



Das Autorrecht,

eine zivilistische Abhandlung.

Zugleich ein Beitrag

zur Lehre vom Eigenthum, vom Miteigenthum,
vom Rechtsgeschäft und vom Individualrecht

von

Dr. J. Kohler,
Professor in Würzburg.

(Separatabdruck aus Ihering's Jahrb. XVIII N. F. VI,
mit Register versehen).

De n a ,

Verlag von Gustav Fischer
vormals Friedrich Mauke.

1880.



§. 1.

Das Autorrecht ist eines der wenigen Rechte, welche noch um ihre wissenschaftliche Existenz zu kämpfen haben. Allerdings ist es kein Recht, welches in dem festen Boden des Alterthums wurzelt, welches aus den großartigen Quellen einer in naiver Genialität geschaffenen, durch Alter geheiligten Ueberslieferung entspringt. Um so mehr ist es unsere Aufgabe, die schöpferische Kraft unserer Generation auf die Probe zu stellen, um nicht vor den ewigen Erzeugnissen einer früheren Zeit, vor dem Genius der gottbegnadeten Römischen Juristen, vor den Laeonen und Gelsi, vor den Paulli und Papiniani zu erröthen. Mit um so größerem Rechte können und müssen wir uns gegen jene sterile, im Sande verlaufende Lehre erheben, welche das Autorrecht völlig aus dem Nexus des sonstigen Rechtsorganismus abscheidet und ihm abseits von der ewig fruchtbaren Quelle des Lebens eine einsame verdorrnde Sonderexistenz anweisen will. Darauf hinaus zielen aber alle jene Privilegientheorien und Alles, was bis jetzt gegen unser Immaterialgüterrecht laut geworden ist; denn mit dem Immaterialgüterrecht haben wir unsern festen Boden im Rechtssysteme neben dem Eigenthum gefunden: Rechte an immateriellen Gü-

tern, wie das Eigenthum ein Recht an einem materiellen Gute ist; daher Verschiedenheiten der Technik neben gleichartigen Ausgangspunkten.

Wenn man dagegen geltend macht, daß es kein geistiges Eigenthum geben könne u. s. w., so bedürfen derartige Angriffe keiner Entgegnung, nachdem ich an mehr als einer Stelle den Unterschied zwischen Immaterialgüterrecht und Eigenthum dargethan, und gezeigt habe, daß das Immaterialgüterrecht ein geistiges Eigenthum nicht ist. Und wenn man noch fortfährt, das Eigenthum verlange physische Herrschaft, so sagt man damit nichts weiteres, als daß das Eigenthum seinem Wesen nach ein Recht an physischen d. h. körperlichen Sachen ist. Das hat die Welt auch schon vor unsern Gegnern gewußt; daß aber das Immaterialgüterrecht ein Recht an einem immateriellen Gute ist, sagt schon der Name, so daß nicht einzusehen ist, was mit derartigen verfehlten Bemerkungen geleistet sein kann. Und daß eine rechtliche Herrschaft an immateriellen Gütern nicht möglich sei, dieß zu behaupten, hieße der tagtäglichen Erfahrung widersprechen.

Mehr könnte man sich von den Bemerkungen Meibom's (Jenaer Litteraturzeitung 1879 Nr. 4), welche gegen Stobbe und gegen mich gerichtet sind, angezogen fühlen, sofern derselbe behauptet, daß unser Immaterialgüterrecht lediglich in einem Verbotrechte, in dem Rechte, Andern eine bestimmte Thätigkeit zu untersagen, beruhe — jedoch völlig irrig: es besteht vielmehr in dem Rechte der ökonomischen Ausbeute des immateriellen Gutes, wie das Eigenthum in dem Recht der Ausbeute eines materiellen Gutes besteht; und das Verbot gegen Dritte erfolgt in beiden Fällen nur per consequentiam, weil das Genußrecht ein exklusives, einzig dem Berechtigten vorbehaltenes ist, daher jeder Eingriff eines Dritten eine Verletzung



dieses Genußrechts involvirt: das Verbotungsrecht ist nur die Schale, welche den fruchtbaren Kern umschließt.

Betrachten wir indeß diesen Meibom'schen Einwand näher — so ist er ja nur ein Ausläufer jener neuesten Fehl-idee, welche im Rechte nichts als Imperative, als Gebots- oder Verbotsnormen erblickt und den Genußgehalt völlig von dem Rechte loschält, einer Doctrin, welche die Auster fortwirft und uns die nackte Schale läßt. Diese Richtung hat nicht etwa bei den Immaterialgüterrechten angefangen, sondern sich sofort flugs zum Eigenthum gewandt und das Genußrecht aus dem Eigenthum herausgenommen, aus dem allerdings sehr probaten Grunde, weil ja das Gesetz dem genießenden Eigenthümer nicht zur Hülfe springt, wenn sich trotz seiner Habe der Genuß nicht einstellt, weil ja das Recht dem Eigenthümer des Pferdes nicht den Reitmeister macht¹⁾, und weil für einen schlechten Magen nicht der Jurist, sondern der Arzt der richtige

1) „Dem ungeschickten Reiter müßte auf sein Verlangen der Staat auf sein Pferd helfen (!), den entlaufenen Hund müßte die Gemeinschaft mit suchen“ (!), Thon, Rechtsnorm S. 293. Und bei solchen Abenteuerlichkeiten sollte das, was ich in diesen Jahrb. XVI, S. 325, 326 über das Thon'sche Buch gesagt habe, ungerecht sein! Wenn übrigens Binding, krit. Viertelj.schrift N. F. II S. 544, behauptet, ich würde mir durch dieses Urtheil selbst zu nahe treten, so hätte er besser gesagt, ich sei damit dem Rezensenten Binding sehr nahe gekommen, denn er gerade hat die Unklarheiten, Widersprüche, Abenteuerlichkeiten dieses Buchs und die Unhaltbarkeit und Unfruchtbarkeit seiner Grundgedanken in höchst anerkennenswerther Weise und in sehr drastischer Form dargelegt. Ich aber habe von dem Wesen und von der Aufgabe der Wissenschaft die Ansicht, daß ich niemals leeren Begriffsgespinnsten ohne materiellen Gehalt, puren logischen Irrgängen ohne tieferen Einblick in die Gestaltungen des Rechts, oder auch neu ausgestatteten alltäglichen Gedanken, irgend welchen erheblichen wissenschaftlichen Werth beimessen kann — sollte ich damit auch einigen Tendenzen Binding's schnurstracks zuwiderlaufen. Vgl. jetzt auch Rüd im Heymann'schen Literaturblatt I S. 161 fg.

Rathgeber ist — — so daß als Inhalt des Eigenthums nichts mehr übrig bliebe als das Verbot, das Quos ego, das Noli me tangere, die seidene Schnur, welche den Rosengarten in Worms umgibt. Ich meinerseits habe mich nie zu dieser Anschauung hingezogen gefühlt, für mich ist es zu viel Genügsamkeit — — mögen die Genügsamen sich die Schale munden lassen, ich habe mir die Auster gewählt.

Wenn nun diese Fehldece auch auf dem Gebiete des Immaterialrechts ihre Hochblüthe treibt, so ist diese *communio erroris* gerade der beste Beweis für die Gleichartigkeit der Rechte: gleichartige Rechte, gleichartige Irrthümer.

