

Inw. A. 15. 551

347852

# Geist des römischen Rechts

auf den

1851

verschiedenen Stufen seiner Entwicklung.

Von

**Rudolph Ihering,**

ordentlichem Professor der Rechtswissenschaft in Gießen.



**Donatja Th. Rosetti**  
Zweiter Theil.

Erste Abtheilung.

Leipzig,

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1854.

36948



**BIBLIOTECA CENTRALA**  
**A**  
**UNIVERSITAȚII**  
**DIN**  
**BUCUREȘTI**

No. Curent 33.766 Format.....

No. Inventar..... Anul .....

Secția..... Raftul .....

3376653  
CON

Mr. H. H. ...  
RC 36/07

1956

1961

D

B.C.U. Bucuresti



C36948

89928

## Vorrede.

Nur ungern habe ich mich entschlossen, das zweite Buch (zugleich den zweiten Band) meines Werks in zwei Abtheilungen erscheinen zu lassen. Ich hatte auch für den zweiten Band aus denselben Gründen, die mich beim ersten Bande dazu bestimmten, die Methode des bogenweisen Druckens beibehalten, und schon im März 1853 den Druck der ersten Bogen beginnen lassen. Ich durfte mich der Hoffnung hingeben, daß das zweite Buch meines Werks im Sommersemester dieses Jahres fertig werden würde. Allein seit Anfang des Semesters bemächtigte sich meiner eine körperliche und geistige Abspannung, die mich zwar an meinen sonstigen Arbeiten nicht hinderte, ein eigentlich produktives Arbeiten aber unendlich erschwerte, und dies gerade bei einem Punkt, der mehr als irgend ein anderer die ganze Kraft in Anspruch nahm. Es ist das Kapitel über die juristische Technik, mit dem die zweite Abtheilung beginnen wird. Dasselbe mit schwacher Hand und mit mattem Sinn zu bearbeiten oder richtiger, da ich leider Monate lang nicht anders habe arbeiten können, das so gearbeitete in den Druck zu geben, widerstrebte mir; dazu war mir der Gegenstand selbst zu lieb. Es blieb mir

nichts übrig, als die Arbeit einige Zeit auszusetzen, um mich wieder etwas zu erholen. Um aber vor den Gedanken an das Buch auf einige Zeit wirklich Ruhe zu haben, schien es mir gerathen, das fertig gewordene zu publiciren, und da sich gerade ein passender Abschnitt darbott, so habe ich mich hierzu entschlossen. Die zweite Abtheilung, welche minder stark werden dürfte, als die erste, übrigens mit fortlaufender Paginirung gedruckt werden soll, hoffe ich im nächsten Jahre zu absolviren. Im dritten Bande wird sodann das dritte Buch (das neuere römische Recht enthaltend) folgen.

Gießen 14. October 1854.

## Inhalt des zweiten Theils. \*)

### Erste Abtheilung

#### Zweites Buch.

##### Das spezifisch römische Rechtssystem.

§. 22. Einleitung. S. 1—8.

#### Erster Abschnitt.

##### Allgemeine Charakteristik des Rechtssystems.

I. Außerer Eindruck der Rechtswelt. S. 9—20.

§. 23. Deffentlichkeit des Rechtslebens — Plastik des Rechts.

II. Die Grundtriebe der Rechtsbildung. S. 20—320.

I. Der Selbständigkeitstrieb des Rechts. S. 20—86.

##### Vorbemerkung.

§. 24. Die praktische Selbständigkeit des Rechts — die beiden Extreme.  
S. 20—24.

---

\*) Die Uebersicht über das System des zweiten Buchs findet sich auf S. 7 und 8. Ich würde dies Inhaltsverzeichnis des zweiten Bandes bis zum Erscheinen der zweiten Abtheilung aufschieben, wenn ich nicht glaubte, daß es manchem Leser wünschenswerth sein dürfte, sich einen Ueberblick über die erste Abtheilung zu verschaffen. Das vollständige Inhaltsverzeichnis wird am Ende des zweiten Bandes seinen Platz finden, und das vorstehende hat also nur eine interimistische Bestimmung.

### 1. Erhebung des Rechts zu der ihm eigenthümlichen Form.

- §. 25. Die Sitte und das Gesetz, geschriebenes und ungeschriebenes Recht — Bedeutung dieses Gegensatzes für die Selbständigkeit des Rechts — Verhalten des ältern Rechts zu diesem Gegensatz (Privatrecht — öffentliches Recht — die Volksgerichte). S. 24—47.

### 2. Innerliches Zu-Sich-Kommen des Rechts.

- §. 26. Auscheidung fremdartiger Elemente — abgesonderte Befriedigung derselben, des religiösen im Fas, des moralischen und politisch-ökonomischen in der Censur — die Censur ein Ableiter für das Recht. — Scharfer Gegensatz zwischen Recht und Moral. S. 47—62.

### 3. Selbsterhaltungs- und Erweiterungstrieb des geschriebenen Rechts.

- §. 27. Dauerhaftigkeit des Rechts der Zwölfstafeln — Gründe dieser Erscheinung. — Inneres Leben des Gesetzes — die alte Interpretation. S. 62—74.

### 4. Sicherheit und Unabhängigkeit der Verwirklichung des Rechts.

- §. 28. Der Grundsatz der Unverletzlichkeit der *jura quaesita* — die Unabhängigkeit der Justiz, innere und äußere — Verhältnis der Polizei und Verwaltung zur Justiz. S. 74—86.

## II. Der Gleichheitstrieb. S. 86—123.

- §. 29. Faktische und rechtliche Gleichheit — das Generalisirungssystem — Unterschied zwischen rechtlichen Verschiedenheiten und Ungleichheiten vor dem Gesetz — Wesen der altrömischen Gleichheit — Aeußerungen derselben im öffentlichen und Privatrecht — Unterschiede der Personen und Sachen — Stellung des Richters — Berechnung der Zeit und des Schadensersatzes — Bleibende Bedeutung des Gleichheitstriebes für das römische Recht. S. 86—123.

## III. Der Macht- und Freiheitstrieb. S. 123—320.

- §. 30. I. Das System der Freiheit und Unfreiheit im Allgemeinen. S. 123—134.

II. Das römische System. S. 134—320.

A. Die Stellung des Individuums. S. 134—267.

1. Die Freiheit und Macht das Ziel des subjektiven Willens.

§. 31. Die römische Herrschsucht im Allgemeinen — die politische und persönliche Freiheit — die abstracte privatrechtliche Freiheit und die effektive Gebundenheit des Subjekts. (Die Sitte und die Macht der öffentlichen Meinung in Rom.) — Das System der privatrechtlichen Autonomie in seinen einzelnen Theilen. S. 134—164.

2. Die hausherrliche Gewalt insbesondere.

§. 32. Das Haus ein Asyl — äußere und innere Abgeschlossenheit desselben — die drei Gewalten des Hauses (über Sklaven, Kinder, Frauen) — abstract-rechtlicher Inhalt derselben — wirkliche Gestalt derselben im römischen Leben. — Der Einfluß der Familie. S. 164—222.

3. Die Freiheit eine Eigenschaft der Institute und eine Schranke des subjektiven Willens.

§. 33. Die Gefahr der Selbstvernichtung eine Klippe der subjektiven Freiheit — der Objektivismus in der Auffassung der Pflicht (die Freiheit eine Pflicht) — Nachweis derselben im römischen Recht, namentlich am Eigenthum (Servituten). S. 222—239.

4. Die Wohlfahrtsfrage und der Staat.

§. 34. Theilnahme des Staats für das Wohl des Individuums — die sogenannte sociale Frage — Quellen des Pauperismus (der Sklave der böse Feind der römischen Gesellschaft) — die Stellung der höheren Stände (sociale Verpflichtung derselben) — Maßregeln von Seiten des Staats. S. 239—267.

B. Der Macht- und Freiheitstrieb innerhalb der Magistratur.

§. 35. Das freie Walten der Persönlichkeit in Verhältnissen des öffentlichen Rechts — die Machtstellung der römischen Magistrate — die Garantien gegen den Mißbrauch der Amtsgewalt — die staatsrechtliche Praxis — Bedeutung der Persönlichkeit für die Magistratur. S. 267—303.

C. Historische Bedeutung des Systems der Freiheit.

- §. 36. Die Abstraction des Freiheitsbegriffes als Entdeckung des Privat-  
rechts — die Selbständigkeit der Abstraction gegenüber dem Leben  
— die Produktivität der autonomen Bewegung des Verkehrs. —  
Die natürlich-sittlichen Beziehungen des Systems zur römischen Welt.  
S. 303—320.

Zweites Buch.

Das spezifisch römische Rechtssystem.

---

Wie gelangen wir nun zu diesem System? Es ist zu dem Zweck fast durchgehends eine künstliche Scheidung nöthig, eine Anwendung jener Methode, die wir in der Einleitung angegeben und zu rechtfertigen versucht haben, und deren Rechtfertigung also hier nicht erst zur Frage steht. Aus dem, was sicher und unzweifelhaft der alten oder der neuen Zeit angehört, suchen wir den verschiedenen Baustyl beider Zeiten kennen zu lernen, und nach diesem Baustyl bestimmen wir dann die Stücke, hinsichtlich deren eine solche äußere Gewißheit nicht besteht. Es ist ein gewaltiges Gebäude, das wir vor uns haben; wir wissen, daß es zu zwei verschiedenen Zeiten aufgeführt wurde, und es kommt darauf an, den ursprünglichen Bau — die feste Burg des *strictum jus* — unter dem modernen Ueberbau zu erkennen. Ist auch mancher Theil desselben völlig verändert, niedergerissen, in Trümmer zerfallen: überall ragt doch noch das unverwüstliche Mauerwerk der alten Zeit hervor und macht es uns möglich, den Baustyl und den Plan des ursprünglichen Baus zu erkennen.

Eine feste Burg haben wir dies alte Recht genannt, und dieser Vergleich mag geeignet sein, den Eindruck zu bezeichnen, den es hervorruft. Stöckig und steif, eng und niedrig wie in den Burgen des Mittelalters erscheinen uns die Räume, die wir dort antreffen, aber um so fester und dauerhafter ist das Mauerwerk; was an Bequemlichkeit abging, ersetzte die Sicherheit. Und wie in jenen Burgen, umfängt uns hier der Geist einer Achtung gebietenden Vergangenheit, die Erinnerung eines kernigen Geschlechts, wilder, gewaltiger Kraft, und die Geschichte selbst wird uns hier erst recht lebendig und verständlich.

Der allmähliche Ausbau jenes Systems, das Vordringen desselben bis zu seinen äußersten Consequenzen hat sich über mehre Jahrhunderte hingezogen, und manche dieser Consequenzen mag erst in der folgenden Periode ins Bewußtsein getreten sein, wie umgekehrt die Vorboten und Anfänge des folgenden Systems schon in diese Periode fallen. Nach unsern in der Ein-

leitung (§. 5) ausgesprochenen methodologischen Grundsätzen werden wir hier nun das systematische Moment auf Kosten des chronologischen geltend machen, also uns das zweite System in seiner ganzen Fülle und Ausdehnung zu vergegenwärtigen und in seiner Eigenthümlichkeit zu schildern suchen. Bei dieser Charakteristik nehmen wir auf einige Erscheinungen, die dem Grundcharakter des Systems nicht entsprechen, zunächst keine Rücksicht, werden dieselben aber später (Absch. I Kap. 4: Freiere Bildungen) berühren, und dort wird der geeignete Ort sein, um uns wegen dieses Verfahrens zu rechtfertigen. Wenn also mancher Leser bei der Uebersicht des gegenwärtigen Systems eine Berücksichtigung des *jus gentium* mit Befremden vermissen wird, so werde ich ihn nur auf jenes Kapitel verweisen können, wo er das Nöthige darüber finden wird.

Nach welchen innern Kriterien ich nun das, was ich dem ältern System vindicire, bestimme, letzteres selbst stofflich abgränze, darüber kann ich hier gleichfalls noch keine Antwort geben; ich müßte zu dem Zweck vieles anticipiren, was nur im Zusammenhange des Systems selbst seine Rechtfertigung finden kann. Auch hier muß ich also zunächst die Antwort schuldig bleiben.

Was die chronologische Abgränzung des Systems anbetrifft, so habe ich bereits im §. 6 angegeben, daß ich die Bildung desselben in die zweite Hälfte der Königszeit verlege, die Blüthezeit desselben in das vierte bis sechste Jahrhundert der Stadt, die ersten Anfänge aber einer neuen freieren Rechtsbildung in das siebente Jahrhundert. Nur für den völlig Unkundigen braucht bemerkt zu werden, daß dieser letzte Zeitpunkt nicht als Endpunkt des zweiten Systems aufzufassen ist, daß vielmehr über der Bildung des dritten und der allmählichen Umgestaltung des gegenwärtigen Systems noch viele Jahrhunderte verflossen. Der Zeit nach wird sich also unsere Darstellung von jetzt an vorzugsweise in der Glanzperiode der römischen Republik verweilen, ohne daß wir aber, wie bereits bemerkt, auf eine stoffliche Ergänzung des

Systems vermittelt eines uns erst durch die spätere Zeit gebotenen Materials damit Verzicht leisten wollten.

Daß wir fortan unsere Aufmerksamkeit vorzugsweise dem Privatrecht zuwenden, darüber wird schwerlich ein Kundiger mit uns rechten. Es ist nicht bloß die besondere Beziehung desselben zur modernen Welt, die uns dazu veranlaßt, sondern der Vorsprung, den das Privatrecht und der mit ihm in engster Verbindung stehende Prozeß vor den übrigen Theilen des Rechts gewann, bringt dies von selbst mit sich. Dieser Vorsprung besteht theils darin, daß dieser Theil des Rechts sich weit mehr objektivirt, abgelagert hat (§. 24), theils in der bekannten hohen wissenschaftlichen Cultur, die ihm zu Theil geworden ist. Allerdings läßt sich erst in der folgenden Periode von einer eigentlichen Wissenschaft des Rechts sprechen, aber das natürliche Genie des Volks hat doch bereits an dem gegenwärtigen System sich in einer Weise bethätigt, die vielleicht mehr unsere Bewunderung zu erregen verdient, als die ausgezeichneten Leistungen der spätern Jurisprudenz. Letztere steht unserm heutigen wissenschaftlichen Bewußtsein näher, und daher rührt es, daß ihr die Anerkennung in so reichem Maße zufließt, während das Verdienst der frühern Zeit, die, wenn ich so sagen darf, die Dogmatik des Rechts erst aus dem Groben herausarbeiten mußte, weniger in die Augen springt. Und doch war es diese Arbeit, die über den Werth des römischen Rechts eigentlich entschied, und der die spätere Wissenschaft den urbaren, geebneten Boden verdankte, ohne den ihre Erfolge sich nicht hätten denken lassen. Ich hebe dies mit besonderm Nachdruck hervor, weil ich von vornherein der Meinung vorbeugen möchte, als verdanke das römische Recht seine Größe der römischen Rechtswissenschaft, als beginne also auch die Glanzperiode der römischen Rechtsgeschichte erst mit unserm dritten System. Sie beginnt schon jetzt, und erheischt es auch nicht die historische Gründlichkeit, dem ältern Recht die gebührende Beachtung zuzuwenden: der innere Werth desselben, sein eigener geistiger Gehalt würde sie ihm

sichern; es ist ein Gegenstand, der bei aller seiner Einfachheit und Noheit doch dem geistigen Bedürfniß die vollste Befriedigung zu gewähren vermag.

Das vorliegende Buch zerfällt in drei Abschnitte.

### I. Allgemeine Charakteristik des Rechtssystems.

Es sollen in diesem Abschnitt die allgemeinen Charakterzüge und leitenden Gedanken des ältern Rechts entwickelt werden, und zwar wenden wir uns

- 1) der Außenseite der Rechtswelt zu, machen uns also zuerst mit der äußern Erscheinung des Rechts vertraut (Oeffentlichkeit — Plastik). Die Eigenthümlichkeit des Rechts erschließt sich uns aber erst, wenn wir
- 2) die Grundtriebe desselben ins Auge fassen, d. h. die höchsten, allgemeinsten Tendenzen, die dasselbe verfolgt, die sich also auch als die Ziele und Ideale des römischen Rechtsgefühls bezeichnen lassen. Es sind dies 1) der Selbstständigkeitstrieb des Rechts, 2) der Gleichheitstrieb, 3) der Macht- und Freiheitstrieb.

Während sie uns das Wollen des römischen Geistes auf dem Gebiete des Rechts bezeichnen, stellt uns, ganz ihren Zwecken dienstbar,

- 3) die juristische Technik das intellektuelle Können desselben dar. Es ist der Höhengrad der rationellen Erfassung und Behandlung des Stoffes, den wir hier zu bestimmen haben, der Reichthum an Ideen und Mitteln, über den jene Technik gebietet, ihre Methode der Zerlegung und Scheidung des Stoffes — die juristische Analyse — und ihr Kleben an der Außerlichkeit (Materialismus und Formalismus).

Nachdem wir hiermit die allgemeinsten Charakterzüge gefunden, werfen wir

- 4) einen Blick auf einige irreguläre Erscheinungen („freiere

Verhältnisse“) die die ersten Keime der späteren Rechtsbildung enthalten.

In concreterer Gestalt und in einem zusammenhängenden Bilde werden uns jene allgemeinen Ideen

II. in der Theorie des subjektiven Willens wieder vor Augen treten. Es ist der Mikrokosmos der individuellen Rechtsphäre, zu dem wir hinabsteigen, die kleine Welt, deren Mittelpunkt das Subjekt selbst ist. Als bewegende und erhaltende Kraft derselben erscheint der subjektive Wille, und wenn uns bei der Betrachtung dieses Willens einerseits die allgemeinen Tendenzen in detaillirter Weise wieder begegnen, so erschließt uns andererseits die Betrachtung desselben noch manche bisher nicht berührte Eigenthümlichkeiten des älteren Rechts. Wir untersuchen das Ziel und Produkt des Willens: das Recht im subjektiven Sinn, und lernen dasselbe als That und Qualität der Person kennen (bei dieser Gelegenheit die Untrennbarkeit des Rechts von der Person, die Unzulässigkeit der Stellvertretung u. s. w.), sodann die Thätigkeit des Willens, vor allem die Production des Rechts (dabei die Theorie des alten Rechtsgeschäfts, die Einheit der Zeit und des Orts, der Ursache und der Wirkung u. s. w.).

Die abstracten Rechtsätze finden aber ihr Verständniß erst in der Wirklichkeit, und darum fassen wir schließlich

III. das Recht im Leben ins Auge d. h. die Rückwirkungen, die die faktischen Verhältnisse und Zustände auf das abstracte Recht ausübten, die Hülfsmittel, die das Leben gewährte, die Beschränkungen, die es auferlegte, die Milde- rungen, die die Sitte mit sich brachte, den Gebrauch, den man von dem Rechte machte, kurz die Kritik und Ergänzung des Rechtssystems durch das Rechtsleben.

Der Verfall des gegenwärtigen Systems wird am Anfang des folgenden Buchs seine Stelle finden.

## Erster Abschnitt.

### Allgemeine Charakteristik des Rechtssystems.

---

#### I. Außerer Eindruck der Rechtswelt.

##### Deffentlichkeit des Rechtslebens — Plastik des Rechts.

XXIII. Wir suchen uns zunächst des äußern Eindrucks bewußt zu werden, den das ältere Recht auf uns macht — bei dem großen Contraste, den dasselbe zu dem der heutigen Zeit bildet, eine nicht eben schwierige Aufgabe. Für die heutige Zeit würde jener Gesichtspunkt kaum mehr als eine negative Ausbeute liefern, nämlich die, daß das Recht äußerlich gar nicht sichtbar hervortritt. Man könnte sagen, daß das Recht heutzutage seine Einwirkungen auf dynamischem Wege ausübt, in seiner Jugend aber auf mechanischem, also durch sichtbare Vorrichtungen und Operationen. Wie die Wärme oder Electricität die Körper, so durchdringt heutzutage das Recht die Wirklichkeit; es ist derselben völlig immanent, und seine Bewegung und Wirksamkeit entzieht sich in der Regel dem Auge. Ein heutiges Rechtsgeschäft wie farblos ist es in der Regel, wie wenig hat es einen festen, scharf abgegränzten Körper. Bald verschwimmt es als einzelner Moment eines Gesprächs, nichts verräth äußerlich, daß hier ein Rechtsgeschäft hat abgeschlossen werden sollen,

bald wird es unter Abwesenden auf brieflichem Wege errichtet, bald sogar muß seine Existenz erst durch Schlußfolgerungen gewonnen werden.<sup>2)</sup>

Diese Unsichtbarkeit der Bewegung und der Operationen des heutigen Rechts, diese seine unplastische Natur soll uns hier als Folie für das ältere römische Recht dienen, ohne daß wir im übrigen verkennen wollen, daß jene Eigenschaft, ähnlich wie der abstracte Charakter einer ausgebildeten Sprache eine höhere Bildungsstufe bezeichnet, als der plastische Charakter des Rechts und die bildliche, concrete Ausdrucksweise der Sprache. Wie aber letztere in dieser ihrer unvollkommenen Gestalt etwas ungemein Anziehendes hat, so auch das Recht. Bei beiden fesselt uns der Reiz der Jugendfrische, man darf jene Eigenschaft als einen Vorzug der Jugend anerkennen, ohne gegen das Alter, mit dem sie sich einmal nicht verträgt, ungerecht zu sein.

Der physisognomische Ausdruck des ältern römischen Rechts, den wir jetzt wieder zu geben versuchen, ist der Ausdruck der Jugend des Rechts und hat daher Aehnlichkeit mit dem aller Rechte auf derselben Altersstufe. Der Charakter desselben besteht namentlich in der Deffentlichkeit des ganzen Lebens und in der Plastik der Formen, in denen letzteres sich bewegt.

Bersetzen wir uns jetzt in das alte Rom, so ist das Erste, was uns in die Augen fällt, das helle Sonnenlicht der Deffentlichkeit, das über die ganze Rechtswelt ausgebreitet ist. Es

---

2) Daß die Bemerkung im Text auch auf den Prozeß Anwendung findet, braucht wohl nicht erst bemerkt zu werden. Der Kriminalprozeß hat freilich durch die bekannten Reformen der Gegenwart ein anderes Aeußere bekommen, aber noch vor kurzer Zeit führte er sowohl wie noch heutzutage der Civilprozeß eine bloß papierne Existenz. Auf dem Papiere begonnen, auf dem Papiere entschieden boten beide kein dramatisches Moment dar und traten sichtbar nur in ihren Wirkungen hervor. Man hätte der Justiz statt des Schwertes eine Feder zum Attribut geben mögen, denn einem Vogel waren die Federn kaum nöthiger, als ihr, nur daß sie bei ihr die entgegengesetzten Wirkungen hervorbrachten, die Schnelligkeit im umgekehrten Verhältniß zum Federn-Aufwand stand.

zieht uns zuerst zum Forum hin, wo auf seinem Tribunal, unter freiem Himmel und unter den Augen des römischen Volks der Prätor Gerichtstag hält. Hier und nur hier arbeitet in älterer Zeit die Civiljustiz; daß der Prätor auch in seinem Hause und wo man ihn sonst traf, angegangen werden und Verfügungen erlassen konnte, kam erst in der spätern Zeit mehr auf.<sup>3)</sup> Hier versammeln sich die Partheien, begleitet von ihren Freunden und rechtskundigen Beiständen. In eigener Person müssen sie erscheinen und ihre Anträge stellen, Stellvertretung oder gar schriftliche Verhandlung widerstrebt dem Geiste des ältern Rechts. Und zwar beide müssen sie erscheinen, damit der Prozeß den Anfang nehmen könne; stellt die Gegenparthei sich nicht, so mischt der Prätor sich nicht hinein (B. 1. S. 155). Bei dem Eigenthumsprozeß müssen sogar die Sachen selbst mitgebracht werden, oder, sind sie unbewegliche, so verfügt der Prätor sich selbst mit den Partheien an Ort und Stelle. Ebenso müssen Personen und Sachen, über die unter Mitwirkung des Prätors eine rechtliche Disposition getroffen werden soll, zur Stelle geschafft werden. Den fernern Gang des Prozesses verfolgen wir nicht; was auch geschieht, erfolgt öffentlich, so z. B. auch die Vernehmung der Zeugen. Im Exekutionsverfahren zeigt sich schließlich die Oeffentlichkeit noch in der dreimaligen öffentlichen Ausstellung des Verurtheilten, berechnet darauf, die Thatsache seiner Verurtheilung zu Jedermanns Kunde zu bringen — eine Anfrage an das Volk, ob Niemand geneigt ist, ihn auszulösen. In einem noch höhern Grade beherrschte die Oeffentlichkeit das peinliche Verfahren. Wenn über dem Haupte eines Bürgers das blutige Schwert der Gerechtigkeit schwebte, so war dies eine Nationalsache. Das ganze Volk wird entboten, um zu Gericht zu sitzen, die Anklage vorher veröffentlicht, so daß Jeder, der etwas von der Sache weiß, sei es zur Ueberführung des Angeklagten oder zu seiner Entlastung, sich melden kann. Der Ange-

3) Puchta Institutionen Bd. 2 §. 158.

schuldigte selbst geht frei einher und benutzt die Zeit im Interesse seiner Vertheidigung. Kein Kerker entzieht ihn der Oeffentlichkeit, keine Scene des blutigen Dramas spielt bei verschlossenen Thüren. Der Tag der Entscheidung ist gekommen, das Volk, längst vorbereitet über die Sache, sitzt zu Gericht. Nie hat es eine majestätischere richterliche Versammlung gegeben, nie wohl eine Oeffentlichkeit, die für die Lüge so erdrückend, für die Wahrheit so erhebend wirken mußte, wie diese. Die Verhandlungen sind beendet, und es erfolgt die Abstimmung. Auch dieser Akt ist charakteristisch durch seine Oeffentlichkeit, d. h. er erfolgt mündlich; jeder hat den Muth, oder soll den Muth haben, seine Meinung frei zu gestehen. In späterer Zeit änderte sich dies; um der Unselbständigkeit der Stimmenden zu Hülfe zu kommen, ward in der ersten Hälfte des siebenten Jahrhunderts sowohl bei den Volksgerichten als bei andern Volksversammlungen die heimliche d. h. schriftliche Abstimmung (*per tabellas*) eingeführt.

Die Oeffentlichkeit des Rechtsverkehrs<sup>4)</sup> ist uns aus frühern Ausführungen schon größtentheils bekannt; ich erinnere an die öffentlich garantirten Geschäfte (B. 1 S. 206 u. fl.), die Vornahme derselben vor der Volksversammlung oder den 5 das Volk vertretenden Zeugen (*mancipatio, nexum*), und vor dem Prätor (*in jure cessio* u. s. w.).<sup>5)</sup> Als besonders charakteristisch hebe ich die Oeffentlichkeit der Testamente hervor, die sich, als die Errichtung der Testamente in den Comitten abgekommen, in vermindertem Maße noch in dem mündlichen Man-

4) Gneist (Die formellen Verträge des neuern römischen Obligationenrechts S. 483–485) hat mit Recht auf den Gegensatz aufmerksam gemacht, den in dieser Beziehung das griechische Recht bildet, „dessen üblichste Form (Deponirung verschlossener Urkunden) offenbar darauf berechnet war, das Geschäft nöthigenfalls den Augen Dritter zu verbergen.“

5) Als einzelnes Beispiel möge noch genannt sein die bei der Bürgschaft vorgeschriebene Oeffentlichkeit; s. Gajus III §. 123: *praedicat palam et declarat et de qua re satis accipiat et quot sponsores aut fidepromissores in eam obligationem accepturus sit.*

cipationstestament erhielt.<sup>6)</sup> Nirgends würde uns wohl die Oeffentlichkeit so am unrechten Ort und so hinderlich erscheinen, als bei den Testamenten, und in späterer Zeit war man aus guten Gründen in Rom derselben Ansicht. In der öffentlichen Errichtung der Testamente erblicke ich ebenso wie in der öffentlichen Abstimmung einen Beweis moralischer Selbständigkeit. Es liegt in der Natur letztwilliger Dispositionen, daß sie häufig die Ansprüche und Erwartungen, zu denen Verwandte und Freunde des Testators sich berechtigt halten, durchkreuzen, den Einem zur Dankbarkeit verpflichten und dafür einen Andern verletzen. Die Sitte, derartige Bestimmungen öffentlich zu treffen, setzt also im allgemeinen einen gewissen Muth voraus, den Muth, sich dem Haß und der Verfolgung der in ihren Erwartungen getäuschten Personen auszusetzen. Das heimliche Testament ist das Palladium der Feigheit, in vielen Fällen sogar der Deckmantel und dadurch das Mittel des Betruges,<sup>7)</sup> eine Mine, Personen gelegt, die

6) Die Einführung schriftlicher Testamente, mittelst deren eine Verheimlichung des letzten Willens möglich ward, gehört meiner Ansicht nach der spätern Zeit an. Für diese Ansicht berufe ich mich hier nur auf die Herrschaft der Oeffentlichkeit in diesem System. Die *tabulae* des Testaments passen in die ältere Zeit ebensowenig, als die *tabellae* bei der Abstimmung in den Comitien. Eine weitere Begründung würde hier zu weit führen.

7) Dieser Gesichtspunkt wird im Titel 16 §. 1 der Novellen Theodos II (*Hänel Novellae constitutiones imperatorum etc. S. 61*) ausdrücklich anerkannt. Die Compileren Justinians haben diesen Passus bei ihrem Auszuge in der *L. 21 Cod. de test. (6. 23)* weggelassen. *Natura, heißt es dort, talis est hominum, ut quosdam diligant, alios timeant, quibusdam sint officiosae gratiae debitores, alios suspicentur, quorundam fidem intelligant eligendam, aliis nihil credendum existiment, nec tamen audeant, de singulis quae sentiant, confiteri. Ideo veteres testamenta scripta testibus offerebant oblatarumque eis tabularum perhiberi testimonium postulabant. Sed . . . eo res processit, — ut dum sua quisque nonnunquam judicia publicare formidat, dum testibus testamenti sua non audet secreta committere, ne suis facultatibus inhiantes offendat, intestatus mori, quam sua mentis arcana periculose patiatur exprimere.*

man in offener Weise nicht zu verletzen wagte, und die erst explodirt, wenn der Urheber selbst in Sicherheit ist und unter den Folgen nicht mehr zu leiden braucht. In der Kaiserzeit dienten sie oft in dieser Weise; ein in ostensibler Weise mündlich errichtetes Testament bedachte die Personen, deren Gunst man sich erwerben wollte, ein hinterher errichtetes schriftliches hob, ohne daß sie etwas davon erfuhren, das frühere wieder auf, oder man versicherte diese Personen der geschehenen Einsetzung, und erst der Tod enthüllte den ihnen gespielten Betrug.<sup>8)</sup>

Ich kann nicht unterlassen, noch auf zwei Einrichtungen aufmerksam zu machen, die beide — nur in verschiedenen Regionen — dieselbe Bestimmung haben, nämlich die Censusrollen und die Hausbücher. Beide sind hervorgegangen aus dem großen Ordnungssinn der Römer, und gehören insofern hierher, als die Censusrollen den Stand des Privatvermögens zur Kenntniß des Staats bringen, die Hausbücher aber dem Eigenthümer selbst und unter Umständen auch dritten Personen eine beständige Einsicht und Uebersicht seiner Vermögensverhältnisse gewähren. Solche Einrichtungen gedeihen nur bei allgemeiner Gewissenhaftigkeit und Ehrlichkeit, sie setzen Vertrauen und Zuverlässigkeit voraus; wo diese Eigenschaften in der Masse fehlen, wo man Ursache hat, das Tageslicht zu scheuen, erfüllen sie nicht ihren Zweck. Für das System des Personalcredits<sup>9)</sup> haben sie ohne Zweifel eine große Bedeutung gehabt, und man darf gewiß in dem allmählichen äußerlichen und innerlichen Absterben beider Einrichtungen die vorzüglichsten Ursachen erblicken, denen das Realcredit-System seine in späterer Zeit immer mehr Ueberhand nehmende Bedeutung und entschiedene Präponderanz verdankt. Letzteres ist ebenso sehr wie die Heimlichkeit der Abstim-

8) Schon dem August wurde ein ähnlicher Streich gespielt, wie Valerius Maximus lib. III c. 8 §. 6 mittheilt, woselbst noch mehre dergleichen ächte Schurkenstreiche berichtet werden.

9) Mit dem vielleicht auch die für die Bürgschaft im ältern Recht vorgeschriebene öffentliche Verkündung zusammenhängt. S. Note 5.

mung und der Testamentserrichtung das Resultat der Angst und des Misstrauens — ebenso sehr ein Zeichen der spätern Zeit, wie umgekehrt der Personalcredit mit seiner Publicität der Vermögensverhältnisse und die Deffentlichkeit der Abstimmung und Testamentserrichtung ein Zeichen der frühern. Indem wir als allgemein bekannt voraussetzen, in welchem Grade die Deffentlichkeit das ganze politische Leben der Römer durchdrang, machen wir schließlich nur noch darauf aufmerksam, wie diese Eigenschaft sich auch in den Verbrechen äußerte. Das ältere Rom kannte nicht die heimlichen Schurken und Verbrecher, gegen die das spätere sich zu wehren hatte, die Erbschleicher, Giftmischer, die Fälscher, Betrüger, Denuncianten u. s. w. Mord, Todtschlag, Raub, Gewalt, Diebstahl u. s. w. waren die Verbrechen der alten Zeit.

So hat sich uns also die Deffentlichkeit als ein Grundzug der alten Zeit bewährt. Es ist wohl kaum nöthig, darauf hinzuweisen, welches Streiflicht sie auf den sittlichen und socialen Zustand des Volks wirft, und welche Vortheile sie mit sich führte. Hervorgegangen ist sie, wie es mir scheint, aus der ursprünglichen Innigkeit der Verbindung zwischen dem Individuum und der Gemeinde, sie ist, dürfte man sagen, nur die äußere Erscheinungsform der primitiven Gemeinschaftlichkeit des Lebens und der Interessen. Sie setzte ein gutes Gewissen und moralischen Muth voraus und führte eine große Sicherheit des Verkehrs wie der Rechtspflege in ihrem Gefolge mit sich.

Eine zweite Eigenschaft, die uns bei der äußeren Betrachtung des ältern Rechts sofort in die Augen springt, ist die Plastik desselben. Die Plastik des Rechts äußert sich in den für den Rechtsverkehr vorgeschriebenen Formen, und ihr praktischer Nutzen besteht darin, die innerliche Verschiedenheit äußerlich darzustellen, das Innere gewissermaßen an die Oberfläche zu rücken. Nur hiernach, nicht nach der Quantität und dem physiognomischen Ausdruck und Zuschnitt der verschiedenen Formen beurtheilt sich ihr Werth vom praktischen Standpunkt aus. Es

kann also ein Recht einen unendlichen Reichthum an Formen, symbolischen Handlungen u. s. w. haben, und doch diesen praktischen Anforderungen der Plastik nicht entsprechen, wenn nämlich der äußerlichen Formen und Darstellungsmittel mehr sind, als der inneren Unterschiede, der Zeichen mehr, als der Begriffe. Das innerlich Bedeutungslose erlangt hier eine äußere Anerkennung, die wenn auch fürs Leben nicht gerade nachtheilig wirkt, doch die geistige Erfassung des Rechts erschwert. Das germanische Recht gewährt uns ein Beispiel für diese überwuchernde Kraft des plastischen Triebes; die Phantasie, die sinnige Natur des germanischen Charakters hat hier auf Kosten des juristischen Verstandes sich geltend gemacht.

Der praktische Werth jener Plastik bestimmt sich ferner nicht nach dem Zuschnitt der Formen. Die Formen sollen weiter nichts, als den Begriff signalisiren; ob sie dies aber, wie im germanischen Recht, in poetischer, gemüthvoller Weise thun, oder, wie im römischen, in prosaischer, höchst nüchterner Weise, ob sie nebenbei zum symbolischen Ausdruck tiefsinniger Gedanken, inniger Gefühle u. s. w. benutzt werden, oder sich einfach auf den Dienst beschränken, den sie leisten sollen, äußerliche Kriterien innerer Verschiedenheiten zu sein — dieser Unterschied ist für die Charakteristik des Volksgeistes bezeichnend, für den juristischen Werth jener Plastik aber völlig gleichgültig.

Wenn wir hiernach nun die Plastik des ältern römischen Rechts beurtheilen, so beschränkt sich dieselbe einfach auf den angegebenen praktischen Gesichtspunkt. Die Formen, die sie zu diesem Zweck verwendet, sind der Zahl nach gering<sup>10)</sup> und ihrem

10) Wohl zu beachten die Formen, die rechtlich nöthig waren. Das römische Leben kannte eine Menge Formen, denen jene Bedeutung nicht zukam; um ein Beispiel anzuführen, so waren die Eingehung und Aufhebung der Ehe späterhin nicht an die Beachtung der Hochzeitsgebräuche, beziehungsweise die Zurückgabe und die Zurückforderung der Schlüssel gebunden, ungeachtet man im Leben diese Form beobachtete. Von manchen juristischen Gebräuchen mag uns übrigens auch keine Kunde erhalten sein.

physiognomischen Ausdruck nach nüchtern und prosaisch. Sie enthalten wenig mehr, als was der juristische Zweck selbst mit sich bringt (z. B. das persönliche Erscheinen der Partheien, die Zuziehung und Anrufung der Zeugen, das Aussprechen der Formel), oder was zum äußern Ausdruck des innern Vorganges erforderlich schien (z. B. das Berühren der Sache mit der Hand zum Zeichen des beabsichtigten Eigenthumserwerbs, das zum Schein vorgenommene Zuwägen des Erzes als äußere Motivirung einer eingegangenen oder aufgehobenen Obligation, der Scheinkampf bei der vindikation (B. 1 S. 153), der Gebrauch des Speres (B. 1 S. 110, 111) u. s. w.<sup>11)</sup> Die beiden Hauptgeschäftsformen, die *mancipatio* und in *jure cessio*, lassen sich sogar rationell analysiren, sie enthalten keinen Zusatz von Symbolik, sondern was dem ähnelt, wie z. B. die Waagschaale und das Einwerfen des Erzes, ist nichts als ein vor der Einführung des gemünzten Geldes nothwendiger, später durch die Macht der Gewohnheit beibehaltener materieller Bestandtheil des Geschäfts selbst.

Der römische Verkehr bewegte sich zum größten Theil in diesen beiden Formen, und diese bei Eigenthumsübertragungen an beweglichen wie unbeweglichen Sachen, beim Verkauf von Sklaven wie Hauskindern, bei der Adoption, der Ehe, der Emancipation, Manumission, der Errichtung des Testaments, der Eingehung und Lösung der *Nerus*-Schuld u. s. w. immer wiederkehrende Solennität der *mancipatio* und in *jure cessio* gibt dem Verkehr in seinem Äußern etwas Monotonen. Zur Charakteristik der römischen Nationalität im Gegensatz der deutschen kann

11) Es verdiente dieser Gegenstand wohl eine neue Bearbeitung. Es existirt darüber eine Schrift von Everard Otto de *jurisprudentia symbolica exercitationum trias* Traj. ad Rhen. 1730, die den Vorläufer eines meines Wissens nicht erschienenen größeren Werkes bilden sollte. Für das deutsche Recht hat Reyscher in seinen Beiträgen zur Kunde des deutschen Rechts Heft 1 (über die Symbolik des deutschen Rechts) Tübingen 1833 eine dankenswerthe, aber der Vermehrung fähige Zusammenstellung geliefert.

Thering, Geist d. röm. Rechts. II.



man dies hervorheben und immerhin ersterer den Vorwurf der Nüchternheit machen und letzterer den Vorzug „der Poesie im Recht“ lassen. Aber es ist schon oben bemerkt, daß dies den praktischen Werth der Plastik des Rechts gar nicht berührt, und man darf gerade in der Einfachheit, Nüchternheit und Dürftigkeit der römischen Plastik eine Bethätigung der rein juristischen Anschauungsweise der Römer erblicken. Von welchem Nutzen die Sparbarkeit im Recht ist,<sup>12)</sup> liegt auf der Hand; der Verkehr beherrscht leichter zwei Formen, als zwanzig, und die Jurisprudenz kann die Theorie derselben um so schärfer und genauer ausbilden, je weniger ihrer sind.

Wenn nun aber verschiedene Geschäfte mittelst derselben Form abgeschlossen wurden, worin lag denn das Unterscheidende derselben? In der Verschiedenheit des Inhalts und der derselben entsprechenden Formel. Die Gefahr der Verwechslung war für jeden, der das Geschäft mit angesehen und angehört hatte, undenkbar. Daß ein Rechtsgeschäft vor sich gehe, verkündete die Form; welches, der Gegenstand und Inhalt, und damit war den Anforderungen des Verkehrs vollkommen genügt. Unserm heutigen Recht läßt sich ein Gleiches nicht nachrühmen. Unsere Formlosigkeit, vor der nur einige Geschäfte wie das Testament und der Wechsel sich bewahrt haben, macht es oft sehr schwer, wenn nicht unmöglich, zu bestimmen, ob ein Rechtsgeschäft und welches von den Partheien intendirt war. Auch bei den Römern kamen in älterer Zeit Geschäfte vor, die nicht in eine rechtliche Form eingekleidet zu werden pflegten; wir werden sie an einer andern Stelle betrachten und zu zeigen versuchen, daß es keine Rechtsgeschäfte im Sinne des ältern Rechts waren und der Beihülfe desselben weder theilhaftig waren, noch auch derselben bedurften. Ein wahrhaftes Rechtsgeschäft ist für die ältere Zeit nur das, was in Form Rechtens auftritt, äußerlich sich als solches kund gibt. Formlosigkeit widerstrebt der innersten Natur der alten

12) In §. 27 werden wir darauf zurückkommen.

Römer — dies lehrt uns das ganze römische Alterthum. Wer dasselbe einer Betrachtung in dieser Rücksicht unterwerfen will, wird finden, daß dasselbe von der Tendenz beseelt ist, die innern Unterschiede durch äußere Zeichen sichtbar zu machen, und wo war diese Tendenz mehr am Platz, als gerade im Recht? So wie der Senator, Ritter, der Freie, Mündige, Unmündige, der Angeklagte u. s. w. an seinem Kleide kenntlich ist, so soll auch das Rechtsgeschäft durch seine juristische Uniform, wenn ich so sagen darf, seine toga civilis äußerlich erkennbar sein. Fehlt dieselbe, so liegt darin ausgesprochen, daß die Partheien ein Rechtsgeschäft gar nicht intendirt haben, denn sonst würden sie dasselbe in die erforderliche Form eingekleidet haben.

Es ist oben die Unsichtbarkeit der Bewegung des heutigen Rechtsverkehrs als die Folge der unplastischen Natur desselben bezeichnet. Für das römische Recht können wir also umgekehrt der eben erörterten Plastik desselben auch den Ausdruck der Sichtbarkeit und Erkennbarkeit des Rechtsverkehrs geben. Es tritt keine rechtliche Wirkung ein, die nicht eine äußere, mechanische Ursache hätte. Das mindeste, was verlangt wird, ist doch das Erscheinen und die persönliche Thätigkeit der Partheien selbst, wenn auch letztere, wie z. B. bei der Stipulation, sich ohne weitere äußerliche Handlung auf ein bloßes Aussprechen von Worten beschränkt.

---

Wir wenden uns jetzt dem inneren Organismus des ältern Rechts zu und zwar werden wir zuerst (§. 24—30) den Versuch machen, die Grundtriebe der ganzen Rechtsbildung aufzufinden. Dieselben lassen sich subjektiv aus der Seele des römischen Volks heraus auch als die Ideale des römischen Rechtsgefühls bezeichnen; was der subjektiven Anschauung des Volks als zu erreichendes Ziel, als Ideal vorschwebt, wird objektiv im Recht selbst als Tendenz der Rechtsbildung hervortreten. Was erscheint nun dem

römischen Rechtsgefühl als letztes Ziel des ganzen Rechts, welchen höchsten Anforderungen hat letzteres zu genügen — das ist die Frage, auf die uns die folgende Darstellung eine Antwort ertheilen soll. Ich beantworte jene Frage mittelst der Annahme von drei Grundtrieben, die ich in Ermangelung besserer Ausdrücke den Selbständigkeitstrieb des Rechts, den Gleichheitstrieb und den Macht- und Freiheitstrieb nenne, und zu deren Betrachtung im Einzelnen wir jetzt übergehen.

## II. Die Grundtriebe der Rechtsbildung.

### I. Der Selbständigkeitstrieb des Rechts.

#### Vorbemerkung.

Die praktische Selbständigkeit des Rechts — die beiden Extreme.

XXIV. Die Selbständigkeit des Rechts bezeichnet uns vielleicht das schwierigste Problem, das es sowohl für die philosophische Erforschung als die praktische Verwirklichung des Rechts gibt. Die Philosophie hat sich viel damit beschäftigt, die begriffliche Selbständigkeit des Rechts, den Unterschied desselben von der Moral u. s. w. nachzuweisen; wir werden bei der vorliegenden Aufgabe diese gefährlichen Höhen der Spekulation wenig berühren. Der Zielpunkt unserer Bemühungen, die praktische Selbständigkeit des Rechts, liegt niedriger, aber bis jetzt führt noch keine gebahnte Straße hin,<sup>13)</sup> und ich muß

13) Ueber die „Unabhängigkeit der Justiz oder die Freiheit des Rechts in England und den Vereinigten Staaten“ existirt eine Broschüre von einem Bogen von Franz Lieber (Prof. der Staatsphilosophie und des Staatshaushaltes an der Universität von Süd-Carolina) Heidelb. 1848, die manche beherzigungswerthe Bemerkungen für das heutige Recht enthält, mir für meine Zwecke aber gar keine Förderung gewähren konnte.

daher den Leser um Entschuldigung bitten, wenn der Weg, den ich ihn führen werde, nicht der gangbarste und kürzeste ist; um diesen zu finden, dazu bedarf es fortgesetzter Versuche verschiedener Personen. Möge der vorliegende Versuch die Aufmerksamkeit auf diesen Punkt hinführen und bald durch einen bessern verdrängt werden! Ich will nur noch bemerken, daß ich es bei dem von mir eingeschlagenen Wege nicht habe vermeiden können, manche Punkte bereits oberflächlich zu berühren, die wir erst später näher werden kennen lernen — was beiläufig gesagt sich im Verlauf dieses Buchs noch öfter wiederholen wird und bei der Natur des Themas, bei dem die Fäden des Geflechtes sich beständig kreuzen, unvermeidlich ist.

Möge die Philosophie nun immerhin sich rühmen, uns die Selbständigkeit des Rechts in der Idee nachgewiesen zu haben: ein anderes Ding ist es um das lebendige Recht der Wirklichkeit, ein anderes Ding um die Idee, diesen Schatten, den das Recht der Wirklichkeit in die einsame Kammer des Philosophen wirft. Denn jenes ist hineingestellt mitten in die Strömung des Lebens, in den Kampf erbitterter Partheien und auf einander prallender Gegensätze, ausgesetzt dem Sturm der Leidenschaften, die hier toben, bestimmt, den Anforderungen, Interessen, Bestrebungen des Lebens gerecht zu werden. Welche Schwierigkeiten findet die der Idee des Rechts zukommende Selbständigkeit hier vor, um sich geltend zu machen, welche Schwankungen statt jenes ruhigen Gleichgewichts, in dem das Recht der Idee sich befindet!

Die zwei äußersten Punkte, zwischen denen das Recht der Wirklichkeit beständig oscillirt, sind das Extrem der Unselbständigkeit auf der einen, das Extrem der Selbständigkeit auf der andern Seite. Bei der Neigung nach jener Seite fehlt dem Recht, um es allgemein auszudrücken, das Vermögen der innern Selbstbestimmung und die Kraft, äußere Einflüsse, die seiner Natur widerstreben, zurückzuweisen, im Uebrigen aber kann diese Unselbständigkeit ihrem Grade, ihrer Art und ihren Ursachen nach

sehr verschieden sein. Es kann dem Recht fehlen an der inneren Freiheit, wenn es nämlich noch nicht zum Selbstbewußtsein, zur Scheidung seiner selbst von Moral, Religion, Politik gelangt ist; an der äußeren Freiheit, die freilich nur die Folge der geringen moralischen Achtung ist, die das Recht genießt, wenn nämlich die rohe Gewalt ihm die Spontaneität seiner Bewegung verwehrt. Als Gründe, die eine Richtung nach dieser Seite hin herbeiführen, nenne ich z. B. eine vorwiegend religiöse Weltanschauung des Volks, Charakterschwäche, Mangel des Gefühls der persönlichen Freiheit, Unbeständigkeit, leidenschaftliche Reizbarkeit des Volkscharakters.

Während nun das Recht leicht nach dieser Seite hingezogen wird, ist die Neigung desselben nach Seiten des entgegengesetzten Extremis ungleich weniger zu besorgen. Letztere würde darin bestehen, daß das Recht sich von seiner natürlichen Abhängigkeit vom Leben loszumachen, sich auf sich selbst zurückzuziehen und sich bloß aus sich selbst zu bestimmen versuchte. Die Reception des römischen Rechts bei den neuern Völkern gewährt uns ein Beispiel dafür. Es ist merkwürdig, wie empfindlich die große Masse für eine Deklination nach dieser Seite ist, während sie durch beträchtliche Abweichungen nach der andern Seite kaum alterirt wird, und es zeigt, wie gering das Verständniß für die Aufgabe des Rechts, wie verkehrt der Maßstab ist, den man an dasselbe anlegt. Als das normale Recht denkt man sich das „Recht, das mit uns geboren“ — jenes mephistophelische Trugbild, hinter dem sich der Abgrund der Willkühr und Selbstvernichtung öffnet; verlangt, daß das Recht gleichen Schritt halte mit der Bewegung der Zeit, allen ihren Anforderungen gerecht werde, alle ihre Einfälle legalisire, und ahnt nicht, daß ein solches alles eignen Halts entbehrendes, willen- und charakterloses Recht bald zum feilen Werkzeug der augenblicklichen Gewalt herabsinken würde. Jene Exaggeration der Selbstständigkeit mit ihrer noch so weit getriebenen, man nenne es Starrheit, Rücksichtslosigkeit gegen die Interessen und Bedürfnisse der Ge-

genwart, tyrannischen Handhabung der Rechtsconsequenz, sie ist in der That nur die Uebertreibung einer Eigenschaft, die den Adel und die Hoheit des Rechts ausmacht, die Verirrung nach Seiten der Kraft, von der eine Umkehr leicht möglich ist, während das entgegengesetzte Extrem der gefügigen Hingebung des Rechts an die Bewegung des Lebens das Zeichen einer moralischen Asthenie ist. Daß Festigkeit, unerschütterliche Ruhe, Rücksichtslosigkeit Cardinaltugenden des Rechts sind, das hat der Instinkt der Völker von jeher herausgeföhlt; mit Stolz gedenken sie der Vorfälle ihrer Geschichte, wo das Recht diese Eigenschaften in eclatanter Weise bewährt und selbst, so zu sagen, mit trotzigem Uebermuth dem Leben Hohn gesprochen hat.

Wie und woran sich nun der Selbständigkeitstrieb des Rechts äußert, das werden wir am ältern römischen Recht nachzuweisen versuchen. Es hat vielleicht kein anderes gegeben, das so wie dieses vom Geiste der Unabhängigkeit und ich möchte fast hinzufügen des Trohes beseelt gewesen ist, und an dem man daher das Walten jenes Selbständigkeitstriebes so gut studiren könnte. Worauf wir vor allem unser Augenmerk zu richten haben werden, ist die innere Organisation, die Technik und Methode, durch die das Recht seine Selbständigkeit sicherzustellen sucht. Dieser Punkt ist bisher viel zu wenig beachtet, und das Verständniß dafür scheint nicht so leicht zu sein, während der Zweck selbst, der durch jenes Mittel verfolgt wird, im Allgemeinen auch dem ungebildeten Rechtsgefühl als Postulat vorschwebt. Daß das Recht unabhängig und selbständig sich verwirklichen soll, daß also z. B. das religiöse und politische Glaubensbekenntniß, das Ansehen, Verdienst, die Würdigkeit der Person, die Stellung im Leben Niemandem schaden oder nützen, Gunst und Abneigung keinen Einfluß äußern, das Recht gegen alle ein gleiches Maß anwenden, daß die äußere Macht sich keine Eingriffe in das Rechtsgebiet erlauben solle u. s. w., das fühlt Jedermann. Aber auffallend ist es, daß nicht bloß das einfache Rechtsgefühl sich mit dem Wege, den das Recht zu jenem Zwecke einschlägt,

im Widerspruch fühlt, sondern daß selbst die Wissenschaft noch bis zu einem gewissen Grade mit diesem Gefühl zu sympathisiren scheint, und darum werde ich mich hier ausführlicher ergehen, als das unmittelbare Verständniß des römischen Rechts es erfordert.

Wir werden folgende vier Punkte ins Auge fassen, von denen die drei ersten die Selbständigkeit des Rechts hinsichtlich seiner innern Entwicklung, der letztere die Selbständigkeit desselben hinsichtlich seiner äußern Verwirklichung zum Gegenstande hat.

1. Erhebung des Rechts zu der ihm eigenthümlichen Form (§. 25).
2. Innerliches Zu-Sich-Kommen des Rechts (§. 26).
3. Selbsterhaltungs- und Erweiterungstrieb des geschriebenen Rechts (§. 27).
4. Sicherheit und Unabhängigkeit der Verwirklichung des Rechts (§. 28).

### 1. Erhebung des Rechts zu der ihm eigenthümlichen Form.

Die Sitte und das Gesetz, geschriebenes und ungeschriebenes Recht — Bedeutung dieses Gegensatzes für die Selbständigkeit des Rechts — Verhalten des ältern Rechts zu diesem Gegensatz (Privatrecht — öffentliches Recht — die Volksgerichte —).

XXV. Wir beginnen mit dem ersten und einfachsten Schritt, den das Recht auf der Bahn der Selbständigkeit machen kann, und der doch in seinen Folgen unendlich wichtiger ist, als man gewöhnlich annimmt, dem Fortschritt desselben von dem System des ungeschriebenen zu dem des geschriebenen Rechts, von der Sitte und Gewohnheit zum Gesetz.

Die Frage von der Entstehung des Rechts bildet einen Hauptdivergenzpunkt zwischen der Lehre des vorigen und der des jetzigen Jahrhunderts. Jener zufolge entstand das Recht auf regulärem Wege durch die Gesetzgebung und nur aus-

nahmsweise auf gewohnheitsrechtlichem Wege. Der Gesetzgeber versorgt den Staat mit Gesetzen, das Recht ist also im wesentlichen nur die Summe der erlassenen Gesetze, das Produkt legislativer Willkühr oder Weisheit — dem Volk ist es etwas von vornherein Fremdes, äußerlich Angepaßtes oder Aufgedrungenes. So die alte Lehre. Nach der neuern Ansicht ist das Recht ursprünglich ein Produkt der unmittelbaren Thätigkeit des Volksgesistes. Das nationale Rechtsgefühl verwirklichte sich durch die That selbst und stellte sich äußerlich in der Sitte dar (Gewohnheitsrecht). Im Lauf der Zeit tritt als zweite Rechtsquelle die Gesetzgebung hinzu, nicht gerade stets Neues schaffend, sondern oft nur das Bestehende formulirend. Neben ihr dauert aber jene erste Quelle, das nationale Rechtsgefühl mit seiner unmittelbaren Verwirklichung im Gewohnheitsrecht, als völlig gleichberechtigt fort, und nicht etwa als eine unvollkommene, bloß tolerirte Art der Rechtsbildung, sondern als die eigentlich naturgemäße, normale. Das Gewohnheitsrecht läßt sich recht eigentlich als das Schoßkind der neuern Jurisprudenz bezeichnen, und es scheint, als ob man sich verpflichtet gefühlt hätte, es für die Vernachlässigung, die es früher erfahren, durch eine blinde Liebe zu entschädigen.<sup>14)</sup>

Das Neue und Verdienstliche dieser Ansicht besteht darin, daß sie erstens an die Stelle der bis dahin gelehrten äußeren mechanischen Produktion des Rechts durch legislative Reflexion

---

14) Indem ich diese Bogen zum Druck abschicke, bringt mir die Tagespresse eine interessante Bestätigung dieses Urtheils, nämlich ein Bruchstück aus einer Rede Stahls über die Aufhebung der Gemeinde-Ordnung vom 11. März 1850, welches nach der Augsb. Allg. Zeitung 1853 Nr. 15 S. 228 also lautet: „Die Form der Codifikation zerstört oder lockert wenigstens überall die festen stetigen Rechtsverhältnisse, das feste stetige Rechtsbewußtsein; sie zerstört jedenfalls die Naivität des Rechtsbewußtseins; sie ist darum am schädlichsten für die ländliche Bevölkerung, denn wenn diese aus solcher Unschuld gerissen und zu der Reflexion aufgefordert wird, ob nicht ganz entgegengesetzte Zustände bestehen könnten, als gegenwärtig, dann ist für sie kein Halt mehr und keine Ehrfurcht vor dem Rechte.“

eine unmittelbare, s. g. organische Entstehungsweise desselben setzte, ein Hervorquellen desselben aus dem Born des nationalen Rechtsgefühls, und sodann daß sie, indem sie dem Recht seine breite nationale Grundlage und damit seine sittliche Würde zurückgab, eine Versöhnung des subjektiven Rechtsgefühls mit der äußern Thatsache des objektiven Rechts anbahnte, es dem subjektiven Geist, der sich früher mit dieser Thatsache nicht innerlich eins fühlen konnte und sich in unbefriedigter Sehnsucht in die öden Wüsteneien des Naturrechts flüchtete, möglich machte, sich in dieser äußern Welt heimisch zu fühlen als in einer Schöpfung, an der er selbst mit arbeitet; ihn lehrte, in dieser Schöpfung nur den Ausdruck dessen zu finden, was er selbst dunkel und unvollkommen in sich trägt.

Wie aber so leicht eine neue Wahrheit im ersten Uebermuth über ihr Ziel hinauschießt und in Einseitigkeiten verfällt, so scheint es auch hier gegangen zu sein, ohne daß ich damit im mindesten das hohe Verdienst der Urheber und ersten Verfechter der neuen Lehre schmählern will; jede neue tief eingreifende Wahrheit hat meiner Ansicht nach bei ihrem ersten Auftreten das Recht der Einseitigkeit.

Der Vorwurf, den ich dieser Lehre zu machen habe, besteht darin, daß sie Gewohnheitsrecht und gesetzliches Recht auf eine Stufe stellt und den ungeheuern Fortschritt, den das Recht durch seinen Uebergang von jenem zu diesem macht, ignorirt. Um diesen Fortschritt nachzuweisen, werden wir beide Existenzformen des Rechts miteinander vergleichen.

Jener primitive Zustand des Rechts, von dem aus das Recht eines jeden Volks sich erhoben hat, und der in vereinzelter Weise noch heutzutage als Gewohnheitsrecht vorkommt, hat auf den ersten Blick für die bloße Gefühlsbetrachtung etwas sehr Verföhlerisches, und zwar aus demselben Grunde, aus dem eine nüchterne Kritik ihn als einen höchst unvollkommenen zu bezeichnen hat. Diese scheinbare Vollkommenheit und wirkliche Unvollkommenheit ist die Harmonie und Einheit, die diesen Zustand

beherrscht. Eins ist hier das Recht mit dem Subjekt — es entsteht und lebt in dem Gefühl der Individuen —; eins mit dem Leben — es geht ganz aus demselben hervor; eins mit der Zeit — es schreitet stets mit ihr fort, bleibt nicht, wie das Gesetz, hinter ihr zurück. Einig endlich in sich ist die ganze Rechtsauffassung; kein Widerspruch von Gesetzen. Die Entscheidung wird nicht genommen aus einem einzelnen Paragraphen, sondern aus der Fülle der totalen Rechtsanschauung. Diese durchgehende Einheit, dieser friedliche Zusammenhang aber ist gerade das Zeichen der Unvollkommenheit; der Fortschritt des Rechts besteht in der Zerstörung jenes natürlichen Zusammenhanges und in unausgesetzter Trennung und Isolirung.

Durch den Ausdruck: Gewohnheitsrecht hat man sich die unbefangene Auffassung vielleicht nicht wenig erschwert. Die Römer, die einerseits freilich auch von einem *jus, quod moribus introductum est* sprechen, gebrauchen doch andererseits gern die Ausdrücke: *mores majorum, consuetudo, usus longaevus*, und in diesen Ausdrücken, die ich am liebsten durch Sitte wiedergeben möchte, liegt der richtige Gesichtspunkt ausgesprochen. Auf der primitiven Stufe, die wir hier zu betrachten haben, ist das Recht, wenn auch substantiell, so doch noch nicht formell vorhanden, d. h. nicht als ein selbständiger, von der Moral qualitativ verschiedener Begriff. An der Stelle des Dualismus von Recht und Moral haben wir hier noch eine einzige sittliche Substanz, die sich subjektiv als sittliches Gefühl, äußerlich als Sitte darstellt. Jener Unterschied des Rechts und der Moral mag sich subjektiv bereits in manchen Fällen als eine graduelle Differenz in der Stärke des Pflichtgefühls ankündigen, allein er ist noch nicht im Ganzen vorhanden, noch nicht objektiv fixirt. Das Gefühl, das der Sitte zu Grunde liegt, trägt vermöge seiner Unbestimmtheit die Möglichkeit eines Schwankens nach beiden Seiten in sich. Es ist die sittliche Substanz im Zustande der Flüssigkeit, das Chaos, in dem die Elemente der sittlichen

Welt noch ungeschieden durcheinander wogen, und aus dem erst höchst allmählig die einzelnen Bildungen sich ablagern. Ein Windstoß, wenn man mir das Bild erlaubt,<sup>15)</sup> treibt die flüssige Masse bald hierhin, bald dorthin, bald mehr nach Seiten des Rechts, bald mehr nach Seiten der Moral; in diesem Falle äußert sich das Gefühl als unbedingtes Gebot, in jenem Falle, der an sich gar nicht verschieden war, als freie Anforderung. Der Grund liegt darin, daß die sittliche Substanz mit der Subjektivität noch ganz zusammenfällt, also wie alles rein Innerliche den Schwankungen der subjektiven Stimmung unterworfen ist. Jene Gleichmäßigkeit, die wir oben als eine der Cardinaleigenschaften des Rechts hingestellt haben, ist hier also noch nicht vorhanden; es fehlt dem Recht noch die Festigkeit und Härte, die gerade sein Wesen ausmacht und es von der Moral unterscheidet. Dieser Zustand der Flüssigkeit, in dem es sich befindet, ist der Zustand seiner höchsten Unselbständigkeit, und es wäre vielleicht am richtigsten, es noch gar nicht Recht zu nennen, sondern diesen Zustand als den der Identität des Rechts und Moral unter dem Namen der Sitte dem Recht gegenüber zu stellen.

Mit dieser Vorstufe hat nun, wie bereits bemerkt, das Recht aller Völker begonnen, und nach Verschiedenheit der Volksindividualitäten sich bald länger, bald kürzer darauf verweilt.<sup>16)</sup>

---

15) Eine Bitte, die ich ganz besonders an meinen gestrengen bilderstürmerischen Kritikus an der Moldau gerichtet haben will, der mich im Leipziger Centralblatt wegen zu unmäßigen Bilder-Verbrauchs in Behandlung genommen hat. Um ihm zu zeigen, daß ich, wenn auch zu schwach, um die mir verschriebene Bilder-Diät oder Enthalttsamkeit inne zu halten, es doch an dem nöthigen Respekt nicht fehlen lasse, so erkläre ich hiermit feierlichst, daß fortan bei jedem Bilde, das ich gebrauchen werde, und mithin auch bei dem Windstoß im Text, durch den ich ihn vielleicht in höchst bedenklicher Weise erschreckt haben werde, mit Rücksicht auf ihn hinzugedacht werden soll: mit Erlaubniß zu sagen.

16) Die griechische Bezeichnung des Rechts, *dixn* (S. B. 1 S. 204 Anm. 114) ist diesem Grund und Boden entwachsen.

Wir haben aber nicht nöthig, in die entlegensten Zeiten der Geschichte des Rechts zurückzusteigen, um diese Vorstufe kennen zu lernen; das Schauspiel der gewohnheitsrechtlichen Bildung wiederholt sich, wenn auch in vereinzeltten Anwendungen, täglich unter unsern Augen, und an ihm können wir von dem eben Gesagten die Probe machen. Wie viele verschiedenartige Motive zur ursprünglichen Bildung einer Gewohnheit mitwirken können, das Gefühl der Zweckmäßigkeit, der Verpflichtung, die *vis inertiae* u. s. w., will ich gar nicht in Anschlag bringen. Die constante Handlungsweise — das äußere Requisit der gewohnheitsrechtlichen Doctrin — sei einmal unzweifelhaft vorhanden, ebenso das innere Requisit, das in den handelnden Personen herrschende Gefühl der Nothwendigkeit. Nach der Theorie ist jetzt das Gewohnheitsrecht fertig. Aber wie, gibt es denn nicht eine doppelte Art der Nothwendigkeit, eine rechtliche und sittliche? Wenn das unbestimmte Gefühl: „so müsse es geschehen“ sich zu dem Bewußtsein rechtlicher Nothwendigkeit erhoben hat, dann freilich ist die Sache einfach; der Prozeß der gewohnheitsrechtlichen Bildung hat hier seinen äußersten und höchsten Punkt erreicht. Wie aber, wenn jenes Gefühl bloß das der sittlichen Verpflichtung war, oder wenn es die nähere Bestimmtheit darüber, welcher von beiden Arten es angehöre, noch gar nicht gewonnen? Und letzteres ist ja der gewöhnliche Fall, wenigstens werden die meisten Gewohnheitsrechte, bevor sie jenen äußersten Punkt erreicht haben, längere Zeit hindurch sich in diesem Stadium befunden haben. Wie sollen sie auf dieser Stufe charakterisirt werden? Soll man sie aus dem Gebiete des Rechts ganz ausweisen, weil sie auf den Unterschied zwischen Recht und Moral, der für sie ein Anachronismus ist, nicht reagiren? Ihnen aufgeben, innerlich nachzureifen und dann sich wieder zu stellen?

Wer selbst aus eigener Erfahrung Versuche des Beweises eines speziellen Gewohnheitsrechts kennt, wird mir einräumen, daß hier überall das zu Tage kommt, was ich als das Wesen

der Sitte oder des ungeschriebenen Rechts bezeichnet habe: die Unbestimmtheit. Er wird mir einräumen, daß je nach der Verschiedenheit der Personen das Gefühl der Nothwendigkeit bald schwerer, bald leichter empfunden wird d. h. bald mehr als Rechtsgefühl, bald mehr als Glaube einer bloß moralischen Verpflichtung. Und ebenso lehrt die Erfahrung, daß je nach Verschiedenheit des Richters derselbe Beweis des Gewohnheitsrechts bald für erbracht, bald für mißlungen erklärt wird. Die Theorie des Gewohnheitsrechts möge sich noch so sehr ihrer vermeintlichen Bestimmtheit rühmen, sie möge ihr „Rechtsgefühl“ als Quelle des Gewohnheitsrechts in abstracto noch so sehr zu dem Gefühl einer bloß moralischen Verpflichtung in Gegensatz stellen: im Leben schwimmen beide nur zu oft zu einem Fluidum zusammen, und Unbestimmtheit ist der reguläre Charakterzug der gewohnheitsrechtlichen Bildung.

Je weniger nun dem Bisherigen nach das Recht in seinem primitiven Zustand bereits innere Festigkeit und Bestimmtheit gewonnen hat, je mehr die Möglichkeit eines Schwankens in seiner Natur begründet ist, um so höhern Werth hat auf dieser Stufe die Tugend der Gerechtigkeit. In ihr erhebt sich das Recht zu dem Bestreben, sich frei zu machen von dem Wechsel der Stimmungen, dem Einflusse aller persönlichen Bezüge u. s. w., und eine Gleichheit der rechtlichen Behandlung eintreten zu lassen; es ist die erste Regung des Selbstständigkeitstriebes des Rechts.<sup>17)</sup> Die Gerechtigkeit hat hier noch mit der ganzen Gefühlssubstanz zu ringen, von der sie umgeben ist, und nur ein ungewöhnlicher Grad von Einsicht und Charakterfestigkeit ist dieser Aufgabe gewachsen. Daher auch die außerordentliche Anerkennung, die sie findet, und die für die spätern Entwicklungsstufen des Rechts keinen Sinn haben würde. In unserm heutigen Recht ist das Verdienst der Gerechtigkeit ein unendlich

17) Liegt dies nicht auch in dem römischen Ausdruck *Iustitia*? Die Ständigkeit, Selbstständigkeit des Rechts ist ja das Ziel der Gerechtigkeit.

geringeres; sie liegt zum größten Theil schon in der Construction unseres Rechts, und was das Subjekt dazu thut, ist nichts besonderes. Seitdem das Recht in sich selbst den Prozeß der Ueberwindung des bloßen Gefühlsstandpunktes durchgemacht hat, ist diese Arbeit dem einzelnen Subjekt erspart oder wenigstens bedeutend erleichtert; was früher mühsam gesucht und gefunden werden mußte und nur von Auserwählten gefunden ward, es liegt jetzt offen da und läßt sich erlernen ohne großes Talent.

In demselben Maße, in dem nun ein Volk das Bedürfnis nach Gerechtigkeit d. h. nach Gleichmäßigkeit empfindet, wird es den Trieb in sich fühlen, sich von dem Zufall der bloß individuellen Gerechtigkeit unabhängig zu machen, die Gerechtigkeit immer mehr aus der Sphäre subjektiver Eingebung in das Recht selbst hinein zu verlegen. Das Mittel dazu ist das Gesetz. Das Gesetz ist der Akt, wodurch das Recht aus dem Zustand der Naivität heraustritt und in officieller Weise zum Selbstbewußtsein gelangt. Scheinbar ist dieser Vorgang nicht so sehr bedeutend, und doch ruft er in seiner Verallgemeinerung eine Reihe der wichtigsten Veränderungen im Recht selbst hervor. Jede einzelne dieser Veränderungen hat ihre Rehrseite, und für den, der sich an diese Rehrseiten hält und übersteht, daß kein Fortschritt in der Welt davon frei ist, kann der Anschein entstehen, als ob jener primäre Zustand doch das eigentliche Paradies, das Auftreten der Gesetzgebung aber den Sündenfall des Rechts bezeichne. Denn nach allen jenen Seiten hin, nach denen früher im Recht Harmonie und Einheit herrschte, wird dieselbe jetzt wie mit dem Sündenfall zerrissen. Eins war früher das Recht mit dem subjektiven Gefühl. Jetzt trennen sich beide; an die Stelle des subjektiv Innerlichen tritt etwas objektiv Außerliches. Nicht das ist mehr Rechtens, was in der Brust des Subjekts lebt, sondern der todte Buchstabe. Eins war früher das Recht mit dem Leben; wie letzteres sich bewegte und gestaltete, so auch jenes, das Recht war nie hinter der Zeit zurück, stand nie mit ihren Bedürf-

nissen in Widerspruch. Mit dem Gesetz hört diese Einheit auf. Das Recht steht nicht mehr innerhalb des Lebens, wenn ich so sagen darf, sondern außerhalb desselben, außerhalb der Bewegung und richtet von außen her seine Gebote an dasselbe. Das Gesetz erstarrt in demselben Moment, in dem es verzeichnet wird, während das Leben in unausgesetzter Bewegung bleibt, und doch soll letzteres sich der todten Sägung der Vergangenheit fügen!

Auch hinsichtlich der Art der Beurtheilung der concreten Rechtsverhältnisse bereitet sich mit dem System des geschriebenen Rechts eine Veränderung vor, die gleichfalls scheinbar eine große Verschlechterung enthält. Das Rechtsgefühl war etwas Ungetheiltes, Einiges, kein Theil desselben arbeitete für sich allein; es war ein Spiegel, der die concreten Rechtsverhältnisse mit einem Male in ihrer ganzen Erscheinung, in allen ihren Bezügen, nach allen Seiten hin erfasste. Wie aber jetzt? Der Spiegel ist in Stücken zerfallen, und aus den Splintern und Stücken sind die schmalen Paragraphen eines Gesetzes oder Gesetzbuches gemacht. In ihnen hat der concrete Fall sich abzuspiegeln, erst in diesem Paragraph von dieser Seite, dann in jenem von jener Seite. So also vollständige Zerstücklung statt der Einheit!

Es ist nun leicht, wie man sieht, die Rehrseiten des geschriebenen Rechts aufzudecken und bei Schwärmern und Urtheilslosen eine Sehnsucht nach dem „Recht, das mit uns geboren,“ zu erregen. Die Wahrheit hat hier nicht so leichtes Spiel, denn sie befindet sich von vornherein mit der Geföhlsnatur im Menschen in Widerspruch. Die Tendenz des Rechts nach Selbständigkeit und Objektivität, als deren Ausfluß das Gesetz erscheint, hat ja von vornherein zum Zweck, die Herrschaft des Geföhl's im Recht zu brechen, und die ganze Methode, Technik, Konstruktion des Rechts ist darauf berechnet. Erklärlich, daß das Geföhl, das sich dadurch in seinem innersten Wesen bedroht fühlt, sich dagegen sträubt und daß, jemehr in einem Volke oder

Individuum die Gefühlnatur prävalirt, es ihm um so schwieriger fällt, sich mit der ganzen Weise des Rechts zu befreunden. Man sieht, alle jene Veränderungen, die das System des geschriebenen Rechts hervorruft, beruhen auf Trennung und Isolirung, und wir haben hier Gelegenheit, die Wahrheit der obigen Bemerkung, daß der Fortschritt des Rechts in Trennung besteht, zu erproben. Wie das selbständige Leben des Kindes erst durch Trennung von der Mutter begründet wird, so auch das des Rechts erst durch die Ablösung von dem nationalen Rechtsgefühl, in dem es seinen Ursprung fand. Diese Ablösung vollzieht das Gesetz. Allerdings erleidet das Recht jetzt eine gewisse Einbuße, es verliert jene Flüssigkeit und Beweglichkeit, allein die Einbuße steht in keinem Verhältniß zu dem Gewinn, d. i. der Zunahme des Rechts an Festigkeit, Bestimmtheit, Gleichmäßigkeit, kurz an Selbständigkeit. Theils nämlich vermag auch das geschriebene Recht sich eine gewisse Elasticität zu erhalten — das dritte System wird uns dies in lehrreicher Weise veranschaulichen — und ist ja im Stande, der Entwicklung des Verkehrs und der nationalen Rechtsanschauung durch entsprechende Veränderungen seiner selbst zu folgen; theils aber ist die Bestimmtheit, Sicherheit, Gleichmäßigkeit, Ruhe, Festigkeit des Rechts für das Leben unendlich viel wichtiger, als die Fähigkeit, sich letzterem stets in jedem Augenblick und für jedes einzelne Verhältniß zu akkommodiren. Denn die Verhältnisse, in denen sich das rechtliche Leben der Gattung darstellt, sind nicht so individuell, daß sie sich nicht typisch durch das Gesetz normiren ließen; es kommt nur darauf an, daß das Gesetz in seiner Klassificirung weit genug ins Detail hinabsteigt. Und ebenso wenig sind sie so veränderlich, daß sie sich nicht ohne Zwang auf längere Zeit einer und derselben Regel fügen könnten.

Der positive Fortschritt, den das Recht mit seiner Aufzeichnung macht, läßt sich mit einem Wort bezeichnen als Uebergang aus der subjektiven Innerlichkeit zur objektiven Außerlichkeit. Hiermit hat dasselbe zunächst die Selbständigkeit in

der Form gewonnen. Die Sitte, in der es sich früher darstellte, war eine ihm nichts weniger als eigenthümliche Form; auch das rein Zweckmäßige, das zum Recht nicht die entfernteste Beziehung hat, kann Sitte sein. Das Gesetz hingegen ist die ausschließliche Form des Rechts. Was Sitte ist, ist nicht darum schon Recht, wohl aber, was Gesetz ist. So ist also der Unbestimmtheit des Rechts hinsichtlich der Form fortan ein Ende gemacht. Ferner und vor allem aber ist damit die wichtigste Eigenschaft des Rechts, die Gleichmäßigkeit, angebahnt. Während früher das Recht, wie das Bild im Wasser, den Fluctuationen des reflectirenden Gegenstandes mit unterworfen war, wird es jetzt reflectirt aus einem Spiegel, der keiner Bewegung fähig ist. Freilich kömmt es auch bei diesem Spiegel, wie bei jedem, darauf an, wer hinein sieht; auch das Gesetz schließt, wie alles Objektive, wenn es vom Subjekt erfaßt wird, den Einfluß der subjektiven Verschiedenheiten und der Stimmungen desselben Subjekts nicht völlig aus, aber es ist doch ein objektiver Anhaltspunkt gewonnen, den Schwankungen der subjektiven Ansicht, den Einflüssen des Gefühls bis zu einem gewissen Grade ein Damm entgegen gesetzt. Aus einer Sache des Gefühls wird das Recht jetzt ein Gegenstand der Erkenntniß, es wird logisch berechenbar, objektiv meßbar. Die Intuition macht folgeweise immer mehr dem discursiven Denken Platz. Das Mangelhafte der Beurtheilung der Rechtsverhältnisse nach dem Totaleindruck, von der oben die Rede war, besteht darin, daß auf die Hervorbringung des Totaleindrucks leicht unbewußter Weise unberechtigte Einflüsse mitwirken. Eine genaue Vergleichung der verschiedenen Fälle ist nicht möglich, wenn man sie bloß in ihrer Totalität auffaßt, sondern es ist wie bei der chemischen Vergleichung der Körper eine Auflösung derselben in ihre Grundbestandtheile, ein Zerlegen und stückweises Vergleichen und Abwägen derselben erforderlich. Wir werden an einer spätern Stelle Gelegenheit erhalten, die juristische Scheidekunst in ihrer innersten Werkstätte zu beobachten und gehen daher hier auf diesen Punkt nicht weiter ein,

kehren vielmehr jetzt zum ältern römischen Recht zurück, indem wir dasselbe unter dem Gesichtspunkt betrachten, der im bisherigen entwickelt ist.

Den Römern konnte es ihrer ganzen Natur nach nicht verschieden sein, lange in dem naiven Zustande der Sitte zu verharren. Für ein Recht, das wenigstens nach seiner privatrechtlichen Seite hin, wie kein anderes, vom Selbständigkeitstrieb befeelt war, versteht sich eine entschiedene Hinneigung zum System des geschriebenen Rechts ganz von selbst. Es ist in dieser Beziehung bezeichnend, daß die spätere Zeit die Einrichtungen der Urzeit, offenbare Naturprodukte, wenn ich so sagen darf, auf Gesetze des Romulus und Numa zurückführte. Dem römischen Geist erschien es als das Natürliche, daß die Reflexion und das Bewußtsein die sittliche Welt zu gestalten oder das Vorhandene wenigstens in Form des Gesetzes zu erfassen und darzustellen habe (B. 1 S. 93).

