

und ist diese individualisirende Erklärung erfolgt, haben die Parteien gethan, was der Parteien ist, so thut das Recht, was Rechtens ist. Daher entsteht ein Vertrag auch dann, wenn beide Theile über die Rechtsfolgen höchst verschiedene Meinungen hegten, sofern sie nur über die individualisirenden Punkte übereingekommen sind, vgl. auch Windscheid, Wille und Willenserklärung S. 38. 39 (aber m. E. in Widerspruch mit seinem Ausgangspunkt).

Naturgemäß bedarf es auch bei unserer Theorie der Vertragsauslegung, denn die Parteien müssen die individualisirenden Punkte, insbesondere den Gegenstand des Rechtsgeschäfts bestimmen; es muß daher eruiert sein, ob 100 oder 1000, ob Stichus oder Pamphilus, ob Pferd, Kameel, Esel, Windhund, Dachs, Ente oder Schnepfe den Gegenstand des Geschäfts bilden. Daher sind die Stellen des Röm. Rechts über die Auslegung insbesondere der Vermächtnisse sehr vernünftig; es ist sehr verständig, daß auf die *mens testatoris*, auf die *consuetudo patrisfamilias*, auf die *vicinae scripturae* hingewiesen wird, fr. 21 §. 1 *qui testam. fac. poss.*; nur hieraus läßt sich die Auflösung einer Sigle, eines undeutlichen Zeichens, eines dunkeln Ausdrucks gewinnen. Das Recht bedarf der individualisirenden Merkmale, es kann erst agiren, wenn diese gegeben sind; ebenso wie die mathematische Aufgabe gestellt sein muß, ehe sie gelöst wird. Es ist daher nichts seltsamer und verwunderlicher, als daß man uns diese Interpretationsstellen

aus und ließen ihm seinen Gang; unsere durch langen germanischen Filtrationsprozeß hindurchgegangene heutige Anschauung heftet sich nicht mehr an die Typengestalt des Legats und sein Verhältniß zur Erbschaft; der Erblasser gibt mit seiner Disposition von ungefähr das wirthschaftliche Resultat an, welches ihm vorschwebt, und überläßt es einem gütigen Schicksal, diejenige rechtliche Gestalt zu komponiren, durch welche möglichst viel von dem bezeichneten wirthschaftlichen Resultate erreicht werden kann. Vgl. auch Kretschmar, Natur des Prälegats S. 261 fg.

des Röm. Rechts als Gegenbeweis hat entgegenhalten wollen. Das Gesagte gilt sowohl von jenen bekannten „Wirthschaftsinterpretationen“ in den Titeln XXXIII 6 — XXXIV 2 (vgl. auch Paulli S. Rec. III 6 §. 35—91), wo immer untersucht wird, welches Geräthe der Testator mit einem bestimmten Ausdruck hat bezeichnen wollen und insbesondere wie weit die jeweilige Bezeichnung reicht, z. B. fr. 9 pr. und §. 2 de trit., fr. 12 §. 14, fr. 18 §. 3, fr. 20 §. 2 de instruct., fr. 6 §. 2 und 3 de pecul. leg., fr. 3 §. 2 und 3 de penu leg., fr. 8 de suppell. leg., fr. 6 und 7, fr. 20 §. 2 de aliment. vel cib., fr. 27 §. 1, fr. 33 de auro, als auch von den sonstigen bezüglichen Stellen, wo auf die mens testatoris, oder bei Verträgen auf das id quod actum est, quod inter utramque partem convenit, u. s. w. verwiesen wird, vgl. z. B. fr. 2 de hered. instit., fr. 63 (62) §. 1 eod., fr. 11 de jure delib., fr. 33 §. 1, fr. 39 §. 6 leg. I, fr. 52 §. 7, fr. 73 §. 3 leg. III, fr. 3 §. 9, fr. 31 §. 3 de adim. vel transf. leg., fr. 3 de pact., fr. 7 §. 8 und 12 eod., fr. 33, fr. 41 pr., fr. 77, fr. 78 pr., fr. 80 §. 2 de contr. emt., fr. 9 pr. eod., fr. 38 pr., fr. 48 de act. emt. vend., fr. 29, fr. 51 pr., fr. 54 §. 1, fr. 85 §. 1 locati, fr. 10 pr. de lege Rhodia, fr. 15 §. 6 de usufruct., fr. 116, fr. 125, fr. 219, fr. 220 §. 1, fr. 243 V. S., fr. 17, fr. 96 de R. J., c. 15 de contr. et comm. stipul. u. s. w. u. s. w. Im Gegentheil beweist die ganze Behandlung der Sache für uns. Denn es ist zweifellos, daß die Römer vielfach bei ihren Interpretationen, insbesondere in Testamentangelegenheiten, noch weiter gehen und nicht nur die wirthschaftlichen Anordnungen berücksichtigen, welche die maßgebende Person gewollt hat, sondern auch diejenigen, welche sie gewollt hätte, wenn ihr etwa die betreffende Konstellation der Verhältnisse vorgelegen wäre; mit andern Worten, daß sie nicht bloß nach dem Willen, sondern auch nach dem

Sinne, nach der Geistesrichtung dieser Person hin argumentiren, vgl. z. B. fr. 115 §. 2 de V. Obl., fr. 57 de jure dot., fr. 168 §. 1 de Reg. Jur.: quod factum est cum in obscuro sit, ex affectione cujusque capit interpretationem; sehr verständlich nach unserer Ansicht, wornach, wenn der Wille auch unvollkommen ist, das Recht diejenigen Rechtsfolgen eintreten läßt, welche der Gerechtigkeit gemäß sind, und der Gerechtigkeit ist es oftmals gemäß, daß sie die unvollkommenen Gedanken aus dem Gedankenkreis, dem Thun und Trachten der Person rekonstruirt und die dementsprechenden Rechtsfolgen anreicht — während nach der gegentheiligen Meinung, wornach die Rechtsfolgen nur eintreten, wenn sie gewollt sind, diese Entscheidungen eben wiederum zu den beliebten Ausnahmen und Fiktionen gehören. Endlich ist gleichfalls nur mit unserer Ansicht der weitere Satz des Röm. und modernen Rechts vereinbar, daß, selbst wenn dieses Kriterium gebriecht, das Recht immer noch Regeln aufstellt, um den unklaren oder mehrdeutigen Ausdruck in einem besondern Sinne zu fassen und daran die entsprechenden Rechtsfolgen anzuknüpfen, so z. B. daß im Zweifel gegen den Verkäufer zu interpretiren sei u. s. w., fr. 21 de contr. emt., fr. 39 de pact., fr. 172 pr. de R. Jur.

Ja, das Recht begiebt sich niemals in die Hörigkeit der Parteien, um gerade den Rechtseffekt hervorzubringen, den die Parteien wollen, um als gehorsamer famulus auf Wunsch zu dienen. Vielmehr läßt das Recht sich stets die Diskretion, ob es seine Intervention in der einen oder andern Weise für geeignet hält, ob nicht die eine oder andere Wirkung den Interessen der Rechtsordnung besser entspricht¹⁾. Das Recht ist ein viel zu komplizirter und feinfühligter Organismus, als

1) Man denke an Fälle, wo eine Erklärung, die nicht auf ein Fideikommiß geht, doch als Fideikommiß behandelt wird u. s. w.

daß es sich den Händen des Publikums so ohne Weiteres anvertrauen könnte. Kaum daß die Juristen die Haupt- und Nebenrechtsfolgen der Rechtsgeschäfte einigermaßen vorauszusehen wissen, das Laienpublikum hat höchstens einige dunkle Ahnungen¹⁾, und erst, wenn das Geschäft abgeschlossen, wenn es in Gang gebracht ist und sich nunmehr die Interessen zu reiben beginnen, regt sich ein dunkles Rechtsgefühl für das eine oder andere. Darum geht der vorsichtige Laie in prophylaktischer Weise zu dem Juristen, und Sache der Kautelarjurisprudenz ist es, die Rechtsfolgen zu erwägen, welche sich gegen alles Erwarten der Parteien als prinzipale oder als accessorische Rechtsfolgen an das abzuschließende Geschäft knüpfen werden; unbegreiflich, wie man bei diesem Sachverhalte hat behaupten können, daß die Parteien den Zauberschlüssel in der Hand tragen, um irgend ein Fach, irgend eine Pforte des Rechts nach Belieben springen zu lassen, und wie man dies auf Grund einiger mißverständener vergilbter Stellen des Corpus juris zusammenkonstruirt hat, nicht achtend auf das blühende Leben, das uns Alle umgibt. Das war nur möglich, weil Theorie und Praxis auf einem sehr etikettmäßigen Schicklichkeitsfuße zu einander standen und sich nur von Zeit zu Zeit einige abgemessene Besuche machten; ein neuer Beweis für die Richtigkeit der Bethmann-Hollweg'schen Forderung²⁾, daß auch praktisch geschulte Juristen sich der wissenschaftlichen Lehre, und sagen wir weiter, der Fortbildung des Rechts widmen müssen. Fürwahr, ein Theoretiker wie ich, welcher die Praxis nicht nur mit den ersten Lippen gekostet hat, sondern, wie wenige meiner Zeitgenossen, in etwa 5 Jahren in der intensivsten Weise praktisch und dabei zugleich wissenschaftlich thätig war, der in 5 Jahren mehrere tausend Rechts-

1) Vgl. auch Steinbach, Rechtskenntnisse des Publikums S. 18 fg. 22.

