Personenmehrheiten, nämlich die Korporation, d. i. die Personenmehrheit als Einheit, und die Gesellschaft (*societas*), d. i. die Personenmehrheit als gemeinschaftliche Vielheit.²⁶⁴⁾ Beide Grundformen können natürlich die verschiedenartigsten Spezies als Unterarten der einen oder der anderen Grundform aufweisen.²⁶⁵⁾

Legen wir diese durch das klassische römische Recht gewonnene Erläuterung für die Auslegung des § 26 ABGB. zu Grunde, so erhalten wir folgenden, von allen Unklarheiten befreiten Standpunkt' des ABGB. Das Gesetzbuch kennt nur zwei Grundformen für gemeinschaftliches Handeln von Personenmehrheiten, nämlich die Korporation, d. i. die Personenmehrheit als Einheit, als juristische Person (§ 26), und die Gesellschaft (*societas*),

²⁶⁰⁾ Mitteis a. a. O. I 345 bemerkt von dem Ausspruche, daß er „nur die formale Einheit der Korporationen im Verhältnis zu Dritten zum Ausdruck bringt und die Frage nach der Gestaltung des internen Verhältnisses durchaus offen läßt“. Vgl. auch Mommsen, Abriß des römischen Staatsrechtes 267.

²⁶¹⁾ Mitteis a. a. O. I 346, 405 f. (von den *societates publicanorum*, welche zwar nicht immer Korporationen waren, aber es sein konnten).

²⁶²⁾ Vgl. Mitteis a. a. O. I 347 Anm. 21.

²⁶³⁾ Vgl. Mitteis a. a. O. I 402 u. 383 Anm. 21. 24.

²⁶⁴⁾ Pernice, Labeo I 292¹²⁾: „Ist aber dieses die Wesenheit des Kollegiums, so müssen wir die feine Unterscheidung zwischen Kollegien mit ‚juristischer Persönlichkeit‘ und ohne solche erklärlicherweise fallen lassen.“

²⁶⁵⁾ Von der *societas* ist dies bekannt. Daß auch die Korporation in Rom verschiedene species hatte, darauf scheinen die verschiedenen Bezeichnungen (*societates*, *collegia*, *sodalicia* u. dergl. Vgl. Mitteis a. a. O. I 390 f.) hinzuweisen.

d. i. die Personenmehrheit als gemeinschaftliche Vielheit (§ 1175 ff.). Die Gesellschaft weist verschiedene Arten dieser Assoziierungsform auf (§ 1176).²⁶⁶⁾ Auch die Korporation hat die verschiedensten Unterarten. Wesentlich für die Korporation ist lediglich, daß in erlaubter Weise eine Personenmehrheit sich verbindet, um als Einheit zur Erreichung bestimmter Zwecke aufzutreten, und dies in einer statutarischen Organisation zum Ausdruck bringt. Jede solche Personenmehrheit ist juristische Person, und kann als solche Vermögen haben, klagen und beklagt werden, durch ihre statutarischen Organe Rechtsgeschäfte abschließen, soweit letztere nicht der physischen Person ausschließlich zustehen, z. B. die familienrechtlichen Geschäfte.²⁶⁷⁾ Mehr folgt aus dem Wesen der Korporation nicht. Insbesondere folgt nicht daraus, als ob mit dem Korporationscharakter eine subsidiäre Haftung der Mitglieder für die Schulden der Korporation unverträglich sei. Es gibt als Unterarten der Korporation solche Korporationen, in denen kraft Gesetzes oder gemäß ihrer Zwecke die Mitglieder lediglich mit ihren Anteilen haften, so daß für die Schulden der Korporation ausschließlich das aus den Anteilen der Mitglieder hervorgegangene Korporationsvermögen haftet; dies gilt z. B. von den Aktiengesellschaften.²⁶⁸⁾ Es gibt Korporationen, in denen kraft Gesetzes oder statutarischer Bestimmung der Korporation eine Nachschußpflicht der Mitglieder besteht, sofern das vorhandene Korporationsvermögen zur Schuldendeckung nicht ausreicht; dies gilt z. B. von den Erwerbsgesellschaften auf Grund neuerer Gesetzgebung.²⁶⁹⁾ Es gibt weitere Arten von Korporationen, bei welchen nicht die Haftfrage das charakteristische Merkmal bildet, sondern welche mit Rücksicht auf die Verschiedenheiten ihrer Zwecke und Mittel besonderen gesetzlichen Normierungen unterworfen sind; dies gilt z. B. von den

²⁶⁶⁾ Hier ist zu erwähnen, daß in manchen Punkten eine bestimmte Gesellschaftsform eine rechtliche Stellung genießen kann, wie solche prinzipiell nur der Korporation zukommt, so z. B. die offene Handelsgesellschaft, worüber vgl. Krainz 205 Anm. 81, Stubenrauch, Kommentar I S. 69¹.

²⁶⁷⁾ Vgl. Unger 340 Anm. 35, S. 341 Anm. 46 f., Krainz 210, 215 f., Stubenrauch, Kommentar I⁸ S. 74 Anm. 2, Till a. a. O. 224, 226 Anm. 7, v. Zoll a. a. O. 217 (auf eine Erörterung streitiger Fragen kann natürlich hier nicht eingegangen werden). Aus besonderen Gründen kann natürlich eine weitere Beschränkung durch das Gesetz bestimmt werden: vgl. Unger 342 Anm. 50, Krainz 211 Anm. 18. Und andererseits ist eine Begünstigung möglich: vgl. Unger 342 Anm. 51, Krainz 210/211.

²⁶⁸⁾ Vgl. Krainz 204

²⁶⁹⁾ Namentlich den Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Vgl. Doliński, *Austryackie prawo spółek z ograniczoną odpowiedzialnością* (Das österreich. Recht der Gesellschaft mit beschränkter Haftung) 1908 S. 24 f.

Kreditanstalten, Versicherungsunternehmungen u. dgl.²⁷⁰⁾ Die einfachste Form der Korporation stellen die schlichten Vereine vor, für welche besondere Bestimmungen die Vereinsgesetze vom 26. November 1852, Nr. 253 und vom 24. November 1867, Nr. 134 enthalten. Die Haftung des Vereines für die Schulden lediglich mit dem Vereinsvermögen — es sei denn, daß statutarisch etwas anderes bestimmt ist — folgt nicht aus dem Korporationscharakter des Vereines, sondern aus der Natur des schlichten Vereines. Wer einem schlichten Vereine als Mitglied beitrifft, will sich an dem korporativen Bestreben lediglich mit bestimmten Beiträgen beteiligen. Über die Mittel des Vereines muß im Statut ausdrücklich Aufklärung gegeben sein (§ 4 Ges. vom 24. Nov. 1867). Die Gläubiger haben daher Möglichkeit, sich über die Leistungsfähigkeit des Vereines zu informieren. Ihre Stellung ist nicht mehr gefährdet als bei der Krediterteilung an Einzelpersonen. Jedem haftet der Vorstand persönlich, soweit ihn ein Verschulden trifft, etwa wegen Kompetenzüberschreitung, wegen Erteilung falscher Information über die Vermögenslage des Vereines u. dgl. Unerlaubte Vereine haben die Korporationseigenschaft nicht, da sie nach § 26 ABGB. nicht rechtsfähig sind²⁷¹⁾; sie unterliegen der Auflösung, und über das Vermögen eines aufgelösten Vereines entscheiden gesetzliche Maßregeln²⁷²⁾: sie müssen rechtlich als Gesellschaft (*societas*) aufgefaßt werden²⁷³⁾, jedoch mit der durch Gesetz²⁷⁴⁾ bestimmten Einschränkung, daß das Vermögen des aufgelösten Vereines nicht Miteigentum der Mitglieder ist, sondern der Verfügung durch gesetzliche Maßregeln unterliegt.²⁷⁵⁾ Die Haftung der Korporation für die

²⁷⁰⁾ Natürlich braucht hier nicht immer eine Korporation vorzuliegen. Vgl. Stubenrauch, Kommentar I S. 69 Anm. 4.

²⁷¹⁾ „Unerlaubte Gesellschaften haben als solche keine Rechte, weder gegen die Mitglieder noch gegen andere, und sie sind unfähig, Rechte zu erwerben.“ Vgl. Zeiller, Kommentar I 130 Z. 4, Krainz 217/218, Stubenrauch, Kommentar zu §§ 26, 27, S. 71 Anm. 1.

²⁷²⁾ Vereinsgesetz vom 24. November 1867 §§ 24, 27.

²⁷³⁾ Diese Auffassung vertritt auch das bürgerliche Recht für das Deutsche Reich, jedoch anerkennt es die passive Klaglegitimation eines unerlaubten Vereins. Vgl. BGB. § 54 und Neumann, Handausgabe des BGB. zu § 54, Endemann, Einführung in das Studium des BGB. I § 44, III a. E.

²⁷⁴⁾ Vereinsgesetz vom 24. November 1867 § 27: „Bezüglich des Vereinsvermögens“ eines aufgelösten Vereins sind „angemessene gesetzmäßige Vorkehrungen einzuleiten“. Dies gilt natürlich nur von den aufgelösten unerlaubten Vereinen, nicht von den aufgelösten erlaubten Vereinen, worüber zu vergleichen ist Unger 346 Anm 68 f., Krainz 219, 220.

²⁷⁵⁾ Vgl. Krainz 222 f. Das klassische römische Recht nahm in dieser Hinsicht eine andere Stellung ein und ließ das Vermögen eines aufgelösten unerlaubten Vereins unter die Mitglieder aufteilen; Marcian lib. II *iudiciorum publi-*

Korporationsschulden lediglich mit dem Korporationsvermögen, ist somit nicht ein wesentliches Merkmal der Korporation als solcher — wo eine solche beschränkte Haftung rechtsverbindlich ist, beruht dies entweder auf besonderen gesetzlichen Bestimmungen oder folgt aus der besonderen Natur der betreffenden Korporation und ist durch die gerichtliche Praxis, bzw. das Gewohnheitsrecht anerkannt. Gegen diese Auffassung könnte man einwenden, daß die neuere Gesetzgebung die ausschließliche Haftung mit dem Korporationsvermögen aus dem Wesen der Korporation ableite, und daß daher *de lege lata* dies maßgebend sei. Hierauf stützen sich Krainz-Pfaff-Ehrenzweig²⁷⁶⁾, indem sie sich zur Erhärtung ihrer Ansicht, daß die Korporationsmitglieder für die Schulden der Korporation auch nicht einmal „subsidiär“ haften, berufen auf § 12, Abs. 2 des Reichsgesetzes vom 27. April 1902 (Nr. 91), betreffend die Errichtung von Berufsgenossenschaften der Landwirte, wo bestimmt wird: „Für die Verbindlichkeiten der Berufsgenossenschaft haftet nur die Genossenschaft als juristische Person.“ Aus diesen Worten des Gesetzes ergibt sich zweifellos, daß das Gesetz der wissenschaftlichen Ansicht huldigt, wonach die ausschließliche Haftung mit dem Korporationsvermögen aus dem Wesen der Korporation als juristischen Person folgt. Aber wissenschaftliche Ansichten des Gesetzes sind nicht rechtsverbindlich; rechtsverbindlich sind nur die Gebote und Verbote des Gesetzes. In der angegebenen Bestimmung des Gesetzes liegt nun zweifellos das Gebot, daß die durch das Gesetz normierten Genossenschaften der Landwirte für die Korporationsschulden ausschließlich mit dem Korporationsvermögen haften, und dies Gebot des Gesetzes ist natürlich rechtsverbindlich.²⁷⁷⁾ Diese normierte Haftung beruht also auf positiver Rechtsvorschrift; einer Berufung darauf, daß dies aus dem Wesen der juristischen Person folge, bedurfte es nicht; es ist daher diese Berufung ohne jede rechtliche Bedeutung und lediglich eine überflüssige Äußerung einer wissenschaftlichen Auffassung. Rechtsverbindlich also ist nur, daß die durch das Gesetz normierten Genossenschaften der Landwirte unter jene Unterart der Korporation fallen, bei welcher eine Haftung lediglich mit dem Korporationsvermögen besteht. In analoger Weise sind die

corum (3 D. 47, 22) *Collegia si qua fuerint illicita — dissolvuntur: sed permittitur eis, cum dissolvuntur, pecunias communes si quas habent dividere pecuniamque inter se partiri.*

²⁷⁶⁾ 201 Anm. 58.

²⁷⁷⁾ Im § 13 ist die Verpflichtung der Genossenschafter gegenüber der Genossenschaft zwecks Aufbringung der erforderlichen Mittel eingehend normiert. Auch hieraus ergibt sich der klare Wille des Gesetzes, daß die Genossenschafter darüber hinaus zur Deckung der Genossenschaftsschulden nicht herangezogen werden sollen

sonstigen Gesetze in allen jenen Fällen auszulegen, in welchen das Gesetz die Haftung in dieser oder jener Weise aus dem Vorliegen, bzw. Nichtvorliegen einer juristischen Person ableitet, was an dieser Stelle nicht durchgeführt werden kann.

XXI. Es kommt nunmehr darauf an festzustellen, welches Resultat aus der erläuternden Heranziehung des klassischen römischen Rechtes für die juristische Formulierung der Stellung des römischen Rechtes im ABGB. gewonnen wird. Wir haben gesehen, was auch allgemein angenommen wird²⁷⁸⁾ daß das ABGB. im § 26 die leitende Idee des römischen Rechtes bezüglich des Korporationsbegriffes angenommen hat. Diese leitende Idee des römischen Rechtes kommt aber am klarsten nicht im gemeinen Rechte oder im Justinianischen Rechte, sondern im klassischen römischen Rechte zum Ausdruck. Es fragt sich nun weiter, welcher juristische Zusammenhang zwischen dem ABGB. und dem klassischen römischen Rechte besteht. Das römische Recht ist im ABGB. in keiner Weise rechtsverbindlich.²⁷⁹⁾ Hat das ABGB. in unserer Frage die leitende Idee des klassischen römischen Rechtes angenommen, so ist damit diese leitende Idee zur leitenden Idee des ABGB. geworden. Aber da inhaltlich diese leitende Idee des ABGB. mit der leitenden Idee des klassischen römischen Rechtes identisch ist, so ist es klar, daß wir uns über den Inhalt der leitenden Idee im ABGB. am besten informieren, wenn wir den Inhalt der leitenden Idee im klassischen römischen Rechte erforschen. Den Inhalt der leitenden Idee im ABGB. erforschen wir somit am besten, wenn wir die leitende Idee im klassischen römischen Rechte vergleichend heranziehen. Durch den Vergleich mit dem klassischen römischen Rechte wird in diesem Falle das ABGB. am besten ausgelegt. Das Resultat ist: **das klassische römische Recht ist vergleichendes Auslegungsmittel des ABGB. in dem Falle, wo die leitende Idee des römischen Rechtes von dem ABGB. angenommen worden ist.** Das klassische römische Recht ist nicht rezeptives Auslegungsmittel des ABGB., denn das römische Recht ist durch das ABGB. nicht rezipiert und nicht als römisches Recht verbindlich. Aber der Vergleich mit dem klassischen römischen Rechte gibt uns Auskunft über den Sinn des ABGB. Das klassische römische Recht ist also voll und ganz Auslegungsmittel des ABGB., denn durch das klassische römische Recht werden wir über den Sinn des ABGB. unterrichtet. Es besteht somit ein juristischer Zusammenhang zwischen dem klassischen römischen Rechte und dem ABGB. Dieser juristische

²⁷⁸⁾ Vgl. oben Anm. 236.