Jene älteste Zeit mit ihren angeblichen Gesetzen liegt nun außer unserm Gesichtskreise. Dagegen gibt uns das Recht der Republik das Bild einer regen Thätigkeit der Gesetzgebung, auf die wir aber hier im Einzelnen begreiflicher Weise nicht eingehen können. Die hervorragendste Erscheinung dieser Periode ist die Zwölftafelgesetzgebung, die Grundlage des ganzen zweiten Systems. Im Wesentlichen enthält dieselbe nur eine Codifikation des bestehenden Rechts, und war, wie ähnliche Erscheinungen bei andern Völkern z. B. bei den Germanen zur Zeit der Völkerwanderung, durch eine fühlbar gewordene Unsicherheit des Rechts veranlaßt, wenigstens wird uns von spätern Referenten dieses Motiv angegeben.<sup>18)</sup> In der Regel sind es bedeutende Störungen der bisherigen Lebensverhältnisse der Völker, die eine solche Unsicherheit und mit ihr das Bedürfnis der Codifikation herbeiführen, namentlich starke Zuflüsse neuer ethnischer

18) Pomponius in L. 2 §. 3 de orig. jur. (1. 2) iterumque coepit populus Romanus incerto magis jure et consuetudine uti, quam per legem latam.

Elemente, Aenderungen in dem Compositionsverhältniß der Volksschichten u. s. w. In Rom lag der Grund in der durch die Vertreibung der Könige verschobenen Stellung der Patricier und Plebejer, und die Plebs war es, auf deren Rechnung das Verdienst fällt, jene für die ganze römische Rechtsentwicklung unendlich folgenreiche Maßregel der Codifikation des bestehenden Rechts erzwungen zu haben. Die Absicht war auf eine erschöpfende Formulirung des gesammten geltenden Rechts gerichtet, daß dieselbe aber nur annäherungsweise zu erreichen war, braucht kaum bemerkt zu werden (S. B. 1 S. 18 u. fl.) Ein näheres Eingehen auf dieses Zwölftafelgesetz ist hier nicht am Ort, da dem Gesichtspunkt, den wir gegenwärtig verfolgen, mit der Verweisung auf die bloße Thatsache jener Codifikation ein Genüge geschehen ist; nach andern Seiten hin werden wir noch öfter auf jenes Gesetz zurückkommen müssen.

Wir haben bisher dem ältern Recht im allgemeinen eine Hinneigung zum System des geschriebenen Rechts vindicirt, diese Behauptung bedarf aber einer nähern Bestimmung hinsichtlich der einzelnen Theile des Rechts. Auf dem Gebiete des Privatrechts und Civilprozesses tritt jene Tendenz am entschiedensten hervor, weniger im Staatsrecht, am wenigsten im Kriminalrecht.

Auf jenem ersten Gebiete herrschte diese Tendenz meiner Ansicht nach völlig exklusiv d. h. das Gesetz war hier die einzige Rechtsquelle, das Gewohnheitsrecht war prinzipiell ausgeschlossen.<sup>19)</sup> Diese Behauptung bedarf freilich, um nicht mißverstan-

19) Puchta Gewohnheitsrecht B. 1 S. 16 scheint gerade entgegengesetzter Ansicht zu sein, der rechtshistorischen Compendien, in denen natürlich für jede Periode die Wirksamkeit des Gewohnheitsrechts vorausgesetzt wird, gar nicht zu gedenken. Puchta meint sogar, bei den Römern habe der Gegensatz zwischen gesetzlichem und Gewohnheitsrecht durchaus nicht die Wirksamkeit erhalten, welche ihm in unserer Zeit zu Theil geworden sei. Wenn er sich dafür aber auf die interpretatio beruft, welche nur als eine Fortsetzung des

den zu werden, einer nähern Erläuterung, und zwar wird letztere sich am einfachsten in der Weise geben lassen, daß wir jene Behauptung gegen die möglichen Einwürfe, auf die sie gefaßt sein muß, vertheidigen. Man wird uns zuerst einwenden, daß vieles in der Sitte bestand, wovon sich im geschriebenen Recht keine Spur fand. Dies ist allerdings unzweifelhaft, aber es relevirt aus dem Grunde nichts, weil der Sitte oder Gewohnheit als solcher keine rechtlich verbindende Kraft zukam. Zugegeben, daß es z. B. ganz allgemein üblich war bei Ausübung des *jus necis ac vitae* von Seiten des Vaters die Verwandten zuzuziehen (Familiengerichte, B. 1 S. 179), die formlosen Auslagen des Testators an den Erben (die Fideicommissa) zu erfüllen: wer im einzelnen Fall sich über diese Sitte hinwegsetzen wollte, mochte es thun. Der Prätor würde den verlacht haben, der einen Anspruch auf „das allgemein herrschende und in der Gewohnheit sich ausprägende Gefühl rechtlicher Nothwendigkeit“ hätte stützen wollen. Es ist nicht bedeutungslos, daß die Klagen des ältern Rechts *legis actiones* heißen, die des spätern Rechts *actiones* schlechthin. Eine *lex* ist die normale Grundlage einer jeden Klage des ältern Rechts,<sup>20)</sup> alle *legis actiones* beruhen auf Gesetzen, theils auf den Zwölf Tafeln, theils auf spätern.<sup>21)</sup> Die Bedeutung der Sitte für das ältere Recht werden wir im letzten Abschnitt dieses Buchs ins Auge fassen; sie war eine

---

geschriebenen Rechts betrachtet worden sei, so spricht dies eher gegen, als für seine Meinung; und er selbst erkennt (S. 24) auch den „Vorzug des gesetzlich niedergeschriebenen Rechts der Zwölf Tafeln an, an welches alles andere Recht angeschlossen wurde, wodurch es denn allerdings als ein damit identisches anerkannt wurde, andererseits aber eine sekundäre Stelle gegen das gesetzliche erhielt.“ Wir werden in §. 27 auf die *interpretatio* zurückkommen.

20) Gaj. IV. §. 11 . . . quia legibus proditae erant.

21) Gaj. IV. §. 11—29. Nur die *legis actio per pignoris capionem* stand in einem Fall *moribus* zu, Gaj. IV. §. 27, aber es ist nicht außer Acht zu lassen, daß sie keine Klage war und nicht einmal vor Gericht vorgenommen werden mußte, Gaj. *ibid.* §. 29.

sehr hohe, aber trotzdem bestand zwischen der Sitte und dem Recht eine unübersteigliche Scheidewand, und ein Institut der Sitte (*quod in facto consistit, magis facti quam juris est*) konnte nur durch ein Gesetz, nicht aber, was ja das Wesen des Gewohnheitsrechts ausmacht, durch sich selbst und aus eigener Autorität rechtliche Existenz erlangen. Es ist mir kein Beispiel einer gewohnheitsrechtlichen Bildung aus dieser Periode bekannt, während umgekehrt die meisten wichtigen Aenderungen im Civilrecht wie im Prozeß sich auf Gesetze zurückführen lassen. Allerdings gab es eine reichhaltige Quelle der Rechtsbildung neben dem Gesetz, die *interpretatio* (§. 27), aber sie stellte sich nicht als selbständige Production außer und über, sondern als bloße Entwicklung des Gesetzes unter dasselbe. Wir wissen, daß sie manchen Rechtsätzen das Leben gab, die im Gesetz nicht enthalten waren, daß materiell also hier eine Art gewohnheitsrechtlicher Bildung Statt fand, aber formell und nach Ansicht der Römer prätendirte sie dies nicht, sondern stützte sich und ihre Resultate auf das Gesetz selbst, fügte sich dem System des geschriebenen Rechts als Ergänzung und Erläuterung ein.

Ich fürchte kaum, daß man meiner Ansicht den Vorwurf innerlicher Unwahrscheinlichkeit mache, in dem Sinne nämlich, daß ja die strenge Festhaltung des Systems des geschriebenen Rechts dem Verkehr eine Fessel auferlegt, ihn in seiner freien Bewegung gehemmt hätte. Denn für alle Verhältnisse, die der Autonomie zugänglich waren, bot das Prinzip der Autonomie, das im ältern Recht im ausgedehntesten Maße Anerkennung gefunden, eine ausreichende Hülfe; hinsichtlich anderer Verhältnisse aber sorgte theils die *Interpretatio*, theils die Gesetzgebung, die ja, wenn irgendwo, so im ältern Rom, mit den Interessen des Volks und Lebens völlig vertraut und ihnen dienstbar war, für die Befriedigung etwaiger rechtlicher Bedürfnisse. Ist doch eine solche ausschließliche Bestreitung des rechtlichen Verkehrsbedürfnisses mit Gesetzen auch anderwärts, wo die Verhältnisse

viel weniger günstig sind, zum Prinzip erhoben z. B. im öster- reichischen Gesetzbuch.

Die im bisherigen vertheidigte Ansicht wird sich mit allge- meinen Quellen-Aeußerungen weder erweisen, noch widerlegen lassen.<sup>22)</sup> Für mich liegt der entscheidende Grund in dem Cha- rakter und der ganzen Tendenz des ältern Rechts, namentlich in seinem Streben nach äußerer Bestimmtheit und seinem Forma- lismus. Wie es dem ältern Recht widerstrebte, dem Vertrage d. i. dem formlosen individuellen Willen eine juristische Wirk- samkeit zuzugestehen, so war es auch seiner Natur zuwider, dem formlosen allgemeinen oder s. g. objektiven Willen d. h. dem Gewohnheitsrecht eine solche einzuräumen. Nicht darin, daß beide formlos sind, liegt ihre Unvollkommenheit, sondern darin, daß ihnen mit der Form auch die Bestimmtheit abgeht. Ob Je- mand sich durch ein formloses Versprechen bloß moralisch oder juristisch hat binden wollen, ist unter Umständen ebenso zwei- felhaft, als ob einer Gewohnheit das Gefühl rechtlicher Noth- wendigkeit oder das einer bloß moralischen Verpflichtung zu Grunde liegt. Der Formalismus (§. 34) ist einer der hervor- ragendsten Grundzüge des ältern Rechts. Wie derselbe nun im Privatrecht zu den formellen Verträgen, im Prozeß zu den festen

---

22) Et eres also z. B. nicht dadurch, daß spätere Referenten im allge- meinen von mores majorum sprechen. Die richtige Art der Widerlegung wäre die durch Beispiele von gewohnheitsrechtlichen Bildungen, die erwiesenermaßen aus dieser Periode stammen (wohin ich die querela inofficiosi nicht rechne, s. drittes System). Will man mit allgemeinen Quellen-Aeußerungen operiren, was meiner Ansicht nach zu nichts führt, so könnte ich mich z. B. berufen auf Pomponius, der die Aufhebung des unsichern Ge- wohnheitsrechts als Motiv der Zwölf-Tafeln-Gesetzgebung angibt (L. 2 §. 4 de orig. juris), und für die Zeit nach den Zwölf Tafeln zwar die interpretatio, nicht aber das eigentliche Gewohnheitsrecht als Bestand- theil des Rechts anführt. Er nennt §. 6 drei Bestandtheile des Rechts: die XII, die interpretatio und die legis actiones, und bei der Triperlita des Ae- lius (§. 38) kehren sie und nur sie wieder; von einem Gewohnheitsrecht keine Rede.

Klagformeln führte,<sup>23)</sup> so bei den Rechtsquellen, wenn er sich nicht hier allein verläugnen sollte, zur Festhaltung des Systems des geschriebenen Rechts gegenüber dem des ungeschriebenen.<sup>24)</sup>

Unsere bisherige Ausführung hatte das Privatrecht und den Civilprozeß zum Gegenstande. In ungleich geringerem Grade als bei ihnen zeigte sich die Tendenz, von der hier die Rede ist, auf dem Gebiete des Staatsrechts. Während die wesentliche Summe der für jene beiden Disciplinen geltenden Normen in den Gesetzen, den Klagformeln und der Interpretatio fixirt war, bestand im Staatsrecht zwischen der Wirklichkeit desselben und seiner gesetzlichen Formulirung eine beträchtliche Differenz. Das römische Staatsrecht war noch zum großen Theil in der Sphäre des Gefühls befangen und ist darum auch mit den Römern untergegangen. Man darf annehmen, daß dem römischen Magistrat und Richter die Normen, nach denen er Recht zu sprechen hatte, wenn auch in objectiv unvollkommner, aber doch in einer für ihn genügenden Weise vorgezeichnet waren. Ganz anders war die Lage des römischen Magistrats in staatsrechtlicher Beziehung. Denn wie er sein Amt zu verwalten hatte, wie weit sich seine Macht erstreckte u. s. w., das lehrten ihn die Gesetze nur zum allergeringsten Theil, das mußte ihm sein Takt sagen, oder mußte er der öffentlichen Meinung ablauschen. Wir Neuern

---

23) Dem Willen des Volks war hier in der Form eine bestimmte, feste Gränze gesetzt, wie Pomponius sich in der L. 2 §. 6 de orig. jur. ausdrückt: *quas actiones ne populus, prout vellet, institueret, certas solennesque esse voluerant*. Ausschließung des bloß materiellen formlosen Volkswillens ist aber in höchster Potenz ausgedrückt: Ausschließung des Gewohnheitsrechts.

24) Die Aussprüche der spätern Juristen über das Gewohnheitsrecht sind für die ältere Zeit nicht zu benutzen. Der Grund, mit dem z. B. Julian die Kraft des Gewohnheitsrechts rechtfertigen will: *nam quid interest suffragio suo populus voluntatem suam declaret an rebus ipsis et factis* (L. 32 de legib.) charakterisirt ihn und seine Zeit. Zur Blüthezeit des Formalismus würde kein Jurist so gefragt haben. Den Geist jener spätern Zeit werden wir im dritten System kennen lernen.

pflegen wohl über die Unbestimmtheit in der römischen Verfassung zu klagen, über den Mangel fester Gränzen zwischen den verschiedenen Gewalten u. s. w., denn uns ist das politische Abcirklungs- und Abrichtungssystem, das die Einsicht, den politischen Takt und den guten Willen entbehrlich machen und einer Verfassung die mechanische, unausbleibliche Regelmäßigkeit eines Uhrwerkes geben will, zur zweiten Natur geworden. Jene vielen politischen Begleiter, die in unseren Verfassungen aufgestellt sind, jene Schlagbäume und Zäune u. s. w. sie fanden sich in der römischen Verfassung nicht verzeichnet; die Römer trafen von selbst den rechten Weg. Den Beamten war ein sehr weiter Spielraum für ihre Gewalt eingeräumt, aber die stillschweigende Voraussetzung dieser Concession war die taktvolle, den Umständen angemessene Benutzung dieser Gewalt. Wie aber, wenn diese Erwartung ausnahmsweise nicht in Erfüllung ging? Ein sehr ausgedehntes Schutzmittel gewährte das *Veto* der übrigen Magistrate und der Tribunen. Dies *Veto* war der Ausdruck des lebendigen ungeschriebenen römischen Staatsrechts. Wie die sittenrichterliche Gewalt des römischen Censors eine Personifikation des römischen Sittlichkeitsgefühls enthielt, durch keinen Buchstaben gebunden, sondern ganz dem persönlichen Ermessen anheimgestellt, so jenes *Veto* eine Personifikation des römischen Staatsrechts und der römischen Politik; wie die Censur ein Correctiv und Temperament der privatrechtlichen Gewalt des *paterfamilias* gewährte, so dies *Veto* das Correctiv und Temperament der staatsrechtlichen Gewalt der Beamten. Um nun anderer Mittel z. B. der *Auspicien* (B. 1 S. 329), des Collegiums der *Augurn*, das wir früher (B. 1 S. 331) als höchsten politischen Cassationshof bezeichneten, der Oberaufsicht des Senats u. s. w. nicht zu gedenken, so blieb als letztes und äußerstes Sicherungsmittel die Furcht vor einer nach Niederlegung des Amtes drohenden Anklage und Untersuchung. Nicht bloß Uebertretungen der Geseze, sondern auch Handlungen, die dem Geist der Verfassung zuwider liefen, eine Nicht-Achtung

der öffentlichen Meinung, eine Nachlässigkeit, Ungeschicklichkeit u. s. w. enthielten, also z. B. eine mißbräuchliche Ausübung des Veto<sup>25)</sup> zogen eine solche Anklage und Verurtheilung nach sich.<sup>26)</sup>

Der Grund der bisher erörterten Verschiedenheit zwischen dem Staatsrecht und Privatrecht liegt auf der Hand. Der privatrechtliche Verkehr läßt sich ohne Nachtheil festen, unbeugbaren Regeln unterordnen; er bewegt sich in denselben stereotypen Formen, und Regelmäßigkeit, Sicherheit, Berechenbarkeit ist gerade das, was er erstrebt; je genauer und bestimmter ihm also seine Bahnen vorgezeichnet werden, desto vortheilhafter für ihn. Anders der Staat und das öffentliche Leben. Die Lagen, in die er hineingetrieben wird, so wie die zu ergreifenden Maßregeln sind nicht im voraus berechenbar, er muß auf das Ungewöhnliche gefaßt sein, muß also in seiner Verfassung die nöthige Biegsamkeit und Elasticität besitzen, um dem Ungewöhnlichen begegnen zu können. Ist dies nicht der Fall, hat vielmehr eine politische Kurzsichtigkeit seine Verfassung nach dem Muster eines Uhrwerks zugeschnitten, so bringt ein ungewöhnliches Ereigniß entweder eine Lähmung hervor oder wird die Veranlassung zum gewaltsamen Umsturz der Verfassung. Es beweist den hohen politischen Instinkt der Römer, daß sie, so sehr sie auch von ihrem Privatrecht her an die größtmöglichste Fixirung und Objectivirung des Rechts gewöhnt waren, doch dieser Richtung für das Gebiet des öffentlichen Rechts nur in beschränkter Weise huldigten.

In einem noch höhern Grade, als vom Staatsrecht gilt diese Bemerkung vom Kriminalrecht. Der eigentliche Ablage-

25) Z. B. Livius V. 29.

26) Auf die Volksgerichte werden wir gleich übergehen. Beispiele der Verurtheilung von Beamten auf Grund solcher Handlungen s. bei E. Platner Quaestiones de jure criminum Romano. S. 14 u. fl.

rungsprozeß desselben begann erst gegen das Ende der Republik mit dem Aufkommen der die Volksgerichte vertretenden ständigen Commissionen (quaestiones perpetuae). So lange das Volk selbst in seinen Comitien die Strafgerichtsbarkeit ausübte, war diese Form des Prozesses einer Fixirung der materiellen strafrechtlichen Grundsätze mindestens gesagt ungünstig. Allerdings enthielten die Zwölf Tafeln einige spezielle criminalistische Bestimmungen und namentlich den allgemeinen Grundsatz, daß Kapitalstrafen nur von den Centuriatcomitien erkannt werden dürften, auch werden in einigen Fällen *leges* und *mores* als Anhaltspunkte für die Anklage erwähnt,<sup>27)</sup> jedoch beweist die Art und Weise, wie das Volk die ihm zustehende Gewalt ausübte, daß es sich im allgemeinen durch Regeln nicht gebunden erachtete, sondern dem Totaleindruck des Falles, der Eingebung des Augenblicks, ja, wir möchten von unserm heutigen Standpunkt sagen, der reinen Laune und Willkühr folgte. Wie verschieden ward oft ein und dasselbe Verbrechen bestraft, und welche Gründe, die nach unserer heutigen Auffassung mit der Strafwürdigkeit des Angeklagten nichts gemein haben, gaben hier nicht selten den Ausschlag!<sup>28)</sup>

Man hat jene Strafgerichtsbarkeit des Volks als eine Vereinigung der gesetzgebenden und richterlichen Gewalt bezeichnet, die Urtheile Gesetze für den einzelnen Fall genannt,<sup>29)</sup> und die-

27) Liv. XXVI. 3... quominus seu legibus, seu moribus mallet, acquireret.

28) S. hierüber die in Note 26 citirte Schrift von Platner quaest. I und Geib Geschichte des römischen Kriminalprozesses S. 125—128.

29) Geib a. a. D. S. 126: „Gleich wie nach griechischen Rechtsbegriffen war es auch in Rom entschiedener Grundgedanke, daß die Richter in Criminalsachen nicht bloß Diener des Gesetzes seien und als solche unter denselben stünden, sondern daß sie zugleich gewissermaßen als dessen Beherrscher betrachtet werden mußten und daher so oft dies die Umstände verlangten, sogar über dasselbe sich erhoben, gleichsam die Gesetzgeber für den einzelnen Fall vorstellen sollten.“ S. 127: „Das Volk war nicht bloß überall der Sache nach Gesetzgeber und Richter, sondern es vermengte auf diese

fer Gesichtspunkt ist allerdings zutreffend. Woher aber diese Erscheinung, daß das Volk des Rechts jene Trennung zwischen Recht und Rechtsanwendung, die eins der ersten Requisite für die Selbstständigkeit und Gleichmäßigkeit des Rechts ist, auf dem Gebiete des Kriminalrechts so spät vollzogen hat? daß, während das ganze Civilrecht im höchsten Grade von der Tendenz nach Festigkeit, Bestimmtheit, Objektivität, Gleichmäßigkeit durchdrungen ist, das Kriminalrecht sich so lange im gerade entgegengesetzten Zustande der äußersten Flüssigkeit und völligen Befangenheit in der Subjektivität der Gefühlsstimmung zu erhalten vermochte? Es hängt dies, wie ich glaube, mit der antiken Vorstellungsweise von dem Verhältniß des Bürgers zum Staat zusammen. Nach unserer heutigen Auffassung ist dies ein bloß rechtliches, d. h. der Staat verlangt von seinen Mitgliedern eine äußere Handlungsweise, die Gesinnung, aus der sie hervorgeht, ist ihm dabei nicht wesentlich. Der antike Staat hingegen verlangt nicht Handlungen, sondern eine bestimmte Gesinnung, aus der die nöthigen Handlungen dann von selbst im reichsten Maße und in schönster, edelster Weise hervorquellen, die Gesinnung der vollsten Liebe und Hingebung. Seine Anforderung ist also sittlicher, innerlicher Art, die des heutigen Staats rechtlicher, äußerlicher. Nicht durch ein äußeres legales Handeln konnte sich der Grieche und Römer mit seinem Staat abfinden, nicht auf dem Fuße gegenseitiger Abrechnung standen sie zu einander, bei dem es wohl gar nicht einmal für unehrenhaft gilt, den Staat zu übervorthellen, wie dies bei uns der Fall ist; sondern der Bürger gehörte mit allem, was er war und hatte, dem Staat an. Kein Gesetz brauchte ihn zu lehren, wie er sich äußerlich gegen den Staat zu verhalten habe, so wenig wie die Liebe solcher äußeren Anweisungen bedarf; das eigne Gefühl

---

Weise auch sehr häufig der Zeit nach jene beiden Eigenschaften, und dieselben flossen eben daher so sehr zusammen, daß sie selbst im Begriff sich kaum von einander unterscheiden lassen.“

sagte ihm dies. Darum war denn auch die strafrechtliche Censur, die der Staat gegen die Bürger ausübte, nicht auf einzelne, äußere Handlungen gerichtet, sondern sie umfaßte, wie der Staat selbst, das Individuum in seiner ganzen Persönlichkeit, und die strafbare Handlung, die bei uns die Bedeutung hat, Gegenstand der Untersuchung zu sein, hatte im Alterthum nur die, letztere zu veranlassen. Das Volk und der Verbrecher stehen sich hier in ihrer Totalität gegenüber; nicht einzelne Rechtsfälle und Handlungen.<sup>30)</sup> Das Volk mit seiner ganzen Denk- und Gefühlsweise ist der Spiegel, worin der Verbrecher sich in seiner ganzen sittlichen Existenz beschauen und zur Erkenntniß seines Abfalls vom nationalen Wesen gelangen soll; es ist das nationale Gewissen, das hier in seiner ganzen Stärke an ihn herantritt, und dem gegenüber er sich nicht mit der Ausflucht der Unkenntniß oder des Mangels an ausdrücklichen gesetzlichen Verböten entschuldigen kann.<sup>31)</sup> Nicht die That wird schließlich an ihm gestraft, sondern die Gesinnung aus der sie geflossen, und die mit der That keineswegs erst entstanden, sondern nur bei Gelegenheit derselben offenkundig geworden ist; nicht die Ueber-eilung einer schwachen Stunde, sondern der Werth des ganzen Lebens wird einer Prüfung unterworfen.

Es hat nun diese ganze Behandlungsweise das Anziehende und Bestechende, das das Recht auf dem Gefühlsstandpunkt

---

30) Ein auf gleicher Stufe stehendes germanisches Institut war das der Eideshelfer, insofern nämlich als auch in ihm sich die Trennung zwischen That und Thäter noch nicht vollzogen hatte, die Eideshelfer vielmehr in derselben Weise, wie das Volk in den *judiciis publicis* statt der That den Charakter des Thäters ins Auge faßte, statt der zu beweisenden Handlung die Glaubwürdigkeit des Beweisführers beschworen.

31) *Civem*, sagt Platner a. a. D. S. 8, *scire debere ex notione reipublicae, cui adscriptus est, quae peccata sint fugienda, si in poenam incurrere nolit. Legem hic omnino deesse dici nequit, verum enim vero lex, qua poena infligitur, est illa omnium civium communis conscientia, quae cum uno quoque quasi nascitur et adolescit, ita ut a nemine ignorari possit, qui vinculo reipublicae illigatus teneatur.*

überhaupt zu haben pflegt, auch hier aber soll man sich nicht darüber täuschen, daß diese Behandlungsweise, so sehr sie auch relativ berechtigt war, doch einer unvollkommeneren Stufe der Rechtsentwicklung angehörte. Jenes Recht, das für den einzelnen Fall zugleich geschaffen und angewandt wurde, wie war es doch von der augenblicklichen Stimmung des Volks, von politischen Rücksichten und Einflüssen, kurz von Zufällen abhängig, die mit der Strafwürdigkeit des Angeklagten nichts gemein hatten! Wie das Gewissen des Einzelnen nicht zu jeder Zeit gleich lebendig ist, so auch nicht jenes persönlich gewordne nationale Gewissen; je nach Umständen bald erregt und reizbar, bald mehr apathisch, durch künstliche Mittel, durch Rede und Gegenrede, die sich ganz consequent vorzugsweise in der Gefühlsphäre bewegten, excitirt oder besänftigt gewährte es dem Angeschuldigten in der That nicht die Garantie der wahren d. i. sich selbst gleich bleibenden Gerechtigkeit. Auch hier läßt sich letztere nur feststellen auf dem Wege der Scheidung, also der Aufhebung jener Identität des Gesetzgebers und Richters, der Befreiung des Rechts von den Einflüssen der Politik, der augenblicklichen Stimmung u. s. w. durch festen objektiven Niederschlag, der Trennung der That von der Persönlichkeit des Thäters — einem Wege, den das römische Recht gegen das Ende der Republik eingeschlagen, die moderne Welt beibehalten hat, und den sie auch nie wieder verlassen wird.

---

Das Resultat unserer Prüfung des ältern Rechts besteht darin, daß das Maß, in dem der Trieb nach äußerer Fixirung in demselben hervortrat, nach den verschiedenen Seiten des Rechts ein verschiedenes war, die rein privatrechtliche Seite desselben in eben dem Grade von diesem Triebe beherrscht ward, als die öffentliche Seite desselben ihm Widerstand leistete. In dieser Verschiedenheit erblicke ich wiederum einen Hauptgrund

des Vorrunges, den die wissenschaftliche Cultur des Privat-  
rechts vor der des Kriminalrechts erlangt hat.<sup>32)</sup> Als letzteres  
in den Gesetzen über die quaestiones perpetuae sich abzulagern  
begann, hatte ersteres bereits seit Jahrhunderten die Vortheile  
des Zustandes der Festigkeit genossen, wozu noch kam, daß die-  
ser Ablagerungsprozeß dort in die Zeiten der Auflösung der Re-  
publik fiel, und daß auch die folgenden Jahrhunderte einer  
ruhigen Entwicklung des Vorhandenen nichts weniger als gün-  
stig waren, während das Privatrecht es in dieser Beziehung sehr  
glücklich traf.

## 2. Innerliches Zu-Sich-Kommen des Rechts.

Ausscheidung fremdartiger Elemente — abgesonderte Befriedi-  
gung derselben, des religiösen im Fas, des moralischen und poli-  
tisch-ökonomischen in der Censur — die Censur ein Ableiter für  
das Recht. — Scharfer Gegensatz zwischen Recht und Moral.

XXVI. Wir haben im bisherigen bloß die Bedeutung der  
Form des Rechts ins Auge gefaßt; aber mit der Form allein  
ist es nicht gethan. Was nützt der Uebergang von der Sitte  
zum Gesetz, wenn nicht zugleich das Recht sich innerlich zu sich  
selbst erhebt, sondern wenn, wie dies z. B. in den orientalischen  
Gesetz- und Religionsbüchern der Fall ist, der gesammte sittliche  
Stoff, der sich im Volk entwickelt hat, ungeachtet und unge-  
trennt in das Gesetzbuch hinübergeleitet wird? Jener primitive  
Zustand, von dem wir im vorigen Paragraphen gesprochen, soll  
in der Weise ein Ende nehmen, daß die verschiedenen Elemente  
der sittlichen Substanz: Religion, Recht, Moral u. s. w. sich  
innerlich scheiden; wo dies nicht der Fall ist, dennoch aber jener

32) In Deutschland haben entgegengesetzte Ursachen entgegengesetzte  
Wirkungen zur Folge gehabt, wenigstens finde ich den Grund, warum das  
Kriminalrecht in seiner wissenschaftlichen Ausbildung das deutsche Privatrecht  
überflügelt hat, vorzugsweise in der gemeinrechtlichen Fixirung desselben durch  
die Carolina.

Fortgang von der mehr oder minder freien Sitte zu dem Gesetz Statt findet, stiftet derselbe mehr Schaden als Nutzen. Denn es erstarrt hier auch der Theil der sittlichen Welt, der flüßig bleiben sollte, auf dem der sittliche Geist sich frei muß bewegen können; <sup>33)</sup> es ist die Versteinerung der sittlichen Welt auf ihrer niedersten Entwicklungsstufe.

Wenn wir nun die Anforderung stellen, es solle das Recht sich frei machen von jener Gemeinschaft und sich zu sich selbst erheben, so setzen wir damit voraus, daß das Recht sein Maß und Ziel in sich selbst trage, daß es also nicht eine bloße Form sei, deren Eigenthümlichkeit in dem äußern Zwange bestehe, und die jeden beliebigen Inhalt in sich aufnehmen dürfe. Allerdings ist nicht zu läugnen, daß das Recht nach Verschiedenheit der Völker und Zeiten bald diesen, bald jenen Inhalt hat, und immer ist der bestimmte Inhalt in dem bestimmten Staat Rechtens, allein vom Standpunkt unserer Ansicht aus werden wir uns bei dieser Thatsache nicht beruhigen, sondern den Inhalt selbst einer Prüfung unterwerfen, ob er z. B. eigentlicher Rechtsstoff, wenn ich so sagen darf, oder nur gesetzlich normirte Moral, Zweckmäßigkeit u. s. w. ist. Wir werden darnach also die verschiedenen Rechte und Gesetzgebungen in Hinsicht auf ihren spezifischen Rechts-Gehalt mit einander vergleichen dürfen.

Unsere Darstellung berührt hier einen bedenklichen Punkt; es ist das Kap Horn der Rechtsphilosophie. Ich glaube mir eher den Dank, als den Vorwurf des Lesers zu verdienen, wenn ich mich diesem Punkt nicht zu nahe wage, sondern ihn vielmehr, so weit unser Zweck es gestattet, in möglichst weiter Entfernung zu umschiffen versuche. <sup>34)</sup> Dies ist in der Weise möglich,

33) Der Orient gewährt schlagende Belege. S. namentlich die meisterhafte Schilderung des Orients in Hegels Philosophie der Geschichte.

34) Ich bemerke, daß ich mich, was den Unterschied von Recht und Moral anbetrifft, zu der Ansicht von Stahl Rechtsphilos. 2. Aufl. B. II. Abth. 1 S. 161 bekenne.

daß ich dem Leser einige charakteristische Züge des ältern Rechts vorführe, deren Bedeutung für unsere Frage sich auch ohne lange Vorrede begreifen läßt.

Für die innere Selbstständigkeit des Rechts ist nun zuerst der bereits früher (§. 18) entwickelte Gegensatz zwischen jus und fas bedeutungsvoll; es ist auf diese Bedeutung schon an jener Stelle (B. 1 S. 258) kurz hingewiesen. Die religiöse Substanz, die im primitiven Zustande das ganze Recht durchdringt, ist vermittelst des fas extrahirt, und das jus damit nach dieser Seite hin frei geworden, von einem hemmenden fremdartigen Bestandtheil gereinigt. Jener Dualismus reicht unzweifelhaft weit über Rom hinaus; er steht bereits an der Schwelle der Geschichte des eigentlichen römischen Rechts. Ob er zugleich ein ethnischer gewesen und durch das Zusammentreffen zweier Völker, von denen das eine das Recht als fas, das andere es als jus erfaßt hatte, nach Rom gekommen, oder ob er das Werk Eines Volkes gewesen, bleibe dahingestellt; für das römische Recht, das ihn bereits vorfand, war er eine außerordentlich werthvolle Mitgift. Er versetzte von vornherein den römischen Geist auf eine Höhe der Rechtsanschauung, zu der es manche orientalische Völker nie gebracht haben.

Wie nun das ursprünglich im Recht vorhandene religiöse Element, wenn ich so sagen darf, in das fas entwich, so das, was nach Ausscheidung dieses Elements noch an fremdartigen Substanzen und Motiven im Recht verblieb, in die Censur. Hier wie dort ward das hemmende Element nicht einfach zur Seite geschoben und abgethan; der römische Instinkt fand ein besseres Mittel, das Recht sicher zu stellen. Er wies jenem Element ein abgesondertes Feld außerhalb des Rechts an, wo es seine volle Befriedigung fand und eben darum nicht in Versuchung kam, sie sich innerhalb des Rechts und auf Kosten desselben zu verschaffen. Was waren dies für fremdartige Substanzen? Die beste Antwort wird uns darauf die Censur selbst

ertheilen; ich brauche nicht zu bemerken, daß hier nur die sittenrichterliche Seite derselben gemeint ist.<sup>35)</sup>

Betrachten wir einmal die Fälle, in denen der Censor einzuschreiten pflegte.<sup>36)</sup> Als solche werden uns genannt: Meineid, Ehebruch, leichtsinnige Ehescheidung, Ehetosigkeit, Grausamkeit gegen Untergebene, z. B. auch gegen Sklaven, Schwelgerei, Verschwendung, selbst bloßer Luxus, Zerrüttung der ökonomischen Verhältnisse, unordentlicher Betrieb der Landwirthschaft, tadelnswerthes öffentliches Auftreten z. B. Haschen nach Volksgunst, Neuerungsucht, Verletzung der der Obrigkeit schuldigen Ehrfurcht u. s. w. Wie man aus diesem Verzeichniß sieht, beschränkte sich die Rüge des Censors nicht bloß auf eigentliche Unsitlichkeiten, sondern sie erstreckte sich auch auf Handlungen, die sich mehr als unverständige, denn als unsittliche bezeichnen lassen, als solche, deren der römische diligens paterfamilias sich zu enthalten pflegte. Es war nicht bloß der Gesichtspunkt der Moral, den der Censor vertrat, sondern auch der der öffentlichen oder privaten ökonomischen Politik.

Diese beiden Gesichtspunkte meinte ich nun namentlich, wenn ich von Motiven sprach, die dem Recht fremdartig seien und in der Censur ihre Befriedigung gefunden hätten. Es liegt mir nichts daran, wenn man mir den Ausdruck: fremdartig bestreiten will; ich habe ihn nur gewählt, um den Gegensatz dieser beiden Gesichtspunkte zum Rechtsprinzip recht scharf zu bezeichnen. Ich will nicht in Abrede stellen, daß in jedem Recht Be-

---

35) Die Verbindung derselben mit der censualen Seite ist nicht so auffällig, als es auf den ersten Blick scheinen möchte. Nach dieser letzten Seite hin hatte die Censur die Statistik der Nationalkraft zu ihrem Gegenstande, und damit war die Brücke zu ihrer andern Seite geschlagen, nämlich zu der Sorge für die Erhaltung der Nationalkraft. Letztere ist aber nicht bloß physischer und materieller, sondern auch sittlicher Art.

36) S. Jarke Versuch einer Darstellung des censorinischen Strafrechts der Römer. Bonn 1824. Cap. 2.

stimmungen vorkommen, die diesen Gesichtspunkten angehören, aber wenn letztere sich auf dem Rechtsgebiete in den Vordergrund drängen dürften, so wäre es um die rechtliche Freiheit und folglich auch um das Recht selbst geschehen, denn die rechtliche Freiheit besteht eben darin, das Sittliche und Zweckmäßige aus eigenem Antriebe zu thun.

In der Censur tritt nun der Unterschied jener beiden Prinzipien von Recht klar und äußerlich hervor. Berechtigt uns die Censur durch ihren patriarchalischen Zuschnitt einerseits, sie, wie früher (B. 1 S. 176) geschehen, als einen Ausläufer des Familienprinzips zu bezeichnen, so dürfen wir andererseits nicht verkennen, daß sie sich weit über das Niveau desselben erhebt. Denn gerade der Gegensatz zwischen Recht und Sitte, der ihr zu Grunde liegt, ist dem Familienprinzip fremd. Die Familie als die niederste und engste Form sittlicher Gemeinschaft umfaßt die sittliche Substanz in ihrer ursprünglichen Unterscheidungslosigkeit, und dies gilt auch, wie früher gezeigt, von der römischen Gentil-Verfassung. In den Pflichten, die sie mit sich führte, und in der Handhabung derselben durch die Gentil-Gerichte, trat der Unterschied zwischen Recht und Moral noch nicht äußerlich hervor; die Gens umfaßte unterschiedslos die gesammte sittliche, rechtliche, religiöse Existenz ihrer Mitglieder. Als nun aber das Privatrecht — wir haben früher (B. 1 S. 333) bemerkt, daß wir darin vorzugsweise ein Verdienst der Plebejer erblicken — sich aus den Banden des Familienprinzips losriß, und das abstracte Rechtsprinzip in seiner ganzen Schärfe und Schroffheit zum Durchbruch kam, ward das Gleichgewicht zwischen Recht und Sitte, das bisher innerhalb des Rechts selbst lag, von außen durch das in der Censur geschaffene Gegengewicht erhalten. Nicht dahin schlug jetzt die Ansicht um, als ob jene Freiheit, wie sie das Recht proklamirte, in ihrer ganzen Zügellosigkeit sich geltend machen sollte; das Temperament des Rechts, das bisher im Recht selbst gelegen, ward nur

verlegt. Nach wie vor sollte die Ehe heilig gehalten werden, sollte der Vater sich der Grausamkeiten gegen seine Kinder enthalten, der Eigenthümer mit Maß und mit der seiner Familie schuldigen Rücksicht sich seines Eigenthums bedienen. Aber nur als sittliche, durch das öffentliche Organ des Censors an ihn gerichtete Anforderung ward diese Erwartung ausgesprochen; das Recht erkannte ihm die Freiheit zu, das Gegentheil zu thun. Die außerordentliche Ausdehnung, die man dieser rechtlichen Freiheit gegeben (S. darüber S. 30), zeigt das große sittliche Selbstvertrauen der Zeit. Man könnte darin auch umgekehrt den sittlichen Indifferentismus des Volks erblicken wollen, allein schon ein Blick auf die Censur sollte diese Deutung unmöglich machen, denn die Censur beweist ja ganz schlagend, welches Interesse der Staat an der Sittlichkeit nahm. Wenn letzterer trotzdem der rechtlichen Freiheit einen so ungewöhnlich weiten Spielraum anwies, so berechtigt dies zu dem Schlusse, den das ältere Leben uns bestätigt, daß er dies konnte d. h. daß die Zeit sittliche Kraft genug besaß, um jene Freiheit mit Mäßigung zu benutzen, und dem etwaigen Mißbrauch durch die Note des Censors hinlänglich gesteuert werden konnte. Später mußte dies durch gesetzliche Beschränkungen geschehen, und diese Verschiedenheit des Mittels, dessen die frühere und die spätere Zeit sich zu demselben Zweck bediente, ist für beide ganz charakteristisch.

Der positive Charakter der Censur als Beschirmerin und Pflegerin der Sitte und ihr negativer Charakter, ihre Gegensätzlichkeit zum Recht, ist nun in der ganzen Structur des Instituts festgehalten. Das Recht ist fest und geschrieben, die Sitte und das ihr zu Grunde liegende sittliche Gefühl ist flüchtig, und darum äußert sich jener Trieb, der sonst in so hohem Grade in der römischen Welt hervortritt, der Trieb nach Festigkeit, Bestimmtheit, also bei Normen, die im Leben zur Anwendung kamen, nach Aufzeichnung, nicht auf dem Gebiete der cen-

forischen Sittenpolizei.<sup>37)</sup> Warum entwickelte sich nicht auch hier in ähnlicher Weise wie in der Praxis der Prätores ein *edictum perpetuum*,<sup>38)</sup> ein officieller römischer Sittlichkeitscodex? Daran zeigt sich wieder der römische Tact, daß er hier das Wesen der freien Sitte und des individuellen Sittlichkeitsgefühls im Gegensatz zu der Gebundenheit und Objektivität des Rechts festzuhalten verstand. Er war der Versuchung gewachsen, die in nicht geringem Grade in dem Charakter der Censur als einer Staatsanstalt lag, und der der Geist des Orients erlegen wäre, der Versuchung nämlich, die sittlichen Grundsätze zu fixiren und zu normiren und dadurch die freie Bewegung des sittlichen Geistes zu erschweren. Die römische Religiosität erstarrte in dieser Weise, die römische Sittlichkeit nicht, und darum steht letztere auch höher, als erstere.<sup>39)</sup>

Wie Recht und Sitte, so stehen sich auch der Richterspruch und das censorische Urtheil entgegen.<sup>40)</sup> Ersterer beruht nach rechtlicher Fiction auf objektiver Wahrheit und ist unumstößlich, so wie er erlassen. Das Urtheil des Censors hingegen enthält den Ausdruck des subjektiven sittlichen Gefühls und ist wider- ruflich. Der Spruch des Richters hat rechtliche Wirkungen, der des Censors nicht. Was letzterer auch geboten und verboten haben mag, rechtlich bindet es nicht.<sup>41)</sup> Das Mittel, das ihm

37) Varro de lingua lat. lib. V. p. 58. Praetorium jus ad legem, censorium judicium ad aequum aestimabatur.

38) Es werden Edikte der Censoren erwähnt, wodurch gewisse Arten des Luxus untersagt wurden, Plinius hist. natur. lib. VIII c. 77, 78, 82, lib. XIII c. 5, allein daß sie keine Antwort auf die im Text aufgeworfene Frage enthalten, brauche ich kaum zu bemerken.

39) Daß die Religiosität und Sittlichkeit in Rom sich gegenüberstellen lassen, darüber habe ich mich schon im 1. B. S. 316 ausgesprochen.

40) Cicero pro Cluentio c. 42: Majores nostri (animadversionem et auctoritatem censoriam) nunquam neque judicium nominaverunt, neque perinde ut rem judicatam observaverunt.

41) So bedeutend auch der Einfluß des Censors, so hoch die Achtung war, deren er genoß, so würde er doch nie gewagt haben, die Prätenston zu erhe-

zu Gebote steht, um zu strafen oder durch Androhung desselben abzuschrecken und zu zwingen entspricht gleichfalls dem Gesichtspunkt, der die ganze Censur beherrscht. Es besteht nicht in Vermögens-, Freiheits- oder Leibes-Strafe, sondern es ist dasselbe Mittel, vermöge dessen auch ohne Censur das öffentliche Sittlichkeitsgefühl überall gegen eine ihm zugefügte Verletzung reagirt. Die öffentliche Mißbilligung, die die nächste Folge einer solchen Verletzung ist, gestaltet sich bei dem Censor zur *nota censoria*, der öffentlichen Rüge. Zu ihr gesellt sich als höchster Grad censorischer Strafe die Ausschließung aus dem politischen Kreise, dem der Schuldige angehörte, dem Senat, Ritterstande, der *Tribus*; sie hat gleichfalls ihr Vorbild an der faktischen Ausschließung von allen freien Gemeinschaftsverhältnissen, die die öffentliche Meinung auch ohne Uebereinkunft über den sittlich Unwürdigen zu verhängen pflegt.

Es ist hier begreiflicherweise nicht der Ort, um eine Schilderung von der Censur zu entwerfen; wir müssen dies der Rechtsgeschichte überlassen und halten uns bloß an den Gesichtspunkt, von dem aus sie uns hier interessirt, d. i. ihre Bedeutung und Beziehung zu dem das römische Recht beherrschenden Selbstständigkeitstriebe. Es liegt nun zwar auf der Hand, daß der Gegensatz zwischen Recht und, ich will der Kürze wegen sagen, *Moral*, um in der Censur äußerlich zu werden, innerlich in der römischen Rechtsanschauung bereits vorhanden gewesen sein muß, allein, wie alles Innerliche erst dadurch festen Bestand erlangt, daß es äußere Formen annimmt, wie letztere erhaltend und kräftigend auf dasselbe zurückwirken, so verhält es sich auch mit jenem Gegensatz zwischen Recht und *Moral*. Die äußerliche Verkörperung der *Moral* in der Censur hielt bei der Rechtsbildung und Rechtspflege den eigenthümlichen Gesichtspunkt

---

ben, daß seinen Verfügungen rechtliche Wirksamkeit zustehen z. B. ein Kaufcontract über irgend einen Luxusartikel nichtig sein solle, weil er, der Censor, in seinen Edikten den Handel mit solchen Luxusartikeln verboten habe.

punkt, den das Recht zu verfolgen habe, stets lebendig. Der Jurist, der die Rechtsgrundsätze entwickelte und zu ihren Consequenzen verarbeitete, der Richter, der sie anzuwenden hatte, weder sie kamen in Versuchung, den moralischen Gesichtspunkt hineinzumischen, noch auch das Volk in Versuchung, ihnen eine Rolle zuzumuthen, die durch den Censor hinlänglich vertreten war. Ich glaube, es ist nicht zu viel gesagt, wenn man behauptet: daß der Censor wesentlich dazu beitrug, Stellung und Aufgabe des römischen Richters ihm selbst und dem Volk verständlich zu machen; der Unterschied der censorischen und der richterlichen Urtheilsfällung und damit die Rechtfertigung der letzteren war jedem Römer geläufig.<sup>42)</sup> Wie ungleich schwieriger ist in dieser Beziehung die Stellung des heutigen Richters; nicht bloß, daß er selbst leichter in Gefahr kömmt, dem moralischen Gefühl einen Einfluß auf die Entscheidung zu verstaten, sondern die strenge Festhaltung des rechtlichen Gesichtspunktes ist gerade das, was man ihm heutzutage so oft zum Vorwurf macht.

Eine Einrichtung der spätern Zeit, die mit der Censur eine gewisse Aehnlichkeit hatte, waren die geistlichen Gerichte des Mittelalters. Wie neben dem Prätor der Censor, so standen sie neben den weltlichen Gerichten; beide verfolgten selbständig und unabhängig ihren eigenen Weg und ihren eigenthümlichen Gesichtspunkt, den der sittlichen Reinheit der Gemeinschaft, nur beim Censor mit mehr politischer, bei den geistlichen Gerichten mit mehr religiöser Färbung. Beide hatten als äußerstes Strafmittel das der Ausschließung aus der (politischen, religiösen) Gemeinschaft. Beide vermittelten das abstracte Recht mit den Anforderungen der Sitte und des sittlichen Gefühls. Auch darin

---

42) S. z. B. in dem Rechtsfall bei Gellius XIV. 2 die Argumentation der Beklagten: quod de utriusque autem *vita* atque factis diceretur, frustra id fieri atque dici; rem enim de petenda pecunia apud iudicem privatum agi, non apud censores de moribus.

trifft dieser Vergleich zu, daß mit dem Verfall beider Anstalten das Recht, da es jetzt sein äußeres Gegengewicht verlor, sich in sich selbst verändern und manche von den Grundsätzen aufnehmen mußte, die früher durch jene Anstalten zur Anwendung gebracht worden waren. Diese mit dem Verfall der Censur eintretende Aenderung im römischen Rechte gehört dem dritten Systeme an und wird dort erörtert werden, aber es mag schon hier die Bemerkung Statt finden, daß die Festigkeit und Klarheit des Rechts nicht dadurch beeinträchtigt wurde. Der Krystallisationsprozeß desselben war beendet; was während desselben hätte schädlich wirken können, vermochte dies nachher nicht mehr; mochte man jetzt auch die strenge Absperrung des Rechts aufheben und dem sittlichen Element Eingang verstatten: wohin letzteres auch drang, es fand feste, scharfe Formen vor, die sich nicht mehr auflösen ließen.

In der Censur offenbarte sich jener Gegensatz zwischen Recht und Moral, der im römischen Sittlichkeitsgefühl bestand. Was war aber der Grund dieses Gegensatzes? worin lag das constitutive Prinzip des Rechts? Als solches erscheint mir das subjektive Prinzip, wie ich es seinen ursprünglichen Keimen nach bereits früher (§. 10—12) geschildert habe und in seiner genaueren Gestaltung in diesem Buch vorführen werde. Die subjektive Rechtsphäre eine That und Produktion des Individuums und darum lediglich seiner Autonomie anheimgestellt, die Unstatthaftigkeit aller Eingriffe in dieselbe gegen den Willen des Berechtigten, sei es von Seiten Einzelner, sei es von Seiten des Staats — das war die Quintessenz des römischen Rechtsgefühls. Die XII Tafeln hatten diese Autonomie in ihrer doppelten Richtung auf Geschäfte unter Lebenden und auf letztwillige Verfügungen ausdrücklich anerkannt, und Jahrhunderte lang betrachtete man dieses Anerkenntniß als eine unantastbare Erzungenschaft. So hatte das römische Gefühl einen bestimmten Maßstab in sich, was rechtliche, was sittliche Pflicht sei; als erstere galt nur die, die man durch eigne That und in rechtl-

cher Form übernommen hatte. Und diese Form, in der ein so leichtes Kriterium alles Rechtlichen lag, war in hohem Grade ausgebildet, so daß das Rechtsgebiet wie durch sein materielles Prinzip, so auch durch seine formelle Außerlichkeit den unverkennbarsten Gegensatz zu dem Reich der sittlichen Pflichten bildete. Wenn ein Römer eine Handlung vornahm z. B. ein Versprechen ablegte, so war er sich stets bewußt, auf welchem von beiden Gebieten er sich bewegte. Ein juristisch und moralisch bindendes Versprechen, wie weit lagen sie in der Vorstellung der Römer auseinander, wie fließen sie in unserer heutigen Auffassung in einander über! Hat man doch für beide ein und dasselbe Prinzip aufgestellt: ein gegebenes Versprechen müsse gehalten werden. Heutzutage ist es möglich, daß Jemand etwas verspricht, ohne sich darüber klar zu sein, ob er sich rechtlich oder bloß moralisch binden wolle, das Gebiet des Rechtlichen und Moralischen ist heutzutage nicht durch bestimmte äußerlich erkennbare Gränzen geschieden, die den Uebergang von dem einen Gebiet zum andern nothwendigerweise ins Bewußtsein bringen. Bei den Römern hingegen lagen diese Gebiete weit auseinander, ihnen war der Gegensatz zwischen Recht und Moral im Ganzen sowohl wie in seiner Erstreckung und Anwendung auf die kleinsten Lebensverhältnisse geläufig und stets gegenwärtig, sie konnten nie in Versuchung kommen, eine sittliche Pflicht klageweis geltend zu machen oder sich mit einer moralischen Verpflichtung abfinden zu lassen, wo sie eine juristische hatten begründen wollen.

Zu der Ansicht, von der wir hier ausgegangen sind, daß nämlich das Recht seinen Grund in sich selbst getragen habe, steht eine neuerdings ausgesprochene Behauptung<sup>43)</sup> im ent-

43) C. A. Schmidt der prinzipielle Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Rechte. S. 66, 67. Es ist vielleicht selten ein verkehrteres Urtheil über das römische Recht gefällt, und bedürfte es für mich einer Rechtfertigung meines ganzen Unternehmens, ich würde sie schon darin finden

schiedensten Gegensatz, die Behauptung nämlich, „daß nach römischer Ansicht der Wille des Volks als einziger Grund des Rechts gegolten habe, der Gedanke aber, daß es über dem Willen des Volks noch eine diesen Willen beherrschende sittliche Potenz gebe, den römischen Juristen völlig fremd gewesen sei.“ Wenn zum Beweise dieser Behauptung darauf verwiesen wird, daß die römischen Juristen das Recht als Produkt des Volkswillens bezeichneten, daß sie die verbindende Kraft des Gewohnheitsrechts auf die stillschweigende Einwilligung des Volks stützten, daß es dieselben wenig interessirt habe, was das Volk getrieben habe, sein Recht so oder so zu gestalten, so läßt sich darauf einfach erwidern: ob denn jene Juristen, wenn sie den Begriff des Gesetzes, Gewohnheitsrechts u. s. w. angeben wollten, sich auf eine spekulative Untersuchung über die letzten Gründe des Rechts hätten einlassen sollen, und ob denn nicht in der ganzen Welt der juristische Grund der Gültigkeit des positiven Rechts darin liegt, daß er Wille dieses Staats ist, diese Gültigkeit nicht aber davon abhängt, ob das Gesetz den subjektiven Vorstellungen des Richters von Sittlichkeit u. s. w. entspricht. Daß aber die Römer, wenn sie auch den Willen des Volks als formalen Grund der Gültigkeit der Gesetze bezeichneten und bezeichnen mußten, dennoch nicht diesen Volkswillen d. h. die Willkühr als Prinzip des Rechts ansahen, nicht der Ansicht waren, „daß das Recht erst im Staate durch das Gesetz entstehe,“ läßt sich bis zur Evidenz nachweisen. Zuerst erinnere ich an das Fas, das in dem Willen der Götter seinen Grund hat und dem Prinzip nach der Volkssouveränität eine unübersteigliche Schranke

---

können, daß heutzutage noch solche Urtheile möglich sind. Daß sie möglich sind, ist insofern Schuld der Wissenschaft, als sie diese und ähnliche allgemeinere Fragen bisher gar nicht zu berühren pflegte, wenn ich gleich damit den genannten Schriftsteller nicht von aller Schuld frei sprechen will, denn so schwer fällt es in der That nicht, sich aus den Quellen über diese Frage zu belehren, und bei einer solchen Fundamentalfrage hätte das römische Recht dies wohl von ihm erwarten können.

entgegensetzt. Sodann aber: stützte sich nicht auch das Jus wie alles, was im römischen Staat bestand und geschah, wenigstens auf die Zustimmung der Götter, wenn es auch nur den Willen des Volks zu seinem Inhalt hatte?<sup>44)</sup> Man nenne immerhin die Einholung der Zustimmung der Götter durch die Auspicien eine leere Formalität, durch die das Volk sich in seinem materiellen Wollen nicht beschränkt finden konnte: erkannten denn die Römer für dies Wollen nicht Rechtsprinzipien, also objektive Schranken an? Ich erinnere zuerst an die bekannte Klausel der Gesetzworschläge: *si quid jus non esset rogari, ejus ea lege nihilum rogatum.*<sup>45)</sup> Diese Klausel allein, sollte ich sagen, würde schon den Versuch, die Idee von der Omnipotenz der Volkssouveränität aus der heutigen Zeit ins römische Alterthum hinein zu übertragen, unmöglich machen. Man lese dazu nun die Ausführungen Ciceros, der mit klaren Worten jene Omnipotenz der Volksgewalt in Abrede und ihr das Prinzip des subjektiven Rechts als unantastbare Schranke gegenüber stellt.<sup>46)</sup> Auch an einer andern Stelle berührt er dieselbe Frage, und man kann nicht bestimmter und deutlicher jene ganze Idee verwerfen,

---

44) Ich habe bei der folgenden Widerlegung manche Gründe, die sich uns im Verlauf der spätern Darstellung noch ergeben werden, gar nicht geltend gemacht. Ihre Benutzung an dieser Stelle würde ein näheres Eingehen erfordern, als es mit dem Grade der Beachtung, die die Schmidt'sche Idee beanspruchen darf, im Verhältniß stehen würde.

45) Brisson. de voc. ac. form. Lib. II. c. 19.

46) Cic. pro Caecina c. 33: *Quid est, quod jus non sit, quod populus jubere aut vetare non possit? Ut ne longius abeam (d. h. also: um nicht anderer Gründe, deren es mithin gibt, zu gedenken) declarat ista adscriptio esse aliquid. Nam nisi esset, hoc in omnibus legibus non adscriberetur. Sed quaero abs te, putesne si populus jusserit, me tuum aut item te meum servum esse, id jussum ratum atque firmum futurum? Perspicias hoc nihil esse. Primum illud concedis: non quidquid populus jusserit, ratum esse oportere; pro Balbo c. 13: *O jura praeclara atque divinitus jam inde a principio Romani nominis a majoribus nostris comparata, ne quis . . . invitus civitate mutetur, neve in civitate ma**

als er es hier thut.<sup>47)</sup> Aber ganz abgesehen von solchen Aussprüchen der Römer selbst bedarf es nur eines Blickes auf das subjektive Prinzip (§. 10—12), um sich von der Irrigkeit der obigen Behauptung zu überzeugen.

In welchem Umfange sich jenes Prinzip praktisch bethätigen durfte, hing allerdings von der Gesetzgebung ab, es existirte praktisch nicht weiter, als die Gesetzgebung es anerkannt hatte, aber so wenig der Richterspruch darum als Grund und Quelle des durch denselben festgestellten subjektiven Rechts gilt, weil letzteres nicht weiter existirt, als es rechtskräftig anerkannt ist, ebensowenig läßt sich aus demselben Grunde die gesetzgebende Gewalt des römischen Volks als Grund des Rechts bezeichnen.<sup>48)</sup> Nicht das war die römische Vorstellung, als ob das Recht erst mit dem Staat und der Gesetzgebung in die Welt gekommen; nicht weil es Gesetz, war es Recht, sondern weil es Recht, war

---

neat invitus. Haec sunt enim fundamenta firmissima nostrae libertatis, sui quemque juris et retinendi et dimittendi esse dominum.

47) pro domo c. 29: Scilicet cum hoc juris a majoribus proditum sit, ut nemo civis Romanus sit libertatem aut civitatem possit amittere, nisi ipse autor factus sit . . . quaero, si aut negasses aut tacuisses (der zu Arrogirende bei Bornahme der Arrogation), si tamen id XXX curiae jussissent, num id jussum esset ratum? Certe non. Quid ita? quia jus a majoribus nostris, qui non fecte et fallaciter populares, sed vere et sapienter fuerunt, ita comparatum est, ut civis Romanus libertatem nemo posset invitus amittere. . . c. 30: majores nostri . . . de civitate et libertate ea jura sanxerunt, quae nec vis temporum, nec potentia magistratum, nec res judicata, nec denique universi populi Romani potestas, quae ceteris in rebus est maxima, labefactare possit. c. 40: Quid? non exceperas, ut si quod jus non esset rogare, ne esset rogatum? Jus igitur statuētis esse, unius cujusque vestrum sedes, aras, focos, deos penates subjectos esse libidini Tribunitiae?

48) Dieselbe Verwechslung, die der oben genannte Schriftsteller sich hier hat zu Schulden kommen lassen, brachte vor Jahren Savigny'n wegen seiner Lehre über die Entstehung des Rechts den Vorwurf der demokratischen Tendenz ein. S. über diese Verwechslung Stahl Rechtsphilos. Aufl. 2. B. 2. Abth. 1. S. 193.

es Gesetz. Das concrete wie das abstrakte Recht verdankt dem Gesetz nicht seine Existenz, sondern bloß seine formelle Anerkennung.<sup>49)</sup> Das ältere Privatrecht, aus dem die Ursprünglichkeit, Selbständigkeit, die gewaltige Kraft und der Troß des individuellen Rechtsgefühls uns von allen Seiten anschaut, und jene moderne Idee, die ihm untergelegt werden soll — in der That es kann kaum schneidendere Gegensätze geben, und ein alter Römer würde diese ihm angedichtete Vorstellung, als wenn er sein Recht lediglich dem Staat verdanke, als ob die Rechtsgrundsätze, die einem Römer nicht minder hoch und theuer waren, als andern Völkern die religiösen Glaubenssätze, ein Gegenstand des bloßen Volksbeliebens seien — willkürlich eingeführt, willkürlich wieder aufzuheben — mit Entrüstung zurückgewiesen haben. Wie verfuhr denn das Volk, als es gezwungen war, die privatrechtliche Autonomie hinsichtlich der Höhe der Legate zu beschränken? Es wählte dazu einen Weg, der uns in der That durch das Uebermaß der Nengstlichkeit fast lächerlich erscheint. Es wurden nicht die Legate über den gesetzlich bestimmten Betrag für nichtig erklärt, sondern dem Legatar die Annahme des Ueberschusses indirekt untersagt.<sup>50)</sup> Da dies praktisch auf ein Verbot höherer Legate hinauslief, so kann der Grund, warum das Volk diesen Zweck auf einem Umwege verfolgte, nur darin gefunden werden, daß es sich scheute, die privatrechtliche Autonomie direkt zu beschränken.

---

49) Man vergleiche z. B. die bekannte Stelle bei Cicero pro Caecina c. 26: fundus a patre relinqui potest, at usucapio fundi, hoc est finis sollicitudinis ac periculi litium non a patre relinquitur, sed a legibus. Aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium a jure civili sumitur.

50) Das Legat war und blieb seinem ganzen Betrage nach gültig und klagbar, aber der Legatar, der sich die Kürzung desselben auf das gesetzliche Maximum nicht hatte gefallen lassen, dasselbe vielmehr zum ganzen Betrage eingeklagt hatte, mußte zur Strafe dem Erben den vierfachen Werth des Ueberschusses zahlen.

### 3. Selbsterhaltungs- und Erweiterungstrieb des geschriebenen Rechts.

Dauerhaftigkeit des Rechts der Zwölftafeln — Gründe dieser Erscheinung — Inneres Leben des Gesetzes — die alte Interpretatio.

XXVII. Wir haben bis jetzt das Recht nach Seiten seiner Form und seines Inhalts betrachtet, es bleibt uns ein anderes, für die Selbständigkeit desselben nicht minder wichtiges Moment, die Dauerhaftigkeit desselben. Auch für das ungeschriebene Recht kommt dieses Moment in Betracht, wir beschränken uns jedoch auf das geschriebene, da nur für dieses die Verfolgung jenes Gesichtspunktes ein Interesse haben kann, und das ältere Privatrecht nach unserer obigen Darstellung (§. 25) entschieden dieser Art des Rechts angehört.

Das Gesetz erhebt die Prätension, das Leben zu beherrschen, es in seiner Bewegung zu bestimmen. Diese Prätension ist keine so schwierige, so lange Gesetz und Leben in Eintracht stehen, also wenn ersteres bloß die rechtliche Formulirung des letzteren ist. Aber diese Eintracht wird oft nicht einmal von vornherein vorhanden sein, wenn nämlich das Gesetz irgend eine Umgestaltung der bisherigen Verhältnisse beabsichtigt, oft, wenn sie auch einmal bestand, doch bald ein Ende nehmen, denn das Leben eilt weiter, während das Gesetz unveränderlich und unbeweglich bleibt. Hier gewinnt jene Prätension einen andern Charakter, sie führt, wenn sie behauptet werden soll, zu einem Kampfe zwischen dem Gesetz und dem Leben, und dem einen oder andern von beiden Kämpfern muß Gewalt angethan werden. Aber wem? Es wird Manchen als Paradoxie erscheinen, wie man überhaupt nur einmal diese Frage aufwerfen mag. Was wissen wir auf dem Continent — denn England nehme ich aus — von der Anhänglichkeit an lästig und unbecquem gewordene Gesetze! Die erste Gelegenheit, und man schüt-

telt das lästige Joch ab. Es ist ja so leicht und natürlich ein Gesetz durch das andere zu beseitigen oder zu ändern, und es wäre ja thöricht, eine Last zu tragen, deren man sich entledigen kann! Das ist leider eine heutzutage sehr verbreitete Anschauung; in Gesetzen, die anfangen drückend zu werden, sieht man nicht, wie der Römer und Engländer, einen alten Freund, von dem man höchst ungern sich trennt, den man daher so lange wie möglich zu ertragen sucht, sondern einen Diener, den man angestellt hat, weil man ihn braucht, und den man entläßt, wenn man seiner überdrüssig geworden ist. Mit dieser nach Volk und Zeit verschiedenen Geneigtheit, sich unbequem gewordener Gesetze zu entledigen, hängt eine Verschiedenheit des moralischen Ansehns, dessen das Recht bei dem Volk und in der Zeit sich erfreut, inniger zusammen, als man glaubt. Das Verhältniß des Volks zu seinen Gesetzen ist eine Ehe;<sup>51)</sup> wo sie beim ersten Zerwürfniß gelöst wird, da kann das Verhältniß kein inniges gewesen sein, da ist dies ein Zeichen, daß das Recht selbst keine große Macht über die Gemüther ausübt. Wo aber das Recht dieser Macht sich erfreut, wird man auch die bestehenden Gesetze mit Liebe pflegen und dulden und zur Scheidung sich nur im äußersten Fall entschließen.

Die Dauerhaftigkeit der Gesetze steht nun mit der intensiven Kraft, die der Gedanke des Rechts über das Gemüth eines Volks ausübt, in inniger Wechselwirkung d. h. sie hat in ihr ihren Grund, aber sie wirkt auch auf sie zurück, sowie umgekehrt dasselbe von der Hinfälligkeit der Gesetze gilt.<sup>52)</sup> Für die Selbstständigkeit des Rechts ist jene Dauerhaftigkeit, eben weil sie

51) In der ältern Rechtsprache bezeichnet Ehe (Bund) bekanntlich das Recht selbst, aber an ein dadurch ausgedrücktes sittliches Verhältniß ist wohl weniger zu denken, als an die bindende Kraft des Rechts, ähnlich wie bei jus f. B. 1 S. 204.

52) Aus den Mortalitätstabellen und der mittleren Lebensdauer der Gesetze ließe sich also, von besondern Verhältnissen abgesehen, ein Schluß auf die moralische, dem Recht innewohnende Kraft machen.

das moralische Ansehen des Gesetzes verstärkt, von großer Bedeutung. Denn besteht jene Selbständigkeit darin, daß das Recht den unrechtmäßigen Gelüsten des Lebens einen Damm entgegenstellt, so ist die Widerstandskraft eines alten Gesetzes ungleich höher, als die eines neuen. Wie die physische Kraft des Menschen nach den Altersstufen verschieden ist, so auch die moralische Kraft der Gesetze; eine andere ist sie im Kindes-, eine andere im Mannesalter. Wo die Gesetze bald nach der Geburt hinzustreichen pflegen — weil diese Geburt selbst eine verfrühte oder eine zu leichte war — können sie nicht die Achtung gebietende Stellung einnehmen, als wo sie sich einer dauerhaften Constitution erfreuten und noch in ferne Zeiten wie ein ehrwürdiges Stück Geschichte des Volks hineinragen. An ihnen wagt die Willkühr nicht so leicht zu rütteln, denn mit ihnen, die wie feste Eichen ihre Wurzeln in alle Verhältnisse hineingetrieben, auß innigste mit dem Boden der gesammten nationalen Ansicht und Sittlichkeit verwachsen sind, würde sie diesen Boden selbst erschüttern, während die jungen Sößlinge neuer Gesetze noch sehr lose mit diesem Boden zusammenhängen.

Die Zwölf Tafeln, die die Grundlage des gegenwärtigen Systems bilden, liefern uns ein höchst lehrreiches Beispiel der Dauerhaftigkeit der Gesetze und sind ganz geeignet, um diese Lehre an ihnen zu studieren, insofern nämlich alle Gesichtspunkte, die für diese Frage von einiger Bedeutung sind, in der Geschichte des Zwölf tafeln-Gesetzes hervortreten. Die Dauerhaftigkeit dieses Gesetzes im allgemeinen ist so bekannt, daß ich darüber nichts zu bemerken brauche.<sup>53)</sup> Dagegen fordern aber die Gründe dieser Dauerhaftigkeit sowie die Bedeutung, die sie

---

53) Livius sagt in der bekannten Stelle III. 34 von diesem Gesetz: qui nunc quoque in hoc immenso aliarum super alias acervatarum legum cumulo fons omnis publici privatique est juris. Noch zu Ciceros Jugendzeit pflegten die Knaben die Zwölf Tafeln auswendig zu lernen (de legib. II. 23), und die klassischen Juristen schrieben noch zwei Jahrhunderte später Commentare zu denselben.

für die Entwicklung des römischen Rechts hat, um so mehr zu einem nähern Eingehen auf.

Was jene Gründe betrifft, so kamen zu der Eigenschaft des römischen Volks, die den allgemeinen Grund für die Dauerhaftigkeit der römischen Rechtswelt überhaupt bildet, seiner conservativen Tendenz, (B. 1 S. 308) noch besondere Gründe hinzu, die sich nur oder vorzugsweise auf das Zwölftafeln-Gesetz beziehen und demselben gleich von vornherein eine große Festigkeit verliehen. Zuerst die Art der Entstehung. Für die physische wie die moralische Welt gilt gleichmäßig der Satz, daß was mit Schmerzen geboren wird, einen ganz andern Werth hat, als was leicht erworben ward. Ueber das Schicksal der Gesetze entscheidet nicht immer ihr Inhalt, sondern auch ihre Entstehungsweise, nicht bloß die Mühelosigkeit oder Mühsamkeit derselben, — was uns hier allerdings allein interessirt — sondern ihre Entstehungsweise überhaupt; auch für die Gesetze gibt es glückliche und unglückliche Sterne, unter denen sie geboren werden, und der Beruf des Gesetzgebers bewährt sich nicht bloß daran, die rechte Saat, sondern auch die rechte Zeit der Aussaat zu treffen.

Das Zwölftafeln-Gesetz war nun ein mühsam errungenes Gut, das auch das spätere Geschlecht an die Kämpfe erinnerte, die es gekostet, so wie an den Werth, den man auf die Erlangung desselben gelegt hatte. Es kömmt hinzu, daß die ganze Entstehungsgeschichte des Gesetzes ihm den Charakter einer von dem einen Theil des Volks dem andern Theil gemachten Concession verlieh. Für das Interesse und die Liebe, mit der ein Gesetz umfaßt werden soll, ist aber der Gesichtspunkt sehr wichtig, daß es nicht in beziehungsloser Allgemeinheit und Objektivität auftritt, sondern daß es sich von vornherein, selbst wenn es auch den Charakter der Allgemeinheit an sich trägt, doch an einen besondern Stand anschmiegt, ihm vertragsmäßig zugewiesen wird.<sup>54)</sup>

54) Der diesem besondern Stand zur Ehrenpflicht gemachte Schutz des Ehrensing, Geist d. röm. Rechts. II.

Selbst wenn das Interesse des Standes nicht ausschließlich oder nicht gerade in hohem Grade bei der Erhaltung des Gesetzes betheiligt ist, so macht doch jene Beziehung, jene Ehe beider diese Erhaltung desselben zu einem Ehrenpunkt. Das Gesetz wird zu einem Bestandtheil des Standes, und selbst wenn es praktisch werthlos geworden, doch gehütet wie eine theure Reliquie, ein ruhmvolles Erbstück der Vorzeit. Für das abstracte Recht ist also diese Form, durch die es mit der juristischen Bedeutung eines Rechts im subjektiven Sinn (Privilegien, Freiheiten) zugleich persönliches Leben, Liebe und Werthschätzung, Hand und Herz gewinnt, ein außerordentlich wichtiges Beförderungsmittel seiner Dauerhaftigkeit und Stärke.

Erklärt uns nun die Entstehungsgeschichte des Zwölfstafel-Gesetzes und seine Beziehung zu den Plebejern den Werth, den man von vornherein auf dasselbe legte, die Liebe, Anhänglichkeit, Verehrung, die man für dasselbe hegte, und die mit dem Gegensatz der Patricier und Plebejer nicht unterging, brachte also das Gesetz schon bei seiner Geburt eine Aussicht auf treue und sorgsame Pflege und langes Leben mit auf die Welt, so lag in seinem Inhalt, in seiner eignen, wenn ich sagen darf, gefunden Constitution ein nicht minderer Grund seiner Dauerhaftigkeit. Zwar das Staatsrecht der Zwölf Tafeln ward bald antiquirt, da die Plebejer unaufhaltsam vorwärts drangen, allein für das Privatrecht und den Prozeß kann das Gesetz als Fundament des ganzen zweiten Systems betrachtet werden. Nicht als ob nach dieser Seite hin die Dauerhaftigkeit in Stagnation bestanden hätte, sondern es fand eine reiche Entwicklung Statt, aber eine Entwicklung, die sich ganz an das Gesetz angeschlossen, ein inneres Leben, Wachsen und Gedeihen des Gesetzes selbst. Dies innere Leben der Gesetze hat etwas höchst Anziehendes. Das Gesetz scheint uns von Anfang an todt, den Buchstaben nennen

---

Gesetzes kann natürlich auch andern Ständen zu Gute kommen, wovon bekanntlich das Mittelalter manche Beispiele liefert.

wir starr und unbeweglich, aber wenn die Zeit kommt und die rechten Voraussetzungen vorhanden sind, werden die Buchstaben lebendig, im Gesetze regt es sich wie im Samenkorn, aus dem Samenkorn wird eine Pflanze und oft ein stattlicher Baum. Die dürrn Buchstaben werden zu Begriffen, die Begriffe zeugen neue Rechtsätze (B. 1 S. 29) und so wird die Aufzeichnung des Rechts, die dasselbe scheinbar der Bewegung beraubt, in der That ein Mittel, um ein reicheres Leben in demselben zu erwecken. Man darf die Sache nicht so ansehen, als ob diese Entwicklung nichts Neues zu Tage förderte, weil sie nur eine Entfaltung des in das Gesetz hineingelegten Inhalts sei. Denn in Wirklichkeit bringt sie eine Reihe von Rechtsätzen hervor, die bisher gar nicht existirten, weder in bewusster, noch unbewusster Weise. Das Gesetz erhebt sich hier also zu einem wahrhaft selbständigen und produktiven Leben, es ist die höchste Blüthe desselben, der Triumph der Selbständigkeitsidee. Allerdings greift mitunter das gebieterische Bedürfnis des Lebens in den dialektischen Selbstentfaltungsprozess des Rechts ein, die „utilitas“ lehnt sich gegen die „ratio juris“ auf, allein nichts desto weniger läßt sich doch von einer produktiven Kraft des Rechts selbst sprechen, von Rechtsätzen, die nicht auf dem Boden der realen Welt, sondern auf dem der idealen Welt des geschriebenen Rechts gewachsen sind. So zieht sich ein Theil der produktiven Kraft von der realen Welt in die ideale zurück, und die Rechtsgeschichte arbeitet nicht weniger auf dem Papier, als auf der Bühne des Lebens. Nach dieser Seite hin öffnet sich jener Abweg, den wir oben als die Ueberspannung des Selbständigkeitstriebes des Rechts bezeichnet haben, und der darin besteht, daß die logische Selbstbestimmungskraft des Rechts sich auf Kosten des praktischen Bedürfnisses geltend macht.

Wie sehr das Gesetz durch das innere Wachsthum, von dem bisher die Rede war, auch an äußerer Festigkeit gewinnt, liegt auf der Hand. Denn jenes Wachsthum hat nicht bloß zur Folge,

daß das Gesetz selbst an Inhalt gewinnt, sondern daß es auch allseitig Wurzeln treibt und mit der Totalität des Rechts ver wächst. Anfänglich ein Ding für sich, wie das Samenkorn, ist es, seitdem es Wurzeln geschlagen, ein Theil des Ganzen geworden, und darin liegt schon, daß es sich nicht so leicht mehr entfernen läßt.

Kehren wir jetzt zu dem Zwölftafeln-Gesetz zurück. Wir sagten oben, daß seine Dauerhaftigkeit zum Theil in seiner gesunden Constitution ihren Grund gehabt habe. Dies soll heißen, daß die Beschaffenheit des Gesetzes ein solches inneres Gedeihen und Wachsthum, von dem eben die Rede war, in hohem Grade möglich gemacht habe. Die innere Bildungsfähigkeit der Gesetze ist begreiflicherweise verschieden; es kann Gesetze geben, bei denen sich das innere Leben nur sehr mühsam in geringem Maße entwickelt, und andere, für die das Entgegengesetzte gilt. Zu dieser letzteren Klasse gehörte unser Gesetz. Einen Hauptgrund seiner Bildungsfähigkeit finde ich darin, daß dasselbe das Prinzip der Autonomie in ausgedehntester Weise anerkannt hatte sowohl für das individuelle Rechtsleben hinsichtlich der solennen Rechtsgeschäfte<sup>55)</sup> unter Lebenden und der letztwilligen Verfügungen,<sup>56)</sup> als für das corporative Leben.<sup>57)</sup> Denn damit war nicht bloß einerseits die Gefahr, die der Bildungstrieb des Lebens dem Gesetz hätte bereiten können, aus dem Wege geräumt, da diesem Triebe ja der weiteste Spielraum geöffnet war, sondern andererseits diente gerade die Bethätigung dieses Triebes recht zur Befestigung des Gesetzes, insofern nämlich der rechtliche Bestand der Schöpfungen, die er hervorgebracht

55) Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto.

56) Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto.

57) L. 4 de colleg. (47. 22) Gajus Lib. 4 ad leg. XII tab. Sodales sunt, qui ejusdem collegii sunt, quam Graeci *ἐταίριαν* vocant. His autem potestatem facit lex, pactionem, quam velint, sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant.

hatte, sich auf die im Gesetz enthaltene Anerkennung des Prinzips der Autonomie gründete, letztere sich nicht als etwas außer dem Gesetz Existirendes neben dasselbe, sondern als etwas durch das Gesetz Existirendes unter dasselbe stellten.<sup>58)</sup> So gewährte gerade das Neue eine Garantie des Alten!

Das Recht, das sich auf diesem Wege einer freien Entwicklung des Zwölfstafeln-Gesetzes bildete, nennen die Römer *jus civile* im engeren Sinn, die Mitwirkung der Juristen bei diesem Werke *interpretatio*. Es war dies aber nicht eine bloße Auslegung des Gesetzes, sondern, wie dies auch ursprünglich im Namen liegt, eine Vermittlung zwischen dem geschriebenen Recht und dem Leben. Also die Zurichtung des Rechts zum Zweck der gerichtlichen Geltendmachung, die prozessualische Formulirung desselben, die Verarbeitung desselben zum Zweck des Verkehrs, die Ausarbeitung von Formularen für Contrakte, Rechtsgeschäfte, letztwillige Dispositionen aller Art, die Entdeckung von Mitteln und Wegen, um rechtliche Zwecke, deren unmittelbare Verfolgung hätte zweifelhaft sein können, auf indirekte Weise möglich zu machen. Die *interpretatio*, wir wollen sie die ältere Jurisprudenz nennen, steht aber nicht da als eine bloße Dienerin des Rechtsverkehrs,<sup>59)</sup> sondern zugleich als Zuchtmeisterin und Wegweiserin desselben. Durch die Zuziehung der Juristen zu allen Geschäften des römischen Lebens ward es denselben möglich — was heutzutage, freilich in unendlich verringertem Maße, unsern Notaren gleichfalls möglich wäre — den einzelnen Arten der Rechtsgeschäfte durch die Redaction einen gewissen typischen Inhalt, eine constante Erscheinungsform zu verleihen, durch stete Anwendung derselben Formel des Rechtsgeschäfts im

---

58) Nicht also als Gewohnheitsrecht, wie Buchta meint, sondern als gesetzliches Recht.