2) a. a. D. S. 65, Stölzel a. a. D. I S. 619.

sachen geistig durchgearbeitet und zum Theil mit der Partei durchgesprochen hat, der weiß es, in welchem Zustande der Vorsicht und Voraussicht die meisten Parteien sich beim Vertragsabschluß befinden, und wie die Parteien dem Rechtsgeschäft und seinen Folgen oft so unkundig gegenüberstehen, wie die unwissende Braut am Hochzeitstag; der weiß es, was es hieße, die Rechtsordnung unter den Willen der Parteien beugen; der weiß es, daß mindestens $\frac{1}{3}$ der Rechtsgeschäfte annullirt werden müßte, weil weder die prinzipalen noch die accessorischen Folgen von den Parteien vorausgesehen werden, so daß diese ihnen später unvorhergesehen über den Kopf zusammenwachsen, so unvorhergesehen wie dem Zauberlehrling. Armer Zauberlehrling, auch du bist der Fehlkritik Zitelmann's (S. 258) nicht entgangen, denn du sollst ja nicht meiner Theorie, sondern der herrschenden Lehre angehören, weil nach der herrschenden Lehre, wer einmal den Vertrag geschlossen, nicht mehr zurücktreten kann, wie zu lesen in c. 39 de transact.: *quamvis eum qui pactus est statim paeniteat, transactio rescindi — — non potest.* Natürlich — „was geschehen ist, ist geschehen“, allein dazu bedarf es keines Zauberlehrlings, das gilt auch vom gewöhnlichen Besen; daß aber unvorhergesehene, ungeahnte Rechtsfolgen eintreten, die sich nicht mehr bannen lassen, das ist eben gerade unserm Zauberlehrling eigen. Darum behalten wir unsern Zauberlehrling, er ist auch schon ein ganz eingewöhnter nüchterner brauchbarer Geselle, während wir auf den Thon'schen Prinzen im Märchen, so „hübsch“ er sein mag, gerne verzichten; denn der Vergleich ist falsch und irreführend, weil er eine so naturwüchsige gesunde Schöpfung, wie das Recht, welches aus den nüchternsten Interessen und Bedürfnissen hervorgegangen ist, in die ungesunde, träumerische Luft des Märchens versetzt und uns an verwunschene Prinzen, verzauberte Prinzessinnen und myste-

riöse Geistergeschichten mahnt, wo es gilt, mit klarem nüchternem Blicke die Wirklichkeit zu erfassen und die den präsenten Interessen zuträglichste Ordnung der Dinge zu treffen. Darum helles Tageslicht, nicht träumerische Phantasmagorie!

Soweit für diesmal über das Rechtsgeschäft; wer dem widerspricht, den kann ich nur einladen, bei einem tüchtigen Praktiker einige Jahre zu arbeiten und das Verkehrsleben von der praktischen Seite zu betrachten; er wird finden, daß man hier Manches lernt, was in keinem Corpus juris und in keinem Compendium steht.

Nach diesem Abschweif, den man uns entschuldigen möge, kehren wir zu Gerber zurück. Wir haben gezeigt, daß sich Gerber in der Rechtsgeschäftsfrage völlig im Kreise dreht, indem er von der Rechtsgeschäftsqualität auf die Rechtsfolgen schließt, anstatt empirisch von den Rechtsfolgen auf die Rechtsgeschäftsqualität. Dagegen fällt derselbe mit der weitern Bemerkung, es wäre „eine lächerliche Bedanterie, wenn Jemand ganz allgemein und ohne besondere Veranlassung das Spazierengehen in seinem Garten, das Sichniederlassen auf seinen Stuhl deßhalb für Rechtsgeschäfte erklären wollte, weil darin zugleich auch eine Ausübung des Eigenthums liege“, völlig ¹⁾ hors de comparaison. Allerdings ist es kein Rechtsgeschäft, wenn ich innerhalb meines Gartens spazieren gehe, ebensowenig, als es ein Rechtsgeschäft ist, wenn ich meine Fische verzehre; allein aus einem ganz andern Grunde, nämlich deßhalb, weil nicht die Ausübung des Rechts an sich ein Rechtsgeschäft ist, sondern nur die Aenderung des Rechtszustandes. Nicht wer sich im idyllischen Genuße seines Rechts behaglich fühlt, vollzieht Rechtsgeschäfte, sondern wer die geschlossene Kette der erworbenen Rechte bricht; um sie an veränderter Stelle neu zu

1) Mit Erlaub unserer Sprachpuristen zu sagen!!

schließen, wer Neubildend in den Organismus des Rechts eingreift. Es wäre daher keine lächerliche Pedanterie, sondern ein monströses Mißverständnis, wenn man das Spazierengehen, das Essen und Trinken in die Sphäre der Rechtsgeschäfte einreihen wollte; mit unserer Frage über die Rechtsfolgen der schriftstellerischen Produktion hat diese ganze Episode nichts zu schaffen. Durch diese Episode ist denn auch bei Gerber die wahre Frage völlig in den Hintergrund geschoben und durch Scheinargumente verdeckt; nur so ist der verwunderliche Fortgang der Deduktion zu begreifen: der ganze Inhalt des Urheberrechts reduziere sich darauf, „daß die Urheberschaft einer bestimmten Person eine geschichtliche Thatsache ist“, worauf dann an einer spätern Stelle (S. 305) weiter argumentirt wird: „die Autorschaft eines Manuscripts ist eine geschichtliche Thatsache, Thatsachen aber lassen sich nicht verkaufen, und kein Recht der Welt würde eine Rechtsform anerkennen, welche zur ewigen Abläugnung von Thatsachen nöthigt.“ Und so heißt es weiter, eine solche Uebertragung der Autorschaft, daß der Käufer sich als Autor prädentirte, wäre eine Lüge, sie würde zu dem weitern Resultate führen, daß mit der Gütergemeinschaft die Frau Miteigenthümerin des Inhalts der Werke des Mannes werde u. s. w. Es ist gut, daß eine Succession in diesem Sinne nicht möglich ist; ich möchte nicht in diese Ideenkette, nicht in diese Argumentation succediren. Auf das Gebiet des Sachenrechts übertragen, würde sie heißen: Wer ein Bild von Rubens kauft, behauptet ein zweiter Rubens zu sein, und wer eine Flasche Champagner kauft, tritt damit in die Reihe der Champagnerproduzenten ein. Es bedarf keiner Ausführung, daß hier die das Autorrecht erzeugende Thatsache, die Autorschaft, und das aus dieser historischen Thatsache hervorgehende Autorrecht in der seltsamsten Weise verwechselt sind. Wenn Gerber sagt, das s. g. Urheberrecht reduziere sich auf die nackte Thatsache der

Urheberschaft, so behauptet er damit eben, daß aus der Urheberschaft ein Urheberrecht nicht hervorgehe, m. a. Worten, daß es kein Urheberrecht gebe. Das ist aber wieder nur eine nackte Behauptung, ohne einen Funken von Beweis, und der Urheber derselben dreht sich damit ein zweites Mal gerade wieder im Kreise herum. Von Veräußerung des Autorrechts kann natürlich nur die Rede sein, wenn es ein Autorrecht gibt; dann wird aber nur das Autorrecht veräußert, nicht die das Autorrecht erzeugende Thatsache der Autorschaft; ebenso wie bei Veräußerung des Eigenthums nur das Eigenthum übergeht und nicht auch die das Eigenthum erzeugende Thatsache der Okkupation, Spezifikation u. s. w.; und der Successor prätendirt sich ebensowenig als den Verfasser des Werkes, als je ein lustiger Kumpan, der eine Flasche Champagner entkorkt hat, sich als Konkurrenten und Rivalen der Veuve Cliquot oder der Firma Röderer prätendirt hat ¹⁾.