²⁷⁹⁾ Vgl. oben Nr. I.

Zusammenhang hat zur Grundlage den tatsächlichen Zusammenhang, welcher darin besteht, daß inhaltlich eine leitende Idee des römischen Rechtes von dem ABGB. angenommen worden ist. In allen Fällen somit, in welchen dieser tatsächliche Zusammenhang zwischen dem römischen Rechte und dem ABGB. besteht, in allen diesen Fällen besteht auch ein juristischer Zusammenhang zwischen dem klassischen römischen Rechte und dem ABGB., in allen diesen Fällen ist das klassische römische Recht vergleichendes Auslegungsmittel des ABGB. Natürlich ist das klassische römische Recht nur so weit vergleichendes Auslegungsmittel des ABGB., als die leitende Idee des römischen Rechtes von dem ABGB. angenommen worden ist. Denn es ist nicht ausgeschlossen, daß eine leitende Idee des klassischen römischen Rechtes nur teilweise von dem ABGB. angenommen worden ist. Es ist also in jedem Falle zunächst der tatsächliche Zusammenhang zwischen dem römischen Rechte und dem ABGB. festzustellen, d. h. es ist zu fragen, inwieweit und in welchen Grenzen eine leitende Idee des klassischen römischen Rechtes von dem ABGB. übernommen worden ist: in denselben Grenzen besteht auch ein juristischer Zusammenhang zwischen dem klassischen römischen Rechte und dem ABGB. Dieser juristische Zusammenhang besteht lediglich darin, daß das klassische römische Recht vergleichendes Auslegungsmittel des ABGB. ist; denn mit der Übernahme der leitenden Idee des römischen Rechtes ist diese eine leitende Idee des ABGB. geworden, welche in ihrer weiteren Entwicklung, sei es schon im ABGB., sei es in der nachfolgenden Gesetzgebung, ihre eigenen Wege geht. Das klassische römische Recht ist nur der Wegweiser für das Verständnis des ABGB., welcher uns davor bewahrt, daß wir nicht auf einen falschen Weg geraten: und wir Juristen wissen nur zu gut, welche verhängnisvollen Konsequenzen es haben kann, wenn wir in Recht und Rechtsanwendung auf falsche Wege geraten.²⁸⁰⁾ Die dem römischen Rechte entnommene leitende Idee wird mit der Übernahme durch das ABGB. zur leitenden Idee des ABGB. und geht in ihrer weiteren Entwicklung ihre eigenen Wege. Das ist aber nicht das gemeine Recht, denn das gemeine Recht besteht aus der Vermischung römischer und einheimischer, bzw. moderner Rechtsideen. In der weiteren Entwicklung müssen wir daher das reine römische Recht ausscheiden und dürfen die weitere Entwicklung im gemeinen Rechte

²⁸⁰⁾ Zu welchen verhängnisvollen Konsequenzen die gemeinrechtliche Doktrin durch das Betreten eines falschen Weges in der Korporationslehre gekommen ist, illustriert in meisterhafter Weise Unger 320 Anm. 17, 18, S 322 Anm. 22.

nur so weit verfolgen, als es sich um die Entwicklung auf Grund heimischer oder moderner Rechtsideen handelt. Das gemeine Recht in seiner Totalität hat keine Bedeutung für das ABGB., was an einem weiteren Beispiele²⁸¹⁾ dargetan werden soll.

XXII. Einige kurze Erörterungen müssen noch der Frage gewidmet werden, weshalb das klassische römische Recht, und nicht das Justinianische Recht die Stellung als vergleichendes Auslegungsmittel des ABGB. genießt. Man könnte einwenden, daß bei der Rezeption des römischen Rechtes doch das Justinianische Recht (das *Corpus iuris civilis*), und nicht das klassische römische Recht zu Grunde gelegt worden ist.²⁸²⁾ Betrachten wir aber das *Corpus iuris civilis* näher, so ist es nichts weniger als Justinianisches Recht; es ist vielmehr durch Interpolationen und sonstwie verdorbenes klassisches römisches Recht. Die Institutionen Justinians sind eine Überarbeitung von Gaius Institutionen. Die Digesten enthalten eine durch Interpolationen verdorbene Wiedergabe des klassischen römischen Rechtes. Der Kodex enthält überwiegend Konstitutionen aus der klassischen Zeit. Die Justinianische Kodifikation ist als Ganzes wohl überhaupt niemals ein praktisch rechtsverbindliches Gesetzbuch gewesen. Das Justinianische Recht, d. h. das zur Zeit Justinians im oströmischen Reiche geltende Recht hat eine ganz andere Gestalt gehabt, was ein Blick auf die Scholien der Byzantiner erhärtet. Die byzantinischen Scholiasten haben bekanntlich ihre Scholien im Anschluß an die Justinianische Kodifikation geschrieben²⁸³⁾; nachträglich sind die Scholien zur Erläuterung in die Basiliken aufgenommen worden. Die Scholien enthalten somit das zur Zeit Justinians geltende Recht. Vergleichen wir nun das in der Justinianischen Kodifikation enthaltene Recht mit dem in den Scholien enthaltenen Rechte, so macht es den Eindruck, als ob die Scholiasten das in der Justinianischen Kodifikation enthaltene Recht als klassisches

²⁸¹⁾ Vgl. unten Nr. XXV.

²⁸²⁾ Dies betont Litten a. a. O. 16: „Hier gilt es äußerstenfalls bis zum Recht der justinianischen Kodifikation zurückzugehen als der weitestmöglichen Grenze desjenigen Stoffgebietes, welches für die Rezeption des römischen Rechtes in Deutschland und damit für jede maßgebliche dogmengeschichtliche Entwicklung allein in Frage kommen kann. Insofern interessiert uns auch das Gesetzbuch Justinians als systematisches Ganzes, aber weder als Objekt einer *duplex interpretatio* noch der Jagd nach Interpolationen.“ Für die weitere Entwicklung anerkennt der Verf. (50 f.) natürlich „die italienische Jurisprudenz und einheimische Rechtsgedanken“.

²⁸³⁾ Vgl. Rudorff, Röm. Rechtsgesch. I (1857) 356 f., Heimbach, Über den Nutzen der Basiliken und der sog. alten Scholien für die Kritik des Digestentextes, Zeitschrift für Rechtsgeschichte II (1863) 337 f., Baron, Kondiktionen (1881) 100 Anm. 16—18.

Recht der ersten Jahrhunderte betrachten und nunmehr bemüht sind, den Übergang zwischen diesem in der Kodifikation enthaltenen klassischen Rechte und dem zur Zeit Justinians wirklich praktischen Rechte zu finden. Daß die Scholiasten das klassische Recht kennen, ist wiederholt hervorgehoben worden²⁸⁴); ebenso daß sie den Übergang zwischen dem klassischen Rechte und dem Justinianischen Rechte zu finden suchen.²⁸⁵) Darzulegen wäre noch, daß den Scholiasten die Justinianische Kodifikation nicht als das zur Zeit Justinians praktische Recht erscheint, sondern als eine Verarbeitung des klassischen Rechtes der ersten drei Jahrhunderte n. Chr. Eine Darlegung im einzelnen kann hier unmöglich gegeben werden. Aber wenn wir den Inhalt der Scholien mit dem Inhalte der Justinianischen Kodifikation vergleichen²⁸⁶), so bemerken wir einmal, daß immerhin zahlreiche Bestimmungen des *Corpus iuris* von den Scholiasten übergegangen sind, offenbar doch wohl, weil diese Bestimmungen nicht mehr praktisch geltendes Recht waren. Sodann bemerken wir aber auch, daß, wo die Scholiasten einen Text des *Corpus iuris* kommentieren, der Kommentar in seinem rechtlichen Inhalte nicht unerheblich von dem im *Corpus iuris* enthaltenen Rechte abweicht.²⁸⁷) Erwägen wir weiter, daß die Scholien nicht zu den einzelnen Stellen des *Corpus iuris*, sondern zu den ganzen Titeln desselben geschrieben waren²⁸⁸), so erhalten wir in der Zusammenfassung sämtlicher Scholien das zur Zeit Justinians geltende Recht, oder vielmehr ein Kompendium, eine Summa, des zur Zeit Justinians geltenden Rechtes, wie denn das Vorkommen solcher Summae im Orient uns bezeugt ist.²⁸⁹) Ein Vergleich der Summa der Scholien mit der Justinianischen Kodifikation muß aber die Abweichungen der Scholien von dem Rechte des *Corpus iuris* noch deutlicher hervortreten lassen. So steht

²⁸⁴) Erman, Beiträge zur *Publiciana*, Zeitschrift d. Savigny-Stift. XIII (1892) 223, 224, sowie: *Conceptio formularum*, ebenda XIX 305, sowie: D. 44, 2, 21, § 4 *Etudes de droit classique et byzantin* (Mélanges Ch. Appleton. Lyon 1903) 213 f., 256 f. Costa, *Corso di storia del diritto romano* I (1901) 116 f. Jobbé-Duval, *Nature de la querelle inofficiosi testamenti*. (Mélanges Fitting, Montpellier 1908) 5 f., 15 f., 21 f. Vgl. auch Ferrini, *Storia delle fonti del diritto romano* (1885) 132 f.

²⁸⁵) Pernice, Ilario Alibrandi, Zeitschrift d. Savigny-Stiftung XVIII (1897) 233 f.

²⁸⁶) Ein durchgeführter Vergleich wäre eine verdienstliche Aufgabe, wie schon Ermann 44, 2, 21 § 4 a. a. O. 212 Anm. 1 hervorhebt.

²⁸⁷) Vgl. z. B. Sch. 1 zu Pomp. 7 D 12, 6 (Bas. XXIV 6 c. 7 ed. Heimbach III 30) oder die Scholien zu tit. D 2, 14 *de pactis* (Bas. XI, 1).

²⁸⁸) Heimbach, *Basilicorum libri LX, praefatio* p. XII.

²⁸⁹) Vgl. Ferrini, *Storia delle fonti* (1885) 141. In der Glossatorenzeit gewann diese Literaturform eine neue spezifische Gestalt: Fitting, Die systematischen Lehr- und Handbücher (Summae) des römischen Rechtes im Zeitalter der Glossatoren, Blätter für die vergleichende Rechtswissenschaft II (Berlin 1906) 87 f.

denn das *Corpus iuris* Justinians dem klassischen römischen Rechte näher, als dem zur Zeit Justinians geltenden Rechte. Damit würde es sich auch am besten erklären, warum die Byzantiner das klassische Recht berücksichtigen, und bemüht sind, den Übergang zwischen dem klassischen Rechte und dem zu ihrer Zeit geltenden Rechte zu finden: sie betrachten das *Corpus iuris* mehr als klassisches Recht, denn als das zu ihrer Zeit praktisch geltende Recht.²⁹⁰⁾

XXIII. Stellt aber das *Corpus iuris* Justinians verdorbenes klassisches römisches Recht dar, so ist infolge davon das klassische römische Recht für uns von entscheidendem Werte.²⁹¹⁾ Damit gewinnt aber eine große Bedeutung diejenige Richtung in der wissenschaftlichen Behandlung des römischen Rechtes, welche sich die Erforschung des klassischen römischen Rechtes zur Aufgabe stellt.²⁹²⁾ Diese Richtung in der Behandlung des römischen Rechtes hat im XVI. Jahrhunderte in Frankreich ihren Vorläufer in dem großen Cujas und beginnt um die Mitte des XIX. Jahrhunderts von neuem fast gleichzeitig in Deutschland mit Adolf Schmidt, Ernst Immanuel Bekker und Alfred Pernice, in Italien mit Ilario Alibrandi²⁹³⁾, an welche sich seitdem eine stattliche Zahl bedeutender Forscher aller Kulturvölker anschließt. Die Aufgabe dieser Richtung besteht in der Erforschung des klassischen römischen Rechtes, d. h. des römischen Rechtes aus dessen Glanzperiode, welche in die Zeit von Augustus bis Diokletian fällt. Dabei kommt es darauf an, das römische Recht so darzustellen, wie es in der klassischen Periode wirklich war, nicht aber darauf, welche Ansicht uns heute noch praktisch zu sein

²⁹⁰⁾ Man vergleiche z. B. auch Theophilus, *Paraphras. Institutionum* zu tit. J. 4, 6 *de actionibus*. Eine vortreffliche Analyse der Institutionen Justinians gibt Zocco-Rosa, *Justiniani Institutionum Palingenesia* I. II. (1908, 1911). (*Istituto di storia del diritto romano. Università di Catania*); vgl. Zocco-Rosa, *D'une nouvelle palingénésie des Institutes de Justinien* (Mélanges Fitting. Montpellier 1908).

²⁹¹⁾ Mit Recht betont F. Klein, *Sachbesitz und Ersitzung* (1891) S. 483, daß auch vom rein juristischen Standpunkte für uns die Auffassung des klassischen römischen Rechtes vielfach am meisten entsprechend ist.

²⁹²⁾ Vgl. ausführlicher darüber v. Koschembahr-Lyskowski, *Dwa nowe opracowania rzymskiego prawa prywatnego*: Girard, *Mitteis* (Zwei neue Bearbeitungen des römischen Privatrechtes: G. u. M.) in der juristischen Zeitschrift „*Przegląd prawa*“ (Lemberg) 1908 Mai, Juni; 1909 Jänner. Litten a. a. O., welcher für die Pflege des „Gemeinen Rechtes“ eintritt, mißt (S. 14, 16) konsequenterweise der Erforschung des klassischen römischen Rechtes nur geringere Bedeutung für die Erkenntnis des modernen Rechtes bei. Es ist ein Verdienst Littens, dies deutlich präzisiert zu haben.

²⁹³⁾ Vgl. Pernice, Ilario Alibrandi, *Zeitschrift der Savigny-Stiftung. Rom. Abt. XVIII* (1897) 227 f.

scheint. Die Folge davon ist einerseits, daß wir die Justinianische Kodifikation nicht als Ganzes betrachten, denn diese Kodifikation enthält das klassische Recht in durch Interpolationen verdorbener Form; die Untersuchungen über die Antinomien fallen damit fort. Bei Seite bleiben auch die Untersuchungen, wie weit die Novellen der Justinianischen Kodifikation derogiert haben, sowie die mühsamen Nachforschungen, inwieweit heimisches Recht sich gegenüber dem subsidiären römischen Rechte behauptet hat. Kurz, die ganze gemeinrechtliche Doktrin kommt bei der Behandlung des römischen Rechtes überhaupt nicht in Betracht. Andererseits wollen wir nicht jene Rechtssätze dem klassischen römischen Rechte entnehmen, welche zur Stütze oder Bekämpfung dieser oder jener dogmatischen Auffassung herangezogen werden können: vielmehr kommt es darauf an, auf Grund des gesamten uns bekannten Materiales ein Bild des römischen Rechtes zu geben, wie es in der klassischen Periode mit allen seinen Ästen und Verzweigungen im tatsächlichen Leben der Römer jener Zeit wirkte.²⁹⁴⁾ Zu dem gesamten Material der klassischen Periode gehören vor allem die Rechtsdenkmäler, welche von den ältesten Zeiten Roms bis zu Diokletian auf uns gekommen sind; denn zum richtigen Verständnis des klassischen Rechtes müssen die unmittelbar vorangegangenen Perioden berücksichtigt werden, um so mehr, als wir es mit einer ununterbrochenen zielbewußten Entwicklung zu tun haben. Zu diesen Rechtsdenkmälern gehören vor allem die uns erhaltenen Gesetze, Volksschlüsse und Senatsbeschlüsse, Kaiserkonstitutionen und Edikte, sowie Urkunden über abgeschlossene Rechtsgeschäfte.²⁹⁵⁾ Eine besondere Bedeutung für uns hat das prätorische Edikt, von welchem wir in der unter Hadrian durch Julian verfaßten Kodifikationsform sehr zahlreiche, wenn auch über unser ganzes Material zerstreute Auszüge haben.²⁹⁶⁾ Neben diesen Rechtsdenkmälern bilden die be-

²⁹⁴⁾ Vgl. Erman, P. Juventus Celsus, Grünhuts Zeitschrift 31 S. 569 f.