59) Wir werden auf die Jurisprudenz als auf ein wesentliches Element des römischen Rechtslebens im letzten Abschnitt dieses Buches: „das Recht im Leben“ zurückkommen.

einzelnen Fall letzteres selbst zu einem objektiven, abstracten Dasein zu erheben; ward es ihnen möglich, den Strom des Verkehrslebens in bestimmte und feste Bahnen zu lenken, den Lauf desselben zu überwachen und nöthigenfalls in geeigneter Weise zu reguliren. In dem Rechtsleben herrschte gewiß eine nicht geringere Disciplin, als im Lager; dem Sinn der alten Zeit für strenge und feste Ordnung mochte sie dort nicht weniger nöthig erscheinen, als hier.

Ziel nun der Jurisprudenz nach der einen Seite die Aufgabe zu, in höchst geeigneter, naturgemäßer Weise diese Disciplin zu üben und Wächterin des Gesetzes zu sein, so vertritt sie andererseits auch das Prinzip des Fortschritts und der freien Bewegung des Rechts.<sup>60)</sup> Das neue Recht, das in ihr zum Bewußtsein und durch sie zur Anwendung kam, war, wenn auch angelehnt an die Zwölf Tafeln, doch kein unmittelbares Produkt einer eiserne logischen Nothwendigkeit, wie es eine jede Zeit unter andern Verhältnissen gleichfalls hätte gewinnen müssen; sondern das Bedürfnis des römischen Lebens leitete offenbar Sinn und Auge des Interpreten,<sup>61)</sup> und mancher Rechtsatz mag sich auf

60) Wie das in höhern oder geringerem Grade die Jurisprudenz einer jeden Zeit thut. Das Recht der Wissenschaft vertritt die Seite der Flüssigkeit und Beweglichkeit des Rechts, und Gesetzgeber, die durch das Verbot wissenschaftlicher Verarbeitung des Rechts die Sicherheit desselben zu befestigen vermeinten, haben nicht bedacht, daß der Verkehr selbst, dem sie damit dienen wollten, am meisten unter der Durchführung dieses Verbots, wenn sie möglich wäre, gelitten haben würde.

61) Ich erinnere z. B. an die Einschränkung des agnatischen Erbrechts der Weiber auf den Grad der *consanguineae* Gaj. III. §. 14, 23. Ulpian XXVI. 6. Paul. sent. rec. IV. 8. §. 22: . . . *idque jure civili voconiana ratione videtur effectum; ceterum lex XII tabularum nulla discretione sexus cognatos admittit.* S. auch L. 120 de V. S. (50. 16) *Verbis legis XII tabularum . . . . . latissima potestas tributa videtur . . . sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate jura constituentium.* Wegen dieser ihrer nicht weniger produktiven als interpretativen Thätigkeit verdienen denn die Veteres, wie sie ge-

diese Weise gebildet haben, dessen Verbindung mit seinem gesetzlichen Anknüpfungspunkt uns darum noch entgeht, weil diese Verbindung eine etwas gezwungene war.<sup>62)</sup> In dem *jus civile* fand also der rechtliche Bildungstrieb der Zeit bis zu einem gewissen Grade seine Befriedigung, wie später im prätorischen Edikt; über diesen Grad hinaus half die Gesetzgebung nach. Aber gewiß bedurfte es dieses Mittels nur in seltenen Fällen, wie denn von den Rechtsfällen, deren Bildung dem gegenwärtigen System angehört, nur wenige auf Gesetze zurückgeführt werden. Der bei weitem größte Theil derselben hat sich auf dem Wege der *interpretatio* gebildet, ist also die Frucht eines langsamen, besonnenen Entwicklungsprozesses und wird in ähnlicher Weise wie das prätorische Edikt in seiner schließlichen Gestalt das Resultat einer unausgesetzten Sichtung und Verbesserung im Einzelnen gewesen sein. Auch auf dem Gebiete des *jus civile* mag wie auf dem des prätorischen Rechts mancher Gedanke aufgetaucht sein, der später spurlos verschwunden ist, mag die spätere Zeit auch wohl von den traditionell gewordenen Interpretationen und selbständigen Regeln der frühern Zeit abgegangen sein.<sup>63)</sup> Ich halte es für um so nöthiger dies hervorzuheben, als man von dem Eindruck der Starrheit, welchen das ältere Recht macht, leicht auf einen demselben entsprechenden Charakter der ältern Jurisprudenz schließen könnte. Gerade umgekehrt erscheint sie mir, wie bereits bemerkt, als Repräsentantin der Bewegung, als Vermittlerin des Fortschrittes, und ich glaube

---

wöhnlich schlecht hin heißen, den Zusatz, der auch vorkommt: *qui tunc jura considerunt, constituerunt.*

62) Es wäre ein verdienstliches Unternehmen, mit dieser Rücksicht einmal die Rechtsfälle des ältern Rechts durchzugehen.

63) So z. B. bei der *usucapio pro herede* (Gaj. IV. §. 54: . . . *olim ipsae hereditates usucapi credebantur . . . postea creditum est, ipsas hereditates usucapi non posse*) hinsichtlich der Annahme eines *furtum an* unbeweglichen Sachen, hinsichtlich der Auslegung des Verbots der *Usucapion* von *res furtivae*.

nicht, daß sie je einem wirklichen Bedürfnis des Lebens dauernd in den Weg getreten ist.<sup>64)</sup>

Aber einen Punkt gab es allerdings, hinsichtlich dessen sie unerbittlich war, das war das Streben nach Erhaltung der Continuität in der Entwicklung des Rechts. Sie befriedigte ein neues Bedürfnis nicht mit neuen Mitteln, so lange die alten sich durch geschickte Benutzung, wenn auch in umständlicher Weise<sup>65)</sup> zu dem Zweck verwenden ließen. Und wenn etwas Neues sich den Zutritt erzwingen hatte, so suchte sie doch dasselbe sei es materiell, sei es formell an das Alte anzuknüpfen. Daher die Scheingeschäfte, Umwege, Fiktionen des ältern Rechts, die Beibehaltung alter bedeutungslos gewordener Formen,<sup>66)</sup> bei wichtigen Reformen die Benutzung des Vorhandenen und die Verjüngung desselben in zeitgemäßer Gestalt u. s. w., kurz jene Kunst, deren bereits bei der conservativen Richtung des römischen Charakters (B. 1 S. 308) gedacht ist. Wir verschieben die nähere Betrachtung derselben auf das folgende Buch,<sup>67)</sup> da uns letzteres nicht bloß den passendsten Standpunkt gewährt, um sie

64) Cicero's Diatribe gegen die Juristen in der bekannten Stelle pro Murena c. 12 enthält ein sprechendes Zeugniß für die obige Ansicht: *Nam quum permulta praeclare legibus essent constituta, ea jurisconsultorum ingeniis pleraque corrupta ac depravata sunt.* In der dritten Periode ward das Verhältniß der progressiven und conservativen Mächte ein anderes, und damit auch die Stellung der Jurisprudenz eine andere. Hier fiel namentlich dem Prätor die Rolle des Fortschritts zu, und damit war die Jurisprudenz mehr auf die Erhaltung angewiesen.

65) S. z. B. die von Cicero in jener Stelle angeführten Beispiele: *mulieres omnes propter infirmitatem consilii majores in tutorum potestate esse voluerunt; hi invenerunt genera tutorum, quae potestate mulierum continerentur (Scheinehe, coemptio cum extraneo fiducia causa).* *Sacra interire illi noluerunt; horum ingenio senes ad coemptiones faciendas interimendorum sacrorum causa reperti sunt (derselbe Akt).* Ferner die *sponsio praejudicialis u. a.*

66) Z. B. des Zuwägens des Erzes bei der *mancipatio*, das seine Bedeutung seit dem Aufkommen des gemünzten Geldes verloren hatte.

67) In dem Abschnitt über die Technik der neuern Rechtsbildung.

in ihrem ganzen Verlauf zu überschauen, sondern die Bildung des dritten Systems ihr mehr als irgend eine andere Thatsache Veranlassung gab, sich zu bethätigen.

In der gegenwärtigen Periode war nun diese Kunst vor allem geschäftig, die neuen Rechtsbildungen in dieser Weise an das Zwölfstafeln-Gesetz anzuknüpfen, letzteres beständig als den Stamm hinzustellen, der vermitteltst jener Bildungen nur Zweige getrieben und sich mit Blättern und Blüthen bedeckt habe. In diesem Lichte erschien den spätern Römern das Recht der Zwölf Tafeln nicht als ein nackter, dürrer Stamm, wie er dies ursprünglich in der That war, sondern als ein majestätischer, lebensvoller Baum, und von dieser Anschauung aus werden die ungemessenen Lobsprüche verständlich, die sie dem Gesetz spendeten, und die man unbegreiflich finden muß, wenn man letzteres bloß in seiner ursprünglichen nackten Gestalt ins Auge faßt.<sup>68)</sup>

Das schließliche Resultat unserer bisherigen Ausführung besteht also darin, daß sich bei jenem Gesetz alles vereinigte, um demselben eine lange Dauer und eine ungeschmälerte Herrschaft zu sichern. In seiner Jugendzeit verlieh ihm seine Bedeutung als einer Magna Charta der Plebejer wenigstens hinsichtlich aller Concessionen, die es enthielt, den Charakter der Unverletzlichkeit. Als mit dem Aufhören des praktischen Gegensatzes zwischen Patriziern und Plebejern dieser Gesichtspunkt hinweggefallen, war das Gesetz bereits aufs innigste mit dem römischen Leben verwachsen. Seine innere Bildungsfähigkeit sowie die Pflege von Seiten der Jurisprudenz erhielt dasselbe noch lange auf der Höhe des Lebens, und sein Alter, anstatt seinen Einfluß

---

68) Cicero de orat. I. c. 44: Bibliothecas mehercule omnium philosophorum unus mihi videtur XII tabularum libellus, si quis legum fontes et capita viderit, et auctoritatis pondere et utilitatis ubertate superare . . . . Quantum praestiterint nostri majores prudentia ceteris gentibus, tum facillime intelligetis, si cum illorum Lycurgo et Dracone et Solone nostras leges conferre volueritis. Incredibile est enim, quam sit omne jus civile praeter hoc nostrum inconditum ac paene ridiculum.

zu schwächen, sicherte denselben nur noch mehr, indem es das Gesetz immer weiter aus der subjektiven Nähe in eine objektive Ferne rückte.

#### 4. Sicherheit und Unabhängigkeit der Verwirklichung des Rechts.

Der Grundsatz der Unverletzlichkeit der *jura quaesita* — die Unabhängigkeit der Justiz, innere und äußere — Verhältniß der Polizei und Verwaltung zur Justiz.

XXVIII. Der Gesichtspunkt, der unsern bisherigen Ausführungen über den Selbständigkeitstrieb des Rechts (§. 25—27) zu Grund lag, war die Bethätigung desselben an der Rechtsbildung oder dem abstracten System der Rechtsätze, die Tendenz des Rechts also, den ihm innewohnenden Inhalt in möglichster Reinheit und Vollständigkeit aus sich herauszutreiben und objektiv-formell zu fixiren. Wir gehen jetzt zu einer andern Seite des Selbständigkeitstriebes über, der Bethätigung desselben an der Rechtsanwendung, also der Tendenz des Rechts, jenen abstracten Inhalt in concrete Wirklichkeit umzusetzen.

Ungehemmte Verwirklichung dieses seines Inhalts ist ein Anspruch, der mit dem Recht selbst geboren ist, oder richtiger nicht ein bloßer Anspruch, sondern es ist das Recht selbst, sein Wesen, seine Wahrheit. Diese seine Verwirklichung besteht aber in seinem Siege über das bloße Factum, das den Gegensatz zu ihm bildet, in der Ueberwindung des etwaigen Widerstandes, den die äußere Gewalt ihm entgegensetzen möchte; und da die Gewalt nur durch Gewalt überwunden werden kann, so wird damit vorausgesetzt, daß das Recht des physischen Uebergewichts sicher ist. Dieses Uebergewicht befindet sich nun im normalen Zustande immer auf Seiten des Staats gegenüber den Privatpersonen. Abgesehn also von Störungen dieses normalen Ver-

hältnisses ist die einzige Gewalt, die das Recht zu fürchten hat, die des Staates selbst; der Anspruch des Rechts auf ungehemmte Verwirklichung reducirt sich mithin darauf, daß die Staatsgewalt nicht in den Verwirklichungsprozeß des Rechts eingreife, ihm kein Hinderniß in den Weg lege. Die Garantie für die Erfüllung dieses Anspruches liegt im Recht selbst, in der moralischen Kraft, die dasselbe über das Gemüth des Volks ausübt; je nach dem Maße dieser moralischen Gewalt richtet sich das Maß der äußeren Sicherheit und Unabhängigkeit, deren sich das Recht zu erfreuen hat.

Es zeigt uns nun aber die Geschichte aller Völker Beispiele von Eingriffen der Staatsgewalt in die Rechtsordnung, und diese Erscheinung kann nicht einfach von uns als ein Verstoß gegen die Selbständigkeit des Rechts abgethan werden, sondern sie kann und muß uns zu der Frage führen: ob denn die Selbständigkeit des Rechts das absolut Höchste ist, ob nicht vielmehr das Recht diese seine Prätenston zu ermäßigen habe. Die Antwort darauf kann nicht zweifelhaft sein. Es gibt Lagen im Leben der Völker, wo eine Verletzung des Rechts als Akt der nationalen Selbsterhaltung erscheint, Fälle, wo Eingriffe der Staatsgewalt in die Rechtsordnung zur historischen Nothwendigkeit geworden sind, wo es gilt, wie beim Scheitern, das Geringere über Bord zu werfen, um das Werthvollere zu retten, — ich möchte sie die tragischen Momente im Leben des Rechts nennen. Auf einen solchen Nothstand stützen die Staatsstreiche, Revolutionen, die Aufhebung der *jura quaesita* durch die Gesetzgebung ihre Berechtigung. Wehe aber einer Zeit, die in solchen Lagen nicht bis zum äußersten am Recht festhält, die Rolle der Vorsehung, so zu sagen, ohne eine Aufforderung derselben sich aneignet. Nur die Ueberzeugung der unüberwindlichen historischen Nothwendigkeit kann das sittliche Gefühl mit der am Recht verübten Gewaltthat ausöhnen; ohne sie bedeutet jede Verletzung der Rechtsordnung einen frevelhaften Schlag auf den Baum des Rechts, der dasselbe in seinem innersten Mark, d. h. den

Glauben des Volks an die Unantastbarkeit und Heiligkeit des Rechts verletzt und erschüttert.

Fassen wir jetzt das ältere römische Recht ins Auge, so werden wir schon von vornherein, wenn wir uns der intensiven Gewalt, die die Rechtsidee über den römischen Geist ausübte, erinnern (B. I S. 302 u. fl.), einen Schluß auf die äußere Unabhängigkeit des Rechts wagen dürfen. Die Geschichte hat es uns nicht an Beispielen dafür fehlen lassen, wie empfindlich das römische Volk gegen eine Verletzung der Rechtsordnung war. Der Sturz des Königthums und Decemvirats läßt sich als die gewaltige Reaction des verletzten nationalen Rechtsgefühls gegen eine schändliche Nichtachtung von Privatrechten bezeichnen. Was der Druck eines strengen, unumschränkten, dem ganzen Volk fühlbaren Regiments nicht vermocht hatte, bewirkte sofort ein einzelner Person zugefügtes Unrecht.<sup>69)</sup> Daß nun im herben Contrast mit dieser Erscheinung „für das Volk selbst und den mit der Machtvollkommenheit des Volks bekleideten Inhaber der Staatsgewalt der Grundsatz der Unverletzlichkeit der Rechte gar nicht sollte existirt haben, daß der Begriff: „wohlerworbene Rechte,“ welche auch der Staat als solche zu respectiren verpflichtet wäre, dem Römer vollkommen fremd gewesen wäre“<sup>70)</sup> — dies ist wenigstens für das ältere Recht eine ganz entschieden unrichtige Behauptung. Wir können hier Bezug nehmen auf unsere Ausführungen am Ende des §. 26, und die dort mitgetheilten Aussprüche Cicero's über das Verhältniß des subjektiven Rechts zu der legislativen Gewalt des Volks. Es waren nicht Cicero's individuelle Ansichten von dem, was Recht sein

69) Ich erinnere ferner an die Vorgänge bei Erlaß der lex Poetelia Papiria Liv. VIII. 28: victum eo die ob impotentem injuriam unius ingens vinculum fidei.

70) Schmidt in der öfter angeführten Schrift S. 152. Wenn man einmal, wie der Verf. es thut, von der Idee ausgeht, daß die moderne Lehre von der Volkssouveränität aus dem römischen Recht stammt, so ergibt sich die im Text berührte Ansicht als nothwendige Consequenz.

folgte und mußte; in der aus seiner Rede pro Balbo (Num. 46) mitgetheilten Stelle wird vielmehr der Grundsatz der Unverletzlichkeit des subjektiven Rechts als einer der Hauptpfeiler der römischen Freiheit bezeichnet (*haec sunt enim fundamenta firmissima nostrae libertatis, sui quemque juris et retinendi et dimittendi esse dominum*) und das Alter desselben dem des römischen Namens gleichgestellt (*o jura praeclara atque divinitus jam inde a principio Romani nominis a majoribus nostris comparata*). Auch die übrigen dort mitgetheilten Aeußerungen Cicero's zeigen, daß er an eine allgemein verbreitete Rechtsansicht appellirt.

Eingriffe der gesetzgebenden Gewalt in die Rechte des Einzelnen hatten die Zwölf Tafeln ausdrücklich verboten,<sup>71)</sup> allein mehr als einmal mußte sich doch der römische Staat dazu verstehen, durch *novae tabulae* den unter seiner Schuldenlast erliegenden ärmern Theil des Volks wieder aufzurichten. Jene *novae tabulae* bezeichnen bekanntlich einen Eingriff der gesetzgebenden Gewalt in die bestehenden Schuldverhältnisse, sei es Erlass der rückständigen Zinsen oder Kürzung des Kapitals namentlich vermittelt vorgeschriebener Uurechnung der gezahlten Zinsen aufs Kapital u. s. w. Der hohe Zinsfuß des Alterthums in Verbindung mit Hemmnissen der Erwerbsfähigkeit, wie sie uns in der Ausdehnung unbekannt sind (namentlich den häufigen und für den Einzelnen kostspieligen Kriegen), machte ein so lawinenartiges Anschwellen der Schulden möglich, daß die Schuldner unter der Last erlagen und an eine endliche Abtragung der Schulden nicht denken konnten. Dieser Zustand bedeutete aber, wenn er, was ja gewöhnlich, in großer Ausdehnung bestand, die völlige, nicht bloß privatrechtliche, sondern auch politische

71) Die bekannte Stelle der XII Tafeln über die *privilegia*. Cicero de leg. III. 19: *leges praeclarissimae de XII tabulis translatae duae, quarum altera privilegia tollit... in privos homines leges ferri noluerunt i. e. enim privilegium; quo quid est injustius? quum legis haec vis sit, scitum est jussum in omnes? pro Sextio c. 30.*

Abhängigkeit eines bedeutenden Theils des Volks von einer verhältnißmäßig geringen Zahl von Wucherern und berührte damit das Interesse des Staats selbst in hohem Grade. Befreiung der Schuldner von jenem Joch oder Erleichterung der Last wenigstens insoweit, um ihnen die Möglichkeit der Tilgung durch eigne Thätigkeit zu gewähren, konnte daher unter Umständen ein Akt der Selbsterhaltung des Staats sein,<sup>72)</sup> und so haben auch die Römer selbst die Sache angesehen. Nicht also als eine Maßregel, die im Prinzip der Volkssouveränität schon ihre Rechtfertigung finde, sondern als ein durch die höchste Noth gebotenes Rettungsmittel,<sup>73)</sup> abgesehen von dieser Voraussetzung mithin als unverantwortliche Willkühr, als schreiendes Unrecht.<sup>74)</sup> Die Achtung der Gesetzgebung vor bestehenden

72) Ich verweise namentlich auf die ausführlichere Rechtfertigung dieser Maßregeln bei Niebuhr röm. Gesch. B. 2 S. 23 ff. (bei Gelegenheit der kicinischen Rogationen).

73) Cicero de republ. II. c. 34: . . . quum plebes publica calamitate impendiis debilitata deficeret, salutis omnium causa aliqua sublevatio et medicina quaesita est. Sueton Jul. Caesar c. 42.

74) Cicero de offic. II. c. 22: qui autem populares se esse volunt, ob eamque causam aut agrariam rem tentant, ut possessores suis sedibus pellantur aut pecunias creditas debitoribus condonandas putant, ii labefactant fundamenta reipublicae. . . . deinde aequitatem, quae tollitur omnis, si habere suum cuique non licet. Id enim est proprium civitatis atque urbis, ut sit libera et non sollicita suae rei ejusque custodia. Atque in hac pernicie reipublicae etc. Cicero hatte in den 10 Jahren, die zwischen der einen und andern Aeußerung lagen, schwerlich seine Ansicht verändert, wie Niebuhr annimmt (röm. Gesch. B. 1 S. 640 Note 1347), sondern die eine bezieht sich auf den weisen Gebrauch, die andere auf den Mißbrauch des Mittels. — Wie Schmidt S. 153 Anm. 1 darin, „daß das römische Recht die Aufhebung der Civilrechte durch einen Akt der Staatsgewalt als einen durch vis major oder casus herbeigeführten Rechtsverlust betrachte,“ eine Consequenz der von ihm dem römischen Recht supponirten Auffassung erblicken kann, ist mir völlig unbegreiflich. Ich sollte sagen, daß das Gegentheil nicht hätte klarer ausgedrückt sein können, denn vis major, casus bildet ja den Gegensatz zum Recht, jene Aufhebung wird dadurch also als eine gewaltsame bezeichnet.

Rechtsverhältnissen zeigt sich auch darin, daß die rückwirkende Anwendung der Gesetze gewöhnlich durch einen ausdrücklichen Zusatz<sup>75)</sup> ausgeschlossen war.

Dem bisherigen nach, und ich glaube auch hinzufügen zu dürfen, nach dem Totaleindruck des ganzen ältern Rechts wird man letzterem unmöglich den Grundsatz der Unverletzlichkeit der erworbenen Rechte absprechen können. Diese erste Anforderung des natürlichen Rechtsgefühls konnte einem Volke, bei dem das Rechtsgefühl so sehr seinen Halt und Inhalt in sich selbst fand, so stark pulsirte, wie bei dem römischen, unmöglich entgehen. Den Römern war die moderne Abstraction, daß das Einzelrecht seine ganze Existenz dem objektiven Recht verdanke, völlig fremd, und in einer Aufhebung der *jura quaesita* durch ein Gesetz konnten sie nicht einen völlig berechtigten Vorgang, sondern nur ein von Seiten des Volks dem Einzelnen zugesüßtes Unrecht erblicken.

Neben diesem bisher betrachteten Grundsatz kommt nun für die Unabhängigkeit der Verwirklichung des Rechts ein anderer Punkt in Betracht, der für diese Frage überall von entscheidender Bedeutung ist — die Garantie einer unabhängigen, gleichmäßigen und unbestechlichen Civil-Justiz.<sup>76)</sup> Die äußeren Einrichtungen der Gerichtsverfassung, die Formen des Verfahrens und das materielle Recht vermögen durch sich allein diese Garantie nicht zu verleihen, d. h. die moralische Integrität des Richterstandes nicht entbehrlich zu machen, aber wie sie selbst bei der moralischen Verderbtheit des Volks und folglich auch der Richter immer doch einen gewissen Schutz gewähren, so sind sie auch für moralisch unverdorrene Zeiten von hoher Wichtigkeit.

---

75) *3. B. Ne quis post hanc legem rogatam (L. pr. ad leg. Falc. (35. 2), ne quis posthac (L. 12 ad leg. Jul. de adult. (48. 5).*

76) Die eigenthümliche Beschaffenheit der Römischen Kriminaljustiz ist bereits früher (§. 25) entwickelt, auf letztere braucht daher an dieser Stelle keine Rücksicht mehr genommen zu werden.

Die Gerichtsverfassung kann von der Art sein, daß sie unbeeinträchtigte Einflüsse von Seiten der Staatsgewalt bald mehr, bald weniger ausschließt (Abseßbarkeit oder Unabseßbarkeit der Richter u. s. w.), daß sie die Richter sonstigen unbefugten Einflüssen bald in höherem, bald in geringerem Grade zugänglich macht (Einzelrichter, Richtercollegien, pekuniäre Situierung derselben u. s. w.), die Formen des Verfahrens von der Art, daß sie der Willkühr bald größeren, bald geringeren Spielraum gewähren. Das Ideal der Civilrechtspflege, das den ältern Römern vorschwebte, war eine Rechtsmaschine, d. h. sie charakterisirt sich durch die Eigenschaften der Sicherheit, unausbleiblichen Gleichmäßigkeit und folglich auch der Unfreiheit. Der Einfluß des individuellen Ermessens (und damit auch die Gefahr der Willkühr), den das spätere Recht in so weiter Ausdehnung zuließ, war im ältern Recht möglichst beschränkt; die bei der Prozedur thätigen Personen des Prätors und der Richter waren Stücke einer Prozeßmaschinerie, die sich unabänderlich in derselben Weise bewegte. Damit war zwar das rein Aeußerliche der Form gewahrt, aber welche Garantie bot diese Verfassung für die materielle Gerechtigkeit? Hinsichtlich der Person des Prätors bedarf es nur eines Blicks auf dessen Stellung und Functionen, hinsichtlich der Richter und zwar des Centumviralgerichts lege ich besonders Gewicht auf das numerische Moment, die collegialische Organisation desselben, hinsichtlich des Einzelrichters verweise ich theils auf den Stand der in die Listen eingetragenen Richter, theils auf den Einfluß, der den Partheien auf die Wahl des Richters eingeräumt war, hinsichtlich aller aber auf die Oeffentlichkeit der Rechtspflege und ihre Unabhängigkeit von irgend einer andern Macht, als der, die gerade umgekehrt eine Garantie bot — der öffentlichen Meinung. Die Theilung der Functionen zwischen Prätor und Richter, der das Charakteristische des spätern Formularprozesses ausmacht und in dem Verfahren dieser Periode, dem Legisactionen-Prozeß, schon ihren Ursprung hat, ist für unsern Gesichtspunkt auch

wohl nicht ohne Bedeutung, wenn sie auch durch denselben nicht veranlaßt ist.<sup>77)</sup> Jene Theilung gewährte insofern eine Garantie, als bis zu einem gewissen Grade der Prätor den Richter, der Richter den Prätor beschränkte und controllirte, keiner den Rechtsstreit ganz für sich allein in der Hand hatte. Den Ausschlag gab insofern immer der Richter, als er über den Erfolg des geführten Beweises zu erkennen hatte, und bei dem Einzelrichter mochte der Versuch der Bestechung noch am ersten zu besorgen sein. Einen wirksamen Schutz dagegen bot abgesehen von dem erwähnten Einfluß beider Partheien auf die Wahl die Bestimmung der Zwölf Tafeln, welche dem Richter, der sich hatte bestechen lassen, Todesstrafe androhte.<sup>78)</sup>

Zu wie hohem Grade auch das materielle Recht durch seine Gestaltung dazu beitrug, die Sicherheit und Gleichmäßigkeit der Rechtspflege zu fördern, darauf mag hier bereits hingedeutet werden; der nähere Nachweis muß der innern Charakteristik des materiellen Rechts vorbehalten werden, und ich verweise hier namentlich auf die Ausführungen über den Gleichheitstrieb (§. 29) und den Formalismus (§. 37) des ältern Rechts (s. auch §. 25).

Auf Grund der bisherigen Darstellung hin wird sich die Behauptung rechtfertigen, daß das ältere Recht in sich selbst sowohl wie in der zu seiner Verwirklichung bestimmten Staatsanstalt in hohem Grade die nöthigen Voraussetzungen zu einer sichern, gleichmäßigen Anwendung seiner selbst besaß. Aber Ein Punkt bleibt doch noch übrig, nämlich das Verhältniß der Rechtspflege zur Staatsgewalt, und hier bieten sich uns allerdings zwei bestrebende Erscheinungen dar, nämlich einmal die Sus-

77) Die heutzutage verlangte schroffe Trennung der Justiz und Administration war dagegen den Römern unbekannt, (Keller röm. Civilprozeß §. 1), wir werden bei dem vierten Kapitel des gegenwärtigen Abschnitts darauf zurückkommen, die weitere Ausführung aber dem dritten Buch vorbehalten müssen.

78) Gellius XX. c. 1.

Jhering, Geist d. röm. Rechts. II.

pendirung des civilprozeßualischen Verfahrens und Zwanges gegen die höhern Beamten während der Dauer ihres Amtes und sodann die unsern heutigen Ideen über die Unabhängigkeit der Justiz durchaus widerstrebende Zulässigkeit einer Einwirkung der Magistrate und Tribunen auf die Rechtspflege. Sie beruhte auf dem Veto, das denselben gegen die Verfügungen ihrer Collegen zustand, und insoweit, aber auch nur insoweit, als es sich um Verfügungen des Prätors in Rechtsangelegenheiten handelte, konnten sie dagegen ihren Protest einlegen.<sup>79)</sup> Nicht also gegen den Richterspruch; so wie die Sache an den Richter gekommen, war ihre Einwirkung ausgeschlossen, und den Richterspruch konnte in der ältern Zeit keine Macht der Erde rechtlich umstoßen, noch mochte der Richter selbst oder der Prätor ihn ändern oder zurücknehmen. Auch wird uns meines Wissens nirgends berichtet, daß in alter Zeit je von irgend einer Macht der Autorität eines richterlichen Urtheils entgegengehandelt wäre. Ein mittelbarer Einfluß der nicht mit der Rechtspflege betrauten Beamten auf die Instruction des Prozesses sowohl wie auf sonstige rechtliche Verfügungen des Prätors war also möglich, und es liegt kein

79) S. Puchta Curs. der Institut. B. 2. §. 180 a. G. In der temporären Abberufung des Richters von Seiten des Tribunen, die Cicero pro Cluentio c. 27 erwähnt, wird man schwerlich eine Beeinträchtigung des Richteramtes finden wollen. Sonst aber ist mir kein Fall bekannt, wo ein Tribun oder Magistrat in den Gang des Verfahrens vor dem Judex eingegriffen hätte (daß der Prätor vermöge seines Aufsichtsrechts es durfte [Keller Civilprozeß §. 68], steht damit nicht in Widerspruch). Die Stellen, die man anführt (Klenze Fragm. leg. Serv. p. 84 not. 5, Keller Civilprozeß S. 350 Anm. 979), sprechen gar nicht von Civilgerichten, sondern von *judiciis publicis*, die L. 58 de jud. (5. 1) freilich von ersteren, aber von einem *majus imperium in eadem jurisdictione*. Die lex Gall. cisalp. col. I. vers. 51 verbietet ausdrücklich die Intercession bei einem Civilverfahren. Zur Unterstützung möge noch angeführt werden, daß letztere bei einer *quaestio perpetua* mindestens entschieden verwerflich war (Geib Kriminalprozeß S. 289) oder wohl geradezu in der betreffenden lex verboten (s. z. B. lex Servilia c. 21).

Grund vor, ihn erst aus späterer Zeit zu datiren. Es vermindert sich aber das Gewicht dieser Eingriffe, wenn man bedenkt, daß sie nur negativer Art waren, die beabsichtigte rechtliche Verfügung zwar vertagen, aber nicht eine andere an deren Stelle setzen konnten, sowie daß dem Einspruch keine Rechtskraft zukam, so daß also nicht nur der Nachfolger im Amt, sondern der Urheber selbst ihn zurücknehmen konnte. Und sodann hatte die ganze Einrichtung nicht einen der Rechtspflege feindlichen Charakter, sondern umgekehrt den Zweck, ihr zu dienen, eine Partheilichkeit und Ungerechtigkeit des Prätors unschädlich zu machen. Im Anfange der Republik, als noch die Rechtspflege ausschließlich in den Händen der Patricier und den Einwirkungen des Partheiinteresses ausgesetzt war, mußte das Veto der Tribunen auch in seiner Anwendung gegen rechtliche Verfügungen patricischer Beamten für die Plebs unschätzbar sein.

Wie wenig die Römer in der That geneigt waren, das Gebiet der Justiz zu verkürzen oder sie in ihrer Selbständigkeit zu beeinträchtigen, zeigt sich schlagend an einem Punkt, der sonst der eigentliche Tummelplatz der Konflikte zwischen Staatsgewalt und Justiz zu sein pflegt, nämlich an dem Verhältniß der Justiz zur Polizei und Verwaltung. Während anderwärts die Polizei so leicht zu Uebergreifen in das Gebiet der Justiz inklinirt, hat sie in Rom umgekehrt einen beträchtlichen Theil ihres Gebietes an die Justiz abgetreten.<sup>80)</sup> Unsere heutigen Polizeicontraventionen<sup>81)</sup> bildeten nämlich in Rom, wenigstens der Mehrzahl nach, den Gegenstand eines ganz regulären Civilprozesses zwischen dem Contravenienten und dem öffentlichen Kläger (d. h. jedem aus dem Volk, der diese Rolle übernommen hatte). Der Prätor wie der Richter befolgten hier durchaus die strengen Grundsätze des Civilrechts, und der Staat oder das Volk,

80) Ueber den letzten historischen Grund dieser Erscheinung habe ich früher (B. 1. S. 186—188) meine Meinung geäußert.

81) Beispiele sind bereits an der citirten Stelle Note 97 angegeben.

als dessen Vertreter der Kläger gedacht wurde,<sup>82)</sup> ordnete sich also ganz der Justiz unter, kämpfte gegen den Beklagten mit völlig gleichen Waffen.

Dasselbe galt für einen der wichtigsten Zweige der Verwaltung, das Steuerwesen. Abgesehen nämlich von der Erhebung des Tributums nach dem Censur hatte der römische Staat bekanntlich das System der Verpachtung der öffentlichen Einkünfte, der Steuern, Zehnten, Zölle u. s. w.; was für den hier in Rede stehenden Gesichtspunkt die wichtige Folge hatte, daß an die Stelle des Staats oder seiner Beamten die Steuerpächter (*publicani*) als Steuererheber traten. Bei Streitigkeiten zwischen letzteren und den Steuerpflichtigen standen also nicht Staat und Privatperson, sondern zwei Privatpersonen sich gegenüber, die ihren Streit ganz im Wege des gewöhnlichen Civilprozesses zu erledigen hatten. Ein Eingreifen der Verwaltungsbehörde fand hier mithin nicht Statt, und am Ausgang des Prozesses hatte der Staat gar kein Interesse. Die einzige Vergünstigung, die den Publikenen ertheilt war, bestand in einer besonders privilegirten Klage (der *legis actio per pignoris capionem*), eine Vergünstigung, die für das Verhältniß unentbehrlich und auch andern Forderungen beigelegt war, und die andererseits durch die Straflage, die der Gegenparthei für den Fall einer unrechtmäßigen Erpressung von Seiten der Publikenen gegen sie gegeben war, reichlich aufgewogen wurde.<sup>83)</sup> An Einfluß und Macht war freilich der eine Theil dem andern unendlich überlegen, und es ist bekannt, daß dies faktische Uebergewicht der Publikenen zur Zeit des Verfalls die rechtliche Gleichheit wenigstens in den Provinzen oft illusorisch machte.<sup>84)</sup>

82) In manchen Gesetzen, die eine solche *actio popularis* einführten, hieß es geradezu: *populo dare damnas esto* und sodann *ejus pecuniae petitio ei sit, qui volet*.

83) Ueber diese Klagen s. Cicero in *Verrem* III. 11, Gaj. IV. §. 28. 32. Tit. Pand. de publ. (39. 4).

84) *Quantae audaciae*, ruft Ulpian für seine Zeit aus (L. 12 pr. de

Für die jetzige Periode und für Rom und Italien werden wir dies nicht annehmen dürfen, jedenfalls kann dadurch das Interesse der Einrichtung, um die es sich hier handelt, die rechtliche Unterordnung eines großen Theils des Steuerwesens unter die Justiz nicht vermindert werden.

Eine andere für den Gesichtspunkt, den wir hier verfolgen, höchst charakteristische Erscheinung ist die Vorliebe der Römer, Streitigkeiten, die an und für sich gar keine civilrechtliche Bedeutung hatten, auf dem Wege des Civilprozesses zur Entscheidung zu bringen. Die sponsio praejudicialis, die prozessualische Wette, gab hierfür eine Form von unbegrenzter Weite; das Anerbieten einer solchen Sponfion brauchte allerdings nicht angenommen zu werden, enthielt aber doch eine Art von moralischem Zwang. Wir finden nun nicht bloß, daß Privatpersonen sich dieses Mittels bedienten, sondern auch Beamte unter sich,<sup>85)</sup> Beamte gegen Privatpersonen<sup>86)</sup> und umgekehrt letztere gegen jene, um durch gerichtliche Erhärtung irgend eines vorgeschützten Entschuldigungsgrundes den Lauf einer gegen sie verhängten Maßregel zu sistiren.<sup>87)</sup> So diente dies Mittel namentlich auch dazu, um den Grund oder Ungrund gemachter Beschuldigungen zu constatiren, Jemanden auch ohne oder noch vor dem *judicium publicum* eines Verbrechens zu überführen, staatsrechtliche Streitigkeiten zur Entscheidung zu bringen u. s. w.<sup>88)</sup>

Die Neigung der Römer für die Ausdehnung des civilprozessualischen Prinzips, die sich hierin so recht ausdrückt,

---

public.) *quantae temeritatis sint publicanorum factiones, nemo est qui nesciat; iccirco Praetor ad compescendam eorum audaciam hoc edictum proposuit.*

85) Der bekannte Fall bei Valer. Max. II. 8. 2 über den Anspruch auf einen Triumph.

86) Liv. III. 56, 57.

87) Val. Max. VI. 1. 10.

88) Keller Civilprozeß §. 26 und die dort citirten Semestria desselben.

ging aber nicht so weit, daß die Beamten die Bestreitung ihrer Kompetenz oder die angefochtene Rechtmäßigkeit ihrer Verfügungen der richterlichen Cognition hätten unterwerfen müssen. Für sie, die von dem gewöhnlichen Gerichtsbanne erimirt waren, gab es eine andere Instanz, theils die Volksversammlung, wenn es sich um Aufsechtung ihrer Straferkenntnisse oder nach Niederlegung ihres Amtes um Verantwortung wegen Mißbrauchs ihrer Gewalt handelte, theils und zwar bei Verfügungen aller Art die Intercession ihrer Kollegen — Garantien von so wirksamer Art, daß die Verschließung des gewöhnlichen Civilrechtsweges dagegen gar nicht in Betracht kam. Hierzu gesellte sich noch der Grundsatz, daß die Verfügungen der Beamten der Rechtskraft ermangelten, also von ihrem Urheber sowohl wie vom Nachfolger zurückgenommen werden konnten und die Durchführung derselben zwar den factischen, nie aber den rechtlichen Verlust eines Privatrechts zur Folge haben konnte — ein Grundsatz, der uns im dritten Buch bei Gelegenheit des prätorischen Rechts ausführlich in Anspruch nehmen wird, und auf den wir daher, so sehr wir ihn hier bereits betonen möchten, doch an dieser Stelle nicht weiter eingehen.

## II. Der Gleichheitstrieb.

Factische und rechtliche Gleichheit — Das Generalisirungssystem — Rechtliche Verschiedenheiten und Ungleichheiten vor dem Gesetz — Wesen der altrömischen Gleichheit — Aeußerungen derselben im öffentlichen und Privatrecht — Unterschiede der Personen und Sachen — Stellung des Richters — Berechnung der Zeit und des Schadensersatzes — Bleibende Bedeutung des Gleichheitstriebes für das römische Recht.

XXIX. Der zweite und dritte von unsern Grundtrieben tragen die Namen jener Zwillingsworte, die seit mehr als einem halben Jahrhundert die Welt in Bewegung setzen — einst das

Lofungswort der Edelsten und Besten, bald das Feldgeschrei gerade der wildesten Massen. Bedeckt vom Staube der Straßen, noch rauchend von Blut, die verworrensten Vorstellungen von der einen, die gehässigsten Erinnerungen von der andern Seite erweckend, sind sie für den historischen Gebrauch wenig zu empfehlen; das ganze Getöse der Gegenwart, dem wir sonst auf unserm Gebiete so weit entrückt sind, schallt mit jenen Worten zu uns hinüber. Und doch können wir jene Worte nicht entbehren, und doch können wir uns durch alle den schönsten Mißbrauch und Frevel, den man mit ihnen getrieben hat und treibt, nicht abhalten lassen, uns freudig zu ihnen zu bekennen, in ihnen die höchsten und edelsten Ideen zu preisen, die das Recht sein nennt, und Diejenigen zu bedauern, deren Seele für jene großen Gedanken zu eng ist. Aber um so mehr thut es Noth, uns über den Sinn zu verständigen, in dem dieselben allein eine Berechtigung in Anspruch nehmen können; um so mehr wollen wir die Gelegenheit benutzen, vom römischen Volk zu lernen, wie ein charaktervolles und politisch reifes Volk diese Ideen auffaßt und welche Früchte sie hier tragen — der sicherste Weg, um vor dem hohlen Freiheits- und Gleichheitsgeschrei einen unüberwindlichen Ekel zu bekommen.

Wie in der physischen Welt die Natur, so producirt in der moralischen Welt die Geschichte tagtäglich Ungleichheiten; je mehr Kraftentwicklung, um so bunter die Mannigfaltigkeit. Darin besteht das Leben in der Natur und der Geschichte, daß beide aus der geringen Zahl der Elemente, mit denen sie begonnen haben, einen unendlichen Reichthum der mannigfaltigsten Gebilde hervorbringen. Diese Mannigfaltigkeit und Ungleichheit hinwegwünschen, hieße Natur und Geschichte zum Stillstand, zum Tode verdammen. In Bezug auf die Natur wird Niemand einen solchen Wunsch hegen, aber hinsichtlich der moralischen Welt ist derselbe bereits zu verschiedenen Zeiten laut geworden. Alle jene Ungleichheiten in der Stellung der Menschen, die das unvermeidliche Resultat der Geschichte sind, z. B.

in Rang, Stand, Vermögen u. s. w. hat man als Widersprüche gegen die wahre Freiheit und Gerechtigkeit angesehen und verlangt, daß sie dem Prinzip der abstracten Gleichheit aller Menschen weichen sollten. Den ersten historisch bekannten Versuch zur praktischen Realisirung einer solchen Auffassung enthielt die lykurgische Gesetzgebung. Lykurg wollte die effektive Gleichheit von Spartas Bürgern, d. h. eine Gleichheit derselben nicht bloß in ihren Rechten, sondern eine persönliche und sociale, also in ihrer Erziehung, Bildung, Lebensweise, ihrem Vermögen u. s. w. Eine solche gesetzlich erzwungene Gleichheit ließ sich nur errichten auf dem Grabe der Freiheit, sie war die äußerste Tyrannei unter republikanischem Deckmantel, die bitterste Satire auf die wahre Freiheit, denn sie hob das ureigenste Recht des Subjekts auf freie Entfaltung seiner Individualität völlig auf.

Es war dasselbe Mißverständniß der Gleichheit, das in der neuern Geschichte sich in dem Bauernkriege in so schrecklicher Gestalt wiederholte, und später mit der französischen Revolution sein blutiges Spiel von neuem begann.

Worin liegt das Mißverständniß? Dürfen wir das Prinzip der Gleichheit überhaupt anerkennen, oder ist es nicht von vornherein aufzugeben, da ja die Geschichte demselben faktisch die Anerkennung versagt? Die Antwort darauf kann uns das römische Volk erteilen. Die Gleichheit, die die Römer wollten, hat mit der des Lykurg und unserer heutigen Gleichheitsapostel nichts gemein; letztere würden sich im alten Rom ebenso enttäuscht und unbehaglich gefühlt haben, wie es ihnen im freien England und Amerika zu ergehen pfllegt.

Die römische Gleichheit geht Hand in Hand mit der wahren Freiheit und darum auch mit dem auf Ungleichheiten gerichteten Bildungstribe der Geschichte, ja sie läßt sich als Ausfluß der Freiheit selbst betrachten. Frei soll sich in Rom entwickeln alles, was Lebenskraft in sich trägt, und daß nicht Eine Kraft hier auf Kosten der andern künstlich d. h. durch Gesetz bevor-

zugt werde, das ist es, was die römische Gleichheit will. Die Ungleichheit des Resultats, die die natürliche Folge der Verschiedenheit der Kräfte ist, oder die durch die Zwecke des Staats bedingt wird, hat für die Römer nichts Verlegendes. Ungleichheit in der Lebensstellung, Rang, Stand, Ehre, politischem Einfluß, Vermögen u. s. w. erschien dem Römer nicht als ein Verstoß gegen das republikanische Prinzip. Willig zollte er jenen Vorzügen seine Achtung, und von einem Haß gegen die Besitzenden, dieser traurigen Erscheinung der heutigen Zeit, findet sich keine Spur. Der Grund lag darin, daß diese Verschiedenheiten in Rom das natürliche Produkt freier Entwicklung waren. Wo sie dies sind, haben sie nichts Gehässiges; sie können nur da in einem solchen Lichte erscheinen, wo sie durch künstliche Mittel d. h. durch Privilegien hervorgerufen oder geschützt sind, wo also das Uebergewicht des Einen durch eine Zurücksetzung des Andern bewerkstelligt ist. Hier kann allerdings das an sich völlig berechtigte Gefühl der Gleichheit, durch die Mißachtung, die es erfährt, gestachelt, sich in Haß und Groll gegen die Besitzenden verkehren, das Phantom der falschen, widersinnigen Gleichheit bei den Massen Eingang finden, während ein wahrhaft freies Volk von demselben nichts zu befürchten hat.

Die Gleichheit vor dem Gesetz ist durch die Idee der Gerechtigkeit geboten; das seiner Natur nach Gleiche soll auch vom Gesetz gleich behandelt werden. Aber was ist gleich? Das ältere römische Recht strebt nicht weniger wie das neuere, die Gleichheit (*aequum jus, aequitas*)<sup>89)</sup> herzustellen, aber wie unendlich verschieden ist die *aequitas* im Sinne des neuern Rechts von der im Sinne des ältern (in jenem Sinn, in welchem Tacitus<sup>90)</sup> die

89) *Aequitas, quae paribus in causis paria jura desiderat.* Cicero *Topic.* c. 4.

90) *Annal.* III. 27. In demselben Sinn, in welchem Liv. III. 34 die Decemviren von den XII Tafeln sagen läßt: *se omnibus summis infimisque jura exaequasse.*

Zwölfstafel-Gesetzgebung *finis aequi juris* nennt)! Hat doch das spätere Recht diesen Ausdruck ausschließlich für sich in Anspruch genommen, und ist er es doch gerade, mittelst dessen dasselbe sich als billiges Recht zu dem strengen (*strictum jus*) der ältern Zeit in Gegensatz stellt. Das Urtheil, welches die spätere Zeit über letzteres fällt, ist in dem bekannten Satz: *summum jus, summa injuria* ausgedrückt, der Vorwurf nämlich, daß die Gleichheitstendenz des ältern Rechts in Wirklichkeit die äußerste Ungleichheit zur Folge gehabt habe. Die Billigkeit des spätern Rechts würde dagegen der ältern Zeit als eine aus übertriebener Milde hervorgegangene Abweichung von der wahren Gleichheit haben erscheinen müssen, während sie umgekehrt einem verweichlichten Billigkeitsgefühl, vielleicht stellenweise noch den Eindruck einer zu großen Strenge machen könnte.<sup>91)</sup>

Welche Bewandniß hat es nun mit dieser Gleichheit, woher die Erscheinung, daß trotz des gleichmäßigen Strebens aller Zeiten, die Gleichheit im Recht herzustellen, doch die Resultate so unendlich variiren? Dies hat nicht bloß darin seinen Grund, daß die Gegenstände selbst, die, wenn ich so sagen darf, auf der Wage der Gerechtigkeit gewogen werden sollen, ihr Gewicht im Lauf der Zeit verändern, daß Unterschiede, die in früher Zeit kaum wahrnehmbar waren, späterhin groß und bedeutend geworden sind, sondern auch und vor allem darin, daß Wage und Gewicht der verschiedenen Zeiten so außerordentlich differiren. Auf Unterschiede, die, gemessen mit der feineren Wage dieser Zeit, sich als sehr beträchtlich herausstellen, wird die rohe Wage jener Zeit kaum reagiren.

Der Weg, auf dem ein jedes Recht die Gleichheit verfolgt

91) Die Relativität des Begriffs der Billigkeit ist von Thöl in seiner Einleitung in das deutsche Privatrecht §. 18 mit gewohnter Schärfe und Klarheit hervorgehoben worden; nirgends wohl fand er bei seiner höchst anerkanntenswerthen Antipathie gegen alle unklaren Vorstellungen ein so dankbares Objekt für seine Thätigkeit, einen solchen Augiasstall vor, als bei dem Kapitel von der Billigkeit.

und verfolgen muß, ist Generalisirung<sup>92)</sup> d. i. Bildung von Klassen und Aufstellung von Regeln für dieselben. Dabei ist aber die Gefahr, daß das wirklich Ungleiche gleich behandelt wird, gar nicht zu vermeiden. Möge das Recht bei dieser Generalisirung auch immer engere und engere Kreise ziehen, immer weiter hinabsteigen in die Besonderheiten:<sup>93)</sup> jene Gefahr ist nie ausgeschlossen. So wie die Generalisirung relativ zu weit ist, stellt sich der Conflict der Gleichheitsidee mit sich selbst d. i. die Unbilligkeit heraus, d. h. das wirklich Ungleiche wird als gleich behandelt, weil die kleine Differenz, die es ungleich macht, im Gesetz nicht beachtet war. Dies ergibt sich gewöhnlich zuerst an einem einzelnen Fall, an dem jene Differenz in besonders auffälliger Weise sich bemerklich macht. Möge nun dieser Fall auch zur Aufstellung einer neuen für die Zukunft geltenden Regel Veranlassung geben: er selbst wird noch der alten Regel zum Opfer fallen, wenn nicht das Recht hier eine Vorrichtung hat, seine eigne an sich anwendbare Vorschrift außer Kraft zu setzen — eine Selbstcorrektur des Rechts auf dem Wege des Individualisirens. Hat ein Recht sich einmal das Ziel gesetzt, jenen Conflict der Gleichheitsidee mit sich selbst, die Unmöglichkeit einer „Unbilligkeit“ nicht zu dulden, so bleibt allerdings kein anderes Mittel übrig. Die Anwendung desselben läßt sich in verschiedener Weise denken. Der Gesetzgeber kann sich das Individualisiren selbst vorbe-

92) Oder wie Höla. a. D. §. 37 es nennt: Klassificirung.

93) Man könnte dies das Partikularisiren, die entgegengesetzte Richtung des Rechts das Centralisiren nennen — zwei allerdings sehr relative Begriffe, aber zur historischen Charakteristik unentbehrlich. Verwandt mit dem Partikularisiren ist der Richtung nach das Individualisiren, von dem nachher im Text die Rede ist, dem Begriff nach aber sehr verschieden, denn es bildet ja den Gegensatz zum Generalisiren. Wo nichts darauf ankommt, beide in Gegensatz zu stellen, kann man gern den Sprachgebrauch, der beide unter dem einen Ausdruck Individualisiren zusammenfaßt, beibehalten, denn letzterer bezeichnet ja die Steigerung der partikularisirenden Richtung über sich selbst hinaus, involviret also letztere.

halten<sup>94)</sup> oder auch dem Richter das Recht dazu einräumen, sei es in der Weise daß er von vornherein der Regel eine Dehnbarkeit gibt, die dem richterlichen Ermessen einen völlig freien Spielraum läßt, wo also die Regel selbst gewissermaßen dem Individuellen sich anschmiegt; oder in der Weise, daß dem Richter unter gewissen Voraussetzungen, Beschränkungen und Garantien gestattet ist, sich über die Regel hinwegzusetzen, also legislative Function für den einzelnen Fall auszuüben.<sup>95)</sup> Immer bleibt aber dies Mittel insofern ein höchst gewagtes und bedenkliches, als die rechtliche Beurtheilung damit den festen Boden der objectiven Rechtsregel verläßt und sich dem schwankenden Element subjektiver Eindrücke anvertraut, einem Element, das recht eigentlich das der bewußten oder unbewußten Willkühr ist.<sup>96)</sup> Im römischen Privatrecht<sup>97)</sup> tritt diese individualisirende Tendenz erst mit dem dritten System auf, dem Geist des ältern Rechts widerstrebt sie durchaus, und der Eingang ist ihr hier nach allen Seiten versperrt. Weder soll der Gesetzgeber im einzelnen Fall Ausnahmen von dem Gesetz anordnen oder eine besondere Norm für denselben aufstellen,<sup>98)</sup> noch darf der Richter (der Prätor so

94) Constantin. L. 1 Cod. de leg. (l. 14) Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere. Das Recht der Begnadigung u. s. w.

95) Diesen Weg einer Mittelstraße zwischen rein richterlicher und rein legislativer Thätigkeit schlug bekanntlich in späterer Zeit die prätorische Jurisdiktion ein (Ertheilung von *res. in integrum*, *Exceptionen*, *Verweigerung von Klagen* u. s. w.) und die römische Jurisprudenz bestärkte den Prätor darin und ertheilte ihm Rathschläge und Aufforderungen in Bezug auf eine derartige Wirksamkeit.

96) Was die römische Jurisprudenz sich nicht verhehlte und verhehlen konnte; s. z. Paulus in L. 91 §. 3 de V. O. (45. 1) . . . esse hanc quaestionem de hono et aequo, in quo genere plerumque sub juris auctoritate perniciose erratur.

97) Ueber das Kriminalrecht s. oben S. 42 ff.

98) Die XII Tafeln enthielten eine ausdrückliche, hierauf bezügliche Be-

wenig wie der *judex*) sich im einzelnen Fall über das Gesetz hinwegsetzen, noch auch war der ganze Zuschnitt des ältern Rechts von der Art, daß dem richterlichen Ermessen ein großer Spielraum gelassen wäre. Unter dem Deckmantel der Billigkeit hätte ja die Willkühr und Partheilichkeit sich geltend machen können, und lieber opfert das ältere Recht die ganze Billigkeit, setzt sich also der Eventualität aus, daß seine Gleichheit im einzelnen Fall zur äußersten Ungleichheit führt, als daß es jene Gefahr bestehen ließe. Den alten Römern erschien ihrer ganzen Individualität nach jene Möglichkeit in einem ganz andern Lichte, als uns heutzutage; die eiserne Consequenz, die in der Gleichheit sich ausspricht, hatte als solche für sie etwas Impo- nirendes, machte ihnen die Resultate, zu denen sie führte, er- träglich, und mit der vermeintlichen „Unbilligkeit“ einer Ent- scheidung konnte auch den Betroffenen der Gedanke versöhnen, daß die Gerechtigkeit selbst es so mit sich bringe. Auch für das Rechtsgefühl gibt es eine Abhärtung und Verweichlichung, und die Römer waren am wenigsten das Volk, das, wo es große Zwecke galt, zurückgebebt wäre, denselben die Rücksichten auf individuelles Wohl zu opfern. Die unausbleibliche Verwirk- lichung des Gesetzes, die Ausschließung jeglicher Partheilichkeit und Willkühr, das waren Gedanken von solcher Gewalt über das römische Gemüth, daß die etwaigen Nachtheile, die mit dem System verbunden waren, dagegen gar nicht in Betracht kamen.

Darum also — und dies ist ein charakteristischer Zug des ältern Rechts im Gegensatz des neuern — rücksichtslose Herrschaft der Abstraction, ausschließliche Gültigkeit des Systems der Generalisirung, entschiedene Abneigung gegen alles Individualisiren im Recht.

stimmung: Cicero *pro domo* c. 17: *vetant XII tabulae leges privis hominibus irrogari*, *pro Sextio* c. 30. *de legib.* III. c. 19: *privilegia tollit*.

Ist damit nun schon der Gleichheit vor dem Gesetz ein Genüge geschehen? Gewiß nicht, denn es liegt ja auf der Hand, daß der Gesetzgeber, wenn es ihm auch verwehrt ist, im einzelnen Fall eine Ungleichheit, eine Ausnahme von der Regel eintreten zu lassen, dadurch doch an der Einführung einer generellen Ungleichheit vor dem Gesetz, z. B. durch gesetzliche Bevorzugung oder Zurücksetzung gewisser Stände nicht behindert wird. Es führt mich dies auf einen wichtigen Unterschied, nämlich auf den, wie ich ihn ausdrücken möchte, der rechtlichen Verschiedenheiten und rechtlichen Ungleichheiten. Daß das Gesetz an gewisse natürliche Unterschiede der Menschen und Sachen rechtliche Verschiedenheiten knüpfen darf und soll, wird, namentlich wo es sich um rein privatrechtliche Beziehungen handelt, sofort einleuchten. Die Stellung der Frau bedingt andere Rechtsätze, als die des Mannes, das Kind kann rechtlich nicht dem Erwachsenen gleich behandelt werden, und die natürliche Verschiedenheit des Gegenstandes, z. B. die Eigenschaft der Beweglichkeit oder Unbeweglichkeit wird gleichfalls auf das Recht nicht ohne Einfluß bleiben können. In politischer Beziehung gilt ganz dasselbe, und es gehört der gänzliche Mangel politischer Einsicht und historischer Kenntnisse dazu, um dies zu verkennen. Von diesen rechtlichen Verschiedenheiten unterscheide ich nun Ungleichheiten vor dem Gesetz und verstehe darunter Abweichungen von der Regel des Rechts, die nicht durch objektive Gründe, sei es durch das Staatswohl oder durch innerliche Verschiedenheiten geboten sind, sondern lediglich das subjektive Interesse eines Standes oder einer Klasse von Personen zum Gegenstande haben, eine Bevorzugung<sup>99)</sup> desselben auf Kosten anderer enthalten, und deren letzter Grund also nur in dem Uebergewicht des Einflusses besteht, den dieser Stand auf die

99) Der Kürze wegen habe ich im Text nur auf Bevorzugungen (s. g. *privilegia favorabilia*) Rücksicht genommen; was von ihnen gesagt ist, gilt aber ebenso wohl von Zurücksetzung (s. g. *privil. odiosa*).

gesetzgebende Gewalt auszuüben und in seinem egoistischen Interesse auszubeuten verstand.

Daß sie einen Verstoß gegen die Idee der Gerechtigkeit enthalten, eine Partheilichkeit und Willkühr, die mit der des Richters auf völlig gleicher Stufe steht, ist unschwer zu ersehen. Soll der Richter Niemanden bevorzugen, wie dürfte es der Gesetzgeber? Auch er soll seine Macht nur im Dienst der Gerechtigkeit benutzen; wie könnte Gleichheit das höchste Gesetz und das Ziel der richterlichen Gewalt sein, wenn sie es nicht schon für den Gesetzgeber selbst wäre?

Dieser Unterschied zwischen rechtlichen Ungleichheiten und Verschiedenheiten ist nun nicht bloß in der Idee begründet, sondern er lebt auch im Gefühl der Völker. In der Anwendung desselben können sie freilich sehr divergiren; was dieser Zeit als eine durch innere und äußere Gründe gebotene rechtliche Verschiedenheit erscheint, darin findet eine folgende vielleicht eine schreiende Ungleichheit vor dem Gesetz. Der Grund dieser Differenz ist einmal ein objektiver, nämlich die Verschiedenheit der historischen Voraussetzungen; mit letzteren selbst steht und fällt die relative Berechtigung eines Instituts. Sodann aber ist der Grund auch ein subjektiver, nämlich die verschiedene Reizbarkeit und Empfänglichkeit des nationalen Rechtsgefühls. Es hat vielleicht nie ein Volk gegeben, bei dem dieselbe einen so hohen Grad erreicht hätte, als bei den alten Römern. In ihrer Abneigung gegen jede Ungleichheit vor dem Gesetz gingen sie so weit, daß sie selbst natürlichen Unterschieden, die wohl überall rechtliche Beachtung gefunden haben, dieselbe versagten oder wenigstens möglichst eng zumassen. Darum kennt das ältere Recht nicht bloß kein einziges Vorrecht, kein eigentliches Privilegium eines einzelnen Standes<sup>100)</sup> (von den Patriciern und Plebejern wird gleich die Rede sein), sondern dasselbe nimmt

100) Daß die Ehrenrechte der weltlichen und geistlichen Beamten damit nicht in Widerspruch stehen, braucht wohl kaum bemerkt zu werden. Was sonst an Privilegien sich etwa aufführen ließe, wird unten berücksichtigt werden.

auch auf besondere Lebenslagen (z. B. Abwesenheit, Armuth u. s. w.) gar keine Rücksicht. Es ist unter diesem Eindruck des ältern Rechts, daß Livius in der oben angeführten Stelle die Decemviren sagen läßt: *se omnibus summis infimisque jura exaequasse*. Die strenge Regel, die einmal gilt, schreckt vor keinem Verhältniß zurück (z. B. die Personalexecution geht gegen Verwandte mit derselben Härte, wie gegen Fremde), Ausnahmen sind dem ältern Recht fast gänzlich unbekannt.

Der Gleichheitstrieb desselben äußert sich also — und dies ist das zweite Moment zu seiner Bestimmung — auch darin, daß dasselbe bei seiner Generalisirung die möglichste Allgemeinheit und Weite erstrebt, sich möglichst wenig zum Particularisiren herabläßt. Während andere Rechte z. B. das germanische mehr das Moment der Partikularität und Besonderheit ins Auge fassen, und darüber das der Gemeinsamkeit aus dem Auge verlieren, macht das ältere römische Recht es gerade umgekehrt. Wenn wir nun den Gleichheitstrieb des ältern Rechts als eine charakteristische Eigenschaft desselben bezeichnet haben, so bedarf der Sinn, in dem hier der Ausdruck Gleichheit genommen wird, dem bisherigen nach die nähere Bestimmung, daß es nicht die wahre und ächte Gleichheit ist, jene Gleichheit, die sich eben dadurch als solche bewährt, daß sie den Verschiedenheiten gerecht wird, daß sie partikularisirt und individualisirt — sondern eine mechanische Gleichheit, bei der sich die innern Verschiedenheiten der rücksichtslosen Durchführung allgemeiner Abstractionen fügen und beugen müssen.

Nachdem wir jetzt das Wesen der ältern Gleichheit im Allgemeinen bestimmt haben, wird es an der Zeit sein, das Walten derselben im Einzelnen etwas näher ins Auge zu fassen und zwar zuerst in politischer, sodann in privatrechtlicher Beziehung. In beiderlei Rücksicht war die Geschichte des Kampfes der Patricier und Plebejer höchst bedeutungsvoll, und wie es denn fast keine Seite der ältern Rechtsgeschichte gibt, auf der dieser Kampf

nicht seine Spuren zurückgelassen hätte, so glaube ich auch bei der vorliegenden Frage eine solche Spur zu entdecken. Der Druck, mit dem das patricische Uebergewicht so lange auf den Plebejern gelastet, hatte nothwendigerweise einen eben so starken Gegen- druck hervorrufen müssen, die bitter empfundene Ungleichheit hatte das Gleichheitsgefühl nur um so höher span- nen müssen, höher, als es ohne dieses Reizmittel vielleicht der Fall gewesen sein würde.

Eine solche Spannung kann so weit getrieben werden, daß die Saite reißt, und namentlich ist dies der Fall, wenn ein plötzlicher, gewaltsamer Umschwung erfolgt. Wenn dies in Rom nicht geschah, wenn jenes Gefühl hier nicht in einen sol- chen Gleichheitschwindel und eine wilde Nivellirungssucht aus- artete, wie die Gegenwart sie hat kennen lernen, so erblicke ich den Grund nicht bloß in dem Charakter und der politischen Bildung des römischen Volks, sondern ebenso sehr in dem lang- samem, höchst allmählichen Verlauf jenes ständischen Ausglei- chungsprozesses. Was die Plebs wollte und erreichte, war rechtliche Gleichstellung mit den Patriciern, Aufhebung der Standes-Privilegien; fremd aber war dem Römer die Vor- stellung, als dürfte es im Staat keine Höhen und Tiefen geben, keine Gliederung der Gewalt, keine Ueberordnung und Unter- ordnung. Unendlich hoch ragte vor wie nach Zulassung der Plebejer zu den Magistraturen der Inhaber einer solchen über den einfachen Bürger hervor, sowohl hinsichtlich seiner Macht, um die ihn mancher constitutionelle Fürst hätte beneiden können, als hinsichtlich der Achtung und Ehre, die er genoß. Dasselbe Volk, das so eben aus seiner Mitte einen Magistrat gewählt hatte, huldigte ihm gleich darauf als Beamten mit aller Ehr- erbietung und Unterwürfigkeit, und die königliche Hoheit und Würde, die manche Beamten in ihr Benehmen gegen das Volk zu legen wußten, und die geborner Herrscher würdig gewesen wäre, wirkt von der andern Seite ein nicht minder charaktari-

stisches Licht auf das Verhältniß, in dem sie zum Volk zu stehen glaubten.

Einen anderweitigen sprechenden Beleg für die gesunde Beschaffenheit des politischen Gleichheitsgefühls der Römer gewährt die Fortdauer der servianischen Verfassung während der gegenwärtigen Periode. Dieselbe war bekanntlich eine Timokratie, und der Gedanke der Gleichheit kam in ihr in der Weise zur Anwendung, daß ein jeder in demselben Maße politische Rechte auszuüben hatte, in dem er an den Lasten des Staats participirte — ein Grundsatz, der natürlich eine große Ungleichheit in den politischen Rechten zur Folge hatte. Allerdings bestanden neben den auf dieser Verfassung beruhenden Centuriatcomitien auch die auf das Prinzip der Kopfzahl gegründeten Tributcomitien, allein das Uebergewicht des politischen Einflusses, die eigentlich bestimmende Kraft war doch lange entschieden auf Seiten der ersteren, denn außer der gesetzgebenden Gewalt, die beiden gemeinschaftlich war, und dem Uebergewicht in der Kriminaljurisdiktion besaßen die Centuriatcomitien ausschließlich das Recht, die curulischen Magistrate zu wählen, über Krieg und Frieden zu entscheiden.

Andererseits bewährte sich die von den Plebejern errungene politische Gleichheit in glänzender Weise daran, daß seit Gleichstellung der Stände auch dem geringsten Plebejer rechtlich kein Hinderniß im Wege stand, die höchsten Stufen der Staatsverwaltung zu erklimmen und sich und sein Geschlecht durch eigenes Verdienst zu nobilitiren. Der Zuwachs seines Vermögens, den er durch Sparsamkeit und Betriebsamkeit herbeigeführt hatte, brachte ihn aus einer niedern in eine höhere Censussklasse, mit dem Vermögen mehrte sich sein politischer Einfluß, durch Auszeichnung im Felde oder daheim konnte er die Augen des Volkes auf sich ziehen und durch dessen Gunst zu den höchsten Ehrenstellen getragen werden. Auch in Rom wie überall bestimmte nicht persönliche Tüchtigkeit allein die Erfolge des Ehrgeizes; auch hier übte die Vergangenheit d. h. das Geschlecht, sociale Stellung,

Reichthum, Verbindungen u. s. w., kurz Vorzüge, die Jemanden schon durch die Geburt zufallen können, faktisch einen ungeheuren Einfluß aus und erschwerten demjenigen, dem sie abgingen, die Concurrnz im hohen Grade. Aber rechtlich war ihm diese Concurrnz möglich; jenes Uebergewicht ließ sich durch Glück, Energie, Tüchtigkeit paralyßiren und ward, anstatt ein Hemmniß der wahren Kraft, nur ein Sporn zur gesteigerten Anspannung derselben.

Wie hier den Niedern kein rechtliches Hinderniß in seinem Laufe hemmte, so hielt umgekehrt auch kein künstliches Mittel den Hochgestellten auf seiner Höhe; sich auf derselben zu behaupten, war seine eigne Sorge. Institute wie z. B. die Familiensideicommissse, Lehnen u. s. w., wodurch die neuere Rechtsbildung das Herabfallen von der Höhe zu verhindern gewußt hat, gab es in Rom nicht, so wenig wie Schranken, die den Zugang zu derselben verwehren sollten; in Rom konnte jeder durch eigne That ungehindert den Adel erwerben wie verlieren.

Wir gehen über zu dem Privatrecht. Nirgends ist wohl die Kluft zwischen der altrömischen und der germanischen Rechtsanschauung weiter und tiefer, als hier. Unsere germanische Rechtsanschauung hatte von jeher für die höchste Mannigfaltigkeit privatrechtlicher Verschiedenheiten Raum; jeder Stand, jeder Beruf, jedes Lebensverhältniß — der lokalen Rechtsverschiedenheiten ganz zu geschweigen — trieb sich seine eigenthümlichen Institutionen und Rechtsätze hervor, und dieser partikuläre Bildungstrieb wucherte so üppig, daß das Gemeinsame nicht selten völlig verloren ging. Welche Fülle von rechtlichen Institutionen knüpft sich im germanischen Rechte z. B. an die Unterschiede des Bürgers, Bauers, Kaufmanns, Adligen! Von alle dem im ältern römischen Recht keine Spur! Ein Recht gilt für alle Stände und Berufsarten. Allerdings gibt es auch hier rechtliche Verschiedenheiten, aber dieselben schließen sich fast sämmtlich an die natürlichen Unterschiede des Geschlechts, Alters, der Familie, der Beweglichkeit und Unbeweglichkeit der Sachen u. s. w. an.

Jene Unterschiede hingegen, die sich im germanischen Recht als so außerordentlich ergiebig bewährt haben, die des Berufs, der Lebensstellung u. s. w. sind hier so gut wie wirkungslos geblieben.<sup>101)</sup>

Was ist der Grund? Hat man sich die Sache so vorzustellen, das deutsche Recht habe dem Partikularisierungstriebe des Lebens die gebührende Anerkennung gewährt, das römische sie ihm versagt? Nichts wäre meiner Ansicht nach verkehrter. Nicht weniger als in Deutschland konnte sich auch in Rom jedes partikuläre Rechtsbedürfnis befriedigen, d. h. jeder Stand und jede Berufsart konnte sich auch hier seine Rechtssphäre ganz seinem Bedürfnis gemäß gestalten, sich völlig frei bewegen; es war dies eine Folge des Prinzips der Autonomie, das in Rom im weitesten Umfange zugelassen war. Erheischte z. B. in Rom wie in Deutschland das Familieninteresse des Adels für das Erbrecht eine Bevorzugung der Söhne vor den Töchtern, des Erstgeborenen vor dem Nachgeborenen, so ließ sich dies in jeder Generation durch das Testament des jeweiligen Familienoberhauptes bewerkstelligen; bedurfte es für den Handelsverkehr nach Art unseres Wechselrechts eines besonders strengen obligatorischen Bandes, so konnten die Contrahenten durch die Gestaltung der Verträge dies Bedürfnis selbst befriedigen; glaubten Corporationen eigenthümliche Normen nöthig zu haben, so

---

101) Es ließen sich etwa nennen die Vorrechte der Soldaten (*pignoris capio* Gaj. IV. §. 27; das *testamentum in procinctu* war im Grunde ein Testament vor der Volksversammlung), der Publikenen (*pign. capio* Cicero in *Verrem* III. 11. Gaj. IV. §. 32.), der vestalischen Jungfrauen und des *flamen dialis*, aber wie unbedeutend sind diese Privilegien selbst gegenüber denen des späteren römischen Rechts! Die wenigen Eigenthümlichkeiten des römischen Handelsrechts (das *agere cum compensatione* des *argentarius* Gaj. IV. §. 64, die gegen ihn statt findende *act. receptitia* Theophilus IV, 6 §. 8, die *actio* gegen den *socius* des *argentarius*, *Auct. ad Heren.* II. c. 13, die *actio exercitoria* und *institoria*) fallen gewiß in eine spätere Zeit.

mochten sie dieselben durch Statut festsetzen.<sup>102)</sup> Es läßt sich also annehmen, daß im ältern Rom nicht weniger wie in Deutschland die nach Rang, Stand, Beruf u. s. w. verschiedenen Interessen sich ihre entsprechende rechtliche Befriedigung verschafften, so daß das in Theil für Alle gleiche Recht doch im Verkehr nach Maßgabe jener Verschiedenheiten eine verschiedene typische Gestaltung erhielt. Darin aber gehen nun die ältere römische und germanische Rechtsbildung weit auseinander, daß dort diese Produktivität der Autonomie sich nur auf die Begründung der erforderlichen concreten Rechtsverhältnisse beschränkte und trotz der gleichmäßig wiederholten Procedur keine abstracten Rechtsätze abwarf, stets im Zustande der Flüssigkeit verblieb, hier hingegen, begünstigt durch die mangelnde Schärfe der Unterscheidung zwischen Recht und Sitte, sich rasch als Recht dieses Standes, Kreises u. s. w. fixirte. Die Römer erfaßten den Unterschied zwischen Recht und Sitte, und Recht im objektiven und subjektiven Sinn zu scharf, als daß bei ihnen derselbe Hergang möglich gewesen wäre. Bei ihnen hätte es in älterer Zeit<sup>103)</sup> zu dem Zweck, um die rechtliche Sitte und Gewohnheit eines Standes u. s. w. zum Recht desselben zu erheben, eines Gesetzes bedurft, die Anwendung dieses Mittels aber widerstritt dem Gleichheitstrieb des ältern Rechts und überhaupt dem Geist desselben. Mochte jedes korporative oder partikuläre Interesse durch eigne Thätigkeit sich die ihm nöthige Gestaltung selbst verschaffen; was sollte die Gesetzgebung sich hier hineinmischen?

Die rechtlichen Verschiedenheiten der Personen, die das ältere Recht wirklich darbietet, und die sich, wie bereits erwähnt, vorzugsweise an natürliche Unterschiede anknüpfen, sind weder

102) S. Seite 68, Anm. 57.

103) Im dritten Rechtssystem ist dies anders geworden, und von manchen Rechtsfäßen läßt es sich dort nachweisen, daß sie nur die Ablagerung einer constanten autonomen Gestaltung concreter Rechtsverhältnisse enthalten.

der Zahl noch ihrem intensiven Gehalt nach bedeutend; das Prinzip der abstracten Gleichheit scheint auch ihnen eine freie und breite Entwicklung verwehrt zu haben.

Der Gegensatz der Freien und Sklaven scheidet zunächst von der Betrachtung aus, denn der Sklave ist rechtlich keine Person, es kann also nur bei den Freien von Unterschieden der Person die Rede sein.<sup>104)</sup> Den bei weitem bedeutendsten Unterschied begründet der Umstand, ob die Person einer fremden Gewalt unterworfen ist oder nicht (*alieni* oder *sui juris*). Es ist hier nicht der Ort, die verschiedenen Gewaltverhältnisse über freie Personen (über die Ehefrau, die Kinder und die im *Manzipium* befindlichen Personen) zu erörtern, wir werden sie, soweit es nöthig ist, in §. 31 berühren, müssen sie hier aber zunächst als bekannt voraussetzen. Bemerkenswerth ist für den gegenwärtigen Gesichtspunkt nur das, wie wenig die natürliche Ungleichheit in den Verhältnissen der Ehefrau, der Kinder und der Sklaven auf der einen Seite zu dem Inhaber der Gewalt auf der andern Seite rechtliche Anerkennung gefunden hat. Die Uebermacht der hausherrlichen Gewalt hatte jene drei Verhältnisse in persönlicher wie vermögensrechtlicher Hinsicht rechtlich fast auf ein und dasselbe Niveau herabgedrückt; hinsichtlich der Entfaltung ihrer sittlichen Individualität waren sie lediglich auf den Schutz verwiesen, den Sitte und Censor gewährten.

Für Kinder in der väterlichen Gewalt begründete das Geschlecht nach älterm Recht keinen nachweisbaren Unterschied. Söhne und Töchter erbten zu gleichen Theilen; auch was Enterbung und Präterition anbetrifft, standen sie ursprünglich sich gleich.<sup>105)</sup> Der Einfluß des Geschlechts auf die Adoption und

104) *In servorum conditione nulla est differentia* §. 5 l. de jure pers. (1, 3) l. 5 pr. de statu hom. (1. 5.)

105) S. Schrader zu *Instit. de exh. lib.* (2. 13), nämlich 1. Enterbung; l. 4 Cod. de lib. praet. (6. 28) *scimus ante ea omnes inter ceteros exheredatos scribere esse concessum*. 2. Präterition; die Wirkung derselben war noch zu Ciceros Zeit keineswegs ausgemacht. Cic. de orat. I. 38.

Emancipation stützte sich nicht sowohl auf die XII Tafeln selbst, als auf eine den zufälligen Ausdruck<sup>106)</sup> urgirende Interpretation derselben. Bei der Verheirathung der Kinder äußerte sich insofern eine Verschiedenheit, als die Tochter eine dos erhielt, der Sohn nicht, und das Recht der dos ist allerdings eins der merkwürdigsten Institute des ältern Rechts. Dagegen bewährte sich darin wieder die Gleichheit beider Geschlechter, daß der Vater die Kinder ganz wie er wollte in der Gewalt zurückbehalten oder aus derselben entlassen konnte.

Einflussreicher war die Verschiedenheit des Geschlechts für gewaltfreie Personen. Denn während das männliche Geschlecht mit erreichter Mündigkeit von der Tutel befreit war, blieb letztere für das weibliche Geschlecht lebenslänglich bestehen, wenn gleich in anderem Umfang und mit anderer Gestalt, als bei den Unmündigen. Außer der *tutela mulierum* ist namentlich die ausschließliche Befähigung des männlichen Geschlechts zur Innehabung der *potestas* über Kinder, zu der Verwaltung der Vormundschaft und der Functionirung als Solennitätszeuge hervorzuheben.<sup>107)</sup>

Für das öffentliche Recht versteht sich der Einfluß des Geschlechts von selbst. Je inniger aber ursprünglich das Privatrecht mit dem öffentlichen verwachsen war, um so weiter mußte sich folgeweise auch die privatrechtliche Unfähigkeit der Weiber erstrecken, namentlich also hinsichtlich aller Geschäfte, die früher vor der Volksversammlung vorgenommen wurden.<sup>108)</sup>

106) „Filius“; Ulpian. X. 1 . . . id enim lex XII tab. jubet his verbis: si pater filium ter venunduit, filius a patre liber esto. Weil das Gesetz nur des filius Erwähnung thut, so begnügte man sich bei Töchtern und Enkeln mit einem einmaligen Verkauf.

107) Hinsichtlich der vestalischen Jungfrauen galten besondere Rechtsgrundsätze, z. B. was den Austritt derselben aus der väterlichen Gewalt, die *testamenti factio* (Gellius I. 12.), die Befreiung derselben von der Tutel anbetrifft (Gaj. I. §. 145).

108) Gellius V. 19 . . . neque mulier arrogari potest, quoniam et cum feminis nulla comitorum communio est.

Je mehr das Privatrecht sich dieser Beziehungen entledigte — und das war im wesentlichen bereits mit dem Beginn dieser Periode geschehen — desto mehr nahm damit auch die Fähigkeit der Frauenzimmer zu, und zur Blüthezeit des gegenwärtigen Systems gab es außer der Arrogation (Anm. 108) und theilweise dem Testament<sup>109)</sup> schwerlich ein Geschäft, das dieselben unter Assistenz ihrer Tutoren nicht hätten vornehmen können.