Wenn Gerber weiter bemerkt, daß „an und für sich“ ein jeder Käufer eines Buches dasselbe auf seine Rechnung abdrucken und weiter verbreiten könne, ohne daß dadurch ein Recht des Autors verletzt würde — so ist dies zum dritten Mal eine nackte *petitio principii*. Wenn Jemand einen Schlüssel kauft, der fremde Schlösser öffnet, so darf er nicht „an sich“ die fremden Schlösser öffnen, m. a. W. er darf von dem Schlüssel nur den Gebrauch machen, der nicht in das Recht eines

1) Ein geistreicher französischer Epigrammatiker hat gesagt:

On dit que l'abbé Roquette
Prêche les sermons d'autrui;
Moi qui sais qu'il les achète,
Je soutiens qu'ils sont à lui —

eine feine Persiflage dieser Verwechslung von Autorschaft und Autorrecht. Eine ähnliche Persiflage findet sich schon bei Martial II 20:

Carmina Paulus emit, recitat sua carmina Paulus.
Nam, quod emas, possis jure vocare tuum.

Dritten eingreift. Das Argument Gerber's wird auch dadurch nicht besser, daß man die Sache auf den Nachahmungstrieb stellt, der doch an sich berechtigt sei, *Caresme, la propriété littéraire* (1863) p. 43. Aber es gibt eben gar viele Dinge, die man, obgleich sie in unserem Eigenthum sind, nicht nachmachen, mindestens nicht zum Gebrauch nachmachen darf, z. B. Münzen, Unterschriften dritter Personen u. s. w. u. s. w. Es darf eben der Käufer eines Buches auch nachahmungsweise von demselben nur den Gebrauch machen, der nicht in ein bestehendes Autorrecht eingreift; ob ein solches besteht, ist eben wieder der Punkt in Frage, und wir sind mit alledem soweit wie vorher. Vgl. Schmid, *der Büchernachdruck*, (1823) S. 64.

Vielfach hat man auch die Wendung gebraucht, daß der Autor sich mit der Publikation seines Opus des Alleinrechts daran begeben, so daß etwa in der Publikation eine Dereliction zu erblicken wäre¹⁾. Diese Behauptung ist nun aber die verkehrteste, die überhaupt aufgestellt werden könnte. Ebenso gut könnte man behaupten, daß der Eigenthümer einer Gemäldegalerie, welcher sie dem Publikum gegen Entrée eröffnet, oder der Eigenthümer eines Lustgartens, welcher dem Publikum gegen Bezahlung die Benutzung desselben gestattet, auf das Eigenthum der Galerie oder des Lustgartens verzichte; oder daß der Staat, weil er die öffentlichen Straßen und Brücken dem Publikum zur Benutzung überläßt, damit dem Publikum auch erlaube, die Pflastersteine und Brückenplatten mitzunehmen; vgl. dagegen auch die anonyme amerikanische Schrift: *Plea for authors and the right of literary property*

1) Schon der alte Griesinger in seiner vielfach ergötzlichen Schrift: „*der Büchernachdruck aus dem Gesichtspunkte des Rechts, der Moral und Politik*“ (1822) meint (S. 18), durch die Veröffentlichung werde das Buch *publici juris* — und dürfe daher von Jedem gedruckt werden.

(1838), Schellwig, Kritik des Nachdruckgesetzes für Württemberg (1842) S. 26, Schmid a. a. O. S. 77 fg.

Gerber erklärt weiter (S. 300), daß es eines ausdrücklichen Ausspruchs der Gesetzgebung bedurft habe, um den Nachdruck für ein Unrecht zu erklären und mit Strafe und Entschädigungspflicht zu belegen. Soll damit gesagt sein, daß ohne Rechtsatz das Autorrecht nicht den Schutz des Staates finde, so ist dies richtig, allein es gilt hier dasselbe, was vom Eigenthum und allen andern Rechten: kein Recht ohne direkte oder indirekte Sanktion durch Rechtsatz. Wenn es einem Staate in den Sinn käme, das Eigenthum als Rechtsinstitution aufzuheben, so hätten die Diebe einen Freipaß, der Begriff des Diebstahls würde aus dem Strafkodex gestrichen. Und das ist nicht so eine pure Unterstellung ohne historische Unterlage. Bekanntlich hat sich die Idee des Eigenthums an vielen Dingen, insbesondere an Grund und Boden nicht so von Urzeiten her vorgefunden, sondern erst in verhältnißmäßig später Zeit entwickelt, und damit auch der Schutz dieses Eigenthums durch Gewohnheits- und Gesetzesrecht; vgl. Post, Anfänge des Staats- und Rechtslebens S. 282, Roscher, Ansichten der Volkswirtschaft (1878) I S. 298 fg. Wenn aber damit gesagt sein soll, daß der Nachdruck ohne gesetzliches Verbot auch nicht einmal gegen das Rechtsgefühl und gegen die von dem Rechtsgeföhle aufgestellten Postulate des Rechts verstoße, so widerspricht dies der ganzen offensichtlichen Entwicklung der Autoridee von der Erfindung der Buchdruckerkunst bis auf unsere Tage; es widerspricht dies der Stimme der größten Geister aller Nationen, welche sich vor Emission der Autorgesetze deutlich und vernehmlich über die Frage geäußert haben. Der Nachdruck war schon längst, nicht nur als eine Verletzung der Billigkeit und Moral, sondern als eine Verletzung eines durch das Rechtsgeföhle anerkannten und geheiligten Rechtsgutes ver-

urtheilt¹⁾ und der dolosive Nachdrucker unter die Räuber und Diebe gestellt, ehe noch das erste großartige Autorgesetz im 8. Regierungsjahr der Königin Anna von England (1710) in die Welt trat und damit eine der größten gesetzlichen Thaten aller Zeiten vollbrachte²⁾. Doch gehört die weitere Entwicklung dieses Punktes der späteren Darstellung an.

Noch fährt Gerber fort, der Autor habe an den im Buche niedergelegten Gedanken nicht dasselbe Dispositionsrecht, wie der Eigenthümer an einem Tisch, Stuhl, Haus, Grundstück (S. 304). Allein was soll dieser Einwand? *Opposition que veux-tu?* Ist etwa der Gedanke Gegenstand des Autorrechts? Mit nichten, sondern das künstlerische Gedankengebilde des Autors, wie dies noch später ausführlich erörtert werden soll. Allerdings hat dieses Gedankengebilde im Publikum Wirkungen,

1) Auch hier finden wir bei den Segnern häufig genug jene seltsame Verwechslung, als ob Rechtsgefühl identisch wäre mit Billigkeitsgefühl, Verletzung der Rechtspostulate mit Unsittlichkeit!!

2) Ueber die Vorgeschichte dieses Gesetzes vgl. *Considerations on the nature and origin of literary property* (anonym Edinburg 1767) p. 6 fg., Ed. Laboulaye, *Etudes sur la propriété littéraire en France et en Angleterre* (1858) p. 15 fg. Merkwürdigerweise wird bei Gerber immer gesprochen, als ob das Autorrecht in den deutschen Autorgesetzen aufginge. Glücklicherweise hat die Kulturwelt nicht auf die Verheißungen der Wahlkapitulationen des ehemaligen deutschen Reichs gewartet, sondern Autorrechte geschaffen zu einer Zeit, wo das deutsche Reich äußerlich und innerlich in Ohnmacht darniederlag und sich zu einer solchen gesetzgeberischen That nicht mehr aufraffen konnte; womit nicht bestritten werden soll, daß bereits sehr frühe einzelne deutsche Staaten und Gemeinwesen für sich vorgegangen sind, so Nürnberg (s. bei Korb, was heißt und ist das geistige Eigenthum? S. 87) schon 1550, Sachsen 1686 u. s. w. — aber nur mit beschränkter lokaler Wirkung. Salvioni, *la proprietà letteraria nel Veneto* (1877) p. 15, 16 hält ein Venetianisches Gesetz v. 11. Mai 1603 für das älteste Autorgesetz; allein es dürfte zweifelhaft sein, ob hier von einem Autorrecht ohne Vermittlung eines Privilegs die Rede ist; leider hat Salvioni den Text des Gesetzes nicht mitgetheilt und seine Darstellung ist nicht hinreichend klar, um in dieser heikeln Frage sicher zu gehen.

welche nicht mehr in der Disposition des Autors stehen: Wie eine Leuchte in dunkler Nacht dringen die Strahlen eines Geisteswerkes klärend, erleuchtend, erhebend in Pallast und Hütte, sie schweifen unfaßbar, wo immer sie Menschen finden, in deren Geiste sie Einkehr, in deren Herzen sie Anklang finden. Diese Strahlen zu fassen, zu lokalisieren, zu kontingieren, das wäre ein eitles Bemühen, ein solches hat auch noch nie die Lehre des Autorrechts versucht¹⁾, nur das grösste Mißverständnis könnte je im Stande sein, ihr einen solchen Fehlgedanken ins Gehege zu werfen. Das wußte schon im Jahr 1774 Hargrave, an argument in defence of literary property (London 1774) besser, wenn er p. 16 sagte: An attempt to appropriate to the author and his assigns the perpetual use of the ideas contained in a written composition might well be deemed so absurd and impracticable, as to deserve to be treated — — with — indignation —. But the claim of Literary Property is not of this ridiculous kind.“ Und ebenso unser Schellwig, Kritik des Nachdruckgesetzes für Württemberg (1842) S. 2 fg.: „Allerdings sind es nicht die Gedanken, an welchen ein Eigenthum stattfindet — — es sind aber auch nicht die Gedanken, welche zu Markte gebracht werden, sondern es sind Bücher, in einer sinnlich merkbaren Form dargestellte Gedanken, Gedanken, die einen Körper von Worten, Tönen oder plastischen Formen angezogen haben.“ — — So auch schon Kramer, Rechte der Schriftsteller und Verleger (1827) S. 51 fg., Schmid S. 78 fg.