²⁹⁵⁾ Sammlungen dieser Rechtsdenkmäler enthalten Bruns-Mommsen-Gradenwitz, *Fontes iuris romani antiqui* I (7. Aufl.) 1909, Girard, *Textes de droit romain* (3. Aufl.) 1903, Riccobono-Baviera-Ferrini, *Fontes iuris romani anteiustiniani* I. II. 1909.

²⁹⁶⁾ Die beste Rekonstruktion des prätorischen Ediktes mit einem meisterhaften Kommentar gibt das epochemachende Werk von Otto Lenel, Das *Edictum perpetuum*. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung (1. Aufl. 1883, französ. Übersetzung von Peltier in zwei Bänden 1901—1903, 2. verbesserte Auflage 1907). Die Hülle über die Gestalt des vorjulianischen Ediktes lüftet in feinen und geistvollen Untersuchungen Girard, *Un document sur l'édit antérieur à Julien*, Festschrift für E. J. Bekker „Aus römischem und bürgerlichem Recht“ (Weimar) 1907, sowie: *Un second manuscrit des extraits alphabétiques de Probus*, *Nouvelle Revue historique*

deutendste und größte Erkenntnisquelle für die Erforschung des klassischen römischen Rechtes die uns erhaltenen Schriften der römischen Juristen aus der klassischen Periode. Diese Schriften sind uns nur zum kleinsten Teil in originaler Form erhalten²⁹⁷); der weitaus größte Teil dieser Schriften befindet sich in zerstückelter und durch Interpolationen, welche den Text auf die Justinianische Zeit zuschneiden sollten, verdorbener Form.²⁹⁸) Hieraus erklärt es sich, daß es eine der wichtigsten Vorarbeiten für die Erkenntnis des klassischen römischen Rechtes ist, die in den Digesten (aber auch in dem Kodex) von der Justinianischen Kompilationskommission gemachten Interpolationen festzustellen, um womöglich den unverfälschten Text des klassischen Rechtes zu erlangen. Systematische, nach gleichmäßiger Methode²⁹⁹) geführte Untersuchungen lassen schon in zahlreichen Punkten gesicherte Resultate erkennen.³⁰⁰) Natürlich sind nicht nur die einzelnen juristischen Schriftsteller, sondern auch deren einzelne Werke individuell zu beurteilen.³⁰¹) Wertvolle monographische Bearbeitungen einzelner Juristen führen uns mitten in die Werkstätten römischer Rechtswissenschaft.³⁰²) Ein großartig ange-

de droit 1910 Juli. Das Datum der Julianischen Kodifikation bestimmt in überzeugender Weise Girard, *La date de l'édit de Salvius Julianus, Nouv. Revue hist. 1910*, auf die Zeit zwischen 125—128 n. Chr.

²⁹⁷) Eine Sammlung dieser Schriften geben Huschke-Seckel-Kuebler, *Jurisprudentia anteiustiniana* I (6. Aufl. 1908) mit sehr wertvollen Anmerkungen der Herausgeber, Krüger-Mommsen-Studemund, *Collectio librorum iuris anteiustiniani I—III* (5. Aufl. 1905). Eine Zusammenstellung der vorhadrianischen Jurisprudenz gibt Bremer, *Jurisprudentiae Antehadrianae* I, II, 1. 2. 1896—1906.

²⁹⁸) Vgl. die *Constitutio Deo auctore* Justinians § 7. Eine Zusammenstellung der in den Digesten Justinians zerstückelten Schriften der klassischen Juristen gibt Lenel, *Palingenesia iuris civilis* I, II 1889.

²⁹⁹) Vgl. darüber v. Koschembahr-Lyskowski, *Condictio* als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht II (1907) 136 f.

³⁰⁰) In der neuen (11. v. J. 1908) Ausgabe des *Corpus iuris civilis* gibt P. Krueger bei den einzelnen Stellen die wichtigsten bis jetzt festgestellten Interpolationen an. Ein Verzeichnis sämtlicher bis jetzt festgestellten Interpolationen bereitet unter gemeinschaftlicher internationaler Mitarbeiterschaft die Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte vor. Vgl. das. Romanistische Abteilung XXX (1909) S. V f.

³⁰¹) Gediegene Aufklärungen darüber geben P. Krüger, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechtes* 1888, Jörs, *Geschichte der Rechtswissenschaft zur Zeit der Republik* 1888, Dydyński, *Historia źródeł prawa rzymskiego* (*Geschichte der Quellen des röm. R.*) Warschau 1904, Fitting, *Alter und Folge der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander*, 2. Aufl. 1908, Kipp, *Geschichte und Quellen des römischen Rechtes*, 3. Aufl. 1909, Costa, *Storia delle fonti del diritto romano* 1909.

³⁰²) Z. B. Pernice, *Ulpian als Schriftsteller*, Sitzungsber. der preuß. Akademie d. W. Hist.-philos. Kl. 1885 S. 443 f., Jörs, *Ulpian* in Pauly-Wissowa *Realenzyklop.* (1. Aufl.), Buhl, *Salvius Julianus* I 1886, Costa, *Il Papiniano* I—IV, 1894—1899.

legtes lexikalisches Werk³⁰³) gibt uns Auskunft über sämtliche Stellen sämtlicher Worte, welche in den Digesten Justinians (nach der großen Mommsenschen Ausgabe I, II, 1870), den Institutionen des Gaius, den *Regulae* Ulpian's, den *Sententiae* des Paulus, der *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* und der *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* vorkommen. Aber nicht nur die Schriften der römischen Juristen sind zur Erforschung des klassischen römischen Rechtes heranzuziehen, sondern auch die Werke der nichtjuristischen Schriftsteller³⁰⁴), sowie alles, was wir über das Privatleben³⁰⁵) der Römer, über deren Staats-³⁰⁶) und Strafrecht³⁰⁷), über deren

³⁰³) *Vocabularium iuris romani* II. 1891 f. (Das Manuskript dieses Werkes ist abgeschlossen und befindet sich in der königlichen Bibliothek in Berlin. Die Herausgabe erfolgt auf Grund dieses Manuskriptes. Vgl. v. Koschembahr-Lyskowski, Exzeptionen 1893 S. IX Anm.) Bis zur Vollendung dieses Werkes, welche wohl einige Jahrzehnte in Anspruch nehmen wird, leistet vortreffliche Dienste Seckel, Heumanns, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechtes 9. Aufl. 1907.

³⁰⁴) Darüber sind zu vergleichen die Werke über die Geschichte der lateinischen Literatur von Teuffel (6. Aufl. von Kroll 1910, 1911), Peter (1897), Schanz (3. Aufl. 1907), Pichon (1897) u. a. Eine kurze und gediegene Würdigung gibt Costa, *Storia delle fonti del diritto romano* (1909) 205 f. Eine reiche Literatur sucht den einzelnen nichtjuristischen Schriftstellern ihren juristischen Inhalt zu entnehmen: v. Keller, *Semestrium ad Ciceronem* 1842, v. Bethmann-Hollweg, Röm. Zivilprozeß II (1864) 784 f., Costa, *Il diritto privato nelle comedie di Plauto* 1890, Bekker. Die römischen Komiker als Rechtszeugen, Zeitschr. d. Savigny-Stiftung, Rom. Abt. XIII (1892) 53 f. und dazu Costa (über Terenz) *Archivio giuridico* 50 (1893) 407 f., Costa, *Il diritto nei poeti di Roma*. Bologna 1898, Costa, *Cicerone giureconsulto. Memorie della R. Accademia delle Scienze dell' Istituto di Bologna. Cl. di Sc. Mor. I, 1 Sez. di Sc. Giurid.* 1—4 (1906—1910) u. a. Der von den fünf deutschen vereinigten Akademien in Angriff genommene *Thesaurus linguae latinae* I f., 1904 f. enthält sämtliche Belegstellen für sämtliche lateinische Wörter.

³⁰⁵) Vgl. Marquardt, Privatleben der Römer 1886, Pauly-Wissowa, Realenzyklopädie des klassischen Altertums II. 1894 f. Daremberg et Saglio, *Dictionnaire des antiquités et romaines* I f., 1872 f.

³⁰⁶) Vgl. Mommsen, Römisches Staatsrecht I, II, 1, 2, III, 1, 2 (1887, 1888) sowie Abriß des römischen Staatsrechtes 1893, Willems, *Le droit public romain* 2. Aufl. 1885, Marquardt, Römische Staatsverwaltung I, II 1881—1885, Liebenam, Städterverwaltung im römischen Kaiserreich 1900, Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte I (1901). Hieher gehören auch das Sakralrecht und das sog. publizistische Recht, d. h. die Summe der Rechtssätze, welche in der Jurisdiktion des Censors sich für die vermögensrechtlichen Verhältnisse zwischen dem Staate und den Bürgern ausgebildet haben: beide bilden für sich abgesonderte Rechtsmassen, und beide haben auf das Privatrecht einen nicht unbedeutenden Einfluß ausgeübt. Vgl. Pernice, Grenzfragen aus dem öffentlichen, Sakral- und Privatrechte, Sitzungsber. der preuß. Akademie 1885 S. 1143 f., 1886 S. 1179 f., Heyrovsky, Die rechtliche Grundlage der *leges contractus* bei Rechtsgeschäften zwischen dem römischen Staat und Privaten 1881, Pernice, Beziehungen des öffentlichen römischen Rechtes zum Privatrechte, Parerga II, Zeitschrift d. Savigny-Stiftung V

religiöse und philosophische Anschauungen³⁰⁸), sowie über die sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse³⁰⁹) in Erfahrung bringen können. Kommt es doch darauf an, das Leben und Weben des römischen Rechtes in der römischen Zeit der Glanzperiode zu erfassen. Daher ist es als methodisch falsch zu bezeichnen, wenn mitunter heutige Schriftsteller moderne Probleme der Rechtswissenschaft lösen wollen, indem sie die Lösung dieser Probleme in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit suchen, dabei aber moderne Anschauungen den römischen Juristen unterlegen. Sicherlich muß und wird die Erkenntnis des klassischen römischen Rechtes zur Lösung moderner Probleme beitragen.³¹⁰) Aber da muß zuerst das römische Recht, so wie es wirklich war und wirkte, dargestellt werden. Konsequenzen und Ideen, welche man aus dem klassischen römischen Rechte ableiten will, dürfen nicht als römisches Recht hingestellt werden, wenn wir nicht wieder in das System der Fälschung des römischen Rechtes verfallen wollen. Eine Konsequenz oder Idee, welche man aus dem klassischen römischen Rechte ableitet, kann sehr wertvoll und der wissenschaftlichen Erörterung sehr würdig sein. Aber, wenn man dieser Konsequenz oder Idee eine größere Autorität geben will, indem man sie als römisches Recht hinstellt, so begeht man einen doppelten Fehler: einmal gibt man als römisches Recht aus, was römisches Recht nicht ist; und sodann tut man der eigenen Konsequenz oder Idee Unrecht, indem man diese in das graue Altertum versetzt, während sie vielleicht eine wertvolle Errungenschaft der neuesten Neuzeit sind: dies stellt aber die Konsequenz

(1884) 1 f., Mommsen, Die römischen Anfänge von Kauf und Miete, das. VI (1885) 260 f. Dagegen schätzt Fustel de Coulanges, *La cité antique* (18. Aufl. 1906) den Einfluß des Sakralrechtes auf das Privatrecht zu hoch ein.

³⁰⁷) Vgl. Mommsen, Römisches Strafrecht 1899, Ferini, *Diritto penale romano* Milano 1898

³⁰⁸) Vgl. Wissowa, Religion der Römer 1902, Mitteis, Röm. Privatr. I (1908) 22 f., K. Morawski, *Cesar i religia rzymska* (Casar und die römische Religion) in *Sprawdz. Ak. Umiejętn. w Krakowie* (Sitzungsber. der Krakauer Akademie d. W.) XIV, 6 (1909), Sokolowski, Philosophie im Privatrecht I, II, 1902 1907.

³⁰⁹) Vgl. Ed. Meyer, Wirtschaftliche Entwicklung des Altertums in Conrads Jahrb. f. Nationalökonomie N. F. IX (1895), Guiraud, *Etudes économiques sur l'antiquité* 1905. Wertvolle Beiträge enthält die Zeitschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, Wien 1892 f.

³¹⁰) Auch sozialer und wirtschaftlicher. Vgl. Ivo Pfaff, Über den rechtlichen Schutz des wirtschaftlich Schwächeren in der römischen Kaisergesetzgebung 1897, Pernice, Über wirtschaftliche Voraussetzungen römischer Rechtssätze, Parerga VIII, Zeitschr. d. Savigny-Stiftung XIX (1898) 89 f., Zocco-Rosa, *Il diritto Romano di fronte alle odierne idealità giuridico-sociali 1911* (Istituto di storia del diritto romano. Università di Catania).

oder Idee auf eine falsche Grundlage, was für die Beurteilung der Konsequenz oder Idee schädlich wirken muß. Namentlich wo es sich um die Erörterung von Problemen auf wirtschaftlicher Grundlage handelt, muß man sich hüten, die römischen wirtschaftlichen Verhältnisse mit modernem Maße zu messen und das römische Recht auf Grund angeblicher römischer Wirtschaftsverhältnisse zu rekonstruieren. Mit Recht bemerkt Pernice³¹¹⁾ dagegen, daß die wirtschaftlichen Verhältnisse der Römer uns zu wenig bekannt sind, als daß sie zur Grundlage für die Rekonstruktion des römischen Rechtes dienen könnten. Unsere Methode bei der Rekonstruktion des römischen Rechtes muß vielmehr eine historisch-philologische sein.³¹²⁾ Als neue, wenn auch nicht so bedeutende, Erkenntnisquelle für die Erforschung des klassischen römischen Rechtes kommt heute die Papyrusforschung hinzu, seitdem im Jahre 1878 in Arsinoë, der Hauptstadt der ägyptischen Provinz El-Fayum, ein Archiv mit ungemein zahlreichen Urkunden aufgefunden worden ist und dies seit 1895 der systematischen Publikation entgegengeführt wird.³¹³⁾ Die Bedeutung der Papyrusforschung für die Erkenntnis des klassischen römischen Rechtes wird häufig gewaltig überschätzt. Übersehen wir

³¹¹⁾ Über wirtschaftliche Voraussetzungen römischer Rechtssätze, *Parerga VIII* (Zeitschr. d. Savigny-Stiftung XIX, 1898 S. 82 Anm. 1, S. 97 Anm. 1, S. 98 Anm. 1. 2). Auch für das moderne Recht verwirft den Aufbau des Rechtes lediglich auf wirtschaftlicher Grundlage ein so eminent praktischer Jurist wie Rießer, Zur Methode des akademischen Unterrichtes im Handelsrecht, Gellers Zentralblatt für Jurist. Prax. (Wien) XXV, 1907 S. 37, da dies „zu einer Ersetzung der festen rechtlichen Grundbegriffe durch wirtschaftliche Prinzipien Anlaß geben und damit keine Förderung, sondern eine uferlose Verschwommenheit jener Grundbegriffe herbeiführen würde“. Das Recht ist eben nicht bloß das „Vehikel“ wirtschaftlicher Interessen, sondern dient auch der Verwirklichung der Gerechtigkeit!