Der Einfluß des Alters auf das Recht war verhältnißmäßig unbedeutend, er erschöpfte sich in der tutela impuberum, einem Institut, das nur höchst unvollkommen der natürlichen Schutzbedürftigkeit des Mündels Genüge leistete. Abgesehen von diesem Schutzmittel galten für den Pupillen ganz die allgemeinen

109) Der Fähigkeit der Frauenzimmer zu testiren stand bei dem test. comit. cal. die Form entgegen, mit dem testam. per aes et libr. fiel das Hinderniß hinweg, denn der mancipatio waren sie fähig. Man behielt aber den alten Rechtsatz bei, der jetzt also nur noch durch materielle Gründe getragen sein konnte, und diese wird man wohl nur in der Tendenz finden können, das Vermögen der Familie zu erhalten. Durch Austritt aus der Familie, der das Frauenzimmer durch Geburt angehörte, wie sie bei der Ehe mit manus erfolgte, hörte jene Rücksicht auf; umgekehrt konnte jetzt, wenn die Frau durch Tod ihres Mannes sui juris geworden war, das Testament dazu dienen, ihr Vermögen in ihre ursprüngliche Familie zurückzubringen, während dasselbe nach Intestaterbrecht an die angeheiratheten Agnaten und Gentilen gefallen wäre. Das Testament konnte hier also in der That der Familie jenen Dienst erweisen, in dem wir B. 1 S. 191 das ursprüngliche Motiv des römischen Testaments gesucht haben. So erklärt sich der Rechtsatz, den Cic. Topica c. 4 und Gaj. I. §. 115 a uns berichten, daß nur ein Frauenzimmer, das eine capitis deminutio erlitten (Cic.) oder eine coemptio eingegangen (Gaj.) die test. fact. habe. Als die dem weiblichen Geschlecht günstigere Stimmung einer spätern Zeit sich für die materielle Ausdehnung der test. factio auf alle Frauenzimmer entschieden hatte, vermittelte man dies formell nach bekannter römischer Weise dadurch, daß man die noch in ihrem ursprünglichen Familienverbande lebenden Frauenzimmer eine Schein-Coemption vornehmen und dadurch aus diesem Verbande heraustreten ließ. Formell ließ sich jetzt das Testament als ein Mittel bezeichnen, wodurch die der ursprünglichen Familie nachtheiligen Folgen der coemptio in deren Interesse wieder beseitigt werden konnten. Durch ein Senatusconsult unter Hadrian wurde dieser weikläufige Umweg erlassen Gaj. loc. cit. —

Grundsätze des Civilrechts, namentlich also — was für dieses Verhältniß gerade besonders drückend war — die Grundsätze über die Unzulässigkeit der Stellvertretung. Der Pupill mußte selbst handeln, der Tutor ertheilte nur die auctoritas; war jener dazu noch nicht fähig, so konnte dieser ihn nicht vertreten, die Handlung mußte mithin unterbleiben.<sup>110)</sup> Selbst durch das besonders dringende Bedürfniß dieses Verhältnisses ließ sich also das ältere Recht nicht zu einer Ausnahme bestimmen. Ein Vorzug des Alters im Erbrecht, ein Recht der Erstgeburt ist dem römischen Recht jeder Zeit fremd geblieben.

Die Verschiedenheit der Sachen hat natürlich auch im ältern römischen Recht nicht ohne rechtlichen Einfluß bleiben können, allein derselbe ist hier doch mit dem, den er anderwärts, z. B. im ältern deutschen Recht ausübt, gar nicht zu vergleichen. Von denjenigen rechtlichen Verschiedenheiten, die eine nothwendige Folge der natürlichen Verschiedenheit des Gegenstandes sind, z. B. daß Prädialservituten nur an unbeweglichen Sachen, Moralklagen nur bei Thieren und Menschen möglich sind, ein mutuum nur an Fungibilien, ein usus fructus nicht an Consumtibilien denkbar ist, kann überall nicht die Rede sein. Dagegen hat sich allerdings die wirthschaftlich verschiedene Bestimmung eines praedium urbanum und rusticum fruchtbar erwiesen, in der dritten Periode freilich noch mehr, als in der gegenwärtigen, für die sich dies mit Sicherheit nur hinsichtlich der Prädialservituten und der actio aquae pluviae arcendae nachweisen läßt. Ebenso der Gegensatz der res mancipi und res nec mancipi, jenes historische Räthsel, von dem schon früher (B. 1 S. 109) die Rede war. Ferner der Unterschied der Sachen, an denen das jus postliminii zu-

110) Die entgegengesetzte Ansicht hat weder Quellenzeugnisse noch den Geist des ältern Rechts für sich, und man kann daher mit v. Scheuerl Beiträge, B. 2 S. 11, allerdings seine „Verwunderung“ darüber äußern, daß eine Autorität wie Keller sich noch neuerdings in seinem Civilproceß S. 233 Anm. 641 dafür erklären konnte.

steht oder fehlt — der einzige Ort im römischen Recht, wo das Heergeräthe<sup>111)</sup> eine, wenn auch bescheidenere Rolle, als im deutschen Recht spielt. Der Unterschied der beweglichen und unbeweglichen Sachen hat aber im ältern römischen Recht bei weitem nicht den Einfluß ausgeübt, den man von vornherein erwarten könnte. Wenn sich gleich einzelnes findet wie z. B. die Verschiedenheit der Usucapionszeit (1 u. 2 Jahr), und der Klagen, die die Abwehr oder den Ersatz einer Beschädigung zum Zweck haben (*interd. quod vi aut clam*, *cautio damni insecti*, *oper. novi nunciatio* auf der einen, die *act. legis Aquiliae* auf der andern Seite), so verschwindet dies doch gegenüber der sonstigen Einflußlosigkeit jenes Unterschiedes. Der Besitz,<sup>112)</sup> das Eigenthum, Pfandrecht, Erbrecht, die *obligatio* sind gegen denselben im wesentlichen völlig indifferent, sowohl hinsichtlich der Formen, in denen sie sich bewegen, als hinsichtlich ihrer materiellen Wirksamkeit. Um dies zu würdigen, erinnere man sich der ungeheuern Rolle, die das Grundeigenthum im ältern deutschen Recht spielt, und die so weit geht, daß man von einem verschiedenen Sachenrecht an Immobilien wie Mobilien sprechen kann;<sup>113)</sup> ja selbst ein Vergleich des spätern römischen Rechts ist hier nicht ohne Nutzen.<sup>114)</sup> Es bewährt sich an diesem Beispiel wieder so recht die

111) Diesen glücklichen Gesichtspunkt, unter den sich alle jene Sachen mit Ausnahme des Grundstücks, das ja zum Heergeräthe nicht gezählt werden kann, ungezwungen unterordnen, hat zuerst, soviel ich weiß, Hase das *Jus postliminii* S. 47 aufgestellt.

112) Ob die possessorisches Interdikte, hinsichtlich deren jener Unterschied allerdings wichtig wird, bereits dem ältern Recht angehören, ist mir mehr als fraglich; es ist hier nicht der Ort darauf einzugehn, wir werden bei einer andern Gelegenheit auf diese Frage zurückkommen.

113) S. z. B. Gerber deutsches Privatrecht §. 74. Das römische Eigenthum dagegen, die *Usucapio*, das Pfandrecht u. s. w. ist ganz derselbe Begriff für bewegliche wie unbewegliche Sachen.

114) S. das dritte System. Einzelnes will ich hervorheben. 1. Heimliche Apprehension verschaffte früher den Besitz sowohl bei beweglichen wie

Consequenz der römischen Abstraction. Durch die natürlichen Unterschiede der Sachen hindurch dringt sie zu dem Begriff der Sache hinaus, und indem sie fortan nur mit ihm operirt, hat sie den Einfluß des natürlichen Moments überwunden, und folgeweise affomodirt sich nicht der Begriff (des Eigenthums, Erbrechts, u. s. w.) der Sache, sondern die Sache dem Begriff. Eine Zersplitterung des Grundbegriffes, wie im germanischen Recht, wo die Begriffe sich so willig auflösten und spalteten, um an die natürlichen Unterschiede der Personen und Sachen als die eigentlichen Kerne des rechtlichen Krystallisationsprozesses sich anzuschließen, eine solche Zersplitterung widerstrebte der innersten Natur des römischen Rechts. Wir werden auf diesen Gegensatz noch am Schluß zurückkommen müssen.

Diese prinzipielle Irrelevanz und völlige Unterordnung der natürlichen Verschiedenheiten der Sachen gegenüber dem Rechtsbegriff fällt so sehr ins Gewicht, daß die oben genannten Fälle, wo diesen Verschiedenheiten unbeschadet des Rechtsbegriffs irgend eine rechtliche Auszeichnung zu Theil geworden ist, gar nicht daneben in Betracht kommen können, und so dürfen wir sagen, daß die Tendenz der Gleichheit und Generalisirung sich an den Sachen nicht minder bewährt, als an den Personen.

---

bei unbeweglichen Sachen, später nur bei ersteren. L. 7 de poss. l. 47 ibid. Savigny Recht des Besitzes §. 31. 2. Auch an unbeweglichen Sachen war früher ein *furtum* möglich (Gaj. II. §. 51. Gellius XI. 18 . . . nach einer Notiz aus Sabious de furtis: *sed fundi quoque et aedium fieri furtum*), nach spätem Recht nicht. 3. Nach neuerm erfordert das *Depositum* eine bewegliche Sache, nach älterm wird es wohl eben so wie das *Commodat* (L. 1 §. 1 *commodati* 13. 6) an unbeweglichen Statt gefunden haben. 4. Veräußerungsverbote: *fundus dotalis*, *praedia rustica* und *subarbana* bevormundeter Personen. 5. Requisit der Präsenz der Sache bei der *Mancipatio* hinsichtlich der unbeweglichen späterhin aufgegeben (Gajus I. §. 121 . . . *praedia vero absentia solent mancipari*). Das nähere darüber bei der Theorie der Rechtsgeschäfte. 6. Das System der possessorischn Interdikte, das meiner Ansicht nach erst der spätern Zeit angehört (s. Note 112).

Wir haben diese Idee jetzt noch nach einer sehr wichtigen Seite hin zu verfolgen, nämlich nach Seiten des Einflusses, den sie auf die Stellung des Richters (worunter ich hier auch den Prätor verstehe) ausgeübt hat. Es ist oben (S. 80) die ältere Civilrechtspflege als eine Rechtsmaschine bezeichnet, die mit möglichster objektiver Berechenbarkeit, Gleichmäßigkeit und Sicherheit den Umsatz der abstracten Regel in concrete Wirklichkeit herbeiführen soll. Man könnte den alten Prozeß die dialektische Selbstbewegung des Gesetzes nennen, eine *legis actio in die-  
sem* (subjektiv-genitivischen) Sinn. Darin liegt nun nicht bloß eine möglichste Einengung des Richters in prozessualischer Beziehung (*modus procedendi*), sondern eben sowohl in materieller Beziehung; also eine Gestaltung des Rechts, die den Einfluß des subjektiven Elements möglichst ausschließt. Nicht also bloß die gesetzliche Formulirung des Rechts — hiervon war schon bei Gelegenheit des Selbstständigkeitstriebes die Rede — sondern ein solcher die formale Realisirbarkeit des Rechts (B. I S. 42 ff.) betreffender innerer Zuschnitt der Rechtsfälle, der sie einer rein mechanischen, schablonenartigen Anwendung fähig macht, es dem Richter ebensowohl erspart als verwehrt, sich in das rein Individuelle des ihm vorgelegten Falles zu versenken.

In dieser Weise ist nun das ältere römische Recht gestaltet. Abgesehen von der Beweisfrage, hinsichtlich deren der Richter zu jeder Zeit in Rom durch Regeln verhältnißmäßig sehr wenig beschränkt war, waren ihm in allen andern Beziehungen die Hände gebunden. Der Gang des Verfahrens schritt in unabwendlicher Gleichmäßigkeit vorwärts, in denselben ein für alle Mal festgesetzten Fristen und gußeisernen Formen, und die geringste Abweichung von der Regel z. B. die Ersetzung eines Wortes in der Formel durch ein gleichbedeutendes hatte Wichtigkeit des ganzen Verfahrens zur Folge.<sup>115)</sup> Es war dies der Prozeß der

115) Gaj. IV. §. 11 gibt ein bekanntes Beispiel.

legis actiones<sup>116)</sup> — ein Ausdruck, der, wie Gajus IV. §. 11 bemerkt, entweder darin seinen Grund habe: quod legis actiones legibus proditae erant, vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant et ideo immutabiles proinde atque leges observabantur. Der Formularprozeß, den wir im dritten System kennen lernen werden, wird uns Gelegenheit geben, durch die Wirkung des Contrastes das ältere Verfahren in ein helleres Licht zu setzen, als es hier ohne bedeutende Anticipirungen möglich ist.

Auch für das materielle Recht wäre ein Vergleich des gegenwärtigen und dritten Systems äußerst instruktiv, aber auch hier müssen wir auf das dritte Buch verweisen, können jedoch nicht umhin, wenigstens an zwei gerade besonders lehrreichen Beispielen den Gegensatz des ältern und neuern Rechts zu veranschaulichen und die obige Aeußerung über den innern Zusammenhang der Rechtsfäße zu erläutern.

Als solches Beispiel diene uns zunächst die rechtliche Behandlungsweise der Zeit. Die Fristen des ältern Rechts wurden *continue* berechnet d. h. für alle Personen und Verhältnisse völlig gleich, so daß auf Verhinderung keine Rücksicht genommen ward, und selbst die Unmöglichkeit der Beachtung der Frist nicht gegen die nachtheiligen Folgen der Versäumnis schützte. Bei den Fristen hingegen, die in späterer Zeit der Prätor für seine Institute einführte, trat die entgegengesetzte Behandlung ein, sie wurden *utiliter* d. h. ganz individuell berechnet, die Zeit also, in der ein Hinderniß für die Vornahme einer Handlung bestand, nicht in Anschlag gebracht. Dieselbe Tendenz, die sich hier in einer positiv neuen Bildung ungehindert äußern konnte, blieb auch für die altcivilrechtlichen Fristen nicht wirkungslos.

---

116) Einzelne legis actiones sind bereits im ersten Band erwähnt und an die Ausgangsprinzipien des römischen Rechts angeknüpft, nämlich die *manus iniectio* und *pignoris capio* S. 147 ff., die *legis actio sacramento* S. 265 ff.

Theils nämlich half der Prätor hinsichtlich ihrer im Falle entschuldbarer Versäumnis, z. B. wegen nothwendiger Abwesenheit, durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, theils hielt der Prätor im Geiste der neuern Rechtsbildung sich für ermächtigt, die alten Fristen von vornherein je nach Umständen zu erweitern oder zu verengern.<sup>117)</sup>

Ein anderes und zwar viel umfassenderes Gebiet, auf dem sich meiner Ansicht nach die Differenz des ältern und neuern Rechts in hohem Maße bethätigt hat, ist das System des Schadensersatzes und Interesses (der richterlichen *litis aestimatio*). Der Gegensatz der abstracten Gleichheitstendenz und der individualisirenden Behandlungsweise äußert sich auf diesem Gebiete als der der objektiven oder absoluten und subjektiven oder relativen Aestimation (Interesse). Das heißt, eine schuldige Leistung oder ein Schaden läßt sich entweder rein nach dem objektiven Geldwerth des geschuldeten, beschädigten, vernichteten<sup>118)</sup> Objekts taxiren, so daß also die rein individuellen Momente dieses bestimmten Forderungsverhältnisses gar nicht mit in Rechnung kommen, oder umgekehrt letztere bilden den Maßstab der Beurtheilung, so daß also der relative Werth einer Leistung von diesem Beklagten an jenen Kläger, die nachtheilige Einwirkung der unterbliebenen Leistung oder des begangenen Delikts auf dieses bestimmte Vermögen ermittelt werden muß. Die objektive Aestimation gelangt stets zu demselben Resultat, möge der Gläubiger dieser oder jener sein; sie beschränkt sich ja

117) z. B. hinsichtlich der Execution. Recht der XII Tafeln: Gellius Lib. 20 c. 1 (30 und 60 Tage), neueres Recht: Ulpian. in L. 2 de re jud. (42. 1): *qui pro Tribunali cognoscit, non semper tempus judicati servat, sed nonnumquam arctat, nonnumquam prorogat pro causae qualitate et quantitate vel personarum obsequio vel contumacia.*

118) Bei Beschädigungen der objektive Betrag derselben d. h. die Differenz im Preise der Sache vor und nach der That. Bei der *aet. quanti minoris* tritt eine ähnliche Differenzberechnung ein.

lediglich auf den nächst getroffenen Punkt, und die Rückwirkung dieses Punktes auf das ganze Vermögen — gerade der Umstand, der eine Verschiedenheit des Schadens in den einzelnen Fällen begründen könnte — ist für sie völlig gleichgültig. Die relative Aestimation hingegen verfolgt die Schwingungen der in Frage stehenden Thatsache innerhalb dieses bestimmten Vermögens, und je nach den besondern Voraussetzungen reichen diese oft weiter, oft weniger weit.

Dieser Gegensatz, der in der Natur der Sache begründet ist, ist auch im römischen Recht anerkannt; gewisse Verhältnisse gehen auf ein „certum“ (ein ganz bezeichnender Ausdruck für objektive Aestimation), gewisse auf ein incertum (relative Aestimation). Meiner festen Ueberzeugung nach gehört dieser Gegensatz aber noch nicht dem ältern Recht an, sondern letzteres hat lediglich die objektive Aestimation gekannt, und die relative ist erst mit dem dritten System aufgekommen. Da diese Behauptung auf großen Widerspruch stoßen dürfte, und sie mir doch für die Charakteristik des ältern Rechts von großer Wichtigkeit ist, so bin ich gezwungen, sie ausführlich zu rechtfertigen. Der Versuch der Rechtfertigung wird uns, wie man über das Resultat desselben auch denken möge, jedenfalls bei charakteristischen, hierher gehörigen Erscheinungen des ältern Rechts vorbeiführen, und dürfte also auch im schlimmsten Fall nicht ohne Nutzen sein.

Es ist ersichtlich, wie sehr die absolute Aestimation der ganzen Tendenz des ältern Rechts, die relative der des neuern entspricht. Letztere, in das ältere Recht hineinversetzt, würde hier eine ganz fremdartige, völlig isolirte Erscheinung sein, würde hier einen Boden vorfinden, auf dem sie nicht gedeihen könnte, eine Umgebung, mit der sie im Widerspruch stände. Ein römischer Richter der ältern Zeit, im übrigen so ganz und gar auf die schablonenmäßige Anwendung des Rechts hingewiesen, der Berücksichtigung des individuellen Moments in den Rechtsverhältnissen so völlig ungewohnt und unzugänglich, hätte sich hier in das krause Gewirr rein individueller Vermögensbeziehungen

vertiefen, einen Maßstab anlegen sollen, der ihm sonst grundsätzlich untersagt ist?! Ich muß gestehen, ich kann mir dies mit meiner ganzen Auffassung des ältern Rechts nicht reimen. Wenn der Richter die Zeitfristen berechnet, so mißt er mit dem abstract-gleichen Maß, und es kümmert ihn das rein Individuelle nichts, wenn er aber das Aequivalent für die schuldige Leistung berechnet, so sollte er jenen Maßstab aufgeben und das Aequivalent mit Rücksicht auf das Interesse dieses bestimmten Klägers ermitteln? Hinsichtlich des Gegensatzes zwischen dem *tempus continuum* und *utile* wissen wir, daß das eine Glied desselben der ältern, das andere der spätern Zeit angehört; sollte es mit dem völlig gleichen Gegensatz zwischen der objektiven und relativen Aestimation eine andere Bewandniß haben?

Wie will man ihn denn sonst erklären? Und einer Erklärung bedarf er doch, denn eine solche zwiespältige Behandlungsweise, so verständlich sie wird, wenn man sie auf den Conflict der Rechtsanschauungen verschiedener Zeiten zurückführen kann, erscheint abgesehen davon höchst befremdend. Man wird sagen: die Verschiedenheit des Maßstabes hatte ihren Grund in der Verschiedenheit der Verhältnisse; nach Ansichten des Verkehrs sei bei gewissen Verhältnissen nach dem Zweck und Bedürfniß derselben der absolute Maßstab ausreichend erschienen, bei Verhältnissen anderer Art, von anderem Zweck und Inhalt habe das Verkehrsbedürniß den relativen Maßstab erfordert. Ich glaube diesen möglichen Erklärungsversuch als völlig unhaltbar zurückweisen zu können, und zwar mittelst einer Erscheinung des ältern Rechts, die ich als das System der indirekten Befriedigung des Interesses bezeichnen möchte.

Mit diesem System verhält es sich folgendermaßen. Es gibt ein bekanntes, höchst brauchbares Mittel zur Erledigung der Interessenfrage, welches darin besteht, daß der Gläubiger sich für den Fall der nicht rechtzeitig oder überall nicht erfolgenden Leistung eine bestimmte Summe vom Schuldner versprechen

läßt. Es kann diese Vereinbarung mehr aus der Intention hervorgehen, den Schuldner durch die Aussicht auf ein größeres Uebel zur Ertragung des kleineren, der Erfüllung seiner Verbindlichkeit, zu veranlassen, also den Charakter einer Strafandrohung an sich tragen, (Conventionalpön) — oder sie kann mehr den Sinn haben, daß die festgesetzte Summe ein Aequivalent des Interesses sein soll. Wenn nun die Leistung unterbleibt, so ist dem Gläubiger der oft so sehr schwierige Beweis des Interesses völlig erspart, denn er fordert gar nicht das Interesse, sondern statt dessen die versprochene Summe. Der Zweck des Gläubigers besteht also in Deckung seines Interesses (incertum), die juristische Form, in der er dies erreicht, ist die des certum; die richterliche Beurtheilung braucht hier also den Boden der objektiven Aestimation gar nicht zu verlassen. Diesen Weg schlug nun in Rom sowohl der Verkehr als auch die Gesetzgebung ein. Was ersteren anbelangt, so finden wir in späterer Zeit dies Mittel einer vorherigen vertragsmäßigen Veranschlagung des Interesses in ausgedehntester Weise benutzt,<sup>119)</sup> ja selbst im Prozeß wußte man dasselbe mit Erfolg anzuwenden.<sup>120)</sup> Um so eher läßt sich nun dieselbe Sitte für die ältere Zeit annehmen, und es leuchtet ein, daß der Verkehr vermöge dieses Mittels im

119) Jede Seite der justinianeischen Pandekten gibt Beispiele dafür. Beim Verkauf werthvoller Sachen war die stipulatio duplae für den Fall der Eviction so allgemein, daß sie, wenn unterlassen, fingirt ward. Auch für die objektive Aestimation von Sachen stellte sich der Verkehr im voraus sicher durch Vereinbarung über den demnächst zu Grunde zu legenden Larwerth der Sache z. B. bei der dos (s. g. aestimatio taxationis causa) und (wenn auch gewiß weniger häufig) bei der societas, dem commodatum, depositum u. s. w. L. 52 §. 3 pro socio (17. 2) L. 7. § 5, L. 52 de don. i. V. et U. (42. 1.)

120) z. B. bei der fructus licitatio der interdicta retinendae possessionis (Puchta Instit. Bd. 2 §. 169), bei den prätorischen Stipulationen, deren Fassung auf bestimmte Summen von den Juristen sehr anempfohlen ward. L. ult. de praet. stip. (46. 5): quoniam difficilis probatio est, quanti cujusque intersit.

Stande war, das System der objektiven Aestimation ohne sonderliche Nachtheile zu ertragen. Nur da war allerdings dies Mittel nicht ausreichend, wo nach der Natur des Verhältnisses eine vorherige Stipulation sich nicht denken ließ z. B. bei Delikten, bei dem Anspruch des Pupillen gegen den Vormund u. s. w., und hier bedurfte es der Beihülfe der Gesetzgebung. Ohne dieselbe würde der natürliche Anspruch des Betheiligten auf Leistung des Interesses bei der herrschenden Weise der Aestimation nicht zu seiner Befriedigung gelangt sein; der Betheiligte würde nur den objektiven Werth der Verletzung erhalten haben, nicht den Ersatz der nachtheiligen Wirkungen der Verletzung auf sein Vermögen. Die Gesetzgebung leistete nun diese Beihülfe in der obigen Form d. h. sie gewährte ein vom Standpunkt der objektiven Aestimation aus zu bestimmendes und in der Regel mehr als ausreichendes Surrogat für das Interesse. Gewiß sind uns nicht alle Beispiele erhalten, aber schon die vorhandenen genügen, um uns die Ueberzeugung zu gewähren, daß wir es hier nicht mit einzelnen Bestimmungen, sondern mit einem consequent durchgeführten System zu thun haben.

Seine höchste Spitze<sup>121)</sup> erreicht dieses System in der pekuniären Tarification gewisser Delikte z. B. der Injurien,<sup>122)</sup> des Abhauens fremder Bäume.<sup>123)</sup> Dies Mittel war jedoch nur

121) Solche für alle Personen und Fälle sich gleich bleibende Summen finden sich auch anderwärts im ältern Recht z. B. bei der legis actio sacramento 50 und 500 ass., bei der lex Furia die 1000 ass. Es braucht wohl kaum bemerkt zu werden, daß die scheinbare Gleichheit, die sie herstellen, in der That zur äußersten Ungleichheit führen kann. Für die Tendenz der abstracten, mechanischen Gleichheit des ältern Rechts ist nichts bezeichnender, als daß der Reichste sowohl wie der Aermste eine Injurie mit 25 ass. bezahlte und bezahlt erhielt, und daß die größte Verschiedenheit in den Vermögensverhältnissen für dies durch die lex Furia limitirte Maximum der Legate einflußlos war.

122) Nach den XII Tafeln 25 ass.; bei schweren Körperverletzungen für Freie 300 ass., für Sklaven 150 ass.

123) 25 ass. nach demselben Gesetz. Plinius H. N. 17 c. 1. — Auch das neuere Recht bediente sich in manchen Fällen dieses ganz zweckmäßigen Mit-

in den wenigsten Fällen anwendbar, die Regel bildete vielmehr, daß die Strafe in einem Mehrfachen des Werths der verletzten Sache<sup>124)</sup> oder in einem sonstigen objektiv bestimmbarcn Zusatz<sup>125)</sup> zu demselben bestand.

Auf die Delikte war jedoch dies System keineswegs beschränkt, es erstreckte sich vielmehr auf Verhältnisse aller Art. Manche reipersecutorische Klagen gingen von vornherein auf das Doppelte<sup>126)</sup> so z. B. die *actio rationibus distrahendis* des Mündels gegen den Vormund,<sup>127)</sup> die Klage gegen den, der

tels der Tarifizirung z. B. L. 42 de aed. ed. (21. 1) L. 1 pr. de his qui effud. (9. 3) L. 47 pr. de man. vind. (40. 4) L. 3 pr. de sep. viol. (47. 21) L. 3 pr. de term. moto (47. 21) u. a.

124) Das Duplum, Triplum, Quadruplum, wie z. B. beziehungsweise bei der *actio furti nec manifesti, furti concepti et oblati, furti manifesti*, den Klagen gegen den Dieb (Cato de re rustica. Prooem.) bei der *dedicatio rei litigiosae* L. 3 de litig. (44. 6) (Gajus lib. 6 ad leg. XII tabul.) u. f. w.

125) z. B. bei der *act. legis Aquiliae*, die ursprünglich nicht auf das Interesse, sondern auf den objektiven Werth des letzten Jahres, beziehungsweise Monates ging, §. 10 I. ad leg. Aq. (4. 3) *Illud non ex verbis legis, sed ex interpretatione placuit etc.* was sich auch ohne diese Notiz aus andern Gründen deduciren ließe.

126) Das Doppelte des Sachwerths erschien den Römern als vollständiges Aequivalent des Interesses, in der ältern sowohl wie der neuern Zeit. Ich erinnere z. B. an die *cautio duplae* beim Kauf, die Bestimmung der *lex Julia de adult.* in L. 27 pr. ad leg. Jul. (48. 5.) Hiermit hängt auch das Verbot der *usurae supra alterum tantum* und Justinians bekannte Bestimmung über das Duplum beim Interesse (L. un. Cod. de sententiis quae pro eo, quod interest) zusammen.

127) Sie war keine Pönal-, sondern eine reipersecutorische Klage, L. 55 §. 1 de admin. tut. (26. 7) v. Savigny Obligationenrecht B. 1 §. 207. Denselben Charakter hatte die aufs Doppelte gerichtete Klage gegen die Publikanen wegen Erpressung unzuständiger Abgaben L. 5, 6 de publicanis (39. 4). Mit der *actio depositi*, von der Paulus Sentent. Rec. II. 12 §. 11 berichtet, daß sie nach den XII Tafeln aufs Doppelte gegangen sei, hatte es, wie ich an einem spätern Ort zu zeigen versuchen werde, wohl eine besondere Bewandniß.

eine Sache mancipirt hatte, wegen fehlender dicta promissa und Evictionsleistung,<sup>128)</sup> die actio de tigno juncto gegen den, der wissentlich oder unwissentlich fremdes Baumaterial verbaut hatte, und bei allen<sup>129)</sup> in rem actiones wurde der Beklagte auf doppelte Früchte verurtheilt. Andere Klagen erhielten erst durch das Lügen des Beklagten die Richtung auf das Doppelte.<sup>130)</sup> Eine besondere Beachtung verdient die condictio certi auf baares Geld. Dem Gläubiger, dem es um rechtzeitige Zurückzahlung seines Kapitals zu thun war, versagte hier das gewöhnliche Mittel einer Conventionalpön,<sup>131)</sup> denn letztere mußte sich, wo es sich um Geld handelte, innerhalb der Grenzen der erlaubten Zinsen halten,<sup>132)</sup> damit aber war ihre Wirksam-

128) Varro de re rust. II. c. 10. Paul. Sent. Rec. II. 17 §. 3: si evincatur, auctoritatis venditor duplētus obligatur. Cicero de offic. III. 16: Nam cum ex XII tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui esset infitiatus (nicht: wer dies in Abrede gestellt hat, sondern: wer dabei d. h. bei der Nuncupation die Unwahrheit gesprochen, eine falsche Versicherung ertheilt hat) dupli poenam subiret. Daß dieser Fall nicht zu den Litiscrescenzfällen gehört, hat Rudorff Zeitschr. für gesch. Rechtsw. B. 14 S. 423—455 überzeugend dargethan.

129) So wie bei der act. ad exhibendum. S. Bachofen Pfandrecht B. 1 S. 214 Anm. 6.

130) Es gehören dahin z. B. namentlich die act. depensi des Bürgen gegen den Schuldner, die act. iudicati, das Nexum, das Damnationslegat, das damnium injuria datum. Gaj. IV. §. 171. Es ist übrigens schon im ersten Bande S. 149, 150 ein Versuch zur Erklärung dieser Litiscrescenz gemacht.

131) Beim Nexum hatte das Gesetz dem Gläubiger Macht genug über den Schuldner eingeräumt, um denselben auf dem Wege der Vereinbarung zur Leistung des Interesses zu zwingen. Gell. XX. 1. . . erat autem interea jus paciscendi: ähnlich wie beim furtum (B. 1 S. 125 ff.). Der Schuldner mußte sich hier wie dort loskaufen (pacisci), und gerade dieser Umstand machte das Nexum vielleicht so besonders drückend, in ähnlicher Weise wie die lex commissoria das Pfand.

132) Ich nehme wenigstens keinen Anstand, den Ausspruch von Paulus in L. 13 §. 26 de act. emti (19. 1) und von Papinian in Vat. fragm. §. 11 auch auf die ältere Zeit zu beziehen.

feit sehr geschwächt und für den regulären Fall, daß Zinsen bis zum Betrage des gesetzlichen Maximums versprochen waren, völlig aufgehoben. Hier lag das Bedürfnis einer Hülfe von Seiten der Gesetzgebung vor. Dieselbe ward aber nur für den Fall gewährt, daß es wegen Längnens des Beklagten zum Prozeß kam, und zwar in Form der *sponsio tertiae partis*<sup>133)</sup> (woburch der Kläger außer der Hauptschuld noch ein Drittheil mehr erhielt); gegen den geständigen Schuldner fiel diese Schärfung hinweg. Jedoch scheint es auch Fälle gegeben zu haben, in denen der geständige, aber säumige Schuldner zur Strafe für seine Zögerung ein solches Plus zu entrichten hatte; in der *lex Julia municipalis* ist uns ein solcher Fall aufbewahrt.<sup>134)</sup>

Handelt es sich nun in allen diesen Fällen um ein Surrogat des Interesses und nicht viel mehr um eine Strafe? Es würde verkehrt sein, diese beiden Gesichtspunkte der Strafe und des Interesses für das ältere Recht in einen ausschließlichen Gegensatz sich gegenüber zu stellen. In vielen Fällen nämlich sind sie nur die zwei verschiedenen Seiten eines und desselben Verhältnisses. Vom Standpunkt des Beklagten aus stellt sich das, was er leistet, als eine Strafe dar, von dem des Klägers aus

133) Gaj. IV. §. 13, 171. Cic. pro Rose. Com. c. 4, 5.

134) Lex Jul. munic. vers. 40—44. Wer seine Wegbaulast nicht erfüllt, auf dessen Kosten wird die Reparatur verbunden. Si is, qui adtributus erit, eam pecuniam diebus XXX proxumis, quibus ipse aut procurator ejus sciet adtributionem factam esse, ei, cui adtributus erit, non solverit neque satisfecerit, is quantae pecuniae adtributus erit, tantam pecuniam et ejus dimidium ei cui adtributus erit dare debeto inque eam rem is quocunque de ea re aditum erit, judicem judiciumque ita dato, uti de pecunia credita (judicem) judiciumque dari oportebit. Eine *Sponsio* von Seiten des geständigen Schuldners wird in der *lex Rubria* c. 21 erwähnt. Es werden dort zwei Fälle unterschieden: 1) si is eam pecuniam in jure debere se confessus erit neque id, quod confessus erit, (a) solvet satisfaciet aut (b) se sponsione judicioque uti oportebit non defendet 2) sive is in jure non responderit neque sponsionem faciet neque judicio u. s. w. War dies unsere *sponsio*?

als eine Satisfaction im weitesten Sinn d. h. eine Genugthuung sowohl für die persönliche Kränkung, die in der Rechtsverletzung lag, als für seinen materiellen Verlust. Wie wenig der eine Gesichtspunkt den andern ausschließt, erhellt am besten daraus, daß die Römer selbst bei Klagen, die lediglich auf einfache Leistung des Schadenersatzes gerichtet sind, den Gesichtspunkt einer Strafe geltend machen.<sup>135)</sup> Der eingestandene Zweck der Klage ist, dem Kläger sein Interesse zu verschaffen, und doch wird sie vom Standpunkt des Beklagten als Pönalklage bezeichnet. Es ließe sich auch noch auf die Conventionalpön verweisen, die auch da, wo sie nur den Zweck hat, dem Kläger ein Surrogat für das Interesse zu gewähren, vom Standpunkt des Beklagten aus als poena bezeichnet wird. Mochte in einigen der obigen Fälle immerhin der Gesichtspunkt der Strafe der überwiegende sein, selbst hier wurde mindestens auch der Erfolg erreicht, dem Kläger das Interesse zu verschaffen.<sup>136)</sup> In manchen andern Fällen aber war umgekehrt der Gesichtspunkt des Interesses der prinzipiale,<sup>137)</sup> der der Strafe der sekundäre, ja letzterer wohl gar gänzlich ausgeschlossen.<sup>138)</sup>

Fragen wir uns also, auf welche Weise befriedigte das äl-

135) Die von Savigny ganz im Geist der römischen Auffassung so bezeichneten: einseitigen Straffklagen. Gegen die Erben konnten sie nur in quantum ad eos pervenit gerichtet werden, und hierin äußerte sich namentlich ihre pönale Natur. Beispiele gewährt jedes Pandekten-Compendium bei Gelegenheit der Transmission der Klagen z. B. Puchta §. 88 not g.

136) Die auf die dedicatio einer res aliena in sacrum gesetzte poena dupli — eine reine poena — motivirt Gajus in der L. 3 de litig. (44. 6) in folgender Weise: ut id veluti solatium habeat pro eo, quod potentiori adversario traditus est.

137) So z. B. bei der act. rationibus distrahendis, bei der Klage gegen die Publikanen. Ann. 127.

138) Ich verweise z. B. auf die actio de tigno juncto — wie hätte der, welcher unwissentlich fremdes Material verbaute, bestraft werden können? — auf die fructus dupli und solche Fälle, wo der Beklagte um die Existenz des klägerischen Rechts nicht wußte und nicht wissen konnte.

tere Recht den natürlichen Anspruch eines jeden Verletzten auf das Interesse, so kann die Antwort nur lauten: auf indirektem Wege durch Zuwendung eines Aversionalquantums, nicht aber auf direktem durch Zulassung der Liquidation desselben.

Dies ist es aber allein, worauf es hier ankommt. Der Schluß, den wir darauf bauen, ist folgender. Jene indirekte Befriedigung des natürlichen Anspruchs auf das Interesse zeigt einmal, daß das ältere Recht einen solchen Anspruch als begründet anerkannte — warum sonst in Fällen, wo von einer Bestrafung des Beklagten keine Rede sein konnte, dem Kläger ein mehreres zuwenden als den einfachen objektiven Werth der Sache? Sodann aber beweist die indirekte Art und Weise, in der das ältere Recht diesen Anspruch befriedigte, daß der direkte Weg einer Liquidation des Interesses ihm noch widerstrebte, und dies Widerstreben ist eben aus einer der Grundtendenzen des ältern Rechts als nothwendig motivirt.

Der obige Einwand: Die Zwiespältigkeit der richterlichen Aestimation erkläre sich aus dem verschiedenen Zweck und Bedürfniß der Rechtsverhältnisse, ist also unhaltbar. Die innere Natur der auf ein certum gerichteten Obligationen sträubte sich keinesweges gegen die Berücksichtigung des Interesses, denn mittelbar ward dem Anspruch auf letzteres ja ein Genüge geleistet. Man könnte eher umgekehrt sagen: wenn bei ihnen in jedem einzelnen Fall, ohne daß es noch eines besondern Nachweises des Interesses bedurft hätte, ein Surrogat für dasselbe gewährt wurde, so liegt darin aufs deutlichste, daß sie in den Augen der Römer einen gerechten Anspruch auf Berücksichtigung des Interesses begründeten. Warum aber ward derselbe nur auf einem Umwege befriedigt, warum stand dem Verletzten, wenn der direkte Weg überhaupt bereits bekannt war, nicht auch letzterer offen?<sup>139)</sup> Ich finde keine andere Antwort darauf als: weil

139) Als der direkte Weg eingeschlagen wurde, behielt man, wie es einmal in der konservativen Weise der Römer lag, für viele Verhältnisse die Be-

der direkte Weg überhaupt noch nicht existirte. Consequenterweise bin ich zu der Annahme gezwungen, daß die Verhältnisse, bei denen sich nach späterm Recht die relative Aestimation findet, entweder in der ältern Zeit noch gar nicht klagbar waren, oder daß bei ihnen früher die objektive Aestimation zur Anwendung kam. Der spätere Verlauf der Darstellung wird uns zu einer Betrachtung dieser Verhältnisse Veranlassung geben, und dort werden wir auch auf diese Frage antworten, an der gegenwärtigen Stelle würde es zu weit führen.

Wir haben bis jetzt den Gleichheitstrieb in seinen hauptsächlichsten einzelnen Aeußerungen verfolgt und bereits mehrfach Gelegenheit gefunden, ihn in seiner Totalität als rechtshistorische Thatsache zu würdigen, und es thut nicht Noth, das Gesagte hier zusammen zu stellen. Dagegen ist Ein Punkt im bisherigen noch nicht berührt, und mit dem wollen wir unsere

Handlungsart des ältern Rechts bei. Beim *mutuum* ließ sich auch im neuern Recht nicht das Interesse liquidiren, während dies bei einem *depositum irregulare* von Geldstücken möglich war (s. L. 3 de in lit. jur. (12. 3) — Bei einigen Verhältnissen aber ging man von der objektiven zur relativen Aestimation über z. B. bei der *act. injuriarum* (*aestimatoria* d. h. Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse statt der ein für alle Mal bestimmten 25 ass. des ältern Rechts) und zwar geschah es hier durch den Prätor. Sodann bei der *act. leg. Aquiliae* (s. Note 125). Hier vermittelte die Jurisprudenz den Fortschritt auf rein innerlichem Wege, nämlich durch eine freiere Interpretation. Diese letzte Erscheinung wird auch einen ähnlichen Vorgang bei der *act. furti*, nämlich den dort hervortretenden Conflict zwischen der objektiven und relativen Aestimation (cf. L. 50 pr. de furtis (47. 2) mit L. 27, L. 67. §. 1, 80 §. 1 *ibid.*) ins rechte Licht setzen, jedoch muß ich darauf verzichten, diesen Nebenpunkt hier weiter auszuführen. Für die in *rem actiones* bezeichnet die *arbitraria formula* gegenüber dem Verfahren durch *legis actio sacramento* und *sponsio* denselben Fortschritt. In welchem Maße diese Beispiele eines Ueberganges von der objektiven zur relativen Aestimation die im Text verfochtene Ansicht unterstützen, brauche ich wohl nicht erst zu bemerken.

Ausführung beschließen, nämlich die bleibende Bedeutung, die der Gleichheitstrieb für die technische Ausbildung des römischen Rechts gewonnen hat.

Der Gegensatz der bisher geschilderten altrömischen und der partikularisirenden und individualisirenden Behandlungsweise des deutschen Rechts läßt sich als Gegensatz der centripetalen und centrifugalen Richtung bezeichnen. Dort wirkt sich die bildende Kraft vorzugsweise auf das Centrum, hier auf die Peripherie. Nun kann man allerdings eben so wohl von der Peripherie zum Centrum, wie von dem Centrum zur Peripherie gelangen, aber leichter und sicherer ist dieser letzte Weg. Wirkt sich die produktive Kraft des Rechts von vornherein auf die Ausbildung des Partikulären und Besonderen, so ist es weit schwieriger, von diesem zum Generellen und Gemeinsamen hinaufzusteigen, als umgekehrt, wenn zunächst das allen gemeinsame Centrum kräftig entwickelt ist, von diesem zu den Besonderheiten hinunterzusteigen. Denn um dort dies Ziel zu erreichen, müssen erst sämtliche einzelne Partikularitäten, die vielleicht regellos auseinandergegangen sind, in einen Kreis gerückt, mühsam muß für sie erst ein Mittelpunkt gesucht und festgestellt werden. Die Wissenschaft des deutschen Rechts gewährt uns hierfür einen schlagenden Beleg, und die Nachtheile der überwiegend centrifugalen Richtung des deutschen Geistes sind auf ihrem Gebiete nicht minder sichtbar und fühlbar, als auf dem unserer politischen Geschichte.<sup>140)</sup> Wie es im Wesen des römischen Gei-

140) Man könnte das Verhältniß der einzelnen Institute des deutschen Rechts mit dem der deutschen Bundesstaaten vergleichen. Dort wie hier dasselbe aus denselben Gründen hervorgegangene Verhältniß eines bloßen Bundes (hinsichtlich der ersteren könnte man mitunter in Versuchung kommen zu sagen: eines Bundes im Sinn von Einband), und der Weg zur wahren Einheit, die Ausbildung des centralen Moments ist bei beiden gleich weit und schwierig. Der wissenschaftlichen Erforschung des deutschen Rechts steht gewiß noch eine große Ausbeute an „centralen“ Gesichtspunkten bevor, an latenten höhern Rechtsprinzipien, die in den einzelnen Instituten sich verwirk-

stes lag zu centralisiren (B. 1. S. 312, 313), so hat derselbe auch innerhalb des Rechts von Anfang an das centrale Moment vorzugsweise kräftig ausgebildet. Die Summe der für alle Institute, Verhältnisse, Klassen von Personen u. s. w. gemeinsamen Rechtsfäße ist hier ungewöhnlich groß, die Summe der den einzelnen Instituten, Verhältnissen u. s. w. eigenthümlichen ungewöhnlich klein. Auf die Vortheile dieser Behandlungsweise brauche ich kaum aufmerksam zu machen. Eine kräftige Entwicklung des Centrums kommt dem ganzen Kreise zu gute; was an diesem Punkte gewonnen wird, hat nicht bloß eine punktuelle Bedeutung, sondern eine universelle, es theilt sich sofort nach allen Seiten hin mit. Nirgends also lohnt sich der Kraftaufwand mehr, als hier, nirgends ist es leichter, das Ganze zu übersehen, zu beherrschen und zu gestalten. Wohl also der Jurisprudenz oder dem Recht, das von vornherein auf diesen günstigsten Standpunkt der Wirksamkeit versetzt worden ist! Ist es nun gar ein so bedeutendes juristisches Talent, wie in Rom, das von diesem Punkt aus operirt, so kann es nicht Wunder nehmen, daß die technische Ausbildung des Rechts, selbst bevor noch von einer eigentlich wissenschaftlichen Cultur

licht haben, für die aber noch die rechte Formel nicht gefunden ist. Mit jeder solcher neuen Entdeckung wird die Kraft des deutschen Rechts sich verdoppeln und wird ein Stück des römischen Rechts von uns abfallen, ohne daß der Gesetzgeber zu dem Zweck seine Hand zu rühren hätte. Die Stärke der römischen, die Schwäche der germanischen Jurisprudenz liegt in der Ausbildung des centralen Moments, und hier ist der Punkt, wo letztere den Kampf aufzunehmen hat, und wo sie ihn mit großem Erfolg wird führen können. Dadurch daß unser Recht nach dieser Seite hin zu schwach war, ist das römische Herr über uns geworden; wollen wir uns von letzterem befreien, so ist das nicht der rechte Weg, die Differenz zwischen unserer partikularisirenden und individualisirenden Rechtsanschauung und der römischen centralisirenden zu constatiren — denn das heißt ja gerade deduciren, wie nöthig uns das römische Recht war — sondern umgekehrt das centrale Moment der deutschen Rechtsanschauung zu cultiviren, nachzuweisen, daß wir nicht so arm sind, als man glaubte, nicht nöthig haben, unsern Bedarf an centralen Gesichtspunkten lediglich vom römischen Recht zu borgen.

die Rede sein konnte, bereits einen so hohen Grad erreicht hatte. Die alte Zeit mit ihrem Gleichheitstriebe stellte den einfachen, soliden, unverwüsthchen Grundbau des römischen Rechts, ohne den alle Kunst der spätern Zeit Stückwerk geblieben wäre. Weil das Senkblei und Winkelmaß zur rechten Zeit ihre Schuldigkeit gethan hatten, konnte man sie späterhin entbehren; der Uebergang von dem mathematisch Regelrechten zu freieren Formen ist ebenso leicht, wie der entgegengesetzte schwer.

Dieser bleibende Gewinn, den das spätere Recht von dem Gleichheitstriebe des ältern gezogen hat, würde mit vorübergehenden Nachtheilen, die der Gleichheitstrieb für die ältere Zeit hätte haben können, nicht zu theuer erkauft worden sein. Ich mache diese Bemerkung nur, um daran die Warnung zu knüpfen, unsere heutige Anschauungsweise nicht in jene Zeit zu übertragen. Was für uns unerträglich sein würde und auch in Rom selbst späterhin unhaltbar ward, war der ältern Zeit nicht bloß keine Last, sondern ein theures Gut.

### III. Der Macht- und Freiheitstrieb.

#### I. Das System der Freiheit und Unfreiheit im Allgemeinen.

XXX. Mehr als irgendwo scheint es mir bei der vorliegenden Frage erforderlich zu sein, der Darstellung des ältern Rechts eine Rechtfertigung des Gesichtspunktes voranzuschicken, unter dem ich dasselbe beurtheilen werde. Die Freiheit gehört zwar zu den Worten, die jeder im Munde führt, ohne eine Verständigung für nöthig zu halten, trotzdem aber kann ich dem Leser eine Ausführung über die Bedeutung der Freiheit nicht ersparen, denn die richtige Auffassung ist keineswegs, selbst nicht einmal innerhalb der Wissenschaft, so verbreitet, daß es

genügte, einfach darauf Bezug zu nehmen. Es gilt namentlich im folgenden einer Anschauungsweise entgegen zu treten, die in einem mangelnden Verständniß für das Wesen der Freiheit ihren Grund hat, und die sich nicht bloß in unsern Zuständen und Einrichtungen seit geraumer Zeit verkörpert, sondern — was uns hier ja zunächst berührt — für das römische Recht die schiefsten und verkehrtesten Urtheile zur Folge gehabt hat. Wenn ich nun zwar nur im Interesse des letzteren veranlaßt bin, gegen jene Anschauungsweise zu polemisiren, so glaube ich mein Ziel doch nicht besser erreichen zu können, als wenn ich den apologetischen Zweck zunächst außer Augen setze und jene Auffassungsweise ganz abgesehn vom römischen Recht einer Kritik unterwerfe.

Einer der fundamentalsten Divergenzpunkte in dem Recht der verschiedensten Völker ist die Art und Weise, wie die Gesetzgebung für die Zwecke und Aufgaben der Gemeinschaft thätig wird. Diese Thätigkeit kann nämlich, wenn man die Gegensätze nimmt, entweder mehr negativer und indirekter, oder mehr positiver und direkter Art sein. Dort beschränkt die Gesetzgebung sich im wesentlichen darauf, die Voraussetzungen für die Verfolgung aller jener Aufgaben herzustellen und zu erhalten und höchstens eine indirekte Beihülfe zu gewähren, die eigentliche Arbeit aber der freien Thätigkeit des Volks (der Einzelnen, Corporationen, Gemeinden u. s. w.) zu überlassen, so daß also diese Thätigkeit als die eigentliche vis agens des ganzen Systems erscheint. Dieses System, das nach einer einzelnen Seite hin unter dem Namen der Selbstregierung bekannt ist, nenne ich das System der Freiheit. Den Gegensatz dazu bildet ein System, bei dem die Gesetzgebung und Regierung die eigentliche Arbeit selbst in die Hand nimmt, <sup>141)</sup> positiv durch Gesetz und Zwang die Errei-

141) Von den modernen Völkern repräsentirt vorzugsweise das englische das erste, das französische das zweite. Spiegelt sich derselbe Gegensatz nicht

hung jener Ziele zu bewerkstelligen sucht; ich nenne es das des Zwanges oder der Unfreiheit.<sup>142)</sup> Der Gegensatz ist begreiflicherweise kein absoluter, denn es hat weder einen Staat gegeben, der Alles, noch einen, der Nichts der freien Thätigkeit des Volks hätte überlassen können. Aber eine ungeheure Verschiedenheit findet doch in dieser Beziehung Statt, und um dieselbe bestimmen zu können, wird es erlaubt sein, jene beiden Systeme in ihrer imaginären Reinheit zu Endpunkten einer Skala zu machen und in ihrer Gegensätzlichkeit zu charakterisiren.

Es gibt nun eine Auffassungsweise — und es ist die, von der oben die Rede war — bei der der Vergleich beider Systeme unbedingt zu Gunsten des Systems der Unfreiheit ausfallen muß — eine Auffassungsweise, die aus verschiedenen Gründen viel Verführerisches hat und auf den ersten Blick den Schein einer tief sittlichen Würdigung des Rechts erregt. Ausgehend von dem erhabenen ethischen Beruf des Staats findet sie in dem System der Freiheit lediglich das Walten der bloßen Subjektivität, in dem der Unfreiheit hingegen die Herrschaft objektiver sittlicher Prinzipien<sup>143)</sup> — dort Indifferentismus des Staats

auch in den englischen und französischen Gärten ab? Dort dient die Kunst der Natur, hier die Natur der Kunst, und dies ist ja auch der Gegensatz beider Systeme, so daß man das eine als das natürliche, das andere als das künstliche bezeichnen könnte.

142) Von der Staatsform, ob dieselbe eine Monarchie oder Republik ist, sind beide Systeme unabhängig, das System der Unfreiheit ist eben sowohl in einer Republik möglich (wie das Beispiel Spartas in alter Zeit und der französischen in neuerer Zeit zeigt), als das der Freiheit in einer Monarchie, z. B. in England. Es zeigt so recht die Unreife und innere Unwahrheit des Freiheitsgefühls, wenn man zu gleicher Zeit für die Republik schwärmen und doch dabei mit dem System der Unfreiheit harmoniren kann. Man würde gleichgültiger gegen die Form der Staatsverfassung sein, wenn man für die wahre Freiheit mehr Sinn hätte.

143) Ich wähle die Ausdrücke, deren Schmidt sich in seinem Buch über den prinzipiellen Unterschied zwischen dem römischen und germanischen Recht bedient. So wenig ich verkenne, daß jenes Werk einzelne treffende Bemerkungen enthält, so beruht doch meiner Ansicht nach der Grundgedanke dessel-

gegen seine höchsten Aufgaben, die Ueberantwortung derselben an den Zufall, insofern ja der gute Wille der Individuen Zufall ist — hier die Hingabe des Staats an seinen wahren Beruf, die praktische Anerkennung und Realisirung jener objektiven Prinzipien. Wenn es einmal, so könnte man argumentiren, Aufgabe des Staats ist, die höchsten Ideen, das Gute, Wahre, Schöne, Zweckmäßige u. s. w. zu verwirklichen: warum dieselben noch erst in Frage stellen, indem er sie dem freien Willen des Individuums oder Volks, also dem Zufall überläßt; warum bloß wünschen und hoffen, wenn der Staat den Erfolg, wie er es ja auf dem kürzesten und sichersten Wege durch das Gesetz vermag, mit Nothwendigkeit herbeiführen kann? Was könnte ihn abhalten? Etwa die Rücksicht auf das Individuum? Aber das Individuum muß ja jene Prinzipien als für sich verbindlich anerkennen, und in demselben Maße, in dem letztere an Energie gewinnen, steigert sich auch das individuelle Wohl und der innere Frieden des Subjekts. So wird also durch jenes System die Ordnung und das Gedeihen der sittlichen Welt erst wahrhaft von dem Zufall des subjektiven Beliebens emancipirt, zur objektiven Nothwendigkeit und zur Höhe der physischen Weltordnung erhoben. Sie ist damit der

---

ben auf eben jenem grandiosen Trugschluß, den ich im Text aufzudecken versucht habe. Es stände schlimm um die germanischen Völker, und sie würden mit China und den orientalischen Völkern auf Eine Stufe rangiren, wenn sie in ihrem Recht das „Prinzip der Subjektivität“ nicht anerkannt hätten. Man sollte nach dem Schmidtschen Buch glauben, als ob nicht Gott, sondern der Teufel den Trieb nach Freiheit in des Menschen Brust gepflanzt habe. Denn wenn ersteres, gehört dann nicht das Prinzip der Freiheit mit zu den objektiven Prinzipien, verträgt es sich nicht mit dem Schmidtschen „Sittengesetz“? Einer solchen Ansicht gegenüber, die sich den Schein einer tief sittlichen zu geben versucht, hielt ich es nicht für überflüssig, für die legitime Abstammung der Freiheit aus der Sittlichkeit eine Lanze zu brechen, ohne aber meinem Gegner dabei in seinen Irrgängen, bei denen der rechtliche und moralische Gesichtspunkt in unglaublicher Weise durcheinander geworfen werden, weiter folgen zu können.

Eigenschaften theilhaftig geworden, die wir an der letzteren mit so vollem Recht bewundern — der Regelmäßigkeit, Sicherheit, Berechenbarkeit.

Die Zeit liegt noch nicht fern, wo diese Anschauungsweise die Gesetzgebung wie die Wissenschaft völlig beherrschte,<sup>144)</sup> wo es als etwas Großes und Erhabenes erschien, das frische freie Leben und Weben in der sittlichen Schöpfung, die sittlichen Naturkräfte, wenn ich so sagen darf, zu verdrängen und dafür den Mechanismus eines Uhrwerkes zu substituiren, bei dem man sich vermeintlich von allen nicht aktenmäßigen und gesetzlich concessionirten Kräften und Einflüssen unabhängig gemacht hatte, die ganze Bewegung selbst in der Hand zu haben glaubte. Allerdings hat sich ein Umschwung vorbereitet, aber wir stehen doch erst am Anfang desselben, denn jene Anschauungsweise hat sich nicht bloß in unsern Einrichtungen, Zuständen, Gesetzen u. s. w., sondern auch in der Ansicht des Volks

---

144) Die Philosophie sympathisirte darin mit der Jurisprudenz. Auch ihr war auf ihrem Gebiet die Freiheit nicht weniger unbequem, als der Jurisprudenz auf dem des Rechts, auch ihr galt das Gesetz, die logische, dialektische Nothwendigkeit als das Höchste, dem sie willig die Persönlichkeit zum Opfer brachte. So läugnete sie die Persönlichkeit und Freiheit Gottes, drückte in der Philosophie der Geschichte die Persönlichkeiten zu bloßen Momenten des dialektischen Processes herab u. s. w. Das sittliche Universum, wie sie es sich konstruirte, verdiente es nicht mit ganz anderm Recht, als die Natur, die Schillerschen Vorwürfe:

Gleich dem todten Schlag der Pendeluhr  
Dient sie knechtisch dem Gesetz der Schwere  
Die entgötterte Natur?

Kann es Wunder nehmen, daß in einer solchen Zeit, die gleichmäßig in der Wissenschaft wie im Recht die Persönlichkeit bekriegte, die Persönlichkeiten und Charaktere nicht gedeihen wollten, wenigstens da nicht, wo sie dem antipersönlichen Lustzug der Zeit vorzugsweise ausgesetzt waren? Oder müssen wir das Causalverhältniß hier umdrehen? Die Philosophie hat hieran wieder bewährt, daß sie sich mit Recht als „die Zeit in Form des Bewußtseins“ charakterisirt, und sie dürfte daher auch in demselben Maße, in dem das Moment der Freiheit und Persönlichkeit reell an Bedeutung gewinnt, dasselbe auf ihrem Gebiete zur Anerkennung bringen.

sowohl wie der Regierungen so eingewurzelt,<sup>145)</sup> daß noch eine lange, lange Zeit über dem Verlauf dieses Processes verfließen dürfte. Es handelt sich hier um eine Veränderung nicht sowohl in der Ansicht, als dem Charakter und Rechtsgefühl des Volks, und derartige Umwandlungen vollziehen sich bekanntlich nur sehr langsam.

Versuchen wir es jetzt, jene Anschauungsweise des täuschenden Scheines, mit dem sie sich umgibt, zu entkleiden und sie in ihrer wahren Gestalt kennen zu lernen.

Zunächst müssen wir den obigen Vergleich der moralischen und physischen Weltordnung als eine Entwürdigung der ersteren entschieden zurückweisen. Denn das Wesen der ersteren ist die Freiheit, das der letzteren die Nothwendigkeit, und es kann nicht Aufgabe der ersteren sein, gerade diesen ihren specifischen Vorzug aufzugeben, um damit die Regelmäßigkeit, Berechenbarkeit u. s. w. der letzteren zu erkaufen. Der Staat als der Organismus der Freiheit kann allerdings, um eben dies zu sein, das Moment der Nothwendigkeit nicht entbehren, er hat Eine Seite, nach der er wirklich der Natur mit ihrer Nothwendigkeit verwandt ist, d. h. zu Gesetzen und äußerem mechanischen Zwang seine Zuflucht nehmen muß. Aber je mehr er ohne die dringendsten Gründe diese Seite entwickelt, also das Element der Freiheit in sich verkürzt, um desto mehr steigt er von der Höhe seiner Bestimmung, die ihn über die natürliche Welt erhebt, zu dem niedern Standpunkt der letzteren hinunter. Die Nothwendigkeit soll ihm nur den festen, kräftigen Körperbau sichern und den Boden ebnen, auf dem dann die Freiheit producirt. Letztere ist die eigentliche Naturkraft des Staats, die freie Bewegung und Produktion für ihn die natürliche, die gezwungene die unnatürliche, künstliche.

---

145) Die Charakteristik des ältern römischen Rechts wird mir zu manchen Seitenblicken auf die heutige Zeit Gelegenheit geben, und die Behauptung des Textes wird sich dort, wie ich hoffe, rechtfertigen.

Vom niedrigsten Utilitäts- Standpunkte aus betrachtet möchte nun immerhin letztere sich mit ersterer messen können, der Wohlstand des Volks, die äußere Ordnung und Moralität u. s. w. unter ihr nicht minder gedeihen, als unter jener — obgleich die Erfahrung bekanntlich das Gegentheil lehrt; denn die Unfreiheit ist nie weder des moralischen noch intellektuellen Schwunges der Freiheit fähig; das Gängelband, in dem sie gehen muß, hindert sie eben so oft an der Bewegung, als es ihr dieselbe erleichtert. Aber selbst wenn sie äußerlich glänzendere Resultate aufzuweisen hätte, als die Freiheit, was würde dieser Mehrgewinn bedeuten, wenn er durch eine Einbuße an unschätzbaren innern Gütern und immateriellen Werthen erkauft werden müßte, oder wenn die Rechtsidee gegen sie Protest einlegte?

Und beides ist der Fall. Einem Volke, das bisher unter dem System der Freiheit gelebt hat, werde durch äußere Gewalt das entgegengesetzte aufgedrungen, und die nachtheiligsten Einwirkungen auf den Charakter desselben werden nicht ausbleiben können. Die Selbständigkeit des Volks, sein Selbstvertrauen, sein Unternehmungsgeist, seine Thatkraft werden abnehmen; denn alle diese Eigenschaften haben nur auf dem Boden der Freiheit ihr rechtes Gedeihen, weil sie nur hier unentbehrlich sind.

So wenig man hierüber ein Wort zu verlieren braucht, so sehr scheint mir der zweite Punkt, das Verhältniß des Systems der Unfreiheit zur Rechtsidee, einer nähern Ausführung zu bedürfen.

Die Freiheit als bloßer Zustand des Nichtbestimmtwerdens hat in dieser ihrer bloßen Negativität keine Berechtigung, gewinnt dieselbe vielmehr erst dadurch, daß eine positiv schöpferische Kraft, der Wille, sie zu ihrer Voraussetzung hat. Der Wille ist das schöpferisch gestaltende Organ der Persönlichkeit, in der Bethätigung dieser Schöpferkraft erhebt dieselbe sich zur Gottähnlichkeit. Sich als Schöpfer einer noch so kleinen Welt wissen, sich abspiegeln in seiner Schöpfung als etwas, das vor ihm nicht da war, das nur ihm gehört, die Objektivirung seiner

Persönlichkeit enthält — das ist das, wodurch der Mensch zum Gefühl seines Werthes und zur Ahnung seiner Gottebenbildlichkeit gelangt.

Diese schöpferische Thätigkeit zu entfalten, ist das höchste Recht des Menschen und ein unentbehrliches Mittel zu seiner sittlichen Selbsterziehung. Sie setzt die Freiheit, also auch den Mißbrauch derselben, die Wahl des Schlechten, Zweckwidrigen, Unverständigen u. s. w. voraus, denn als unsere Schöpfung läßt sich nur das betrachten, was frei aus der Persönlichkeit hervorgegangen ist. Den Menschen zum Guten, Vernünftigen u. s. w. zwingen, ist nicht sowohl darum eine Verfündigung gegen seine Bestimmung, weil ihm damit die Wahl des Entgegengesetzten verschlossen, als weil ihm damit die Möglichkeit, das Gute aus eigenem Antriebe zu thun, entzogen wird.

Der Wille erlangt nun erst im Staat die Möglichkeit gesicherter Verwirklichung, und es ist eine Verpflichtung des Staats, den produktiven Beruf des Willens als rechtliche Macht und Freiheit anzuerkennen und zu schützen. Aber in welcher Ausdehnung? Die Erfahrung zeigt überall das Bestehen von gesetzlichen Beschränkungen der Freiheit, die lediglich vom Standpunkt des Individuums aus betrachtet nicht zu deduciren wären, zu denen also der Staat nicht berechtigt wäre, wenn er bloß die Aufgabe hätte, die subjektive Freiheit zu realisiren. Daß diese letztere Supposition unrichtig ist, daß also dem Staat das Recht zu einem derartigen Eingreifen in die individuelle Freiheitsphäre nicht bestritten werden kann, darüber braucht heutzutage kein Wort verloren zu werden. Aber wie weit reicht es? Darf der Staat alles, was ihm gut, sittlich, zweckmäßig erscheint, zum Gesetz erheben, so gibt es für dieses Recht keine Schranken, und das oben deducirte Recht der Persönlichkeit ist in Frage gestellt; die Bewegung, die er ihr verstattet, hat dann bloß den Charakter einer Concession, ist ein reines Gnadengeschenk. Diese Ansicht von der alles verschlingenden und alles aus sich erst wieder gebärenden Omnipotenz

des Staats ist trotz der glänzenden Maske, durch die sie so gern zu täuschen sucht, aller jener hochtönenden Phrasen von Volkswohl, Verfolgung objektiver Prinzipien, Sittengesetz — sie ist und bleibt die wahre Ausgeburt der Willkühr, die Theorie des Despotismus, möge sie von einer Volksversammlung oder einem absoluten Monarchen zur Anwendung gebracht werden. Sie anzunehmen bedeutet für das Individuum einen Verrath an sich selbst und seiner Bestimmung, einen sittlichen Selbstmord! Die Persönlichkeit mit ihrem Anrecht auf freie schöpferische Thätigkeit ist nicht minder von Gottes Gnaden, als der Staat, und es ist nicht bloß ein Recht, sondern eine heilige Pflicht des Individuums, dieses Anrecht geltend zu machen und auszuüben. Aber wie einerseits der Staat dies Recht der Persönlichkeit anzuerkennen hat, so umgekehrt auch das Subjekt die in der göttlichen Mission des Staats liegenden Rechte. Beide beschränken sich also gegenseitig, aber sie schließen sich weder aus, noch leiten sie ihre Rechte der eine vom andern ab, der Staat so wenig das seinige von dem Individuum, wie einst die naturrechtliche Theorie lehrte, noch das Individuum vom Staat.

Die göttliche Mission des Staats! Ist mit diesem dehnbaren Begriff nicht die Religion, die Sittlichkeit, der Wohlstand, die künstlerische und wissenschaftliche Bildung u. s. w., kurz alles, was das Volk sein und werden, haben und leisten kann, der Obhut und Pflege des Staats anvertraut? Gewiß; aber alles kommt auf die Art an, wie er jene Mission begreift, und damit langten wir wieder bei einem bereits berührten Punkt an. Der Staat kann sie nämlich in der Weise auffassen, daß er selbst alle jene höchsten Aufgaben des Gattungslbens positiv und durch Gewalt zu verfolgen habe — dies ist die Weise, gegen die das Prinzip der persönlichen Freiheit Protest einlegt, weil letztere zu einer Arbeit gezwungen wird, in deren freiwilliger Vollziehung gerade ihre Aufgabe und Ehre besteht — unser System der Unfreiheit. Den Gegensatz dazu bildet das bereits oben bezeichnete System der Freiheit, bei dem der Staat

sich darauf beschränkt, die Erreichbarkeit jener Ziele bloß zu ermöglichen und zu erleichtern, die Verfolgung selbst aber dem freien Walten des sittlichen Geistes und der nationalen und individuellen Intelligenz anheimstellt. In diesem System erscheinen die Staatsidee und die Idee der Freiheit im Einklang, und dieses System ist daher das absolute Ideal, dem jedes Volk nachzustreben hat.

Die bisherige Erörterung hatte zum Zweck, die Unvollkommenheit des Systems der Unfreiheit nachzuweisen. Wie nun aber das Unvollkommene relativ berechtigt sein kann, so verhält es sich auch mit diesem System. Nicht jedes Volk ist für die Freiheit reif, und ohne Reife hat das System der Freiheit keine sittliche Berechtigung. Es verhält sich in dieser Beziehung mit den Völkern, wie mit den Individuen; auch sie bedürfen der Zucht in den Jahren der Unmündigkeit, und zu diesem Zweck dient ihnen eben unser System der Unfreiheit. In instinktartigem Gefühl ihrer Schwäche und ihres Bedürfnisses erscheint ihnen dann dasselbe nicht bloß nicht als eine Last, sondern als etwas Natürliches und Nothwendiges. Ihr Rechtsgefühl reicht über ihre Kräfte nicht hinaus und würde daher das entgegengesetzte System als ein berechtigtes gar nicht begreifen können. Dies ist z. B. im wesentlichen der Standpunkt der orientalischen Völker; der Gedanke der persönlichen in dem Subjekte selbst wurzelnden Freiheit ist ihnen nie aufgegangen und würde ihnen in manchen Anwendungen, z. B. auf religiösem Gebiete, geradezu ein Gräuel sein.

Die Kritik und Abwehr des Systems der Unfreiheit hat uns zugleich positiv die Rechtfertigung des entgegengesetzten Systems gegeben, aber hinsichtlich des letzteren bedarf es doch noch einer Bemerkung.

Wenn wir im Bisherigen nachzuweisen versucht haben, daß gerade die ächte Sittlichkeit dies System der Freiheit postulire, so ist dies nicht so gemeint, als ob dasselbe überall, wo es sich historisch zeigt, aus einer solchen sittlich würdigen Auffassung

hervorgegangen sei. Vielmehr kann es eben sowohl ein Ausfluß der gerade entgegengesetzten Anschauung, ein Ausdruck sittlicher Rohheit und Willkühr sein. Der sittliche Mensch begehrt die Freiheit, weil er das Gute aus eigenem Antrieb zu thun wünscht, der Schlechte, weil er ungehindert seinen bösen Neigungen folgen will; dieser haßt den Zwang, weil er ihn zur Ordnung und zum Guten zwingt, jener, weil er ihn dazu zwingt. So findet sich denn das System der Freiheit ebenso wohl bei der niedrigsten Stufe der Cultur und Sittlichkeit, als bei der gerade entgegengesetzten. Da die Darstellung des älteren Rechts uns die Theorie dieses Systems in anschaulichster Weise vorführen wird, so würde es überflüssig sein, dieselbe noch im voraus des weitern zu entwickeln. Es läßt sich also als eine weite abstrakte Form bezeichnen, die des verschiedenartigsten concreten Inhaltes fähig ist und nach Verschiedenheit desselben in Wirklichkeit ebenso wohl ein System sittlicher Willkühr und Rohheit, ökonomischer Indolenz u. s. w., als ein System hoher sittlicher, politischer, ökonomischer Entwicklung sein kann. In beiden Fällen werden sittliche Prinzipien und höhere Ideen in den Gesetzen nicht sichtbar; aber in dem einen Fall, weil sie dem Volk fehlen, in dem andern, weil sie der Beihülfe des Gesetzes nicht bedürfen. Dort steht das System der Freiheit ebenso weit unter, als im letzteren Falle weit über dem System der Unfreiheit, — eine Skala von der Willkühr und Rohheit durch Zucht und Zwang zur wahren Freiheit.

Da also dem Bisherigen nach der sittliche Höhepunkt des Systems der Freiheit sehr variiren kann, so ist es Sache der historischen Forschung, denselben im einzelnen Fall zu ermitteln. Sie wird zu dem Zweck den Charakter, die Culturstufe, die religiösen und sittlichen Vorstellungen dieses Volks, vor allem aber, wenn die Quellen dies möglich machen, die Sitte ins Auge zu fassen haben. Letztere ist hier von unendlich höherer Bedeutung, als bei dem System der Unfreiheit, wie sich dies

bei Gelegenheit des ältern römischen Rechts am besten wird nachweisen lassen. Für letzteres werden wir auf diesem Wege das Resultat gewinnen, daß dasselbe in Wirklichkeit nichts weniger als ein System der Rohheit, Grausamkeit und des sittlichen Indifferentismus war, <sup>146)</sup> wie man dasselbe nicht selten aufgefaßt hat, sondern ein System der Freiheit in dem Sinne, in dem wir dasselbe oben als sittlich berechtigt nachzuweisen versuchten.

## II. Das römische System.

### A. Die Stellung des Individuums.

#### 1. Die Freiheit und Macht das Ziel des subjectiven Willens.

Die römische Herrschsucht im Allgemeinen. — Die politische und persönliche Freiheit. — Die abstracte privatrechtliche Freiheit und die effektive Gebundenheit des Subjekts. — (Die Sitte und die Macht der öffentlichen Meinung in Rom.) — Das System der privatrechtlichen Autonomie in seinen einzelnen Theilen.

XXXI. Während die beiden vorhergehenden Grundtriebe Anforderungen an das Recht von mehr formaler Art enthielten, erschließt uns der gegenwärtige die eigentliche Substanz des Rechts, ja des römischen Willens überhaupt — den Gedanken

---

146) Wie verkehrt also der Schluß ist, daß diese Prinzipien, weil es einem Forscher nicht gelang, sie an dieser Stelle zu entdecken, einem Volk überall nicht zu eigen gewesen seien, erhellt hieraus von selbst, wenn es nicht schon aus der ganzen bisherigen Entwicklung hervorginge. Wenn Schmidt in seinem citirten Werk dies beachtet und die von ihm vermisteten Prinzipien da gesucht, wo sie zum Vorschein kommen, und nicht da, wo sie sich einmal wenigstens im alten römischen Recht nicht zeigen, so würde sein Urtheil über dasselbe wohl etwas anders ausgefallen sein.

der Macht und Herrschaft, <sup>147)</sup> jenen Gedanken, der die Thatkraft des Einzelnen wie des Staats in unausgesetzter Thätigkeit hielt und zur höchsten Entwicklung steigerte, und dessen Verwirklichung daher den vornehmlichsten Inhalt der römischen Geschichte bildet.

Nirgends hat die Herrschsucht wohl solche Dinge vollbracht, als in Rom, nirgends Leistungen von einer solchen universalhistorischen Bedeutung aufzuweisen, als hier. Es sind namentlich zwei: die Entdeckung des Privatrechts (denn so werden wir es zu nennen haben, §. 36) und vermittelt der Gründung des römischen Weltreichs die Herstellung eines Knotenpunktes für die alte und die neue Geschichte.

In ihrem äußeren Auftreten hat sie nichts Gewinnendes. Blutige Spuren, Opfer aller Art bezeichnen den Weg, den sie genommen; an dem Triumphwagen römischer Größe klebt das Mark zermalunter Völker. Diese dunkle Rehrseite läßt sich nicht in Abrede stellen, aber man hüte sich, sich dadurch zu einem ungerichten Urtheil gegen die Römer hinreißen zu lassen und das sittliche Moment der römischen Herrschsucht zu übersehen; hinsichtlich ihrer Großartigkeit ist dies kaum zu befürchten. Die Liebe zur Herrschaft ist nicht schlechtthin sittlich unberechtigt. Sie ist es nur da, wo sie nicht aus einem innern Beruf und Bedürfniß hervorgeht, sich in kleine Seelen verirrt, denen es an der moralischen Kraft gebricht, die sie voraussetzt, wo sie nicht um ihrer selbst willen geliebt wird, sondern nur als Mittel zur Befriedigung der Genußsucht, Eitelkeit, Laune u. s. w. Es gibt aber auch eine sittlich berechnete Liebe zur Herrschaft, eine Liebe derselben um ihrer selbst willen, eine Liebe, die aller

---

147) Daß die Herrschaft die Freiheit in sich schließt, ist bereits im vorigen § bemerkt, es wird daher im Folgenden von der Freiheit nur da ausdrücklich die Rede sein, wo es darauf ankommt, die negative Seite jenes Gedankens für sich allein ins Auge zu fassen.

Opfer und Anstrengungen fähig ist, und die aus dem Gefühl eines Berufs zum Herrschen hervorgeht. Wo eine ungewöhnliche moralische Kraft vorhanden ist, wird auch der Beruf zur Geltendmachung derselben empfunden werden, und was ist hier die Herrschsucht anders, als die innere Stimme, die an den Beruf mahnt?

Dieser Art war die Herrschsucht der Römer, bevor sie degenerirte. Nicht Genußsucht war es, was ihnen in ihrer guten Zeit die Herrschaft werth machte; ein müheloser Besitz würde sie gar nicht befriedigt haben. Für sie hatte nicht bloß das Ziel, sondern der Weg selbst einen Reiz; der Zustand der äußersten Anspannung der Kräfte, das Erproben der eigenen Stärke an den äußeren Hindernissen, die Gefahr, der Kampf als solcher war ihnen ein Bedürfniß; man möchte sagen, es war eine Naturnothwendigkeit für sie, der gewaltigen Kraft, die in ihnen drängte und Auslaß begehrte, sich zu entledigen. Gleich als ob das Leben noch nicht genug Gelegenheit zur Befriedigung dieses Bedürfnisses dargeboten hätte, mußten selbst die Spiele in Rom diesem Zweck dienen; ihr hauptsächlichster Reiz lag ja in der Aufregung und Spannung, die die Gefahr selbst für den unbetheiligten Zuschauer mit sich bringt. Bei andern Völkern hat sich dasselbe Bedürfniß einer Entlassung der überschüssigen Kraft nicht selten in orkanartigen und darum weniger nachhaltigen Eruptionen zu befriedigen gesucht. An ein solches wildes Sich Retten vor sich selbst, das dem blinden Walten der Naturkraft vergleichbar ist, haben wir bei den Römern nicht zu denken. Denn ihre Kraft schlägt geregelte Bahnen ein, dient mit stets sich gleich bleibender Anspannung einem bewußten Zweck, dem Zweck nämlich, den römischen Staat in der Welt zur Herrschaft zu bringen. Diese Herrschaft erschien den Römern nicht als Usurpation, sondern als ein auf ihrer moralischen Superiorität über die übrigen Völker beruhendes Recht, als der eigenthümliche Beruf Roms, bei dessen Verfolgung sie der Zustimmung und Hülfe der Götter glaubten

sicher zu sein. Wie sehr dieses Streben nach Herrschaft die römische Selbstsucht über das Niedrige und Gemeine des individuellen Egoismus und eines bloßen Genuslebens zu höheren Anschauungen erhob; welche Fülle von Tugenden, von Selbstverleugnung, Vaterlandsliebe, Standhaftigkeit, Tapferkeit, würdigem Stolz u. s. w. es zum Vorschein brachte, kurz welchen sittlichen Schwung es dem ganzen römischen Wesen verlieh, das brauche ich hier nicht auszuführen. Ist denn die Herrschsucht der Römer einmal ein Fehler zu nennen, so hat es wohl nie einen Fehler gegeben, der eine so reiche Quelle von nationalen Tugenden und großen Thaten geworden ist.

Das Recht gibt uns die Gelegenheit, die Herrschsucht so zu sagen in ihrer Häuslichkeit zu belauschen. Es gibt kein anderes Gebiet geistiger Thätigkeit, das gerade so vorzugsweise ihr gehört, und auf dem sie solche unblutige Triumphe feiern könnte, wie auf diesem. In welchem Maße der römische Macht- und Freiheitstrieb sich auf diesem Gebiet bethätigte, ist theilweise sehr bekannt, und soll, so weit es dies ist, hier nicht weiter ausgeführt werden. Dahin rechne ich z. B. den Antheil, den die römische Verfassung dem Bürger an der Verwaltung des Staats einräumte, das jus suffragii und honorum, also die Theilnahme an der gesetzgebenden und strafrichterlichen Gewalt, an der Wahl der Beamten, selbst an der Verwaltung der Polizei<sup>148)</sup> u. s. w., kurz das ganze republikanische Selbstregiment der Römer. Dahin zähle ich ferner den weiten Umfang, in dem der Grundsatz der persönlichen Freiheit in Rom zur Anerkennung gelangt war. Ich will von solchen Ausflüssen dieses Grundsatzes gar nicht reden, deren sich die Römer selbst nicht bewußt waren, weil ihnen eine Beschränkung nach dieser Seite hin als undenkbar erschienen wäre (z. B. der Freiheit in der Wahl des Lebensberufes), und für die man überhaupt erst ein Auge bekommt, wenn man sieht, daß sie anderwärts fehlen;

148) Die act. populares s. B. 1, S. 187. B. 2, S. 83.

ich will nur diejenigen aufzählen, die die Römer selbst als werthvolle Garantien der persönlichen Freiheit namhaft machen. Hierzu gehören namentlich: die Freizügigkeit, <sup>149)</sup> die man sogar dem Inquisiten bis zum Urtheilsspruch zugestand, <sup>150)</sup> der Schutz gegen die Willkühr der Beamten, der durch das Recht der Provokation an die Volksversammlung, <sup>151)</sup> das Intercessionsrecht der Tribunen und höheren Magistrate und die Verantwortlichkeit der Beamten in umfassendster Weise gewährleistet war. Sodann der gestaltende Einfluß, den die Vorstellung von der Würde des römischen Bürgers auf das Kriminalrecht ausgeübt hat, z. B. die Ausschließung der Tortur, <sup>152)</sup> der Leibes- und grausamer Lebensstrafen, <sup>153)</sup> und eine Reihe anderer nicht minder werthvoller Einrichtungen. <sup>154)</sup>

149) Cic. pro Balbo c. 13. s. oben S. 59, Anm. 46.