Wenn nun aber das im Einzelrecht stehende Autorgut mit dem Momente, wo es seine reguläre Benützung findet, auch Wirkungen außerhalb der Sphäre des Einzellebens ausübt, wenn

1) Vgl. auch hiergegen richtig Muquardt, le droit d'auteur (1855) p. 10, Berger, Beiträge z. Lehre v. Büchernachdruck (1841) S. 8.

es über das Genußgebiet des Einzelnen hinaus gewisse Einflüsse in alle Gesellschaftsschichten trägt, so beruht dies auf der eminent sozialen Natur des Autorgutes, welches, wenn auch nur von einem Einzelnen privatrechtlich genossen, sofort gewisse Reflexwirkungen in die ganze Kulturwelt sendet. Solche soziale d. h. mit unvermeidlicher Wirkung auf einen größern sozialen Kreis ausgestattete Güter kennt aber auch die Sachenwelt und das Sachenrecht. Steht ein Wald, welcher einer ganzen Gegend Frische und Gesundheit bringt, ein Wald, welcher durch seine Regenabsorption und Quellenbildung das Gedeihen der ganzen Landeskultur, ja sogar die Sicherheit von Leben und Eigenthum der Umwohner bedingt, nicht im Privateigenthum? Ist das Bergwerk, welches das ganze Land mit Circulationsmetall und mit allen kulturgeschichtlichen Folgen desselben bereichert, nicht im Einzelvermögen? eine Eisenbahn, eine Fabrik, welche einer ganzen Gegend Einkommen und Wohlstand bringen und mit einem Schlage die ganze ökonomische und kulturgeschichtliche Lage des Kreises ändern? Steht das Haus, das der Gastfreund besucht, mit seiner Einrichtung und seinem Comfort nicht im Privateigenthum, wenn auch der Gastfreund seine Erinnerungen und Eindrücke mit sich nimmt? Oder ist nicht die Leuchte an meinem Hause mein volles Privateigenthum, obgleich sie nicht leuchten kann, ohne den ganzen Umkreis zu erhellen und Freunden wie Feinden die Wege zu weisen? Umzieht das Eigenthum mit einer chinesischen Mauer, ihr werdet ihm nicht seine soziale Funktion zerstören können, ihr werdet ihm nicht verwehren können, daß seine nützlichen wie schädlichen Wirkungen sich in größerem oder geringerem Umfange für Dritte geltend machen. Das Eigenthum ist nicht die Burg des Egoismus, sondern das Behikel des Gemeinverkehrs. Keiner kann auf seinem Herde Feuer machen, ohne daß sein Rauch in die Luftsäule des Nachbarn dringt, keiner

auf seinem Boden eine Wirthschaft betreiben, ohne daß die Nachbarschaft davon berührt wird; keiner sein Eigenthum auf den Markt bringen, ohne daß der Marktpreis dadurch, wenn auch nur minim, beeinflusst wird. Längst schon haben wir von Jhering die Theorie der Reflexwirkungen überkommen, und Niemand hat daran gedacht, das Eigenrecht zu läugnen, weil es auch Reflexwirkungen bietet. Diese Reflexwirkungen sind aber gerade die soziale Seite des Rechts, sie sind die Verbindungsstränge, mit welchen der Einzelne untrennbar an die Allgemeinheit geknüpft ist. Nur beim Immaterialgüterrecht sollen diese Verbindungsstränge auf einmal mit dem Charakter des Einzelrechts unverträglich sein, hier auf einmal soll das Einzelrecht nicht mehr Einzelrecht sein, weil sich diese Verbindungsstränge nicht zerschneiden lassen; und man bedenkt nicht, daß man mit demselben Federstriche das Eigenthum austreichen würde, weil es unaufhaltsam Wirkungen äußert, welche außerhalb des Bereiches des Einzelrechts fallen und sich jeder Lokalisierung, jeder Kontingentirung entziehen¹⁾.

Vielfach hat das Recht diese sozialen Wirkungen für so wichtig erachtet, daß es geradezu diese Wirkungen verlangt, daß es die Rechtsausübung nur in einer Weise gestattet, welche diese sozialen Wirkungen ermöglicht und fördert²⁾. Daher die

1) Schon Hargrave p. 20 beklagt sich, daß diese Einwürfe, wenn man sie in der einen Gestalt niedergeworfen, immer wieder in einer andern erstiegen: when it has been destroyed in one shape, the power of language has instantly raised it up again in another, equally formidable in appearance, but equally devoid of substance. Hätte er gewußt, daß wir heute nach mehr als hundert Jahren noch dieselben Scheinargumente zu hören haben!

2) Vgl. hierüber und über die germanische Idee des Eigenthums überhaupt Gengler, deutsches Privatrecht §. 37 S. 119. 120, Bruber in der Tübinger Zeitschr. für Staatswissensch. XXXV S. 316, Arnold, Kultur und Recht der Römer S. 200 fg.

Vorschriften bezüglich des Waldbodens: das Recht kann nicht Leben und Gesundheit einer ganzen Provinz von dem Belieben des Waldeigenthümers abhängig machen, es kann nicht den Rahtrieb gestatten, wo die Folge wäre Ueberschwemmung, Unfruchtbarkeit und Hungerstoth¹⁾. Ebenso die Vorschriften über den Betrieb der Eisenbahnen, über die Anlegung von Fabriken, über die Konstruktion der Wohnhäuser, über die Bewässerungs- und Entwässerungsanlagen u. s. w.²⁾. Und ebenso sind auch bei gewissen Immaterialrechten gewisse Einwirkungen auf die Allgemeinheit als so bedeutsam erschienen, daß die Gesetzgebung die Ausübung dieser Rechte an besondere bindende Vorschriften geknüpft hat: So die Bestimmung des deutschen Patentgesetzes, daß das Patent bei Revokationsvermeiden in bestimmtem Umfange ausgeführt werden muß; so die Bestimmung der englischen Copyrightsakte, daß, wenn ein Buch nach dem Tode des Autors nicht weiter publizirt wird, der Rath der Krone einem Dritten auf sein Ansuchen die Publikation erlauben kann, 5 und 6 Vict. 45. s. 5.³⁾, so die Bestimmung des

1) Vgl. auch Roscher, Ansichten der Volkswirthschaft I S. 302 fg., Samter, Eigenthumsbegriff S. 27 fg., Franz, der Föderalismus als leitendes Prinzip S. 67 fg. In früheren Kulturperioden war umgekehrt die Waldrodung ein Verdienst und der erste Schritt zur kulturellen Niederlassung, wodurch sich deutlich erweist, wie die Gestaltung des Eigenthums mit der jeweiligen Kulturstufe zusammenhängt.

2) Vgl. hierüber von Scheel, Eigenthum und Erbrecht (1877) S. 17, meine Abhandl. in der krit. Vierteljahrsschr. N. F. II S. 515 fg. und die daselbst citirten Autoren, Bluntschli, gesammelte kleine Schriften (1879) S. 215 fg., Balzer, das Buch von der Arbeit (1879) S. 105 fg.

3) Vgl. hierüber Ed. Laboulaye, études sur la propriété littéraire en France et en Angleterre (1858) p. 62 und Le Barrois d'Orgeval, la propriété littéraire en France et à l'étranger (1868) p. 82 fg., 125 fg. Eine ähnliche Bestimmung findet sich in dem frühern schwedischen Autorgefetz vom 16./8. 1812, Fliniaux, la propriété industrielle et la propriété littéraire (1879) p. 283, in dem dänischen Autorgef. v. 29./12. 1857 §. 12, und in dem modifizirenden dänischen Gefetz 23./2. 1866 a. 6;

spanischen Gesetzes, daß ein Werk, welches trotz öffentlicher Mahnung 20 Jahre lang nicht wieder veröffentlicht wird, in das Gemeinfreie fällt, und von Jedem publizirt werden kann, a. 40. 42. (jedoch mit Beschränkungen, welche sich aus a. 41 und 42 ergeben).