³¹²⁾ Vgl. Pernice, Ilario Alibrandi, Zeitschr. d. Savigny-Stiftung XVIII (1897) 229.

³¹³⁾ Vgl. v. Koschembahr-Lyskowski, *Fayumskie zwoje papyrusowe* (Die Fayumer Papyrusurkunden) in der juristischen Zeitschrift „*Przeгляд prawa*“, Lemberg 1897 Jänner, Ivo Pfaff, Die Bedeutung der Papyrusforschung für das römische Recht. Sonderabdr. aus Juristische Vierteljahresschrift, Prag, XXII (1906) S. 9 f. Erschöpfende Informationen über die Mittel und Resultate der Papyrusforschung geben Archiv für Papyrusforschung, Leipzig If 1900 f., Studien zur Palaographie und Papyrusurkunde, Wien, If. 1901 f., vgl. auch *Recueil des travaux relatifs à la philologie et à l'archéologie égyptienne et assyrienne* If. 1867 f. Die früher bekannten Papyrusurkunden geben an Dareste, *Etudes d'histoire du droit* (1889) S. 1 Anm. 1 und Mitteis, Reichsrecht und Volksrecht (1891) S. 35—39 Anm. Zur allgemeinen Orientierung leistet gute Dienste das von Wilcken, Arch. f. Papyrusforsch. I S. 1—28 gegebene Generalregister der griechischen und lateinischen Papyrusurkunden aus Ägypten. Jeder Jahrgang des Archivs gibt auch eine Übersicht über die juristische Literatur auf Grund der Papyri, z. B. II S. 167 f., 468 f., III 143 f., IV 213 f. usf.

die bisherigen Resultate, so erlangen wir durch die Papyri im allgemeinen nur Bestätigung dessen, was schon aus anderen Quellen bekannt war; hie und da kommen wirkliche Neuheiten vor (z. B. die *constitutio Antoniniana de civitate*)³¹⁴), oder wir werden mit provinziellen Modifikationen des römischen Rechtes bekannt gemacht.³¹⁵) Die Bedeutung der Papyrusforschung für das römische Recht liegt denn auch nicht darin, daß wir durch sie der Erkenntnis des klassischen römischen Rechtes in wesentlichem näher geführt werden, sondern an anderer Stelle. Die Papyrusforschung zeigt uns insbesondere, daß das römische Recht mit allen seinen Fasern in der Kultur des gesamten Altertums wurzelt, nachdem schon vorher Mitteis in seinem epochemachenden Werke den Einfluß des griechischen Rechtes auf das römische Recht von neuem betont und auf den wechselseitigen Einfluß zwischen dem römischen und dem ägyptischen Rechte hingewiesen hatte.³¹⁶) Freilich sind die Resultate der Papyrusforschung noch zu lückenhaft³¹⁷), als daß wir schon den historischen Übergang zahlreicher Rechtsinstitute von dem griechischen Rechte oder einem anderen Rechte des Altertums in das römische Recht im einzelnen verfolgen könnten. In den meisten Fällen haben wir über die Rechtsinstitute der außerrömischen Rechte des Altertums noch nicht ausreichende Nachrichten, um mit Sicherheit bestimmen zu können, wie dieses Rechtsinstitut in dem betreffenden Rechte beschaffen war, und wie der Einfluß des betreffenden Rechtes auf die Gestaltung des Rechtsinstitutes im römischen Rechte wirkte.³¹⁸)

³¹⁴) Vgl. Berger, in der philolog. Zeitschrift „Eos“, Lemberg, 1910 S. 181 fg.

³¹⁵) Eine gute Würdigung der bisherigen Resultate der Papyrusforschung für die Erkenntnis des klassischen römischen Rechtes gibt Ivo Pfaff, Die Bedeutung der Papyrusforschung für das römische Recht, Juristische Vierteljahresschrift, Prag, XXII (1906) Heft 3 u. 4. Vgl. auch Litten a. a. O. 9f.

³¹⁶) Reichsrecht und Volksrecht 1891. Vgl. auch Ivo Pfaff a. a. O. Sonderabdr. S. 2f., 25f. *

³¹⁷) Eine gute Würdigung der bisherigen Resultate der Papyrusforschung für die Erkenntnis des griechischen Rechtes gibt Ivo Pfaff, a. a. O. S. 17f. und für die Beeinflussung des römischen Rechtes durch das griechische Recht S. 25f. Vgl. auch Mitteis, Röm. Privatrecht I 10f. Eine gute Würdigung der Resultate für die Erkenntnis des gräko-ägyptischen Rechtes gibt Frese, Aus dem gräko-ägyptischen Rechtsleben (1909) 8—61.

³¹⁸) So dürfen wir z. B. heute fast als sicher annehmen, was früher nur vermutet wurde (vgl. Wlassak, Prozeßgesetze II 301f. sowie: Ausschuß der Latiner von der röm. *legis actio*, Zeitschr. d. Savigny-Stiftung XXVIII, 1907 S. 8f.), daß das römische Formularverfahren sein Vorbild im griechischen und ägyptischen Rechte fand. Vgl. Partsch, Die Schriftformel im römischen Provinzialprozesse 1905, Boulard, *Les instructions écrites du magistrat au juge commissaire dans l'Égypte romaine* 1906, Wenger, Pauly-Wissowa, Realenzyklop. s. v. formula (S. 5 S. A.),

Wären unsere Kenntnisse in dieser Beziehung ausreichende, so würden natürlich die Rechtsinstitute der außerrömischen Rechte des Altertums auf die juristische Natur der betreffenden römischen Rechtsinstitute ein aufklärendes Licht werfen, und die römische Rechtsgeschichte würde sich in der Tat zur antiken Rechtsgeschichte umwandeln.³¹⁹⁾ Ob die Papyrusforschung jemals zu diesem Resultate führen wird, das läßt sich natürlich derzeit nicht entscheiden: die Hoffnungen dürfen nicht zu hoch gespannt werden; aber übermäßiger Pessimismus ist auch nicht am Platze, da dadurch die schöne Begeisterung der Papyrusforscher herabgedrückt würde. *Adhuc sub iudice lis est!* Aber so viel dürfen wir als festes Resultat der Papyrusforschung annehmen, daß das römische Recht zahlreiche Rechtsideen den Rechten anderer Kulturvölker des Altertums entnommen und sie in das römische Recht verarbeitet hat, indem es diesen Rechtsideen die römischen Formen gab. Damit sind diese Rechtsideen natürlich zu Rechtsideen des römischen Rechtes geworden und müssen als römisches Recht aufgefaßt und ausgelegt werden. Aber wir müssen die Ansicht, nach welcher das römische Recht als ein urwüchsiges Produkt des römischen Volkes zu betrachten ist, in das Gebiet der Legenden verweisen.³²⁰⁾ Dies tut natürlich dem römischen Rechte keinen Eintrag, sondern steigert nur noch dessen Kulturwert³²¹⁾: denn wenn das römische Recht die wichtigsten Errungenschaften der gesamten Antike in sich aufzunehmen und in die römischen Formen einzufügen verstand, so haben wir in dem römischen Rechte nicht nur die juristischen Errungenschaften eines Volkes vor uns, sondern zum großen Teile die des gesamten Altertums. Dies ist natürlich von großer Bedeutung für die Universalgeschichte des Rechtes und für die Entwicklungsgeschichte des Rechtes insbesondere. Unser Gesichtskreis erweitert sich ungemein und da, wo wir die Anfänge eines Rechtsinstitutes wähten, haben wir oft nur eine neue Entwicklungsstufe des Rechtsinstitutes vor uns, während die Anfänge vielleicht Jahrhunderte oder gar Jahrtausende zurückliegen, wenn wir noch das babylonische Recht in unseren Gesichtskreis ziehen

sowie: Berliner Philologische Wochenschrift 1907 S. 146. Leider ist uns aber das Vorbild des römischen Formularverfahrens zu wenig bekannt, als daß wir daraus eine Bereicherung unserer Kenntnisse vom römischen Formularverfahren erwarten dürften. Vgl. Hitzig, Der griechische Fremdenprozeß, Zeitschr. d. Savigny-Stiftung XXVIII (1907) 249 f., Mitteis, Röm. Privatr. I 43 Anm. 8. Nur so viel ist fast sicher, daß die Römer das Formularverfahren nicht „erfunden“ haben.

³¹⁹⁾ Vgl. Wenger, Römische und antike Rechtsgeschichte 1905.

³²⁰⁾ Vgl. auch Mitteis, Romanistische Papyrusstudien Ἐξαγωγή und *deductio quae moribus fit*, Zeitschr. d. Sav. St. XXIII (1902) S. 297.

³²¹⁾ Dies betont mit Recht Ivo Pfaff a. a. O. 25 f.

wollen, obwohl bis jetzt die Kette der Zwischenglieder zwischen dem babylonischen und dem römischen Rechte sich nicht feststellen läßt.³²²⁾ Aber trotz dieses schönen, für die Entwicklungsgeschichte des Rechtes hochbedeutsamen Resultates der Papyrusforschung ist darüber nicht die Erforschung des klassischen römischen Rechtes auf Grund der römischen Rechtsdenkmäler zu vergessen. Das klassische römische Recht liegt in einer abgeschlossenen Glanzperiode vor uns, und die römischen Rechtsdenkmäler enthalten noch großen, nicht genügend durchgearbeiteten Stoff, wenn wir nach den inneren Triebfedern des römischen Rechtes forschen wollen. Dies ist aber eine große Aufgabe, selbst wenn es nur gelingen sollte, große Fragmente des gewaltigen Baues zu rekonstruieren; und die heutige Romanistik, soweit sie sich der Erforschung des klassischen römischen Rechtes zuwendet, strebt der Lösung dieser Aufgabe zu.

Zwei Endziele steckt sich insbesondere die wissenschaftliche Richtung in der Behandlung des römischen Rechtes, welche sich die Erforschung des klassischen römischen Rechtes zur Aufgabe macht. Das eine Endziel ist die Aufdeckung der leitenden Ideen des klassischen römischen Rechtes. Die Vorbedingung ist natürlich die Erforschung des klassischen römischen Rechtes, wie es seiner formellen Seite nach gestaltet war. Auf dieses Endziel weist schon einer der ersten Begründer dieser wissenschaftlichen Richtung hin, nämlich Pernice³²³⁾: „Bei der geschichtlich-analytischen Erforschung des römischen Privatrechtes dürfen wir uns selbstverständlich nicht über die Ausführungen der römischen Juristen hinwegsetzen. Denn das sind nicht Betrachtungen über eine feststehende Rechtsordnung, sondern das Recht wird gerade durch sie weiter entwickelt. Man kann aber neue Einrichtungen und Verhältnisse nur begreifen, wenn man den Weg zurückgeht, auf dem sie ins Leben getreten sind. Wir sind also auf die Erwägungen der Juristen zunächst angewiesen, mögen wir sie noch so gering schätzen. Läßt man sie ganz beiseite, so gerät man in die ärgste Willkür, in Phantastereien, die durch ihre naturgemäße Nüchternheit nicht geschmackvoller werden.“

³²²⁾ Vgl. Mitteis, Das syrisch-römische Rechtsbuch und Hammurabi, Zeitschr. d. Savigny-Stiftung XXV (1904) 284 f., sowie Sitzungsber. der preuß. Ak. d. W. Hist.-philos. Kl. 1905, welcher das syrisch-römische Rechtsbuch nicht als Zwischenglied anerkennen kann, Estreicher, *Kodeks Hammurabiego* in der jurist. Zeitschrift „*Czasopismo prawnicze*“ (Krakau) VI, VII (1905, 1906), Manigk, Zur Bedeutung der assyrisch-babylonischen Rechtsurkunden, Zeitschr. d. Savigny-Stiftung XXVII (1906) 394 f.

³²³⁾ Über wirtschaftliche Voraussetzungen römischer Rechtssätze, Parerga VIII (Zeitschr. d. Savigny-Stiftung XIX, 1898 S. 97¹, 98).

Aber freilich darf man bei den Ausführungen der Juristen nicht stehen bleiben. Man soll die sie selbst bewegenden Triebkräfte aufzufinden versuchen, die Ideen, unter deren unbewußtem Einflusse sie arbeiten.“³²⁴) Dieses Endziel ist ein wahrhaft wissenschaftliches Endziel der Jurisprudenz. Wie die Botanik sich heute nicht damit begnügt, die Namen der Pflanzen aneinander zu reihen und nach gewissen Gesichtspunkten zu gruppieren, sondern das Leben der Pflanzen zu erforschen sucht³²⁵), so kann auch die Rechtswissenschaft sich nicht damit begnügen, die Rechtsbegriffe und Rechtsinstitute zu beschreiben und aneinander zu reihen, um damit der Interpretation des Gesetzes zu dienen, sondern sie hat über diese allerdings notwendige Aufgabe hinauszugehen und nach den inneren Triebfedern des Rechtes zu forschen, um die leitenden Ideen des Rechtes zu bestimmen und womöglich zu neuen Resultaten über das soziale Leben der Menschen vorzudringen. Diese Aufgabe muß der Rechtswissenschaft zukommen, wenn anders die Rechtswissenschaft sich nicht mit der formellen Seite des Rechtes begnügen und nicht das willenlose Werkzeug anderer Faktoren im sozialen Leben sein will. Mit Recht betont schon im Jahre 1856 Unger³²⁶) auch für das moderne Recht die Notwendigkeit, in monographischen Abhandlungen über einzelne Rechtsinstitute „die leitenden Ideen aufzusuchen, welche demselben zu Grunde liegen, die Beziehungen aufzufinden, in welchen dasselbe zu verwandtschaftlichen Rechtsinstituten steht“. Die leitenden Ideen des klassischen römischen Rechtes aufzudecken, ist freilich eine schwierige Aufgabe, welche der Zukunft bevorsteht. Die notwendige Vorbedingung ist die formelle Erforschung des klassischen römischen Rechtes, welche, wie die obige kurze Übersicht über die anzuwendende Methode gezeigt hat, selbst wieder eine gründliche Arbeit erfordert. Aber hohe Ziele werden durch selbst langdauernde systematische Arbeit eher erreicht, als durch heftiges Jagen nach schnellen Erfolgen. Und schon jetzt, wo die Arbeiten über das klassische römische Recht noch keines-

³²⁴) Vgl. auch v. Ihering, Geist des röm. Rechtes I (4. Aufl. 1888) 43 f., 80 f. Mit Recht betont F. Klein, Sachbesitz und Ersitzung (1891) 2, 283 f., daß auch die verschiedenen Ansichten unter den römischen Juristen einer eingehenden Analyse zu unterwerfen sind.