150) Die Verhaftung des Angeklagten war rechtlich möglich, wenn auch nicht nöthig, sie ließ sich jedoch, wenn sie verfügt war, durch die Intercession eines Tribunen abwenden oder in Freilassung gegen Kaution verwandeln. Zu dem freien Exulationsrecht des Angeklagten (Sallust. Catil. 51) paßte sie nicht recht, und es ist daher erklärlich, daß sie, wenn auch rechtlich nicht aufgehoben, sich doch in der Praxis verlor und zur äußersten Seltenheit ward. Geib, Geschichte des röm. Kriminalproz. S. 119, 120.

151) Cic. de orat. II. 48. . . patronam illam civitatis ac vindicem libertatis. Liv. III. 55: unicum praesidium libertatis. Ich erinnere ferner an das den Beamten gesetzte Maximum der Multa Gell. XI. 1.

152) Geib, S. 138 fl.

153) Liv. X. 9. Cic. in Verr. II. V. c. 54—57. pro Rabirio c. 4, 5: carnifex vero et obductio capitis et nomen ipsum crucis absit non modo a corpore civium Rom., sed etiam a cogitatione, oculis, auribus. Harum enim omnium rerum non solum eventus atque permissio, sed etiam conditio, expectatio, mentio ipsa denique indigna cive Romano atque homine libero est.

154) z. B. der Grundsatz der quarta accusatio (Geib, S. 116 fl. und die neueste Untersuchung darüber von Lange: die östliche Inschrift der Tabula Bantina u. die röm. Volksgerichte. S. 65—86), insofern er einmal dem Angeklagten die Gelegenheit gab, die öffentliche Meinung für sich zu gewinnen, und andererseits der momentan erregten Leidenschaft des Volks Zeit ließ, sich abzukühlen. Ferner der Grundsatz, daß die Aussagen der Sklaven gegen ihre Herren nicht angenommen werden sollten (Geib, S. 142). Die

Uebrigens hat jener Grundsatz der persönlichen Freiheit erst im Laufe der Zeit die Ausdehnung bekommen, in der er gegen das Ende der Republik galt, und die fast das richtige Maß überschritt. Diese spätere Zeit erinnert mit ihren abstracten Freiheits- und Gleichheitsideen an die Gegenwart; die ältere war weit maßvoller, genügsamer, praktischer. Ihre Freiheit war ein durch und durch historisches Produkt, aus praktischen Motiven hervorgegangen, mühsam und stückweise erkämpft; nicht der Schulbegriff der Freiheit, sondern der Druck, wo er besonders fühlbar geworden war, hatte sie ins Leben gerufen. Sie war, möchte man sagen, nicht so sehr ein Begriff, als eine Summe von einzelnen besonders wichtigen Rechten, daher nicht ohne Lücken und scheinbare Inconsequenzen. Diese ihre durchaus praktische Natur bewährte sich daran, daß sie sich den Umständen fügte, z. B. im Fall der Noth selbst eine vorübergehende Suspendirung willig zuließ.<sup>155)</sup> Höchst bezeichnend für die eigenthümliche Organisation des ältern Freiheitsgefühls ist auch die Verträglichkeit desselben mit der Censur, einem Institut, das uns bei unseren hentigen Vorstellungen von persönlicher Freiheit ganz unleidlich sein würde.<sup>156)</sup> Das Gesagte bestätigt sich auch an einer Art der Freiheit, die in der neuern

---

entschiedene Tendenz der spätern Zeit (von den XII Tafeln läßt sich ein Gleiches nicht behaupten) zu milden Strafen (Platner quaest. de jure crimin. Rom. S. 75—82) ist von den Römern selbst rühmend hervorgehoben, z. B. von Liv. I. 28: nulli gentium mitiores placuisse poenas, Cic. pro Rabir. c. 3 . . . vestram libertatem non acerbitate suppliciorum infestam, sed lenitate legum munitam esse voluerunt.

155) Ernennung eines Diktators, Sctum: videant consules, ne quid detrimenti capiat respublica.

156) Man erinnere sich (S. 50), daß der Censor Jemanden zur Rechenschaft zog z. B. wegen nachlässigen Betriebs der Landwirthschaft oder unordentlicher Wirthschaft, wegen Luxus und übertriebenen Aufwandes (eines Fehlers, gegen den mit dem Ende des sechsten Jahrhunderts, als die Macht des Censors nicht mehr ausreichte, die Gesetzgebung selbst mittelst der bekannten *leges sumtoariae* zu Felde zog). Mit unseren Ideen von persönlicher Freiheit verträgt sich dies alles sehr wenig, und selbst dem „germanischen

Geschichte eine so große Rolle spielt, der religiösen Freiheit. So tolerant oder indifferent die römische Politik gegen die Culte der unterworfenen Völker war, ja so bereitwillig die Römer allen Göttern des gesammten Reichs einen Platz im Kapitol gewährten, so wenig kannten sie doch bei dem Charakter ihrer Religion als Staatsreligion den Begriff der abstracten religiösen Freiheit. Der Uebertritt zu einer andern Religion erschien ihnen nicht unter dem Gesichtspunkt, der uns so geläufig ist, nämlich als eine That und ein Recht des religiösen Bedürfnisses, sondern als ein Abfall vom römischen Staat und Wesen, und ohne daraus ein eignes Verbrechen zu bilden oder vereinzelte Fälle zu beachten, pflegte man doch, wenn die Fälle sich mehrten, und das Uebel eine allgemeinere Ausdehnung gewann, von Staatswegen einzuschreiten.<sup>157)</sup> Schwerlich wird irgend ein Römer daran als an einem Eingriff in die religiöse Freiheit Anstoß genommen haben, schwerlich auf die Idee verfallen sein, daß man dem Prinzip der Freiheit auch eine Ausdehnung auf religiöse Angelegenheiten, sowie überhaupt eine Ausdehnung geben dürfe, bei der das Interesse des Staats hätte leiden können. Den Grund, der es den Römern ersparte, über jene Art der Freiheit zu reflektiren, erblicke ich darin, daß die religiöse Freiheit überall erst durch den Druck ins Bewußtsein gebracht wird, ein solcher Druck aber in den römischen religiösen Einrichtungen gar nicht vorhanden war. Von dem ärgsten Zwange, den es geben kann, dem Glaubenszwange, von Inquisition und Kegergerichten (wovon sich ja auch im Alterthum Spuren finden) war in Rom keine Rede; der Glaube war frei, und die Verpflichtung zu dem äußern Cultus, den

Ethos" des Herrn Schmidt möchte mit einer solchen Ausdehnung des „objektiven Prinzips“ ein Genüge gethan sein.

157) Es gehörte dies zu den Obliegenheiten des Senats, der vorkommenden Falls die Beamten damit beauftragte. Valer. Max. I. 3. de peregrina religione rejecta. Liv. IV. 30: datum inde negotium aedilibus, ut animadverterent, ne qui nisi dii Romani neu quo alio more quam patrio colerentur. XXV. 1. XXXIX. 13 ff.

sacris, hatte mehr den Charakter einer vermögensrechtlichen Last, als einer religiösen Nöthigung. Kein Wunder, daß der Römer sich Jahrhunderte hindurch mit diesem weiten Maß religiöser Freiheit leicht begnügen, daß selbst der Unglaube der spätern Zeit sich damit vertragen konnte; erst das Christenthum bereitete dem alten System seinen Untergang.

Indem wir nun die bisher genannten Ausflüsse unseres Prinzips im Wesentlichen als bekannt voraussetzen, beschränken wir unsere Darstellung auf zwei Punkte, die eines nähern Eingehens besonders würdig scheinen, nämlich die Verwirklichung unseres Grundtriebes innerhalb des Privatrechts (§. 31—34) und die Einwirkung desselben auf die Gestaltung, den Zuschnitt und Inhalt der öffentlichen Gewalten (§. 35); der abgesonderten Darstellung beider Punkte werden wir schließlich (§. 36) eine allgemeinere Betrachtung über die historische Bedeutung des gesammten Freiheits-Systems folgen lassen.

Für jenen ersten Punkt gibt uns der Verlauf unseres Werkes bereits mannigfache Anknüpfungspunkte, namentlich verweise ich auf das Prinzip des subjektiven Willens (B. 1, S. 104 fl. 205 fl. B. 2, S. 57 fl.) und die gesetzliche Anerkennung der subjektiven Autonomie in den XII Tafeln (B. 2, S. 68 fl.). Dasselbe Prinzip, das wir im ersten System in seiner ursprünglichen Bedeutung als einen der Ausgangspunkte des Rechts auf etwas künstlichem und theilweise constructivem Wege zu bestimmen versuchten, haben wir an der gegenwärtigen Stelle wieder aufzunehmen, und zwar in seiner völlig entwickelten, historisch beglaubigten Gestalt. Ich werde bei meinem Leser das Resultat meiner früheren Ausführungen voraussetzen dürfen, jenen Fundamentalsatz nämlich, daß das Subjekt die Quelle und der Grund seines Rechtes ist, der Staat also nicht das Recht selbst, sondern nur die Anerkennung und den Schutz desselben gewährt. Diese Grundanschauung durchdringt das römische Recht so sehr nach allen Seiten hin, daß ein öfteres Zurückkommen auf dieselbe völlig unvermeidlich ist. Für das

gegenwärtige System haben wir dies Prinzip aus Gründen, die später erhellen werden, an zwei verschiedenen Stellen zu behandeln, bei Gelegenheit der Theorie des subjektiven Willens und an der gegenwärtigen Stelle.

Aus unserem Prinzip folgt für das Verhältniß des Staats zu dem Recht des Subjekts zweierlei: einmal, daß er dies Recht nicht willkürlich entziehen darf — davon ist oben S. 59 bereits die Rede gewesen <sup>158</sup>) — sodann, daß er den Inhalt desselben nicht beliebig beschränken darf, sondern im Wesentlichen die ganze Fülle der Machtbefugniß, die die Natur des Rechts mit sich bringt, dem Subjekt zu belassen hat. Daß nun das römische Recht dieser Anforderung entsprochen hat, soll jetzt nachgewiesen werden.

Das Prisma, durch welches das ältere Recht sämtliche Verhältnisse, in denen das individuelle Leben sich bewegt, betrachtete, war der Gedanke der Herrschaft. Mochten dieselben hinsichtlich ihrer eigentlichen Bedeutung und Bestimmung für das Leben auch noch so wenig durch diesen Gesichtspunkt gedeckt oder ergriffen werden, für das Recht kam nur letzterer in Betracht. Daraus darf man aber nicht folgern, als wenn die Römer jene Verhältnisse lediglich als rein rechtliche aufgefaßt, die über das Recht hinausgehende höhere Bestimmung derselben gar nicht bemerkt, ihren sonstigen Inhalt für gleichgültig oder überflüssig gehalten hätten; man denke z. B. an die Ehe, die

158) Ich füge nachträglich nur noch einige Zeugnisse für die dort verfochtene Ansicht bei, nämlich Liv. XXXI. 13 (das musterhafte Verfahren des Staats gegen die Staatsgläubiger), sodann Val. Max. VI. 2. 12. (rechtliche Auffassung politischer Gewaltmaßregeln), Expropriationen gegen Entschädigung: das SC. de aquaeduct. bei Frontin: de aquaed. c. 125 (bei Briss. de form. lib. II. c. 81), und die interessante Aeußerung Frontins c. 128: . . cum majores nostri admirabili aequitate ne ea quidem eripuerent privatis, quae ad modum publicum pertinebant. Sed cum aquas perducerent, si difficilior possessor in parte vendenda fuerat, pro toto agro pecuniam intulerunt, et post determinata necessaria loca rursus eum agrum vendiderunt, ut in suis finibus proprium jus tam res publica, quam privata haberent. Val. Max. V. 6. 8, L. 12 pr. de relig. (11. 7).

väterliche Gewalt u. s. w. Jene Herrschaft war das spezifisch rechtliche Element der Verhältnisse, auf dessen Auffindung und Bestimmung die juristische Analyse allein gerichtet sein konnte. So wenig wie ein Chemiker, dessen Untersuchung auf Auffindung eines ganz bestimmten Bestandtheils eines Körpers gerichtet ist, Anlaß hat sich über die Brauchbarkeit, die Bestimmung des Gegenstandes u. s. w. zu verbreiten, so wenig kann und darf der Jurist bei der juristischen Analyse sich ähnliche Abschweifungen von seiner Aufgabe erlauben. Er soll, wenn ich so sagen darf, den Procentgehalt der einzelnen Verhältnisse an Rechtsstoff bestimmen. Dieser Rechtsstoff findet sich häufig vermischt mit anderen Elementen, und zwar in sehr verschiedener Proportion. Bald bildet er nur einen sehr unbedeutenden, bald den überwiegenden, bald den einzigen Bestandtheil des Verhältnisses.<sup>159)</sup> Die juristische Untersuchung hat sich nun, wie gesagt, lediglich auf die Auffindung dieses Stoffes zu beschränken; je reiner sie ihn darstellt, je mehr sie also die nicht-rechtlichen Elemente ausscheidet, um so vollkommener hat sie ihre Aufgabe gelöst. In dieser nothwendigen Beschränkung eine Einseitigkeit zu finden, ist wahrhaft absurd; die Bedeutung jener nicht-rechtlichen Elemente, des moralischen, national-ökonomischen, politischen u. s. w., ist damit doch nicht negirt, daß man sich hütet, sie an der unrichtigen Stelle zu erörtern. An der rechten Stelle darf und soll man sie berücksichtigen, und es ist eine der Hauptaufgaben einer jeden historischen Darstellung des Rechts, sich dieser Gesichtspunkte zu bemächtigen.

Das spezifisch rechtliche Moment, wornach das ältere Recht die Rechtsverhältnisse bestimmt, ist also der Gedanke der Herrschaft, und ich sollte meinen, daß dasselbe damit das absolut Richtige getroffen hat. Der Inhalt eines jeden Rechtsverhältnisses, wenn man dasselbe des Beiwerks entkleidet und auf sei-

159) Man vergleiche z. B. die Ehe mit den Obligationen, eine Missionsgesellschaft mit einer Handelsgesellschaft u. s. w.

nen juristischen Kern zurückführt, ist Willensmacht, Herrschaft, die Unterschiede der Rechtsverhältnisse sind Unterschiede der Herrschaft. Das Charakteristische der Rechtsverhältnisse des ältern Rechts kann also nicht darin gesucht werden, daß sie reine Herrschaftsverhältnisse sind — es hieße weiter nichts als aussagen, daß die Römer zuerst die Sache juristisch erfaßt haben. Das Charakteristische derselben liegt vielmehr in der Fülle der Machtbefugniß, die sie gewähren; darin, daß dieselbe eine beinahe unbeschränkte, eine absolute Gewalt ist. So mannigfaltig sich auch die Herrschaft gestalten mochte, namentlich nach Maßgabe der äußern Verschiedenheit ihres Gegenstandes (Person, Sache) und ihrer Richtung gegen denselben: in jenem Einen Punkt kommen doch fast sämtliche Herrschaftsverhältnisse überein. Man möchte sie im Wesentlichen als leere, abstracte Formen bezeichnen, die ihren Inhalt erst von dem subjektiven Willen erwarten, und die daher im einzelnen Fall je nach Verschiedenheit dieses Inhaltes die mannigfaltigste Gestalt annehmen können; eine abstoßende sowohl und das sittliche Gefühl verletzende, wie eine anziehende und dem strengsten sittlichen Urtheil genügende. Bei dieser ihrer Weite kommt also alles auf den Inhalt an, den das römische Leben in sie ergoß, und ein Urtheil über sie ist ohne eine Untersuchung desselben gar nicht möglich.

Diese Untersuchung hält man nun häufig gar nicht einmal für nöthig, um ein sittliches Verdammungsurtheil über das ganze System auszusprechen. Die fixe Idee, von der man sich nicht losmachen kann, ist die: ein Mißbrauch jener Gewalt war rechtlich möglich, folglich fanden die Römer nichts Anstößiges darin. Unwillkürlich folgert man aus der rechtlichen Möglichkeit des Mißbrauchs die reale Möglichkeit ja die Wirklichkeit desselben. So entsteht ein Bild von den Römern und der römischen Sittlichkeit, das von der Wahrheit unendlich entfernt und eine wahre Frage ist. Es möge mir erlaubt sein, den Irrthum, den man hierbei begeht, durch einen Vergleich anschaulich zu machen. Jene abstracten Formen des Rechts

gewähren kein Bild der Institute, wie sie im Leben wirklich bestanden, sondern eine bloße Silhouette. Die juristische Abstraction hat nur die juristischen Contouren jener Verhältnisse abzunehmen; mehr soll und darf sie nicht, wie bereits oben bemerkt ward. So weit wie die Silhouette von dem Porträt, so weit ist dieser juristische Schattenriß von einem treuen Bilde des römischen Lebens entfernt. Hier ist keine Farbe, kein Licht, kein Schatten; der ganze physiognomische Ausdruck der Institute fehlt. Dächte man sie sich so in der Wirklichkeit, so seelenlos, so ausdruckslos, so todt: gewiß, unser Widerwille wäre völlig begründet. Aber ein Römer würde uns wegen einer solchen Vorstellung verlacht haben; er wußte, wofür er jene Silhouette zu halten habe, und das Bild, das er sich von jenen Instituten machte, und das er aus der Anschauung des wirklichen Lebens schöpfte, war ein völlig anderes, und enthielt eine Menge von Nüancen und charakteristischen Merkmalen, die wir zu übersehen pflegen. Von den mannigfachen Beschränkungen der subjektiven Gewalt, von den besonderen Voraussetzungen, von denen die Ausübung gewisser Rechte nicht de jure, aber de facto abhing u. s. w., von alle dem nehmen wir in der juristischen Theorie nichts wahr, aber der Römer hatte dies alles vor Augen. Denn jene abstracte Freiheit des Rechts fand faktisch im römischen Leben Maß und Ziel. So lange sie die richtigen Bahnen einhielt, so lange sie dem verständigen Gebrauch diente, stieß sie auf keinen Widerstand. Aber so wie sie sich aus Uebermuth übernehmen, im Vertrauen auf ihre rechtliche Unbeschränktheit dieselbe mißbrauchen wollte, begegnete ihr Widerstand von allen Seiten, und hier kamen Ketten und Fesseln zum Vorschein, von denen freilich das Recht nichts wußte, die aber nicht minder stark waren, als wenn das Gesetz selbst sie geschmiedet hätte. Ob eine gesetzliche Vorschrift uns zwingt, oder irgend eine andere Macht, der sich ebenso wenig trotzen läßt, z. B. die öffentliche Meinung, die herrschenden Begriffe von Ehre u. s. w. ist für das Resultat

einerlei. Es ist nicht nöthig, daß alles, was unterbleiben soll, gerade durch das Gesetz verboten werde, die Sitte kann hier dasselbe wirken, wie das Gesetz. Ja es gibt Verhältnisse und Zeiten, wo die Sitte eine weit höhere Macht ausübt, als anderwärts das Gesetz; <sup>160)</sup> eine solche Zeit war die, in der wir gegenwärtig stehen. Gerade im System der Freiheit scheint die Sitte das beste Gedeihen zu haben, oder richtiger, das System der Freiheit ist auf die Dauer nur da haltbar, wo die Sitte stark genug ist, den gesetzlichen Zwang zu ersetzen, und vorzugsweise bei den Völkern, bei denen jenes System zur höchsten Entwicklung gekommen ist, findet sich als Gegengewicht und Temperament derselben eine strenge, ja oft despotische Herrschaft der Sitte. <sup>161)</sup> Die Sitte ist die Selbstbeschränkung der Freiheit; wo sie nicht kräftig entwickelt und gut organisirt ist, wo nicht die öffentliche Meinung den würdigen Gebrauch der Freiheit zu einem Ehrenpunkt zu erheben und ihn zu erzwingen versteht, da kann die Freiheit nicht gedeihen.

Die Mittel, über die die Sitte in Rom gebot, waren außerordentlich wirksame. Die natürliche Beschützerin der Sitte, die öffentliche Meinung, war hier weit machtvoller, als irgendwo anders. Das reguläre Mittel, das ihr zu ihrer Geltendmachung zusteht, ist die sittliche Strafgewalt, die sie ausübt, namentlich vermittelt der Ehrenstrafen. In Rom ließ die Wirksamkeit dieses Mittels nichts zu wünschen übrig, <sup>162)</sup> denn die römische Ehrenstrafe, die *infamia*, hatte den Verlust aller politischen Rechte zur Folge; <sup>163)</sup> was aber politischer Tod für einen

160) Der bekannte Ausspruch von Tacitus: *Plusque valent ibi boni mores, quam alibi bonae leges.*

161) z. B. in England, Nordamerika, wo dies von manchen Anhängern der abstracten Freiheit nicht selten mit naivem Erstaunen und großer Unbehaglichkeit vermerkt worden ist.

162) Cic. *pro Rose. c. 6* . . . nennt die Frage von der Infamie eine *summae existimationis et paene dicam capitis* (Existenzfrage), *pro Quint. c. 8. capitis causa.*

163) Savigny *System B. 2. §. 79—81.*

Römer bedeutete, brauche ich nicht zu bemerken. Zu diesem regulären Mittel kamen nun in Rom manche eigenthümliche und zwar höchst wirksame hinzu. Zunächst das dem Volke zustehende Recht der Wahl der Beamten. Bei uns kann Jemand, der mit der öffentlichen Meinung gebrochen hat, zu Macht und Einfluß gelangen; bei den Römern war dies in älterer Zeit undenkbar. Wer sich in seinem Privatleben sowohl wie in seinem öffentlichen Auftreten über die öffentliche Meinung hinweggesetzt hatte, war in Rom verloren. Bei der Deffentlichkeit, die das ganze römische Leben durchdrang, bei der Geschäftigkeit der Gegner und Mitbewerber mußte in Rom jeder, der ein öffentliches Amt vom Volke begehrte, darauf rechnen, daß seine ganze Vergangenheit den Augen und der Kritik des Volks bloß gelegt wurde, und wer sich der Gunst desselben unwürdig erwiesen hatte, was hatte der zu hoffen? Rohheit und Grausamkeit gegen Frau, Kinder, Sklaven, Unbarmherzigkeit gegen Schuldner, die durch Unglücksfälle insolvent geworden waren, kurz Handlungen, die dem Recht nach durchaus erlaubt waren, aber die die Volksstimme mißbilligte, die Sitte untersagte, fielen hier schwer ins Gewicht. Der schlagendste Beweis hierfür liegt in dem Institut der Censur, dem dritten Mittel, über das die öffentliche Meinung disponirte. Wie empfindlich mußte das römische Sittlichkeitsgefühl sein, welches Gewicht mußten die Römer auf das moralische Moment legen, wenn sie trotz der höchst wirksamen sonstigen Mittel zum Schutz der Sitte noch die Censur für nöthig hielten und willig ertrugen! Die Fälle, in denen der Censor einschritt (S. 50), gewähren uns Auskunft darüber, was in den Augen des Volks als anstößig galt und mithin von demselben in Anschlag gebracht ward, wo es selbst den sittlichen Charakter eines Bürgers zu beurtheilen hatte. Außer den Wahlcomitien fand sich dazu Gelegenheit in den Volksgerichten, und in letzteren besaß die öffentliche Meinung vielleicht das wirksamste Mittel zu ihrer Realisirung. Um das ganze Gewicht desselben zu würdigen, muß man sich der eigenthümli-

chen Gestaltung des ältern Strafwesens erinnern. Es ist oben (S. 43) ausgeführt, daß das Verbrechen mehr die Veranlassung, als den Gegenstand der Untersuchung bildete, die ganze sittliche Persönlichkeit und Vergangenheit des Angeeschuldigten regelmäßig den Ausschlag gab. Diese criminelle Geltendmachung des sittlichen Moments beschränkte sich aber keineswegs auf die Fälle, wo ein eigentliches Verbrechen begangen war (wo dies Moment also nur einen accessorischen Einfluß ausübte), sondern die eigenthümliche Organisation dieser Strafrechtspflege machte es möglich, daß Jemand wegen Handlungen in Anklagezustand versetzt und verurtheilt ward, die eine öffentliche Entrüstung erregt hatten, ohne aber unter die Kategorie eines eigentlichen Verbrechens zu fallen. Dies Schicksal konnte Jemanden treffen, der vom privatrechtlichen Gesichtspunkt aus betrachtet durchaus in seinem Recht war, z. B. von seiner patria potestas einen in moralischer Hinsicht unverantwortlichen Gebrauch gemacht hatte. Eklatante Fälle dieser Art konnten das Volk in der Weise erbittern, daß es nicht einmal bis zum Tage des Gerichts wartete, um seinen Gefühlen Luft zu machen.<sup>164)</sup> Auf jeden Fall aber war es höchst gewagt, in solcher Weise das Volk zu reizen, sowohl für den, der je noch das Geringste von demselben erwartete, als auch für den, der die Gunst desselben gar nicht ambirte. Was half es ihm, auf sein abstractes „Recht“ zu pochen, wenn das Volk, der lebendige Träger der Rechtsidee, der Ansicht war, daß er sich seines Rechts in einer Weise bedient habe, die dem Sinne desselben widerstrebe? Sein Unrecht und seine Strafwürdigkeit lag darin, daß er sich über die Sitte und das sittliche Urtheil hinwegsetzt, daß er, sich isolirend auf den beschränkten Standpunkt seines subjektiven Rechts, die schuldige Rücksicht gegen die Gemein-

164) So z. B. Seneca de clementia I, c. 14. Erixonem equitem Romanum memoria nostra, quia filium suum flagellis occiderat, populus in foro graphiis confodit. Vix illum Augusti Caesaris auctoritas infestis tam patrum, quam filiorum manibus eripuit.

schaft, die ihm den Schutz desselben verlieh, außer Acht gelassen hatte.

Wie schrumpft nun aber, wenn man sich dies alles vergegenwärtigt, jene abstracte Freiheit des Privatrechts zusammen, oder richtiger gesagt wie sehr verliert sie das Unnatürliche, durch das sie uns bei oberflächlicher Betrachtung so sehr abstößt. Die leere Tafel der abstracten Freiheit bedeckt sich mit allerhand Limitationen, Voraussetzungen, Beschränkungen, die nicht minder wirksam sind, als wenn das Gesetz selbst sie aufgestellt hätte. Die energische Kraft der Sitte, der Censor, die Wahlcomitien, die Volksgerichte, das gesammte römische Leben mit allen seinen thatächlichen Gewalten bildet den in der Regel übersehenen Subtrahend des abstracten Rechts, und wir brauchen nur die Subtraction vorzunehmen, um ein sehr verständiges praktisches Resultat zu gewinnen. Dasselbe lautet folgendermaßen. Der Einzelne hat die ihm anvertraute absolute Gewalt nur zum Zweck des richtigen, nicht zum Zweck des rein willkürlichen Gebrauchs. Der Staat verbietet aber den Mißbrauch nur soweit, als derselbe absolut und unbedingt verwerflich ist, d. h. solche Aeußerungen der subjektiven Gewalt, die schlechthin, mögen die Voraussetzungen sein, welche sie wollen,<sup>165)</sup> nicht zu dulden sind, nicht aber diejenigen, die nur hypothetisch sich als Mißbrauch qualificiren lassen.<sup>166)</sup> Um sie zu verbieten, müßte das Gesetz in ein unübersehbares Detail von Voraussetzungen und Möglichkeiten eingehen und würde doch Gefahr laufen, bald zu wenig, bald zu viel zu thun.

165) Derartige Beschränkungen sind die über den Verschwender verhängte Entziehung der Vermögensverwaltung, die Beschränkung des dem Vater zustehenden Rechts, den Sohn zu verkaufen, auf dreimalige Ausübung, das Zinsmarimum u. a. m.

166) z. B. Verhängung der Todesstrafe über den Sohn von Seiten des Vaters, Auflösung der Ehe von Seiten des Mannes u. s. w. können durchaus gerechtfertigt und umgekehrt gar nicht zu entschuldigen sein; jenes, wenn der Sohn ein todeswürdiges Verbrechen begangen, die Frau die Ehe gebrochen, dieses, wenn gar kein oder kein hinreichender Grund vorliegt.

Ein richtiges Urtheil hierüber ist nur im con cre ten Fall möglich, bleibt also dem Urtheil des Subjekts überlassen. Ein Mißbrauch dieses dem Subjekt geschenkten Vertrauens wird zwar nicht durch das Gesetz verhindert oder bestraft, aber die Stelle des todten Gesetzes vertritt hier als lebendiges Gesetz, das sich ganz dem concreten Fall anschmiegt, der Censor, das Volk und, wie wir unten sehen werden, hinsichtlich der familienrechtlichen Gewalten, die Familie.

Daß die subjektive Freiheit nicht aus einer solchen Anschauung hervorgegangen sein mag, gebe ich gern zu, ist aber völlig gleichgültig; genug in der Blüthezeit der Republik erscheint sie thatsächlich in dieser Weise moderirt und sittlich gerechtfertigt, und wir werden bei einem ihrer Hauptausflüsse, der hausherrlichen Gewalt, die beste Gelegenheit haben, zu zeigen, wie weit die wahre praktische Gestalt des Verhältnisses von der abstracten juristischen Formulirung abwich. Daher erschien denn, um ein Beispiel für eine frühere Behauptung zu geben, die patria potestas einem Römer, der dieselbe aus dem Leben kannte, nicht als das nackte und in seiner Nacktheit unsittliche Recht, die Kinder zu verkaufen, enterben, tödten u. s. w., sondern als eine durch die thatsächlichen Voraussetzungen des Lebens begränzte und bestimmte Erziehungsgewalt und Oberhoheit des Vaters. Ja das rechtliche und sittliche Element des Instituts waren hier für die gewöhnliche Vorstellung gewiß so miteinander verwachsen, und im natürlichen Lauf der Dinge kam auch ein Anlaß, sie scharf zu trennen, so selten vor, daß bei einzelnen Einrichtungen wenigstens der Laie zweifelhaft sein konnte, ob das Recht oder die Sitte es so mit sich bringe. Einen eklatanten Beleg für diese Behauptung gibt das römische Familiengericht, ein Institut, dessen amphibienartige Natur unverkennbar ist und unseren Rechtshistorikern bei dem von vornherein verkehrten Versuch, die sich daran knüpfenden Fragen in juristischer Weise d. h. als Rechtsfragen zu behandeln und scharf zu beantworten, natürlich nicht wenig zu schaffen gemacht hat.

Wir wollen jetzt das System der Autonomie<sup>167)</sup> im Einzelnen kennen lernen. Von den einzelnen Ausflüssen werden wir vorzugsweise Einen, den die abstracte Auffassungsweise ganz besonders entstellt hat, und an dem die von uns versuchte Betrachtungsweise ihre Probe wird bestehen müssen, zum Gegenstand einer eingehenderen Darstellung machen, nämlich die hausherrliche Gewalt. Die übrigen Ausflüsse werden wir kürzer behandeln können.

Die XII Tafeln hatten die Autonomie, wie bereits S. 68 mitgetheilt ward, nach drei wichtigen Seiten hin anerkannt: hinsichtlich der Rechtsgeschäfte unter Lebenden für das Nexum und die Mancipation (*Cum nexum faciet mancipiumve, uti lingua nuncupassit, ita jus esto*), hinsichtlich letztwilliger Verfügungen in Form des Testaments (*uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*) und sodann hinsichtlich des Associationswesens (wo uns zwar nicht die Worte, aber doch der Inhalt derselben erhalten ist: *potestatem facit lex, pactionem, quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant*). Einen so reichen Inhalt jene Worte des Gesetzes auch in sich schlossen, so reichte doch das System der Autonomie unendlich viel weiter, als es in jenem Gesetz ausdrücklich anerkannt war. In manchen Beziehungen war es in der römischen Ansicht so festgewurzelt, daß man gar nicht auf die Idee kom-

167) Wenn ich mich entschlossen habe, diesen nicht unbedenklichen Ausdruck zu gebrauchen, so geschah es nur aus Gründen der Darstellung, namentlich weil kein anderer Ausdruck so sehr unsern Gesichtspunkt wiedergibt, daß das Subjekt Grund und Quelle seines Rechts ist (*αὐτὸς νόμος*). Im übrigen aber hat mich die lichtvolle Abhandlung Herbers über den Begriff der Autonomie im Archiv für civ. Praxis B. 37, S. 35, die so eben in meine Hände kommt, überzeugt, daß der eigenthümliche Begriff, den Manche nach Buchta's Vorgange mit diesem Ausdruck haben verbinden wollen, eine dogmatische Wahrheit überall nicht beanspruchen kann. In dem von mir hier zu Grunde gelegten vulgären Sinn ist er nur ein anderer Ausdruck für Freiheit des rechtlichen Willens, Dispositionsbefugniß u. s. w., aber nur für den vorliegenden Zweck bei der angegebenen Begriffsnuancirung, die er enthält, besonders brauchbar.

men konnte, dies noch erst auszusprechen, und darum wird die Darstellung des Systems jene Sätze nicht einmal zu ihrem Ausgangspunkt wählen, sondern sie nur geeigneten Orts<sup>168)</sup> berücksichtigen.

Wir beginnen mit dem Eigenthum. In keinem andern Recht ist wohl der reine Eigenthumsbegriff d. h. der Gedanke der absoluten Herrschaft über die Sache, mit solcher Consequenz durchgeführt, als im ältern römischen. Diese Consequenz könnte sich bis zu einem Punkt verirren, wo sie die praktische Brauchbarkeit des Instituts gefährden würde. Für bewegliche Sachen ist dies freilich kaum zu befürchten,<sup>169)</sup> wohl aber bei unbeweglichen, bei denen die starre Durchführung des Freiheitsbegriffs eine Isolirung derselben herbeiführen müßte, während doch unter ihnen eine natürliche Abhängigkeit des Einen Grundstücks vom andern und ein gegenseitiges Bedürftigkeitsverhältniß Statt findet. Das römische Recht überläßt nun zwar das gegenseitige Aushülffsystem im allgemeinen ganz der verständigen Vereinbarung der Partheien,<sup>170)</sup> und sorgt nur dafür, daß es nicht über Gebühr ausgedehnt werde und in ein gegenseitiges Beschränkungs-system ausarte (§. 33). Allein gewisse Beschränkungen des Einen Grundstücks im Interesse des andern waren doch mit absoluter Nothwendigkeit geboten.<sup>171)</sup> Strenge genommen könnte jeder Eigenthümer dem Lauf des Regenwassers auf seinem Grundstück die Richtung geben, die er für gut fände, und darin Aenderungen treffen, so oft es ihm beliebte. Daß dies

168) d. h. soweit sie für das Privatrecht, auf das wir uns beschränken werden, in Betracht kommen, also den letztgenannten nicht.

169) Hinsichtlich ihrer würde nur beim Miteigenthum die strenge Consequenz des Eigenthumsbegriffs (die einen Zwang zur Theilung ausschließt) zu einem praktisch undenkbaeren Resultat führen und ist darum im römischen Recht auch verlassen (act. comm. dividendo).

170) Die Ausnahme in L. 12 pr. de relig. (11. 7) gehört erst der Kaiserzeit an.

171) Dirksen über die gesetzl. Beschränkungen des Eigenthums nach röm. Rechte in der Zeitsch. für gesch. Rechtswiss. B. 2. Nr. 16.

namentlich in einem Lande mit unebenem, abschüssigem Terrain unausführbar ist, die unendlich wichtige Wasserfrage mithin nicht der Willkühr des Einzelnen überlassen bleiben kann, liegt auf der Hand. Hier trafen bereits die XII Tafeln die nöthige Vorsorge.<sup>172)</sup> Ebenso kann jeder Eigenthümer seine Gebäude u. s. w. verfallen lassen, und der Strenge nach würde das dadurch im äußersten Grade gefährdete Interesse des Nachbarn keinen Gegen Grund abgeben. Das ältere Recht ertheilte aber dem dabei Interessirten ein Schutzmittel; von welcher Beschaffenheit, wissen wir nicht, nur läßt sich annehmen, daß es hierbei mit nicht geringerer Mäßigung gegen den Eigenthümer der schadhafte Sache verfahren ist, als das spätere.<sup>173)</sup> Letzteres verpflichtete nämlich den Eigenthümer nicht unbedingt zur Reparatur und nicht einmal zum Schadensersatz, wenn derselbe nicht im voraus versprochen war, sondern es stellte ihm nur die Alternative: entweder dem Nachbar, wenn er darauf drang, wegen des künftigen Schadens Sicherheit zu gewähren (*cautio damni infecti*), oder ihm die Reparatur und das Gefahr drohende Werk selbst abzutreten. Eine andere Beschränkung, die bereits in den XII Tafeln enthalten war, bezog sich auf das einen um den andern Tag verstattete Auffammeln des auf das benachbarte Grundstück gefallenen Obstes, sowie auf das Beschneiden der dem angrenzenden Grundstücke zu nahe stehenden Bäume.<sup>174)</sup> Auf diese Bestimmungen hat sich übrigens die Rücksicht auf den Nachbarn auch beschränkt; darüber hinaus legt sie dem Eigen-

172) L. 21 de statulib. (40. 7) . . verba legis XII tabul: si aqua pluvia nocet.

173) Man hatte später die Wahl zwischen dem Wege des ältern Rechts (*legis actio*) und dem des neuern, zog aber den letztern vor, weil er das *commodius* und *plenius jus* enthalte (Gaj. IV. §. 31.), also war der ältere, wenn für den Kläger weniger vortheilhaft, für den Beklagten minder drückend.

174) Außerdem liesse sich von Bestimmungen im landwirthschaftlichen Interesse die *act. de tigno juncto* in ihrer Anwendbarkeit auf die zum Weinbau verwandten fremden Pfähle nennen.

thümer keine Beschränkungen auf.<sup>175)</sup> Aus baupolizeilichen Gründen sollte nach den XII Tafeln zwischen den Häusern ein Zwischenraum von 5 Fuß<sup>176)</sup> gelassen werden und verbautes fremdes Material vom Eigenthümer nicht vindicirt werden dürfen, dafür ward letzterem aber eine Klage auf das Doppelte des Werthes gegeben (act. de tigno juncto).

Damit haben wir die Beschränkungen des Eigenthums, die dem ältern Recht angehören, genannt. Um sich zu überzeugen, wie verhältnißmäßig unbedeutend sie sind, wie wenig diese Seite der Gebundenheit des Eigenthums gegenüber der Freiheit desselben in Betracht kommt, braucht man letztere nur eines Blickes zu würdigen. Zunächst und vor allem ist die freie Veräußerlichkeit des Eigenthums festgehalten, das ältere Recht kannte keine Veräußerungsverbote,<sup>177)</sup> wie das spätere, keine Befugniß dritter Personen z. B. der Gläubiger im Concourse<sup>178)</sup> geschene Veräußerungen zu widerrufen. Ein Gesichtspunkt, der anderwärts mannigfache Beschränkungen des Veräußerungsrechts wenigstens für unbewegliche Sachen zur Folge gehabt hat, ist die Rücksicht auf die Familie. Für das älteste Recht sahen wir uns zu der Annahme veranlaßt (B. 1, S. 188 fl.), daß der Familie ein gewisses Einspruchsrecht zugestanden habe, für die gegenwärtige Periode hat sich das Eigenthum von dem Einfluß des Familienprinzips im Allgemeinen frei gemacht. Es ließen sich etwa nur noch zwei Punkte als

175) Er kann also z. B. dem Nachbarn Licht und Aussicht verbauen (L. 9 de S. P. U. 8. 2), ihm das Quellwasser abgraben (L. 24 §. ult. L. 26 de damn. inf. 39. 2) u. s. w.

176) Auch bei Pändereien (finis), aber hier hatte er eine religiöse Bedeutung. Dirksen S. 413.

177) Nur so lange ein Prozeß über die Sache schwebt, soll sie nicht den Göttern geweiht werden (L. 3 de litig. 44. 6). Das Uebertreten des Verbots hatte die poena dupli zur Folge.

178) Ein sehr wirksames Sicherungsmittel gegen böswillige Veräußerungen des Schuldners lag für sie übrigens in der alten Personalexecution.

Spuren des ältern Systems bezeichnen: die *cura prodigi* <sup>179)</sup> und die *tutela mulierum*. <sup>180)</sup> Wenn aber jener Gesichtspunkt im Recht auch nicht weiter sichtbar wird, so würde man sich doch irren, wenn man glaubte, als ob er den Römern fremd gewesen, nicht im römischen Leben in freier Weise sich wirksam gezeigt hätte. Das Recht erfaßt die Person allerdings in ihrer abstracten Isolirtheit als ein aus dem natürlichen Zusammenhange der Familie und der Reihenfolge der Geschlechter losgerissenes selbständiges Atom, aber das ist wieder bloß die abstracte Behandlungsweise, mit der sich die natürliche Anschauung von jenem Zusammenhange und die Bethätigung derselben auf dem Wege der Autonomie sehr wohl vertrug. Den Glanz der Familie aufrecht zu erhalten und zu dem Zweck das Vermögen zu conserviren, vermehren und auf die Nachkommen zu vererben, schwebte auch dem römischen Geschlechtsstolz als würdiges Ziel vor, <sup>181)</sup> wie denn für die Beschränkung des Erbrechts der Frauen und die Weiber-Tutel schwerlich ein anderer Grund aufgefunden werden kann, als die Absicht, das Vermögen der Familie d. h. dem Mannsstamm zu erhalten. <sup>182)</sup> Nur der Weg, auf dem man es erstrebte, war ein anderer, als bei uns. Das Vermögen für alle kommenden Generationen an die Familie zu binden, mußte den Römern aus verschiedenen Gründen (s. z. B.

179) C. B. 1, C. 179. Es ist nicht das Verwerfliche der Verschwendung als solcher, durch das diese *cura* motivirt wird, sondern einer Verschwendung des Familienguts (*quando „bona paterna avitaque disperdis“*), das auf die Descendenten hätte übergehen können (*„liberosque tuos ad egestatem perducis.“* So die Formel bei Paul. Sent. rec. III. 4 a. §. 7).

180) Von ihr wird §. 32 die Rede sein.

181) So z. B. Val. Max. III. 5. 2: . . . *dolenter enim homines ferebant, pecuniam, quae Fabiae gentis splendori servire debebat, flagitiis disjici.* Nach Acon. in orat. de toga cand. p. 84. Orelli ward C. Antonius von den Censoren aus dem Senat gestoßen, weil er Schulden halber seinen Grundbesitz veräußert hatte.

182) Laboulaye *Recherches sur la condition civile et politique des femmes.* Paris 1843. C. 25, 65 fl.

§. 34) als eine Unmöglichkeit erscheinen; der Uebergang des Vermögens von einer Generation auf die andere konnte also nur in Folge eines freien Willensaktes des jeweiligen Innehabers vor sich gehen. Aber gerade das unbeschränkte testamentarische Dispositionsrecht, in dem man so gern einen Verstoß gegen das Familienprinzip erblickt, konnte demselben im hohen Grade dienstbar werden, zwar nicht in der Weise, daß der Testator die Sache belastete und dadurch das Interesse der Familie gegen demnächstige nachtheilige Dispositionen sicherstellte, wohl aber in der Weise, daß er einen Erben, von dem derartige Dispositionen zu befürchten waren, vom Stammgut ausschloß und bloß mit Geld bedachte.<sup>183)</sup>

• Ein anderer Ausfluß der Eigenthumsfreiheit war die unbeschränkte Theilbarkeit des Grundeigenthums. Sie ist in Rom nie gesetzlich beschränkt worden und scheint hier auch keine nachtheiligen Wirkungen geäußert zu haben.<sup>183a)</sup> Woran die Römer litten, war das entgegengesetzte Extrem, die Anhäufung des Grundbesitzes in Einer Hand, die Latifundien, oder anders ausgedrückt: die Verdrängung des freien Bauernstandes durch eine geringe Zahl großer Grundherren, ein Uebel, das die Römer selbst als die Grundursache des Verfalls betrachteten.<sup>184)</sup> Ob wir den Ursprung dieses Uebels schon in eine frühe Zeit zu

183) So ist z. B. in der in Anmerk. 181 citirten Stelle von Val. Max. die Rede von der *nimia indulgentia* eines Vaters, der seinen verschwenderischen Sohn zum Erben eingesetzt hatte, während er ihn im Interesse der gens hätte enterben sollen: *quem nimia patris indulgentia heredem reliquerat, publica severitas exheredavit* (d. h. durch die *cura prodigi*).

183a) Roszbach Unters. über die röm. Ehe S. 429 macht beiläufig darauf aufmerksam, daß die alten Landlose von 7 Jugera sich bis in die späte Zeit ungetheilt erhielten. Val. Max. IV. 4. §. 6, 7, 8, 11. Daraus aber, daß „selbst nach dem Tode des Vaters sich häufig die Söhne mit ihren Familien nicht von einander trennten, gemeinsam das Erbgut bebauten“ u. s. w. (Plut. Aem. Paul. c. 5, Cato maj. 24, Val. Max. IV, 4, 8) läßt sich dies nicht erklären, denn ein solches Gemeinsamkeitsverhältniß ließ sich zur Noth zwei bis drei Generationen fortsetzen, nicht aber Jahrhunderte lang.

184) Plin. H. N. 18. 7: *Latifundia perdidere Italiam*.

versehen haben, hängt wesentlich von der Auffassung ab, die man von der *lex Licinia de modo agri* hat. Bezieht man das Gesetz nicht bloß auf den *ager publicus*, sondern auch auf das Privateigenthum,<sup>185)</sup> so hat jenes Uebel schon in früher Zeit (387 der Stadt) einen bedrohlichen Charakter angenommen gehabt, weil man sich entschloß, ein Heilmittel dagegen anzuwenden, das sich doch nicht anders, denn als ein Eingriff in die Freiheit des Eigenthumsrechts bezeichnen läßt. Eben dieser letzte Umstand könnte von vornherein gegen jene Deutung des Gesetzes bedenklich machen, und der Gesichtspunkt, der uns auf dieses Gesetz bringt, würde uns am wenigsten für jene Ansicht einnehmen, allein nach der Beschaffenheit der Quellenäufzehrungen läßt sich, wenn man den Totaleindruck derselben im Auge behält, die Richtigkeit derselben kaum bezweifeln. Wir müssen also zugeben, daß die Consequenz des Eigenthumsbegriffs von der *lex Licinia* durchbrochen ist, und werden von dieser Annahme aus in dem Gesetz nur einen neuen Beleg dafür finden, daß der abstracte Freiheitsbegriff in Rom sich nicht auf Kosten des Lebens rücksichtslos geltend machte, vielmehr im Fall ächter Noth sich dem Bedürfnis desselben unterzuordnen verstand. Schon hier aber begegnet uns jene charakteristische Erscheinung, von der bereits oben S. 61 ein der folgenden Periode angehöriges Beispiel mitgetheilt wurde, und die wir erst dort im Zusammenhang werden würdigen können, nämlich die Beschönigung und indirekte Art der Beschränkung. Das Gesetz nämlich machte eine Ueberschreitung seines Maaßes nicht juristisch unmöglich, sondern es setzte nur eine Strafe darauf,<sup>186)</sup> begreiflicherweise hoch genug, um den erwünschten Erfolg indirekt zu erzwingen, aber immerhin doch eine Art von Concession an die

185) Ich verweise auf die bekannte Schrift von Huschke: Ueber die Stelle des Barro von den Liciniern. Die beiden andern Beschränkungen dieses Gesetzes werden in §. 34 berücksichtigt werden.

186) Das Gesetz war also eine *lex imperfecta*. Huschke a. a. D. S. 15. Anm. 33.

Ideen über die Unabhängigkeit des Eigenthums, eine Wendung zu Gunsten des subjektiven Prinzips.

Für das Obligationenrecht war das Prinzip der Autonomie in dem bereits mitgetheilten Satz der XII Tafeln ausdrücklich und ohne Einschränkung anerkannt. Auch hier aber verstanden sich nach den sonstigen Grundsätzen des ältern Rechts nicht bloß manche Beschränkungen von selbst, z. B. daß die Obligation nur auf Geld und Geldeswerth gerichtet werden konnte,<sup>187)</sup> sondern das Gesetz fügte selbst eine außerordentlich wichtige hinzu: das Zinsmaximum des *foenus unciarium*.<sup>188)</sup> Es war dies ein Punkt, auf den auch die spätere Gesetzgebung oft zurückkam. Das Uebel, das man hier zu bekämpfen hatte, war bekanntlich ein sehr hartnäckiges,<sup>189)</sup> und der Wucher sehr erfinderisch, die gesetzlichen Bestimmungen zu umgehen.<sup>190)</sup> Im Interesse der Freiheit selbst mußte hier dies Prinzip der abstracten Freiheit verlassen werden. Man würde die Bedeutung der Frage viel zu gering anschlagen, wenn man meinte, daß sie bloß das ökonomische Loos der bedürftigen Klassen betroffen hätte; es handelte sich hier vielmehr in der That um die politische Abhängigkeit oder Unabhängigkeit derselben. Vor den XII Tafeln existirte kein solches gesetzliches Maximum;<sup>191)</sup> es läßt sich erwarten, daß je größer die Bedrängniß und die Noth des Anleihers, je zweifelhafter seine Zahlungsfähigkeit war, um so höhere Zinsen gefordert und zugesichert wurden. In demselben Maße aber als der Schuldner durch die in rascher Progression<sup>192)</sup> steigende Schuldenlast zu Boden gedrückt ward und die

187) Davon wird an einer andern Stelle die Rede sein.

188) Man versteht es bekanntlich als  $8\frac{1}{3}$  p. C. (jährlich ein Zwölftheil, *uncia*, des Kapitals).

189) *Sane vetus urbi foenebre malum*. Tacit. Ann. VI. 16.

190) Tac. *ibid*: *multisque plebiscitis obviam itum fraudibus, quae toties repressae miras per artes rursus oriebantur*. z. B. Liv. II. 31. XXXV. 7.

191) Tac. *ibid*: *cum antea ex libidine locupletium ageretur*.

192) Vor allem durch die Zinseszinsen (*Anatocismus*), z. B. Liv. VI. 14

Hoffnung aufgab, die Schuld jemals zu tilgen, gerieth er in persönliche Abhängigkeit von seinem Gläubiger, und man müßte die Römer nicht kennen, um nicht zu wissen, daß sie sich dieses Mittels zu politischen Zwecken mit großem Erfolg bedient haben werden. Das Darlehn diente als Handgeld, durch dessen Annahme der Schuldner in vielen Fällen faktisch seine politische Freiheit einbüßte und zu seinem Gläubiger in ein gewisses Dienstbarkeitsverhältniß trat. Bei der geringsten Widerseßlichkeit von seiner Seite hatte letzterer es ja in seiner Hand, ihn total zu ruiniren, d. h. als Sklaven in die Fremde zu verkaufen. Darum war das Zinsmaximum der XII Tafeln, so hoch es auch nach unsern Begriffen immerhin sein mag, doch eine wahre Wohlthat und eine Maßregel von politischer Bedeutung, und daher wird es erklärlich, daß Bewegungen politischer Art in Rom regelmäßig auch eine Richtung nach dieser ökonomischen Seite hin hatten<sup>193)</sup> oder durch dieselbe veranlaßt wurden,<sup>194)</sup> ja daß ein radikaler Volkstribun sogar auf die abentheuerliche Idee kommen konnte, das Zinsnehmen gesetzlich ganz verbieten zu lassen.<sup>195)</sup> Diese Beschränkung hinsichtlich der Zinsen war übrigens, so viel uns bekannt, der einzige positive Eingriff in das Freiheitsprinzip des Obligationenrechts. Daß der Begriff der Obligation selbst sowie der Formalismus des ältern Rechts<sup>196)</sup> der absoluten Willkühr gewisse Schranken zog, die aber nicht als positive Beschränkungen des Willens aufzufassen sind, braucht kaum bemerkt zu werden.

Die Macht, die die Obligation dem Gläubiger über den

... multiplici jam sorte soluta mergentibus semper sortem usuris obrutum foenore esse. W. Sell, Ueber das Verbot der Zinsen supra duplum in seinen und K. Sells Jahrbüchern. B. 1, Nr. 1.

193) z. B. die novae tabulae (S. 78). Daher auch z. B. der Haß der Patricier gegen den M. Manlius, dessen Bestrebungen für die ökonomische Lage der Plebs einen politischen Endzweck hatten. (Liv. VI. 14—20.)

194) z. B. Liv. II. 23. VI. 14.

195) Genucius. Liv. VII. 42.

196) Von ihnen wird darum an einer andern Stelle die Rede sein.

Schuldner gewährte, richtete sich in consequenter Erfassung und Durchführung des Verhältnisses lediglich gegen die Person desselben, äußerte aber auf das Vermögen desselben nicht die geringste Wirkung. Diese Beschränktheit jener Macht in extensiver Hinsicht ward aber durch ihre Intensivität reichlich aufgewogen. Die Person an ihren Wurzeln erfassend, riß sie dieselbe, wenn es zur Exekution kam, unrettbar in den Abgrund. Dieser Abgrund war die totale Vernichtung der persönlichen Existenz, und zwar in zwei Formen: Verkauf des Schuldners als Sklaven in die Fremde (*trans Tiberim* d. i. mit Ausschluß des *jus postliminii*), wenn nur Ein Gläubiger vorhanden war, Zerfleischen des Schuldners von Seiten der Gläubiger, wenn ihrer mehrere waren. Beide Exekutionsmittel gaben den erbitterten Gläubigern Gelegenheit zu furchtbarer Rache, und es ist gewiß statthast, diesen Gesichtspunkt der Rache mit hervorzuheben,<sup>197)</sup> aber nur nicht ausschließlich, denn beide verfolgen doch zunächst den Zweck, den Schuldner durch die Gefahr, die sie ihm drohen, zur Befriedigung seines Gläubigers zu veranlassen. Je unabhängiger der Schuldner hinsichtlich seines Vermögens dem Gläubiger gegenüber dastand, je weniger letzterer ein direktes Mittel hatte, dolose Veräußerungen seines Schuldners zu verhindern, um so mehr mußte er auf indirektem Wege dagegen gesichert sein; je weniger der Gläubiger wider Willen des Schuldners Zahlung erzwingen konnte, um so mehr bedurfte es eines ausreichenden Mittels, auf den Willen des Schuldners einzuwirken. Böswillige und betrügerische Machinationen zum Nachtheil der Gläubiger, die heutzutage in den seltensten Fällen vereitelt werden können, fielen nach dem ältern römischen Exekutionssystem auf den Schuldner selbst zurück. Es konnte hier gegen den Willen des Gläubigers wenigstens nie vorkommen, daß der Schuldige der verdienten Strafe entging. Freilich konnte auch den völlig

197) Wie bereits B. 1, S. 122 geschehen und bei der Theorie des subjektiven Willens näher motivirt werden wird.

Schuldlosen, der durch Unglücksfälle zahlungsunfähig geworden war, dieselbe Strafe treffen. Aber auch hier lasse man sich durch die bloße abstracte Möglichkeit nicht schrecken; es kommt darauf an, wie es sich im Leben machte. Und wie ganz anders sich die Sache im Leben gestaltete, als es nach dem abstracten Rechte hätte sein können, läßt sich gerade hier an einem eklatanten Beispiel nachweisen. Jenes Zerfleischen des Schuldners soll nach dem Bericht der Römer nie vorgenommen worden sein.<sup>198)</sup> Erklärlich! denn die verborgenen Zahlungsmittel und Hülfquellen des Schuldners brachte die bloße Drohung mit der „peinlichen Frage“ an den Tag, und wo nichts vorhanden war, wagten die Gläubiger es in ihrem eigenen Interesse nicht, dem römischen Volk das Schauspiel einer unmotivirten unmenschlichen Grausamkeit zu geben. Mit dem Verkauf in die Fremde hatte es wohl eine ähnliche Bewandniß. Als Schreckmittel für einen zahlungsfähigen, aber zahlungsunlustigen Schuldner reichte er vollkommen aus, bei verschuldeter Insolvenz mochte er oft genug wirklich zur Ausführung kommen, da hier eine Nachsicht von Seiten der Gläubiger oder eine Beihülfe von Seiten der Verwandten, Freunde u. s. w. vielleicht eben so selten, wie umgekehrt bei unverschuldeter Insolvenz regelmäßig zu erwarten war. Damit wollen wir das Loos des Schuldners auch im letzten Fall keineswegs mit schönen Farben malen, denn die Aussicht auf die Gefahr, die ihm drohte, brachte ihn ganz in die Hand des Gläubigers, und daß die Römer sich einer solchen Gewalt mit Schonung und Humanität bedient hätten, wird auch dem eifrigsten Verehrer derselben nicht einfallen zu behaupten. Vielmehr ist es begreiflich, daß der Gläubiger dem

198) Gell. XX. 1. Nihil profecto immitius, nihil immanius, nisi ut re ipsa apparet eo consilio tanta immanitas poenae denunciata est, ne ad eam unquam perveniretur . . . . dissectum esse antiquitus neminem equidem neque legi, neque audivi (dem Africanus in den Mund gelegt).

Schuldner das wenige, was er besaß und erwarb, entzog,<sup>199)</sup> ja ihn selbst zu persönlichen Dienstleistungen zwang<sup>200)</sup> — alles nicht erst in Folge der Exekution, sondern vor und zur Abwehr derselben. Für den Gläubiger gab es dabei nur Eine

War es denn nicht am Ende eine leere Drohung? Es wäre einem Schuldner nicht zu rathen gewesen, sich darauf zu verlassen, denn wenn er auch ein eigentliches Viertel nicht ernstlich zu besorgen hatte, so konnte doch, wenn er trotzig blieb, der eine oder der andere von seinen Gläubigern den Versuch machen, welchen Eindruck das Abschneiden einzelner Theile, der Finger, Nase, Ohren u. s. w. auf ihn machen würde, und der Schuldner und dessen Verwandte, Freunde u. s. w. ließen es schwerlich zur wirklichen Probe kommen.

199) Von einer solchen dem Rechte nach unwirksamen, aber faktisch den Zweck erreichenden Beschlagnahme des Vermögens der Schuldner, namentlich der abwesenden, ist bei Livius öfter die Rede, so z. B. II. 24. . . ne quis militis, donec in castris esset, bona possideret aut venderet.

200) Sei es bloß zu vorübergehenden einzelnen, wodurch die Freiheit nicht afficirt wurde, sei es zu einem dauernden Zustand der Dienstbarkeit, der den Genuß der politischen Rechte suspendirte. Varro de re rust. I. 17 sagt, man gebrauche zum Landbau außer den Sklaven auch freie Personen, und zwar Tagelöhner; oder: *ii quos obaeratos* (al. *obaerarios*, nicht Verurtheilte, Abdicirte, sondern Verschuldete) *nostri vocitaverunt et etiam nunc sunt in Asia atque Aegypto et in Illyrico complures*. Varro L. L. VII. 5. §. 105: *Liber qui suas operas in servitute pro pecunia quadam debebat, dum solveret, nexus vocatur ut ab aere obaeratus*. Auch die Kinder der Schuldner nahm man in Ermangelung ihrer selbst, Liv. II. 24. . . *neve liberos nepotesve moraretur*. VIII. 28: *eum ob aes alienum paternum se nexum dedisset und liberumque suorum respectu*. Von der beim alten Exekutionsverfahren vorübergehend vorkommenden Fesselung ohne Verpflichtung zur Dienstbarkeit war dieser dauernde durch Vertrag (nur freilich nicht Selbstmancipation) begründete, die Exekution abwehrende Zustand der Dienstbarkeit innerlich verschieden, wenn gleich äußerlich sehr ähnlich, da auch die Fesseln der XII Tafeln hier nicht fehlten. Die lex Poetelia Papiria (Liv. VIII. 28) hob das *nexum* in diesem Sinn (nicht in dem einer liquiden Schuld) auf; soweit die Schuldner auch jetzt noch durch Dienstleistungen an den Gläubiger ihre Schuld abzuverdienen suchten, woran sie Niemand hinderte, blieben sie wenigstens frei, behielten den Genuß ihrer politischen Rechte und konnten, wenn der Gläubiger sie schlecht behandelte, jeden Augenblick die Dienstleistungen sistiren. Zu einer ähnlichen Ansicht gelangt auch Burcharidi, Lehrbuch des röm. Rechts. Th. 2. §. 129.

rechtliche Schranke, das Verbot des Wuchers,<sup>201)</sup> aber faktisch noch eine andere, über die er ebenso wenig sich ohne Gefahr hinwegsetzen konnte, unsere bekannte: die öffentliche Meinung.<sup>202)</sup>

Das Erbrecht ist das Gebiet des Privatrechts, auf dem das Prinzip der Autonomie die am weitesten reichende Geltung gefunden hatte. Von dem oben mitgetheilten Satz der XII Tafeln, der alles auf den Willen des Testators stellte, gab es mehr als zwei Jahrhunderte hindurch keine Ausnahme. Am anstößigsten erscheint uns diese unbeschränkte Testirfreiheit in ihrer Richtung gegen die Familie, vor allem gegen die Kinder, die der Vater ohne allen Grund enterben, so wie umgekehrt mit der Wirkung einsetzen konnte, daß sie ohne und gegen ihren Willen Erben wurden. Nach unsern obigen Ausführungen wird es nicht nöthig sein zu bemerken, welche Bewandniß es auch mit diesem Recht hatte. Man konnte doch zu dem Vater das Vertrauen haben, daß er sich desselben gegen seine eignen Kinder nicht in willkürlicher Weise bedienen werde. Nur die Eine Bemerkung möge mir noch gestattet sein, daß nämlich die mündliche Form der Testamentserrichtung<sup>203)</sup> eine nicht unbedeutende Garantie gegen den Mißbrauch jenes Rechts darbot.<sup>204)</sup>

201) Als Strafe des Wuchers wird genannt eine öffentliche Anklage und schwere Geldstrafe Liv. X. 23, und eine Privatklage aufs Vierfache mit *manns injectio* (Gaj. IV. 23. Cato de re rust. in praef.).

202) Eine Verletzung derselben durch Grausamkeit und Willkür gegen die Schuldner führte nicht selten zu Unruhen und Aufläufen, die für die Gläubiger sehr gefährlich werden konnten. So z. B. Liv. II. 27: *metusque omnis et periculum libertatis in creditores a debitoribus verterat*. VI, 14. VIII, 28.

203) S. oben S. 13.

204) Bei der also der Testator seinen letzten Willen den Zeugen zu offenbaren hatte. Man denke sich aber nur die Sache, wie sie sich von selbst machen mußte. Die Zeugen, die der Testator zuzog, waren doch keine wildfremden Leute, sondern näher stehende Personen, die sein Vertrauen besaßen, mit denen er sich besprach und die ihm zureden konnten, ja die sich im äußersten Fall weigern mochten, zu einem Testament von solchem Inhalt mitzuwirken. Freilich konnten sie ihn nicht hindern, seinen Willen, wenn er dabei

## 2. Die haus herrliche Gewalt insbesondere.

Das Haus ein Asyl — äußere und innere Abgeschlossenheit desselben — Die drei Gewalten des Hauses (über Sklaven, Kinder, Frauen) — abstract-rechtlicher Inhalt derselben — wirkliche Gestalt derselben im römischen Leben. Der Einfluß der Familie.

XXXII. Das Haus hat für die privatrechtliche Herrschaft eine hohe Bedeutung. Es ist nicht bloß der Ursitz derselben und ihr ursprüngliches Territorium, sondern es behält auch, nachdem sie sich weit über die engen Gränzen desselben ausgedehnt hat, einen besonders ausgezeichneten Charakter für sie bei, der sich auch auf das Vermögen erstreckt, das das Haus in sich birgt. In dieser räumlichen Gemeinschaft der Personen und Sachen, in dieser Bestimmung der Sachen für die unmittelbare persönliche Existenz und das Familienleben, liegt für die Sache selbst ein sittliches Moment, das dem von dieser Außerlichkeit losgerissenen Vermögen völlig abgeht.<sup>205</sup>) Die hervorragendste Stelle nimmt aber das Haus selber ein.

An das Haus knüpft das natürliche Gefühl die Vorstellung eines besondern Friedens, der hier herrschen soll, eines Asyls, das dem Bewohner einen Schutz gegen die Außenwelt gewähren soll. Das Verlangen nach Selbstständigkeit und Unabhängigkeit, dem die Außenwelt so oft die Gewährung versagt, hier sucht und verlangt es um so mehr seine Befriedigung; in diesem Zustande der räumlichen Abgeschlossenheit und des natürlichen Für-Sich-Seins ist auch das Gefühl der recht-

beharrete, auch durchzusetzen, aber es war doch vorher Gelegenheit gegeben auf ihn einzuwirken. Die alte Testamentsform ersetzte vielleicht die querela inofficiosi testamenti, wie umgekehrt das Aufkommen schriftlicher Testamente auf die Einführung dieser Klage einen großen Einfluß geübt haben mag.

205) Beruht auf dieser Vorstellung vielleicht der Gegensatz der beiden Ausdrücke, mit denen das ältere Recht das Vermögen bezeichnet, familia (Ausgangspunkt: das Haus s. Note 214) und pecunia (Ausgangspunkt: pecus)? Vom Vermögen des Volks wird nur pecunia gebraucht, nicht familia, es hat keine Beziehung zur haus herrlichen Gewalt, ist ein bloßes Werthobjekt (wie das peculium des Sklaven).

lichen Abgeschlossenheit und des rechtlichen Für-Sich-Seins d. i. der rechtlichen Persönlichkeit ganz besonders wach und reg. Nirgends empfindet die Persönlichkeit Verletzungen so schwer, als hier; je mehr dieselben mit dem Frieden contrastiren, den wir hier gewohnt sind zu finden, um so bitterer die Kränkung.

Diese Vorstellung von dem Frieden des Hauses hat in manchen Rechten in der gesetzlich anerkannten Unverletzlichkeit des Hauses ihren Ausdruck gefunden, und so auch im ältern römischen Recht. Zu dem oben ausgeführten Gesichtspunkt gesellte sich für Rom noch ein anderer hinzu, der das römische Haus zu einem Heiligthum im eigentlichen d. i. religiösen Sinn machte und ihm den Charakter eines durch die Religion geschützten Asyls verlieh. Das römische Haus nämlich wird nicht bloß von Menschen bewohnt, sondern auch von Göttern, den Hausgöttern. Den Hausherrn, ihren Priester, mit Gewalt aus seinem Hause zu ziehen, wäre eine Versündigung gegen sie selbst gewesen, und war daher durch das *fas* wie das *jus* gleichmäßig untersagt.<sup>206)</sup> Ja es war sogar zweifelhaft, ob man Jemanden auch ohne alle Anwendung von Gewalt aus seiner Wohnung vor Gericht fordern dürfe.<sup>206a)</sup>

Hausfuchungen schienen den Römern hiermit nicht in Widerspruch zu stehen, denn es hatte nicht bloß in dem der dritten Periode angehörigen Verfahren der *quaestiones perpetuae*<sup>207)</sup>

206) Durch das *fas* s. die schöne Stelle von Cicero pro domo c. 41: Quid est sanctius, quid omni religione munitius, quam domus uniuscujusque civium? Hic arae sunt, hic foci, hic dii penates, hic sacra, religiones, caeremoniae continentur. Hoc perfugium est ita sanctum, ut inde abripi neminem *fas* sit. Durch das *jus*: L. 18 de in jus voc. (2. 4.) Plerique putaverunt nullum de domo sua in jus vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit eumque, qui inde in jus vocaret, vim inferre videri. L. 21 ibid. Sed etsi qui domi est interdum vocari in jus potest, tamen de domo sua nemo extrahi debet.

206a) S. die L. 18 in der vorhergehenden Note.

207) Geib, Geschichte des röm. Krim. Prozess. S. 354. Die Beispiele sind aus Ciceros Zeit, aber nichts deutet darauf hin, daß es früher anders gewesen.

der öffentliche Ankläger das Recht, sie überall vorzunehmen, wo er relevante Dokumente und Hausbücher, deren Besitz abgeläugnet wurde, vermuthete, sondern in den XII Tafeln ward ein privatrechtlicher Fall derselben ausdrücklich hervorgehoben, die Hausfuchung nach gestohlenen Gegenständen.<sup>208)</sup> Den Fall einer Weigerung des Verdächtigen, die Hausfuchung vornehmen zu lassen, hatte das Gesetz gar nicht vorgesehen; ging die Meinung des Gesetzes etwa dahin, daß der Widerstand durch Anwendung von Gewalt beseitigt werden sollte? Ein solcher gewaltsamer Einbruch in das Haus hat etwas höchst widerstrebendes; das prätorische Edikt vermied ihn dadurch, daß es den Widersehllichen als geständig behandelte und mit der höchsten Strafe belegte,<sup>209)</sup> wahrscheinlich schloß es aber, wie bei der Lehre vom *furtum* überhaupt<sup>210)</sup> so auch hier sich nur einer alten Praxis an.

Ob es in dem andern Fall zur Anwendung von Zwangsmaßregeln kam, oder ob die Strafe, die dem Widersehllichen auch hier gedroht war,<sup>211)</sup> das alleinige, aber gewiß ausreichende<sup>212)</sup> Mittel war, seinen Widerstand zu brechen, lasse ich dahingestellt.

Abgesehen hiervon war nun die äußere Abgeschlossenheit des Hauses prinzipiell anerkannt.<sup>213)</sup> Ich möchte ihr eine in =

208) Gaj. III. §. 186 ff. Das Gesetz kannte zwei Arten: die unfeierliche, die, wenn sie die Auffindung der gestohlenen Sache zur Folge gehabt, die Strafe des *tripulum* nach sich zog (*act. furti concepti*). Davon die §. 186, 187) und die feierliche (*per linteum et lanceam*), die nur eintrat, wenn der Verdächtige selbst es wünschte, dafür aber die Strafe des *quadruplum* nach sich zog (§. 192, 193).

209) Gaj. III. §. 192.

210) 3. B. Gaj. III. §. 190, 191. B. 1, S. 129.

211) In der öffentlichen Vollmacht des Anklägers (*lex*, Geib, S. 285).

212) Cic. in Verr. IV. 66 . . . *Ille contradicere . . . Quid multa? nisi vehementius homini minatus essem, nisi legis sanctionem poenamque recitassem, tabularum mihi potestas facta non esset.*

213) Eine sünreiche Anwendung ist davon kürzlich auf die *servitus oneris ferendi* gemacht von Rud. Ewers, *Servitutenlehre* B. 1, S. 61.

nerer aus der Verfassung des römischen Hauses hervorgehende zur Seite stellen; worin dieselbe besteht, wird sich erst angeben lassen, wenn wir jene Verfassung selbst, wie im Folgenden geschehen soll, haben kennen lernen.

Der gesammte Inhalt des Hauses und mithin das Gebiet der hausherrlichen Gewalt heißt: familia,<sup>214)</sup> Hauswesen, der Herr derselben pater familias. Seine Gewalt wird von den Römern selbst, im offenbaren Anschluß von dominus an domus,<sup>215)</sup> dominium genannt, allein wenn auch dieses Wort ursprünglich die hausherrliche Gewalt sollte bezeichnet haben,

214) Auch das Vermögen allein (z. B. familiae erciscundae iudicium, ex familia Cassia Liv. II. 41) und die Familie allein. Die richtige etymologische Ableitung des Wortes s. bei Kossbach Untersuchungen über die römische Ehe S. 14 (Sanskrit: dhà setzen, dhāman Sitz, Wohnsitz, Haus; Uebergang des dh in f wie anderwärts z. B. dhṛ in fera. Also familia der Hausstand, das Hauswesen, familiaris und famulus der Hausgenosse, Hausfreund. So ist daher die Uebersetzung von paterfamilias, filiusfamilias, Hausvater, Haussohn ganz zutreffend. Aehnlich im Griechischen οἶκος das Haus und sodann 1. Vermögen, 2. Familie; οἰκῆται Frau, Kinder, Sklaven. Daher amicus (ἀμικὸς οἶκος) Hausfreund nach der Ableitung von Ballhorn-Rosen zur Vorgesch. des röm. Rechts I. S. 14.

215) z. B. in L. 195 §. 2 de V. S. (50. 16) paterfamilias, qui in domo dominiū habet. Ennius bei Cic. de off. I. 39: O, domus antiqua, heu, quam dispari dominare domino; nec domo dominus, sed domino domus honestanda. de finib. I. 18: nec in discordia dominorum domus. Ich würde trotzdem Bedenken tragen dominus von domus abzuleiten, da nach Festus: Dubenus apud antiquos dicebatur, qui nunc dominus. Freund Wörterbuch Artikel: dominus erklärt sich aber dafür. Eine Ableitung, die in diesen Tagen versucht ist (Ballhorn-Rosen a. a. D. S. 105 ff. δῶ, δόμενος, dare sc. thura, vinum, exta, victimam u. s. w. = opfern, dominus = der Opfernende) erinnert an die Erklärung von opus (sc. apium) als Honig. Ebenso gut könnte man aus dominus einen Schreibenden, Rathgeber, Bestraften machen (dare sc. literas, consilium, poenas). Bei solcher Methode ist es freilich leicht, wie der Verf. sich vorgesezt zu haben scheint, das ganze alte Recht mit einem rosenrothen Heiligenschein zu übergießen und die lateinische Sprache mit einem Reichthum von Ausdrücken für „opfern“ zu bereichern, mit dem ein Duzend andere Sprachen zusammengenommen es nicht würden aufnehmen können.

so ist doch der spätere und namentlich technische Gebrauch desselben auf das eigentliche Eigenthum beschränkt.<sup>216)</sup> Der reguläre Ausdruck der spätern Zeit für jene Herrschaft ist potestas;<sup>217)</sup> wenn auch vorzugsweise bei der patria potestas und der Gewalt über Sklaven in Uebung, kam er doch auch bei den andern Arten<sup>218)</sup> der hausherrlichen Gewalt sowie in ganz generellem Sinn vor. Die ältere Zeit hatte dafür noch einen andern: manus,<sup>219)</sup> der aber späterhin, wenigstens für den gewöhnlichen technischen Gebrauch,<sup>220)</sup> eine engere Bedeutung erhielt.

Die Bezeichnung der verschiedenen Bestandtheile des Hauses, der Personen und Sachen, durch den Einen Ausdruck familia beweist, daß die Sprache sie unter Einen gemeinsamen Gesichtspunkt zusammenfaßte, aber es würde voreilig sein zu sagen, daß dies der der rechtlichen Herrschaft sei, denn es kann auch der der häuslichen Gemeinschaft, wie das Haus sie begründet, gewesen sein. Daß aber in der That jene verschiedenen Bestandtheile ursprünglich unter einen gemeinsamen rechtlichen Gesichtspunkt und zwar den der völligen Unterordnung unter den Hausherrn zusammengefaßt wurden, ist bereits von

216) Ebenso scheint der Ausdruck heras (unser „Herr“), mit dem noch bei Plautus die Sklaven durchgehends ihren Herrn bezeichnen, und der auch in der lex Aquilia vorkam (L. 11 §. 6 ad leg. Aq. 9. 2), sich auf das Eigenthum beschränkt zu haben; für den Ehemann kommt er nur Ein Mal vor, Catull. 81, 116.

217) potis der Ernährer (potus der Trank u. s. w.), Herr, δεσπότης.

218) z. B. Vermögen (in diesem Sinn in der lex Atinia über die Usucapion der res furtivae: in potestatem reverti. L. 4 §. 6 de usurp. (41. 31.) Tutel (vis ac potestas in capite libero. §. 1 I. de tutel. [1. 13]). Eheliche Gewalt (in potestatem viri cedit. Serv. ad Aen. 4. 103) s. Roszbach a. a. D. S. 28.

219) S. B. 1, S. 112.

220) Aber abgesehen von den Compositis manumittere, mancipium u. s. w. auch hie und da in seiner ältern und weitern Bedeutung vorkommt. S. Beweisstellen bei Roszbach a. a. D.

Andern<sup>221)</sup> behauptet und läßt sich noch aus manchen Spuren erkennen. Theils aus der Bedeutung und dem Gebrauch von *potestas* und *manus*, Ausdrücken, die gerade die rechtliche Stellung jener Bestandtheile zum Hausherrn betreffen; ihre ursprüngliche gleichmäßige Anwendbarkeit auf alle Arten der Gewalt und die spätere Beschränkung derselben auf einzelne Arten vergegenwärtigt sprachlich dieselbe Erscheinung, die in der materiellen Entwicklung der einzelnen Institute wiederkehrt, nämlich die Ablösung der einzelnen Gewalten vom gemeinsamen Stamm, das Zerfallen der ursprünglichen Einheit in einzelne besonders gestaltete Herrschaftsverhältnisse. Mit diesem letzten Vorgange, den ich übrigens nicht erst in das gegenwärtige System verlege, hörte die hausherrliche Gewalt auf ein juristisch nothwendiger und brauchbarer Begriff zu sein. Wenn auch im Leben die ursprüngliche Anschauung von derselben nicht ganz untergehen mochte, und sich selbst in dem juristischen Ausdruck: *homines alieni juris* (mit dem das Verhältniß aller hausunterthänigen Personen zu ihrem Herrn bezeichnet wird) erhalten hat, so drängten doch für die juristische Betrachtung die einzelnen Arten den Gattungsbegriff in den Hintergrund. Dies muß um so erklärlicher erscheinen, wenn man bedenkt, daß bei der ursprünglichen Gleichheit ihres Inhalts, doch eine Verschiedenheit hinsichtlich der Begründung (Erbeutung, Geburt, Kauf) von jeher bei ihnen gegeben war, und daß der Gesichtspunkt der Entstehungsweise für die römische Betrachtungsweise überall von bestimmendem Einfluß gewesen ist.

Es weist aber sodann auch die innere Verwandtschaft und die spätere Geschichte der einzelnen Gewalten auf eine ursprüngliche Einheit derselben hin. Die innere Verwandtschaft — denn es ist überall derselbe Grundbegriff, der sich in ihnen abspiegelt, nur nach Verschiedenheit des Gegenstandes etwas verschieden

221) J. B. von Christianfen dem Ältern die Wissenschaft der röm. Rechtsgeschichte B. 1, S. 136 ff. und jetzt auch, wie es scheint ohne Kenntniß seines Vorgängers, von Rosbach, S. 10—41.

gebrochen. So verschieden die Person von der Sache ist, so sehr, was erstere anbetrifft, die natürliche Stellung der Frau eine andere ist, als die der Kinder, die der Kinder eine andere, als die der Sklaven, so bedeutend endlich die Differenz ist in staatsrechtlicher Hinsicht: in privatrechtlicher Beziehung sind nicht bloß die Personen unter sich,<sup>222)</sup> sondern auch mit den Sachen darin gleich, daß beide im wesentlichen ganz dem Willen des Hausherrn anheimgegeben sind, der ganze Ertrag und Nutzen beider ihm zufällt. Er hat an jenen Personen nicht Rechte, sondern ihr ganzes Sein wird von seiner Gewalt ergriffen und absorbirt, wie sich dies auch in der Bezeichnung der hausunterthänigen Personen als *homines alieni juris* ausspricht. Diese ungeheure Gewalt des Hausherrn ist nichts spezifisch Römisches; das Römische steckt nur darin, daß sie sich in Rom länger als anderwärts in ihrer ursprünglichen Fülle erhalten hat. Sie ist vielmehr nur ein Ausfluß patriarchalischer Anschauungsweise, wie er sich auch in andern Rechten findet, namentlich auch im germanischen, und zwar hier in einer mit der römischen Hausherrschaft so unverkennbar verwandten Gestalt,<sup>223)</sup> daß man darin einen Rest der ursprünglichen Rechtsgemeinschaft der indogermanischen Völker erblicken muß.