Doch genug der Vertheidigung, gehen wir selbst zum Angriff über; die Opposition gegen unsere Lehre vom Autorrecht operirt von zwei Seiten aus. Auf der einen Seite gilt die Lösung, daß ein Autorrecht überhaupt nicht existire, daß das angebliche Autorrecht nur der Rückschlag, die Reflexwirkung gewisser Deliktsgesetze sei, das unwillkürliche Resultat, welches den Autoren aus gewissen öffentlichen Anordnungen und Veranstellungen in die Hände fiele; etwa wie der Thierschutz den Thieren zu Gute kommt, obgleich er nicht aus einem Rechte der Thiere, sondern aus dem Bestreben entsprungen ist, öffentliches Aergerniß und sittliche Rohheit der Menschen zu unterdrücken. Dieser etwas verwunderlichen Ansicht, welche sich auch streng innerhalb der Gränzen Deutschlands gehalten und keinen Versuch gemacht hat, irgend einen Winkel deutschen Landes zu überschreiten und in Frankreich, England oder Amerika laut zu werden, würde ich keine Betrachtung schenken, stütze sie sich nicht auf den Namen eines berühmten Mannes und würde mich nicht ihre Widerlegung zu einer Reihe tief eingehender Gesichtspunkte führen. Ich habe die entsprechende Abhandlung Gerber's in diesen Jahrb. III S. 359 fg. und gesammelte jur.

Abhandlungen S. 261 fg., 298 fg. ¹⁾), trotz ihrer künstlerischen Formvollendung von jeher für eine der schwächsten Produktionen des berühmten Juristen gehalten; daß sie erscheinen, daß sie Anklang finden konnte, beweist gerade die ganze Zerfahrenheit der Lehre des Autorrechts in Deutschland, die äußerst geringe Entwicklung, welche diese Rechtsmaterie in Doktrin und Praxis gefunden hatte. Denn hätte man sich einigermaßen mit den reichen Resultaten der französischen, englischen und amerikanischen Praxis befaßt, schwerlich hätte man geglaubt, eine Lehre von dieser Tiefe und diesem Umfange mit solch' ein paar Zügen bewältigen zu können.

Gerber fragt: „Ist es ein Rechtsgeschäft, wenn ich ein Buch schreibe, ein Bild male?“ Ein Rechtsgeschäft? Unzweifelhaft, wenn daraus rechtliche Folgen hervorgehen und zwar Folgen, welche nicht schon mit dem Natureffekt gegeben sind. Es ist kein Rechtsgeschäft, wenn ich eine Sache zerstöre, denn hier geht der Rechtseffekt nicht weiter, als der Natureffekt: die Sache hört auf, Gegenstand des Eigenthums zu sein, nicht weil ich sie zerstöre, sondern weil sie zerstört wird: meine Zerstörung wirkt nicht weiter, als die Zerstörung durch irgend welche Naturkraft; derselbe Effekt würde eingetreten sein, wenn die Sache durch ein bloßes Naturphänomen vernichtet worden wäre. Anders, wenn ich eine Spezifikation vornehme: hier hat die Verarbeitung durch den Menschen — entsprechenden Falles — die Folge des Eigenthumsüberganges, welche Folge nicht eintritt, wenn die Umänderung nicht durch menschlichen Willen, sondern durch das blinde Spiel der Naturkräfte voll-

1) Im folgenden wird sie nach den gesammelten Abhandlungen citirt. Gerber hält seine Ansicht aufrecht in seinem System des deutschen Privatrechts (13. Auflage 1878) §. 219 S. 594 fg. Was daselbst gegen die Gegner gesagt ist, hat die Sache nicht gefördert.

zogen wird. Also hat die Spezifikation außer dem Natureffekt einen Rechtseffekt, deshalb ist sie ein Rechtsgeschäft. Dabei muß bemerkt werden, daß die Absicht des Spezifikanten zwar auf den Natur-, nicht aber auf den Rechtseffekt gerichtet zu sein braucht, und daß der Spezifikant keine Jurisprudenz zu kennen und nicht zu wissen braucht, welche rechtliche Folgen nach dem speziellen Civilkodem aus seiner Thätigkeit hervorgehen, sonst wäre die Spezifikation ein faktisches Privilegium der Juristen.

Die Frage, ob eine Handlung ein Rechtsgeschäft ist, fällt daher mit der Frage zusammen, ob aus derselben rechtliche Folgen und zwar auf der Billigung des Rechts beruhende¹⁾ rechtliche Folgen hervorgehen, welche nicht schon mit dem Natureffekte als solchem gegeben sind. Will man daher die Frage beantworten, ob die Abfassung des Buches ein Rechtsgeschäft ist, so muß man zuerst die Frage lösen, ob die Abfassung desselben Rechtsfolgen, insbesondere die Entstehung eines immateriellen Rechts bewirkt. Daher ist man mit der Gerber'schen Fragestellung gerade soweit, wie vorher. Nicht aus der Rechtsgeschäftsqualität ist auf den Rechtseffekt, auf die Entstehung eines Immaterialrechts zu schließen, sondern umgekehrt, zuerst ist diese, dann erst jene Frage zu beantworten. Wollte man allerdings zum Rechtsgeschäft verlangen, daß die Absicht auf den Rechtseffekt gerichtet ist, so würde man zu dem verwunderlichen Resultate kommen, daß das Buch eines autorrechtkundigen Juristen den Autorschutz genießen würde (ich könnte mir dazu Glück wünschen), nicht auch das Buch eines unjuristischen Dichters, oder die Komposition eines genialen aber naiven Musikers, oder die Bilder eines Mind (des sog.

1) Im Gegensatz zum Delikt.

Ragenraphael), der abgesehen von seinem unerreichbaren Talent der Darstellungen aus dem Thierleben ein völliger Idiot gewesen sein soll. Glücklicherweise ist diese Theorie unrichtig: die Rechtsfolgen treten ein, auch wenn die Partei nicht daran gedacht, sie gar nicht gekannt hat; die Unhaltbarkeit der gegentheiligen Ansicht erweist sich aus der völligen Unmöglichkeit ihrer Konsequenzen.

Neuerdings erkennt denn auch Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft (1879) S. 311 fg.¹⁾ an, daß zu Occupation und Dereliction ein auf den Rechtseffekt gerichteter Wille nicht erforderlich ist — aber dies seien eben keine Rechtsgeschäfte. Bravo! Werft aus euerm falschen Rechtsgeschäftsbegriff nur erst einmal Occupation, Dereliction, Spezifikation heraus, es wird bald noch manches folgen!²⁾

Nun pocht die gegentheilige Lehre, daß beim Rechtsgeschäft der auf die Rechtsfolgen gerichtete Wille maßgebend sei, allerdings auf ihre Quellenmäßigkeit; wo die Gründe aufhören, da bringt man die Quellen. Aber man bringt sie mit einem solchen Siegesbewußtsein, daß uns andern eigentlich kaum mehr ein schmales Plätzchen an der Quelle übrig bliebe und es uns noch um dieses Plätzchen bangen sollte. Darum wird man es uns denn nicht verargen, wenn wir in einem kleinen Abschweif

1) Ich muß mich diesem Buche gegenüber, soweit die Polemik gegen mich gerichtet ist, dagegen verwahren, als ob ich zwischen meinen zwei Abhandlungen über Mentalreservation und Simulation in diesen Jahrb. XVI S. 91 fg. und S. 325 fg. meinen Standpunkt geändert hätte. Meine Grundideen waren in beiden Abhandlungen die gleichen; daß ich mißverstanden worden bin, ist nicht meine Schuld.

2) Auch Korb, Was heißt und ist das geistige Eigenthum (1869), S. 15, 16, verneint die Rechtsgeschäftsnatur der literarischen Produktion, indem diese ein faktischer Vorgang sei, an welchen das Recht juristische Folgen knüpfe!

uns denn doch einmal diese quellenreichere Position näher ansehen, vielleicht daß denn doch noch zum Trost für uns einige Fuß Terrains zu finden sind.