³²⁵) Von einer „Biologie“ des Rechtes (Karl Josef Seitz, Biologie des geschichtlich positiven Rechtes I—III 1906—1910 mit bemerkenswerten Einzelausführungen) möchte ich aber nicht reden, da die humanistischen Wissenschaften, zu denen auch die Rechtswissenschaft gehört, besonderen Erkenntnissätzen unterliegen und nicht nach naturwissenschaftlichen Prinzipien behandelt werden dürfen. Vgl. darüber Jellinek, Allgemeine Staatslehre 25 f.

³²⁶) S. IV (Vorrede zur ersten Auflage).

wegs abgeschlossen sind, ja fast erst in ihren Anfangsstadien liegen, blicken doch schon hie und da die leitenden Ideen des klassischen römischen Rechtes durch und bieten eine unvergängliche Ausbeute für die Rechtswissenschaft aller Zeiten und Völker.³²⁷⁾ Solchen hohen Zielen und Resultaten gegenüber darf die aufgewendete Mühe nicht allzu schwer ins Gewicht fallen. Und wenn auch die verschlungenen Untersuchungen nicht jeden Juristen zur Mitarbeit anzuregen vermögen, so müssen doch die Resultate dieser Untersuchungen das Interesse jedes Juristen wecken, der für die hohen Ziele des Rechtes Verständnis hat. Ist man sich aber über diese hohen Ziele, welche die Erforschung des klassischen römischen Rechtes verfolgt, im klaren, dann werden auch die eingehenden und subtilen Untersuchungen nicht mehr als unverständliche „Geheimwissenschaft“ moderner Romanisten gelten. Haben doch auf dem Gebiete der Naturwissenschaften häufig die „mikroskopischen“ Untersuchungen zu den weittragendsten, für jedermann wertvollsten Ergebnissen geführt.

Das zweite Endziel ist die Kritik des klassischen römischen Rechtes.³²⁸⁾ Diese Kritik richtet sich einmal gegen das römische Recht, indem untersucht wird, ob die römischen Juristen den richtigen Weg eingeschlagen haben, um ihre Aufgabe zu erfüllen.³²⁹⁾ Sodann bezieht sich die Kritik auf den Zusammenhang des betreffenden römischen Rechtssatzes, bzw. Rechtsinstitutes mit dem gesamten römischen Recht, sowie mit der gesamten römischen Kultur, indem untersucht wird, ob die betreffende leitende Idee des römischen Rechtes für die heutige Zeit nach Maßgabe der modernen sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse noch nachahmungswürdig erscheinen muß.³³⁰⁾

³²⁷⁾ Man denke z. B. an das Wirken der *bona fides* (der Redlichkeit im Verkehr) und der *causa* (des wirtschaftlichen Zweckes) in dem System des klassischen römischen Rechtes. Als Beispiel sei hingewiesen auf v. Koschembahr-Lyskowski, Die *Condictio* als Bereicherungsklage im klass. röm. R. I II (1903. 1907), wo der Versuch gemacht wird, nachzuweisen, daß die *condictio* nicht nur unter der Wirkung des *Causa*-Prinzipes, sondern auch des *Bona fides*-Prinzipes stand.

³²⁸⁾ Auf die Notwendigkeit der Kritik des römischen Rechtes weist vom sozialpolitischen Standpunkte hin A. Menger, Soziale Aufgaben der Rechtswissenschaft (1895) 13.

³²⁹⁾ Vgl. z. B. v. Ihering, Geist des röm. R. I (4. Aufl. 1888) S. 15 f., 22 f., Bekker, Besitz (1880) 317 f., 354 f., v. Piniński, Tatbestand des Sachbesitzerwerbes I (1885) S. 2 f.

³³⁰⁾ Vgl. z. B. Bekker, Aktionen II (1873) 244 f., F. Klein, Sachbesitz und Ersitzung (1891), welcher zutreffend darauf hinweist, daß die römische Lehre vom Besitz durch die Unterscheidung zwischen *res Mancipi* und *res nec Mancipi* beeinflusst worden ist, was für das moderne Recht nicht mehr in die Wagschale fallen kann, Pernice, Labeo II 2, 1 (1895) S. 71 Anm. 2.

Inwieweit diese beiden Endziele schon heute erreicht sind, darauf kann nur bei den Einzelfragen auf Grund der gesamten Literatur geantwortet werden. Für die Gesamtdarstellungen sei verwiesen auf die grundlegenden Werke von Bekker³³¹), Pernice³³²), Lenel³³³), Wlassak³³⁴), Girard³³⁵), Mitteis³³⁶), nicht zu vergessen der geistvollen Ausführungen Iherings³³⁷), wenn derselbe auch nicht zu der hier erörterten wissenschaftlichen Richtung gerechnet werden kann.

Unser Lösungswort ist weder „Das heutige römische Recht“ (Savigny), noch „Durch das römische Recht über das römische Recht hinaus“ (Ihering), sondern: Neben dem römischen Rechte und mit stetem vergleichenden Ausblicke auf dasselbe, das moderne Recht und somit auch das ABGB. Von neuem gelten die Worte, welche im Jahre 1877 Pfaff u. Hofmann³³⁸) unter Berufung auf Exners Züricher Rede vom Jahre 1869 sagen: „Die große Aufgabe aber, welche durch die Reception den gelehrten Kennern und Vertretern des neuen Rechtes in Deutschland gestellt war, die Aufgabe, in der Verwirrung des Kampfes zwischen dem einheimischen und fremden Rechte die Gegner einander allmählich näher zu bringen, aus dem gewaltigen Stoff des römischen Rechtes einen Teil energisch auszuschneiden, den Rest aber in Fleisch und Blut der Nation überzuleiten, so bis auf einen gewissen Grad jene beiden Kulturelemente zu verschmelzen, und dadurch dem Besiegten vorerst seine Niederlage erträglich, später vielleicht sogar als eine welt-historische Wohltat erscheinen zu lassen — diese Aufgabe wurde nie und nirgends gelöst.“ Und wenn auch heute diese Aufgabe noch nicht ganz erfüllt ist, so führt uns doch die Erforschung des klassischen römischen Rechtes ihrer Erfüllung entgegen. Wissenschaftlich gewinnen wir dabei noch das schöne Resultat, daß die Wahrheit im Endresultate auch praktisch den größten Nutzen bringt. Das moderne Recht wird auf eine selbständige Grundlage gestellt,

³³¹) Die Aktionen des römischen Privatrechtes I. II, 1871. 1873.

³³²) M. Antistius Labeo, Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit I (1873), II (1878), II, 1 (2. Aufl. 1895), II, 2, 1 (2. Aufl. 1900), III, 1 (1892).

³³³) Das *Edictum perpetuum*. 2. Aufl. 1907. Vgl. oben Anm. 296.

³³⁴) Römische Prozeßgesetze I. II 1888. 1891.

³³⁵) *Manuel de droit romain* 4. Aufl. 1906. Übers. von R. v. Mayr unter dem Titel: Geschichte und System des römischen Rechtes I. II 1908.

³³⁶) Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians I (1908).

³³⁷) Geist des römischen Rechtes I. II, 1 (5. Aufl. 1891. 1894), II, 2 (4. Aufl. 1883), III, 1 (4. Aufl. 1888).

³³⁸) 3 Anm. 9.

und als römisches Recht nur das ausgegeben, was wirklich römisches Recht ist. Dem römischen Rechte aber wird die Wahrheit nicht schaden; im Gegenteil, sie zeigt uns das römische Recht in seiner unverfälschten Größe.

XXIV. Kehren wir zu der Auffassung unserer Gesetzesverfasser zurück, so können wir mit Genugtuung feststellen, daß dieselben in Bahnen wandeln, welche geraden Weges zu der neuesten wissenschaftlichen Richtung in der Behandlung des römischen Rechtes führen. Insbesondere kommt es auch den Gesetzesverfassern des ABGB. vor allem darauf an, die leitenden Ideen des reinen römischen Rechtes zu erfassen.³³⁹⁾ Sie folgen aber nicht kritiklos den leitenden Ideen des römischen Rechtes, sondern üben ständig Kritik an ihnen und verwerfen die leitenden Ideen des römischen Rechtes, wo dieselben in den tatsächlichen Verhältnissen der Gegenwart keine Grundlage mehr zu haben scheinen.³⁴⁰⁾ Über den tatsächlichen Zusammenhang zwischen dem modernen und dem römischen Recht sind sie sich daher vollständig im klaren³⁴¹⁾, und einen juristischen Zusammenhang zwischen dem römischen und dem modernen Rechte nehmen sie nur da an, wo ein tatsächlicher Zusammenhang begründet ist. „Der gute Mensch in seinem dunklen Drange ist sich des rechten Weges stets bewußt“: dieser Ausspruch läßt sich analog auch auf die Gesetzesverfasser als „gute Juristen“ anwenden.

Immerhin bedarf aber die Auffassung der Gesetzesverfasser der Vertiefung. Diese Vertiefung ist insbesondere nach zwei Seiten hin erforderlich. Die Gesetzesverfasser betonen zwar die Notwendigkeit, die leitenden Ideen des römischen Rechtes zu erfassen, aber in der Ausführung begnügen sie sich häufig nur mit den allgemeinsten Grundsätzen und ohne auf die Einzelheiten einzugehen.³⁴²⁾ Und doch kommen erst in den Einzeluntersuchungen die leitenden Ideen des römischen Rechtes zum vollen Ausdrucke. Für die heutige Zeit folgt daraus die Lehre, daß wir uns nicht mit den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechtes begnügen dürfen, sondern daß wir das ganze klassische Recht in seiner Totalität zu erforschen haben, um auf Grund der Erfassung des klassischen römischen Rechtes in seiner Totalität sich über dessen leitende Ideen

³³⁹⁾ Vgl. oben Nr. X.

³⁴⁰⁾ Vgl. oben Nr. XV.

³⁴¹⁾ Vgl. oben Nr. XIV.

³⁴²⁾ Vgl. oben Nr. XVI. Dies bemerken auch Krainz 3 Anm. 7, indem sie hervorheben, daß die Redaktoren nur „Elementarbegriffe vom Recht“, nicht Kenntnis der romanistischen Doktrin voraussetzen.

klar zu sein. Diese Aufgabe stellt sich denn auch die neueste wissenschaftliche Richtung in der Behandlung des römischen Rechtes.³⁴³⁾

Die zweite Seite, nach welcher hin die Auffassung der Gesetzesverfasser der Vertiefung bedarf, ist die Behandlung des römischen Rechtes nach der Fertigstellung des Gesetzeswerkes.³⁴⁴⁾ Von einer steten vergleichenden Berücksichtigung des römischen Rechtes neben dem ABGB. wollen sie nichts wissen, da dies nur „verwirren“ würde.³⁴⁵⁾ Und doch ist eine solche stete Vergleichung mit dem klassischen römischen Rechte notwendig, sofern die leitenden Ideen des römischen Rechtes uns als Wegweiser in der Auslegung des ABGB. dienen sollen. Wir würden wie die Gesetzesverfasser in Selbstüberhebung verfallen, wenn wir vermeinten, in allgemeinen Sätzen die leitenden Ideen des römischen Rechtes erschöpfen zu können. Der schier unversieglige Born juristischer Erfahrung, welcher in dem klassischen römischen Rechte vor uns liegt, läßt sich nicht mit einem Male ausschöpfen, sondern muß stetig unsere juristischen Äcker berieseln, um sie unaufhörlich durch seine juristische Lebenskraft zu erneuern.³⁴⁶⁾ Daher ist bei allen Einzelfragen des ABGB. das klassische römische Recht als vergleichendes Auslegungsmittel heranzuziehen.³⁴⁷⁾ Der weisen Zurückhaltung der Zivilisten muß es überlassen bleiben, sich nicht in Streitfragen über das römische Recht selbst einzulassen, sondern dies den Romanisten vom Fach zu überlassen oder in besonderen Abhandlungen zum Ausdruck zu bringen; bei der Darstellung des österreichischen Privatrechtes muß sich der Zivilist mit der Angabe der Resultate der romanistischen Forschung begnügen. Die romanistische Forschung selbst darf aber keineswegs bloß als eine Enzyklopädie der Rechtswissenschaft betrachtet werden, sondern hat mit allen großen wissenschaftlichen Mitteln die Erfassung des klassischen römischen Rechtes in seiner Totalität und in allen Einzelheiten zu verwirklichen; denn nur wenn diese Aufgabe erfüllt ist, werden wir über die leitenden Ideen des römischen Rechtes im klaren zu sein und an dem römischen Rechte Kritik zu üben vermögen.³⁴⁸⁾

³⁴³⁾ Vgl. oben Nr. XXIII.

³⁴⁴⁾ Vgl. oben Nr. XVI.

³⁴⁵⁾ Vgl. oben Anm. 188.

³⁴⁶⁾ Vgl. auch F. Klein, Sachbesitz und Ersitzung 483, welcher darauf hinweist, daß vom rein juristischen Standpunkte die Auffassung des klassischen römischen Rechtes vielfach auch heute noch die berechtigteste ist.

³⁴⁷⁾ Dies tut vor allen v. Schey, Die Obligationsverhältnisse des österreichischen allgemeinen Privatrechtes I—III (1890—1907), namentlich in den ersten zwei Bänden. Reiches und anregendes Material bieten P. u. H. I. II 1877 f.

³⁴⁸⁾ Vgl. oben Nr. XXIII g. E.

XXV. Als zweites Beispiel soll in aller Kürze die Stellung des ABGB. zu dem Begriffe der Reallast skizziert werden. Um die Stellung des ABGB. in dieser Frage richtig zu würdigen, muß man sich gegenwärtig halten, daß in der Zeit, als die Gesetzesverfasser sich mit dem Reallastbegriff beschäftigten, dieser Begriff bereits eine Reihe von Entwicklungsphasen hinter sich hatte. Die verschiedenen Ansichten, welche in der Literatur über die Natur der Reallast aufgestellt worden sind³⁴⁹), lassen sich daher zum Teil nebeneinander aufrecht erhalten, wenn sie nicht als Bestimmung des Gattungsbegriffes der Reallast aufgefaßt werden, sondern als Ausdruck verschiedener Entwicklungsphasen des Begriffes; denn der Gattungsbegriff der Reallast ist nicht ein ständiger. Im ältesten deutschen Recht hat wohl die Reallast einen dinglichen Charakter gehabt, wenn wir in Erwägung ziehen, daß nicht der römischrechtliche Begriff der Dinglichkeit zu Grunde gelegt werden darf³⁵⁰), sowie daß die Reallast nicht als dingliches Recht, sondern als dingliche Pflicht³⁵¹), welche aus dem „Gewaltsverhältnisse“ folgt, erscheint. Die Entwicklung des Reallastbegriffes vollzieht sich nun in der Richtung, daß mit der Abschwächung der Gewaltsverhältnisse, welche in die prinzipielle Ablösung einer großen Anzahl von Reallasten um die Mitte des XIX. Jahrh. übergeht, der dingliche Charakter der Reallast immer mehr zurückgedrängt wird, und der obligatorische Charakter in den Vordergrund tritt³⁵²), wobei die dingliche Verknüpfung zum Akzessorium der Obligation wird, infolge-

³⁴⁹) Vgl. Duncker, Reallasten (1837) 3f., Heimbach, Reallasten, Weiskes Rechtslexikon IX (1855) 31f., Unger 558f., Krainz 105f., 760, Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatr. II, 2 (3. Aufl. 1897) 49f., Randa, Besitz § 24 Anm. 37.