222) Darum heißt es ja von der Frau in manu geradezu: *she sei filiae familiae loco* Gaj. III. 24 d. h. die manus wirkt dasselbe Verhältniß, wie die *patr. pot.*

223) Das deutsche *Munt*, *Mundium* ist das römische *manus*, Hand; beide haben ursprünglich dieselbe Bedeutung und denselben Inhalt gehabt. Grimm Rechtsalterthümer S. 447: „Die ächte im *Mundium* des Mannes gründende Ehe hat ganz die Wirkungen der römischen *conventio in manum*.“ S. 450: „Aus dem *Mundium* der Frau fließen noch andere Rechte, er durfte sie gleich seinen Knechten und Kindern züchtigen, verkaufen, tödten.“ Also gerade dieselbe Ausdehnung der Gewalt, die der neueste Verfechter spezifisch germanischer Sittlichkeit, Schmidt in dem öfter angeführten Werk, an dem römischen Recht so ächt römisch-un-sittlich findet. Um ein für alle Mal an einem recht eklatanten Beispiel zu zeigen, mit welcher Befangenheit der Verf. zu Werke geht, mit wie ganz andern Augen er das römische und das deutsche Recht betrachtet, will ich seine Charakteristik der römischen und deut-

Ich sagte: auch die spätere Geschichte der einzelnen Gewalten weise auf die ursprüngliche Einheit hin. Dies nämlich insofern, als man von der Richtung, in der sie später sich bewegen, auf die frühere zurückschließen darf. Sie sind divergirende Linien, die im Laufe der Zeit immer weiter aus einander gehen, deren Entfernung im gegenwärtigen System aber noch eine sehr unbedeutende ist. Verlängert man die Linien rückwärts, so trifft man bald den Punkt, wo sie sich schneiden, — den von uns angenommenen gemeinsamen Ausgangspunkt der haus herrlichen Gewalt.

schen Familiengewalten wählen. Daß manus und munt etymologisch und sachlich ursprünglich Zwillingsschwestern waren, scheint ihm nicht bekannt gewesen zu sein; bei ihm erinnert nichts auch nur an die Denkbarkeit einer Ähnlichkeit zwischen beiden. „Die Natur des Herrschaftsverhältnisses, das der Mann in der strengen Ehe über die Frau hat, spricht sich auch in dem technischen Wort manus aus, das eben nichts anderes bezeichnet, als die auf der physischen Stärke des Arms beruhende faktische Herrschaft (und die munt?!); die Ehefrau ist in manu mariti heißt wörtlich: sie ist in der Hand des Mannes.“ Schrecklich! wer malt sich nicht mit Schauern und Grauen dieses Bild weiter aus?

Wie geht es nun aber der glücklicheren Schwester, der guten deutschen Munt? In naiver Unbefangenheit hat sie ihre Abkunft und die eigentliche Bedeutung ihres Namens vergessen, verräth uns also nicht mehr, daß auch die Germanen ihre Frauen „in der Hand“ gehabt haben (was sonst vielleicht auf die Idee gebracht haben würde, daß die manus der Römer nicht minder wie die Munt der Germanen nicht bloß zum Prügeln, sondern auch zum Schützen verwandt worden sein mag). Die deutsche Munt hat das Glück uns in einem Compositum erhalten zu sein, das für sie sofort das günstige Verurtheil eines edlen sittlichen Charakters erweckte, in dem der Vormundschaft. Das ist nun ein unendlich ergiebiges Moment zur Charakteristik des deutschen Familienrechts. Dadurch nämlich, daß die väterliche Gewalt und die Ehe vom Verf. als Fälle der Vormundschaft angeführt werden (§. 197, 202), hat er sich mit diesem Einen Wort einen Born erschlossen, aus dem die Charakteristik dieser Institute schöpfen kann, ohne etwas anderes nöthig zu haben, hat er einen Ton angeschlagen, der in verwandten Ohren lange nachhallt und allein schon genügt, um das ganze Geflingel germanischer Sittlichkeits-Melodien hervorzurufen. — Ob ein solches Verfahren die Behandlung verdient, die ich demselben hier habe angedeihen lassen, glaube ich getrost dem Urtheil des Lesers anheimstellen zu dürfen.

Im dunkeln Gefühl jener ursprünglichen Einheit hat man derselben hie und da den verkehrten Ausdruck gegeben, das ältere Recht behandle die Frau und Kinder als Sachen, die *manus mariti* und die *patria potestas* seien Anwendungsfälle des Eigenthumsbegriffs.<sup>224)</sup> Die Absurditäten, zu denen dies führen würde,<sup>225)</sup> hätten eine solche Idee in der Geburt ersticken müssen. Die Sache ist einfach die: das Eigenthum war nur eine Spezies des Gattungsbegriffes, hatte also mit den übrigen Spezies natürlich das Gattungsmerkmal, absolute Gewalt des Hausherrn, gemein, aber nichts berechtigt uns, das Eigenthum auch nur als Prototyp der übrigen Gewalten hinzustellen, geschweige gar letztere im Eigenthumsbegriff aufgehen zu lassen. Nur der Sklav war Eigenthumsobjekt, stand also rechtlich der Sache gleich.

Indem wir jetzt zur Darstellung der einzelnen Gewalten über die Hausangehörigen übergehen, wird es am geeignetsten sein, mit der über die Sklaven zu beginnen, weil sich bei ihr

224) Wenn man dafür außer der innern Aehnlichkeit des Eigenthums und jener Gewaltverhältnisse, von der in der folgenden Note die Rede sein wird, auch derartige Gründe geltend macht, wie z. B., daß die XII Tafeln in dem Satz: *uti legassit u. s. w.* unter *sua res* selbst Kinder und Frau verstanden, sie also als *res* angesehen hätten, so ist dies nichts besser, als wenn ein gelehrter Forscher kommender Jahrhunderte unserer heutigen Zeit wegen des Gebrauchs ähnlicher Worte, z. B. Haus („Ich und mein Haus wollen“ u. s. w.), Eigen („Ach, wenn Du wärst mein eigen!“) eine ähnliche Anschauungsweise unterlegen wollte!

225) Man denke z. B. an das Miteigenthum (also mehre Ehemänner derselben Frau, mehre Väter desselben Kindes!), an letztwillige Verfügungen über das Eigenthum (also Legat der *manus* und *patr. pot.*!), Occupation, Dereliction, *litis aestimatio* u. s. w. Daß die *mancipatio* (bei der Ehe als *coemptio*), in *jure cessio*, *usus* (zwar bei der *manus*, aber nicht bei der *patr. pot.*), die *Vindicatio* (*condictio furtiva* bei Sachen und Sklaven, aber nicht bei Kindern L. 38 §. 1 *de furtis*) u. s. w. auch auf jene Gewaltverhältnisse angewandt werden, kann nur für den etwas Verführerisches haben, der von der fixen Idee ausgeht, daß diese Formen und Rechtsmittel zuerst beim Eigenthum ausgebildet und von diesem auf die andern Gewalten übertragen worden seien — eine Idee, die keine Widerlegung verbietet.

der ursprüngliche Charakter der hausherrlichen Gewalt am reinsten erhalten hat; bei den übrigen wird die Angabe der Punkte genügen, hinsichtlich deren bei ihnen eine Abweichung Statt fand.

### 1. Die herrschaftliche Gewalt über die Sklaven.

Es lassen sich an jedem dieser Gewaltverhältnisse zwei Seiten unterscheiden, die persönliche und vermögensrechtliche. Letztere, die bei allen völlig gleich ist, besteht darin, daß die unterworfenene Person alles dem Herrn erwirbt, selbst nichts Eigens haben kann. Dieselbe ist juristisch, so zu sagen, reiner Leitapparat für den Herrn, durch den der Erwerb sofort und ohne eine Spur zurückzulassen, auf letztern übergeht. Von dem Willen des Herrn ist diese Wirkung völlig unabhängig, sie tritt als Consequenz des ganzen Verhältnisses mit Rechtsnothwendigkeit ein und läßt sich daher auch durch Verzicht von seiner Seite gar nicht ausschließen. Ein solcher Verzicht oder eine Ueberlassung eines Vermögenstheils an die unterworfenene Person (Peculium) ist daher, so sehr der Herr immerhin sich subjectiv dadurch gebunden halten möge, rechtlich etwas völlig unwirksames, ein bloßes Factum, das er in jedem Moment wieder aufheben kann. Dieser Gesichtspunkt der völligen rechtlichen Bedeutungslosigkeit des Peculiums wurde im ältern Recht<sup>226)</sup> nur bei einer einzigen Gelegenheit, die nur bei Sklaven eintreten konnte, und von der nachher die Rede sein wird, außer Acht gelassen. Es versteht sich demnach von selbst, daß die juristische Unmöglichkeit von Rechtsgeschäften zwischen dem Gewaltinhaber und dem Untergebenen auch durch die Einräumung eines Peculiums nicht gehoben wurde.<sup>227)</sup>

Unter der persönlichen Seite jener Gewaltverhältnisse

226) Im neuern auch zu Gunsten der Gläubiger — die act. de peculio des prätorischen Edikts.

227) Wie es factisch sich machte, davon nachher.

verstehen wir die persönliche Unterordnung des Hausangehörigen unter den Herrn. Letztere war bei dem Sklaven eine völlig absolute.<sup>228)</sup> Man kann, um sich den ungeheuern Inhalt derselben zu vergegenwärtigen, einzelne Dispositionen, die aus dem absoluten Belieben folgen, hervorheben, z. B. das Recht, den Sklaven nach Lust und Laune zu verheirathen, von Weib und Kind zu trennen, zu verkaufen, verleihen, züchtigen, tödten; ein anderes Interesse hat eine solche Aufzählung nicht. Das Dürfen reichte hier wie bei einer Sache so weit, als das Können.

Demnach ließ sich die Gewalt über den Sklaven geradezu als Eigenthum bezeichnen, und dies ist von den Römern auch geschehen.<sup>229)</sup> Konsequenzen, an denen sich vorzugsweise die praktische Realität dieser Auffassung bewährt, da diese bei den andern Gewaltverhältnissen undenkbar sind, sind z. B. die Möglichkeit des Miteigenthums, der *bonae fidei possessio*, der Theilung des *quiritarischen* und *bonitarischen* Eigenthums, der Bestellung von *jura in re* am Sklaven,<sup>230)</sup> der *Dereliction* u. s. w.

Diese Gleichstellung des Sklaven mit der Sache hatte aber doch ihre Gränze, sie bezog sich nämlich nur auf die gleichmäßige Unterordnung beider unter den unbeschränkten Willen des Herrn; darüber hinaus verläugnete sich selbst im Sklaven der Mensch nicht. So galten z. B. für die Sklaven-Ehe auch die Verwandtschaftsverbote, so war eine Injurie des Sklaven möglich,<sup>231)</sup> vor allem aber äußert sich die Verschiedenheit in

228) Ebenso für das ältere deutsche Recht, Grimm Rechtsalterth. S. 342 fl. Daher die Rechtsparömie: er ist mein eigen, ich mag ihn fieden oder braten (das. S. 345) — die schwerlich im römischen Recht hätte vorkommen dürfen, ohne daß man darin einen schlagenden Beweis der empörenden Unsitlichkeit des römischen Rechts erblickt hätte.

229) Ulp. XIX. 20.

230) L. 24—27 *comm. div.* (10. 3) — L. 26 *de usufr.* L. 9 *in quib. caus. pign.* (20. 2).

231) L. 1 §. 3 *de injur.* (47. 10). Juristisch mußte sie unter den Gesichtspunkt einer mittelbaren Injurie gegen den Herrn gebracht werden, aber wenn

der Möglichkeit der Freilassung des Sklaven. Das Recht der Freilassung ist ein für die Charakteristik der herrschaftlichen Gewalt höchst bedeutungsvolles Moment. Der freie Entschluß des Herrn macht aus einem Gegenstand, der bisher kaum etwas anderes war als eine Sache, eine Person, einen römischen Bürger, ja möglicherweise sogar das Mitglied einer römischen Familie.<sup>232)</sup> So ist nicht bloß die Tiefe, zu der jene Gewalt die unterworfenen Person herabdrückt, sondern ebenso wohl die Höhe, zu der sie dieselbe erheben kann, gleich charakteristisch. Die Entfernung zwischen diesen beiden Endpunkten ist bei keiner andern Gewalt eine so ungeheure, und es gibt kein zweites Beispiel, woran die Vollgewalt des subjektiven Willens sich in so glänzender Weise bethätigte, als hier, wo derselbe einseitig über eines der höchsten Güter der römischen Welt verfügte — über das römische Bürgerrecht.

Diese Verwandlung der Sache zur Person war bei der gewöhnlichen Freilassung Sache des Moments. Es konnte aber auch, und zwar bei dem Legat der Freiheit unter einer Bedingung eine Art von Mittelstufe zwischen Person und Sache eintreten, und dieses Uebergangsstadium von der Sklaverei zur Freiheit hat etwas höchst Interessantes. Man mußte hier die gewöhnlichen Grundsätze über die herrschaftliche Gewalt verlassen, wenn der Zweck, um den es sich handelte, erreicht werden sollte. Dem Erben jene Gewalt ungeschmälert zuzusprechen, war undenkbar, besonders wenn die Bedingung in einer Handlung des Sklaven bestand; <sup>233)</sup> der Erbe hätte ihm dann ja die

---

der Sklav hier nur als Thier gegolten hätte, so hätte z. B. bei Körperverletzung nicht die Injurienklage, sondern die act. leg. Aquiliae gegeben werden müssen.

232) Gell. V. 19: Alioquin si juris ista antiquitas servetur (nach neuerm Recht nämlich war es unpraktisch) etiam servus a domino per Praetorem dari in adoptionem potest, idque ait (Masurius Sabinus) plerisque juris veteris auctores posse fieri scripsisse.

233) L. 3 §. 3 de statul. (40. 7).

Vornahme der Handlung nur zu verbieten brauchen, um die Freiheit zu verhindern. Als Bedingung war häufig das Aufbringen eines Lösegeldes gesetzt, und wenn nicht das Gegentheil verordnet war, durfte der Sklav dasselbe aus seinem *Pekulium* nehmen; <sup>234)</sup> es liegt aber auf der Hand, daß der Erbe durch Entziehung des *Pekulium* die Erfüllung der Bedingung hätte vereiteln können. Man sieht, es bedurfte hier zur Erreichung des Zweckes einer gewissen Selbständigkeit des Sklaven gegenüber seinem jetzigen Herrn. Aber wie ließ sich, ohne aller juristischen Auffassung Hohn zu sprechen, ein „Recht“ des Sklaven annehmen? Die Römer halfen sich in diesem Dilemma, was zunächst den Erben anbetrifft, in der Weise, daß sie eine objektive Gebundenheit desselben (ohne ein gegenüberstehendes Recht des Sklaven) herausbrachten, und zwar dadurch, daß sie eine Verhinderung der Erfüllung der Bedingung von Seiten des Erben der Erfüllung derselben gleich stellten. <sup>235)</sup> Was sodann den Sklaven anbetrifft, so ließ sich die ihm vortheilhafte Disposition in der Weise an ihm befestigen, daß man sie zu einer rechtlichen Dualität des Sklaven als bloßer Sache niederschlagen ließ. <sup>236)</sup> Dem Erfolg nach war also der Sklav dem Erben gegenüber, soweit nöthig, selbständig.

234) L. 3 §. 1 de statulib. (40. 7): Et parvi refert, de peculio ei offerat an ab alio accepta, receptum est enim, ut servus peculiares quoque nummos dando perveniat ad libertatem.

235) Die alte Regel: quotiens per eum sit, cujus interest conditionem non impleri, quominus impleatur, perinde habendum est, ac si impleta conditio fuisset, L. 161 de R. J. (50. 17) scheint ursprünglich gerade für diesen Fall aufgestellt und erst später auf andere Verhältnisse ausgedehnt worden zu sein. Fest. sub voc. statuliber. Ulp. fr. II. §. 5, 6. L. 24 de cond. (35. 1).

236) Der Verkauf von Seiten des Erben schadete also nichts, denn die Sache behielt ihre rechtliche Dualität (d. h. unter einer Bedingung Person zu werden) auch beim Käufer bei. Bei den *res publicae* wurde die rechtliche Bestimmung derselben für den allgemeinen Gebrauch in derselben Weise erwirkt. Auch bei ihnen nämlich verlegte man das Recht, welches dem Subjekt (allen Bürgern) zugebacht, aber als solches juristisch nicht zu construiren war, in die Sache hinein, erreichte den gewünschten Zweck, indem man der

Die rechtliche Qualität der Sache war die Schale, die den Keim der Person in sich barg und schützte.<sup>237)</sup>

Bei dieser Gelegenheit mußte auch der vermögensrechtliche Verkehr zwischen Herrn und Sklaven, der sonst vom Recht als etwas rein Faktisches völlig ignorirt wurde, rechtliche Bedeutung gewinnen. Schulden und Forderungen zwischen Herrn und Sklaven waren juristisch ein Nding, konnten mithin auch nie vor Gericht zur Sprache gebracht werden. Aber bei dieser Gelegenheit, wo dem Pefulium des Sklaven, wenn die Absicht des Testators nicht völlig vereitelt werden sollte, eine rechtliche Unverletzlichkeit zuerkannt werden mußte,<sup>238)</sup> verhielt sich dies anders, und hier begegnen wir der interessanten Erscheinung, jenen Verkehr zwischen Herrn und Sklaven förmlich nach den Civilrechtsregeln beurtheilt zu sehen.<sup>239)</sup> Man suchte zwar diese gewaltige Abweichung von der Consequenz der herrschaftlichen Gewalt dadurch etwas zu verdecken, daß man hier nur von obligationes naturales zwischen Herrn und Sklaven sprach;<sup>240)</sup> allein dies war in der That nur eine Form; der Sache nach wurden bei

---

Sache eine absolute und unvertilgbare rechtliche Qualität zuschrieb.

237) Das Gegenstück zu diesem Anfang der Person tritt beim Ende derselben ein, nämlich der Uebergang der Person zur Sache. Unter der Schale der Person (singirte Persönlichkeit der hered. jac., ein durch die historischen Prämissen der römischen Jurisprudenz nöthig gewordener Gesichtspunkt) verbirgt sich hier eine Sache: das Vermögen.

238) L. 17 de statul. (40. 7.) . . haec mens fuit constituentium, ut quasi ex patrimonio suo dandi eo nomine servo potestas esset.

239) 3. B. hinsichtlich der Frage, ob eine Forderung entstanden, L. 49 §. 2 de pec. (15. 1). Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intelligatur, ex causa civili computandum est. . . nuda ratio (der bloße Wille, Schuldner zu sein) eum non facit debitorem, hinsichtlich des Erwerbs der Sachen das Requisite der Tradition, L. 8 ibid; ferner L. 21. pr. de statul. (40. 7).

240) Factum magis demonstramus, quam ad jus civile referimus obligationem. L. 41 de pec. (15. 1).

dieser <sup>241)</sup> Gelegenheit Forderungen und Gegenforderungen anerkannt, der Sklav konnte also z. B., wenn es sich um die Abtragung der ihm auferlegten Summe handelte, Auslagen für den Erben, wie umgekehrt letzterer Vorschüsse u. s. w. in Anrechnung bringen. Die Zeugnisse, deren wir uns bedient haben, gehören zwar erst dem spätern Recht an, das Verhältniß selbst aber dem ältesten Recht. Die XII Tafeln enthielten bereits eine darauf bezügliche Entscheidung, <sup>242)</sup> und wenn immerhin die vollständige civilistische Durchbildung des Verhältnisses erst ein Werk späterer Zeiten sein mag, so läßt es sich auch für die älteste Zeit in seinen wesentlichen Grundzügen nicht anders denken, als es hier geschildert ist.

Was dies Verhältniß der bedingten Freilassung für unsern Zweck besonders interessant macht, ist der Umstand, daß hier die Sklaverei gewissermaßen über sich selbst hinausgeht, die absolute Gewalt des Herrn über die Sache sich an letzterer selbst bis zu einem gewissen Grade bricht. <sup>243)</sup>

So das abstracte Recht der Sklaverei! Hält man sich nun bloß hieran, wie es die herrschende Ansicht thut, so muß man nothwendigerweise zu einem völlig verkehrten Urtheil über dies Institut gelangen. So hat man sich das Loos eines römischen Sklaven wie das eines heutigen Negerklaven vorgestellt <sup>244)</sup> und sich zu der Annahme verleiten lassen, als ob das

241) Wie später bei der dem dritten System angehörenden act. de peculio.

242) Ulp. fr. II. §. 4 . . emptori dando pecuniam ad libertatem perveniet idque lex XII tab. jubet. L. 25, L. 29 §. 1 de statul. (40. 7).

243) Ein anderes Verhältniß, in dem in Einer Beziehung wenigstens die absolute Rechtlosigkeit der Sklaven hintenangesezt wurde, war das der servi publici; sie hatten nämlich das Recht über die Hälfte ihres Vermögens zu testiren, Ulp. fr. XX. §. 16, aber schwerlich gehört diese Singularität schon dem ältern Recht an.

244) z. B. Schweppe röm. Rechtsgesch. §. 343, der letzteres sogar noch

Institut erst in späterer Zeit einen menschlicheren Charakter angenommen habe, weil erst in der Kaiserzeit eine humane Anschauungsweise innerhalb der Gesetzgebung sichtbar wird. Das Verhältniß möchte in Wirklichkeit gerade das entgegengesetzte gewesen sein. Die Sitte sicherte dem Sklaven in alter Zeit ein weit besseres Loos, als es die Gesetzgebung späterhin nur irgend vermochte.<sup>245)</sup> Meiner Ansicht nach müssen wir in der Geschichte der römischen Sklaverei zwei Perioden unterscheiden, nicht nach dem untergeordneten Gesichtspunkt, wie die Gesetzgebung sich zu diesem Institut verhalten, sondern nach dem Zuschnitt und Charakter, den dasselbe zu den verschiedenen Zeiten im Leben an sich trug.

Diese Verschiedenheit des realen Charakters der Sklaverei in früherer und späterer Zeit hatte ihren Grund theils in Momenten, die der Sklaverei eigenthümlich waren, theils in den allgemeinen Unterschieden der frühern und spätern Zeit rückfichtlich des Volkscharakters, der Sitte u. s. w.

Ein Umstand, der für die faktische Gestaltung der Sklaverei in Amerika von größtem Einfluß ist, insofern er zwischen Herrn und Sklaven eine unübersteigliche Kluft offen hält, besteht bekanntlich in der Racen-Verschiedenheit zwischen Herrn und Sklaven. Im ältern Rom war eine solche nicht vorhanden. Der Sklav gehörte in der Regel einem benachbarten, nicht selten einem stammverwandten Volke an, stand mit seinem Herrn auf derselben Bildungsstufe, vielleicht gar auf einer höhern, kurz der Abstand zwischen beiden betraf nur das Rechtliche in ihrer Stellung, nicht das rein Menschliche. Wie änderte sich

---

für milder hält! Auch Zimmern Gesch. des röm. Privatr. §. 180 läßt erst „nach und nach den Zeitgeist mildernd eingreifen.“

245) Die Beispiele schmähhlicher Grausamkeit und Unmenschlichkeit, nach denen man sich seine Vorstellung von der römischen Sklaverei zuschneidet, rühren, soweit ich sehen kann, alle erst aus der spätern Zeit.

dies aber in späterer Zeit! In demselben Maße, in dem die beiden Hauptquellen, aus denen Rom seine Sklaven bezog, der Krieg und der Sklavenhandel, sich aus der Nähe von Italien entfernten und nach Asien, Afrika u. s. w. wandten,<sup>246)</sup> wurde der natürliche Abstand zwischen Herrn und Sklaven ein immer größerer. Es war nicht eine bloße Verschiedenheit der Sprache, Religion, Sitte u. s. w., die beide trennte, sondern sehr häufig<sup>247)</sup> die viel weitere Kluft zwischen Bildung und Rohheit, zwischen Civilisation und Barbarei, eine Kluft, die nicht bloß die Annäherung zwischen Herrn und Sklaven in hohem Grade erschweren, sondern mit psychologischer Nothwendigkeit die im Charakter des Herrn etwa vorhandene Härte, Schroffheit, Willkühr u. s. w. entfesseln mußte. Die Herrschaft über Völker wie Individuen wird überall einen verschiedenen Charakter tragen, je nachdem die Beherrschten aus demselben oder aus einem andern Stoffe sind, wie der Herrscher. Der amerikanische Sklav würde ein ganz anderes Loos haben, wenn er dieselbe Farbe trüge, wie sein Gebieter!

Ein zweites unendlich wichtiges Moment war der Umstand, daß Kriegsgefangenschaft ursprünglich und lange Zeit die hauptsächlichste Quelle der Sklaverei war. Von welchem Einfluß dieser Umstand sein mußte, liegt auf der Hand. Einmal nämlich galt hinsichtlich der Kriegsgefangenschaft völkerrechtlich der Grundsatz der Reciprocität; die Römer erkannten

---

246) Gallus von Becker. Aufl. 2. von Rein. B. 2, S. 87 ff. (Abh. von Rein).

247) Bei den griechischen Sklaven stellte sich das Verhältniß bekanntlich oft gerade umgekehrt, aber der natürliche Einfluß der Bildung verläugnete sich auch bei ihnen nicht. Zwischen einem feingebildeten griechischen Sklaven, der dem Herrn als Vorleser, Sekretär, Erzieher seiner Kinder u. s. w. diente, und einem rohen Barbaren, der nur zu knechtischen Dienstleistungen verwandt werden konnte, war zwar im Recht kein Unterschied vorhanden, aber hinsichtlich ihrer faktischen Stellung ein ungeheurer.

den Satz, daß Kriegsgefangenschaft Sklaverei begründe, auch gegen sich an. Ein Loos aber, das bei den Wechselfällen des Krieges auch den vornehmsten Römer jeden Augenblick treffen konnte, ein Verhältniß, in das Tausende von Römern gerathen waren und immer wieder geriethen, mußte von vornherein schon mit ganz andern Augen betrachtet werden, als das Verhältniß eines heutigen Negerflaven, in dem ja die in Amerika herrschende Ansicht nichts als den Zustand einer geringgeschätzten, zum Dienen bestimmten Menschenklasse erblickt. Der Gesichtspunkt einer Waare, eines Handelsobjekts mochte juristisch noch so sehr begründet sein, faktisch, meine ich, mußte diese Auffassung etwas Widerstrebendes haben. Faktisch konnte ein Römer den kriegsgefangenen Feind, der in seiner Heimath vielleicht eine hervorragende Stellung eingenommen, der ihm noch vor kurzem auf dem Schlachtfelde als freier Mann und würdiger Gegner gegenüber gestanden, der möglicherweise in nächster Zeit schon durch seine Verwandten eingelöst ward, um zu dem Genuß aller seiner Rechte, Würden u. s. w. zurückzukehren — faktisch konnte ein Römer einen Solchen nicht mit der Rücksichtslosigkeit behandeln, nicht mit der Verachtung auf ihn herabsehen, die die Sklaverei der spätern römischen Zeit und vor allem die der Gegenwart charakterisirt.<sup>248)</sup> Es kommt hinzu, daß auch hinsichtlich der faktischen Behandlung des kriegsgefangenen Sklaven unter den in Krieg verflochtenen Völkern ohne Zweifel eine Reciprocität Statt fand, daß also die Römer darauf gefaßt sein mußten, sich selbst als Kriegsgefangene mit derselben Strenge und Grausamkeit behandelt zu sehen, die sie gegen die gefangenen Feinde übten. So begreift es sich, daß der römische Senat aus Gründen der Politik (aus Gründen der Menschlichkeit that es der Censor) Veranlassung nehmen konnte, sich des Looses der

248) Bezeichnend für die sociale Stellung der Sklaven in alter Zeit ist, daß Serv. Tullius nach der Sage das Kind einer Sklavin gewesen sein soll, ebenso daß das ältere Recht die Adoption eines Sklaven kannte.

Skänen anzunehmen.<sup>249)</sup> Die Unmenschlichkeit eines einzelnen Römern gegen seinen Skänen konnte allen in feindlicher Gewalt befindlichen Römern die bittersten Früchte tragen, ja Ursache werden, daß die faktische Gestaltung der Sklaverei bei allen benachbarten Völkern einen schrofferen Charakter annahm.

Ein drittes einflussreiches Moment war für die alte Zeit die geringe Zahl der Skänen.<sup>250)</sup> Der Herr kannte jeden einzelnen derselben, was in späterer Zeit oft absolut unmöglich war, er war mit seinen Schicksalen und seinen persönlichen Zuständen vertraut, und leicht stellte sich ein Interesse für den Skänen, wohl gar ein genaueres Verhältniß zwischen beiden ein. Als mit dem Ende der Republik und in der Kaiserzeit die Zahl der in dem Besitz eines Einzelnen befindlichen Skänen ins Ungeheure wuchs,<sup>251)</sup> mußte dies nothwendig einen ganz andern Ton in das Verhältniß bringen. Der mildernde Einfluß der persönlichen Beziehungen fiel hinweg oder kam wenigstens nur der verhältnißmäßig kleinen Zahl derjenigen zu gute, die die Aufmerksamkeit des Gebieters erregt hatten oder durch ihren Dienst in seine Nähe gebracht wurden; die übrigen standen ihm, so zu sagen, als fungible, abstracte Wesen fremd und fern gegenüber.

Wichtiger noch als dieses Moment ist ein anderes, auf das auch die Römer selbst<sup>252)</sup> für die alte Zeit ein entscheidendes Gewicht legen, nämlich die Gemeinsamkeit der Arbeit und

249) Dionys. VII. 73. Plutarch. Coriolan. 25.

250) S. die Belege bei Gallus von Becker. Aufl. 2. B. 2, S. 91. (Abh. von Rein.)

251) Plinius Hist. nat. XXXIII. 10 berichtet von einem Römer zur Zeit des August, der, obgleich er in den Bürgerkriegen viel verloren, doch über 4100 Skänen hinterließ. Ähnliche Zahlen kommen öfter vor. Becker a. a. D. S. 92, 93.

252) Plutarch, Coriolan. c. 24.

des häuslichen Lebens. Der Sklav der spätern Zeit war ein Diener, der der alten ein Gehülfe des Herrn. Darin liegt aber außerordentlich viel. So lange noch der Römer gemeinschaftlich mit Sklaven und Kindern das Feld bestellte, war der äußere Abstand zwischen Herrn und Sklaven kein so hoher. Jeder Tag führte sie zusammen, jede gemeinsame Arbeit näherte sie einander und brachte sie in ein vertrautes und trauliches Verhältniß. Die eigene Anstrengung lehrte den Herrn, dem Sklaven nichts unmögliches zumuthen sowie die Brauchbarkeit und Tüchtigkeit des Sklaven beurtheilen und anerkennen. Eingeweiht in das Innerste des Familienlebens, gegenwärtig selbst beim Hausgottesdienst, die Leiden und Freuden der Familie theilend, den Kindern von früh auf nahe und für ihr ganzes Leben ein Gegenstand der Anhänglichkeit, war der Sklav in der That ein Glied der Familie und ward auch als solches angesehen und behandelt.<sup>253)</sup> Daß die herrschaftliche Gewalt aber bei dieser Gestaltung des Verhältnisses nicht das Gehässige<sup>254)</sup> haben konnte, das wir heutzutage in völlig unhistorischer Weise in sie hineinbringen, bedarf kaum der Erwähnung.

253) Sie aßen mit der Familie an demselben Tisch. Becker a. a. D. S. 117. Andere Züge hat Roszbach in dem genannten Werke S. 24 fl. gesammelt, bei dem sich überhaupt eine richtige Anschauung des Verhältnisses findet, was man von Becker nicht rühmen kann. Roszbach hat namentlich auch die religiöse Beziehung des Sklaven zum römischen Hause hervorgehoben (z. B. der Sklav konnte Opfer verrichten, nahm die Lustration des Ackers vor, die villica richtete an gewissen Tagen ein Gebet an die Laren, die Diana war die Schutzgöttin der Sklaven, die Grabstätte der Sklaven war locus religiosus u. s. w.). Dies möchte um so eher zu beherzigen sein, als in diesen Tagen ein Versuch gemacht ist, den Unterschied zwischen Freiheit und Sklaverei, wie überhaupt fast das ganze alte Recht, etymologisch auf den religiösen Gesichtspunkt zurückzuführen (liber der libirende, spendende, servus also die Negation). Ein helles Licht auf das Verhältniß wirft auch die schöne Sitte, daß an den Saturnalien die Sklaven von ihren Herren bedient wurden.

254) Seneca V. 6. Ne illud quidem videtis, quam omnem invi-

Wenn dies nun, wie historisch unzweifelhaft, das wahre Verhältniß der Sache ist, so können wir uns selbst sagen, unter welchem Gesichtspunkt die öffentliche Meinung eine grausame, unmenschliche Behandlung des Sklaven auffassen mußte, nämlich nicht als einen gleichgültigen Akt und als bloßen Gebrauch der herrschaftlichen Gewalt, sondern als einen sittlich verwerflichen Mißbrauch derselben. Den schlagendsten Beweis dafür lieferte auch hier wieder der Censor, der die Herren in einem solchen Fall zur Verantwortung zog.<sup>255)</sup> Mancherlei Einflüsse, Rücksichten, Umstände waren auch hier thätig, um die Gewalt in Wirklichkeit auf ein ganz verständiges Maß zurückzuführen. Wie manches, was der Herr gern hätte thun mögen und rechtlich hätte thun dürfen, mochte er in alter Zeit unterlassen aus Scheu sei es gegen die öffentliche Meinung, sei es gegen den Sklaven selbst. Die Sitte hatte auch hier einmal gewisse Normen aufgestellt, von denen der Einzelne, ohne sich dem öffentlichen Gerede auszusetzen, nicht abgehen konnte, so z. B. hinsichtlich der Beköstigung<sup>256)</sup> und der Bekleidung der Sklaven.<sup>257)</sup> Die *scriptores rei rusticae* enthalten über die Behandlung und das Loos der zum Landbau verwandten Sklaven manche bemerkenswerthe Notizen. Ueberall wird die gerechte, anständige und rücksichtsvolle Behandlung derselben einge-

---

*diam nostri dominis, contumeliam servis detraxerint; dominum patrem familias appellaverunt, servos, quod etiam in mimis adhuc durat, familiares.*

255) Dionys. XX. 3.

256) z. B. Cato c. 57 über die Weinration. Val. Max. IV. 3. 7 (von seiner Zeit): *a servis vix impetrari potest, ne eam supellectilem fastidiant, qua tunc consul uti non erubuit.* Die Nationen waren so zugemeßsen, daß ein Sklav durch Verkauf des Ueberschusses sich etwas erübrigen konnte, und dies war ihm in der Regel unverwehrt.

257) z. B. L. 15 §. 2 de usufr. (7. 1) *sufficienter autem alere et vestire debet (usufructuarius) secundum ordinem et dignitatem mancipiorum.*

schärft,<sup>258</sup>) namentlich auch dem abwesenden Herrn zur Pflicht gemacht, die Vorgesetzten der Sklaven streng zu kontrolliren und den Sklaven häufig Gelegenheit zu geben, ihre Beschwerden vorzubringen. Selbst an einer gewissen persönlichen Unabhängigkeit und Behaglichkeit fehlte es, in manchen Stellungen wenigstens, dem Sklaven nicht. So warnte Cato,<sup>259</sup>) die Frau des Aufsehers (villica) solle nicht zu großen Luxus, nicht zu lebendigen Verkehr mit den Nachbarinnen treiben, nicht auswärts zu Tisch gehen.

Besondere Hervorhebung verdient das Peculium. Es lag ganz im Geiste der römischen Sparsamkeit und Erwerbsucht, daß man diese Eigenschaften auch bei Sklaven zu erwecken suchte. Dies war aber nur unter der Voraussetzung möglich, daß der Sklav die Aussicht hatte, das erworbene Vermögen zu behalten. Sicherlich galt es in Rom als ehrenrührig, dem Sklaven das Peculium ohne die dringendsten Gründe zu entziehen.<sup>260</sup>) Den Grund zu demselben legte entweder ein Geschenk oder Voranschuß des Herrn<sup>261</sup>) oder die häusliche Ersparniß des Sklaven

258) Varro I. 17. Colum I. 8. Der Herr solle sie zutraulich behandeln, mit ihnen scherzen, sie um Rath fragen, den Verwalter an Festtagen zur Tafel ziehen u. s. w.

259) c. 143.

260) So erklärt es sich, daß es ihm auch beim Verkauf gelassen zu werden pflegte, Varro II. c. 10 peculium solet accedere, und selbst bei Freilassungen war dies so gewöhnlich, daß dafür eine rechtliche Vermuthung aufgestellt ward. Vat. fragm. §. 261.

261) Für die familia rustica rath Varro I. 17 dem Herrn an, dem Sklaven zu verstatten, ein Stück Vieh mit auf die Weide zu treiben. — Es möge erlaubt sein, an dieser Stelle für die im ersten Bande S. 235 versuchte Erklärung des Peculiums einige positive Zeugnisse nachzutragen, nämlich Varro de lingua lat. V. §. 95 (ed. Müller) peculatoriae oves aliudve quid, id enim peculium primum. Varro de re rust. I. c. 2: non solum adimis domino pecus, sed servis peculium, quibus domini dant ut pascant und ibid. c. 17. . . concessioneve, ut peculiare aliquid in fundo pascere liceat.

an Speise und Trank; der Betriebsamkeit und fortgesetzten Sparsamkeit desselben blieb es überlassen, es zu vermehren. Sorglosigkeit in dieser Beziehung galt als ein schlechtes Zeichen.<sup>262)</sup> Wenn es nun dem Sklaven damit glückte, so bot ihm das *Peculium* theils Gelegenheit sich loszukaufen<sup>263)</sup> (häufig mochte der Herr ihm schon im voraus die Summe bezeichnet haben), theils sich seine Lage behaglicher zu machen z. B. durch Ankauf eines *vicarius*, der zu ihm im Verhältniß des Dieners zum Herrn stand.<sup>264)</sup> Es kam auch vor, daß der Herr den Sklaven ganz sich selbst überließ und sich mit Miethzins oder einer *Tantieme* vom Verdienst begnügte.<sup>265)</sup> Besondere Concessionen von Seiten des Herrn wurden auch wohl eigens erkaufte; so ließ Cato sich z. B. den Heirathscensens bezahlen. Aus allem diesem geht aber hervor, daß man dem Sklaven faktisch eine Art vermögensrechtlicher Selbständigkeit zugestand, das *Peculium* im Leben als sein Vermögen respektirte. Der Sklav selbst mochte sich in dem Besitz desselben seinem Herrn gegenüber eben so sicher und berechtigt fühlen, wie die Besitzer des *ager publicus* oder des *solum provinciale* gegenüber dem Staat. Dem abstracten Recht nach stand der Provincialgrund und Boden im Eigenthum des Staats, und die Besitzer desselben hätten weder rechtlich noch faktisch die Einziehung ihres Besitzes von Seiten des Staats verhindern können; aber eine solche kam eben nicht vor, und Niemand besorgte sie. Und so war es gewiß auch mit dem Eigenthum des Herrn am *Peculium* des Sklaven, wenigstens bei allen Leuten von Ehre und Rechtlichkeit. Es begriffe sich sonst ja nicht, wie ein Herr darauf hätte kommen können von

262) z. B. Virgil. *Ecloga* I. 33 *nec spes libertatis erat nec cura peculii*. Cic. in *Verr.* III. 28.

263) Daher die Verbindung der *spes libertatis* und des *peculium*, wie in der Stelle der vorigen Note und beim *statuliber*.

264) Hor. *Sat.* II. 7, 79. *Vicarius est, qui servo paret*. S. Becker a. a. D. S. 94, 95. Es kommen sehr reiche Sklaven vor. Becker, S. 120.

265) z. B. L. 14 *pr. de statul.* (40. 7).

seinem Sklaven zu leihen, anstatt ihm einfach das Geld, das er nöthig hatte, wegzunehmen.

Daß die Lage der Sklaven keine so bemitleidenswerthe war, wie man sich denkt, geht schließlich noch aus dem großen Vertrauen hervor, das man ihnen erwies, indem man sie z. B. mit Geldsendungen und andern werthvollen Transporten über See und in weite Ferne schickte. Wenn das Loos der Sklaven ein so gräßliches gewesen, so hätte man das in der That doch nicht wagen können.<sup>266)</sup> Es geht dies ferner hervor aus den rührendsten Zügen der Anhänglichkeit, die die Sklaven ihren Herrn bewiesen und zwar in Verhältnissen bewiesen, wo effektiv die Macht der Herren über sie gebrochen war, sie selbst also völlig frei waren.<sup>267)</sup>

Ein anderer Punkt, der den Geist, in dem die Sklaverei bei den Römern gehandhabt wurde, charakterisirt, ist die Häufigkeit der Freilassungen. Für die folgende Periode ist das Material für diese Frage sehr reichhaltig, für die gegenwärtige dürftig. Es war in späterer Zeit herkömmlich, unter gewissen Voraussetzungen dem Sklaven die Freiheit zu schenken,<sup>268)</sup> ja es galt als Ehrenpunkt, recht viel Freigelassene zu haben; es artete die Geneigtheit zur Freilassung in eine wahre Sucht aus, der die Gesetzgebung entgegentreten mußte. Welch bedeutenden Bruchtheil der römischen Bevölkerung in späterer Zeit die Freigelassenen bildeten, geht aus manchen Zügen hervor. Ich will einen namhaft machen. Unter den 21 Grammatikern, die Sueton in seiner Schrift *de grammaticis* (c. 3—24) aufführt, befinden sich nicht weniger als 13, bei denen ausdrücklich erwähnt wird, daß sie Freigelassene gewesen seien. Er berichtet ebendasselbst

266) So wird es erklärlich, was Suet. *de grammaticis* c. 21 berichtet, daß der Grammatiker Cajus Melissus *permansit in statu servitutis praesentemque conditionem verae originis* (er war frei geboren, aber von seinen Eltern ausgesetzt worden) *anteposuit*.

267) z. B. zur Zeit der Bürgerkriege die Sklaven der Proscribirten. Val. Max. VIII. 8 *de fide servorum*.

268) Siehe z. B. was Columella I. 8 von sich berichtet.

(c. 3) von Einem derselben, der für die unglaubliche Summe von 700000 Sestertien (ungefähr 30000 Thlr.) gekauft und gleich darauf von seinem Herrn freigelassen wurde. Daß aber schon in alter Zeit die Zahl der Freilassungen eine nicht unbedeutende gewesen sein muß, geht daraus hervor, daß die *vice-sima manumissionum*, die im Jahre der Stadt 398 eingeführt wurde, schon von vornherein eine beträchtliche Einnahmsquelle des Aerars bildete.<sup>269)</sup>

Es war bei der vorliegenden Darstellung nicht sowohl darum zu thun, eine bisher in der Regel falsch beurtheilte Seite des römischen Lebens im richtigen Lichte zu zeigen, als vielmehr den wahren Sinn der herrschaftlichen Gewalt zu ermitteln, zu zeigen nämlich, daß letztere nicht den Zweck habe, die Rohheit und Willkühr des Herrn gegenüber einem wehrlosen Sklaven zu legalisiren, sondern den Zweck, dem Herrn im Vertrauen auf seine Gerechtigkeit und Menschlichkeit und unter der durch den Censor geübten Oberaufsicht des Staats ein auch für die exorbitantesten Fälle vollkommen ausreichendes Hausregiment über sein Gesinde zu geben. Erkennt man in der Gewalt des römischen Vaters über den Sohn heutzutage mit Recht eine Art Strafgerichtsbarkeit, so möge man auch für die herrschaftliche Gewalt eine gleiche Bestimmung<sup>270)</sup> annehmen und damit derselben ein sittliches Motiv und einen sittlichen Charakter verleihen, der uns zwar mit der Thatsache der Sklaverei nie wird ausöhnen können, wohl aber bis zu einem gewissen

269) In dieser Voraussetzung ward sie eingeführt, Liv. VII. 16: *Patres, quia ea lege haud parvum vectigal inopi aerario additum fuisset, auctores fuerunt.* Dieses Geld (*aurum vicesimarium*) wurde im *aerarium sanctius* für Nothfälle aufbewahrt. Im Jahre 543 nahm man nicht weniger als 4000 Pfd. Gold daraus. Liv. XXVII. 10.

270) Daß ein römischer Jurist sich auch hier nur an das abstract Rechtliche hält, ist ganz in der Ordnung. Aber bei Nichtjuristen findet sich doch jene Vorstellung z. B. Seneca ep. V. 6, wo er der Saturnalien gedenkt, als an welchen die Sklaven die Rolle der Herren spielten und zwar *honores illis in domo gerere, jus dicere permiserunt.*

Maße mit der gerade am meisten angefochtenen Unbeschränktheit jener Gewalt im ältern Recht.

## 2. Die väterliche Gewalt.

Der rechtliche Zuschnitt der väterlichen Gewalt<sup>271)</sup> war, wie bemerkt, bis auf weniges derselbe, wie der der herrschaftlichen, und wir werden daher nur die Differenzpunkte beider zu erwähnen haben.

Es ist aber wohlgemerkt nicht vom Unterschiede der Kinder und Sklaven in absoluter Beziehung<sup>272)</sup> die Rede, sondern nur von der etwaigen Differenz hinsichtlich ihres relativen Verhältnisses zum Herrn. Trotz der gewaltigen Verschiedenheit beider in erster Beziehung war doch dieses ihr relatives Verhältniß ursprünglich ganz dasselbe. Auch die Kinder also konnten nichts Eigenes haben,<sup>273)</sup> auch sie waren dem jus necis ac vitae des

271) Die patr. pot. betrachteten die Römer der spätern Zeit als etwas ganz besonderes, was sich nur bei ihnen finde (Gaj. I. §. 55), während dasselbe Maß der Gewalt gegenüber den Sklaven ihnen als etwas ganz reguläres, überall vorkommendes erschien (Gaj. I. §. 52) und umgekehrt die spätere Beschränkung desselben als etwas eigenthümliches (Gaj. I. §. 53).

272) Der Freiheit und Unfreiheit. Daher die Kinder die Freien, liberi, genannt. Der Unterschied äußerte sich bei Lebzeiten des Herrn nur in staatsrechtlicher Beziehung, erst mit dem Tode desselben auch in privatrechtlicher. Denn die Sklaven blieben, was sie waren, die Kinder hingegen wurden sui juris und setzten als solche, wenn der Vater sie nicht enterbt hatte, die familia fort, der sie bisher nur passiv angehört hatten.

273) Nicht bloß kein Vermögen, sondern auch keine Gewalt über Personen. Hinsichtlich der patr. pot. ist dies zweifellos, hinsichtlich der manus bestritten, aber gewiß mit Unrecht. Denn wenn von einer manus des Sohnes über seine Frau die Rede ist, z. B. bei Gaj. II. §. 148, III. §. 3. Ulp. fragm. XXII. §. 14, so ist dies nicht anders zu verstehen, als: „wenn unser Sohn, den wir in der Gewalt haben, eine Ehe mit manus eingegangen ist,“ ohne daß aber er selbst damit als Innehaber der manus bezeichnet werden sollte. Die Hauptwirkung der manus, nämlich die vermögensrechtliche, war ja in seiner Person völlig undenkbar. S. Gellius XVIII. 6: quae in mariti manu mancipioque aut in ejus, in cujus maritus manu mancipioque esset.

Vaters unterworfen, auch sie konnte er verkaufen, freilassen oder lebenslänglich in der Gewalt zurückbehalten, sie verheirathen und die Ehe wieder trennen u. s. w. Worin bestand denn jene Differenz? Es läßt sich für das ältere Recht nur eine einzige wirklich nennenswerthe nachweisen, nämlich die in den XII Tafeln enthaltene Beschränkung des Veräußerungsrechts: der Sohn, den der Vater drei Mal verkauft habe, solle fortan frei sein. Wie konnte von einem dreimaligen Verkauf die Rede sein? war nicht der Sohn bereits mit dem einmaligen definitiv aus der Gewalt herausgekommen? Die Sache ist die, daß das in dieser Weise (nicht also durch *noxae datio*) begründete *Mancipium* am Sohn mit jedem *Lustrum* (dem Abschluß der Censuseriode) aufhörte.<sup>274</sup>) Wenn aber der Vater nur für ein *Lustrum* verkaufen konnte, so ließ sich der Verkauf nicht als eine definitive Entäußerung der väterlichen Gewalt betrachten, sondern nur als eine zeitweise Suspendirung derselben, d. h. also mit dem Wegfallen des *Mancipiums* wachte die väterliche Gewalt wieder auf. Die wohlthätige Intention jener liberirenden Wirkung des Censur ließ sich aber durch stets wiederholten Verkauf völlig vereiteln; verhindert, das Kind mit Einem Male auf Lebenszeit zu verkaufen, veräußerte der Vater es mit jedem *Lustrum* von neuem. Hier griffen nun die XII Tafeln in das Recht des Vaters ein, indem sie es auf dreimalige Ausübung beschränkten. Da sie nur des Sohnes Erwähnung gethan hatten, so wandte die Interpretation die Bestimmung auf Töchter und Enkel nicht an, legte vielmehr hinsichtlich ihrer schon dem einmaligen Verkauf die Wirkung bei, die *patria potestas* zu konsumiren.

Dieser Eingriff des Gesetzes in die *patr. pot.* hat etwas Lehrreiches. Es muß nämlich auffallen, daß das Gesetz den Sohn gegen ein verhältnißmäßig geringes Uebel sicher stellte, ihn aber gegen weit größere Gefahren völlig schutzlos ließ.

274) Gaj. I. §. 140.

Eben diese Erscheinung aber muß auf den richtigen Gesichtspunkt führen, unter dem die väterliche Gewalt aufzufassen ist. Sie zeigt nämlich, daß das Gesetz gegen das Loos der Kinder nicht theilnahmlos ist. Die Verwerthung des Kindes durch ein- und zweimaligen Verkauf konnte unter Umständen sich als gerechtfertigt oder verzeihlich denken lassen, die dreimalige Ausübung dieses Rechts hingegen erschien dem Gesetz als ein absolut verwerflicher, schmähllicher Mißbrauch der väterlichen Gewalt, der den Innehaber fortan derselben unwürdig und verlustig machte. Also: das Gesetz erkannte es als Pflicht des Vaters an, sich dieses Mißbrauchs zu enthalten. Einen Mißbrauch des *jus necis ac vitae* würde das Gesetz viel weniger gebilligt haben; warum verbot es ihn nicht, wenn es den geringeren verbot? Offenbar weil es ihn nicht befürchtete.

Die Römer scheinen eine Lösung des Bandes zwischen Vater und Sohn, sei es durch Verkauf, sei es durch Freilassung, sei es durch Uebertragung der patr. pot. auf einen Andern (in *adoptionem datio*) nicht mit günstigen Augen angesehen zu haben. Nach der Form dieser beiden letzten Rechtsgeschäfte zu schließen, haben sich dieselben erst nach den XII Tafeln gebildet,<sup>275)</sup> und wenn man bedenkt, daß sie gegenüber der Bedeutung und Auffassung der Familie in alter Zeit etwas Unnatürliches enthalten, läßt sich dies auch wohl begreifen.

Der Zustand, in den das *Mancipium* den Sohn brachte, hatte nach Aussage der Römer eine gewisse Aehnlichkeit mit der Sklaverei, allein mehr faktisch, als rechtlich. Denn in rechtlicher Beziehung bestanden sehr wesentliche Verschiedenheiten zwischen beiden Verhältnissen, namentlich die Verantwortlichkeit

---

275) Wenn man jene Rechtsgeschäfte schon in früherer Zeit kannte und also auch eine Form dafür besaß, wie konnte man auf den künstlichen, durch Worte der XII Tafeln, die hierauf gar keinen Bezug hatten, veranlaßten Umweg (Gaj. I. §. 132) verfallen?

192 Zweit. Buch. Erst. Abschn. II. Die Grundtriebe, III. Der Freiheitstrieb.  
des Mancipatars<sup>276</sup>) und die Unübertragbarkeit des Mancipium<sup>277</sup>)

### 3. Die eheliche Gewalt.

Es gab bekanntlich zwei Arten der Ehe, die Ehe mit manus und ohne manus. Erstere enthielt im wesentlichen nur einen Anwendungsfall der hausherrlichen Gewalt. Die Stellung der Frau unterschied sich in vermögensrechtlicher Beziehung in nichts von der der Sklaven und Hauskinder,<sup>278</sup>) es bedarf also nur die persönliche Seite des Verhältnisses einer Berücksichtigung.

Daß die manus auch in dieser Beziehung im wesentlichen

---

276) Geltend gemacht durch die injuriarum actio Gaj. I. §. 141. Wann und von wem sie angestellt werden konnte, wird hier nicht gesagt; daß der Sohn selbst nicht klagen konnte, so lange er nicht sui juris geworden, läßt sich aber wohl als unzweifelhaft betrachten, bis dahin blieb also nur der Mancipant als denkbare<sup>s</sup> Subjekt der Klage übrig. Böcking, Institut. §. 47.

277) Als Mancipanten werden bei Gajus überall nur die parentes und coemptionatores genannt, und der Mancipatar konnte nicht einmal zum Zweck der noxae datio das Mancipium auf einen andern übertragen. Gaj. IV. §. 75, 80. Es erklärt sich diese Eigenthümlichkeit sehr wohl, wenn man bedenkt, von welcher Wichtigkeit für Vater und Sohn die Person des Mancipatars sein mußte. Mit der Veränderung der Person hätte das Verhältniß selbst seinen Inhalt verändert, das Vertrauen, das man zu dieser Person hegte, hatte man nicht zu jeder andern u. s. w. Der juristischen Konstruktion nach lag hier ein Analogon der tutela cessitia (Ulp. fragm. XI. §. 7) vor, für die neuerdings von Scheurl Beitr. B. 2. Abh. 1 ganz zutreffend der Gesichtspunkt einer rein persönlichen Substitution aufgestellt ist. Hinsichtlich der Unübertragbarkeit ist die Gleichheit beider Verhältnisse unläugbar, ebenso bewährt sie sich daran, daß wenn das Recht des Mancipatars mit Ablauf des Lustrums erlosch, das des Cedenten, wie bei der tutela cessitia, wieder aufwachte. Wie weit sie im übrigen ging, darüber lassen sich nur Vermuthungen äußern.

278) Daß die Frau kein Peculium hätte haben können, ist eine alles Grundes entbehrende Idee. Plaut. Cas. II. 2, 26: nam peculii probam nihil habere addecet clam virum (also mit Einwilligung des Mannes wohl), daß es aber bei ihr unendlich viel seltener vorkommen mußte, als bei Hausföhnen und Sklaven, lehrt doch wohl ein Blick auf das Verhältniß.

der patr. pot. gleich gewesen, wird von Manchen bezweifelt. So meint man namentlich, daß die Ausübung des jus necis ac vitae hier nicht bloß der Sitte, sondern dem Recht nach an die Zuziehung des Verwandtengerichts geknüpft gewesen sei. Ich halte dies für unrichtig und werde diesen Punkt unten bei Gelegenheit des mildernden Einflusses der Sitte behandeln. Hinsichtlich der Dauer dieses Gewaltverhältnisses verläugnet sich die Consequenz der hausherrlichen Gewalt auch darin nicht, daß nur der Mann, nicht aber die Frau das Verhältniß aufheben konnte. Möglich, daß die Scheidung bei einer confarreirten Ehe<sup>279)</sup> ursprünglich mit Schwierigkeiten verbunden war; für die gegenwärtige Periode läßt sich das unbeschränkte Scheidungsrecht des Mannes auch hinsichtlich der confarreirten Ehe nicht bezweifeln.

Nur hinsichtlich Eines Punktes sind Zweifel möglich, die ich nicht zu entscheiden wage, nämlich darüber, ob der Mann die Frau, sei es zum Zweck des Verkaufs oder der noxae datio habe ins Mancipium geben können. Daß die Sitte dies als einen schmähhlichen Frevel gegen die Heiligkeit der Ehe verpönt haben mag, läßt sich begreifen, und das angebliche Verbot des Romulus<sup>280)</sup> hat wohl keinen andern Sinn. Davon ist aber die Frage von der rechtlichen Statthastigkeit jener Maßregel wohl zu unterscheiden. Für die Annahme derselben spricht der Umstand, daß der Scheinverkauf der Frau in späterer Zeit auf die Möglichkeit eines ernstlichen Verkaufs in früherer Zeit hinzuweisen scheint; gegen dieselbe, daß Gajus dem Manne das Recht der noxae datio seiner Frau ausdrücklich abspricht, ohne anzudeuten, daß darin eine Singularität zu finden sei. Das

279) Bekanntlich eine sehr bestrittene Frage. R. Wächter über Ehescheidungen bei den Römern S. 63 fl. Haffe Güterrecht der Ehegatten S. 133 fl. u. 475 fl. Zimmern Rechtsgesch. B. 2, S. 561.

280) Plut. Rom. c. 22. Roßbach S. 134. Ann. 450 will die Worte gar nicht einmal von der Mancipatio, sondern von der Ehescheidung verstehen.

Shering, Geist d. röm. Rechts. II.

Wesen der hausherrlichen Gewalt gewährt uns hierfür keine Anhaltspunkte, weil hier ein Gesichtspunkt eingreift, der den Mangel des Verkaufsrechts völlig erklären würde. Wenn, wie wir oben gesehen haben, der Verkauf des Sohnes nur ein rein persönliches, unübertragbares Recht des Käufers begründete, so konnte derselbe Gesichtspunkt möglicherweise auch für die Uebertragung der Tochter in die manus des Schwiegersohnes aufgestellt, auch hier der Verkauf<sup>281)</sup> in derselben Weise interpretirt werden; das Moment des persönlichen Vertrauens zu dem Empfänger waltete hier in noch höherem Grade ob. Mit allgemeinen Gründen läßt sich daher schwerlich etwas ausrichten.

Bis hieher hat sich uns also bei den einzelnen Gewaltverhältnissen noch nichts dargeboten, was als eine wesentliche Abweichung von dem Grundtypus der hausherrlichen Gewalt gelten könnte. So lange letztere dauerte, waren Frau, Kinder, Sklaven ihr im wesentlichen in gleicher Weise unterworfen. Nur bei dem bürgerlichen oder natürlichen Tode des Hausherrn ging das privatrechtliche Schicksal dieser Personen weit auseinander. Die Sklaven und die in mancipio Befindlichen blieben, was sie waren, passive Bestandtheile der familia, und wechselten nur ihren Herrn, die Enkel und Enkelinnen fielen unter die potestas ihrer Väter, die übrigen Personen wurden sui juris. Aber mit Unterschied; denn die unmündigen Kinder und die Frau kamen unter die Tutel der nächsten Agnaten, also der mündigen Brüder und Söhne, die mündigen Söhne aber wurden völlig selbständig. Uns interessirt an dieser Auflösung der familia nur der Einfluß, den der Hausherr durch testamentarische Anordnung auf das Schicksal der familia nach seinem Tode ausüben konnte. Dieser Einfluß äußerte sich nach drei Richtungen hin, nämlich einmal in der unbeschränktesten Disposition über das Vermögen, sodann in der Freilassung der

281) Die coemptio. S. darüber Kosbach a. a. D. S. 67 u. ff.

Sklaven und in mancipio befindlichen Personen und endlich in der Ernennung von Tutoren für die Frau, Töchter und die unmündigen Söhne. Den mündigen Söhnen hingegen konnte der Vater ihre persönliche Selbständigkeit durch keine Anordnung verkümmern; hinsichtlich der freien Personen läßt sich also die tutela testamentaria als die letzte Nachwirkung der hausherrlichen Gewalt bezeichnen.

Es verbleibt uns noch die Ehe ohne manus. Die Manus-Ehe hatte für den Fall, daß ein Frauenzimmer, das sui juris war, heirathen wollte, ihre Anstände; nicht sowohl der Frau, als ihrer gesetzlichen Tutoren wegen. Denn die capitis deminutio, welche die Frau durch Eintritt in die manus erlitt, hatte die Wirkung, daß die Tutel erlosch und das Vermögen der Frau, welches nach ihrem Tode an die Tutoren gefallen wäre, und dessen Conservirung der wesentliche Zweck der Tutel war,<sup>282)</sup> auf den Mann überging. Für die Frau hatte diese Veränderung nichts Nachtheiliges, im Gegentheil konnte sie dieselbe nur wünschen, denn auf diesem Wege gelangte bei ihrem und ihres Mannes Tode das Vermögen an die Kinder, im andern Fall hingegen an die Tutoren als die nächsten Agnaten. Aus demselben Grunde aber waren letztere aufs höchste dabei interessirt, daß die Frau keine Manus-Ehe einging, und da es dazu ihrer Autoritas bedurfte,<sup>283)</sup> sie zur Ertheilung derselben aber nicht gezwungen werden konnten,<sup>284)</sup> so

282) Gaj. I. §. 192.

283) Cic. pro Flacco. c. 34.

284) Gajus I. §. 192 berichtet, die gesetzlichen Tutoren (seiner Zeit) könnten dem selbstnützigen Zwecke der Geschlechtstutel gemäß nur ausnahmsweise zur Ertheilung ihrer Autoritas gezwungen werden. Ob das ältere Recht schon solche Ausnahmen gekannt habe, möchte ich sehr bezweifeln, schwerlich aber wird der Fall im Text zu den Ausnahmen gehört haben. Man vergewärtige sich nur die Consequenzen! Unter dieser Voraussetzung wäre nicht die Frau in der Hand der Tutoren gewesen wie uns für die ältere Zeit bezeugt wird, sondern umgekehrt die Tutoren in der Hand der Frau. Mit der Drohung sich zu verheirathen, hätte die Frau alles von ihnen erreichen kön-

hatten sie es selbst in der Hand, jene Ehe zu verhindern. Bei diesem Conflict der Interessen der Agnaten und der Mündel gab es nur Ein Auskunftsmittel, die Eingehung einer Ehe ohne manus, und es ist wohl keine zu kühne Hypothese,<sup>285)</sup> daß diese Art der Ehe an diesem Punkt, wo sie ein völlig unabweisbares Bedürfniß war,<sup>286)</sup> zuerst zum Vorschein gekommen und vorzugsweise für dieses Verhältniß bestimmt gewesen sei. Was sollte sonst der Grund der Ehe ohne manus gewesen sein? Wenn man von der durch gar nichts belegten Annahme,<sup>287)</sup> daß der Gegensatz der Ehe mit und ohne manus auf einen ethnischen Gegensatz zurückzuführen sei, abstrahirt, so bleibt nur die Ansicht zu berücksichtigen, daß die Ehe ohne manus in dem Streben des weiblichen Geschlechts nach größerer Unabhängigkeit und Selbständigkeit ihren Grund gehabt habe. Allein die Supposition, von der man dabei ausgeht, daß nämlich die Stellung der Frau bei dieser Art der Ehe eine freiere gewesen, ist erst für die Zeit richtig, als die Geschlechtsvormundschaft ihre alte Strenge verloren hatte, d. h. erst für das folgende System.<sup>288)</sup> Für die frühere Zeit aber beruht diese

nen, sie hätte es stets in ihrer Macht gehabt, den ganzen Zweck der Tutel, die Erhaltung des Vermögens in der Familie zu veretteln.

285) Ich finde sie angedeutet bei Laboulaye *Recherches sur la condition civile et politique des femmes*. Paris 1842. S. 34, auch muß sie nach einem Citat bei Roszbach S. 242 vertheidigt sein in einer Schrift, die mir unbekannt ist, nämlich *Dorn-Seiffen de seminarum conditione apud Rom.* p. 12. 17. Die Idee von Roszbach selbst halte ich nicht für richtig.

286) Ein anderer Fall von weit geringerem Interesse, in dem gleichfalls die Ehe ohne manus dadurch motivirt werden konnte, daß eine Ehe mit manus nicht denkbar war, war der, wenn der Vater der Frau wahnsinnig oder in feindlicher Gefangenschaft war.

287) Gegen die sich jetzt auch Roszbach a. a. D. S. 162 u. fl. erklärt, und die er durch die gediegene Kritik, der er sie unterwirft, hoffentlich für immer beseitigt hat.

288) Cicero pro Murena c. 12: Später handelte es sich nicht mehr um vermögensrechtliche Abhängigkeit vom Manne oder vom Tutor, sondern um eine wirklich Abhängigkeit von jenem oder eine scheinbare von diesem,

Ansicht auf einem Irrthum. Die Frau war bei der Ehe ohne manus ebenso unselbständig, wie bei der mit manus; nur daß sie dort in vermögensrechtlicher Beziehung nicht von ihrem Manne, sondern von andern Personen (dem Vater oder den Tutoren) abhing. In beiden Fällen richtete sich das Maß der faktischen Selbständigkeit, die sie genoß, ganz nach dem Einfluß, den sie sich über ihre Machthaber zu verschaffen wußte; ob aber habgierige Agnaten einem solchen Einfluß zugänglicher waren, als der Mann, und ob also die Frau, wenn sie die Wahl gehabt hätte, von den Tutoren oder von ihrem Manne abhängig zu sein, sich für jene entschieden haben sollte, das möge sich jeder selbst beantworten.

Wollen wir die Stellung der Frau bei der Ehe ohne manus etwas näher ins Auge fassen, so müssen wir unterscheiden, ob die Frau in väterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft stand. Im ersten Fall war ihre rechtliche Stellung ganz die der Haus-tochter, die väterliche Gewalt erlitt durch die Ehe keine Modifikation und bei einem Konflikt zwischen dem Recht des Vaters und des Mannes ging daher ersteres vor, so daß also der Vater z. B. die Ehe<sup>289</sup>) wider den Willen beider Gatten jeden Augenblick trennen konnte. Aus den Quellen läßt sich die Frage nicht mit Sicherheit beantworten, wie es sich hier mit dem jus necis ac vitae über die Frau verhalten, ob Vater und Mann concurrirten, oder ob Einer von ihnen es allein hatte. Die Konsequenz spricht dafür, daß auch hier das Recht des Mannes der patr. pot. nachging.

Es ergibt sich schon aus jenem zweifellosen Recht des Vaters, wie höchst unangemessen das Verhältniß war, wie sehr

---

und bei dieser Alternative begreift es sich, daß die Frauen bei dem Geiste der spätern Zeit sich für letztere d. h. für die Ehe ohne manus entschieden.

289) Bei den Komikern wird oft darauf Bezug genommen, s. Kockbach a. a. D. S. 43, im spätern Recht ward diese Ausübung der patr. pot. bei einem bone concordans matrimonium verboten. Paul. S. Rec. V. 6 §. 15. L. 1 §. 5, L. 2 de lib. exh. (43. 20).

es der alten Zeit mit ihren Vorstellungen vom Hausregiment widerstreben mußte. Eine fremde Gewalt reichte hier in das römische Haus hinein, durchkreuzte die Herrschaft des Ehemanns und stellte den Bestand der Ehe jeden Augenblick in Frage. Und wozu diese Abnormität? Ein vermögensrechtliches Interesse des Vaters der Frau ist kaum abzusehen, denn wenn letztere gleich, so lange sie *filia familias* blieb, alles, was ihr zufiel, ihm erwarb, so frage man sich, was konnte dies viel sein, da Schenkungen unter Ehegatten nichtig, Erwerb von dritten Personen mindestens eine Seltenheit sein mußte.<sup>290</sup>) Ein Interesse des Vaters anderer Art läßt sich denken z. B. weil er einem Mann, den er nicht näher kannte, die volle und unwiderrufliche Gewalt über die Tochter nicht anvertrauen, vielmehr mit der Ehe ohne manus erst einen weniger gefährlichen Versuch machen wollte, um, wenn derselbe gelang, nachträglich auch die manus zu verleihen oder durch *usus* eines Jahres übergehen zu lassen. Jedenfalls aber dürfen wir uns die Ehe ohne manus bei einer Haustochter, abgesehen von einem solchen *Transitorium*, also als dauernden Zustand, nicht als etwas Häufiges vorstellen.

Ganz anders machte sich die Sache in dem zweiten Fall, wenn nämlich das Frauenzimmer *sui juris* war. Einmal nämlich war hier nicht bloß ein ungleich gewichtigerer Grund für die Ehe ohne manus vorhanden, sondern andererseits fiel der hauptsächlichste Gegengrund hinweg. Denn da die Tutoren nur das Vermögen der Frau zu bewachen hatten, die Frau ihnen aber in persönlicher Beziehung gar nicht untergeordnet

---

290) Ab intestato konnte die *filia familias*, so lange der Vater lebte, nichts erben, testamentarische Zuwendungen von dritten Personen kamen gewiß kaum vor (sie waren ja im Grunde nur Zuwendungen an den Vater selbst), also blieb nicht viel übrig, als die beiden Erwerbsquellen, welche Plautus *Casina* III. 2. 28 nennt . . . *quin viro subtrahat aut stupro inveni-* rit. Hierauf fußte auch die *praesumptio Muciana*.

war,<sup>291)</sup> so fand ein Eingreifen einer fremden Gewalt in das römische Haus, wie es eben hinsichtlich der patr. pot. bemerkt wurde, hier gar nicht Statt. Der Mann übte abgesehen von der vermögensrechtlichen Seite die Herrschaft über seine Frau wahrscheinlich ebenso aus, wie bei einer Frau in manu,<sup>292)</sup> und eine rechtlich begründete Einsprache ihrer Verwandten hatte er in dieser Beziehung nicht zu besorgen. So erklärt es sich, daß man vom Standpunkt des spätern Rechts aus die manus als rein vermögensrechtliches Institut betrachten konnte und unabhängig von der Ehe zur Anwendung brachte,<sup>293)</sup> so ferner, daß man bei der Ehe mit manus den Grund des persönlichen Abhängigkeitsverhältnisses der Frau nicht sowohl in der manus, als in der Ehe fand.

Die Ehe ohne manus kam also meiner Ansicht nach vorzüglich in zwei Anwendungen vor, einmal nämlich als vorübergehender Zustand bei einer filia familias; das Institut des usus gab es in ihre Hand,<sup>294)</sup> die manus mit Ablauf eines Jahres entstehen zu lassen, die usurpatio durch trinoctium aber bot ihr das Mittel, sich dagegen zu schützen. Sodann als dauernder Zustand bei einer bevormundeten Person, wenn die gesetzlichen Tutoren ihre Zustimmung zur Eingehung einer Ehe mit manus verweigerten. Sie sicherten sich auf diese Weise ihre Erbansprüche auf das Vermögen ihrer Mündel, waren aber durch die Sitte<sup>295)</sup> verpflichtet, eine dos zu bestellen. Daß

291) Das wird zwar nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber doch aus manchen Gründen, man denke z. B. nur an den ganzen Zweck dieser Tutel, wie er uns von den Römern selbst bezeugt wird.

292) Zimmern Röm. Rechtsgesch. B. 2 §. 140.

293) Die coemptio fiducia causa.

294) Einwilligung des Vaters war nicht nöthig (worauf die entgegengesetzte Behauptung von Rosbach a. a. D. S. 147 sich stützen will, vermag ich nicht einzusehen) und selbst der bloße Widerspruch des Vaters schloß schwerlich den usus aus, aber die patr. pot. bot ihm freilich das Mittel, die Frau zur usurpatio zu zwingen.

295) Ich erinnere an die bekannten Vorstellungen der Römer über undo-

der usus ohne ihre Einwilligung nicht möglich war, verstand sich von selbst.<sup>296</sup>) Es hätte ja sonst von der Frau abgehangen, die Tutoren der Rechte zu berauben, die das Gesetz ihnen mittelst der Tutel hatte sichern wollen.

Das legislative Problem, das die Gesetzgebung hinsichtlich der Familie zu lösen hat, ist kein leichtes. Nirgends liegen Mißgriffe so nahe, als hier, nirgends kann das Irrlicht des falschen „Ethos“ den Gesetzgeber so leicht vom rechten Wege abführen. Das Verhältniß, das er vor sich hat, ist ein unendlich zartes, das die Blicke der Welt scheut und in stiller Abgeschiedenheit am besten gedeiht; ein Heiligthum der Liebe, das nur von letzterer die wahre Gestaltung und Weihe erhalten, durch unsanfte Berührung von Seiten des Gesetzgebers aber leicht in der empfindlichsten Weise verletzt werden kann. Stellt letzterer sich zur Aufgabe, dem Verhältniß die positive Gestalt, die er für die entsprechende hält, selbst zu verleihen, das freie Walten des sittlichen Geistes entbehrlich zu machen, so gilt hiervon nicht bloß alles, was im §. 30 über das System der Unfreiheit im allgemeinen gesagt worden ist, sondern es kommt noch hinzu, daß nirgends die praktische Verwirklichung desselben, die Controle von Seiten des Staats, das Urtheil von Seiten des Richters u. s. w. auf solche Schwierigkeiten stößt, als hier, wo es zu dem Zweck erforderlich ist, in das Geheimniß des Familienlebens einzudringen, die Persönlichkeit gewissermaßen auf ihrer Lagerstätte zu belauschen und zu beunruhigen. Wo wäre die Opposition von Seiten des Angegriffenen natürlicher und voraussichtlicher, wo schwieriger zu vereiteln? Nirgends zieht

---

tirte Frauen, s. z. B. Plaut. Trinum. III. 2. 64 . . infamis ne sim . . . in concubinatum sic sine dote dedisse magis quam in matrimonium. Bestellte doch sogar mitunter bei Töchtern verdienter, aber armer Männer der Senat aus dem Aerar eine dos. Val. Max. X. 4. 10.

296) Cic. pro Flacco c. 34.

die Verfolgung und Verwirklichung des Rechtsgesichtspunktes so leicht wirkliche Anstößigkeiten nach sich, nirgends kann das „Ethos“ so leicht in moralischen Schlamm und Schmutz gerathen, als hier.<sup>297)</sup> Je tiefer die Zartheit des Verhältnisses empfunden, je edler und reiner es in der Wirklichkeit gehalten wird, um so mehr wird eine solche Entweihung desselben das Gefühl verletzen, kurz: je weniger das Gesetz es für nöthig hält oder nöthig hat sich hineinzumischen, desto besser.

Im ältern römischen Recht beschränkt sich jenes Eingreifen des Gesetzes auf ein Minimum. Das römische Haus ist ein der Herrschaft der todten Rechtsregeln eximirtes Gebiet der Liebe und freien Sittlichkeit. Das innere Leben der Familie soll nach römischer Ansicht sich frei aus sich selbst entwickeln. Die dürre Prosa des Rechts soll nicht in das römische Haus hineindringen; das Leben, das sich hier entfaltet, die Verhältnisse, die hier bestehen, die Streitigkeiten, die sich hier entspinnen — für sie alle ist das Recht unanwendbar. Das Haus ist ja die Schöpfung des Hausherrn; sein Geist, seine Einsicht, seine Autorität geben doch schließlich den Ausschlag, wie und was es wird; der Einfluß des Gesetzes könnte dem gegenüber nur ein höchst unbedeutender sein. So überläßt denn das Gesetz ihm auch rechtlich die Macht, die er faktisch in der Regel haben wird.

Was heißt aber diese Macht? Nicht das, daß seine Laune und Willkühr hier frei schalten möge — so wenig wie man das Wesen der absoluten Monarchie in Laune und Willkühr wird setzen wollen, obgleich letztere rechtlich möglich ist — son-

---

297) Man denke sich z. B. das Capitel über das debitum conjugale als Gegenstand rechtlicher Regulirung (in der kasuistischen Literatur der Theologen und Jesuiten ist darin unglaubliches geleistet) oder als Gegenstand der Verhandlung vor Ehegerichten; man erinnere sich der Bestimmung eines neuern Gesetzbuchs, daß die Mutter die Tochter bei erreichter Mannbarkeit über den geschlechtlichen Beruf des Weibes aufzuklären habe u. s. w.

dern jene Gewalt soll den Hausherrn in Stand setzen, nach eigener Einsicht das Richtige und den individuellen Verhältnissen Angemessene ungehindert zu wählen. Ihm die potestas zuzuerkennen hieß nichts, als das römische Haus zu dem zu erheben, wie wir es eben bezeichnet haben — dem freien Heiligthum der Liebe. Die potestas gibt ihm das rechtliche Mittel, um diese Bestimmung des Hauses zu verwirklichen, den Unfrieden, möge er von draußen anpochen oder im Innern laut werden, fern zu halten oder zu ersticken. Sie enthält negativ ausgedrückt den Satz: „kein Dritter hat ein Recht, sich in unsere Angelegenheiten zu mischen,“ und sodann: „Zwistigkeiten im Innern der Familie sollen rechtlich sich nicht über das römische Haus hinaus erstrecken.“ Eine Klage zwischen den Hausgenossen, sei es des Herrn gegen die Seinen<sup>298</sup>) oder der Letztern gegen ihn oder der Letztern untereinander ist ein juristisches Urding. Es ist Sache des Hausherrn, alle diese Streitigkeiten zu schlichten; kann er es nicht, so trägt er selbst die Schuld und den Schaden, denn hätte er von Anfang an die rechte Zucht in seinem Hause gehandhabt, so würde es ihm an der nöthigen Autorität nicht gefehlt haben. Diese Autorität ist von dem Uebergewicht der physischen Kraft völlig unabhängig<sup>299</sup>) (es ist nicht das Moment der physischen Kraft, die „Stärke des Arms,“ auf das jene Gewalt sich gründet, sonst müßte sie ja auch mit derselben untergehn), sondern sie ist moralischer Art und durch die Volksansicht von vornherein in dem

298) L. 16 de furt. (47. 2.) Ne cum filio familias pater furti agere possit, non juris constitutio, sed natura rei impedimento est, quod non magis cum his, quos in potestate habemus, quam nobiscum ipsi agere possumus.

299) Cic. de senect. 11. Quatuor robustos filios, quinque filias, tantam domum, tantas clientelas Appius regebat et senex et caecus . . . tenebat non modo auctoritatem, sed etiam imperium in suos, metuebant servi, verebantur liberi, carum omnes habebant; vigeat illa in domo patrius mos et disciplina.

Maße mit der Stellung des Hausherrn verbunden, daß sie im einzelnen Fall durch eklatante Unfähigkeit zwar faktisch verschertzt werden kann, aber nicht erst erworben zu werden braucht. Auch wenn sie wankend geworden ist, kann der Hausherr, wenn er sich seiner Macht bedienen will, sich selber helfen; von einer Beihülfe des Staats war consequenterweise keine Rede. Thätliche Widerseßlichkeit des Kindes gegen die Eltern galt als furchtbarer, die Sacertät nach sich ziehender Frevel.<sup>300)</sup>

Die ganze Gestaltung des Verhältnisses brachte es nothwendig mit sich, daß der Hausherr der Schutzherr und Vertreter der ihm unterworfenen Personen war. Ein Unrecht, das sie von Fremden erlitten hatten, berechtigte nur ihn zur Klage, er selbst galt juristisch als der Verlegte. Aber ebenso richtete sich die Klage gegen ihn, wenn sie Dritten Unrecht zugefügt hatten. In beiden Fällen stand es bei ihm, ob es zur Klage kommen sollte, nur mußte er im letzten Fall, wenn er ihre Defension ablehnte, sie dem Gegner zur Satisfaktion überantworten (*noxae dedere*). Auch nach dieser Seite hin hatte er es mithin in seiner Hand, dem Recht den Eintritt über die Schwelle des Hauses zu versagen, in seiner Person den Angriff aufzufangen.