Wenn die Römer, welche überhaupt schlechte Psychologen waren, den Unterschied zwischen dem Wollen des Rechtseffekts und dem Wollen der den Rechtseffekt erzeugenden Erklärung nicht scharf erkannten, so sind wir, wie ich hoffe, an ihre Unklarheit und Konfusion nicht gebunden; ihre Motivirungen, Klassifizirungen und systematischen Konstruktionen sind für uns todt. Und wenn sie falsch motiviren und konstruiren, so thun sie es nicht, weil sie etwa seltsamerweise den wahren Sachverhalt verheimlichen und uns Falsches statt Wahrem aufstellen, sondern weil sie den wahren Sachverhalt nicht kennen; die Römer sind groß in ihrem Rechtsinstinkte, in ihrem wunderbar feinen Rechtsgefühl, welches meist unbewußt richtig auf alle in einem Rechtsfall enthaltenen juristischen Momente reagirt, und hierdurch dem Rechtsfalle nach allen Seiten hin gerecht wird — ganz ebenso, wie ein Mann mit feinem moralischem Instinkte, mit feinem gesellschaftlichem Takte ohne weitere Reflexion alle Postulate der sittlichen und konventionellen Ordnung bis in's Einzelne erfüllt, aber in große Verlegenheit käme, wenn er die Gründe seiner Handlungsweise wissenschaftlich entwickeln sollte. Die Römer waren eben Praktiker im besten Sinne des Wortes; ihre Entscheidungen sind meist richtig, dagegen öfters jämmerlich ihre Motivirung, geradezu bodenlos ihre Systematik, ganz wie noch heutzutage bei Nationen mit feinem Rechtsgefühl, aber geringer philosophischer Veranlagung (Romanen). Und an diese jämmerlichen und armseligen Motivirungen sollte die Wissenschaft gebunden sein? Wir danken für alle Zeiten. Ebenso könnte man uns die römische Eintheilung von res corporales und incorporales, ihre un-

klaren Vorstellungen von Rechten an Rechten oftiroiren u. s. w. Das wäre nicht Wissenschaft, sondern der Tod der Wissenschaft.

Von irgend welcher Bedeutung für uns sind nur ihre praktischen Entscheidungen; nur in ihnen erweist sich die Tüchtigkeit des römischen Geistes, die großartige Veranlagung der römischen Juristen; nur das Ziel, zu dem sie gelangen, kann uns frommen, nicht der Weg, auf dem sie zum Ziele gelangen. Betrachten wir aber die Quellen nach dieser Seite hin, so sprechen sie für uns und nur für uns. Ich berufe mich zunächst auf das zuerst von mir richtig erklärte fr. 19 de usu et usufr., wo ausdrücklich gesagt ist, daß nicht die gewollten Rechtsfolgen eintreten, sondern die der Erklärung entsprechenden: *si eo proposito fecit, ut alter nudam proprietatem haberet, errore labitur*, vgl. mit fr. 9 de usufr. ad cresc., fr. 6 de usufr. ear. rer. Und hier ist es nicht so, als ob neben den gewollten Hauptrechtsfolgen noch andere nebensächliche Rechtsfolgen eintreten würden, sondern die gewollten Rechtsfolgen treten nicht ein und an ihrer Stelle andere. Noch frappanter ist die Entscheidung des fr. 13 §. 2 commodati: *Si libero homini, qui mihi bona fide serviebat, quasi servo rem commodavero, videamus, an habeam commodati actionem. Nam et Celsus filius ajebat, si jussissem eum aliquid facere, vel mandati cum eo vel praescriptis verbis experiri me posse: idem ergo et in commodato dicendum. Nec obstat, quod non hac mente cum eo, qui liber bona fide nobis serviret, contraheremus quasi eum obligatum habituri.* — Ich habe einem vermeintlichen Sklaven etwas geliehen, etwas aufgetragen, natürlich ohne an ein obligatorisches Gebundenheitsverhältniß zu denken; und doch wird der vermeintliche Sklave, der liber, qui mihi bona fide servit, obligatorisch gebunden: es treten die Rechtsfolgen des obligatori-

schen Vertragsabschlusses ein, obgleich sie nicht gewollt sind, obgleich die Parteien überhaupt an ein Rechtsgeschäft und an Rechtsfolgen desselben gar nicht gedacht haben. Es ist also auch hier nicht so, als ob neben dem gewollten Hauptrechtseffekte noch Nebeneffekte einträten, sondern es treten kontraktuelle Rechtseffekte ein, wo überhaupt keine kontraktuellen Rechtseffekte gewollt sind. An diese Entscheidung hätte man sich halten sollen, nicht an die lahmfüßige Argumentation des Pomponius: *plerumque enim id accidit, ut extra id quod ageretur tacita obligatio nascatur, veluti cum per errorem indebitum solvendi causa datur*; denn dieser Jurist übersieht ja vollkommen, daß es sich nicht um eine außerkontraktuelle *condictio* handelt, sondern um die kontraktuelle *actio mandati* oder *commodati*; daß also ein Kontrakt, ein Vertrag vorliegt mit kontraktuellen Rechtsfolgen, obgleich solche kontraktuelle Rechtsfolgen nicht gewollt sind. Die Motivierung ist, wie so oft, ein Palliativ, bei dem sich der Jurist beruhigt, nachdem er durch den Rechtsinstinkt das richtige getroffen hat.

Noch interessanter ist die Entscheidung des fr. 19 i. f. de adq. rer. dom.: *Trebatius, si liber homo bona fide serviens jussu ejus cui serviet hereditatem adisset, heredem ipsum fieri nec interesse, quid senserit (sed quid fecerit — del. Momms.)*. *Labeo contra, si ex necessitate id fecisset: quod si ita, ut et ipse vellet, ipsum fieri heredem*. Also der vermeintliche Sklave erwirbt durch den Erbschaftsantritt die Erbschaft sich selbst, er erzeugt Rechtsfolgen in seinem Vermögen, obgleich er solche Rechtsfolgen weder erzeugen wollte, noch zu erzeugen vermeinte, sondern bloß in das Vermögen des vermeintlichen *dominus* einzuwirken gedachte. Diese Entscheidung wird von *Labeo* bloß dahin abgeschwächt, daß jene Rechtsfolgen nicht eintreten sollen, wenn er *ex necessitate id fecit*, weil er dann als ein blind

wirkendes willenloses Organ seines dominus erachtet wird, vgl. fr. 4 de Reg. Jur., welches der fast absoluten Zwangsgewalt des dominus, ohne daß ihm vom Rechte dagegen aufgeholfen würde, unterworfen ist¹⁾. Dieselbe Entscheidung beider Juristen findet sich auch in fr. 60 (59) pr. de hered. instit.: Liber homo cum tibi serviret, heres institutus jussu tuo adiit. Trebatius esse eum heredem: Labeo tunc non esse heredem, si necessitate id fecerit, non quod alioquin vellet obligari — wobei daß obligari natürlich wie öfters, z. B. Gajus II 35 (post obligationem), gleich ist = hereditatem adire. Vgl. auch fr. 74 §. 4 de adq. vel om. hered.: De eo qui heres institutus ab aliquo dubitat, an libertas ei ex testamento domini obtigerit, cum nesciat, conditionem libertatis extitisse vel hereditatem aditam, an adeundo heres fiat videndum. Julianus hunc diceret fieri heredem. Und so denn auch die ferneren Entscheidungen: Wenn Jemand sich für einen Pupillen hält und die Erbschaft antritt, so wird er Erbe, sollte er auch den Akt eben wegen seiner Pupillenqualität für unwirksam und unverbindlich erachtet haben²⁾, fr. 96 de adq. vel om. hered.: Qui se pupillum falso existimans, cum esset pubes, pro herede gessit, quominus heres existat, nihil error talis ei nocebit. Und ebenso, wenn Jemand die Erbschaft antritt, indem er sich fälschlich für einen filius familias erachtet: die Rechtsfolgen treten ein in seiner Person, auch wenn er dies in keiner Weise gewollt hat, obgleich es sonst beim Erbschaftsantritt mit dem Willen und Wissen des Erben sehr genau genommen

1) Dagegen beweist nicht die c. 3 §. 2 de hered. instit.: potuit enim quamvis jubente domino nolle adire, denn dies ist eine theoretische Möglichkeit, welche der Argumentation der Konstitution aufhelfen soll.