Natürlich haben auch gerade wieder diese Bestimmungen dazu dienen müssen, die angebliche Unhaltbarkeit des Immaterialrechts darzuthun; soll ja doch selbst das mit unserer Theorie unverträglich sein, daß das Patentrecht einer periodischen Abgabe, einer Besteuerung unterliegt! Bekanntermaßen zahlt aber jeder Grundeigenthümer seine Steuer, und wenn die Patentsteuer allerdings unter der strammen Androhung des Verfalls gesetzt ist — warum sollte nicht eine stramme Steuergesetzgebung die defraudirte Steuer mit dem Verfall des Eigenthums belegen können, wie eine stramme Zollgesetzgebung den defraudirten Zoll (römischrechtliches *Commisum*)? Man sieht: die eigenthumsähnliche Natur der Immaterialrechte wird bekämpft, nachdem man sich das Phantom eines Eigenthums geschaffen, welches nirgends existirt und nirgends existirt hat; ein Phantom, von dem man nicht abläßt, obgleich die Oekonomen schon lange nachgewiesen haben, daß ein solches absolutes Eigenthum ein selbst geschaffenes Phantasiebild, eine reine Karrikatur der Wirklichkeit ist.

Das hat denn schon Portalis besser gewußt, wenn er im französischen Senate (25. Mai 1839) die goldenen Worte aussprach: „Si la propriété est le droit de jouir et de

eine solche Bestimmung ist höchst gerechtfertigt: wer das Autorrecht hat, soll es auch ausüben. Ueber analoge Sätze des Erfinderrechts vgl. mein deutsches Patentrecht S. 16 fg. 132 fg. 206 fg. und meine Abhandlung in der Münchener krit. Vierteljahrsschrift N. F. II S. 524 fg. Vergl. als sachenrechtliche Analogie den Ausbentungszwang des Bergrechts, Preuß. Berggesetz §. 65, 156, Bayer. Berggesetz a. 63. 159, Klostermann, das allgem. Bergges. für die Preuß. Staaten S. 191. 295.

disposer des choses de la manière la plus absolue, c'est pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et les réglemens. Le propriétaire d'une forêt ne peut la défricher sans autorisation. Le propriétaire incommutable d'une mine peut être déchu de son droit, s'il cesse de l'exploiter. Le premier n'en a pas moins la propriété absolue de la forêt; la propriété du second n'en est pas moins une propriété du droit commun, tant qu'il remplit les conditions de son contrat. Ebenso bemerkt Gastambide in seiner vortrefflichen, wenn auch wenig benutzten Schrift: Historique et théorie de la propriété des auteurs (1862) p. 80 sehr treffend: Je ne puis brûler ni ma récolte ni le toit qui m'abrite. Je ne puis ni dessécher mes étangs ni défricher mes bois. Je n'ai pas le droit de laisser mes mines improductives. Ebenso Nion, droits civils des auteurs, artistes et inventeurs (1846) p. 10 fg., Gustave de Champagnac, Etude sur la propriété littéraire (1860) p. 79 und Ascoli, della giurisprudenza teatrale (1871) p. 175 fg.: La legge ammette nell' interesse generale delle limitazioni al diritto privato che non è perciò disconosciuto nè snaturato; il legislatore vuol conciliato l'uno coll' altro, onde sia compatibile la loro contemporanea esistenza sul medesimo oggetto. La proprietà letteraria esige un trattamento perfettamente identico della proprietà comune e l'applicazione dei medesimi principi.

Ist es also auch hiermit Nichts, so figurirt endlich noch bei Gerber (S. 306) als letztes Argument die Ewigkeit des Eigenthums im Gegensatz zu der Zeitlichkeit des Urheberrechts. Hier wird denn wiederum vollständig verkannt, daß die wirthschaftliche Natur der körperlichen Güter eine ganz andere ist, als die der immateriellen. Die körperlichen Güter

können, nach der Anschauung, von welcher unsere Rechte ausgehen, ihren vollen Reichthum am besten in der Form des Einzeleigenthums entfalten. Daher läßt die moderne Gesetzgebung nicht nur das Eigenthum den Eigenthümer überleben, sie gibt ihm nicht nur in der Descendentenklasse und in der Klasse der nähern Familie Raum, sondern läßt es im Wege des Erbgangs selbst in weitere Schichten der Verwandtschaft fallen, so daß es zuletzt ein glücklicher Zufall ist, wenn Jemand einen entfernten Verwandten beerbt, mit welchem er niemals in seinem Leben Beziehungen gepflogen oder in sittlichem Verkehr gestanden hat.

Trotzdem machen die Erbfolgegesetze Schranken, z. B. der C. civ. läßt kein Erbe über 12 Grade hinausfallen¹⁾; und wo nun keine erbfähigen Verwandten vorhanden sind, fällt es an den Staat: *Bona vacantia fiscus vindicatio*. Der Staat kann aber die auf diese Weise angefallenen Güter, so z. B. einen Park, einen Garten, zu gemeinfreien Gütern, zu *res communes omnium* machen; er kann dieselben zwar auch in der Form des Eigenthums verwerthen und die Ergebnisse der Verwerthung in die Staatskasse legen: und in diesem letzten Falle ist wieder formelles Eigenthum, nämlich des Staates, vorhanden, aber durchaus mit dem Zwecke, dem Staatsvermögen und damit der Allgemeinheit der Staatsglieder zu dienen: Form des Individualismus, Zweck aber die Interessen der Allgemeinheit: formell Eigenthum, wirthschaftlich *res communis omnium*, wie dies von Samter, der Eigenthumsbegriff (1878) S. 11 fg. vortrefflich ausgeführt worden ist.

Dieser Heimfall an den Staat kommt daher der Behandlung sehr nahe, welche die Autorrechte erleiden, wenn sie im

¹⁾ Art. 755; und auch dies geht noch zu weit, vgl. von Scheel, Eigenthum und Erbrecht S. 28 und in Hirths Annalen 1877 S. 104 fg., vgl. auch Baron, Angriffe auf das Erbrecht (1877) S. 5 fg.

Wege des Erbgangs an den Staat fallen; der Staat läßt dieselben gemeinfrei werden, er bietet dieselben dem Publikum dar, wie er einen Park dem Publikum zu bieten pflegt, der ihm als *bonum vacans* angefallen ist. So bestimmt das deutsche Autorgesetz §. 17 und das deutsche Kunstwerkgesetz §. 15: „ein Heimfallsrecht — — findet — nicht statt“; ebenso das französische Autorgesetz vom Jahr 1866. Bei der Berathung des letztern wurde trefflich bemerkt: *C'est surtout en face du domaine public que se perd la propriété des auteurs, comme l'eau des ruisseaux arrive à la mer.* (Worms, *étude sur la propr. litt.* II p. 287.) Und ebenso läßt die mexikanische Gesetzgebung, welche sonst ein perpetuelles Autorrecht annimmt, dasselbe mit dem Momente erlöschen, wo es an den Staat fällt, mexikanischer Civilcodex a. 1370, Fliniaux, *la propriété industr. et la propriété litt.* p. 385, 386, Marcel Guay, *de la propriété littéraire dans les divers états de l'Amérique Latine*, (I^o Mexique), wo die Uebersetzung des betr. Artikels.

Daß nun aber die Gesetzgebung über die Autorrechtsgüter schon vorher die Erbfolgeordnung durchbricht und das Gut gemeinfrei werden läßt, wenn auch noch erbfähige Verwandte vorhanden sind, rührt einfach daher, daß diese Güter einen so weitgehenden Individualismus nicht ertragen, daß sie mit der Zeit entweder untergehen, d. h. sich als werthlos zeigen, oder in das Fleisch und Blut der beteiligten Kreise eindringen und zu Elementen des allgemeinen Kulturlebens werden; und dies ist nicht eine Zufälligkeit, dies ist ihr Zweck, ihre Bestimmung¹⁾; die geistige Errungenschaft des Einzelnen soll Gemeingut Aller werden, die Schöpfungen des Ein-

1) Vgl. auch Schäffle in der *Tübinger Z. für Staatswissenschaft* XXIX S. 13. 14.

zeln sollen sich wie Ströme im Ocean des allgemeinen Kulturlebens vereinigen und verlieren. Dieser Bestimmung, diesem Zwecke muß auch das Recht folgen; denn das Recht hat sich zu gestalten nach den Zwecken, welche das Rechtsgut im Kulturleben zu erfüllen, nach der Funktion, welche es im soziologischen Lebensprozesse zu vollziehen hat. Daher ist eine Appropriation an den Einzelnen nur gerechtfertigt, solange das Rechtsgut noch die Zwecke des Einzelnen erfüllen kann, solange es noch nicht bestimmt ist, lediglich die Zwecke Aller zu erfüllen ¹⁾.