So läßt sich also das römische Haus als eine durch die hausherrliche Gewalt in sich abgeschlossene selbständige Welt bezeichnen — eine Dase innerhalb der dürren Rechtsschöpfung. Wie die Natur die zartesten Theile gern mit schirmender Decke umgibt, so hat hier die rauhe und harte Schale jener Gewalt nur den Zweck, die zartesten Verhältnisse der sittlichen Existenz gegen alle äußern Eingriffe zu schützen, jede nachtheilige Berührung mit der Außenwelt, jeden prosaisch-juristischen Luftzug abzuwehren und die freieste Entfaltung des innerlichen Lebens zu ermöglichen.

Das ist es, was wir unter der innern, aus der Verfassung des römischen Hauses folgenden Abgeschlossenheit desselben

300) Festus sub *plorare*.

verstehen, die wir oben S. 167 der dort geschilderten äußern Abgeschlossenheit desselben entgegensetzten. Erst durch sie wird der Charakter des Hauses als einer Stätte des Friedens und eines unantastbaren Zufluchtsortes vollständig verwirklicht.

Diese Behandlungsweise, bei der die hausherrliche Gewalt dem Recht den Zutritt zur Familie versperrt, hat etwas ungemein Schönes und Anziehendes, vorausgesetzt, daß der ächte sittliche Geist die an sich todtten Formen beseelt; ob dies im ältern Rom der Fall war, wird sofort untersucht werden. Unser heutiges und schon das spätere römische Recht hat jene unbeschränkte hausherrliche Gewalt aufgegeben oder, was dasselbe sagen will, es ist in das Innere der Familie eingedrungen. Ich will die relative Berechtigung dieser Aenderung nicht verkennen, aber wir mögen uns andererseits nur klar werden, daß wir nicht so gar hohe Ursache haben uns mit derselben zu brüsten. Einem Römer wäre unser heutiges System nicht minder anstößig gewesen, als uns das seinige. Daß von der Geburt an das Kind dem Vater mit getrenntem Vermögen gegenüber stehen kann, das Kind reich, der Vater arm; daß ersteres wegen beliebiger Gründe gegen ihn, wie gegen jeden Dritten prozessiren kann;<sup>301)</sup> daß der Vater kein rechtliches Mittel mehr in Händen hat, den selbständig gewordenen pflicht- und ehrvergesenen Sohn zur Zucht und Ordnung zu zwingen; daß der Richter dem Mann zu Hülfe kommen muß, um die Frau zur Erfüllung ihrer Pflichten anzuhalten u. s. w., das alles wäre einem Römer als eine unnatürliche Rechtsfassung erschienen.

301) Eine Klage des emancipirten Kindes war auch in Rom möglich, und die Consequenz hätte erfordert, sie unbeschränkt zuzulassen, allein das römische Pietäts- und Schickslichkeitsgefühl war doch mächtiger, als selbst die römische Consequenz. Die Klagen gegen die Eltern bedurften erst der ausdrücklichen Erlaubniß des Prätors L. 4 §. 1—3, L. 6—8 pr. de in jus voc. (2. 4) und wo sie etwas für das Gefühl Verletzenden enthielten, ward ihnen dieselbe gewiß nicht zu Theil. Den Römern erschien es erträglicher, daß die Kinder von ihren Eltern Unrecht erduldeten, als daß letztere ohne die dringendsten Gründe von ihnen vor Gericht gezogen würden.

Das beste Mittel nun, um uns über den wahren Sinn und die wahre Bestimmung der hausherrlichen Gewalt aufzuklären, besteht darin, daß wir dieselbe in ihrer wirklichen Gestalt im römischen Leben kennen lernen. Es gilt hier, uns von den herrschenden Vorurtheilen hinsichtlich des römischen Familienlebens los zu machen. Es ist unglaublich, wie sehr das abstracte Recht Philologen und Philosophen<sup>302)</sup> nicht minder, als Juristen in ihrem Urtheil über das römische Familienleben irre geführt hat. Daß sich unter der Knecht-Ruprechts-Maske der patria potestas und manus ein menschliches Gesicht verbergen sollte, schien von vornherein unglaublich. Und allerdings, wenn

302) Von den Juristen, die nur gewohnt sind sich an die Rechtsabstractionen zu halten, kann man es nicht anders erwarten, aber Philosophen und Philologen hätten hierin doch eher das Richtige treffen sollen. Es kann aber kaum etwas Verfehrteres geben, als was z. B. Hegel Philos. der Geschichte. Aufl. 2. S. 348 hierüber sagt: „Im griechischen Leben war doch Familien-Liebe und Familien-Band vorhanden . . . . Dieser Anfang des römischen Lebens in verwilderter Rohheit mit Ausschluß der Empfindungen der natürlichen Sittlichkeit bringt das Eine Element desselben mit sich, die Härte gegen das Familienverhältniß, eine selbstische Härte, welche die Grundbestimmung der römischen Sitten und Gesetze für die Folge ausmacht . . . S. 350: „So entartet und entfällt sehen wir hier die Grundverhältnisse der Sittlichkeit.“ Aehnliche Urtheile bei Philologen. Daß Ruperti Handbuch der röm. Alterthümer. Thl. 1, S. 270 der Meinung ist: „Auch das Familienleben konnte die feinem Gefühle nicht wecken und beleben, denn nicht das zarte Band der Liebe umschlang und einigte die Glieder der Familie (!), sondern der Vater stand als dominus, als Herr seinem Hause vor,“ wird man begreiflich finden, wenn man die Unselbständigkeit des Verf. kennt, aber daß selbst ein so gründlicher Forscher und genauer Kenner des römischen Alterthums wie Rein (in der zweiten Ausgabe von Beckers Gallus B. 2, S. 47 ff.) sich hinsichtlich der patr. pot. von dem gewöhnlichen Vorurtheil nicht losreißen kann, beweist, wie fest letzteres gewurzelt ist. Uebrigens will ich mich feierlichst verwahren, irgend einem Juristen, Philosophen oder Philologen, der ohne mein Wissen eine richtigere Anschauung des Verhältnisses dargelegt haben sollte, mit der obigen Bemerkung zu nahe treten zu wollen; es kam mir nur darauf an zu zeigen, welche verkehrten Vorstellungen im allgemeinen hier heimisch sind und damit einen Beleg für das B. 1, S. 47 über die herrschende Methode gefällte Urtheil zu liefern.

man sich seine Vorstellung vom römischen Volkscharakter lediglich nach dem öffentlichen Auftreten der Römer, ihrer Härte und Schonungslosigkeit gegen Feinde und Unterthanen, ihrer Rücksichtslosigkeit im bürgerlichen Verkehr u. s. w. zuschneidet, dann mag man sich der Untersuchung überhoben glauben, ob der Schluß vom Familien-Recht auf das Familien-Leben zutreffend ist. Es ist aber bekanntlich eine häufige Erscheinung gerade bei kräftigen Naturen, daß eine Art Theilung ihres Charakters eintritt: der öffentliche starr, unbeugsam, schroff, der Privatcharakter milde, weich. Das Gemüth zieht sich in demselben Maße in die engern und engsten Kreise der Familienliebe zurück, je weniger es da draußen Gelegenheit findet sich zu bethätigen. Gerade diese Comprimirung des Gemüths gibt demselben für den kleinen Raum, auf den es zusammengepreßt ist, nicht selten eine Innigkeit, eine Intensität und eine überraschende Zartheit des Ausdrucks, nach dem man bei jenen Naturen, bei denen das Gemüth allgegenwärtig ist, vergebens sucht. Daß ich von diesem psychologischen Erfahrungssatz eine Anwendung auf die Römer machen will, mag bei manchem meiner Leser ein gelindes Staunen hervorrufen; ich muß es der folgenden Darstellung vorbehalten, dasselbe zu mäßigen.

Der Römer nach außen hin d. h. im Geschäftsleben sowohl wie in der Politik und der Römer im Innern der Familie sind zwei ganz verschiedene Leute. Dort kennt er keine Schonung; rücksichtslos verfolgt der römische Egoismus den einmal vorgezeichneten Weg. Aber im Innern der Familie? Hier lernen wir ihn von einer Seite kennen, die uns mit den Römern wieder ausöhnen muß und das moralische Gleichgewicht mit andern Völkern z. B. den Griechen reichlich wieder herstellt.

Das feste Zusammenhalten der Familienmitglieder, die Pflege des Familienverbandes ist von altersher ein Grundzug des römischen Wesens gewesen,<sup>303)</sup> und in der in dem vorigen

303) Das Zusammenleben der 16 Aelien in einem Hause, von dem Val. Max. IV. 4, 8 berichtet, gibt ein Beispiel seltenster Art dafür.

Buche geschilderten Gentilverfassung erscheint dieser Gedanke geradezu als staatsrechtlich=constitutives Prinzip. Gleichgültigkeit der Römer gegen die Familie! — es läßt sich kaum etwas so ausgesucht Verkehrtes denken. Bei den Römern, wo der Uebergang in eine fremde Familie und der Austritt aus der bisherigen eine *capitis deminutio* begründete! Was heißt das denn anders, als: die Familie ist der Inbegriff alles Glückes und Rechts, Familie verloren, alles verloren? Bei den Römern, wo die Verwandten im Leben einen durch die Sitte gesicherten Einfluß ausübten, von dem wir, die wir auf unsere „Familienliebe“ pochen, keine Ahnung mehr haben? Aber gerade dies Moment der Liebe, wird man sagen, dies gebriecht den Römern. Als ob jener Familienverfassung der ältesten Zeit nicht ein sittliches Motiv der Anhänglichkeit, Treue, kurz der Familienliebe zu Grunde läge, und als ob, ganz abgesehen hiervon, die Liebe sich in den Gesetzen zeigen müßte! In ihnen ist allerdings für das gegenwärtige System von Liebe nichts zu entdecken, sondern sie halten sich an die abstracte, aller sittlichen Beziehungen zu der Familie entbundene Person. Von der Continuität der Geschlechter, von dem Zusammenhange der Familie u. s. w. ist in dem abstracten Recht keine Rede; hier galt als höchste Aufgabe, das Sublimat der reinen, atomistischen Persönlichkeit zu gewinnen, alle fremdartigen Substanzen aber zu verflüchtigen. Aber nicht etwa in der Meinung, um die römische Welt mit solchen abstracten Personen, richtiger Kobolden zu bevölkern, die dieselbe sofort dem Untergange entgegengeführt haben würden, sondern um dem freien Walten des sittlichen Geistes eine Aufgabe zu überlassen, die auch eine noch so schulmeisterliche Gesetzgebung nicht ganz wird entbehrlich machen können, die Aufgabe nämlich, aus jenen dürren Skeletten Menschen, Römer, aus dem Aggregat der Atome sittliche Gemeinschaften zu machen.

Die Sitte also ist es, die richten muß. Und wenn wir dann fragen, wie war das Familienleben der Römer in alter Zeit,

sollte uns nicht schon die altrömische Sittlichkeit überhaupt auf den rechten Weg weisen können? Die Familie ist einmal die Quelle der Sittlichkeit; ist sie vergiftet, so ist es auch letztere; ist aber letztere rein und gesund, so muß es auch erstere gewesen sein. Der Zusammenhang der Moralität mit der Familie war im ältern Rom gerade ein besonders inniger, die meisten altrömischen Tugenden stehen augenscheinlich zum Familienleben in innigster Beziehung. Die Einfachheit und Sparsamkeit, die Keuschheit und Treue u. s. w., sie gruppiren sich um das Haus und die Familie als um ihren eigentlich belebenden Mittelpunkt; die Familie gewährte selbst dem römischen Egoismus ein sittliches Motiv. Das Familienverhältniß muß durchaus sich einer gesunden normalen Organisation erfreut haben, wenn es solche Früchte getragen hat. Man wird mir antworten, daß sich dies immerhin mit einer großen Lieblosigkeit, Härte und Rohheit gegen die Familienangehörigen sehr wohl vertrage. Es gibt für diese Frage einen sichern Maßstab, nämlich die Stellung des weiblichen Geschlechts.<sup>304)</sup> Ob nun den Römern von allen Völkern allein die Liebe zu den Frauen und Kindern gefehlt, ob statt der Liebe hier Rohheit, Brutalität u. s. w. das Verhältniß beherrscht habe, das, meine ich, muß sich, auch wenn uns ein Blick in ein altrömisches Herz versagt ist, an jenem Punkt vollständig erkennen lassen. Wie war nun die Stellung des weiblichen Geschlechts in Rom? Eine ganz andere, als bei irgend einem Volk der alten Welt, auch die Griechen nicht ausgenommen,<sup>305)</sup> ja ich bezweifle, ob die civilisirtesten Völker der

304) Ich hatte gehofft in der Schrift von Laboulaye *Recherches sur la condition u. s. w. des femmes* Aufschlüsse hierüber zu finden, allein der Verf. scheint sich bei Abfassung jener Schrift (1841) zu der richtigen Behandlungsweise römischer Zustände, die er später in seiner trefflichen Schrift über die Verantwortlichkeit der römischen Magistrate (S. S. 35) mit so vielem Erfolg in Anwendung gebracht hat, noch nicht aufgeschwungen zu haben; er steht hier noch ganz und gar auf dem Boden der abstract-juristischen Auffassung.

305) Die Römer waren sich dieser Eigenthümlichkeit gegenüber den Griechen sehr wohl bewußt. So z. B. Cornel. Nepos Praef.: quem enim Ro-

Gegenwart das weibliche Geschlecht höher stellen, demselben eine größere Achtung und Verehrung erweisen können, als die vermeintlich so rohen Römer. Das weibliche Geschlecht war ihrer Ansicht nach dem männlichen nicht bloß völlig ebenbürtig und daher in socialer Beziehung nicht zurückgesetzt,<sup>306)</sup> wie bei allen vorrömischen Völkern, sondern es war ein Gegenstand höherer Achtung, es stand eine Stufe über dem männlichen. Die Strenge, mit der man darauf hielt, daß das Decorum sowohl gegen Frauenzimmer,<sup>307)</sup> als von denselben<sup>308)</sup> bewahrt wurde, die Empfindlichkeit, die man in letzterer Beziehung bewies, die höhere sittliche Reinheit und Fleckenlosigkeit,<sup>309)</sup> die

manorum pudet uxorem ducere in convivium, aut ejus non materfamilias primum locum tenet aedium atque in celebritate versatur? Quod multo fit aliter in Graecia, nam neque in convivium adhibetur nisi propinquorum, neque sedet nisi in interiore parte aedium, quae *γυναικωνίτις* appellatur, quo nemo accedit nisi propinqua cognatione conjunctus.

306) Gallus von Becker B. 2, S. 6.

307) Bei R. Wächter über Ehescheidungen bei den Römern S. 11 u. ff. sind mehre Züge mitgetheilt, z. B. man sollte ihnen auf der Straße aus dem Wege gehen, der Lictor konnte jeden, selbst den Vater des Consuln, aus dem Wege räumen, nur Matronen nicht; es war streng verboten, in ihrer Gegenwart etwas Unanständiges zu sagen oder zu thun; bei der in *ius vocatio* durfte man sie nicht berühren u. s. w.

308) Von der ungewöhnlichen Strenge in dieser Beziehung gibt Val. Max. VI. 3. 9—12 mehre eklatante Proben. Die Römer waren überhaupt, was den äußern Anstand und den guten Ton anbetrifft, weit empfindlicher, als man sie sich vorstellt, vielleicht in höherem Grade, als wir es sind. So ward z. B. ein Senator vom Censor aus dem Senat gestossen, weil er seine Frau geküßt hatte in Gegenwart seiner erwachsenen Tochter. Plut. Cato major c. 17. Cic. de off. I. 35. Val. Max. II. 1. 7 . . . nec pater cum filio pubere, nec socer cum genero lavabatur . . . quia inter ista tam sancta vincula non minus quam in aliquo sacrato loco nudare se nefas esse credebatur. So ferner ibid. VI. 1. 8 promissorum matrifamilias nummorum gratia (stuprosa mente) diem ad populum dixit eumque hoc uno crimine damnando.

309) Keuschheit verlangt auch der Orientale von seiner Frau, aber nicht in ihrem, sondern in seinem Interesse. In Rom begehrte man die Keuschheit der Frau ihrer selbst wegen, der Verlust derselben galt für ein schlimmeres Uebel, als der des Lebens, darum tödtete Virginius seine Tochter, darum

man von ihnen verlangte, der Einfluß, den man ihnen zugestand, der Grundsatz der Monogamie, der den Römern von altersher eigen war, kurz diese und andere Züge weisen deutlich auf eine idealere Erfassung von dem Beruf und der Würde der Frau hin. In besonders anschaulicher Weise tritt uns dies an der Rolle entgegen, die die Frauen in der römischen Geschichte spielen. Dankbar verherrlichte die römische Erinnerung das Andenken von Frauen, die glänzende Beispiele der Treue, Keuschheit und anderer weiblichen Tugenden geliefert hatten, und die römische Sage und Geschichte, trotzdem daß sie wie keine andere Gelegenheit hatte, spezifisch männliche Tugenden zu preisen, suchte doch mit ganz entschiedener Vorliebe die wichtigsten Ereignisse mit Frauen in Beziehung, ja in Causalnerus zu setzen.<sup>310</sup>) Roms erster Krieg entbrennt um sie; er droht Rom im Keim zu ersticken, aber die geraubten Frauen, durch Liebe zu ihren Männern getrieben, retten Rom und lehnen es ab zu den Thyringen zurückzukehren. Nach der Sage bestand ihr Lohn darin, daß die Kurien die Namen der Frauen erhielten; wahr oder falsch, jedenfalls ein höchst charakteristischer Zug. Die Vertreibung der Könige knüpft an die Lucretia, der Sturz des Decemvirats an die Virginia an — das Maß der Entrüstung lief erst über, und der Unwille brach in Empörung aus, als die Willkühr sich gegen ein Weib wandte. Die Abwehr des Coriolan, von der das Heil Roms abhing, erfolgte nach fruchtloser Erschöpfung aller Mittel durch seine Mutter<sup>311</sup>) und die römische Väter nach ihm ihre Töchter, welche sich vergangen hatten, z. B. Val. Max. VI. 1. 3 u. 6.

310) Dessen waren die Römer sich selbst sehr wohl bewußt. Cato der Aeltere, dem man eben keine enthusiastische Verehrung des weiblichen Geschlechts vorwerfen kann, hatte in seinen *origines* darauf aufmerksam gemacht (Liv. XXXIV. 5) und den Satz durch eine Reihe von Beispielen erläutert. Bei den Verhandlungen über die Aufhebung des oppischen Gesetzes (Liv. ib. 2—7) mußte er es erleben, daß seine Gegner jener Schrift die Waffen zu seiner eignen Bekämpfung entlehnten.

311) Peter Gesch. Roms B. 1, S. 148 verweist hierauf mit Recht als auf eine Sage, in der sich „die hohe Vorstellung der Römer von der Würde

schen Matronen. Die Zulassung der Plebejer zum Consulat, eins der wichtigsten Ereignisse der Republik, ward ihrem letzten persönlichen Motiv nach nicht sowohl auf Licinius Stolo selbst, als auf seine ehrgeizige Frau zurückgeführt.<sup>312)</sup> Ein anderes höchst erbauliches Beispiel lieferte der Einfluß, den das schöne Geschlecht bei Gelegenheit der Aufhebung des oppischen Gesetzes (über den Luxus der Frauen) ausübte, und dem gegenüber selbst die Autorität eines Cato sich machtlos erwies.<sup>313)</sup>

Bei einem Volke nun, bei dem das weibliche Geschlecht als solches schon eine so hervorragende Stellung einnahm, kann

---

der Frauen und insbesondere von dem großen Ansehen und dem bedeutenden Einfluß der Mütter in der Familie einen Ausdruck gegeben hat. Wie hätte Coriolan einen stärkeren Beweis seiner kindlichen Liebe zu der Mutter geben können, als dadurch, daß er ihr mehr Gewalt über sich einräumte, als selbst der Vaterlandsliebe.“

312) Liv. VI. 34. Etwas ähnliches erzählt die Sage von der Lavinia, der Frau des Tarquinius Priscus Liv. I. 34. Ebenso bei Tarquinius Superbus Liv. I. c. 46: *sed initium turbandi omnia a femina ortum est.*

313) Man sehe die ergötzliche Schilderung der weiblichen Agitation bei Livius XXXIV. c. 1. *Matronae nulla nec auctoritate, nec verecundia, nec imperio virorum contineri limine poterant, omnes vias urbis aditusque in forum obsidebant . . . etiam ex oppidis conciliabulisque conveniebant. Jam et consules praetoresque et alios magistratus adire et rogare audebant. c. 8. . . aliquanto major frequentia mulierum postero die sese in publicum effudit unoque agmine omnes tribunorum januas obsederunt, qui collegarum rogationi intercedebant, nec ante abstiterunt quam remissa intercessio ab tribunis esset!* Ich möchte den Bericht, den Livius hierüber gibt, allen denen, die sich über den vermeintlichen Druck, unter dem die Frauen in Rom lebten, beunruhigen sollten, zur Lektüre anempfehlen; man wird daraus die trostreiche Ueberzeugung entnehmen können, daß auch den Römern hinsichtlich ihrer eheherrlichen Gewalt dieselben Gefährungen nicht erspart blieben, die wir bei uns hinsichtlich des biblischen Sages: „und Er soll Dein Herr sein“ machen müssen. Livius läßt dort z. B. Cato sagen c. 3: *recensete muliebria jura, quibus omnibus constrictas vix tamen continere potestis. c. 4: Simul lex modum sumtibus uxoris tuae facere desierit, tu numquam facies!* Man sehe ferner die Zugeständnisse der Ehemänner und ihre Klagen über das Auftreten der Frauen bei Plautus *Asin. I. 1, 73. Aulul. III, 5, 14—62.*

unmöglich das eheliche Verhältniß den Sinn gehabt haben, die Frau nach orientalischer Weise zur Sklavin des Mannes zu machen. Wenn irgendwo, so mußte der Einfluß der Frau sich gerade innerhalb des Hauses bethätigen, so mußte die Achtung, die man ihr als solcher zollte, in gesteigertem Maße der Gattin und Mutter zu Theil werden, so muß ferner das Wesen der Ehe in Rom nicht, wie man uns glauben machen will, verkannt, sondern würdiger und reiner erfaßt worden sein, als bei irgend einem der frühern Völker. Und dies war in der That der Fall. Abstrahiren wir nur vorläufig von der abstract rechtlichen Gestaltung des Verhältnisses und halten uns an die Erscheinung desselben im Leben und die natürliche Auffassung, die die Römer selbst damit verbanden. Die Ehe galt als ein heiliges Verhältniß, sie begründete eine religiöse Gemeinschaft zwischen beiden Gatten, und darum erhielt sie auch bei ihrer Eingehung eine religiöse Weihe.<sup>314)</sup> Auf diese alte Ehe paßte die bekannte römische Definition der Ehe,<sup>315)</sup> eine Definition, von der ein Unkundiger glauben sollte, daß sie die christliche Auffassung der Ehe enthalte; für die alte Zeit war sie eine Wahrheit, für die spätere, die sie uns aufbewahrt hat, eine bloße Reminiscenz. Der ungeheure Contrast in dem ehelichen Leben dieser beiden Zeiten, der alten strengen Sitte und Treue und der spätern Frivolität, grauenhaften Verwilderung und Zügellosigkeit ist bekannt. Dort trotz der rechtlichen Trennbarkeit der Ehe doch faktisch die äußerste Seltenheit der Ehescheidungen,<sup>316)</sup> hier trotz aller Gesetze Ehebruch und Ehescheidung

314) Nicht bei der *confarreatio* allein. S. Rossbach a. a. D. Abschn. IV.

315) L. 1 de R. N. (23. 2): *consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio*. §. 1 I. de patr. pot. (1. 9) *individuum vitae consuetudinem continens*. L. 4 Cod. de crim. expil. her. (9. 32). Livius I. 9 läßt Romulus das *matrimonium* als *societas fortunarum omnium civitatisque* bezeichnen, ebenso Dionys. II. 25 *κοινωνία ἰσῶν καὶ χρεμᾶτων*.

316) So viel folgt mindestens aus der bekannten Sage, daß die Ehescheidung des Sp. Carvilius (U. C. 520) die erste gewesen sein soll. Gell. XVII. 21. Val. Max. II. 1, 4.

an der Tagesordnung. Es bewährt sich auch hieran wieder die Richtigkeit der oft gemachten Bemerkung, daß die Ehe der Barometer der Sittlichkeit eines Volkes ist. Nach der natürlichen Ansicht, wie sie im römischen Leben herrschte und sogar in juristische Deduktionen hinüberspielt,<sup>317)</sup> galt die Frau als die eigentliche Herrin des Hauses,<sup>318)</sup> und jene Eigenthumsunfähigkeit derselben, von der die Theorie redete, ward faktisch gar nicht fühlbar für sie, kam ihr vielleicht kaum zum Bewußtsein. Die Sachen, die sie dem Manne zur dot. mitbrachte, betrachtete sie nach wie vor als ihr Eigenthum,<sup>319)</sup> ja was ihm gehörte, sah sie auch als das Ihrige an, kurz jene scharfe vermögensrechtliche Trennung beider hatte für die Ehegatten in ihrem Verhältniß zu einander kaum eine praktische Realität;<sup>320)</sup> nur dritten Personen gegenüber konnte sie bedeutsam werden. Welche Bewandniß es mit dem *jus necis ac vitae* des Mannes hatte, wird sich am besten in einem andern Zusammenhange zeigen lassen.

So viel, hoffe ich, wird nun aus der bisherigen Darstellung hervorgehen, daß der Grund der eheherrlichen Gewalt unmöglich in einer sittlich niedrigen Auffassung der Ehe gefunden werden kann, und daß alle jene Phrasen von der Rohheit, dem

317) L. 1 rer. amot. (25. 2) . . quibusdam existimantibus, ne quidem furtum eam facere, ut Nerva, Cassio, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret.

318) Macrob. Saturn. I. 15 . . . . postridie autem nuptam in domo viri dominium incipere oportet apisci et rem facere divinam. Dionys. II. 25.

319) Plaut. Asin. I. 1, 72: dotalem servum adduxit uxor tua, cui plus in manu sit, quam tibi. Miles glor. IV. 6. 62, 63. Quin tua causa exegit virum a se — Quid? qui id facere potuit? — Quia aedea dotales hujus sunt. Die bekannte L. 30 Cod. de jure dot. (5. 12) . . et naturaliter permanserunt in ejus dominio. L. 3 §. 5 de minor. (4. 4) ipsius filiae proprium patrimonium. L. 71 de evict. (21. 2). L. 75 de jure dot. (23. 3). L. 4 de coll. bon. (37. 6).

320) So verfügen z. B. die Matronen selbständig über das Gold, das sie besitzen, Liv. V. 25, 50. Festus matronis.

Mangel des Moments der Liebe<sup>321)</sup> u. s. w. nur die völlige Unbekanntschaft mit dem römischen Volk und Leben dokumentiren. Bei den Römern selbst findet man auch in späterer Zeit, so viel mir bekannt ist, nicht einmal eine Andeutung, daß eine solche Auffassung nur denkbar sei; keine Anklage, keine Rechtfertigung, selbst bei Gelegenheiten, wo es sich um die angeblichen oder wirklichen Rohheiten des ältern Rechts handelt.<sup>322)</sup> Und doch hatte in der That die spätere Zeit jene unendlich niedrige Culturstufe, als deren Ausfluß man die eheherrliche Gewalt charakterisiren will, bereits lange hinter sich, und es wäre unerklärlich, wie eine Zeit, die sonst so hoch stand, sich einen solchen Rest einer barbarischen Vorzeit hätte gefallen lassen können. Allerdings wurde jenes Gewaltverhältniß schon in den letzten Zeiten der Republik etwas gelockert, aber anstatt, wie es nach der entgegengesetzten Ansicht der Fall sein müßte, darin einen Fortschritt zum Bessern zu finden, erblickten gerade die sittlichen Naturen darin, und mit vollem Recht, ein Zeichen der Demoralisation.<sup>323)</sup>

Für die väterliche Gewalt braucht nun die Frage, die wir so eben hinsichtlich der eheherrlichen behandelt haben, nicht noch besonders behandelt zu werden. Entweder ist es uns gelungen, das Vorurtheil von der Rohheit und Unnatürlichkeit des altrömischen Familienlebens zu zerstören, und dann bedarf es keiner Anstrengung mehr, oder es ist dies nicht der Fall, und dann wird es uns auch hier nicht gelingen.

Daß die römische Zucht und Kinder-Erziehung eine strengere gewesen ist, als die heutige, ist unläugbar, hat aber mit jenem

321) An schönen Zügen der innigsten Liebe fehlte es der Römerwelt nicht, wohl aber mir an dem Beruf, sie hier zusammenzustellen. Ich will beispielsweise einen Fall hervorheben, den Valerius Max. V. 6, 2 mittheilt: *morte uxoris audita doloris impotens pectus suum gladio percussit.*

322) 3. B. in der bekannten Kritik des ältern Rechts durch Favorinus bei Gellius XX. 1.

323) 3. B. Cato in seiner Rede für die lex Oppia Liv. XXXIV, c. 2—4.

Borwurf nichts gemein, denn gerade hierin bethätigte sich nicht ein Verkennen der Pflichten des Vaters, sondern umgekehrt eine sittlich ernste Erfassung seines wahren Berufes. Von wie heilsamen Folgen es für den Staat war, daß in der Familie eine strenge Disciplin herrschte, daß bereits hier eine Gewöhnung an Ordnung, Gehorsam u. s. w. begann, darüber brauche ich kein Wort zu verlieren. Wäre das römische Haus der Schauplatz der Willkühr und Ungerechtigkeit gewesen, es hätten nicht die gerade entgegengesetzten Tugenden daraus hervorgehen können.

Daß die patr. pot. nicht dazu da sei, um die Kinder zu tyrannisieren, daß die Liebe das belebende Prinzip des Verhältnisses sei, daß der Vater eine Erziehungspflicht habe u. s. w., alles das sollen die Römer sich verhehlt haben, weil in ihren Gesetzen nichts darüber zu finden? Das römische Volk mußte ja eine moralische Abnormität gewesen sein, wenn man das für möglich hält. Wäre die patr. pot. in Wirklichkeit eine Herrschaft der Willkühr gewesen: wer hätte sich arrogiren lassen, freiwillig seine Unabhängigkeit und Selbständigkeit gegen das Loos eines Sklaven vertauschen mögen? Zum Ueberflus sollen in der Note einige Zeugnisse mitgetheilt werden, aus denen sich ergibt, wie die Römer selbst über das Verhältniß dachten, und was die juristische Unselbständigkeit der Kinder faktisch zu bedeuten hatte. <sup>324)</sup>

324) Liv. I. 9: nihil carius humano generi. Ueber den Geist, in dem sie zu handhaben ist, s. L. 5 de leg. Pomp. de parr. (48. 9) . . patria potestas in pietate debet, non in atrocitate consistere. Terent. Adel. I. sc. 1. Ueber die faktische Stellung der Kinder in vermögensrechtlicher Beziehung L. 11 de lib. et posth. (28. 2). In suis hereditibus evidentius apparet, continuationem dominii eo rem perducere, ut nulla videatur hereditas fuisse, quasi olim hi domini essent, qui etiam vivo patre quodammodo domini existimantur . . . Itaque post mortem patris non hereditatem percipere videntur, sed magis liberam bonorum administrationem consequuntur. Boeth. zu Cicero Top. c. 4 (Orelli p. 303) quare quoniam quod ex dote conquiritur, liberorum est, qui in patria potestate

Wir haben einen entscheidenden Gesichtspunkt, der unsere beiden Verhältnisse erst ins rechte Licht setzt, bis zuletzt aufgespart. Zu den oben (S. 146 u. fl.) angegebenen Einflüssen, durch welche die rechtliche Unbeschränktheit des Subjekts faktisch moderirt und bestimmt erschien, gesellt sich nämlich für das Familienleben noch ein unendlich wichtiger und einflussreicher Faktor hinzu, das ist die Familie selbst. Der natürlich = sittliche Zusammenhang des Einzelnen mit seiner Familie, der in der Gentilverfassung rechtliche Gestaltung gewonnen hatte, in dem Recht der gegenwärtigen Periode aber der abstracten Persönlichkeit geopfert worden war, ward durch die Sitte wieder zur Geltung gebracht. Die Bande, die das Recht fallen ließ, um die reine, zu ihrem absoluten Für = Sich = Sein gebrachte Rechtspersönlichkeit zu gewinnen, die Sitte nahm sie auf, um sie nur um so fester wieder zu knüpfen, um der Familie einen Antheil an dem

sunt, id apud virum necesse est permanere. Daher werden die Kinder selbst domini und heri genannt z. B. bei Plautus Capt. Prolog. 18: Domo quem profugiens dominum abstulerat, vendidit, Asin. II. 2, 63 heres major . . . minor hic est intus, Capt III. 5, 49 herum servavi (den Sohn) . . . cui me custodem addiderat herus major meus. Daher auch die cura prodigi im Interesse der Kinder. — Mit dem peculium verhält es sich hier, wie bei den Sklaven, nur daß es oft unendlich größer war. Manche römische filiifamilias hatten bereits bei Lebzeiten ihres Vaters ein bedeutendes Vermögen in Händen, führten einen eignen Haushalt und machten großen Aufwand, ohne daß ihre Unfähigkeit, eignes Vermögen zu besitzen, je eine praktische Folge gehabt hätte. Man denke sich, daß ein Vater seinem Sohn, der eine hervorragende Stellung im Leben einnahm, die höchsten Ehrenämter bekleidete, eigne Familie hatte u. s. w. plötzlich aus reiner Laune sein Vermögen hätte entziehen sollen! So etwas ist auf dem Papiere leicht gesagt, aber im Leben stellt sich die Sache doch etwas anders. Ein solcher selbständiger Haushalt und faktische Unabhängigkeit des erwachsenen Sohnes kam schon in ältester Zeit vor, z. B. erwähnen einige Autoren bereits beim Sp. Cassius, dem Urheber der ersten lex agraria (U. C. 261) ein peculium. Val. Max. V. 8. 2. VI. 3. 1 (domum). Liv. II. 41 (. . . signum inde factum et inscriptum: ex cassia familia datum). Dionys. VIII. 78 nimmt Anstoß daran, daß seine Quellen dem Cassius nach der Vorstellung des gewöhnlichen Lebens Eigenthum beilegen, und macht ihn darum zum paterfamilias.

Leben des Einzelnen und einen Einfluß auf dasselbe zu gewähren, wie er ihr nicht häufig zu Theil geworden ist.

Wir haben es hier also mit einem Institut der Sitte zu thun, und die Unbestimmtheit und Biegsamkeit, die wir oben (§. 25) als den Charakterzug der Sitte haben kennen lernen, äußert sich hier in mannichfacher Weise. Theils nämlich hinsichtlich des Begriffs der Familie, es ist nicht der juristische, der der Agnaten, sondern der der natürlichen Familie,<sup>325)</sup> der Kreis der Blutsverwandten, ja so wenig ist dieser Kreis abgeschlossen, daß auch die nähern Freunde<sup>326)</sup> zu ihm hinzugezogen werden. Man könnte sagen: es ist die ethische Umgebung des Subjekts, der Umkreis, innerhalb dessen seine sittlich häusliche Existenz ihre Wurzeln treibt, der Chor, der, wie im griechischen Drama, ihn durch Billigung und Mißbilligung bei seinen Handlungen bestimmen soll, und von dessen Gunst oder Ungunst, Beistand oder Theilnahmlosigkeit die Behaglichkeit seiner Existenz abhängt. Wer diesen Chor mit bildet, ob alle Verwandte, oder nur bis zu einem gewissen Grade, ob auch die Freunde u. s. w., darüber hat die Sitte keine Norm; möge der Einzelne im einzelnen Fall selbst bestimmen, wen er zu den propinqui, necessarii, amici u. s. w. rechnet. Die Unbestimmtheit des Instituts äußert sich ferner darin, daß die unterlassene Zuziehung jener Personen in Fällen, wo dieselbe hätte Statt finden sollen, bald als arger Verstoß gegen die Sitte all-

325) Darauf weisen nicht bloß die Ausdrücke propinqui, amici, cognati u. s. w. hin, sondern hinsichtlich des Verwandtengerichts über die Ehefrau in manu verstand es sich von selbst, daß man die Verwandten von ihrer Seite, also die Cognaten nicht übergehen konnte.

326) Mitunter sogar fern stehende Personen von Rang z. B. August bei Seneca de element. c. 15. Ja bei Val. Max. V. 9, 1 wurde ein großer Theil des Senats zugezogen. Nach Klenze in der Zeitsch. VI. S. 31 „gewinnt das ganze Hausgericht erst eine feste Gestalt durch feste Regeln über die Berufung der Richter.“ Als ob es sich hier um etwas Festes, um ein Rechtsinstitut handelte!

gemeine Mißbilligung erfuhr und schwere Folgen für den Widerspenstigen nach sich zog, bald aber auch nicht. Die Sache verhält sich folgendermaßen. Der häufigste Fall,<sup>327)</sup> in dem die Zuziehung der Verwandten und Freunde berichtet wird, war die Ausübung des *jus necis ac vitae* über Ehefrauen und Kinder. Der Ehemann oder Vater<sup>328)</sup> berief hier die Verwandten zusammen, legte ihnen den Fall vor und sprach und vollzog das in Gemeinschaft mit ihnen<sup>329)</sup> gefundene Urtheil. Aber auch bei andern wichtigen die Familienverhältnisse betreffenden Handlungen des Gewaltinnehabers erforderte die Sitte eine Berathung mit den Verwandten; so wird uns dies z. B. ausdrücklich hinsichtlich der Ehescheidung bezeugt.<sup>330)</sup> Ueberhaupt mochte kein wichtiges Ereigniß im Innern der Familie vorkommen, an dem sie nicht Theil nahmen, sei es zur Verherrlichung des Altes, wie bei Anlegung der *toga virilis*, bei Verlobungen u. s. w.,<sup>331)</sup> sei es um ihre Billigung einzuholen. Sie

327) Es bedarf für diese sehr bekannte Sache keiner Belegstellen. Ich verweise auf Klenze Zeitsch. für gesch. Rechtsw. B. VI. S. 25 fl. und Geib Gesch. des röm. Krim.-Proz. S. 84 fl.

328) Auch hinsichtlich der reinen Rechtsfrage, wer im concreten Fall zur Ausübung des *jus necis ac vitae* berufen war, und wer folglich die Verwandten zum Gericht zu entbieten hatte, ward es im Leben wohl nicht so genau genommen. So spricht z. B. bei Cic. de finib. I. 7 der Vater, der seinen Sohn in Adoption gegeben hatte, statt des jetzigen Innehabers der *potestas*, das Urtheil, so mochte über die Ehefrau, die noch in der *patr. pot.* ihres Vaters, also nicht in der *manus* des Mannes stand, letzterer häufiger das Gericht berufen, als ersterer.

329) Daß er juristisch nicht an ihre Ansicht gebunden war, versteht sich von selbst, und es verräth ein Verkennen der ganzen Einrichtung, wenn man dies in Frage stellt, aber ebenso sehr liegt auf der Hand, daß das Urtheil der Verwandten faktisch in der Regel den Ausschlag gegeben haben wird.

330) Val. Max. II. 9, 2. Die Censoren stießen Jemanden, der es unterlassen, aus dem Senat. So erklärt bei Plautus, Stichus I. 2, 71, ein Vater, der die Ehe seiner Tochter vermöge der *patr. pot.* trennen will: *mihi auctores ita sunt amici, ut vos hinc abducam domum.*

331) Cic. ad Quint. II. 6. Appian. bell. civ. IV. 30.

waren die natürlichen Beschützer aller schutzbedürftigen Personen innerhalb der Verwandtschaft,<sup>332)</sup> und ihr Urtheil, ihre Fürsprache und Einsprache fand bei der kräftigen Entwicklung des Familiensinns in alter Zeit wohl eine ganz andere Beachtung, als heutzutage. Wir dürfen ihre Stellung und ihr Auftreten nicht nach heutigen Ideen beurtheilen; ihre Präerensionen waren keine Anmaßung, sondern Ansprüche, die in der römischen Auffassung des Verhältnisses begründet lagen, und die sich ohne Aufsehen und öffentliches Aergerniß nicht zurückweisen ließen. Ich will ein belehrendes Beispiel mittheilen, das dies Auftreten der Verwandten in ein helleres Licht setzt, als die weitläufigste Ausführung es könnte. Der Sohn von Scipio Afrikanus dem ältern, dem Vater in jeder Weise unähnlich, war trotz seiner Unwürdigkeit vom Volk zum Prätor erwählt und machte als solcher seinem Amt und seiner Familie die größte Unehre. Hier hielten es die Verwandten für ihre Pflicht, die Ehre des Geschlechts zu wahren; sie machten ihm jede Amtshandlung unmöglich und zogen ihm sogar den Ring mit dem Bildniß des Vaters von seinem Finger.<sup>333)</sup> Dies geschah gegen einen römischen Prätor und gegen einen Mann, der sich aus dem Urtheil der Welt nichts machte und der also schwerlich sich einem solchen Einschreiten der Familie gefügt haben würde, wenn er sich mit Erfolg dagegen hätte auslehnen können.

So wenig nun die Zuziehung der Verwandten bei Ausübung des *jus necis ac vitae* rechtlich vorgeschrieben war, so mißlich war es doch in der Regel, dieselbe zu unterlassen. Es lag der Verdacht zu nahe, daß man sich nicht getraut habe, ihnen die Sache vorzulegen, und nur wo die Schuld des zu bestrafenden

332) Namentlich führten sie auch die Aufsicht über den Tutor und trugen durch die *act. susp. tutoris* auf seine Remotion an — überhoben also den Staat der Mühe, sich darum zu bekümmern — stellten im Interesse der Kinder des Verschwenders den Antrag, eine *cura praeligi* anzuordnen u. s. w.

333) Val. Max. III. 5, 1. Nur braucht man dabei nicht an ein eigentliches Verwandtengericht zu denken.

Kindes ganz außer allem Zweifel war, mochte Jemand es ohne Nachtheil wagen, sich über die Sitte hinwegzusetzen.<sup>334)</sup> Jedemfalls war es aber für den Gewaltinhaber selbst unter allen Umständen das Gerathenste, die Sitte zu beachten, denn es ließ sich nicht berechnen, ob nicht schon der Censor, ganz abgesehen von der Gerechtigkeit des gefällten Spruches, die Verletzung des Herkommens rügen und strafen würde.<sup>335)</sup> Ein wirklicher Mißbrauch der Gewalt aber konnte noch ganz andere Folgen haben. Von einem über die Hausangehörigen verhängten und vollzogenen Todesurtheil unterschied die öffentliche Meinung sehr wohl einen Todtschlag derselben. Wer sich letztern hatte zu Schulden kommen lassen, konnte vor die Volksversammlung gestellt werden, und das Pochen auf sein *jus necis ac vitae*, in dem jener Unterschied allerdings nicht zu Tage lag, konnte ihm bei der Gestaltung und dem Geist der ältern Strafrechtspflege (S. 43) wenig nützen; die sittliche Entrüstung des Volks ließ sich dadurch nicht beschwichtigen.<sup>336)</sup> Wird uns doch sogar von einem Fall berichtet, wo ein Vater angeklagt ward, weil er seinen Sohn, der durch Talent und Geschlecht zu Höherem bestimmt sei, ausschließlich zur Feldarbeit verwende und ihm dadurch die politische Laufbahn verschließe.<sup>337)</sup> Daß auch das Vaterland ein Anrecht auf die Kin-

334) *S. 3. B. Val. Max. V. 8, 3 . . ne consilio quidem necessario indigere se credit. id. VI. 3, 9. Sall. Catil. 39.*

335) Wie in dem Fall der Ann. 330.

336) Fälle bei Orosius III. 9 *exstitit parricida, . . filium enim suum peremit u. V. 15 (16): Q. Fabius Maximus filium suum . . . cum duobus servis parricidii ministris interfecit . . . Die dicta Cn. Pompejo accusante damnatus est. Seneca de elem. I. 14. Ein anderer Fall, in dem der Angeklagte für schuldlos erkannt und freigesprochen wurde s. bei Plin. Hist. nat. XIV. 14. Valer. Max. VI. 3, 9 u. a. Ob dieser Fall, den Plinius unter Romulus verlegt, mythisch ist, relevirt nichts für die allein wesentliche Frage, wie die Römer die Sache auffaßten, und daß sie die im Texte ihnen untergelegte Unterscheidung wirklich machten, geht aus Plinius hervor: *eumque caedis esse absolutum.**

337) *Val. Max. V. 4, 3.*

der habe, war ein Gesichtspunkt, den der Vater bei Ausübung seiner patr. pot. nicht außer Acht lassen sollte. Von seinem Standpunkte aus betrachtet war seine Strafgewalt ein reines Privatrecht, vom Standpunkte des Staats aus ein im allgemeinen Interesse als Mittel der Erziehung und Zucht verliehenes Amt. Darum unterlag der censorischen Rüge nicht minder, wer die Zügel des Hausregiments zu lasch, als wer sie straff angezogen hatte. Vollkommen in Stand gesetzt, die Seinen zur Zucht und Ordnung anzuhalten, mußte er in den Augen des Volks auch für die gute Aufführung derselben verantwortlich erscheinen,<sup>338)</sup> und von ihm konnte man, wenn dieselben ein Verbrechen begingen, zunächst erwarten, daß er die verdiente Strafe über sie verhängen und sich selbst von der moralischen Mitschuld lossagen würde. Der Staat hatte aber gewiß nur in den seltensten Fällen nöthig, selbst einzuschreiten;<sup>339)</sup> die römischen Väter und Männer wußten in alter Zeit, was ihre Pflicht war und besaßen Seelenstärke genug, um sie zu erfüllen.

So wenig nun dieser Gesichtspunkt der Pflicht in der juristischen Construction der hausherrlichen Gewalt Berücksichtigung fand: in der Wirklichkeit war er der bestimmende; bestimmend nicht bloß für die Handhabung derselben, sondern nicht minder für die ganze Auffassung derselben. In dem Bilde, das wir heutzutage von der hausherrlichen Gewalt entwerfen, würde ein alter Römer dieselbe kaum wieder erkannt und schwerlich es begriffen haben, wie eine Institution, auf die Rom stolz sein konnte, und die wie keine andere die Quelle alt-

338) Hinsichtlich der Frauen erkennt Cicero in einem Fragmente aus lib. IV. de republica (Nonius de num. et cas. p. 499) dies ausdrücklich an: nec vero mulieribus praefectus praeponatur, qui apud Graecos creari solet, sed sit Censor, qui viros edoceat mulieribus moderari.

339) Hinsichtlich der Frauen werden einige Fälle erwähnt, wo die Strafe von Staatswegen gefällt, die Vollziehung derselben aber den Verwandten überlassen wurde. Val. Max. VI. 3, 7. Liv. XXXIX. 18. Sueton. Tiber. 35.

römischer Kraft und Tugend und der wirksamste Hebel römischer Größe war, demaleinst seinem Volke in sittlicher Beziehung zum schweren Vorwurf gemacht werden würde.

### 3. Die Freiheit eine Eigenschaft der Institute und eine Schranke des subjektiven Willens.

Die Gefahr der Selbstvernichtung eine Klippe der subjektiven Freiheit — der Objektivismus in der Auffassung der Freiheit (die Freiheit eine Pflicht) — Nachweis desselben im römischen Recht, namentlich am Eigenthum (Servituten).

XXXIII. Ein Punkt, an dem die Auffassung des Freiheitsbegriffs wie an keinem andern ihre Probe bestehen kann, ist die im Begriff der Freiheit scheinbar enthaltene Möglichkeit einer Selbstvernichtung derselben. Das Recht frei zu sein, hat man oft gesagt, schließt mit Nothwendigkeit die Möglichkeit in sich, die Freiheit ganz oder theilweise aufzugeben; ist letztere ein Recht, warum sollte ich nicht darauf verzichten, ist der Wille frei, warum sollte seine Thätigkeit nicht auch darin bestehen können, sich selbst zu beschränken und nach allen Seiten hin zu binden und fesseln? So trüge also die Freiheit den Keim der Unfreiheit in sich, und es wäre sehr leicht möglich, daß aus der Aussaat der Freiheit ein Reich der äußersten Unfreiheit hervorginge. Das deutsche Recht liefert uns hier ein lehrreiches Beispiel. Bewußt oder unbewußt ist dasselbe von dieser scheinbar consequenten Auffassung des Freiheitsbegriffs ausgegangen und hat fast überall die Unfreiheit geärndtet, wo es die Freiheit gesäet hatte. Der freie Mann konnte durch Vertrag seine persönliche Freiheit aufgeben oder beschränken d. h. Sklave oder Leibeigener werden, durch Reallasten, die er auf sein Grundstück legte, durch Familienfideicommissen u. s. w. die Freiheit des Eigenthums für ewige Zeiten verkümmern und zu Boden drücken, durch Erbverträge die testamentarische Freiheit opfern u. s. w. Kurz die Institute, die der Freiheit dienen

solten, wurden in Wirklichkeit zu Werkzeugen der Unfreiheit, zu Ketten und Banden, unter denen die subjektive Freiheit zu erliegen drohte.

Diese Möglichkeit einer Selbstvernichtung scheint, wie gesagt, im Wesen der Freiheit begründet, und damit der Beweis erbracht, daß die Freiheit in ihrer vollen Consequenz praktisch unausführbar, einer Beschränkung von Seiten der legislativen Gewalt bedürftig ist. Das ist aber nur Schein; er verschwindet, sowie man nur den Freiheitsbegriff richtig erfast. Der Anspruch des Individuums auf die rechtliche Freiheit stützte sich, wie wir §. 30 nachzuweisen versuchten, auf eine ethische Grundlage, — den schöpferischen Beruf der Persönlichkeit. Daraus ergibt sich zunächst für das Individuum der Gesichtspunkt, daß sein Recht auf Freiheit zugleich eine Pflicht ist, für den Staat aber, daß er nur diese wahre, ethisch berechnete Freiheit des Subjekts anzuerkennen und zu verwirklichen hat. Seine Aufgabe der Freiheit des Subjekts gegenüber ist also nicht eine bloß negative, ein Gewährenlassen, ein Nichteingreifen in ein fremdes Gebiet, seine Stellung nicht die des indifferenten Zuschauers; sondern seine Aufgabe ist wesentlich positiver Art: Verwirklichung der rechtlichen Freiheit, Sicherstellung derselben gegen die Gefahr einer Unterdrückung oder Entziehung, drohe dieselbe von außen oder von Seiten des Subjekts selbst (Selbstvernichtung der Freiheit). Darin eine dem Begriff der Freiheit widerstrebende Bevormundung von Seiten des Staats zu erblicken, ist nur möglich, wenn man weder der Freiheit, noch dem Staat eine sittliche Bestimmung zuschreibt.

Das römische Recht gewährt uns für die vorliegende Frage ein höchst instructives Beispiel, das uns aller ferneren allgemeinen Betrachtungen überhebt; man möge daran zugleich erkennen, mit welcher Gedankenlosigkeit und Oberflächlichkeit man mitunter über dasselbe abgeurtheilt hat. Blinde Lobredner des germanischen Rechts, die den Balken im eigenen Auge übersahen und den Splitter im Auge des Nächsten erkannten, haben gerade die

Behandlung des Freiheitsprinzips als einen Punkt erwählt, an dem sie glaubten nachweisen zu können, wie hoch hier das germanische, und wie niedrig das römische Recht stehe. Und doch hat es wohl kein Recht gegeben, das dieses Prinzip in so würdiger und so wahrhaft überraschend edler Weise erfaßt hat, wie das römische. Jene Gefahr der Selbstvernichtung der Freiheit, an der die falsche Auffassung der Freiheit stranden muß, und die dem deutschen Recht so gefährlich ward, gerade im römischen Recht ist sie in meisterhafter Weise erkannt und abgewehrt. Und, was ich gleich von vornherein wohl festzuhalten bitte, nicht etwa vermittelt äusseren Zwanges, d. h. durch gesetzliche Beschränkung, sondern vermöge der eigenen angeborenen gesunden Constitution des römischen Freiheitsbegriffes. Das heißt: die Beschränkungen, die wir im folgenden kennen lernen werden, sind der Freiheit nicht von außen her auferlegt, sondern aus ihr selbst abgeleitet; die Römer haben dieselben nicht aus dem Prinzip der Zweckmäßigkeit, politischen Nothwendigkeit u. s. w. entnommen, sondern aus dem Wesen der Freiheit selbst, wie sie dasselbe von altersher instinctiv richtig erfaßt hatten.

Die römische Anschauungsweise und damit die Quintessenz der folgenden Ausführung läßt sich vielleicht am bezeichnendsten dahin angeben, daß sie in der Freiheit nicht bloß ein Gut oder eine Eigenschaft der Person erblickt, sondern auch eine objective, vom Willen der Person unabhängige, unzerstörbare Eigenschaft der Rechtsinstitute.

Die privatrechtlichen Institute sind die Formen, in denen das Freiheitsbedürfnis des individuellen Lebens sich befriedigt. In ihrer Gesamtheit repräsentiren sie uns die sämtlichen Seiten und Richtungen, nach denen hin die subjektive Freiheit sich zu bewegen vermag; jedem einzelnen dieser Verhältnisse wohnt der Gesichtspunkt eines bestimmten Freiheitsbedürfnisses und Freiheitszweckes inne. Diesen Gesichtspunkt hat nun das römische Recht richtig erfaßt und durchgeführt, d. h. der Zweck des Instituts ist das Maß für die dem Subjekt innerhalb

desselben zu verstattende freie Bewegung. Die abstracte Freiheit des Subjekts findet also an der in dem einzelnen Institut enthaltenen objektiven Freiheit ihr Ziel und Maß vor, eine Bahn, die sie einhalten muß und soll, damit sie nicht mit sich selbst in Widerspruch gerathe; die Freiheitstheorie der einzelnen Institute ließe sich als die Disciplin des abstracten Freiheitsgefühls charakterisiren. Dispositionen, die dem Zweck des Instituts widerstreiten, sind daher nichtig und unwirksam.

An der gegenwärtigen Stelle können wir diesen Gesichtspunkt nicht nach seiner ganzen Ausdehnung verfolgen, <sup>340)</sup> sondern nur nach einer ganz bestimmten Seite hin, nämlich rücksichtlich der Unwirksamkeit von Verträgen und Dispositionen, durch die das Freiheitselement des einzelnen Instituts dahin gegeben werden soll, bei denen also die subjektive Freiheit des Disponenten mit der objektiven Freiheit des Instituts in Conflict geräth.

Wir wollen jetzt diese Beschränkung des subjektiven Willens an den einzelnen Instituten nachweisen. Zuerst an der persönlichen Freiheit selbst.

Daß die vertragsmäßige Aufgabe der Freiheit nach römischem Recht unmöglich ist, darf ich als bekannt voraussetzen. Zur Strafe konnte die Freiheit verloren gehen z. B. für den Dieb, den insolventen Schuldner u. s. w., aber ein Verzicht auf dieselbe, ein Vertrag, wodurch Jemand sich zum Sklaven eines Andern machen wollte, war nach römischem Recht undenkbar. <sup>341)</sup>

Wie weit war eine Beschränkung der persönlichen Freiheit möglich? Jede Obligation enthält eine Belastung der Person. Hätten die Römer nun die ihnen mitunter angedichtete

340) Was wir hier übergehen und bei einer andern Gelegenheit nachholen wollen, ist die Beschränkung des Willens durch das logische Element der Institute.

341) Es ließe sich etwa das auctoramentum als Ausnahme anführen, allein welche nähere Bewandniß es damit hatte (Schulting Jurisp. antiq. Noten zur Collatio leg. mos. tit. IV. §. 3, IX. §. 52) ist mir wenigstens nicht klar.

Vorstellung von der unbedingt verbindenden Kraft des obligatorischen Willens wirklich gekannt, so würde die Obligation das Mittel dargeboten haben, die Freiheit dem Effect nach völlig zu untergraben, z. B. durch Uebernahme lebenslänglicher Dienstbarkeit, durch das Versprechen sich nie vom Ort zu entfernen, ohne Willen des andern sich nicht zu verheirathen, nichts zu veräußern u. s. w. Diese Vorstellung war aber den Römern völlig fremd. Ihre Obligation hatte zunächst eine ausschließliche Beziehung und Richtung auf das Vermögen; eine Abweichung von dieser ihrer Bahn war in alter Zeit schon durch die objektive Aestimation des ältern Rechts (S. 113) unmöglich gemacht. Das ältere Recht kannte nach der dort geäußerten Ansicht keine Obligationen auf Dienstleistungen, sondern nur auf Sachen. Es wird sich später die Gelegenheit finden, diese Ansicht noch genauer zu begründen; an dieser Stelle hebe ich nur die Beziehung hervor, in der sie zu unserer Frage steht. Geld und Sachen sind Stücke des Vermögens, Dienstleistungen Produkte der Person. Ich kann mir denken, daß ein kräftiges Freiheitsgefühl Anstoß daran nahm, letztere zu Gegenständen des Verkehrs zu machen<sup>342</sup>) und daß, nachdem die Macht der Verhältnisse diesen Fortschritt erzwungen, man dennoch sich sträubte, einen direkten Zwang auf Vornahme der Handlung zu statuiren. So würde denn der Grundsatz des römischen Prozesses, daß jede Verurtheilung auf Geld lauten müsse, eine befriedigende Erklärung finden.

Es gab aber ein Mittel, durch dessen Anwendung man dem Erfolg nach die persönliche Freiheit nach allen Seiten hin hätte beschränken und verkümmern können, die Conventionalpön (S. 113). Hätte man hier die Sache rein formell behandelt, so

342) Cicero de offic. I. 42: Illiberales autem et sordidi quaestus mercenariorum omniumque, quorum operae, non artes emuntur. Est enim in illis merces auctoramentum servitutis ... Opificesque omnes in sordida arte versantur, nec enim quidquam ingenuum potest habere officina. ibid. II. 6: quae est sordidissima ratio.

würde man ein Versprechen, wodurch Jemand für den Fall, daß er sich z. B. verheirathete, sein Domicil wechselte, zur Zahlung einer Summe verbindlich machte, als vollkommen gültig haben anerkennen müssen. Hier aber zeigt sich eben, daß die Römer die objektive Idee der persönlichen Freiheit höher stellten, als das Prinzip der abstracten subjektiven Willensfreiheit; denn derartige Verträge waren nichtig.<sup>343</sup>) Eine Parallele dazu findet sich im Erbrecht. Der Testator, der die persönliche Freiheit des Erben auf direktem Wege durch Verbote und Gebote nicht zu beschränken vermochte, konnte auf die Idee verfallen, es indirekt durch Anordnung bedingter Vermächtnisse zu bewirken (z. B. wenn mein Erbe sich verheirathet, soll er dem A 1000 zahlen; ein Legat mit dem Zweck einer Conventionalpön, daher *legatum poenae nomine relictum*). In der Kaiserzeit ward ein solches Legat schlechthin für ungültig erklärt,<sup>344</sup>) einerlei ob die Handlung, zu der der Erblasser den Erben durch die Aussicht auf den Verlust veranlassen, oder von der er ihn abhalten wollte, unter den Gesichtspunkt einer Beschränkung der persönlichen Freiheit fiel oder nicht. Für das ältere Recht existirte ein solches absolutes Verbot nicht, aber im Geiste desselben darf man annehmen, daß von einem solchen Straflegat dasselbe galt, wie von der Conventionalpön, d. h. Nichtigkeit für den Fall, daß die persönliche Freiheit des Erben dadurch beeinträchtigt werden sollte.

Im Ehe recht bewährt sich unser Gesichtspunkt an der Unflagbarkeit aller Verträge, die der vom römischen Recht als

343) L. 71 §. 2 de cond. (35. 1) .. non esse locum cautioni, per quam jus libertatis infringitur. Wilh. Sell, die Lehre von den unmöglichen Bedingungen. S. 189 ff.

344) Durch Anton. Pius. Capitol. in vita Ant. Pii c. 8. In dieser Allgemeinheit ward das Verbot durch Justinian wieder aufgehoben und damit das frühere Recht, in dem der Charakter der dem Erben zugemutheten Handlung über die Gültigkeit des Legats entschied, wieder hergestellt. Die Behauptung, daß Antonin jenes Verbot nicht sowohl erweiterte, als erst eingeführt habe, ist ein Irrthum; schon Sabinus kannte es. §. 36 I. de leg. (2. 20.)

Prinzip aufgestellten Freiheit der Ehe widerstreben würden, z. B. der Verträge, durch die man direkt oder mittelbar unter dem Versprechen einer Conventionalpön sich anheischig machte, eine Ehe zu schließen oder nicht zu schließen, zu trennen oder nicht zu trennen.<sup>345)</sup> Streitig ist nur, ob nicht die Sponsalien im ältern Recht klagbar gewesen seien; für das neuere Recht steht das Gegentheil fest.<sup>346)</sup> Betrachtet man die Frage von vornherein, so muß die angebliche Klagbarkeit derselben höchst bedenklich erscheinen. Die Ehe frei und jeden Moment lösbar, die Sponsalien bindend — das wäre ein seltsamer Widerspruch. Woher käme den Sponsalien eine stärkere Kraft, als der Ehe, während man doch eher das Entgegengesetzte erwarten sollte? Und welchen praktischen Nutzen hätte sie gehabt? Wenn der Bräutigam oder der Vater der Braut sich der Eingehung der Ehe widersetzen, so hätten sie, meint man, mit der act. ex sponsu gezwungen werden können.<sup>347)</sup> Allein was half denn der Zwang, da beide gleich hinterher die Ehe wieder trennen konnten (§. 32)? Damit war ja der Weg gewiesen, um die Klagbarkeit der Sponsalien völlig zu vereiteln, und ich meine, den Römern sollte man am wenigsten ein so nutzloses Spiel mit einer Klage zutrauen. Die Idee der Klagbarkeit stützt sich namentlich auf die Autorität des Varro, es läßt sich aber erklären, wie er darauf gekommen. Der Ausdruck *spondere*, *sponsio* bezeichnete zu seiner Zeit einen civilrechtlich obligirenden Akt, die

345) L. 134 pr. de V. O. (45. 1). *Inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive jam contracta.* L. 2 Cod. de inut. stip. (8. 39.) *Libera matrimonia esse antiquitus placuit.* L. 14 Cod. de nupt. (5. 4). L. 19. L. 71 §. 1 de V. O. (45. 1).

346) Eine indirekte Bestätigung durch *arrha* war auch hier möglich, enthielt aber keine Ausnahme, insofern ja die Wirksamkeit dieses Mittels die Erhebung einer Klage nicht erforderte. L. 38 pr. de R. N. (23. 2) *Isidor.* Orig. IX. 8. §. 4, 5.

347) Hinsichtlich des Vaters kann man sich auf ein ausdrückliches Zeugniß von Varro de L. L. VI. §. 72 berufen, allein wie gering die Autorität des Varro bei dieser Frage ist, wird nachher gezeigt werden.

Stipulation, und für einen Etymologen und Nichtjuristen lag der Irrthum nahe, den Umstand, daß jener Ausdruck auch bei dem Verlöbniß wiederkehrte (*sponsalia, despondere, sponsus u. s. w.*) und daß das Verlöbniß in Form der Stipulation abgeschlossen ward (*spondesne gnatum tuam? spondeo*), durch die Annahme zu erklären, daß die Sponsalien ursprünglich ganz die Kraft der gewöhnlichen *sponsio* gehabt hätten.<sup>348)</sup> Dazu kam, daß dieser postulierte Rechtsatz in der That in Latium bis zur *lex Julia* (664) Geltung gehabt hatte,<sup>349)</sup> was dem Varro, der sein Werk *de lingua latina* kaum 50 Jahre später schrieb (frühestens 706) nicht unbekannt gewesen sein mag. Daß jene beiden Momente den Schluß nicht begründen, läßt sich leicht zeigen. Denn *sponsio* bezeichnet ursprünglich keineswegs eine civilrechtliche, sondern eine religiöse Verpflichtung (Bd. I. S. 264), und daß das Recht Latiums ihm eigenthümlich gewesen und in Rom gar nicht gegolten habe, geht aus der Darstellung des Gellius deutlich hervor. Daß aber Varro bei dieser Frage nur Schlüsse machte, nicht berichtete, und daß seine Autorität hier eine höchst problematische ist, wird sich schwerlich in Abrede stellen lassen. Im §. 71 spricht er von der verbindenden Kraft der Sponsalien als von einem Rechtsatz, der mit den Einrichtungen der früheren Zeit zusammengehangen habe, und deutet damit an, daß derselbe zu seiner Zeit nicht mehr gelte. Im §. 72 aber behandelt er die *act. ex sponsu* als eine noch zu seiner Zeit praktische Klage (*qui dixit . . . cum eo non potest agi ex sponsu*), während dies doch nach dem Zeugniß von juristischen Gewährsmännern, wie Servius und Neratius<sup>350)</sup> entschieden falsch ist.<sup>351)</sup>

348) Isidor. IX. 8, 3 geht gleichfalls von der Idee aus, daß das *spondere* hier eine juristische Verbindlichkeit habe begründen sollen, bezieht es aber auf die Ehegatten und läßt den *sponsus* *sponsores* dafür bestellen §. 4 *ibid.*

349) Gellius IV, 4.

350) In der Stelle von Gellius, wo sie nämlich bemerken, daß das eigenthümliche Recht Latiums mit der *lex Julia* abgekommen sei.

351) Was die sonstigen für die Klagbarkeit der Sponsalien geltend ge-

Die Freiheit des Erbrechts besteht in dem Recht der beliebigen Errichtung oder Aenderung letztwilliger Dispositionen.<sup>352)</sup> Alle Verträge oder Aenderungen, welche zum Zweck hatten, dieses Recht zu entziehen oder zu verkümmern, waren nichtig.<sup>353)</sup>

Eins der interessantesten Beispiele bietet das Eigenthum,<sup>354)</sup>

machten Gründe anbeht, so wird man, wenn man weiß, was die Römer unter *fides* verstanden (ich erinnere an *fideicommissa* d. h. ins Gewissen geschobene, also rechtlich nicht verbindende Auflagen) in der Stelle aus Festus: *consonos antiqui dicebant fide mutua colligatos* nur die zutreffende Charakteristik des Verhältnisses als eines rein moralischen erblicken, es aber schwer begreifen können, wie ein namhafter neuerer Rechtshistoriker in der *fides mutua* eine Andeutung von gegenseitigen Stipulationen hat finden wollen. — Einer Exception bedurfte es im ältern Recht gegen eine angebliche *aet. ex sponsu* ebenso wenig, wie gegen jede Klage, die *ipso jure* nicht begründet war. Gegen die Einflagung der Conventionalstrafe sichert freilich Paulus den Vater in der *L. 134 pr. de V. O. (45. 1)* durch eine *exceptio*. Daß aber eine *stipulatio contra bonos mores* (und eine solche nimmt Paulus hier an) nur auf diesem Wege hätte entkräftet werden können (unter dieser Voraussetzung also im ältern Recht nicht, *Gai. IV. §. 108*) ist bekanntlich unrichtig, ja in der Regel wird sie geradezu als nichtig erklärt (ein Beispiel aus dem Cherecht s. in *L. 19 ibid.*), und schwerlich wird man doch sich zu der Annahme entschließen, daß das ältere Recht alle Stipulationen einer Conventionalpön ohne Unterschied ihrer Tendenz für gültig erklärt habe.

352) *Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum. L. 4 de adim. leg. (34. 4).*

353) *L. 34 Cod. de transact. (2. 4). L. 4 Cod. de inut. stip. (8. 39). L. 15 Cod. de pact. (2. 3) . . libertatem testamenti faciendi. L. 61 de V. O. (45. 1). L. 17 pr. ad Sc. Trebell. (36. 1). Eingehung einer Societät zu diesem Zweck *L. 52 §. 9 pro socio (17. 2)*. Verträge, wodurch Jemand für den Fall, daß ihm eine Erbschaft anfallen sollte, sich zur Annahme oder Ausschlagung derselben im voraus verpflichtet, sind gleichfalls ungültig, *L. 4 Cod. de inut. stip. (8. 39). L. 3 Cod. de collat. (6. 20). L. 16 de suis et leg. (38. 16)*, aber ob der Gesichtspunkt, daß die Freiheit des Entschlusses dem berufenen Erben nicht verkümmert werden dürfe, hier der entscheidende war, lasse ich dahin gestellt.*

354) Auch aus dem Besitz läßt sich eins anführen, *L. 12 de precar. (43. 26)*: *Cum precario aliquid datur, si convenit, ut in Calendas Julias*

und unsere Frage hat hier eine ungemein hohe sowohl nationalökonomische als politische Bedeutung. Ob ein Recht die Freiheit des Eigenthums festhält, wie es das römische that, oder sie Preis gibt, wie unser deutsches, ist für eine Reihe der wichtigsten Verhältnisse z. B. die Landwirthschaft, den Grundadel u. s. w. von entscheidendem Einfluß.

Das Eigenthum gewährt die Möglichkeit der unbeschränkten Benutzung und Verfügung über die Sache. Die Freiheit des Eigenthums würde sich also daran zu bewähren haben, daß Dispositionen des Eigenthümers, die eine Verkümmernng dieser Bollgewalt beabsichtigten, nichtig sein müßten. Nicht aber etwa Dispositionen, wodurch der Eigenthümer nur sich selbst bindet oder sein Recht aufgibt z. B. Verkauf, Tradition der Sache, — mittelst ihrer bethätigt er ja gerade seine Herrschaft als Eigenthümer — sondern nur diejenigen, wodurch das Eigenthum selbst ergriffen, die Sache belastet, gebunden wird. Der Unterschied liegt auf der Hand; dort betrifft die Verfügung nur das relative Verhältniß dieses Eigenthümers zur Sache, der absolute Gehalt des Eigenthums aber wird gar nicht vermindert, ja der Nachfolger hat ein völlig ungeschwächtes und unverfüztes Eigenthum; hier hingegen würde die Wirkung der Disposition, die Gültigkeit derselben vorausgesetzt, in einer Verminderung des absoluten Eigenthumsgehaltes bestehen, das Recht des gegenwärtigen wie zukünftigen Eigenthümers ein unvollständiges und verkümmertes werden. Diese Verkürzung des Eigenthumsgehaltes könnte entweder das Veräußerungsrecht zum Gegenstand haben (gänzliche Entziehung oder Erschwerung desselben z. B. Familiensfideikommiss, bedingte Uebertragung

---

*precario possideat, numquid exceptione adjuvandus est, ne ante ei possessio auferatur? Sed nulla vis est hujus conventionis, ut rem alienam domino invito possidere liceat. Im Besitz liegt das Recht der Ausschließung jedes andern, es ist dies die Freiheit, die der Besitz mit sich bringt, folglich ein Vertrag, der diese Freiheit aufgibt, vom Standpunkt des Besizers aus unwirksam. L. 2 §. 2 *ibid.**

seiner Ausübung = Pfandrecht) oder das Nutzungsrecht (totale oder partielle Uebertragung desselben auf einen andern z. B. ususfructus, servitutes praediorum, Zehnten u. s. w.). Einen weiteren Schritt auf dieser Bahn hat das deutsche Recht gemacht, indem es nicht bloß Dispositionen, wodurch etwas dem Eigenthum Angehöriges von demselben losgelöst wird, ohne Beschränkung anerkennt (was sich immer noch unter den Gesichtspunkt einer Verminderung des Eigenthums bringen läßt), sondern selbst solche, die dem Eigenthum einen ihm fremden negativen Bestandtheil aufbürden, nämlich eine Obligation, die der jedesmalige Eigenthümer zu tragen hat (Reallasten) oder gar eine die persönliche Freiheit desselben alterirende Beschränkung (Leibeigenschaft).

Was ist nun von diesem System der Beschränkung des Eigenthums<sup>355</sup>) zu halten? Man hat demselben eine vortheilhafte Seite abzugewinnen gewußt, indem man den Gesichtspunkt einer hier Statt findenden reicheren Entwicklung des Eigenthumsbegriffs geltend machte. Gewiß; in demselben Sinn, in welchem ein Mediciner eine recht gefährliche Krankheit höchst interessant finden kann. Aber es fragt sich, ob jenes System für das Leben ein Uebel oder eine Wohlthat genannt werden soll, und da lautet das Urtheil doch etwas anders. Wenn der Eigenthümer der Sache Lasten auflegt, so bewegt er sich scheinbar nur innerhalb des Eigenthumsbegriffs, in der That aber versündigt er sich gegen die Idee des Eigenthums. Das Anrecht auf Freiheit des Eigenthums, das die folgenden Generationen mitbringen, ist durch den frühern Innehaber in einer leichtsinnigen Stunde consumirt; er hat eine Anleihe gemacht auf ihre Kosten, ihnen eine Last aufgebürdet, von der sie sich nicht mehr befreien können; eine Uebereilung, ein Mißgriff

355) Ich habe im folgenden nur das unbewegliche Eigenthum im Auge; die Natur der beweglichen Sachen, die Vergänglichkeit und mangelnde lokale Gebundenheit derselben bringt es mit sich, daß die Frage für sie nur ein höchst untergeordnetes praktisches Interesse haben kann.

schleppt sich fortan durch alle Jahrhunderte durch. Man schlage die Folgen nicht zu gering an. Ich lege das Hauptgewicht nicht sowohl auf die pekuniäre, als auf die moralische Werthverminderung der Sache. Der moralische Einfluß, den das Grundeigenthum auf den Eigenthümer ausüben kann und soll, die Hervorbringung und Unterhaltung eines würdigen Freiheits- und Unabhängigkeitsgefühls, die Verkettung der Person mit der Sache, die Liebe und Anhänglichkeit an ihr kann durch das Recht der Einmischung und des Einspruchs, das einem Dritten gegeben ist, ganz verkümmert werden. Ein freier Mann ein freies Gut; ein unfreies Gut ein dauerndes Zerwürfniß des Besitzers mit seinem Besitzthum und ein Hemmschuh guter Landwirthschaft. Dem Besitzer zu verstaten, beliebig sein Gut zu verkaufen, hat für den Staat keinen Nachtheil; es wechselt nur die Person, die Sache bleibt, wie sie war. Ihm aber zu erlauben, den nöthig gewordenen Verkauf dadurch zu umgehen, daß er intellektuelle Werththeile desselben veräußert, sich durch Auflage von ewigen Renten, Lasten u. s. w. auf die Sache Geld verschafft, diese innere Entnervung und Abschwächung des Eigenthums und das Maß, bis zu dem sie getrieben werden soll, ganz seinem Belieben anheimzustellen, involvirt von Seiten der Gesetzgebung eine unglaubliche Kurzsichtigkeit und Sorglosigkeit. Es findet hier nicht eine bloße Theilung des Grundwerths Statt, so daß der Empfänger des idealen Werththeils ebenso viel erhielte, als der Geber verlöre, sondern es geht hier ein beträchtlicher Theil geradezu verloren, ebenso als wenn Jemand z. B. von einem Kunstwerk ein Stück abreißen und verkaufen wollte, um nicht genöthigt zu sein, das Ganze zu veräußern. Der wahre Preis, um den das beschränkende Recht des Dritten erkaufte wird, ist ein verkümmertes, krüppelhaftes, moralisch und ökonomisch stoches Eigenthum.

Dies die Gefahren und Nachtheile, die mit dem System der Eigenthumsbelastung, wenn es sich, wie dies bei uns in Deutschland der Fall war, in unbeschränkter Weise entwickeln kann,

unzertrennlich verbunden sind. In dieser seiner vollständigen Entfesselung wird es zu einem wahren Krebs des Eigenthums, der sich hinterher nur noch durch Gewaltmaßregeln extirpiren läßt. Es soll damit aber keineswegs auch der richtige, behutsame Gebrauch jenes Systems verworfen werden. Worin besteht derselbe? Die entscheidenden Gesichtspunkte sind theils das Maß der Belastung, theils die Dringlichkeit des zu erreichenden Zwecks: ein wirkliches Bedürfniß des Verkehrs. Das ältere römische Recht liefert uns in dieser Beziehung ein sehr lehrreiches Beispiel. Die Römer mit ihrem wunderbaren Instinkt haben von altersher die feine Gränzlinie entdeckt, die hier das Rechte vom Verkehrten scheidet. Die einzige Art der Belastung des Grundeigenthums, die das ältere Recht kennt, sind die Servituten; <sup>356</sup>) und sie waren (nicht durch ein äußeres Gebot, sondern durch meisterhafte Erkennung ihres wahren Wesens, durch die treffende Formulirung des Begriffes selbst) auf ein Maß zurückgeführt, in dem sie nie eine dem Eigenthum gefährliche Richtung gewinnen konnten. Bei den Personalservituten, die relativ spätern Ursprungs zu sein scheinen, <sup>357</sup>) lag die Schranke in ihrem vergänglichen Charakter; sie erloschen mit dem Tode oder einer *capitis deminutio* des Berechtigten. Die Prädialservituten tragen gerade den entgegengesetzten Charakter, ja derselbe ist ihnen so wesentlich, daß sie auf vorübergehende Zeit gar nicht errichtet werden können. Die Römer gehen von der Idee aus, die gegenseitige Aushülfe unbeweglicher Sachen verdient nur dann in Form der Servitut vermittelt zu werden, wenn sowohl

356) Denn von dem Pfandrecht kann nicht die Rede sein, da die *fiducia* eine Uebertragung, das alte *pignus* aber keine Belastung des Eigenthums enthält, und schwerlich bei Grundeigenthum vorgekommen sein mag. Nur die Subsignation der Grundstücke beim *Aerar* von Seiten der Staatsschuldner (Bachofen Pfandrecht B. I S. 217 fl.) würde hier zu nennen sein, wenn sie bereits dem ältern Recht angehörte, wofür mir jedoch kein Zeugniß bekannt ist.

357) Bb. 1. S. 207.

das Interesse von Seiten des einen, als die Leistungsfähigkeit von Seiten des andern Grundstücks dauernder<sup>358)</sup> Art ist; für

358) Hinsichtlich der Dauer findet eine Verschiedenheit derselben Statt, bestimmt durch die verschiedene Dauerhaftigkeit der praedia rustica und urbana. Bei beiden hat der Untergang der, so zu sagen, berechtigten Sache den Untergang der Servitut zur Folge, also z. B. das Abbrennen des Hauses, arg. L. 20 §. 2 de S. P. U. (8. 2). Wollte man einer für ein Haus bestimmten Servitut z. B. einer serv. altius non toll. eine von dem Untergang des Hauses unabhängige Existenz geben, so hieß das, sie statt an die superficies an das solam knüpfen (L. 3 de serv. [3. 1]); umgekehrt konnte man eine in der Regel an das solam gekettete Servitut an die superficies knüpfen (L. 13 pr. de S. P. R. [8. 31]), z. B. eine Weggerechtigkeit, wovon die Folge war, daß die Servitut mit dem Untergang des Quasi-Subjekts, des Hauses, hinwegfiel. Wenn nicht gesagt war, wie die Partheien sich das Verhältniß gedacht hatten (z. B. ein Hausbesitzer läßt sich einen Weg über den benachbarten Hof bestellen: inhärrt die Servitut der superficies oder dem solam?), so präsumirte man je nach Verschiedenheit des Inhalts bald das eine, bald das andere, und mit Rücksicht hierauf hatte die Praxis eine Klassifikation der verschiedenen möglichen Servituten vorgenommen; wir besetzen sie in der bekannten Liste der Servitutes Praediorum urbanorum und rusticorum. Dies war meiner Ansicht nach der praktische Zweck jener Eintheilung. Ebenso präsumirte man, wenn aus der Zahl jener Servituten eine bestellt war ohne Angabe, ob sie ihm schlechthin (als Personalservitut) oder ihm nur in seiner Qualität als Eigenthümer dieses Grundstücks zustehen solle, für letzteres. Das Motiv, das ich hiermit der Eintheilung der Servituten unterschiebe, beruht auf einem praktischen Bedürfniß, das sich überall geltend machen wird. Eine nähere Ausführung wäre hier nicht am Platz, ich bitte aber jeden, der meine Ansicht einer Prüfung würdigen will, die in der ganzen römischen Servitutentheorie mit Nothwendigkeit liegende Konsequenz, daß die S. P. U. mit dem praed. urbanum untergehn muß, nicht außer Acht zu lassen. Eine S. P. U. bestellen hieß bei den Römern eine Servitut auf die Dauer eines Gebäudes beschränken.