2) Nach dem Satze: Hereditatem adire pupillus sine tutoris auctoritate non potest, quamvis lucrosa sit nec ullum habeat damnum. fr. 9 §. 3 de auct. et cons. tut.

wird, fr. 21 i. f. de cond. et demonstr., fr. 34 pr. de adq. vel om. hered. Natürlich: über das Testament und die Art der Delation muß er im Klaren sein, um einen der Delation entsprechenden Annahmeakt zu vollziehen; über die Rechtsfolgen dieses Annahmeaktes braucht er nicht im Klaren zu sein: er muß die Erbschaftsannahme wollen, er braucht nicht die Rechtsfolgen der Erbschaftsannahme zu wollen, ein Gedanke, welcher in der nicht gerade sehr klar durchgedachten Argumentation Ulpian's fr. 34 pr. de adq. vel om. hered. nachklingt: *qui condicionem testatoris ignorat, an valeat testamentum, dubitat, qui de sua, de testamento certus est.* Im Einklang hiermit steht das fr. 6 §. 4 de adq. vel om. hered.: *Si is qui putabat se filium familias patris jussu adierit, eum neque sibi neque ei qui jussit quaesisse hereditatem constat: quamquam is, quem pater jussit adire et decesit, si adierit jam mortuo patre, obliget se hereditati, ut Julianus libro XXXI digestorum scripsit: nam eum qui dubitat, utrum filius familias an pater familias morte patris factus sit, posse adire hereditatem magis admittit.* Denn die Entscheidung im ersten Satze der Stelle erklärt sich dadurch, daß der vermeintliche *filius familias* in Folge des *jussus* als bloßes Organ des Hausvaters gehandelt hat, weshalb denn auch anders entschieden wird, wenn der vermeintliche *filiusfamilias* nicht auf Grund des *jussus* handelt, vgl. auch fr. 4 pr. de manum. vind., fr. 15 §. 1 qui et a quib. manum. Zu unsern Stellen s. Cujac., recitat. sollemn. II de Reg. Jur. ad l. 3 und 4 und ad l. 5 (Ed. Mutin. VIII, p. 710, 711), Donell. de jure civ. VII c. 6 §. 8 (Ed. Florent. II, p. 433), Glück XXII S. 290 fg., Köppen, System des heutigen röm. Erbrechts, S. 361 fg.

Außerdem bieten auch die Entscheidungen der römischen Juristen über den Erwerb eines Sklaven, welcher im Eigen-

thum des Einen und im Ususfrukt des Andern steht, sowie über den Erwerb dessen, qui bona fide servit, den einleuchtendsten Beweis, daß die Rechtsfolgen, und zwar die hauptsächlichlichen, nicht bloß die nebensächlichen, parasitischen Folgen der Rechtsgeschäfte ohne und selbst gegen den Willen der Kontrahenten eintreten. Denn der Erwerb erfolgt in das Vermögen des Eigenthümers oder des Usufruktuars nach lediglich objektiven Rücksichten, je nachdem er entweder ex re usufructuarii vel ex operis servi, oder aus einer andern wirtschaftlichen Quelle fließt, mag dabei der Slave gemeint oder gewollt haben, was er will. Hatte der Slave dabei die Meinung und die Absicht, für den A. zu erwerben, so konnte es kommen, daß er dem B. erwarb, und umgekehrt; und es ist nicht etwa so, daß neben den gewollten Rechtsfolgen andere nicht gewollte eintraten, sondern die gewollten Rechtsfolgen traten in ihrer Totalität nicht ein und die eintretenden Folgen waren in ihrer Totalität nicht gewollt¹⁾. Noch mehr gilt dies von dem weitem Satz, daß, was der bona fide serviens ex re domini ei acquirere non potest, er sich erwirbt, und umgekehrt, quod non ex re ejus sibi acquirere non potest, er dem dominus erwirbt, fr. 23 §. 2 de adq. rer. dom., wovon eine interes-

1) Dem widerspricht es natürlich nicht, daß, wenn die Erklärung ausdrücklich (nominatim) zu Gunsten des dominus stattfindet, das Recht auch besondere Folgen eintreten läßt, weil dann ein besonderes, eigen geartetes Geschäft vorliegt, fr. 37 §. 5 de adq. rer. dom., fr. 22, fr. 39 de stipul. serv., vgl. mit fr. 1 §. 5 eod., fr. 98 §. 7 de solut. Hiermit kombinire man die fr. 37 §. 3 de adq. rer. dom., fr. 1 §. 7 de adq. possess., fr. 7 §. 1, fr. 28 §. 3, fr. 29, fr. 37 de stip. serv. In fr. 37 §. 6 de adq. rer. dom. ist von einem Mißverständniß einer Erklärung des einen Handelnden durch den andern die Rede (hac mente heißt „in dem Sinne“, „in der Bedeutung“), welches Mißverständniß Ulpian in fr. 13 de donat. mit Recht im konkreten Fall für unerheblich erklärt, da es nur in der Person eines Mittelmannes stattfindet. Zum Ganzen vgl. auch Retes in Meerman's Thesaurus VII p. 406. 407.

sante Anwendung in fr. 20 pr. de stip. serv., vergl. Cujac. in lib. XV Quaest. Paulli (Ed. Mut. p. 1085), vgl. auch fr. 25 §. 3 de usufr. In manchen Punkten war hier Streit unter den römischen Juristen; warum streiten? sie hätten einfach bei den Herrn servi Nachfrage zu halten gehabt, ob sie den einen oder den anderen Hauptrechtseffekt gewollt —, allerdings hätten sie von diesen Herren Stichus, Pamphilus, Pseudulus, Sceledrus und Consorten höchst konfuse Antworten erhalten. Und das wird wohl Niemand behaupten wollen, daß der Rechtseffekt im Wesentlichen derselbe sei, ob das Geld in meine oder in meines Nachbarn Tasche fließe, vor dieser Behauptung wird sich ein Jeder hüten schon im Interesse seiner eigenen Börse: die Person des Erwerbenden ist für den Rechtseffekt so wesentlich, daß der Erwerb eines Andern ein total anderer Rechtseffekt ist als mein Erwerb.

Uebrigens sollte man denn doch heutzutage, wo das gemeinsame deutsche Civilgesetzbuch vor der Thüre steht, wo bereits auf dem weiten Gebiete des Handelsrechts eine moderne deutsche Codifikation gilt, wo auch sonst der größte Theil Deutschlands von besonderen Legislationen beherrscht ist, so daß von 42 Millionen Deutschen kaum 14 Millionen unter dem gemeinen Recht leben ¹⁾ und auch hier dieses gemeine Recht durch allerhand Sondergesetze durchbrochen ist, endlich einmal aufhören, das römische Recht als eine formell bindende Norm, als eine Fessel zu betrachten, die uns ein für allemal aufgebunden wäre. Unsere Jurisprudenz ist nicht bloß für diese 14 Millionen, das wäre höchst naiv, sie ist für alle; sie ist nicht bloß für die nächste Gegenwart, sie soll auch noch der Zukunft die Pfade weisen. Unter diesen Umständen kann und soll in wissenschaftlichen Abhandlungen das Röm. Recht nur noch als eine *raison écrite*, als eine großartige wis-

1) Vgl. Roth, Arch. f. civ. Prax. 62 S. 365 fg.

senschaftliche Autorität gelten, welche wie jede menschliche Autorität der Kritik unterliegt; dasselbe soll uns frommen durch seine innere Tüchtigkeit, durch seinen reichen Gehalt, durch die Tiefe seines Blicks; es soll uns aber nicht imponiren als formale Macht, welche jedem Fortschritt des Verkehrsrechts ein Halt entgegenruft. Wie die Ulpiane und Paulli über die Gelsi und Pomponii hinausgegangen sind, so können wir über die Ulpiane und Paulli hinausgehen, wenn unser tieferer Blick, unsere reichere Erfahrung erweisen, daß ihre Argumentation oder auch ihre Entscheidung mit den Postulaten des Rechts, mit der Werthschätzung, welche die verschiedenen collidirenden Interessen verdienen, mit dem Rechtsbewußtsein im Widerspruch steht¹⁾. Und fürwahr, wer Augen hat zu sehen und Ohren hat zu hören, für den ist das heutige Verkehrsleben nicht stumm, auf allen Gebieten keimt eine Welt neuer Anregungen zur tieferen Erforschung der rechtlichen Probleme auf:

„Greift nur hinein in's volle Menschenleben!