³⁵⁰) Dies ist hervorzuheben gegen Pitreich, Die Reallasten im österreich. Rechte. GZ. 1886 S. 366 Anm. 11f.

³⁵¹) Dies ist zu betonen gegenüber dem Argumente von Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechtes I (1885) 345, daß der Berechtigte keine Gewere an der belasteten Sache hat. Im übrigen hebt aber der hervorragende Kenner des deutschen Rechtes hervor, daß aus dem Begriff der Reallast „alles zu entfernen ist, was auf ein obligatorisches Element hinweisen könnte“. Vgl. auch Stobbe-Lehmann a. a. O. 34/44, 60, Pitreich a. a. O. 365².

³⁵²) Vgl. Gerber, System des deutsch. P. R. (14. Aufl. 1882) § 169 S. 453 Anm. *, Stobbe-Lehmann a. a. O. 42/43, 61f., Pitreich a. a. O. 367, Randa, Besitz § 24 Anm. 37 S. 645: „Reallasten sind obligatorische, durch das Eigentum oder den Besitz des belasteten Grundstückes gegebene Verpflichtungen. Das Eigentum, bzw. der Besitz des belasteten Grundstückes ist der obligatorische Verpflichtungsgrund zur Leistung der Verbindlichkeiten.“ Pflüger, Arch. f. zivilist. Prax. 81 (1893) 292f. Weitere Literatur bei Unger 559 Anm. 19, Krainz 105 Anm. 7.

dessen die Obligation in mancher Hinsicht ebenso behandelt wird wie die dinglichen Rechte (Verbücherung, dingliche Haftung).³⁵³⁾ Damit ist aber die Reallast nicht zu einer „hypothekarisch gesicherten Forderung“³⁵⁴⁾ geworden, sondern sie ist ein besonderes Rechtsinstitut als dinglich verknüpfte Obligation geblieben. Daß von dem Grundbuchsgesetz bezüglich der Verbücherung die Reallast ebenso behandelt wird wie die hypothekarisch gesicherte Forderung, hat mit dem Begriff der Reallast nichts zu tun; und ebenso darf der Begriff der Reallast nicht dadurch beeinträchtigt werden, daß mitunter Gesetze unter Reallasten auch hypothekarische Forderungen verstehen.³⁵⁵⁾ Auf weiteres Detail kann hier nicht eingegangen werden.

Was nun die Stellung der Gesetzesverfasser des ABGB. zu dem Begriffe der Reallast betrifft, so war damals in der gemeinrechtlichen Doktrin herrschend die Ansicht, daß die Reallast als eine *servitus in faciendo* aufzufassen sei.³⁵⁶⁾ Dies galt nach „Gemeinem Recht“, und war eine Mischung römischer und heimischrechtlicher Grundsätze, d. h. man legte das römische Recht zu Grunde und modifizierte es durch heimische Rechtsgedanken und Rechtssätze. Da die Reallast der Servitut äußerlich ähnlich war³⁵⁷⁾, so faßte man die Reallast als Servitut auf, und konstruierte die aus der Reallast folgenden Leistungen als eine auf dem heimischen Rechte beruhende Modifikation des römischen Servitutenbegriffes. In ihrer Totalität erschien die Reallast als sogenannte *servitus iuris germanici*. Für unsere

³⁵³⁾ Vgl. Krainz 106, wogegen die Herausgeber Pfaff und Ehrenzweig (107¹³⁾ den Nachdruck auf das dingliche Aksessorium legen und daher die Reallast zu den dinglichen Rechten zählen. Der Entwicklung des deutschen Rechtes entspricht es wohl mehr, die „Gewaltsverhältnisse“ sich in „Obligationen“ umwandeln zu lassen, denn die Entwicklung des „Gewaltsverhältnisses“ zu einem „dinglichen Rechte“ anzunehmen; das letztere würde nicht der leitenden Idee der Ablösungsgesetze entsprechen. Daß in der Reallast „dingliche Elemente“ geblieben sind, betonen auch Pitreich a. a. O. 367¹⁸⁾, Stobbe-Lehmann a. a. O. 44 Anm. 8. 9, Pflüger a. a. O.: „Die Reallast ist nach ihrem Inhalte obligatorisch, nach ihrem Rechtsschutz dinglich.“ Über den Einfluß, welchen die Entwicklung und allmähliche Abschwächung der wirtschaftlichen und sozialen Gewaltsverhältnisse auf den Begriff der Reallast ausgeübt haben, vgl. Pfersche, Österreich. Sachenrecht I (1893) 39 Anm. 9.

³⁵⁴⁾ Vgl. darüber Duncker a. a. O. 6f., Krainz 105 Anm. 2.

³⁵⁵⁾ Vgl. darüber Unger 354f.

³⁵⁶⁾ Vgl. Duncker a. a. O. 11f., Heimbach a. a. O. 31 Anm. 13—15, Unger 558 Anm. 15—18, Krainz 105¹⁾, Stobbe-Lehmann a. a. O. 50⁵⁾.

³⁵⁷⁾ Daß bei Zugrundelegung des römischrechtlichen Begriffes der Dinglichkeit die Reallast mit der Servitut nur oberflächliche Ähnlichkeit hat, betont mit Recht Pitreich a. a. O. 366 Anm. 11f., was aber Pitreich zu Unrecht als Argument gegen den ursprünglichen, im deutschen Rechte liegenden, dinglichen Charakter der Reallast benutzt.

Zwecke interessiert uns insbesondere folgende Frage. Es fragt sich, ob die Gesetzesverfasser bei der Bestimmung des Reallastbegriffes das „Gemeine Recht“ zu Grunde legten und dieses fortzubilden suchten³⁵⁸), oder ob sie sich des Gegensatzes zwischen dem römischen und heimischen Rechte in dieser Frage bewußt waren, und unter vollständiger Beiseitelassung des römischen Rechtes lediglich die in den heimischen Rechten liegenden Rechtsgedanken auszubilden suchten. Ist der erste Weg von den Gesetzesverfassern befolgt worden, dann haben sie in der Tat das „Gemeine Recht“ für ihre Gesetzesarbeiten bezüglich der Reallast zu Grunde gelegt. Ist dagegen von den Gesetzesverfassern der zweite Weg betreten worden, dann hat das „Gemeine Recht“ gar keine Bedeutung für die Auffassung der Reallast durch die Gesetzesverfasser und durch das ABGB. Wir hätten in dem letzteren Falle den Beweis dafür, daß die Gesetzesverfasser keineswegs an das „Gemeine Recht“ anknüpften, sondern schon die zwei großen Faktoren, aus denen das gemeine Recht zusammengesetzt ist, nämlich das römische Recht und die heimischen Rechte, scharf voneinander schieden.

Die „Materialien“ zum ABGB. sind nach dieser Seite hin genügend von Pitreich³⁵⁹) untersucht worden, so daß darauf verwiesen werden kann. Der *Codex Theresianus* unterscheidet die einzelnen Arten der Reallasten und behandelt diese einzelnen Arten gesondert. Diejenigen Reallasten, welche sich in ihrer äußeren Erscheinungsform den Servituten nähern, werden als „wahre Servituten“ nach den Sätzen des reinen römischen Rechtes behandelt.³⁶⁰) Mit dem „gemeinen“ Rechte haben somit diese Reallasten nichts zu tun. Diejenigen Reallasten dagegen, welche in der Gesamterscheinungsform sich als Renten qualifizieren³⁶¹), werden als Obligationen unter dem Begriff des „Zinskontraktes“ aufgefaßt. An das „gemeine“ Recht knüpfte man somit auch bezüglich dieser Reallasten nicht an. Vielmehr suchte man die heimischrechtlichen Ideen fortzubilden.

³⁵⁸) Dieser Ansicht scheint Pitreich a. a. O. 365 zu sein („Man wird daher unter der Reallast dasjenige verstehen müssen, was die gemeinrechtliche Lehre darunter versteht, allerdings mit jenen Modifikationen, welche sich etwa aus der Geschichte des österreichischen Partikularrechtes nachweisen lassen sollten“).

³⁵⁹) a. a. O. 373 f.

³⁶⁰) Namentlich „die aus dem Untertänigkeitsverbande entspringenden Reallasten (Frohnden, Zehnten, Urbarialleistungen“), wobei man nach Maßgabe der *servitus oneris ferendi* aus der Servitut auch eine Verpflichtung zum *facere* ableitete.

³⁶¹) D. i. „Leistungen, die in einer regelmäßig wiederkehrenden Geld- oder Naturalabgabe bestehen, auf rein privatrechtlichem Titel beruhen und nicht notwendig auf immerwährende Dauer berechnet sind“.

Diese grundsätzliche Stellung der Gesetzesverfasser wird erst mit dem Martinischen Entwurfe aufgegeben. Man verwirft die Anschauung, als ob die Servitut auch in einem *facere* bestehen könne, und verweist die servitutenähnlichen Reallasten wegen ihrer Verbindung mit den Untertänigkeitsverhältnissen in das öffentliche Recht; dabei wird in II 9 § 37 zwar hervorgehoben, daß derartige Reallasten auch auf privatrechtlichem Verträge beruhen können, jedoch wird der rechtliche Charakter derartiger Reallasten nicht gekennzeichnet. Dieselbe Stellung bezüglich dieser Art Reallasten nehmen auch das galiz. Gesetzbuch und das ABGB. ein.³⁶²⁾ Bezüglich der Renten vertritt der Martinische Entwurf gleichfalls eine andere Auffassung. Der Abschnitt von den „Zinskontrakten“ wird beseitigt, einzelne Bestimmungen daraus werden an verschiedenen Stellen des Systems untergebracht, aber die Bestimmungen über Renten werden ganz weggelassen. Derselben Auffassung folgen das galizische Gesetzbuch und das ABGB., dessen § 530 nur verrät, daß den Gesetzesverfassern „die Existenz der Renten bekannt war“.³⁶³⁾ Es ist also von den späteren Gesetzesarbeiten, einschließlich der endgültigen Redaktion des ABGB. (§ 530) für unsere Frage dasselbe zu sagen wie vom *Codex Theresianus*. An das „gemeine“ Recht wird bezüglich der Begriffsbestimmung der Reallast nicht angeknüpft; das Rechtsinstitut bildet sich auf Grund der tatsächlichen heimischrechtlichen Verhältnisse und auf Grund der später nachfolgenden Spezialgesetzgebung aus.³⁶⁴⁾

XXVI. Knüpfen aber die Gesetzesverfasser bei einer großen Reihe von Rechtsinstituten, wie z. B. bei der Reallast, an die heimischen Rechte und nicht an das „gemeine“ Recht an, so fragt es sich, welche juristische Rolle die heimischen Rechte gegenüber dem ABGB. spielen. Erwägen wir nun, daß die Gesetzesverfasser die heimischen Rechtssätze und Rechtsinstitute nicht anders behandeln wie das römische Recht, daß sie die leitenden Ideen des heimischen Rechtes zum Teil annehmen, zum Teil aber verwerfen³⁶⁵⁾, so kommen wir für die juristische Stellung der heimischen Rechte zu dem ABGB. zu demselben Resultate wie für die juristische Stellung des klassischen römischen Rechtes³⁶⁶⁾:

³⁶²⁾ Pitreich a. a. O. 374. Über öffentlich-rechtliche Grundlasten im klassischen römischen Recht vgl. Pernice, Beziehungen des öffentlichen römischen Rechtes zum Privatrechte, Parerga II (Zeitschr. d. Savigny-Stiftung V 6f.)

³⁶³⁾ Pitreich a. a. O. 374.

³⁶⁴⁾ Vgl. auch Pitreich a. a. O. 374, 375.

³⁶⁵⁾ Vgl. oben Nr. XI.

³⁶⁶⁾ Vgl. oben Nr. XXI.

die heimischen Rechte sind vergleichendes Auslegungsmittel des ABGB. Natürlich bezieht sich dies nur auf die heimischen Rechte, soweit sie hinter der endgültigen Redaktion des ABGB. zurückliegen. Mit dem ABGB. beginnt eine einheitliche Fortentwicklung sämtlicher Rechtsinstitute, sowohl der von römischrechtlicher Herkunft als auch der von heimischrechtlicher Herkunft.³⁶⁷⁾ Und nur um die Grundlagen der Rechtsinstitute, welche ja in der Zeit vor dem ABGB. liegen, zu verstehen, sind das klassische römische Recht bzw. die heimischen Rechte als vergleichendes Auslegungsmittel des ABGB. heranzuziehen.

XXVII. Fassen wir das Gesamtergebnis unserer Untersuchungen über die Auffassung der Gesetzesverfasser von der Stellung des römischen Rechtes im ABGB. zusammen, so können wir kurz sagen: das gemeine Recht in seiner Totalität hat keine juristische Bedeutung für das ABGB. Dagegen haben Bedeutung für das ABGB. die im gemeinen Rechte enthaltenen heimischen und modernen Rechtssätze und Rechtsinstitute. Diese heimischen und modernen Rechtssätze und Rechtsinstitute, soweit sie in der Zeit vor dem ABGB. sich entwickelt haben³⁶⁸⁾, müssen als vergleichendes Auslegungsmittel des ABGB. gelten.³⁶⁹⁾ Eine Darstellung der dogmengeschichtlichen Entwicklung von der Zeit der Glossatoren an bezüglich dieser heimischen und modernen Rechtsinstitute ist sicherlich wünschenswert, da wir dadurch mit der geschichtlichen Entwicklung dieser Rechtsinstitute bekannt gemacht werden³⁷⁰⁾; dagegen dürfte die Darstellung der dogmengeschichtlichen Entwicklung, soweit sie das gemeine Recht in seiner Totalität zu Grunde legt³⁷¹⁾, für die Auslegung des ABGB. ohne Wert sein. Soweit dagegen das ABGB. römische Rechtssätze und Rechtsinstitute übernommen hat, hat das klassische römische Recht als vergleichendes Auslegungsmittel des ABGB. zu gelten.³⁷²⁾

³⁶⁷⁾ Als Beispiel mag auf die meisterhafte Analyse der §§ 258. 259 ABGB. durch L. Pfaff, Die *potioris nominatio* im österreich. Vormundschaftsrecht, NotZ. 1901 Nr. 47—52 hingewiesen werden.

³⁶⁸⁾ Vgl. oben Nr. XI. XIII.

³⁶⁹⁾ Vgl. oben Nr. XXVI.

³⁷⁰⁾ Als gutes Beispiel läßt sich anführen die Abhandlung von L. Pfaff, Die Klausel *Rebus sic stantibus* in der Doktrin und österreich. Gesetzgebung, Festschrift für Unger (1898). Auf die meritorische Seite der Frage kann nicht eingegangen werden. Die Polemik zwischen Windscheid und Lenel ist bekannt. Vgl. v. Koschembahr-Lyskowski, *Condictio* I (1903) 6 f., auch Pfaff a. a. O. 294 f.