Unsere Klassiker sind das belebende Element unserer heutigen Gedankenwelt geworden, ein Element, das ganz unser eigen gehört, auf das wir ein Anrecht haben, so daß es nicht mehr in der Disposition eines Privaten stehen darf. Noch schneller schreitet der Uebergang in die Gemeinkultur bei Erfindungen. Denn diese sind viel weniger individuell und sind, wenn wirklich fruchtbar, zugleich der Anstoß zu neuen und im-

1) Dies ist der richtige Grund der zeitlichen Beschränkung, nicht etwa, wie Richter, Kunst und Wissenschaft und ihre Rechte im Staat (1863), S. 156 fg. 197, meint, weil das in ein Werk hineingelegte Kapital sich nach einer bestimmten Zeit durch den Zinsfuß wieder ersetze, womit man auch die Zeitlichkeit des Eigenthums vertheidigen könnte, dagegen auch Wrangel, Principien des litterarischen Eigenthums S. 112. Unzutreffend auch Korb, Was heißt und ist das geistige Eigenthum? S. 66, 67, welcher die Zeitlichkeit daraus ableitet, daß ein Werk während der entsprechenden Periode seine Bestimmung vollende, „nämlich den Charakter einer die Zeit bildenden Schöpfung und dadurch die Fähigkeit verliert, ein dauernder Gegenstand des allgemeinen literarischen Verkehrs zu bleiben“, so daß dasselbe nach dieser Periode „nur als Repräsentant einer vergangenen Entwicklungsstufe“ erscheine. Die Todten reiten zwar schnell, aber so schnell doch nicht. Nicht weil das Werk fremdartig wird, sondern weil es in Fleisch und Blut übergegangen ist, weil es Gemeingut der Kultur wird, deshalb wird es auch Gemeingut des Rechts; nur so läßt sich die juristische Gemeinfreiheit erklären und rechtfertigen. Dies gilt in noch höherm Maße vom Erfinderrechte.

mer neuen Erfindungen, der Ausgangspunkt neuer Kreise von Kultureinrichtungen; sie greifen ferner, wie alles Wirthschaftliche, schneller und tiefer in alle Lebensverhältnisse ein, als die geistigen Erzeugnisse. Dampfmaschinen und Elektromagnetismus sind die Signatur unserer Periode; ihre Anwendungen und Kombinationen mit neuen Erfindungen sind geradezu unzählige. Welche Aenderungen unserer ganzen Existenzweise etwa durch die Erfindung eines directionsfähigen Ballons bevorstünden, ist nicht zu ermessen. Ein Decennium würde hinreichen, um durch sie und durch die sich anschließenden neuen Erfindungen alle Lebensverhältnisse zu verschieben. Daher wäre ein ewiges Autorrecht zwar mißlich, aber kein Ding der Unmöglichkeit, ein ewiges Patentrecht aber rein unmöglich. „Jedes auf einen Fortschritt begründete Patent“, sagt mit Recht Jacobi (Rede, abgedr. Patentblatt 1879 S. 235), „soll und muß den Keim des Todes in sich tragen, um weitem Fortschritten Raum und Leben zu gewähren.“ Daher ist auch die Frist des Patentschutzes geringer, als die Frist des Autorschutzes; während der Autorschutz gemeinhin die erste Generation überdauert und die zweite und wohl auch die dritte Generation erreicht (30 Jahre nach dem Tode des Autors in Deutschland, 50 Jahre nach dem Tode desselben in Frankreich und Rußland, 80 Jahre nach seinem Tode in Spanien und immerwährend in Mexiko¹⁾), erlischt der Patentschutz gemeinhin schon in der ersten Generation (14 Jahre England, 15 Jahre Deutschland und Frankreich, 17 Jahre Nordamerika, 20 Jahre Spanien); wir leben eben auf dem Gebiete des praktischen Lebens schneller, als auf

1) Mexikanischer Civillodex von 1871 a. 1253, in Uebersetzung bei Marcel Guay, de la propriété littéraire dramatique et artistique dans les divers états de l'Amérique Latine. I^o Mexique (1876). Indeß gilt diese Perpetuität nicht für das Ausführungsrecht, bezüglich dessen die a. 1283—1285 nur ein Exklusivrecht während der Lebzeiten des Autors und 30 Jahren nach seinem Tode gewähren.

dem Gebiete der geistigen Entwicklung; ebenso wie der Magen intensiver arbeitet, als der Kopf. Darin liegt ein tiefgreifender Unterschied zwischen beiden Rechtsgebieten, obgleich derselbe doch nur graduell ist. Daß die wirthschaftliche und kulturelle Bestimmung des Gutes für das Recht maßgebend sei, davon hatte auch Girtanner eine richtige Idee, wenn er das Eigenthum als das Recht an der Bestimmung der Sache darstellte (in diesem Jahrb. III S. 83) und überall die Bestimmung der Sache, ihre Gutseigenschaft betonte (ebenda S. 74); nur ist diese Ahnung bei ihm nicht zur hellen Erkenntniß geworden, weshalb man sich auch meistens ziemlich kühl über seine Ausführungen hinweggesetzt hat.

Eben weil nun aber der Uebergang in das Gemeinfreie in der internen Natur des Rechtsgutes begründet ist, nicht auf der zufälligen Constellation des einzelnen Falles beruht, ist auch keine Nöthigung vorhanden, dieses Gut nach Ablauf der betr. Frist durch Zahlung einer Expropriationssumme auszulösen, wie dies mehrere geistreiche Franzosen vorgeschlagen haben, G. de Champagnac, *Etude sur la propr. litt.* p. 87 fg., Curmer, *La propriété littér. et artist.* (Paris 1862) p. 11, welche die Einsetzung einer eigenen Jury verlangten, um die entsprechenden Expropriationen zu vollziehen. Eine Expropriation ist nur dann prinzipiell begründet, wenn ein Recht gegen seine ursprüngliche Anlage in Folge einer besondern Constellation der Verhältnisse entfernt werden muß¹⁾, was im normalen Falle des Ablaufs der Einzelfrist nicht zutrifft; sie ist nur dann begründet, wenn ein bestimmtes Gut aus bestimm-

1) Eine solche Einzelexpropriation gegen Entschädigung vor Ablauf des Rechts hat das deutsche Patentgesetz §. 5 Abs. 2, vgl. mein Patentrecht S. 115 fg., ferner das italienische Autorgesetz a. 19, und mit Recht, wenn auch im Autorrecht dieses Institut nicht so dringend ist, wie im Erfinderecht.

ten individuellen Gründen vor Ablauf der Normalfrist der Allgemeinheit geopfert werden muß. Daher kann es auch nicht als ein Gebot der Gerechtigkeit erkannt werden, nach Ablauf der entsprechenden Autorrechtsperiode den Erben eine Rente zuzusichern, welche von jedem künftigen Herausgeber des Buches, etwa in Prozenten des Brutto- oder Nettoprofites bezahlt würde, wie man dies in der französischen Kammer im Jahre 1826 vorgeschlagen hat (Cuvier, Portalis), und wie es seither wiederum vielfach vertheidigt worden ist, z. B. von Mareschal, *Du droit héréditaire des auteurs* (1859) p. 91 fg. 161, G. de Champagnac, *Etude sur la propr. litt.* p. 116 fg., Hetzel, *La propriété littéraire et le domaine public payant* (1862) p. 7 fg. und dazu Macé im *Courrier du Bas Rhin* 11/2 1862 nr. 36 — wogegen u. A. L. Gros, *Le droit de propriété littéraire doit-il être temporaire ou perpétuel* p. 18 fg. Denn auch dieser Vorschlag geht von der Anschauung aus, daß das Autorrecht an sich eine ewige Dauer hätte, wovon die Praxis nur aus Gründen des öffentlichen Interesses abweichen würde — sie mißkennt es, daß das öffentliche Interesse die Natur des Rechtsgutes und damit den Charakter des Rechts mitbestimmt. Auch die ausnahmsweise Erweiterung der Autorfrist zu Gunsten der Erben besonders verdienstlicher Autoren, ist ungerechtfertigt, da das Autorrecht keine gewillkürte Autorbelohnung ist und auch nicht dazu verwendet werden soll, insbesondere nicht zum Nachtheil des Publikums; vergl. *Zeit, die Erweiterung des Schutzes gegen Nachdruck* (1855) S. 10 fg.