Ein Jeder lebt's, nicht Vielen ist's bekannt,

Und wo Ihr's packt, da ist's interessant.“

Wer ohne Sinn für diese reichen Impulse Aug' und Ohr verschließt, um nur dem Buchstaben des Corpus juris nachzujagen, der läßt das Rad der Entwicklung fruchtlos an sich vorüberkreisen. Daher unsere, in andern Ländern ganz unerhörte Entfremdung von Theorie und Praxis, eine Entfremdung, welche dem Franzosen oder Engländer völlig unbegreiflich dünkt; daher anderseits die vielen, trotz eines Berges antiquarischer Gelehrsamkeit, höchst ungesunden Entscheidungen. Fürwahr, das Rechtsleben ist kein caput mortuum, kein todttes Buch, sondern ein unerschöpflicher Born rechtlicher Ideen. Wer diesem Schätze

1) Vergl. auch Bethmann-Hollweg, über Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1876) S. 57 fg., Klostermann, geistiges Eigenthum I S. 312 (Note), Stölzel, Entwicklung des gelehrten Richterthums I S. 611 fg., Steinbach, Rechtskenntnisse des Publikums (1878) S. 37 fg.

fremd ist, der mag im römischen Rechte stecken bleiben; nur soll er sich nicht als einen ächten Nachfolger der römischen Juristen erachten, denn diesen ist der Impuls des Lebens niemals fremd geblieben, sie haben die feinsten Regungen der das Berufsleben durchzuckenden Rechtsgedanken verspürt. Glücklicherweise ist nun aber nicht zu fürchten, daß der Ruf nach Neu belebung des Rechts aus Beobachtung und Lebenserfahrung, der Ruf nach Rechtsempirie vergebens verhalle. Hunderte haben ihn schon vernommen und mehr als Hunderte werden folgen. Ja, die Kenntniß dieses Umschwungs ist bis ins Ausland gedrungen. Bereits der Franzose Gide, *étude sur la condition privée de la femme* (1867) p. 306. 307, sagt über die deutsche Rechtswissenschaft: *L'Allemagne n'a plus aujourd'hui pour le droit romain le même respect superstitieux qu'au dernier siècle; elle a appris, sous les leçons de l'école historique (?) à envisager les Pandectes comme une loi morte et non plus comme une loi vivante; déjà secouant le joug de textes vieillis elle travaille à se donner dans des codes généraux un droit vraiment national.*

Wir sprachen vorhin vom Rechtsbewußtsein, hier ist noch ein seltsames, unglaubliches Mißverständnis zu berichtigen, welches sich ungewöhnlich breit gemacht und damit der Rechtseentwicklung den Weg verlegt hat, daß man nämlich das Rechtsbewußtsein mit Billigkeit zusammenwirft und damit diskreditirt — völlig unbegreiflich. Das Rechtsbewußtsein ist das Gewissen des Rechts, die instinktive Rechtserkenntniß, welche, wie die instinktive Erkenntniß überhaupt, der bewußten Jahre lang voraus eilt¹⁾. Unrichtig ist es nur, wenn man in der instinktiven Er-

1) Die instinktive Entwicklung der Volksideen vollzieht sich mit jener immanenten Vernünftigkeit, welche die ganze Entwicklungsgeschichte beherrscht, im Recht, wie in der Moral und in der Kunst, vgl. bezüglich der

kenntniß den Endpunkt und das Ziel der Rechtslehre hat finden wollen — dies hieße der Jurisprudenz als Wissenschaft den Laufpaß geben.

Wohl aber ist es ihre Aufgabe, an Stelle des instinktiven Dämmerers das helle Licht der bewußten Erkenntniß zu setzen, die geheimen Fäden zu entwirren, welche im Verborgenen des Menschenherzens wirkend dieses instinktive Gefühl erzeugen; gerade so, wie es Aufgabe der Aesthetik ist, die den ästhetischen Effekt erzeugenden Elemente darzulegen und zu zergliedern. So bemerkt trefflich W u n d t, Vorlesungen über die Menschen- und Thierseele (1863) II S. 45: „Auf instinktive Erkenntniß gründet sich überall das Gefühl und stets ist es Aufgabe der Wissenschaft, den dunkeln Naturlaut, der im Gefühl sich äußert, in die klare Sprache des Denkens überzuführen.“ S. 204: „Das Gefühl ist überall der Pionier der Erkenntniß“¹⁾. Dieses unentwickelte Rechtsbewußtsein unterscheidet sich von der unbewußten Billigkeit, wie sich das entwickelte Recht von den entwickelten bewußten Billigkeitsnormen unterscheidet. Die Billigkeit ist ein Ausfluß der Moral, ihr Ziel ist die freie zwangslöse Förderung des individuellen Wohles Anderer; dagegen ist das Recht die das Leben beherrschende Ordnung, welche sich nicht als freie sittliche Mahnung, sondern als beherrschende Zwangsmacht dem Leben auferlegt²⁾. Und wer nur einigermaßen mit

letztern auch M a r x, Musik des 19. Jahrhunderts S. 150. Nur vollzieht sich diese Entwicklung nicht, wie die historische Schule meinte, in romantischer Gefühlsschwärmerei, sondern unter dem lebhaften Streite der Interessen, und es bedarf der straffsten Anspannung der Geister, um die Entwicklung vorwärts zu treiben oder den Faden der Entwicklung zu finden. Die extreme historische Schule wartete stets auf die unbewußte Fortbildung des Rechts und bedachte nicht, daß gerade die Juristen die mächtigsten Faktoren dieser in der Menschengeschichte wirkenden Geisteskraft sind.

1) Vgl. auch L o t z e, Mikrokosmos II S. 326.

2) Daß nicht Alles im Rechte Zwang ist, thut nichts zur Sache, wenn
Kohler, Autorrecht.

den Alluren des Rechts vertraut ist, wird sich niemals zweifelhaft sein, ob es im speziellen Falle die Billigkeitsmahnung oder das Rechtsgebot ist, welches sich geltend macht¹⁾.

Wer seinen Mitkontrahenten in tendenziöser Weise täuscht, der hat sofort das Rechtsgebot und das Rechtsbewußtsein gegen sich. Wer aber einem armen Manne seine letzte Habe pfändet, von dem fühlt Jeder, daß er sich nur vor dem Forum der sittlichen Pflicht, nicht vor dem Forum des Rechts zu verantworten hat. „Meine Thaten auf meinen Kopf, ich fordere das Gesetz“. Ist nun aber diese kapitale Verwechslung eliminirt, so wird es nicht mehr schwer fallen, das Rechtsbewußtsein in seiner rechtsbildenden Kraft zu würdigen²⁾. Schon im Römischen Rechte ist es die ständige Federkraft gewesen, welche die Entwicklung des Rechts zu einer immer höhern Stufe getrieben hat, und die Römischen Juristen sind durch diese Kraft und nur durch sie die Förderer des Rechtslebens geworden. Ein Jeder aber, der ein neues, seither nur instinktiv gefühltes Prinzip praktisch verwirklicht oder theoretisch zum Bewußtsein bringt, der ist ein Förderer des Rechts, mag er nun Labeo oder Celsus heißen oder wie er will. Anzunehmen, daß nach dem Aussterben der römischen Juristen diese Federkraft erlahmt sei und wir nur an den Früchten der Alten zu zehren hätten, trotz unserer so verschiedenartigen Welt- und Lebensanschauung und trotz unserer so verschiedenartigen modernen Verkehrsinteressen, das hieße dem lebenden Organismus des Rechts einen Selbstmord zumuthen, an dem wir uns im Interesse unserer Wissenschaft zu zweifeln erlauben.

es nur mit Zwangsnormen in Beziehung steht. Vgl. Ihering, Zweck im Recht S. 318 fg. 337. 499.