³⁷¹⁾ Dies fordert Litten a. a. O. 31.

³⁷²⁾ Vgl. oben Nr. XXI.

XXVIII. Wollen wir an diese Auffassung der Gesetzesverfasser von der Stellung des römischen Rechtes im ABGB. einige kritische Bemerkungen anknüpfen, so können wir sagen, daß grundsätzlich auch heute noch diese Auffassung die richtige ist.³⁷³⁾ Aber die Auffassung der Gesetzesverfasser ist zu vertiefen. Inwieweit die Auffassung der Gesetzesverfasser von der Stellung des römischen Rechtes im ABGB. der Vertiefung bedarf, ist bereits oben³⁷⁴⁾ bemerkt worden. Hier sei kurz hervorgehoben, daß auch eine gründlichere historische Kenntnis der heimischen Rechte erforderlich ist, als sie die Gesetzesverfasser gehabt haben: die systematischen Forschungen in den heimischen Rechten, wie sie seit Jahrzehnten überall vorgenommen werden, haben denn auch diesen Mangel zum großen Teil beseitigt. Aus alledem ergibt sich auch die Notwendigkeit einer tieferen Auffassung vom Rechte. Mit der Vernunft, als der entscheidenden Quelle des Rechtes, kommen wir nicht aus, da wir durch die tatsächlichen sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse gebunden sind.³⁷⁵⁾ Das Recht ist der Ausdruck der geschichtlichen Entwicklung der sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse³⁷⁶⁾, welche aber (und dies ist wieder der richtige Punkt in der Auffassung der Gesetzesverfasser als „Naturrechtler“) einer Regelung nach dem Gerechtigkeitsideal entgegengeführt werden sollen. Man kann sagen: das Recht ist seinem Inhalte nach das ethische Gleichgewicht in den sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen der Menschen.³⁷⁷⁾ Es wird daher zutreffend von unseren

³⁷³⁾ So urteilen auch P. u. H. 46 Anm. 251. Gegen die Zugrundelegung des gemeinen Rechtes sprechen sich entschieden aus v. Zoll (sen.), *O wykład. prawa rzymsk. i prawa cywiln. w uniw. austr.* (Von den Vorlesungen über rom. u. geltendes Zivilr. an der osterr. Univ.) in *Pam. krak. wydz. prawa* (Jahrb. d. Krakauer jurid. Fak.) 1872, sowie *O nauk. stanowisku prawa rz. po zaprowadz. pow. kod. w Niemczech* (Von d. wissenschaftl. Stellung d. rom. R. nach Einfuhr. d. BGB. im Deutschen Reiche) in der juristisch. Zeitschrift „*Czasopismo prawn.*“ I Krakau 1899, sowie *Pandekta czyli nauka rz. pr. prywat.* (Pandekten oder rom. Privatr.) I, 2. Aufl. 1906, A. Ehrenzweig, Leopold Pfaff, *Jurist. Bl.* 1910 S. 158.

³⁷⁴⁾ Nr. XXIV.

³⁷⁵⁾ Vgl. Unger 4.

³⁷⁶⁾ Dies betont mit Recht neuestens Scialoja, *L'arbitrio del legislatore*, in der Zeitschrift „*Scientia*“ VII (1910) N. XIII—1 S. 133 f.

³⁷⁷⁾ Vgl. auch Loening, *Wesen u. Wurzel des Rechtes* (1907) 21: Das Recht ist „die Harmonie des sozialen Lebens“. Zur Frage, ob das Recht als in der Wirklichkeit bestehend betrachtet werden kann, wenn wir es als „ethisches Gleichgewicht“, also als eine Verhältnisbestimmung (Verhältnisgröße) bezeichnen, sei verwiesen auf das gediegene Studium über die Platonischen Ideen als die alleinige Wirklichkeit von L. Robin, *La théorie platonicienne des idées et des nombres d'après Aristote* 1908 (vgl. insbesondere S. 13 f., 30 f.).

österreichischen Zivilisten bei der Behandlung des österreichischen Privatrechtes nicht schlechtweg die historische Methode, sondern die historisch-philosophische Methode zur Anwendung gebracht.³⁷⁸⁾

Fügen wir eine Vertiefung zu der Auffassung der Gesetzesverfasser von der Stellung des römischen Rechtes (und auch der heimischen Rechte) im ABGB. hinzu, so gewinnen wir aus der Auffassung der Gesetzesverfasser neue Resultate, welche zu einer Modifikation unserer Anschauungen über die geschichtliche Entwicklung des Rechtes und zu einer Korrektur der Anschauungen der historischen Schule führen. Ausführliche Erörterungen sind hier nicht am Platze, aber mit einigen Worten muß doch der Rezeption des römischen Rechtes Erwähnung getan werden. Das beste, was über die Rezeption des römischen Rechtes gesagt worden ist und was uns eine befriedigende Lösung dieses großen Problems gibt, enthält in kurzen Sätzen Heinrich Brunner.³⁷⁹⁾ Zieht man zur Detailcharakterisierung dieses Kulturprozesses noch die vortrefflichen Untersuchungen von Adolf Stölzel³⁸⁰⁾ heran, so hat man ein gutes Bild von der Rezeption des römischen Rechtes vor sich. Legen wir für eine kurze Zusammenfassung der entscheidenden strittigen Punkte die gediegenen Ausführungen von Regelsberger³⁸¹⁾ zu Grunde, so können wir folgendes feststellen. Der Einfluß des römischen Rechtes auf die Rechte der modernen europäischen Völker beginnt schon seit der Berührung dieser Völker mit der römischen Kultur.³⁸²⁾ Mit Recht weist Litten³⁸³⁾ darauf hin, daß das Auftauchen römischen Rechtes in Deutschland bereits im V. Jahrhundert vorkommt. In großem Maßstabe beginnt die Beeinflussung durch das römische Recht mit der Glossatorenzeit. In Rechtsprechung und Doktrin wird das *corpus iuris* zu Grunde gelegt, aber in der Auslegung der Glossatoren und ihrer Nachfolger. Wie Litten³⁸⁴⁾ zutreffend betont, nahm die Theorie, aber auch nur die Theorie, eine Rezeption *in complexu* an. In den tatsächlichen Verhältnissen fand sich weder eine Rezeption *in complexu*, noch das Bewußtsein, nach fremdem Rechte

³⁷⁸⁾ Unger S. IV (Vorrede), S. 647/648, Krainz 1 f., v. Zoll, *Austrjackie prawo prywatne* (Oesterreich. Privatr.) I, 2. Aufl. 1909, S. V (Vorrede), 31 f.

³⁷⁹⁾ Grundzüge der deutschen Rechtsgeschichte (3. Aufl. 1908) § 61.

³⁸⁰⁾ Die Entwicklung des gelehrten Richtertums in deutschen Territorien I. II, 1872 (vgl. insbesondere I 24 f., 36 f., 138 f), sowie: Die Entstehung der gelehrten Rechtsprechung I. II, 1901, 1910 (vgl. insbesondere II 9, 15, 26 f.).

³⁸¹⁾ Pandekten I § 1.

³⁸²⁾ Vgl. v. Halban, Das römische Recht in den germanischen Volksstaaten I—III 1899—1907 (Gierkes Untersuchungen zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte), insbesondere I 15 f., 56 f., III 356 f., Regelsberger a. a. O. § 1¹.

³⁸³⁾ a. a. O. 41.

³⁸⁴⁾ a. a. O. 17.

zu leben.³⁸⁵) Dieses Bewußtsein kam erst in der politischen Diskussion im XV. und den folgenden Jahrhunderten zum Ausdruck³⁸⁶), was aber der tatsächlichen Fortsetzung der Übernahme zahlreicher römischer Rechtssätze keinen Eintrag brachte. Es hat somit nur eine Rezeption zahlreicher römischer Rechtssätze, nicht eine Rezeption *in complexu* stattgefunden.³⁸⁷) Die Glossatoren und ihre Nachfolger suchten, um nach außen eine einheitliche Grundlage zu gewinnen und auf diesem Wege aus der Zerfahrenheit der zahllosen lokalen Rechte herauszukommen³⁸⁸), die heimischen Rechte als bloße Modifikation des römischen Rechtes darzustellen und die heimischen Rechte bei der Auslegung des *corpus iuris civilis* zu berücksichtigen.³⁸⁹) Dies war vom Standpunkte der damaligen praktischen Bedürfnisse berechtigt, und die Glossatoren haben das Verdienst, für ihre Zeit eine große Aufgabe erfüllt zu haben.³⁹⁰) Aber was in der Theorie festgehalten wurde, brauchte deshalb in der Praxis noch nicht verwirklicht zu sein.³⁹¹) In der Praxis gingen das römische Recht und die heimischen Rechte getrennt ihre eigenen Wege, und wir haben keinen Beweis dafür, daß beide große Rechtsmassen in ihren Totalitäten sich zu einem großen ununterscheidbarem Ganzen, zu dem „Gemeinen Rechte“ verschmolzen. Die Entwicklung ist also umgekehrt gewesen, als man in der Doktrin der Glossatoren und ihrer Nachfolger annahm. Nicht die heimischen Rechte haben das römische Recht modifiziert, sondern das römische Recht hat die heimischen Rechte modifiziert: die Grundlage ist nicht das römische Recht geworden, sondern die Grundlage sind die heimischen Rechte geblieben.³⁹²)

³⁸⁵) Vgl. Stölzel, Entwicklung des gelehrten Richtertums I 35 f., 596 f., auch Regelsberger a. a. O. § 1 Anm. 16. Dies gegen Windscheid-Kipp, Pandekten I⁸ § 10 Anm. 4.

³⁸⁶) Vgl. Stintzing, Geschichte der deutsch. R. W. I 268 f.

³⁸⁷) Gegen die Annahme der Rezeption *in complexu* spricht sich auch Litten a. a. O. 17/18 aus, für die Rezeption *in complexu* s. Regelsberger a. a. O. § 1 Anm. 26 f., aber mit maßvoller Grundansicht und richtiger Abschätzung der ganzen Frage. Die von Windscheid-Kipp, Pandekten I⁸ § 10 S. 50 gefürchtete Verwirrung kann heute nicht mehr eintreten, weil wir überall Kodifikationen haben. Die Annahme der Rezeption *in complexu* hat ihre Aufgabe bereits erfüllt.

³⁸⁸) Vgl. v. Below, Die Ursachen der Rezeption des römischen Rechtes in Deutschland (1905) 163 f.

³⁸⁹) Vgl. Landsberg, Die Glosse des Accursius 28 f.

³⁹⁰) Vgl. Brugi, *La riabilitazioni dei giuriconsulti Accursiani. Studi Senesi XXII* (Torino 1905).

³⁹¹) Gegen die Unterscheidung zwischen theoretischer und praktischer Rezeption Regelsberger a. a. O. § 1 Anm. 5.

³⁹²) Vgl. auch Regelsberger a. a. O. § 1 Anm. 25.

Jahrhundertfeier des ABGB. I.

Mit dieser Auffassung von der Rezeption des römischen Rechtes stimmt auch die Stellung unserer Gesetzesverfasser überein, welche sie sowohl dem römischen Rechte als auch den heimischen Rechten gegenüber einnehmen. Sie behandeln beide Rechtsmassen getrennt und akzeptieren, bzw. verwerfen römische und heimische Rechtssätze, je nachdem dieselben ihnen in den sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen der Gegenwart noch begründet erscheinen oder nicht.³⁹³⁾ Sie haben also eine andere Auffassung von der Entwicklung des Rechtes, als die historische Schule, und dies führt uns zu einer Korrektur der Auffassung der historischen Schule.³⁹⁴⁾ Die historische Schule nimmt bekanntlich an, daß das Recht sich in der zeitlichen Aufeinanderfolge entwickle. Was in dieser zeitlichen Aufeinanderfolge sich als Recht entwickelt habe, das sei der letzte Ausdruck der Rechtsentwicklung und sowohl für Rechtsprechung als für Gesetzgebung maßgebend. Daher sei das heutige moderne Recht „das heutige römische Recht“.³⁹⁵⁾ Mit Recht wendet Klein³⁹⁶⁾ dagegen ein, daß dies nur dann richtig wäre, wenn die Entwicklung eine konstante und unbestrittene gewesen wäre. Dies ist aber ausgeschlossen, da wir wissen, daß doch in der Entwicklung die verschiedenartigsten Erschütterungen vorkommen, und daß in der Entwicklung die verschiedenartigen Meinungen miteinander gekämpft haben. Mit Recht betonen die heutigen Soziologen, daß die Entwicklung sich nicht in einer geraden Linie, sondern in einer Spirale (mit Fort- und Rückschritten) bewege.³⁹⁷⁾ Sicherlich spielt die zeitliche Aufeinanderfolge als Überlieferung eine große Rolle in der Entwicklung. Aber es muß zwischen der unbewußten und der bewußten Überlieferung unterschieden werden. Unsere Gesetzesverfasser sprechen daher präziser von der „Erfahrung“³⁹⁸⁾, da diese zwar auch auf der Überlieferung beruht, aber mit einer kritischen

³⁹³⁾ Vgl. oben Nr. X. XI.

³⁹⁴⁾ Auf die Kritik gegen die historische Schule ist bereits oben (Anm. 146) hingewiesen worden.

³⁹⁵⁾ Savigny nannte seine Darstellung des damals in Deutschland zum Teile noch geltenden gemeinen Rechtes: System des heutigen römischen Rechtes, I—VIII 1840—1849.

³⁹⁶⁾ Sachbesitz 2: „Savigny wie die späteren Schriftsteller setzen diese innere Einheit aller Quellenbelege einfach voraus und beginnen gleich mit der Abstraktion, ohne die wesentlichste Prämisse ihrer Zulässigkeit zu untersuchen.“ Vgl. auch v. Piniński, Tatbestand des Sachbesitzerwerbes II 105 Anm. 1.

³⁹⁷⁾ Vgl. Worms, *Philosophie des sciences sociales* I (1903) 149 f., III (1907) 241 f.

³⁹⁸⁾ Vgl. oben Anm. 55. Auf die Erfahrung als den wichtigsten Faktor in der allgemeinen Erkenntnislehre weist hin Ostwald, Vorlesungen über Naturphilosophie (1902) 7 f.