Ich habe bereits früherhin die immateriellen Güter mit Luft, gasartigen Stoffen und mit der Wasserwelle verglichen, die nur einen momentanen Gebrauch gestattet und sodann zur Benützung Dritter vorbeischießt. Dies hat man mannigfach in höchst seltsamer Weise mißverstanden, indem man behauptete,

dies hieße die thatsächliche Unmöglichkeit der Eigenthumsausübung mit dem durch Rechtsfaß eintretenden Wegfall des Urheberrechts verwechseln; allein damit würde man das ganze Verhältniß des Rechts an Gasen und am fließenden Wasser verkennen: man müßte denn annehmen, daß der obere Ufer-eigenthümer das Eigenthum an der Wasserwelle de jure behalte und nur in der Unmöglichkeit sei, dasselbe thatsächlich auszuüben! aber die Sache ist eben bekanntlich anders¹⁾: ich höre de jure auf, an der Wasserwelle berechtigt zu sein, sobald sie meinen Theil des Flußbettes überschritten hat, sonst könnte ein Jeder das Wasser nach Belieben stauen und ableiten, oder er könnte der Wasserwelle folgend an ihr noch alle Rechte ausüben, welche das Eigenthum gewährt, er könnte dieselbe mit den schädlichsten Substanzen infiziren u. s. w.; bekanntlich aber ist in allen diesen Beziehungen das Recht ein anderes. Eine faktische Unmöglichkeit der Ausübung eines Eigenthumsrechts liegt hier nicht vor; wohl aber ist die wirthschaftliche Bestimmung, die kulturelle Bedeutung des fließenden Wassers einem solchen perpetuellen Eigenthum zuwider, R a n d a, - Wasserrecht 5 fg., 36, und deshalb findet gerade de jure nur ein momentanes Recht an der Wasserwelle statt und zwar ein Recht, das beschränkt ist durch all' die Rücksichten, welche die nachfolgenden Berechtigungen der spätern Ufer-nachbarn gebieten²⁾. Ganz ebenso ist aber kraft der kulturellen Bestimmung des Autorrechts die Berechtigung de jure eine zeitliche; und dieser Rechtsfaß, kraft dessen das Autorrecht ein zeitliches ist, hängt nicht, wie Manche anzunehmen scheinen,

1) Vergl. R a n d a, Beiträge zum österreichischen Wasserrecht (1877) S. 5. 36 fg. und Besitz (3. Aufl. 1879) S. 305, D e r n b u r g, Lehrb. des Preuß. Priv.R. §. 253.

2) Aehnlich bei Gasen; das Eigenthum geht mit deren Entweichen ins Freie de jure unter, auch wenn das Gas noch faßbar ist.

in der Luft, sondern er ist durch Bestimmung und Zweck des immateriellen Gutes gegeben¹⁾; ganz ebenso wie der Rechts-
satz, kraft dessen die Berechtigung an der Wassermühle eine be-
schränkte ist, durch die wirthschaftliche Bestimmung des Fluß-
wassers, dieses eminenten Kulturfaktors bedingt wird.

Mit welchem Zeitpunkte sich die Verhältnisse so gestalten,
daß der Uebergang zur Gemeinfreiheit der kulturellen Bedeutung
des Gutes entspricht, sollte eigentlich in jedem Falle besonders
beantwortet werden, ebenso wie die Frage, in welcher Zeit eine
Forderung als verjährt, eine Strafe als durch Verjährung ge-
tilgt zu erachten ist. Denn in allen diesen Fällen sind die ver-
schiedenartigsten, das Recht beeinflussenden Faktoren thätig, um
die bezügliche Umwandlung des Rechtszustandes zu bewirken,
welche Faktoren im einzelnen Falle abgemessen und abgewogen
werden müßten. Eine solche individuelle Behandlung der Sache
würde aber der Gesetzgebungspolitik widersprechen; das Gesetz
will scharfe Umrisse, leicht erkennbare Gränzlinien, es kann diese
Fundamentalfragen nicht dem individuellen Ermessen anheimstel-
len, welches bei der Schwierigkeit und Eigenartigkeit der Sach-
lage in ein Chaos von Streitigkeiten auslaufen würde. Daher
macht die Gesetzgebung einen Durchschnitt und gibt damit eine
bestimmt abgeschlossene Lösung, wohl wissend, daß diese Lösung
bald hüben, bald drüben fehl greifen kann; allein ein solches
Fehlgreifen in einem einzelnen Falle ist immer noch besser als
ein undisciplinirtes Hin- und Herstreiten in jedem Falle. Wer

1) Ich habe in meinem Patentrecht S. 14 den Gedanken von der
Allgemeinbestimmung der Erfindungen nach Ablauf einer entsprechenden
Frist dahin gegeben, daß die Erfindung zum Alphabet, zur ersten Grund-
lage der entsprechenden Technik werde, welche bereits dem ersten Anfänger
eingepflanzt wird. Wie sehr ich damit die Anschauung der beteiligten in-
dustriellen Kreise getroffen habe, beweist die Rede Caro's auf dem Pa-
tentkongresse zu Baden-Baden (20. September 1879), welche speziell auf
diese Worte Bezug nimmt (Verhandlungen desselben S. 5).

wollte behaupten, daß die Gründe der Strafverjährung immer eintreten, wenn die gesetzliche Verjährungsfrist abgelaufen ist? und nichtsdestoweniger treten die Folgen der Verjährung ein, sie werden wirksam, wenn auch der strikteste Nachweis geführt würde, daß die Rechtsgründe im einzelnen Falle nicht zutreffen. Denn ohne diese durchgreifende Maßregel wäre es um die Sicherheit und Festigkeit des Rechtszustandes geschehen. Verhält es sich doch hiermit, wie mit andern gesetzlichen Regelungen: die Erbfolgeordnung beruht auf Prinzipien, welche in vielen Fällen zutreffen; auf solche Prinzipien baut sich die gesetzliche Regel auf; sie ist umso zutreffender, je mehr sie alle in diesen Verhältnissen maßgebenden legislativen Postulate erfüllt. Ist aber einmal die Erbfolgeordnung eingesetzt, so gilt das Gesetz, mag auch der einzelne Fall so gelagert sein, daß die Prinzipien keine Anwendung finden, mag auch der Beweis geliefert werden, daß im einzelnen Fall gerade das Gegentheil dessen eintritt, was das Gesetz unterstellt. Aber immerhin ist dieser Uebelstand leichter zu ertragen, als das regellose und disziplinierte Gezänke, welches sich sonst bei jedem Erbfall erheben würde.

Ich habe dieses Verhältniß bereits in meinem Patentrecht S. 15 klar und deutlich entwickelt, ich habe dort bereits die Patentfrist mit der Verjährung des Civil- und Strafrechts zusammengestellt; daher ist es unbegreiflich, wie angesichts dessen mir La-b a n d entgegenhalten kann, meine Begründung der Zeitlichkeit des Immaterialrechts sei unstichhaltig, weil der Patentschutz nach Ablauf der Frist auch dann erlischt, wenn die Erfindung sich nicht eingebürgert hat, und auch dann fortdauert, wenn die Erfindung sich schon vorher und sofort eingebürgert hat! Das heißt doch die Regeln über das Verhältniß von Recht und Gesetzgebungspolitik völlig unberücksichtigt lassen; ebensogut könnte man sich mit Verjährung, Erfindung und Erbfolgeordnung abfinden und jede legislative Begründung dieser Institute mit

dem Sage abfertigen, daß dieselben auch dann eintreten, wenn die maßgebenden Prinzipien im einzelnen Falle ganz und gar nicht zutreffen, wenn eine ganz andere Regelung diesen Prinzipien viel besser entspräche; und doch wird Niemand die prinzipielle Begründung dieser Institute aufgeben wollen. Die Rechtsordnung ist eben in vielen Fällen eine Durchschnittsordnung, die Gesetze Durchschnittsgesetze, welche sich so viel als möglich dem leitenden Prinzipie anzunähern suchen.