1) Richtig hervorgehoben von Thornton, die Arbeit (übersetzt von Schramm 1870) S. 106 fg.

2) Richtiges hierüber auch bei Sturm, Kampf des Gesetzes mit der Rechtsgewohnheit (1877) S. 14 fg. und bei Bernhöft in der Z. für vergleichende Rechtswissenschaft II S. 265.

Nun wird man uns allerdings wieder das alte Lied von der *lex lata* und *lex ferenda* singen, allein dasselbe macht auf uns keinen Eindruck mehr. Es ist richtig, daß eine jede rechtliche Institution, wie gerade das Autorrecht, der direkten oder indirekten Anerkennung durch den Staats- oder Volkswillen bedarf; ferner können die rechtlichen Institutionen, auch wenn anerkannt, nicht ganz ohne staatliche Regelung existiren, schon wegen der nothwendigen konkreten Abgränzung, welche viele Institute, insbesondere die zeitlichen Institute bedürfen, und wegen der Form, welche die Gesetzgebung bei formalen Geschäften für die geeignete erachtet. Innerhalb dieses Rahmens aber wird jede Gesetzgebung, welche ihre Aufgabe erkennt, einen genügenden Spielraum gestatten für die Entwicklung der Rechtsgedanken aus dem das Verkehrsleben beherrschenden Rechtsbewußtsein; und auf diesem Gebiete hat sich Beobachtung und Erfahrung zu bewähren. Gerade hier aber war nichts hinderlicher als die Anerkennung des *Corpus juris* als einer formalen gesetzlichen Macht, jene ganz absonderliche Idee, welche die wissenschaftlichen Schriften einer bestimmten Periode der menschlichen Entwicklung zur bindenden Norm erhob und damit der freien Rechtentwicklung den Lebensfaden durchschnitt. So unvergleichlich das *Corpus juris* als wissenschaftliche Autorität, so ist es gerade ein Gesetzbuch von der allerschlechtesten Anlage: eine belehrende Fülle von Casuistik, aber keine Sammlung von Rechtsnormen, wie sie die Gesetzgebung zu bieten hätte.

Aber damit ist die Aufgabe der empirischen Rechtserforschung nicht abgeschlossen. Sie hat auch auf dem von der Gesetzgebung abgesteckten Terrain zu wirken durch Entwicklung des Gewohnheitsrechts. Gerade die Jurisprudenz, welche in die Tiefen des Verkehrslebens blickt und hier die Postulate des Rechts erkennt, wird am ersten berufen sein, diese Postulate auszusprechen und durch diesen Spruch den ersten Schritt zur

Bildung des Gewohnheitsrechtes zu thun. Bisher aber hat die Wissenschaft der Stimme des Verkehrs gewöhnlich mit gekreuzten Armen gegenübergestanden, indem sie auf den Unterschied zwischen *lex ferenda* und *lex lata* verwies und wohl noch in höchst gelehrter Weise darzuthun suchte, daß nach der *lex lata* nicht zu helfen sei. Wären statt dessen die im Verkehr lebenden Rechtsgedanken ebenso eifrig wie die römischen Formeln erforscht und in ihrer Begründung von der Wissenschaft avisiert und immer und immer von Neuem proklamirt worden, die Praxis hätte sich alsbald angeschlossen und das Gewohnheitsrecht wäre besiegelt gewesen; während seither die Praxis sich von der Theorie verlassen fühlte und die Theorie stets das Gewohnheitsrecht suchte, ohne es zu finden. Glücklicherweise noch die Zeiten, wo sich das Gewohnheitsrecht unter der Maske „mißverständener“ Stellen des *Corpus juris* einzuschleichen vermochte, bis die historische Rechtswissenschaft in einem unglücklichen Momente diese Mißverständnisse aufdeckte und damit den unter falscher Flagge laufenden Resultaten der Rechtsgewohnheit den Laufpaß gab. Und auch außerhalb des Gewohnheitsrechtes ist der Wissenschaft die weitere Aufgabe gesteckt, daß sie der Gesetzgebung vorbebaue; denn die Gesetzgebung soll in ihren wichtigsten Partien „der präcisierte Ausdruck oder schriftliche Niederschlag von dem Rechts- (Staats- und Sittlichkeits-) bewußtsein des Volksgeistes“ sein, E. v. Hartmann, *Phänomenologie des sittlichen Bewußtseins* (1879) S. 71. Dieser Aufgabe wird am wenigsten dadurch gedient, daß man die modernen neu aufkeimenden Rechtsideen sofort als „unklassische“, „quellenwidrige“ Schöplinge ausreutet. Soviel, was die Quellenmäßigkeit der gegentheiligen Lehre betrifft. Spätere Jahrzehnte werden es kaum begreiflich finden, wie die Rechtsempirie noch um Einlaß bitten mußte, zu einer Zeit, wo auf allen andern wissenschaftlichen Gebieten, ebenso wie auf dem Gebiete der Kunst, das Recht der freien Entwick-

lung über die unberechtigten Ansprüche eines steifen Klassicismus obliegt hat.

Meine unwiderleglichen empirischen Gründe haben denn auch Zitelmann dahin geführt, anzuerkennen, daß nicht alle kontraktuellen Rechtsfolgen von den Parteien gewollt sein müßten, sondern daß, wenn auch nur einige gewollt seien, an diese gewollten Hauptrechtsfolgen sich ungewollte Nebenfolgen anschließen könnten, so daß die Parteien, die sonst angeblich so glücklich sein sollen, in einer so zweckmäßigen Rechtsordnung ihr Recht zu kneten wie Wachs, nun auf einmal einsehen, daß das Recht eine über ihnen stehende Macht ist, deren Wirkungen ihnen unversehens über den Kopf wachsen. Ist aber einmal dieses Zugeständniß gemacht, so ist nicht einzusehen, warum nicht auch weitergehen und sagen: die Rechtsfolgen treten überhaupt ein, — mögen sie gewollt sein oder nicht, — das was beim Rechtsgeschäft gewollt sein muß, sind nicht die Rechtsfolgen, sondern etwas Anderes? denn das goldene Reich der Privatrechtsautonomie, das Phantasma einer Welt, wo die Parteien ohne weitere Vermittlung die Rechtsfolgen nach ihrem Belieben formen und kneten können, vgl. Zitelmann Irrthum und Rechtsgeschäft S. 237, ist ja mit diesem Zugeständniß von selbst aufgegeben. Nun ist aber auch die Fassung Zitelmann's so lange wissenschaftlich und praktisch werthlos, als nicht bei jedem Rechtsgeschäft das Minimum derjenigen Rechtsfolgen aufgezeigt ist, welche nothwendig gewollt sein müssen; als nicht die nothwendig zu wollenden Hauptrechtsfolgen im Gegensatz zu den Nebenrechtsfolgen, welche nicht gewollt zu sein brauchen und sich ohne Wille der Parteien von selbst anschließen, bei jedem Rechtsgeschäfte genau gesondert sind. Das wäre eine Preisfrage, mit deren Lösung es aber noch seine guten Wege hat. Wenn ich eine Sache kaufe, so wird sie entweder unmittelbar mit dem Vertrag mein Eigenthum oder erst mit der Tra-