Beimischung ausgestattet ist. So ist denn nicht ausschließlich die zeitliche Aufeinanderfolge der Entwicklungsfaktor.³⁹⁹⁾ Es muß der sachliche Zusammenhang in der Entwicklung aufgedeckt werden.⁴⁰⁰⁾ Und da spielt als einer der Entwicklungsfaktoren sicherlich die Nachahmung eine große Rolle.⁴⁰¹⁾ Die Nachahmung ist nun entweder eine unbewußte oder eine bewußte. Die bewußte Nachahmung geht kritisch vor und preist nur das an, was als zweckentsprechend gelten kann.⁴⁰²⁾ Namentlich wo es sich um die Entwicklung auf Grund des Einflusses fremden Rechtes handelt, ist die Nachahmung als Entwicklungsfaktor des Rechtes in besondere Erwägung zu ziehen.⁴⁰³⁾ Die Feststellung der zeitlichen Aufeinanderfolge ist zwar notwendig; denn bevor die zeitliche Aufeinanderfolge nicht festgestellt ist, kann von einer Feststellung des sachlichen Zusammenhanges nicht die Rede sein. Die Auffassung der historischen Schule bildet somit ein notwendiges Durchgangsstadium für die Erfüllung der Aufgaben der geschichtlichen Rechtswissenschaft. Dies sei als Verdienst der historischen Schule hervorgehoben. Aber die Feststellung der zeitlichen Aufeinanderfolge genügt nicht: es ist als weiterer Schritt die Aufdeckung der inneren Triebfedern und der leitenden Ideen sowie die Kritik in der Entwicklung des Rechtes vorzunehmen.⁴⁰⁴⁾ Dieser Aufgabe wendet sich denn auch die neueste wissenschaftliche Richtung in der Behandlung des römischen Rechtes zu. Wenn auch ohne die notwendige wissenschaftliche Vertiefung haben die Gesetzesverfasser des ABGB. doch ein richtiges Gefühl für diese Aufgaben der Gesetzgebung und der Rechtswissenschaft gehabt.

XXIX. Zum Schlusse sei es gestattet, einer gewichtigen Stimme Erwähnung zu tun, welche sich neuestens prinzipiell gegen das römische Recht wendet. Es ist kein Geringerer als der geistvolle Schriftsteller

³⁹⁹⁾ Daraut weist schon v. Ihering, Entwicklungsgeschichte des römischen Rechtes (1894) 36 f. hin.

⁴⁰⁰⁾ Vgl. Ostwald, Vorlesungen über Naturphilosophie (1902) 295: „Zwischen Ursache und Wirkung besteht nicht bloß eine zeitliche, sondern auch eine sachliche Beziehung.“

⁴⁰¹⁾ Vgl. G. Tarde, *Les lois de l'imitation* (1890) 158 f., 397, sowie *Les lois sociales* (5. Aufl. 1907) 31, 35 f., 50 f. Der Nachahmung mißt eine große Bedeutung als Entwicklungsfaktor bei, auch Scealoja, *L'arbitrio del legislatore*, in der Zeitschrift „*Scientia*“ Bologna VII (1910) S. 136 f.

⁴⁰²⁾ Ein klassisches Beispiel für bewußte Nachahmung in der Entwicklungsgeschichte des römischen Rechtes bilden die *edicta tralaticia* der Prätores.

⁴⁰³⁾ Vgl. R. M. Meyer, Kriterien der Aneignung (Sonderabdr. aus Neues Jahrb. f. d. klass. Altertum XVII, 1906) 18, 32 f.

⁴⁰⁴⁾ Vgl. oben Nr. XIII g. E

Max Burckhard⁴⁰⁵⁾, welcher das römische Recht in seiner Totalität befiehlt.⁴⁰⁶⁾ Drei Fremdstoffe, so hebt der Verfasser an, seien in die Lebenssäfte der germanischen Völker geraten: das Christentum, die griechische Kunst und das römische Recht, zunächst das Recht der römischen Kaiser und dann im Anhang daran das Recht der römischen Päpste. „Das römische Recht hat denjenigen der germanischen Völker, die es in sich aufgenommen haben, nicht zum Heile gereicht, im Gegenteil, seine Rezeption war das größte Unglück, das sie je betroffen hat“ (S. 6). „Die Deutschen hatten ein Recht, das, herausgewachsen aus den Bedürfnissen des Volkes, auch der Art und dem Charakter dieses Volkes entsprach — das römische Recht aber war ein Recht, hervorgegangen aus ganz anderen Lebensverhältnissen und aus dem ganz abweichenden Wesen einer fremden Nation.“ Es mag dahin gestellt bleiben, ob die Annahme der Rezeption des römischen Rechtes *in complexu* der richtige Weg war oder nicht; sie war ein Notbehelf.⁴⁰⁷⁾ Entscheidend ist die Frage, ob die Übernahme sehr zahlreicher römischer Rechtssätze in die modernen Rechte für die letzteren heilsam war oder nicht. Es muß das erstere behauptet werden. Burckhard übersieht, daß die menschliche Natur den Individuen aller Völker gemeinsam ist, und daß es daher Kulturprodukte gibt, welche von den Menschen aller Nationen geschaffen werden. Durch die Berührung der modernen Welt mit der Antike mußte notgedrungen eine Beeinflussung der modernen Kultur durch das Altertum erfolgen. Durch diese Beeinflussung ist die heimische Kultur nicht vernichtet, sondern nur in ihrer Entwicklung beschleunigt und auf die rechte Bahn gewiesen worden.⁴⁰⁸⁾ Auch die römische Kultur, und nicht zum mindesten das römische Recht, hat sich der Beeinflussung durch ältere Kulturvölker nicht entziehen können. Es sei nur auf das *ius gentium* verwiesen und auf den Einfluß des griechischen und ägyptischen Rechtes.⁴⁰⁹⁾ Will man der Auffassung Burck-

⁴⁰⁵⁾ Der Richter. In der Zeitschrift „Das Recht“, Sammlung von Abhandlungen für Juristen und Laien, IV (Berlin 1909).

⁴⁰⁶⁾ Über die neuen Angriffe gegen das römische Recht in der französischen und italienischen Literatur vgl. Zocco-Rosa, *Il diritto romano di fronte alle odierne idealità giuridico-sociali* (Istituto di storia del diritto romano. Università Catania 1911) S. 7 f.

⁴⁰⁷⁾ Vgl. oben Nr. XXVIII.

⁴⁰⁸⁾ Vgl. H. Brunner, Grundzüge der deutsch. Rechtsgesch. § 61 S. 249: „Die Tatsache der Rezeption an sich ist nicht anzufechten. Sie bedarf keiner Verteidigung, wenn man von der Ansicht ausgeht, daß aller Kulturfortschritt der Menschheit die Aufnahme und innerliche Verarbeitung vorhergegangener Kultur zur Voraussetzung hat.“

⁴⁰⁹⁾ Vgl. oben Anm. 316.

hards folgen, so muß man an der Existenz einer Zivilisation der Menschheit verzweifeln, und doch ist diese Zivilisation der Menschheit in der Entwicklung von Jahrtausenden geschichtlich festgestellt und vollzieht sich noch heute vor unseren Augen. Dies Allgemainschliche, welches das Spektrum der Kulturbestrebungen der einzelnen Völker bildet, darf nicht ignoriert werden. Zutreffend sagt einmal Gervinus von Shakespeares „Cäsar“, daß die Römer, welche er auftreten läßt, keine Römer sind, aber Menschen, Menschen durch und durch, und denen stehe auch die römische Toga. Welche Entwicklung die germanischen Rechte durchgemacht hätten, wenn eine Beeinflussung durch das römische Recht nicht stattgefunden hätte, darüber wäre müßig zu streiten. Allzu schön darf man sich das nicht austräumen. Die Rechtszustände in Island berechtigen nicht zu allzu großen Hoffnungen. Der Untergang Polens ist nicht zum kleinsten Teile auf die unterbliebene Rezeption des römischen Rechtes zurückzuführen, welche die königliche Macht gestärkt und der Anarchie ein Ende gemacht hätte; vergeblich bemühte sich im XVI. Jahrhundert um die Rezeption der Wilnaer und Krakauer Professor Petrus Royzcius, ein Spanier von Geburt und Freund des Antonius Augustinus, eines Schülers Alciats. Wenn aber Burckhard meint (S. 6), daß das römische Recht sich ausgebildet hatte, „indem ein Volk scheinbar zähe festhielt an starren Sätzen und Formen, diese aber tatsächlich durch ein System von ‚Annahmen‘, von ‚Fiktionen‘, also von Unwahrheiten durchbrach und in ihr Gegenteil verkehrte; und auch noch das ausgebildete Recht der klassischen Zeit hat die Spuren dieses eigentümlichen Entwicklungsprozesses deutlich an sich behalten: es ist ein ‚Recht auf Umwegen‘ gewesen und geblieben“ so kann dem geistvollen Gelehrten der Vorwurf der Übertreibung nicht erspart werden. Machen denn die wenigen *actiones ficticiae* und die nicht zahlreichen, sogenannten nachgeformten Rechtsgeschäfte (dreimalige Manzipation als Emanzipation u. dgl.), den wesentlichen Wert des römischen Rechtes aus? Und wenn Burckhard in seinen weiteren Ausführungen (S. 47) das Studium des römischen Rechtes für überflüssig hält, weil: „es zerstört das natürliche Rechtsgefühl, es hemmt und unterbricht immer wieder den Strom einer gesunden Rechtsempfindung, es hindert, daß unsere Richter wirklich geeignet würden, auf dem Wege der Rechtsprechung unser Recht wieder in Einklang zu bringen mit dem Empfinden der Rechtssuchenden, des Volkes“, so ist dem folgendes entgegenzuhalten. Eine gesunde Rechtsempfindung darf dem Richter nicht abgehen, aber der Richter kommt damit nicht aus. Nur in primitiven Zuständen würde die Rechtsempfindung genügen und hat auch immer genügt. Ebenso wie

unsere heutigen komplizierten sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse nicht das Produkt eines Volkes, sondern der Entwicklung von Jahrtausenden in der Menschheitskultur sind, so ist auch das Recht als Ausdruck dieser sozialen und wirtschaftlichen Verhältnisse ein „Naturprodukt“⁴¹⁰⁾, eine „Kulturerscheinung“⁴¹¹⁾ nicht eines einzelnen Volkes, sondern der Menschheit, wenn auch Verschiedenheiten bei den einzelnen Völkern vorkommen. Die Kultur ist nicht von heute und beginnt nicht mit einem Volke. Die Anfänge der menschlichen Kultur liegen in unabsehbarer Vergangenheit, und ebenda liegen auch die Anfänge des Rechtes. Die vergleichende Rechtswissenschaft und die ethnologische Jurisprudenz geben uns schon ziemlich klare Anschauungen über den Werde- und Entwicklungsgang des Rechtes.⁴¹²⁾ Wie es aber mit der reinen „Rechtsempfindung“ in komplizierten sozialen und wirtschaftlichen Verhältnissen aussieht, darüber belehrt uns in vielfach unerfreulicher Weise die Schöffenjustiz des Mittelalters.⁴¹³⁾ Das Wort „Willkür“ hat doch nicht ohne Grund heute einen schlechten Klang. Ja, selbst in neuester Zeit hat in der Schweiz gerade die Schöffenjustiz mit der „gesunden Rechtsempfindung“ zum Übergang zur gelehrten Rechtsprechung und zur Rezeption zahlreicher römischen Rechtssätze geführt.⁴¹⁴⁾ Kein Romanist hält die römischen Rechtssätze für ein *Noli me tangere*, und wo moderne Rechtssätze, welche wirklich wertvoll sind, zu Tage gefördert werden, gibt jeder Romanist mit Freuden sein *placet*. Aber das römische Recht seinen leitenden Ideen nach aus dem modernen Rechte gänzlich auszuschneiden, würde der teilweisen Vernichtung des geschichtlichen Unterbaues gleichen und eine Zeit heraufbeschwören, von welcher Unger⁴¹⁵⁾ so trefflich sagt, „daß sie über die Gegenwart, die Vergangenheit und die Zukunft vergißt“.

⁴¹⁰⁾ Bekker, Grundbegriffe des Rechtes I (1910) S. 13.

⁴¹¹⁾ Kohler, Das Recht als Kulturerscheinung 1885, sowie: Recht, Glaube und Sitte, Grünhuts Zeitschr. XIX (1892) 561 f.

⁴¹²⁾ Vgl. Kohler, Das Recht als Lebenselement der Völker (Vortrag in der Wiener juristischen Gesellschaft 1886 und Würzburg 1887).

⁴¹³⁾ Vgl. Stölzel, Entstehung des gelehrten Richtertums I 40, 138, 235 f., 605, 606.

⁴¹⁴⁾ Vgl. v. Koschembahr-Lyskowski, Zur Vereinheitlichung des schweizerischen Privatrechtes (Vortrag), Basel 1899.

⁴¹⁵⁾ 636.

rechtes diene ihnen so als Wegweiser bei der Formulierung naturrechtlicher Sätze. Freilich gab man sich häufig der Selbsttäuschung hin und nahm etwas als Naturrecht an mit Hinweis auf das römische Recht, während tatsächlich man umgekehrt das römische Recht hinnahm und den naturrechtlichen Charakter erst hineinlegte. Aber Selbständigkeit wahrte man sich doch. Wo heimisches Recht oder Bedürfnisse der Gegenwart dem römischen Rechte in begründeter Weise widersprachen, da erklärte man in dem betreffenden Falle das römische Recht für gegen das Naturrecht verstoßend und folgte dem heimischen Rechte oder schuf eine *lex positiva* mit Rücksicht auf die besonderen Verhältnisse und Bedürfnisse. Im Resultate war daher die Grundauffassung der Gesetzesverfasser vielfach glücklich und von einem richtigen juristischen Gefühl geleitet; nur die Argumentation war wegen mangels tieferer historischer Kenntnisse und weil man durchaus alles auf den Schemen des Naturrechtes bringen wollte, fast immer eine sehr oberflächliche und häufig verschwommene. Dabei begnügte man sich meist, nur auf die allgemeinsten leitenden Ideen des römischen Rechtes hinzuweisen⁸¹⁾ und entweder diese leitenden Ideen als noch für die Gegenwart richtig anzuerkennen (natürlich mit dem unglücklichen Argument, daß sie dem „Naturrechte“ entsprechen), oder die betreffenden leitenden Ideen des römischen Rechtes für die Gegenwart als nicht mehr richtig anzuerkennen (wobei nicht nur auf den Verstoß gegen das Naturrecht, sondern häufig schon auf die heimischen Rechte und die Bedürfnisse der Gegenwart hingewiesen wird). Auf Detailuntersuchungen ließ man sich fast nie ein. Aber diese großen Mängel dürfen uns die Augen nicht verschließen für die richtige Grundauffassung, welche den Gesetzesverfassern über das Verhältnis des römischen Rechtes zum „modernen“ Rechte vorschwebte; denn „Naturrecht“ ist ihnen schließlich das Recht, das sie selbst brauchten, also „modernes“ Recht.⁸²⁾ Schon bei der Diskussion über den Generalplan zum *Codex Theresianus* bemerkte man, daß zwar das römische Recht nicht mehr in gesetzlicher Geltung sein solle, darum aber nicht aufhören, auf der Lehrkanzel vertreten zu sein, weil es zur Gesetzesanwendung geschickt mache und „die natürliche Billigkeit, in welche das allgemeine erbländische — erst

⁸¹⁾ Vgl. auch L. Pfaff, Rede auf Franz v. Zeiller 21, Krainz 3 Anm. 7. Bezeichnend ist, daß für die Anordnung des Stoffes der Gesetzgebungsarbeiten das justinianische Institutionensystem, nicht das der Digesten, zu Grunde gelegt wurde. Vgl. H. G. 45, P. u. H. 9 Anm. 38, Pfaff 1884 S. 169, 1885 S. 253 Anm. 4, 1887 S. 258. Es entsprach dies der derzeitigen wissenschaftlichen Behandlung des römischen Rechtes überhaupt, da auch dieser die Institutionen Justinians zu Grunde lagen (Heineccius, Höpfner).

⁸²⁾ Vgl. oben Nr. III a. E.