Uebrigens ist auch der gesteigerte Individualismus und die Perpetuität des Eigenthums, mindestens bezüglich des Grund und Bodens, nur eine historische Form, sie ist nicht die einzig mögliche und historisch gangbare Form der Appropriation des Kulturbodens¹⁾. Im Gegentheil, überall, wo die Völker aus der Stufe der gemeinsamen Feldbenutzung²⁾ hervortreten, finden wir die Einrichtung, daß die einzelnen Feldparzellen den Dorfbewohnern nur zeitweise zugetheilt werden, um nach Ablauf der Zeit wieder, entweder zur neuen Vertheilung oder zur gemeinsamen Bodenbenutzung, der Gemeinschaft zuzufallen. So der russische Mir³⁾, so das indische Pattidari system, Mayne, a treatise on Hindu law and usage (1878) p. 177, so auch theilweise die serbische Zadruga; und ähnliche Zustände finden sich in der Geschichte der deutschen Bodenbenutzung⁴⁾. Selbst wo sich bereits das Sondereigenthum herausgebildet hat, trifft man vielfach noch die Einrichtung, daß nach einer bestimmten

1) Vgl. auch von Scheel, Eigenthum und Erbrecht (1877) S. 9. 16.

2) Des Zemindari systems der Indier, Mayne, a treatise on Hindu law p. 176 sq.

3) Vgl. auch Kawelin in der Tübinger Z. f. Staatswissenschaften XX S. 6 fg., Kulischer in der Z. für Völkerpsychologie X S. 370 fg.

4) Vgl. auch Roscher, Ansichten der Volkswirtschaft I S. 207 fg., und Nationalökonomie des Ackerbaues S. 208 fg., Thudichum, Gau- und Marktverfassung in Deutschland (1860) S. 171, Schröder in den Forschungen zur deutschen Geschichte XIX S. 144 fg., 151 fg.

Frist individueller Benützung das Feld für längere Zeit der gemeinschaftlichen Benützung der Dorfbewohner zufällt, so wenn auf einige Jahre Ackerwirthschaft eine längere gemeinschaftliche Graswirthschaft (Dreeschwirthschaft) folgt, vgl. z. B. Hanssen in der Tübinger Z. für Staatswissenschaft XXI S. 55 fg., XXXII S. 45 fg., wovon sich Beispiele bis auf den heutigen Tag erhalten haben — die unverkennbare Analogie zu unsern Autorrechtsgütern, welche nach einiger Zeit individueller Benützung der Gemeinschaft anheimfallen, weil im einen wie im andern Fall die Kulturverhältnisse einen solchen Uebergang begehren. Reiche Nachweise über diese Punkte gewährt das Werk von Laveleye über das Ureigenthum (nach der dritten Auflage übersetzt und vermehrt von Bücher 1879), welches auf die Geschichte der Kultur und des Rechts (und beide dürfen nicht fürder getrennt bleiben) eine Menge neuer Ausblicke gewährt; Lehrreiches ergibt auch Post, die Anfänge des Staats- und Rechtslebens S. 276 fg. Sagt man, dies sei kein wahres Eigenthum, so bekennt man nur, daß der Eigenthumsbegriff des RR.'s eben nicht auf alle Verhältnisse paßt, daß er ein historisches Erzeugniß des RR.'s ist, und daß sich das Eigenthum in anderen Kulturperioden nach andern Normen entwickelt. Hat doch beispielsweise das Mobiliareigenthum durch den germanisch-rechtlichen Satz, „Hand muß Hand wahren“, eine ganz durchgreifende Umgestaltung erfahren¹⁾, wie dies auch von Schloßmann, Vertrag S. 206, treffend bemerkt wird. Bei dieser Sachlage ist es nur sehr zu verwundern, wenn man, weil unsere Autorrechte der historischen Gestaltung des RR.'s nicht vollkommen entsprechen, die eigenthumsähnliche Natur derselben

1) Ebenso durch den vielfach verwertheten Satz des Judenthums, daß die Sache dem bona fide Erwerber nur gegen Erstattung des Kaufpreises abgenommen werden darf, Stobbe, Juden in Deutschland S. 119, Roscher, Ansichten der Volkswirthschaft II S. 332.

hat bestreiten wollen ¹⁾, obgleich die romanistische Theorie bei gewissen Gütern, z. B. bei der Wasserwelle, von selbst cessirt und obgleich sich noch heutzutage in Deutschland Ueberreste früherer Agrarverfassung finden, wo nach zeitweiligem Einzelgenusse das Land der Gemeinbenützung anheim fällt. Doch, man wird aufhören sich zu wundern, wenn man bedenkt, wie wenig die Rechtsanschauungen anderer Nationen seither in vergleichender Weise berücksichtigt worden sind. Die Darstellung der Eigenthumsverhältnisse der verschiedenen Natur- und Kulturvölker bietet uns auf einmal einen eminent erweiterten Gesichtskreis, eine ungeahnte Perspektive; und mögen sich auch noch Viele dieser Erkenntniß verschließen, die Zeit, wo die Rechtswissenschaft auch diese Gebiete erobert, ist herangerückt! ²⁾

Fragen wir nunmehr nach den positiven Ergebnissen der Gerber'schen Theorie, so lauten diese im Wesentlichen dahin: Ein Recht der Autoren existirt nicht, sondern nur eine zur Aufrechterhaltung des öffentlichen Friedens aufgestellte Strafandrohung, und wenn die Autoren daraus indirekt Vortheil ziehen, so ist dies nur eine Reflexwirkung, ein Surplusprofit, der Zweck des Gesetzes ist es nicht; s. besonders S. 274 fg. Ebenfogut

1) Friedländer, der einheimische und ausländische Rechtsschutz gegen Nachdruck (1857) S. 4, meint gar noch, eine solche zeitliche Beschränkung sei sonst „bei keinem andern Vermögensrecht in keiner Legislatur keiner Nation bekannt“. Man möchte doch fragen, ob es im Röm. Recht nicht einen Ufusfrukt gibt? Wo bleibt die Erbpacht in ihren verschiedenen Varietäten?

2) Vgl. auch Post, das Naturgesetz des Rechts S. 59, denselben, Der Ursprung des Rechts (1876), insbesondere aber, Die Anfänge des Staats- und Rechtslebens (1878); neuestens auch Bernhöft, Z. f. vergleich. Rechtswissensch. II S. 253 fg. Ruge im Globus 1879 S. 89 sagt, der beste Kulturmesser eines Volkes sei die Größe seines Gesichtskreises. Dieses gilt auch von der Jurisprudenz. Die Größe des Gesichtskreises ist der Maßstab ihrer Entwicklung, und vergeblich hofft man, den ersten Prinzipien nahe zu kommen, wenn man sich auf das Recht eines oder zweier Völker beschränkt.

könnte man das Eigenthum in den Diebstahlsgesetzen aufgehen lassen und die Sicherung des Eigenthümers für einen bloßen Reflex der polizeilichen und staatsanwaltlichen Thätigkeit erklären. Die Uebertragung des Autorrechts auf einen Andern wäre hiernach nur die Uebertragung dieses Reflexes, die Verpfändung nur die Verpfändung des Reflexes, die Exekution nur die Exekution in diese Reflexlage, die Gläubigerschaft im Konkurs würde sich nur in diese Reflexlage einweisen lassen, und wenn zwei mit einander über das Autorrecht streiten, so wäre es nur der Streit, wem die Vortheile dieser Reflexlage zu gute kommen. Ganz ebenso, wie wenn die Uebertragung des Eigenthums und die Transkription im Grundbuch nur die Bedeutung hätte, daß die durch die Strafgesetzgebung gesicherte Position und Reflexlage auf den Erwerber überginge¹⁾. Und wenn die Gesetze von Uebertragung des Autorrechts, Patentrechts u. s. w. sprechen, so müssen wir uns sagen lassen, daß dies nur eine uneigentliche Ausdrucksweise sei, indem nur eine Situation, ein Interesse, kein Recht übertragen würde!

Allein ein geschütztes Interesse einer Person ist eben ein Recht; Reflexwirkungen hören auf, Reflexwirkungen zu sein, und werden zu Rechten, mit dem Augenblick, wo sie den gesetzlichen Schutz genießen. Der Vertrag zu Gunsten eines Dritten verschafft dem Dritten ein Recht, mit dem Augenblick, wo der Dritte die Erfüllung verlangen kann, also geschützt ist und nicht bloß parasitisch an einer durch das alleinige Rechtsverhältniß

1) Man ist hier wirklich versucht an Gogol's todte Seelen zu denken, d. h. verstorbene Leibeigene, welche aber noch nicht aus der Revisionsliste gestrichen waren und daher noch in den Steuerlisten nachgeführt wurden; daher der wunderbare Einfall Tschitschilow's, solche todte Seelen zu kaufen; er erkaufte sich damit nicht ein wirkliches Recht, sondern die durch die Unvollkommenheit des Revisionsmodus herbeigeführte Situation (wenn eine solche überhaupt käuflich wäre). So wären die Autorrechte nicht Rechte, sondern pure Situationen, die Gogol'schen Gespenster!