dition oder gar erst mit der Zahlung des Kaufpreises. Das Schicksal der Waare ist nun aber gerade die erste und wichtigste Rechtsfolge des Kaufs, daher jedenfalls eine Hauptrechtsfolge, eine Rechtsfolge, welche nur nach dem direktiven Willen der Parteien eintreten könnte. Schwerlich aber hat ein Bauer, der sich vom rechten auf das linke Rheinufer oder von einem Schweizerkanton in den andern begibt, auch nur eine blasse Vorstellung von dem gewaltigen rechtlichen Unterschied seiner Käufe und Verkäufe, je nachdem sie hüben oder drüben geschehen; er wird im Allgemeinen wohl annehmen, daß er die gekaufte Waare bekommen oder die verkaufte hergeben soll d. h. er wird über die ersten wirthschaftlichen Folgen des Geschäfts sich eine Ahnung bilden, allein über die rechtlichen Folgen, durch welche sich die wirthschaftliche Bestimmung des Geschäfts verwirklicht, über die Frage, ob Eigenthumsübergang oder obligatorische Gebundenheit in leichter oder strenger Form, wird er kaum die dürftigsten Begriffe haben, und es hat mir in Praxi schon die größte Mühe gekostet, solchen Personen nur einigermaßen den Unterschied von dinglichen und obligatorischen Rechtsfolgen klar zu legen; noch mehr, wenn es sich um auflösende Bedingungen, *pacta displicentiae* u. dgl. handelt, wo das Wissen der Parteien sich auf die allerdürftigste Ahnung reducirt und man jeden Laien in Verlegenheit setzen würde, wenn man ihn über die obligatorische oder dingliche Wirkung seines Vertrags zu Rede stellen würde. Auch bei uns Juristen ginge dies nicht immer ohne Schwierigkeit ab, da bekanntlich die Kontroversen nicht selten sind und kaum ein Jurist die Civilrechte aller Länder kennt; so daß, wer in einem Schweizerkanton ein Gesetzbuch kauft, um das dortige Recht und das dortige Kaufgeschäft kennen zu lernen, hiermit zuerst einen Kauf ohne Bewußtsein der obligatorischen oder dinglichen Rechtsfolgen abschließen muß, ein *hysteronproteron* nach der gegentheiligen

Ansicht, aber ein nothwendiges, und der dortige Buchhändler läßt ihn nicht frei, wenn er auch nachträglich im Gesetzbuch liest, daß die ersten und hauptsächlichen Rechtsfolgen des Geschäfts andere sind, als er sie gewollt hat. Und erst bei so verwickelten Rechtsgeschäften, wie dem Erbschaftsantritt! hier ist so ziemlich alles, das Eigenthums-, das Forderungs-, das Schuldenrecht des Erben, in den verschiedensten Rechtsgebieten verschieden; und doch wird der Erbe, der von dieser Verschiedenheit nicht den mattesten Dämmer hat, durch den Erbschaftsantritt unabwendbar Erbe nach dem Rechte des Ortes, dem der Erbschaftsantritt unterliegt. Eine der Rechtsfolgen müßte nun doch ganz bestimmt gewollt sein und daher nach dem Willen und nur nach dem Willen des Erben eintreten; welches ist diese aber? Der Eintritt in die Person des Erblassers (woran kein Mensch denkt außer dem Juristen)? in omne jus defuncti? Das erbrechtliche Sachen-, Forderungs-, Schuldenverhältniß, das überall ein anderes ist? Nun, man wird auch noch Erbschaftsantritt, Kauf und dgl. aus der Zahl der Rechtsgeschäfte streichen, und es ist fraglich, was dann noch übrig bleibt. Die ganze Fassung ist eine Kautschuckfassung, mit welcher man Alles machen kann, was man will, welche aber nicht das Geringste hilft, weil sie jeder Bestimmtheit entbehrt und bei jeder praktischen Probe verunglückt. Ueberdies widerspricht dieselbe — was bei Vielen noch mehr Eindruck machen dürfte — geradezu den Quellen, so daß noch dieser letzte Helfer in der Noth gebricht. Denn die Quellen entscheiden in sehr bestimmter Weise, daß ein Kontrakt mit kontraktuellen Rechtsfolgen stattfinden kann auch ohne jeden auf solche Rechtsfolgen gerichteten Willen; sie entscheiden ferner, daß möglicherweise von den etwa gewollten Rechtsfolgen keine eintreten, sondern nur und ausschließlich andere, nichtgewollte; darüber sofort. Zitelmann, Irrthum und Rechtsgeschäft S. 258, will drei der von mir in diesen Jahrb. XVI S. 329 fg.

angeführten empirischen Fälle ebenso, wie ich, entscheiden mit Güte seiner vagen Distinktion, aber das eine Beispiel, den Fall nämlich, wo Jemand einen mündlichen obligatorischen Vertrag abschließt, also ein mündliches Versprechen abgibt in der Meinung, daß erst ein schriftliches Versprechen, ein schriftlicher Vertrag bindend sei, will er anders entscheiden, in diesem Fall sei der Kontrahent, welcher dieser Meinung war, rechtlich nicht gebunden; ja er beruft sich dafür auf fr. 24 de test. militis und behauptet, daß, wenn „der Erklärende dem Richter glaublich machen kann, daß er seine Erklärung nur als eine vorläufig noch nicht bindende Meinungsäußerung angesehen habe“, kein gemeinrechtlicher Richter ihn (zur Vertragserfüllung) verurtheilen dürfe ¹⁾. Allein dieser Einwurf beruht auf einem kapitalen Mißverständniß. Der Fall ist nämlich der, daß A. dem B. nicht etwa den Entwurf eines Versprechens, sondern ein wirkliches, perfektes, unbedingtes Versprechen gibt, aber in der Meinung, daß dieses Versprechen rechtlich unverbindlich sei, etwa wegen Mangels der Form. In diesem Fall wird jeder Richter, der gemeinrechtliche wie der landrechtliche Richter verurtheilen und verurtheilen müssen. Wollte man dieses nicht, so müßte man auch in dem Fall, wo Jemand ein Versprechen aus einem anderen Grunde für unverbindlich hält, die Vertragsfolge läugnen. Z. B. A. spielt oder wettet, und glaubt, daß derartige Verträge rechtlich unverbindlich seien und bloß etwa in puncto honoris verantwortlich machen; er leiht sich Geld zu hohen Zinsen und glaubt, daß wegen vermeintlicher Wuchergesetze nur die Hälfte der Zinsen geschuldet werden; oder er glaubt, daß ein Dienst-

1) Freilich scheint es nach Zitelmann in diesen Jahrb. XVI S. 434, als ob der Richter ihn einfach mit dem Zauberwort abfinden könnte: „Ich glaube es nicht“, wogegen dann alle Beweismittel fruchtlos wären. Eine seltsame Verkennung des Indizienbeweises; Indizienbeweis ist Indizienbeweis und kein Richterabsolutismus; vgl. §. 259 C.P.O.

vertrag unverbindlich sei, weil er auf zu lange Zeit abgeschlossen ist; oder er glaubt, daß sein Versprechen unverbindlich sei, weil er noch nicht das nöthige Alter zum Vertragsabschlusse erreicht habe u. s. w. Daß in diesen Fällen das Versprechen rechtlich unverbindlich sei, werden Wenige glauben, und wenn das Röm. Recht so entschiede, so wäre es höchste Zeit, es sofort unverzüglich in Abgang zu dekretiren. Nun bestimmt aber glücklicherweise das Röm. Recht gerade das Gegentheil. Denn wer in der Meinung, daß er wegen Handlungsunfähigkeit unfähig sei, die Erbschaft anzutreten, die Erbschaft antritt, wird Erbe und mit allen Erbschaftsschulden belastet, und so natürlich auch bei Verträgen. Wir haben hier also die Vertragsfolgen und mithin auch den Vertrag, obgleich die Partei keine dieser rechtlichen Vertragsfolgen gewollt hat. Auf welche Weise erklärt sich dies nach Zitelmann's Meinung? Auf keine Weise. Das von Zitelmann citirte fr. 24 de test. milit. gehört gar nicht hierher. Es spricht von Fällen, wo ein Soldat eine Erbeeseinsetzungserklärung gar nicht abgeben will, sondern nur erklärt, er habe vor, eine solche Erklärung in der oder jener Richtung abzugeben. Die Erklärung dieses Vorhabens ist natürlich keine Erklärung der Erbeeseinsetzung; ebenso wie im französischen Recht, wo man durch eigenhändige Scriptur, insbesondere auch durch Brief (*lettre missive*), testiren kann, noch kein Testament vorliegt, wenn Jemand seinem Freunde schreibt, er habe vor, ein Testament in dem oder jenem Sinne zu machen, ihm so und so viel zu legiren u. s. w. Eine Darlegung des Entschlusses, daß man eine Willensaktion vornehmen werde, ist noch nicht die Willensaktion selbst; ebenso wie die Erklärung, Jemanden tödten zu wollen, noch nicht die Tödtung ist; oder die Erklärung des Vorhabens, Jemanden zu injuriiren, noch nicht die Injurie selbst ist. Daher denn auch Paulus in fr. 17 de jure codicill.: *Litterae, quibus hereditas promittitur vel*

animi affectus exprimitur, vim codicillorum non obtinent. In unserem Falle ist es eben ganz anders; der Promittent will ein Versprechen machen und macht ein Versprechen, und an das Versprechen knüpft das Recht die geeigneten Folgen, sollte der Versprechende auch vermeinen, daß dasselbe ohne Rechtsfolgen, ohne rechtliche Gebundenheit bleiben werde. Ein Analogon aus dem testamentum militis wäre es, wenn etwa der Soldat, wie es in fr. 24 cit. heißt, convocatis ad hoc hominibus, ut voluntatem suam testaretur, ita locutus est, ut declararet, quem vellet sibi esse heredem, wenn er also eine unzweideutige Erbeinsetzungserklärung abgeben würde, aber dabei etwa aus Unkenntniß der Soldatenprivilegien vermeinte, daß diese Erklärung wegen Ermanglung der Form keine rechtlichen Folgen habe, keine testamentarische Kraft besitze. In diesem Falle hätte kein römischer Jurist und kein Trajan anders entschieden, als daß das Testament wirksam sei. Man sieht, daß Corpus juris richtig auszulegen, auch dazu gehört oftmals der geschärfte Blick des Empirikers.

Leichter freilich ist Mommsen in seinem Buch über die Haftung der Kontrahenten (1879) S. 93 fg., über meine Beispiele hinweggekommen, in dem er dieselben gar nicht erwähnt, sondern sich mit einigen zuversichtlichen Verweisungen auf das römische Recht (es könne wohl nicht zweifelhaft sein, daß das römische Recht u. s. w. u. s. w.) begnügt. Hätte ein römischer Jurist diese Beispiele gebracht, so wären längst Bände darüber geschrieben worden; aber allerdings, was nicht von den römischen Juristen stammt, ist für manchen unserer Autoren nicht vorhanden.

Unsere Theorie bedarf noch einer näheren Präcisirung, da man seltsamer Weise geglaubt hat, sie gewähre keinen Vortheil, als daß sie der Mentalreservation eine (und fügen wir bei — die allein richtige) Stelle anweist. Ich will zu diesem Zwecke,

da das Wesen des Vertrags bekanntlich darin besteht, daß eine Erklärung und damit ein Geisteseffekt in der Seele des Mitkontrahenten gewollt und erzeugt wird, noch näher ausführen, worauf diese Erklärung gerichtet sein muß, um eine Aktion des Rechts zu veranlassen. Ich habe dies seitdem für selbstverständlich erachtet, und es ist selbstverständlich für jeden, der die Praxis näher kennt. Da man aber nicht aufhört, mich mißzuverstehen, so sei auch noch dieser Punkt kurz berührt. Sofern das Recht eine bestimmte Anzahl von Rechtsgeschäften namentlich aussondert und das Rechtsleben sie mit Bezeichnungen versieht, bedarf es von Seiten der Parteien zum Vertragsabschluß nur der Erklärung, dieses bestimmte Institut zu wollen, und es zu wollen mit Bezug auf das oder jenes bestimmte Objekt; dann tritt der Rechtseffekt ein, mag die Partei sich auch von den Rechtsfolgen die abenteuerlichsten Vorstellungen gemacht haben. Dies ist der tiefere Sinn der benannten Rechtsgeschäfte; dahin gehört der Kauf wie der Wechsel, die Ehe wie die Adoption¹⁾. Allein das Recht ist mit den paar benannten Typen nicht zufrieden, weil das Rechtsleben eine viel größere Mannigfaltigkeit wirtschaftlicher Erfolge verlangt, als mit diesen Typen erzielt werden könnte. Daher sagt das moderne Recht: Ich werde einem jeden Versprechen bezüglich der Herbeiführung eines wirtschaftlichen Erfolges eine bestimmte rechtliche Kraft zuschreiben, sofern nicht bestimmte Gründe der Sittlichkeit, der sozialen Ordnung, der individuellen Freiheit u. s. w. im Wege stehen. Hier ist es Sache der Parteien, das Versprechen zu geben und das wirtschaftliche Objekt des Versprechens zu bezeichnen; Sache des Rechts ist es, zu bestimmen, ob und welche Folgen sich an das

1) Man sieht, die Kategorie der benannten Geschäfte ist nicht bloß eine historische Kategorie einer bestimmten unvollkommenen rechtlichen Entwicklung, sondern eine Kategorie, welche in jedem Rechtssystem ihre Bedeutung hat und haben wird.

Versprechen knüpfen, ganz unabhängig von der Borausicht der Parteien. Hätten wir noch einen ähnlichen Rechtsorganismus, wie die römische Sklaverei, so müßte unser Recht auch bestimmen, wem der Erwerb zufällt, falls dem Usufruktflaven oder dem bona fide serviens etwas versprochen wird u. s. w. Ferner bestimmt das moderne Recht, daß, wenn eine Erklärung über das sofortige wirthschaftliche Schicksal einer Sache gegeben wird, sich innerhalb bestimmter Gränzen gewisse Rechtsfolgen an diese Erklärung anreihen sollen: A. erklärt, daß B. seine Sache leb- tätig benützen dürfe, daß B. seine Sache zum Verkauf haben solle u. s. w. Das Recht knüpft hieran seine Folgen, Usufrukt, Pfandrecht u. s. w., möge den Parteien auch diese ganze Rechtspartie terra incognita sein, so daß sie in keinem juristischen Examen bestehen würden. Dies gilt insbesondere von solchen Instituten, wie der Baarfaution, über deren rechtliche Konstruktion selbst die Ansichten der Gelehrten völlig auseinandergehen, s. die Relation bei Hanausek, der uneigentliche Nießbrauch S. 165 fg. Durch Bezeichnung des wirthschaftlichen Erfolgs und des Gegenstandes, an welchem er eintreten soll, und durch die Erklärung, daß ein solcher Erfolg entweder bloß versprochen wird, oder sofort eintreten soll, durch alles dieses wird das Geschäft ebenso individualisirt, als ob es ein bestimmtes im Verkehr markirtes Typengeschäft wäre¹⁾;

1) Indes bleibt es immerhin ein Unterschied, ob ein Typengeschäft gewollt ist oder ein nach wirthschaftlichen Folgen individualisirtes Geschäft, da im letztern Falle das Recht auf diese bezeichneten Folgen Rücksicht nehmen kann, während es im ersten Falle rein den Mechanismus des Typengeschäftsapparates wirken läßt. So erklärt es sich, daß wir heutzutage die bekannten Fälle des Prälegats, fr. 34 §. 12, fr. 116 §. 1 leg. I, mit ganz andern Augen ansehen als die Römer, wenn auch deren Entscheidungen noch für den alten Vangerow ein Gegenstand unnennbaren juristischen Entzückens gewesen sind. Der Unterschied liegt aber nicht darin, daß die Römer vom Ausdruck, wir vom wirklichen Willen ausgingen (Windscheid III §. 627 No. 8); sondern die Römer gingen vom Typengeschäft