In das Bewußtsein der heutigen Praxis ist jene Konsequenz, daß mit dem Gebäude auch die demselben zustehende Servitut untergeht, nicht übergegangen; bei uns werden im Zweifel alle Prädiatservituten als S. P. R. behandelt und bloß in dem Fall, wenn die Partheien die Servitut nachweisbar nur für dies bestimmte Gebäude, so lange es als solches existirt, bestimmt haben, kommt bei uns eine S. P. U. im römischen Sinn vor. Für eine solche würde unsere heutige Jurisprudenz, so wie sie jenen Unterschied der S. P. U. und R. aufzufassen pflegt, gar keine Bezeichnung haben.

vorübergehende Verhältnisse dieser Art ist die *Obligatio* ebenso sehr die entsprechende Form, wie sie bei ihrer Empfindlichkeit gegen den Wechsel der Besitzer und der Generationen für jene Verhältnisse durchaus ungeeignet sein würde. Die Garantie, die bei den Personalservituten ganz abgesehn von allem Inhalt in dem Moment der Vergänglichkeit lag, mußte hier bei den Prädialservituten durch Beschränkung des Inhalts der Servitut erreicht werden, und zwar geschah dies in der Weise, daß man den Gesichtspunkt festhielt: die Prädialservituten haben nicht den Zweck, dem Besitzer Vortheile zuzuwenden, die von dem Besitz eines Grundstücks unabhängig sein könnten, die ihm bloß persönlich einen Gewinn oder eine Annehmlichkeit gewähren würden, sondern sie sollen ein Interesse der Sache selbst befriedigen, ihr, so zu sagen, behülflich sein, ihre ökonomische Bestimmung zu erreichen. Welcher Servituteninhalt nach diesem Gesichtspunkt möglich sei, hatte die Praxis entschieden; es läßt sich denken, daß auch hier wie überall eine allmähliche Entwicklung Statt fand, daß man die Servitut ursprünglich mehr auf die Fälle eines eigentlichen Bedürfnisses einschränkte (Weggerechtigkeiten und Wasserservituten), später aber jenen Gesichtspunkt mit größerer Freiheit handhabte.<sup>359)</sup>

359) So daß also namentlich die *servitutes praed. urban.* spätern Ursprungs wären, was ich schon aus dem Bd. 1. S. 207 angegebenen Grunde für wahrscheinlich halte. Ich meine, man muß bei den Servituten davon ausgehen, daß ein unmittelbares Bedürfnis sie hervorgerufen hat, dies ist bei den im Text genannten der Fall; die übrigen *S. P. R.*, so wie sämtliche *S. P. U.* konnten höchstens auf ein hypothetisches Bedürfnis fußen (d. h. wenn ich gerade so und gerade an dieser Stelle bauen, für mein Vieh nicht auf meinem eigenen Landgut Weiden einrichten wollte u. s. w.), also auf einen Grund, der in der Hand der Parthei selbst lag. Der Strenge des alten Rechts gegenüber kann ich darin nur Concessionen gegen eine nach freierer Bewegung und größerer Behaglichkeit verlangenden Zeit erblicken. Diese Ansicht ist übrigens bereits von Andern ausführlicher begründet, und genügt es hier Bezug zu nehmen auf G. Zachariä v. Lingenthal über die Unterscheidung zwischen *servit. rust.* und *urb.* und H. Elvers die Servitutenlehre Bd. 1 S. 1—16.

Das Bedürfnis des herrschenden Grundstücks kam nur dann zur Sprache, wenn es sich um das Maß einer concreten, dem Inhalt nach nicht genau abgegränzten Servitut handelte; nicht aber als Bedingung für die Errichtung einer Servitut überhaupt.<sup>360</sup>) Darin, daß die Servitut, wenn sie zwei Jahre hindurch nicht ausgeübt war, unterging, lag nur eine Consequenz des obersten Gesichtspunktes, denn es ließ sich mit gutem Grunde annehmen, daß eine Servitut, deren der Berechtigte sich zwei Jahre hindurch nicht bedient hatte, durch ein wirkliches Bedürfnis fernerhin nicht mehr geboten oder es von Anfang an nicht gewesen war.

Die Servitut war nun das einzige Verhältnis, mittelst dessen der Eigenthümer die Freiheit des Eigenthums beschränken konnte, und ganz treffend redete die Sprache hier von einem Zustand der Unfreiheit der Sache selbst (*servit praedium, servitus*), wie bei Aufhebung desselben von einer Wiederherstellung der Freiheit (*usucapio libertatis, praedium liberum*).<sup>361</sup>) Die Dispositionsbefugnis des Eigenthümers war hier in so enge Grenzen eingeschlossen, daß dem Eigenthum eine erhebliche Gefahr nicht drohte. Abgesehen von diesem einzigen Verhältnis hatte aber der Eigenthümer über die Freiheit des Eigenthums keine Macht; sich selbst konnte er binden und ruiniren, das Eigenthum und den zukünftigen Eigenthümer nicht.

360) Das Institut hätte dadurch an praktischer Brauchbarkeit unendlich eingebüßt. Die Rücksicht auf die formale Realisirbarkeit (Vd. 1. S. 42) machte es nöthig, daß man die Frage von dem Bedürfnis, Interesse u. s. w. der Servitut in abstracto erörterte und feststellte und sich damit der Nothwendigkeit einer Beantwortung derselben für den concreten Fall überhob, d. h. man fragte: welche Servituten sind für den Verkehr ein Bedürfnis, nicht aber ob z. B. dieser Weg für dieses Grundstück unentbehrlich oder entbehrlich gewesen sei.

361) Der Ausdruck *servitus* blieb auf dies Verhältnis beschränkt (S. jedoch L. 86 §. 4 de leg. I [30]), auch nachdem im neuern Recht andere Arten der Eigenthumsbeschränkung hinzugekommen waren, eine Erscheinung, die sich im römischen Recht bekanntlich öfter wiederholt (z. B. *contractus, delicta* u. s. w.).

Die Verschiedenheit, die in dieser Beziehung zwischen dem römischen und dem modernen Recht besteht, ist namentlich für das Erbrecht interessant. Die Gegensätze zwischen Freiheit und Gebundenheit haben sich hier in eigenthümlicher Weise vertheilt. Nach römischem Recht beschränkt sich die testamentarische Dispositionsbefugniß lediglich auf das relative Verhältniß des Eigenthümers zum Eigenthum; sein Recht kann er vermachen, wem er Lust hat, in dieser Beziehung ist er völlig unbeschränkt. Dagegen den absoluten Gehalt des Eigenthums kann er abgesehen von der Anordnung von Servituten nicht verkürzen, der Erbe bekommt das Eigenthum in der ganzen Freiheit, die der Eigenthumsbegriff mit sich bringt, kann also unter Lebenden wie im Testament ganz nach eigenem Belieben disponiren. Bei den modernen Völkern gerade umgekehrt; dort Beschränkungen der Dispositionsbefugniß, hier eine Erweiterung derselben bis zu dem Grade, daß der Wille des Testators das Eigenthum für alle Zeiten, so zu sagen, lahm legen kann (Familiensfideikommiss u. s. w.). Ich will die Trifftigkeit des Motivs dieser Verschiedenheit nicht verkennen, nämlich die Rücksicht auf die Familie, und am wenigsten hinsichtlich des ersten Punktes. Was aber den zweiten betrifft, so muß man, um ein richtiges Urtheil über denselben zu gewinnen, sich nur vergegenwärtigen, wohin es führen würde, wenn nicht bloß ein einzelner Stand, sondern alle Klassen des Volks in größerem Maßstabe von jener Befugniß Gebrauch machen würden. Das ganze Eigenthum im Staat könnte auf diese Weise einer rechtlichen Erstarrung anheim fallen, die Freiheit des Verkehrs für ewige Zeiten gelähmt, der Fortschritt namenlos erschwert, ja vielfach völlig unmöglich gemacht werden. Sollte ein solches widersinniges Resultat — vom nationalökonomischen Gesichtspunkt ganz zu schweigen — dem Prinzip der Gerechtigkeit angemessen sein? Sollte die Gegenwart das Recht haben, der Zukunft Fesseln anzulegen und sie unter eine cura prodigi zu stellen? Man möge eine solche Institution aus politischen Gründen als Privilegium eines

einzelnen Standes rechtfertigen — darauf will ich mich nicht einlassen; aber man möge aufhören, uns dieselbe vom rechtlichen Standpunkt aus zu rühmen und dem römischen Recht einen Vorwurf daraus zu machen, daß es dieselbe nicht geduldet hat. Gerade hier hat das römische Recht in meisterhafter Weise das der Idee des Rechts Entsprechende gefunden, und nirgends zeigt sich wohl die Hohlheit aller jener Phrasen von dem unsittlichen Charakter des römischen Freiheitsbegriffs so sehr in ihrer wahren Gestalt, als bei dem Gesichtspunkt, den wir in dem gegenwärtigen Paragraphen durchgeführt haben, und den wir schließlich in den Satz zusammenfassen wollen:

daß die Freiheit als Bedingung sittlicher Entwicklung etwas über dem Menschen Erhabenes ist, ein Gut, das er rechtlich weder sich selbst, noch seinen Nachkommen verkümmern kann.

#### 4. Die Wohlfahrtsfrage und der Staat.

Theilnahme des Staats für das Wohl des Individuums — die s. g. sociale Frage — Quellen des Pauperismus (der Sklave der böse Feind der römischen Gesellschaft) — die Stellung der höhern Stände (sociale Verpflichtung derselben) — Maßregeln von Seiten des Staats.

XXXIV. Nachdem wir jetzt das System der subjektiven Freiheit nach seinem Inhalt und Umfang haben kennen lernen, bleibt uns noch eine Frage übrig, die für die richtige Beurtheilung desselben von entscheidender Bedeutung ist, und die wir kurz dahin ausdrücken können: beruhte dies System auf einem negativen Verhalten des Staats zum Individuum oder auf dem positiven Willen desselben? Mit andern Worten: ging der römische Staat von der Vorstellung aus, daß die subjektive Rechtssphäre, soweit nicht sein eignes unmittelbares Interesse ins Spiel komme, für ihn etwas Gleichgültiges sei, daß er wenig-

stens nicht das Recht oder den Beruf habe, im Interesse der privaten Wohlfahrt beschränkend in dieselbe einzugreifen? Oder aber: unterließ er letzteres, weil er positiv diese Freiheit wollte, weil sie ihm unentbehrlich erschien? In ersterem Fall würde sich der Indifferentismus des Staats gegen das individuelle Wohl als der Umstand bezeichnen lassen, dem unser System sein eigentliches Gedeihen zu verdanken gehabt hätte, und es bedarf nicht der Bemerkung, daß dasselbe unter dieser Voraussetzung eine sehr rohe Auffassung vom Beruf des Staats bekunden, der culturhistorische Höhenpunkt desselben mithin ein sehr niedriger sein würde. Ich halte diese Auffassung für entschieden verkehrt und hoffe sie im folgenden vollständig widerlegen zu können. Sie ist zwar meines Wissens noch von Niemanden geradezu als These aufgestellt und vertheidigt — man würde sich dann wohl von ihrer Unhaltbarkeit überzeugt haben — aber Anklänge an dieselbe sind mir doch nicht selten begegnet, und ganz abgesehen davon ist die Frage selbst für unsere ganze Untersuchung zu wichtig, als daß wir ihr aus dem Wege gehen dürften.

Schon unsere bisherige Darstellung setzt uns in Stand, uns von der Irrigkeit jener Auffassungsweise zu überzeugen. Der Gesichtspunkt nämlich, den wir im vorigen Paragraphen gefunden haben, dokumentirt eine positive Pflege der Freiheit von Seiten des Staats, lehrt uns, daß dieselbe nicht als etwas lediglich dem subjektiven Belieben Anheimfallendes angesehen, sondern in ihrer Gegenfälligkeit zur subjektiven Laune und Willkühr richtig erkannt und geschätzt ward, mit andern Worten, daß sie einen objektiven Gedanken des Rechts bildete.

Es soll jetzt noch auf anderem Wege die Irrigkeit jener Auffassung nachgewiesen werden, dadurch nämlich, daß wir die Frage aufwerfen und beantworten, ob denn der römische Staat das Subjekt ganz seinem Schicksal überlassen, sich um das Wohl und Wehe desselben, um die Privatinteressen und das Leben und Treiben innerhalb der privaten Rechtswelt gar nicht ge-

kümmert habe. Gelingt es uns das Gegentheil nachzuweisen, so wird damit jeder Zweifel über das wahre Verhältniß des Staats zum System der Freiheit beseitigt sein.

Daß das Verhältniß des Bürgers zum Staat in Rom ein viel innigeres war, als heutzutage, ist bekannt. Das römische Rechtsgefühl wußte allerdings das Recht des Einzelnen von dem des Staats sehr wohl zu trennen, und wenn wirklich die naturrechtliche Doktrin, wie neuerdings behauptet ist, den Gedanken einer solchen Scheidung erst dem römischen Recht hätte entziehen müssen, so brauchten wir diese Entlehnung nicht zu bedauern, sondern uns nur zu schämen, die einfache Wahrheit, daß die Persönlichkeit ihr Recht mit auf die Welt bringt, ein Recht von Gottes Gnaden, das jeder Staat respektiren soll, nicht von selbst gefunden zu haben. Mit dieser Abgränzung der Rechtssphären des Staats und des Einzelnen vertrug sich aber in Rom das innigste Verhältniß beider sehr wohl, so wie die rechtliche Verschiedenheit zweier Personen der völligen Einigung derselben in der Liebe nicht im Wege steht. Die Liebe verlangt nicht, daß die rechtliche Scheidelinie hinwegfalle, denn für sie existirt diese Schranke nicht, sie überspringt sie. So postulierte das römische Rechtsgefühl jene Demarkationslinie zwischen dem Recht des Subjekts und dem des Staats, aber nicht, damit sich eine egoistische, engherzige Gesinnung in Sicherheit hinter dieselbe zurückziehe, sondern damit die freie Hingabe und Aufopferung ihren Werth und ihre Ehre habe. Wie kalt, wie fremd, wie liebeleer ist im allgemeinen das heutige Verhältniß des Bürgers zum Staat; wie warm, wie innig, wie von wirklicher Liebe beseelt in Rom! Der heutigen Vorstellung erscheint der Staat als abstracte dem Einzelnen gegenüber stehende Persönlichkeit, der römischen als die höhere, den Einzelnen umfassende und durch ihn mitgebildete Einheit.<sup>362)</sup>

362) Daher auch die Auffassung vom Vermögen des Staats eine so völlig verschiedene. Uns erscheint dasselbe als Eigenthum des Subjektes Staat, also als fremdes, dem Römer als sein eignes, ihm mit seinen Genossen ge-  
 zehring, Geist d. röm. Rechts. II.

Die Interessen des Staats sind daher nicht bloß mittelbar, sondern unmittelbar seine eignen, so wie es die der Societät für den Gesellschafter sind; Hingabe an den Staat ist folglich nicht Hingabe an etwas Fremdes, sondern Unterordnung der rein partikulären Zwecke unter die gemeinsamen, des niedern Guts unter das höhere.

Bei diesem Verhältniß zwischen dem Staat und seinen Bürgern, bei dieser innigen Verschlingung ihrer beiderseitigen Interessen verstand sich die Fürsorge des Staats für das Wohl des Bürgers eigentlich ganz von selbst. Die Energie, mit der er die Rechte seiner Bürger nach außen hin vertrat, ist bekannt, dürfte hier aber am wenigsten schwer ins Gewicht fallen; wir werden also nur die Thätigkeit des Staats in ihrer Richtung nach innen hin einer nähern Betrachtung zu unterwerfen haben, namentlich die Sorge für das ökonomische Loos der ärmern Klassen.

Von altersher gab es in den römischen Zuständen einen höchst bedenklichen Punkt, vielleicht läßt er sich geradezu als der Todeskeim bezeichnen, an dem Rom später zu Grunde gegangen ist. Es war dies die schadhafte Gestaltung des Systems der Gütervertheilung und Vermögenscirculation. Die Ungleichheit in der Vertheilung der Güter ist das unausbleibliche Resultat des freien Verkehrs, und vermöge der Anziehungskraft, die das größere Vermögen auf das kleinere ausübt, wiederholt sich überall die Erscheinung, daß das Vermögen vorzugsweise zu den Theilen hinströmt, an denen es sich bereits in größeren Massen angesammelt hat. In Rom war aber dieser Andrang nach einzelnen Theilen durch eigenthümliche Verhältnisse in ungewöhnlicher Weise gesteigert und umgekehrt das Rückströmen des Vermögens in die entblößten Theile äußerst erschwert. Nirgends ward der Reiche so leicht Millionär, der Unbemittelte so

---

meinschaftliches, die res publica gehört ihm mit. Einen interessanten Beleg für diese Bd. 1, S. 195 entwickelte Auffassung s. bei Cicero Tuscul. III. 20.

leicht Bettler, als hier; nirgends war die Gränzlinie zwischen beiden Extremen so schmal, so schwer zu behaupten; ein Schritt nach der einen oder andern Seite, und lawinenartig wuchs die Noth oder der Ueberfluß.

Der Grund dieser Erscheinung lag zunächst in der ungleichen Vertheilung des Druckes, den die Kriege auf die ökonomische Lage der wohlhabenden und ärmeren Klasse ausübten. Die Kriege riefen allerdings den Reichen nicht minder, als den Armen von seinen Feldern, aber mit dem ungeheuern Unterschied, daß die des Armen inzwischen unbebaut liegen blieben, die des Reichen aber von Sklaven bebaut wurden.<sup>363)</sup> In ältester Zeit freilich, als die Kriege mehr den Charakter von Raubzügen trugen, mochte die Feldarbeit kaum darunter leiden; sie wurden in der Regel in Zeiten verlegt, wo es auf dem Felde nichts zu thun gab. In demselben Maße aber, als die Kriege an Bedeutung gewannen, der Kriegsschauplatz ein entfernterer, die Dauer des Feldzuges eine längere ward, in demselben Maße mußte die Landwirthschaft dies verspüren. Aber, und dies ist der entscheidende Punkt: nicht schlechthin — das hätte zwar den Wohlstand des gesammten Volks beeinträchtigen, nicht aber das Verhältniß des Besitzstandes der einzelnen Klassen so völlig verändern können. Entscheidend ward hier jener Unterschied in der Bewirthschaftung des Landes: ob nämlich der Besitzer seine Felder selbst bestellte, oder sie durch Sklaven versehen ließ. Der letztern Methode der Bewirthschaftung war der Krieg ungefährlich, da er ihr keine Arbeitskräfte entzog, für die erstere hingegen bedeutete jeder Krieg von längerer Dauer eine Störung,

363) Hierauf legt auch Appian. de bello civili I. c. 7 allen Nachdruck, nur hat er, was die Folgen dieses Unterschiedes anbelangt, nicht den eigentlich entscheidenden Punkt getroffen, sondern sich an ein weniger wesentliches Moment gehalten. Er motivirt nämlich den Reichtum der großen Grundbesitzer dadurch, daß ihre familia rustica sich wegen ihrer Befreiung vom Kriegsdienst ins Unermeßliche habe vermehren können, während die freie Bauernbevölkerung durch die Kriege decimirt worden sei.

wohl gar einen völligen Stillstand der Cultur. Daß aber jene Bewirthschaftungsmethode für kleinere Grundstücke, die nur den Mann selbst nährten, die Haltung eines Sklaven also weder erforderten, noch ertrugen, ebenso unanwendbar, wie sie für größere Güter geboten war, braucht kaum gesagt zu werden.

Diese Eine Differenz war nun äußerst folgenreich. Es ist bekannt, daß jeder Ausfall in der Aerndte ein Steigen der Preise zur Folge hat. Die Entwicklung des heutigen Handels, die Sicherheit, Raschheit, Leichtigkeit unseres Transportsystems bewirken, daß diese Steigerung sich heutzutage über die weitesten Kreise vertheilt und dadurch für die von dem Ausfall betroffenen Gegenden verhältnißmäßig auf ein Minimum reducirt wird. Ganz anders im Alterthum. Der Kornhandel ward allerdings auch damals schon mit einer gewissen Großartigkeit betrieben, aber er hatte doch weder die Universalität hinsichtlich seiner Ausdehnung, noch auch die innere Organisation gewonnen, daß er eine solche wohlthätige Wirkung in größerem Maßstabe hätte ausüben können. Der Kornwucher, der heutzutage durch die moderne Gestalt des Kornhandels in die engsten Gränzen eingeschlossen ist, konnte sich aus dem Grunde im Alterthum zu furchtbarer Höhe steigern.<sup>364)</sup> Dazu kam ganz abgesehen von der Unvollkommenheit des Transportsystems die völkerrechtliche Unsicherheit des Handels, die letzteren verhinderte mit so geringen Kosten und mit der Regelmäßigkeit und Sicherheit zu operiren, wie es der heutige Kornhandel kann. Daher dann der lokale Charakter der Theuerungen und das enorme und fast ungläubliche Schwanken der Getraidepreise.<sup>365)</sup>

364) S. darüber z. B. Böck Staatshaushaltung der Athener Bd. 1, Buch 1. S. 15 (der ersten Ausg.; die zweite ist mir nicht zur Hand).

365) Hinsichtlich Griechenland ist dies von Böck a. a. D. nachgewiesen. In Athen, wo der Medimnus unter Solon 1 Drachme gekostet hatte, stieg er einmal auf 16. Für Rom hat C. F. L. Schulz Grundlegung zu einer gesch. Staatswissenschaft der Römer S. 502 u. fl. das Gegentheil behauptet, allein für die ältere Zeit gewiß mit Unrecht. Allerdings trat späterhin in

Machen wir davon nun die Anwendung auf unsere vorliegende Frage, so können wir uns selbst sagen, wie der durch die Kriege veranlaßte Ausfall in der Aernde wirken mußte. Die Preise gingen sofort in unverhältnißmäßiger Weise in die Höhe, die Reicherer, die allein im Stande gewesen wären, im größeren Maßstabe Kornzufuhren zu bewerkstelligen und dadurch die Preise herunterzudrücken, hatten ein Interesse daran, daß dies nicht geschah,<sup>366)</sup> denn gerade sie waren in dem Fall zu verkaufen und beuteten in jeder Weise die Conjunction aus — finanziel und politisch.<sup>367)</sup> Daher ihr Haß gegen den Sp. Mälius,

demselben Maße, als Rom seine Herrschaft erweiterte, und als damit der Kornhandel an äußerer Sicherheit und geographischer Ausdehnung gewann, eine größere Gleichmäßigkeit der Kornpreise ein, allein selbst auch noch für diese Zeit weiß die Geschichte von auffallenden Schwankungen der Preise zu berichten. Im Jahr 544 kostete nach Polyb. IX, 44 der Medimnus (6 Modii) sicilischen Getraides in Rom 15 Denare, der Modius also, da der Denar damals 16 As galt, 40 As. Sechs Jahre später war der römische Markt dermaßen überfüllt (Liv. XXX. 38), daß den Schiffen die Ladung für die Fracht überlassen ward. Der Satz, für den Sicilien den Römern das Korn zu liefern hatte, war 3 und 4 Sesterzen für den Modius. Bei den öffentlichen Getraidespenden ward der Modius für 1 As und darunter abgegeben (s. u.). Von dem Aedilen C. Sejus, der bei einer Theuerung diesen Preis innegehalten, berichtet Cicero de off. II. 17, daß er keinen so sehr großen Schaden dabei gehabt habe. Im Jahre 314 war einmal durch besondere Umstände (Liv. IV. 12—16) der Marktpreis an drei aufeinander folgenden Markttagen auf 1 As herabgedrückt (Plin. Hist. Nat. XVIII, 4), und ein ähnliches Fallen kam späterhin noch einige Male vor. S. Niebuhr röm. Gesch. B. 1. Aufl. 4. S. 483.

366) Plin. Hist. nat. XVIII, 4 deutet auf ihren nachtheiligen Einfluß in dieser Beziehung hin (latifundia) singulorum arcentium vicinos. Kein Wunder, daß ein Zustand eintrat, der fast der Absperrung gleich kam. Liv. II. 34. caritas annonae ex in cultis per secessionem agris, fames deinde, qualis clausis foret.

367) Liv. IV. 12 .. regno prope per largitionis dulcedinem in cervices accepto. Darauf ging auch die Absicht des Soriolan. Liv. II, 34: si annonam veterem volunt, jus pristinum reddant Patribus. Um die zeitweise Nachgiebigkeit und politische Apathie der Plebs zu begreifen, darf man den Einfluß dieses Zwangsmittels nicht außer Acht lassen.

der ihnen in einem solchen Fall ihre Spekulationen vereitelt hatte. Die gegen ihn erhobene Anschuldigung, daß er nach dem Königthum strebe, war mehr ein Vorwand zur Rache, als der wahre Grund derselben. <sup>368)</sup>

Die Lage der Aermereu war bei so bewandten Umständen ganz unhaltbar. <sup>369)</sup> Bei unsern heutigen Verhältnissen kann Ein gutes Jahr allen Schaden des vorhergehenden schlechten Jahres für den Landwirth wieder ausgleichen. In Rom war dies nicht möglich. Denn in einem Jahr des Ueberflusses, wo auch der Aermere volle Scheunen hatte und ans Verkaufen denken konnte, standen die Preise natürlich am niedrigsten, vielleicht um das Vierfache und Mehrfache niedriger, als zu dem er selbst gezwungen gewesen war zu kaufen. Um das Kaufgeld aufzutreiben, hatte er zu enormen Zinsen Geld aufnehmen müssen. Die nächste Aermere sollte Kapital und Zinsen decken; kam dagegen abermals ein Kriegs- oder Nothjahr, so brachte dasselbe statt Hülfe nur dieselben Drangsale, also doppelte Lasten. Man hat den Grund der steten Verschuldung der Plebs in dem hohen Zinsfuß finden wollen. Letzterer war aber nur eine Wirkung des Uebels, nicht das Uebel selbst; ohne die angedeuteten Verhältnisse würde der kleine Grundbesitz dem großen Grundbesitz und Kapital nicht tributär geworden, der Zinsfuß selbst folgeweise kein so hoher gewesen sein.

368) Liv. II. 12—16. Aehnlich verhielt es sich wohl in ähnlichen Fällen z. B. bei Sp. Cassius, M. Manlius. Das eigentliche Motiv des Hasses lag nicht in den politischen Tendenzen des Gegners, sondern in den socialen Bestrebungen desselben, in den materiellen Nachtheilen, die man von seinen Neuerungen befürchtete. Man schob dann den Staat als den bedrohten Theil vor, während es doch nur der Gesellschaft gegolten hatte.

369) Ein Seitenstück zu dem im Text geschilderten Verhältniß findet sich auch heutzutage, nämlich im Weinbau, nur mit dem Unterschiede, daß die Ursachen, die hier dem großen Producenten ein so bedeutendes Uebergewicht über den kleinen geben, nicht in äußern Verhältnissen, sondern in der Natur des Weinbaues und Weinhandels ihren Grund haben. S. darüber Niehl die bürgerliche Gesellschaft. Stuttg. 1851. S. 60 ff.

Jenes unnatürliche Uebergewicht, das dem bisherigen nach der reiche Grundherr über den kleinen Mann ausübte, ward noch dadurch erhöht, daß ersterer in der Lage war, letzteren von der Concurrenz an den Vortheilen des *ager publicus* fast gänzlich auszuschließen. Aber ganz abgesehen hiervon war jenes Uebergewicht schon bedeutend genug, um uns die bekannte Thatsache zu erklären (S. 156), daß der kleine Grundbesitz sich neben dem großen nicht recht zu halten vermochte, und zum großen Theil von ihm absorbiert wurde.<sup>370)</sup> Das Mittel, das die *lex Licinia* dagegen ergriff, reichte nicht aus und, wie einmal die Verhältnisse lagen, gab es keins dagegen. Denn das einzige, das hätte helfen können, das Verbot der Bewirthschaftung durch Sklaven, war natürlich undenkbar; es hätte die Sklaverei selbst aufgehoben werden müssen! Die Bestimmung des Gesetzes, welche die Verwendung einer gewissen Anzahl freier Leute neben dem unfreien Gesinde vorschrieb, mochte den Nutzen haben, daß sie wenigstens einem Theile des ländlichen Proletariats ein angemessenes Unterkommen sicherte und die Bewirthschaftung der großen Güter um etwas vertheuerte, das Uebergewicht in der Concurrenz mit dem kleinen Grundbesitz also um ein geringes verminderte. Aber, wie schon gesagt, eine Abhülfe des Uebels selbst gewährte sie nicht, denn die Sklavenwirthschaft behielt immer zwei Vortheile, die sich durch nichts wieder ausgleichen ließen, einmal die größere Billigkeit der Arbeit und folglich der Production, sodann der oben hervorgehobene Umstand, auf den ich ein noch höheres Gewicht legen möchte, daß nämlich ein Krieg die Wirthschaft des kleinen Bauern störte, auf die des großen Grundbesitzers aber ohne allen nachtheiligen Einfluß war.<sup>371)</sup> Daß die *lex Licinia* ein Maximum des

370) Plinius H. N. XVIII. 7. Appian. I, 7. Bei Cicero de off. II, 21 die Aeußerung des Tribunen: non esse in civitate duo millia hominum, qui rem haberent. Liv. VII. 22 ... solutio aeris alieni multarum rerum mutaverat dominos.

371) Im Mittelalter war das Verhältniß das gerade entgegengesetzte.

Grundbesitzes (500 Jugera) und des Viehstandes (100 Stück Großvieh, 500 Kleinvieh) festsetzte, war für die eigentliche Kardinalfrage gleichfalls gleichgültig. Ein Gut von jenem Umfang war ein großes in unserm Sinn,<sup>372)</sup> an einer Ausdehnung desselben über diese Gränze hinaus lag nicht viel. Die Maßregel konnte schließlich nur dem großen Grundbesitz zu gute kommen, denn wenn auch alles überschüssige Land ursprünglich in kleinen Parcellen an ärmere Leute verkauft worden wäre, so mußte dasselbe nach dem oben entwickelten Gesetz zum größten Theil bald wieder zu größeren Complexen von 500 Jugera zusammenschließen. Das einzige also, was die *lex Licinia* durch diese Bestimmung wirklich erreichte, war der Erfolg, daß sie die Zahl der großen Grundbesitzer vermehrte, im Interesse der wohlhabenden Klasse die Millionäre verhinderte, ihr Vermögen in Grundbesitz anzulegen. Uebrigens stieß es schon von Anfang an auf so heftigen Widerspruch, daß es nicht einmal seine beschränkten Intentionen erreichte.<sup>373)</sup>

Den Gefahren, die aus der Verdrängung oder der beträchtlichen Verminderung des freien Bauernstandes erwachsen mußten, hätte man begegnen können, wenn man denselben als Pächterstand wieder an den Grund und Boden gefesselt hätte. Allein das System der Verpachtung der Güter in kleinen Parcellen,<sup>374)</sup> wie es z. B. in England besteht, war hier den Verhältnissen weniger entsprechend. Dieselben Gründe, die die Lage des kleinen

---

Der große Grundbesitzer, den vorzugsweise die Last der Kriegsführung traf, wäre durch den kleinen total ruinirt worden, wenn er nicht durch das Institut der Leibeigenschaft und das Verpachtungssystem und andere Mittel das Gleichgewicht wieder hergestellt hätte.

372) d. h. auf Sklavenwirthschaft angewiesen. Das normale Maß des kleinen Grundbesitzes war bekanntlich 7 Jugera, in den ältesten Zeiten sogar nur 2.

373) Appian. I, 8.

374) Ueber die verschiedenen Pachtssysteme, die zur Zeit der Republik vorkamen, s. R. W. Nitzsch die Gracchen und ihre nächsten Vorgänger. Berl. 1847. S. 188—190.

Bauern so sehr erschwerten, mußten dieselben Wirkungen äußern, wenn er sein früheres Eigenthum pachtete. Mit dem großen Grundbesitzer konnte nur der große Pächter konkurriren. So dürfen wir annehmen, daß das System der eignen Bewirthschaftung das bei weitem vorherrschende blieb,<sup>375)</sup> wenigstens so lange, als in den bisherigen Verhältnissen nicht eine Veränderung eintrat. Die Bildung des Colonats datirt aus weit späterer Zeit, das uralte Verhältniß der patronatischen Landleihe an den Klienten (Bd. 1, S. 234) tritt in der gegenwärtigen Periode so wenig hervor, daß wir ihm eine erhebliche Bedeutung für die vorliegende Frage nicht beilegen können.

Zu dem socialen Schaden, den wir bisher behandelt haben, gesellte sich noch ein anderer, nicht minder folgenreicher, der gleichfalls mit eigenthümlich römischen Verhältnissen zusammenhing. Es war dies die außerordentliche Beschränktheit des Systems der Erwerbsquellen, eine Erscheinung, die hier nicht, wie anderwärts, die natürliche Folge eines unentwickelten Verkehrs und einer niedern Culturstufe war, sondern das Werk socialer Vorurtheile. Für den Unbemittelten nämlich gab es in Rom Jahrhunderte lang nur Ein anständiges Erwerbsmittel, den Krieg. Der Römer faßte den Krieg als Erwerbsquelle auf, und es begreift sich von diesem Gesichtspunkt aus, daß man in dem Kriegsdienst nicht eine Last, sondern einen Vortheil erblickte, an dem man die Unmündigen nicht participiren ließ. Das Heer nahm die Vertheilung der Beute als Recht in Anspruch, und die Ueberweisung derselben an den Schatz erschien demselben als ein Raub an seinen Rechten.<sup>376)</sup> Hinsichtlich dieser Erwerbsquelle bestand eine scheinbare Gleichheit aller Stände, aber in

375) Die Römer waren der Verpachtung gar nicht geneigt. S. z. B. Columella I, 7, der sie nur ausnahmsweise und unter besondern Voraussetzungen zulassen will.

376) Liv. II. 42 . . malignitate patrum, qui militem praeda fraudaverent. Wie ergiebig diese Quelle mitunter war, geht aus Liv. XLII, 32: quia locupletes videbant u. s. w. hervor.

Wirklichkeit waren doch die Reichen im Vorthheil, dadurch daß sie nämlich die Nutzung des eroberten Landes, das ager publicus geworden war, vorzugsweise in ihre Hände zu bringen wußten. Die übrigen durch die römische Sitte als anständig bezeichneten Erwerbszweige setzten sämmtlich Vermögen voraus, und zwar, um mit Erfolg betrieben zu werden, ein bedeutendes. Hinsichtlich der Landwirthschaft ist dies so eben gezeigt worden, dieselbe Erscheinung aber wiederholt sich überall, wo das Kapital arbeitet. Dem kleinen Kapital war der Zutritt zu den meisten Geschäften, zum eigentlichen Geldmarkt so gut wie verschlossen; es sah sich beschränkt auf den Kleinhandel und das Zinsgeschäft. Die Uebermacht, die das große Kapital an und für sich schon hat, war in Rom durch ein eigenthümliches Moment noch außerordentlich verstärkt, nämlich durch die sociale Gestaltung der Macht der Geldaristokratie zu einem eignen Stande, dem der Ritter. Die Basis und das Motiv dieses Standes bestand im Kapitalreichtum als solchem im Gegensatz zu dem Grundbesitz. Rührigkeit, Betriebsamkeit, Unternehmungsgelbst sind die Eigenschaften, die ihn auszeichnen, er ist das einzige Element der römischen Gesellschaft, das sich sowohl was seine äußere Stellung zwischen der Aristokratie und dem Proletariat als seine Sinnesweise und seinen Lebensberuf anbetrifft, mit dem heutigen Bürgerstande vergleichen ließe. Darin, daß die Geldmacht sich hier zu einem eignen compacten, von corporativem Geist beseelten Stande abgeschlossen hatte, zu einem Stande, der in der Staatsverfassung selbst seine bestimmte Stellung angewiesen erhalten hatte und durch sein festes Zusammenhalten und seine ausgedehnten Verbindungen eine unüberwindliche Macht ausübte — darin liegt schon ausgesprochen, daß an eine Concurrnz mit ihm nicht zu denken, er vielmehr überall wohin er seine Speculationen ausdehnen wollte, ein absolutes Monopol mitbrachte. Der Großhandel, die Pachtung der öffentlichen Abgaben, Uebernahme ausverdingener öffentlicher Lieferungen und Arbeiten, Geldgeschäfte im größeren Maß-

stabe z. B. mit Staaten und Communen u. s. w. bildeten bekanntlich die Hauptgegenstände seiner Thätigkeit. Einer eigentlichen Achtung erfreute sich aber dieselbe nicht; der wahre römische Aristokrat hielt sie seiner für unwerth, <sup>377)</sup> er tolerirte sie beim Ritterstande, aber ohne sie zu ästimiren.

Was für Erwerbsquellen blieben nun außer den bisher genannten noch übrig? Diese Frage bringt uns auf den eben erwähnten zweiten Grundschaden der römischen Zustände. Heutzutage ringt das Talent und die Arbeit in tausend Formen mit dem Kapital. Die Kunst, die Wissenschaft, die Kirche, der Staatsdienst, der Kriegsdienst, das Handwerk, der Handel, die Fabrikation nehmen Tausende in Anspruch und gewähren Tausenden ihre Subsistenz. In Rom bestand aber hinsichtlich aller dieser Berufsarten und Erwerbszweige das eigenthümliche Verhältniß, daß sie, wenn sie nach Brode gingen, verachtet waren, und wenn sie geehrt waren, nicht nach Brode gingen. Zur ersten Klasse gehören der Staatsdienst, die Kunst und Wissenschaft; der Kriegsdienst war in alter Zeit kein eigener Lebensberuf, sondern allgemeine Bürgerpflicht, und die wenigen fundirten geistlichen Stellen kommen kaum in Betracht. Auf die eigentliche Handarbeit aber und selbst auf den Kleinhandel hatte das sociale Vorurtheil oder die Empfindlichkeit des republikanischen Stolzes einen Makel geworfen. <sup>378)</sup> Hier war die zweite

377) Daher ward z. B. den Senatoren der Betrieb der Aebderei untersagt. Liv. XXI, 63: *legem tulerat, ne quis senator quive senatoris pater (muß wohl heißen cuive senatorius) fuisset, maritimam navem, quae plus quam 300 amphorarum esset, haberet. Id satis habitum ad fructus ex agris vectandos; quaestus omnis patribus indecorus visus.* S. auch Ciceros Aeußerung über den Großhandel in der folgenden Note.

378) Cicero de off. I, 42. *Illiberales et sordidi quaestus mercenariorum omnium, quorum operae, non quorum artes emuntur: est enim in illis ipsa merces auctoramentum servitutis. Sordidi etiam putandi, qui mercantur a mercatoribus, quod statim vendant, nihil enim proficiunt, nisi admodum mentiantur ... opificesque omnes in sordida arte versantur, nec enim quidquam ingenuum habere pot-*

Gelegenheit, wo sich das Institut der Sklaverei an den Römern in einer nicht minder empfindlichen Weise rächte, als beim Grundbesitz. Wenn man die Sklaverei die Folie der römischen Freiheit genannt hat, wenn man das Sklaventhum als einen Abzugskanal bezeichnen könnte, in den die römische Freiheit alles Unsaubere, Unwürdige, alles, was das Gefühl der Ehre und Würde eines römischen Bürgers hätte beeinträchtigen können, entließ, so liegt darin zugleich, daß alle niedere Arbeit, die ausschließlich oder vorzugsweise dem Sklaven zugewiesen war, der Ehre verlustig ging, daß die Fertigkeit und Kunst selbst dadurch eine *ars illiberalis* ward d. h. eines Freien unwürdig. Mit dem Sklaven hierin zu rivalisiren, sich über die herrschenden Vorurtheile hinwegsetzen, hieß auf Rang und Stellung im Leben

---

*est officina .... mercatura autem ... sin magna et copiosa, multaque undique apportans multisque sine vanitate impertiens non est admodum vituperanda. Dionys. IX, 25. Liv. XXII, 25 ... loco non humili, sed etiam sordido natus. Patrem laetium fuisse ferunt, ipsum institorem mercis filioque hoc ipso in servilia ejus artis ministeria usum. Aur. Vict. de viris illustr. c. 72 .. nam pater ejus, quamvis patricius, ob paupertatem carbonarium negotium exercuit. Ipse primo dubitavit, honores peteret an (also als unvereinbare Gegensätze gedacht) argentariam faceret. Zu den Geschäften, qui in odia hominum incurrun et improbantur, zählt Cic. de off. I c. 42 auch die der *foeneratores*, und *ibid.* II c. 25 läßt er Cato auf die Frage: *quid fenerari* antworten: *quid hominem occidere?* — Es gab gewisse Gewerbe, die die Stiftung ihrer Innung auf Numa zurückführten Plutarch. Numa p. 71. Huschke *Verf. des Serv. Tullius* S. 149, Th. Mommsen *de collegiis et sodaliciis Romanorum* Kil. 1843. p. 27 sq. Daraus läßt sich auf das Alter dieser Innungen schließen, nicht auf ihr Ansehn. Die Handwerker = Centurien der Servianischen Verfassung (*Tibicines, Cornicines* und *Fabri*) waren keine Zünfte, sondern nichts anders als unsere heutigen Handwerkercompagnien und Regiments-Musikköre beim Militär, wie ein Blick auf den militärischen Zweck jener Verfassung lehrt. Die Annahme, „es habe ihnen dadurch ein höheres Ansehn im Staat verliehen werden sollen“ (*Muperti Handb. der röm. Alterth.* Bd. 1, S. 471), scheint mir nicht viel besser, als wenn man meinte, der heutige Staat wolle die Musik dadurch ehren, daß er die Regimenter mit Tambouren, Hornisten und Trompetern versehe.*

verzichteten, sich degradiren. Aber wer sich durch die Noth auch hierzu bestimmen ließ, ein wie ungünstiges Terrain fand er vor! Ueberall trat ihm die Concurrenz der billigen Sklavenarbeit hindernd in den Weg. Die grobe Handwerkerarbeit, alles, was zum regulären Lebensbedarf gehört, ward mit sehr unbedeutenden Ausnahmen in jedem größeren Hause durch Sklaven besorgt.<sup>379)</sup> Der Absatz war nach dieser Seite also vorzugsweise auf die untern Klassen beschränkt, mithin wenig ergiebig. Für die Handwerke aber, die eine höhere Geschicklichkeit und Uebung verlangten, gab es Officinen und Fabriken, die mit Sklaven betrieben wurden, neben denen also der freie Arbeiter, ganz abgesehen von dem erforderlichen Betriebskapital, bei gleicher Geschicklichkeit gar nicht, bei einem höhern Grade der Geschicklichkeit nur sehr schwer bestehen konnte. Im allgemeinen mußte sogar der Sklave den Vorsprung größerer Uebung und Fertigkeit voraushaben, aus dem einfachen Grunde, weil er sich ungestört und unausgesetzt seinem Geschäfte widmen konnte, während der freie Handwerker oft darin unterbrochen ward. Wenn der Sklav freigelassen ward, so setzte er das Gewerbe fort, und ihm mit seinen geringen Ansprüchen, seiner größeren Uebung und der Protektion eines mächtigen Patrons mochte dasselbe ein bescheidenes Auskommen gewähren, das dem freien Arbeiter weder sicher, noch vielleicht genügend, keinesfalls aber verführerisch genug war, um Viele zu veranlassen, den Troß und Stolz eines müßigen Proletariers mit der demüthigen Stellung eines solchen Arbeiters zu vertauschen. Der Uebergang von einer höhern gesellschaftlichen Stufe zu einer niedern hat etwas höchst widerstrebendes; wie heutzutage der verarmte Adlige „es für nobler hält, als aristokratischer Proletarier zu vegetiren, denn als tüch-

---

379) Dies ist bekannt. Ich verweise auf Gallus von Becker. Bd. 2 u. 3 der Ausg. von Rein. Eine Persiflage dieser Einrichtung s. bei Petronius Satiricon c. 38: Nec est, quod putes, illum quidquam emere, omnia domi nascuntur etc.

tiger Bürger sich einem ehrenwerthen Erwerb hinzugeben“ und selbst innerhalb des Bürgerstandes ein Individuum aus f. g. guter Familie lieber Abentheurer, Schauspieler u. s. w., als Handwerker wird, ebenso im alten Rom.

Wohin aber auch abgesehen vom Handwerk der Arbeit suchende Freie sich wandte, überall begegnete er demselben Erbfeind, dem Sklaven. So in der Schiffahrt, <sup>380)</sup> im Handel, <sup>381)</sup> im Steuerwesen, <sup>382)</sup> selbst in den untern Stellen der Staats- und Communal-Verwaltung (die *servi publici*). In allen diesen Fällen gefellte sich zu der größeren Billigkeit der Sklavenarbeit noch ein anderer Grund hinzu, der dem Sklaven vor dem Freien den Vorzug gab, der Umstand nämlich, daß man nach Grundsätzen des ältern Rechts zwar durch hausunterthänige, nicht aber durch dritte freie Personen erwerben konnte. Darin lag, daß in allen Verhältnissen, die den Abschluß von Rechtsgeschäften durch Mittelspersonen mit sich brachten, die Verwendung des Sklaven als Mittelsperson vor der des Freien entschieden den Vorzug verdiente. Auf Umwegen ließ sich zwar auch im letztern Fall das gewünschte Resultat erreichen, aber der direkte Weg hatte hier nicht bloß den Vortheil der Einfachheit, sondern auch den der größeren Sicherheit. Die Uebertragung des erworbenen Rechts erforderte dort einen eignen Willensakt der Mittelsperson, konnte also verzögert, verweigert, vereitelt werden u. s. w., hier erfolgte sie von selbst; dort hatte die Mittelsperson vollständige Dispositionsbesugniss über das erworbene Recht, hier nicht.

380) Man nahm nicht bloß Sklaven zu Matrosen (einmal sogar auf der Kriegsmarine Liv. XXIV, 11. XXVI, 35), sondern auch zur Stelle des Kapitäns, wie aus der *act. exercitoria* hervorgeht.

381) Es bestand nicht bloß das dienende Personal häufig aus Sklaven (die *act. institoria*), sondern oft hatten letztere auch selbst einen kleinen Handel (*act. tributoria*); dort versperrten sie den Freien den Platz, hier machten sie ihnen eine gefährliche Concurrenz.

382) Dasselbe erforderte ein großes Unterpersonal; die Publikenen fanden es begreiflicher Weise am vortheilhaftesten dazu Sklaven zu nehmen (*familiae publicanorum*).

Selbst also innerhalb des Rechtsgebiets wiederholt sich für den Freien die Schwierigkeit einer Concurrnz mit dem Sklaven!

Die bisherige Darstellung wird das Urtheil, welches wir oben (S. 249) über das System der Erwerbsverhältnisse und Gütercirculation in Rom fällten, gerechtfertigt haben. Es fehlte diesem System an dem erforderlichen Gleichgewicht der Kräfte; das Talent und die persönliche Erwerbsfähigkeit war dem Vermögen gegenüber völlig machtlos und das große Vermögen (Grundbesitz wie Kapital) hatte über das kleine ein unverhältnißmäßiges Uebergewicht. Der Mittelstand, der bei einer gefunden Gestaltung der Verhältnisse den eigentlichen Schwerpunkt und Mittelpunkt der Gesellschaft abzugeben hat, konnte diese Aufgabe in Rom nicht erfüllen; während die beiden Extreme, zwischen denen er seine Stellung hat, täglich in stets fortschreitender Progression an Ausdehnung gewannen, nahm er selbst eher ab, als zu. Auf der einen Seite häufte sich immer massenhafter der Reichthum an, auf der andern die Menge der Proletarier; was dort einem Einzelnen zusloß, hätte bei richtiger Vertheilung genügt, um Tausenden eine ehrenhafte Existenz zu gewähren. Dieses Mißverhältniß erreichte zwar erst gegen das Ende der Republik seinen Culminationspunkt, und seine ganze Gefährlichkeit und Verderblichkeit wird erst hier recht klar, aber im mindern Grade war es von jeher vorhanden.<sup>383)</sup>

Aus dem bisherigen ergibt es sich, daß das Proletariat für Rom eine unvermeidliche Folge seiner Einrichtungen war. Aus begreiflichen Gründen drängte dasselbe von allen Seiten Ita-

---

383) Mit Recht bemerkt Peter Geschichte Roms Bd. 1, S. 103, daß aus den Nachrichten über den Censur des Servius Tullius zu entnehmen sei, daß „in der damaligen Zeit schon eine verhältnißmäßig bedeutende Ungleichheit des Besitzes bestand. Das Normalvermögen der letzten Klasse verhält sich zu dem der ersten, wie 1 zu 10; wie es aber viele Bürger gab, die den geringsten Satz der untersten Klasse nicht erreichten, ebenso fehlte es gewiß nicht an solchen, die den Satz der ersten Klasse und zwar theilweise um ein sehr Bedeutendes überstiegen.“

liens vorzugsweise nach Rom zusammen, denn Rom war eine Stadt für Proletarier, wie sie nie dagewesen. Hier war es möglich mit Nichts und ohne Arbeit eine in gewissem Sinn behagliche Existenz zu führen, hier gab es ewige Zerstreungen, Spiele, Feste, Spenden von Seiten des Staats und der Reichen. Hier war wenigstens das Glend glänzend, denn auch der Aermste konnte sich in dem Glanz und der Herrlichkeit der römischen Macht, an der ja auch ihm ein Theil gebührte; auch der Bettler kam hier zu dem Gefühl seines Werthes als römischen Bürgers, und konnte in den Tributcomitien sein Stimmrecht ausüben und — verkaufen.

Die Verantwortlichkeit für eine solche Existenz konnte der Einzelne zu einem beträchtlichen Theil von sich ablehnen und dem Staat oder den socialen Einrichtungen zuschieben. Was geschah nun von Seiten des Staats, um das Uebel zu heben oder zu lindern? Bevor wir diese Frage beantworten, soll noch auf eine Erscheinung des römischen Lebens aufmerksam gemacht werden, die hiermit im engsten Zusammenhang steht, und die denselben Grund und Zweck hatte, wie die Fürsorge von Seiten des Staats, ich meine die Liberalität der römischen Großen gegen die untern Stände. Dieselbe gewann im Lauf der Zeit eine so kolossale Ausdehnung, daß uns jeder Vergleich dafür fehlt. Den Grund derselben kann ich nicht in dem bloßen Streben nach Volksgunst und der Bestechung des Volks zum Zweck der Wahlen erblicken — warum wiederholte sich die Erscheinung nicht in andern Republiken? — und noch weniger läßt sie sich aus dem Motiv der Wohlthätigkeit ableiten, denn diese Eigenschaft lag bekanntlich nicht im Charakter der Römer. Der tiefere Grund dieser Erscheinung ist vielmehr in den oben geschilderten Verhältnissen zu suchen. Es galt als sociale Pflicht der vermögenden Klasse, das Uebergewicht, das jene Einrichtungen ihr gewährten, durch Freigebigkeit gegen die Klasse, welche darunter zu leiden hatte, wieder auszugleichen, das Unrecht, das darin enthalten war, einigermaßen aufzuheben und erträglich zu

machen. Welche Motive auch den Einzelnen bestimmen mochten: das objektive Motiv war die Versöhnung des verletzten Gefühls der untern Stände mit einem socialen Unrecht. Daher die Richtung jener Freigebigkeit auf eine ganze Klasse des Volks, daher die Bezeichnung derselben als einer förmlichen Standespflicht und die Schimpfpflicht einer Ablehnung oder Umgehung derselben.<sup>384)</sup> Mit vollem Recht; es war ein Zeichen gemeiner, schmutziger Gesinnung, die Vortheile einer bevorzugten Stellung auszubeuten, ohne die entsprechenden Pflichten tragen zu wollen. „Auf jedem größern Besitz haftet, wie ein neuerer Schriftsteller sagt,<sup>385)</sup> gleichsam die moralische Schuldverpflichtung, einen Theil desselben neben dem egoistischen eigenen Genuße zum Besten der Gesamtheit, der Gesellschaft in Umlauf zu setzen.“ Die aristokratische Freigebigkeit diente in Rom wesentlich zur Ergänzung des Systems

384) S. Cicero de offic. II. c. 16, 17.

385) Niehl die bürgerliche Gesellschaft. Stuttg. u. Tübingen 1851, S. 178. Der Verfasser macht davon eine sehr zu beherzigende Anwendung auf die Stellung des begüterten Adels, die ich mir nicht versagen kann mitzutheilen. „Wenn der Aristokrat als Wahrer des ererbten festen Besitzes nur in der Weise auftritt, daß er seine Rente lediglich im Interesse persönlicher Genußsucht verzehrt, so ist das durchaus nicht edelmännisch gehandelt. Mit Recht stellt die Sitte an den Edelmann die Anforderung, daß er über den Privatgenuß hinaus zum gemeinen Besten in gewissem Grade depensire. Es liegt dieser Sitte mehr als die Verschwenderlaune der Hoffart zu Grunde, es steckt der würdige Gedanke darin, daß es sich nicht ziemt, einen festen Besitz todt liegen zu lassen, ohne zum Frommen der Gesamtheit einen steten Zins abzutragen . . . Dadurch wird der natürliche Neid, wie ihn immer der mühselig Erwerbende dem bereits im Behagen des ruhigen Besitzes Gebetteten nachträgt, versöhnt und entkräftet . . . Wenn knickerige Dekonomie wohl gar als ein Mittel angeführt wird, um dem Ansehn des Adels wieder aufzuhelfen, so zeugt dies für eine gänzliche Verkennung des aristokratischen socialen Berufs.“ Auch hier hatten die Römer das Rechte richtig erkannt, besser, als unsere heutige Aristokratie wenigstens in manchen Gegenden Deutschlands; der Adel des vorigen Jahrhunderts, der es mit der bürgerlichen Moral sehr leicht nahm, hat, wie Niehl mit Recht bemerkt, diese Pflicht der socialen Moral viel mehr gewürdigt und erfüllt.

des Güter-Umlaufs, indem sie nämlich das Rückströmen des Vermögens in die leeren Theile, das durch die unvollkommene Organisation jenes Systems in nicht genügender Weise vermittelt ward, beförderte, der übermäßigen Anhäufung an den bevorzugten Punkten wenigstens in etwas abhalf.

Jene Freigebigkeit hatte also ein durchaus sociales, kein eigentlich moralisches Motiv; sie steht auf gleicher Linie mit unsern heutigen Standesaussgaben, nur daß letztere freilich hinsichtlich des Maßes und der Ausdehnung gar nicht mit ihr verglichen werden können. Das eigne Interesse der höhern Stände erheischte sie als ein wesentliches Mittel zur Behauptung der Stellung, als eine Bethätigung ächt aristokratischer Gesinnung, die dem Volk imponirte und den Neid entwaffnete. Die untern wie die höhern Stände waren also gleichmäßig dabei theilhaftig, jene Liberalität dem subjektiven Belieben zu entziehen und zu einer Anforderung der Sitte zu erheben.<sup>386)</sup> Die hauptsächlichste Veranlassung, an die die Volksansicht eine Erfüllung dieser Pflicht knüpfte, war die Bekleidung des ädilitischen und später auch des quästorischen<sup>387)</sup> Amtes, der erste Schritt, den man in der Regel zu machen hatte, um die höhern Stufen der Staatsverwaltung zu ersteigen. Der zukünftige Beamte hatte hier bei seinem Eintritt in den Staatsdienst gewissermaßen sein Eintrittsgeld zu entrichten,<sup>388)</sup> die Liberalität

386) Cicero de off. II. 16 ... tota ratio talium largitionum genere vitiosa est (es spricht der homo novus aus ihm) temporibus necessaria. ibid. 17. Mamercus homini ditissimo praetermissio aedilitatis consulatus repulsam attulit.

387) Auct. de vir. ill. c. 74. Lucullus ... munus quaestorium amplissimum dedit. Suet. Domit. c. 4 ... quaestoriis muneribus, quae olim omissa revocaverat. Nach dem Bericht von Tacitus erhob Claudius jene Pflicht der Sitte förmlich zum Gesetz, indem er die Quästoren verpflichtete, auf eigene Kosten Gladiatorenspiele zu veranstalten.

388) So faßt auch Cicero in der angeführten Stelle das Verhältniß auf, indem er meint, im Vergleich zu den Ehren, die ihm später zu Theil geworden, sei ihm das Eintrittsgeld nicht so hoch gekommen.

des Einzelnen war hier die stillschweigende Voraussetzung einer erfolgreichen Führung des Postens, mittelst dieses Amtes also als wesentliches Element in den Organismus der Staatsverwaltung aufgenommen. Ein Aedil, der sich der mühsamsten persönlichen Mühwaltung unterzogen, aber es sich nichts hätte kosten lassen wollen, das *munus patrimonii* als ein personale behandelt hätte, würde nicht bloß die Gunst der getäuschten untern Stände, sondern die Achtung des gesammten Volks verloren und auf immer seine Aussichten auf Einfluß und abermalige Wahl verschärzt haben. Der Fall, in dem jene Verpflichtung der Aedilen sich zuerst und am natürlichsten ausbilden konnte, mag die Besorgung der öffentlichen Spiele gewesen sein. Der Staat schloß eine Summe dazu her (für die *ludi magni* 500,000 As), es verstand sich aber von selbst, daß wenn die Aedilen mit derselben nicht reichten, sie den Ausfall zu decken hatten, da es ihre Sache gewesen wäre, die Spiele von vornherein billiger einzurichten. Ebenso hat auch für die übrigen Ausgaben, die das ädilitische Amt mit sich brachte z. B. Lieferung von Getraide, Del ans Volk unter dem Einkaufspreis, Bewirthung desselben, Anlegung von Häfen, Wasserleitungen, Straßen, Theatern das öffentliche Geld ursprünglich den Stamm abgegeben, zu dem sich die eignen Auslagen des Aedilen nur als Zuschüsse verhielten. Jene öffentlichen Fonds bestanden theils aus Geldern, die für irgend einen bestimmten einzelnen Zweck aus dem Aerar bewilligt waren, theils — und hier mit freierer Dispositionsbefugniß für die Aedilen — aus Strafgeldern, die dieselben selbst erkannt und beigetrieben hatten.<sup>389)</sup> Es begreift sich leicht, daß die Beisteuer der Aedilen selbst im Lauf der Zeit eine immer größere ward; ein ehrgeiziger, eitler, verschwenderischer Vorgänger zwang durch sein Beispiel den Nachfolger, wenigstens nicht gar zu weit hinter ihm zurückzu-

389) *Decreta in eam rem pecunia und pecunia multatitia* s. z. B. Livius X, 23, 47. XXXI, 50. XXXIII, 42. XXXVIII, 35. XXXIX, 44.

bleiben, und so steigerte sich der Aufwand schon frühzeitig<sup>390)</sup> zu einer ungeheuren Höhe.<sup>391)</sup>

Auch von andern Beamten und selbst von Privatpersonen werden uns Beispiele einer großartigen Munificenz gegen das Volk erwähnt.<sup>392)</sup> Gegen das Ende der Republik finden wir das System des aristokratischen Aufwandes in seiner vollen Blüthe, wir werden dasselbe im folgenden Buch berühren; ein näheres Eingehen auf dasselbe ist für unsern gegenwärtigen Zweck nicht geboten.

Wir kehren jetzt zu unserer obigen Frage zurück: nämlich was geschah von Seiten des Staats, um das materielle Loos der untern Klassen zu erleichtern? Das Uebel, an dem die Gesellschaft litt, war das Institut der Sklaven. Eine gründliche Abhülfe desselben d. h. die Abschaffung dieses Instituts war unmöglich, Rom hätte nicht der alten Welt angehören müssen. Dagegen gewährten die römischen Eroberungen dem Staat die Mittel, dies Uebel, dessen Quellen man nicht verstopfen konnte, wenigstens zu beschwichtigen oder zu lindern. Es soll jetzt eine

---

390) Wie Cicero de off. II, 16 sagt: intelligo in nostra civitate inveterasse jam bonis temporibus, ut splendor aedilitatum ab optimis viris postuletur.

391) Dies ist bekannt, und darf ich mich auf einige Beispiele beschränken: Getraide- und Dellieferung ans Volk zu einem enorm niedrigen Preise Liv. XXXIII, 42. Plin. H. N. XV, 1, Anlegung von 170 Bädern auf eigne Kosten, Plin. H. N. XXXVI, 15, von Theatern Vellej. Patere. II, 130 (munera Pompeji) u. s. w. In vielen Fällen, wo die römischen Verichterstatler der Anlagen und Leistungen gedenken, durch die ein Aedil sich den Dank und die Anerkennung des Volks erworben habe, bemerken sie nicht, ob er es auf eigne Kosten gethan, wir werden annehmen dürfen, daß letzteres gemeint und das Verdienstliche vorzugsweise hierin gesetzt worden sei.

392) Getraidespenden Liv. IV, 13, viscerationes (Vertheilung von Fleisch) Liv. VIII, 22; XXXIX, 46. Auct. de vir. illustr. c. 32. Auslösen von Schuldknechten. Dionys. IV, 9, 10. Liv. VI, 20. Eine Menge von Beispielen, die auf Inschriften vorkommen, s. bei Kuhn über die Munera der römischen Gemeinden in der Zeitschrift für Alterthumswiss. von Casar. 1854. S. 1. S. 11—15.

Uebersicht der hauptsächlichsten Maßregeln folgen, die der Staat zu dem Zweck ergriff, und die uns also auf den Ausgangspunkt unserer Darstellung, die römische Wohlfahrtspolizei, zurückbringen.

1) Anweisung von Ländereien an die besitzlose Masse, sei es durch Anlegung von Colonien oder durch Assignation aus dem *ager publicus*. Unter allen Mitteln stand dieses in socialer wie politischer Beziehung oben an; es schaffte einen Theil der besitzlosen und unruhigen Masse aus der Stadt und gewährte diesem die Basis einer sittlichen Existenz. Die Römer betrachteten insbesondere die Ausführung einer Colonie als eine Art von Aderlaß,<sup>393)</sup> und es ist die Frage, ob der sociale Organismus Roms ohne das System solcher periodischer Aderlässe nicht bereits früher seinem innern Fehler erlegen wäre. Die Anwendung dieses Mittels reicht in die ältesten Zeiten hinauf,<sup>394)</sup> und da während der Dauer der Republik die Eroberungen mit der Vermehrung des Proletariats gleichen Schritt hielten, so war ein stets wiederholter Gebrauch möglich, ohne daß das Mittel erschöpft worden wäre.

Eine andere hierhin gehörige Maßregel war

2) die Einführung des Soldes.

Je weiter sich die Kriege von Rom entfernten, und je länger folgeweise ihre Dauer ward, um so mehr steigerte sich der Druck, mit dem dieselben gerade auf dem ärmern Theil des Volks lasteten. Vermochte man auch die Verhältnisse, in denen dies seinen Grund hatte, nicht zu ändern, so konnte man doch durch jene Maßregel dies Mißverhältniß etwas ausgleichen oder we-

---

393) Liv. X, 6: Romae quoque plebem quietam et exoneratam deducta in colonias multitudo praestabat. V, 24 ... multiplex seditio erat, cujus leniendae causa coloniam in Volscos, quo 3000 civium Rom. scriberentur, deducendam censuerant. Wachsmuth die ältere Geschichte des röm. Staats. S. 326 u. ff.

394) Engelbregt de legib. agrariis ante Gracchos. Lugd. Batav. 1842. p. 31.

nigstens den Druck einigermaßen vermindern. Im Jahre 348 der Stadt gab die herrschende Parthei den darauf gerichteten Anforderungen der ärmeren Klasse nach.<sup>395)</sup>

Ein Punkt von äußerster Wichtigkeit war

3) das Getraidewesen.<sup>396)</sup>

Die Bemühungen der Staatsbehörde mußten in dieser Beziehung namentlich darauf gerichtet sein, einen möglichst gleichmäßigen Preis herstellig oder wenigstens die Schwankungen der Getraidepreise für die niederen Klassen unschädlich zu machen.<sup>397)</sup>

---

395) Liv. IV, 59. Einführung des Soldes, Vertheilung des ager publicus und Ausföhrung von Colonien werden um die Zeit als die Desiderien der Plebs und folglich als Lockpreise für sie gemeinschaftlich genannt. S. Liv. IV, 36. Agri publici dividendi coloniarumque deducendarum ostentatae spes et ... in stipendium militum erogandi aeris.

396) Erst während des Druckes habe ich aus Marquardt's Fortsetzung des Beckerschen Handbuchs der römischen Alterthümer, Thl. 3. Abth. 2. S. 88 die neueste Literatur über diesen Gegenstand erfahren, ohne daß es mir möglich gewesen wäre, sie noch zu benutzen. Soweit ich aus der Relation von Marquardt schließen darf, würde mir die Benutzung derselben jedoch keinen Anlaß gegeben haben, die folgende Darstellung zu ändern. Was ich bei Aeltern gefunden habe, z. B. bei Contarini de frumentaria Roman. largitione (Graev. thes. tom. VIII. p. 933 sqq.) ist ungenügend. Dagegen will ich zu Marquardt einen Beitrag machen, den er selbst bei dem Erscheinen seiner Schrift noch nicht berücksichtigen konnte, nämlich die meisterhafte Abh. von Rubino de Serviani census summis disputatio partic. I. (Marburger Lektionskatalog für das Sommersem. 1854.) Der Verf. hat hier S. 24 flg. nachgewiesen, daß die in asses angelegten Preise der leges frumentariae vom Pfund = As (in der Praxis in der Regel nach einem absichtlich sehr ermäßigten Ansaß zu einem Sesterz gerechnet) zu verstehen sind. Der unglaublich niedrige Preis der Stellen in Ann. 401 hatte Schulz Grundlegung zu einer geschichtlichen Staatswiss. der Römer S. 509 zu dem willkürlichen Vorschlag verleitet, statt aeris: sestertilis zu lesen; Rubino hat uns jetzt die richtige Lösung gegeben, und es ist keins der geringsten Verdienste jener kleinen, aber höchst werthvollen Gelegenheitschrift.

397) Hinsichtlich der Municipien macht Kuhn in der Ann. 392 citirten Abh. S. 20 auf eine hierher gehörige Einrichtung aufmerksam. „Eine Last der Landgüter war ferner die Verpflichtung, welche auf den Grundbesigern mancher Gemeinden haftete, daß sie jährlich einen bestimmten Theil der von ihnen erzeugten Früchte zu einem ermäßigten Preise an das Municipium ab-

Für gewöhnliche Zeiten gehörte das Getraidewesen zur Kompetenz der Aedilen, für besondere Nothzustände ward wohl ein eigener Beamter (*praefectus annonae*) oder eine Commission ernannt. Die Fürsorge dieser Personen äußerte sich zunächst darin, daß sie dem verderblichen Wirken des Kornwuchers entgegentraten,<sup>398</sup>) sodann darin,<sup>399</sup>) daß sie auswärtig auf eigne oder auf Kosten des Staats Getraide aufkauften und dasselbe zu einem mäßigen Preis an die Bedürftigen verabsolgen ließen. Völlig unentgeltliche Vertheilung des Getraides, wie gegen das Ende der Republik in Gemäßheit eines Gesetzes von Clodius kam anfänglich nicht vor. Daß aber der Staat oder der Beamte dennoch schenkte d. h. unter dem Einkaufspreis verkaufte, wird nicht bloß ausdrücklich bezeugt,<sup>400</sup>) sondern es läßt sich auch von vornherein annehmen, daß er bei einem Preise von Einem As und darunter für den Modius, wie er uns für verschiedene Zeiten bezeugt wird,<sup>401</sup>) nicht seine Rechnung finden konnte.<sup>402</sup>) Diese Sorge für das

lassen mußten (L. 27 §. 3 de usufr. L. 18 §. 25 de muner). Sie steht mit der Sorge für die Wohlfelheit der Lebensmittel in den Municipien in Verbindung“ u. s. w.

398) Theils durch polizeiliche und kriminelle Verfolgung desselben, Liv. XXXVIII, 35. IV, 12: *et objiciendo irae populi frumentarios*, Kein Kriminalrecht der Römer S. 829, theils dadurch, daß sie mittelst der im Text besprochenen Concurrenz die Preise herabdrückten Plin. H. N. XVIII, 4.

399) In der äußersten Noth ergriff einmal ein *Praefectus annonae* ein sehr gewaltames Mittel, das freilich wie alle derartige Eingriffe seinen Zweck völlig verfehlte; er verordnete nämlich, daß jeder seine Vorräthe angeben und, soweit sie den Bedarf eines Monats überstiegen, verkaufen solle, Liv. IV, 12.

400) Plin. H. N. XVIII, 4 .. *frumentum populo in modios assibus donavit*.

401) Außer den Beispielen auf S. 244, Anm. 365 f. Liv. XXX, 26. XXXI, 4 (*quaternis aeris*  $\frac{1}{12}$  As) XXX, 50 und XXXIII, 42 (*binis aeris*  $\frac{1}{12}$  As). Epitome LX. (*lex frumentaria* des C. Gracchus: *ut semisse et triente* [ $\frac{1}{6}$  As] *frumentum plebi daretur*).

402) Der Preis war ein sehr niedriger, denn der Marktpreis des Weizens betrug in guten Zeiten etwa 3 Sesterzen für den Modius, also dreimal so viel als der Modius dem Volk abgelassen ward, wenn man das Pfund-As nur zu einem Sesterz rechnete. Nach Rubino's plausibler Annahme (a. a. D.

Getraidewesen reicht in die ältesten Zeiten hinauf,<sup>403)</sup> nur beschränkte sie sich anfänglich auf wirkliche Nothfälle. Die erwaigten Kosten fielen damals noch ausschließlich der Staatskasse zur Last, und es läßt sich begreifen, daß der Senat nur bei dringenden Veranlassungen Zuschüsse aus dem Aerar bewilligte, und nicht ohne sich das Geschenk bezahlen zu lassen.<sup>404)</sup> Es war also eine wesentliche Verbesserung für die niedern Klassen, daß später die Aedilen anfangen, auf eigne Kosten billiges Getraide zu liefern. Außer diesen Lieferungen ward noch im Tempel der Ceres, der gewissermaßen das Amtslokal der Aedilen bildete, an diejenigen, die hierhin ihre Zuflucht genommen hatten, unentgeltlich Brod verabreicht.<sup>405)</sup>

Im Laufe der Zeit dehnte sich die Fürsorge der Staatsbehörden auch auf andere Gegenstände des leiblichen Bedürfnisses aus, z. B. Salz, Del, Bäder, Wasserleitungen. Was namentlich das Salz anbetrifft, so ward schon in den ersten Jahren der Republik die Salzregie eingeführt, nicht aber in der Absicht, um darin eine neue Einnahmequelle für den Staat zu eröffnen, sondern um der künstlichen Theurung, die der Handel hinsichtlich dieses Artikels zu bewirken gewußt hatte, ein Ende zu machen.<sup>406)</sup> Im sechsten Jahrhundert legten zwei Censoren, von

---

p. 25, Note 5) wäre diese niedrige Berechnungsweise des aes grave gerade bei den Getraidevertheilungen zuerst aufgefunden. Mit dem Modius (ungefähr  $\frac{1}{6}$  berl. Scheffel) reichte eine erwachsene Person, auch wenn sie sehr wenig andere Nahrung zu sich nahm, eine Woche. Soldaten erhielten im Monat 4 Modii, die Bürger bei der spätern Getraidevertheilung 5, die Sklaven im Winter 4, im Sommer bei der härteren Arbeit  $4\frac{1}{2}$ , der villicus, weil seine sonstige Kost besser war, nur 3. Cato de re rust. 56. Polyb. VI, 39. Welch geringen Werth der As schon in alter Zeit hatte, und wie sehr derselbe sich späterhin noch verminderte, kann hier nicht weiter ausgeführt werden.

403) Liv. II, 9 (a. U. C. 246). 34 (262. si veterem annonam volunt). Dionys. IV, 22. Auct. de vir. ill. c. 7.

404) Darauf zielte der Vorschlag des Coriolan, Liv. II, 34. 35. Liv. IV, 12 regno prope per largitionis dulcedinem in cervices accepto.

405) Non. Marc. de propr. serm. I. §. 209. s. v. pandere.

406) Liv. II, 9. Salis quoque vendendi arbitrium, quia impenso

denen der eine, M. Livius, daher den Beinamen Salinator erhielt, eine Steuer auf das Salz, und zwar in der Weise, daß die Lieferung des Salzes zu einem nach den verschiedenen Gegenden Italiens differirenden Preise verpachtet ward, wobei für Rom der bisherige Preis innegehalten werden mußte.<sup>407)</sup>

#### 4) Das Schuldenwesen.

Daß das Schuldenwesen für Rom eine ganz eigenthümliche sociale<sup>408)</sup> Bedeutung hatte, bedarf wohl keines nähern Nachweises. Für die Gegenwart kann von einer solchen Bedeutung kaum die Rede sein; es gibt keinen Stand der Gesellschaft, der heutzutage vorzugsweise dem Loose der Verschuldung ausgesetzt wäre, oder dem umgekehrt die Verschuldung der andern Klassen zu gute käme. Ganz anders in Rom; die Schuldfrage war hier eine durchaus sociale. Die Verschuldung läßt sich hier als eine Epidemie bezeichnen, der die untern Schichten vermöge ihrer ungünstigen ökonomischen Situation fast ausschließlich ausgesetzt waren, und von der nicht Einzelne, sondern der ganze Stand in furchtbarer Weise und mit periodischer Regelmäßigkeit heimgesucht ward.

Auf die Frage, wie der Staat sich dieser Thatsache gegenüber verhielt, können wir durch Verweisung auf frühere Ausführungen (S. 77 u. S. 158 u. flg.) antworten; es möge nur noch ein Zusatz Platz finden, zu dem sich dort nicht die Gelegen-

---

pretio venibat, in publicum omni sumtu, ademptum privatis. Livius hätte sich kaum deutlicher ausdrücken können, und die Auffassung des Textes wird keiner Rechtfertigung bedürfen, es ist aber unglaublich, wie man ihn mißverstanden und an den Worten gekünstelt und experimentirt hat. S. Drackenhorn zu dieser Stelle. Eine Salzsteuer wird schon dem Ancus Martius zugeschrieben, Auct. de vir. ill. c. 5, ebenso die erste Einrichtung der Salinen und das erste Geschenk von Salz an das Volk. Plin. H. N. XXXI, 41.

407) Liv. XXIX, 37. Worauf sich die Behauptung von Ruperti Handb. der röm. Alterth. 2. Th. S. 838 stützt, daß das Salzmonopol in Italien aufgehoben worden sei, kann ich nicht einsehen; Belege hat er nicht hinzugefügt.

408) Die politische Seite dieser Frage ist bereits S. 158 berührt.

heit darbot. Er betrifft einen Fall, den Livius uns aufbewahrt hat.<sup>409)</sup> Im Jahre 403, als die Schuldenlast wieder einmal eine unerträgliche Höhe erreicht habe, berichtet er, habe sich der Staat ins Mittel gelegt, um eine Abtragung der Schulden zu bewirken. Es sei eine Commission zu dem Zweck ernannt, derselben ein Fonds aus dem Aerar zur Verfügung überwiesen, und sodann ein Theil der Forderungen im Namen des Staats abgetragen und auf seine Rechnung übernommen, ein anderer dadurch erledigt, daß die Commission einen Accord zwischen Gläubiger und Schuldner, namentlich durch Abtretung von Sachen gegen billige Taxe zu Stande gebracht habe. So sei zur Zufriedenheit aller Theile und ohne nennenswerthe Einbuße für den Staat eine ungeheure Schuldenmasse getilgt worden.

Die Fürsorge und Beihülfe des Staats beschränkte sich nicht einmal auf allgemeine, eine ganze Klasse des Volks betreffende Maßregeln, sondern stieg mitunter in die engen Kreise des individuellen Bedürfnisses hinab. So sehen wir den Senat nach dieser Seite hin in einer fast väterlichen Weise thätig werden z. B. den Töchtern verdienter, aber unbemittelter Männer aus Staatsmitteln eine Dos bestellen, sich des Hauswesens abwesender Beamten annehmen u. s. w.<sup>410)</sup>

Aus dem bisherigen ergibt sich zur Genüge, daß die Idee von einem indifferenten Verhalten des Staats gegenüber dem Individuum durchaus verkehrt ist, daß also, um auf unsere obige Frage (S. 240) zurückzukommen, das System der subjectiven Freiheit auf dem positiven Willen des Staats beruhte.

---

409) Liv. VII, 21.

410) Val. Max. IV, 4 §. 6 u. 10. Front. Stratag. IV, 3 §. 15. Auct. de vir. illustr. c. 40. (Alimente an die Frau und Kinder des Regulus) ibid. c. 18, 24, 33. (Geschenk eines Hauses, einer Bau-, Begräbnißstelle) Val. Max. V. 1. 1 (Begräbniß auf Kosten des Staats). Mitunter geschah so etwas durch eine öffentliche Collekte des Volks z. B. Auct. de viris illustr. c. 18, 32.

Die Vorstellung, die wir bisher bekämpft haben, hat ihren Grund in der Wahrnehmung, daß der römische Staat bei so manchen Verhältnissen, in die der heutige durch beschränkende Gesetze oder Veranstaltungen anderer Art z. B. Controle, Mitwirkung von Seiten der Obrigkeit u. s. w. einzugreifen pflegt, sich völlig passiv verhielt. Dem Eindruck dieser Verschiedenheit wird sich Niemand entziehen können, der z. B. das Verhalten des ältern römischen und des heutigen Staats zur Vormundschaft und Familie ins Auge faßt. Aber übereilt ist der Schluß: dem römischen Staat sei die Gestaltung dieser Verhältnisse gleichgültig gewesen. Der wahre Grund lautet vielmehr: die Staatsgewalt mischte sich nicht weiter ein, als es nöthig schien. So weit es unerläßlich war, hat auch der römische Staat sich nicht gescheut, beschränkend oder nachhelfend einzugreifen, darüber hinaus aber unterließ er es, während der moderne Polizei-Staat von der fixen Idee ausging, als ob ohne seine Leitung, Controle u. s. w. alles ins Stocken kommen würde und darum sich für verpflichtet hielt, überall seine Sorgfalt zu bethätigen.

## B. Der Macht- und Freiheitstrieb innerhalb der Magistratur.

Das freie Walten der Persönlichkeit in Verhältnissen des öffentlichen Rechts — Die Machtstellung der römischen Magistrate — Die Garantien gegen den Mißbrauch der Amtsgewalt — Die staatsrechtliche Praxis — Bedeutung der Persönlichkeit für die Magistratur.

XXXV. Der Gegensatz des Systems der Freiheit und Unfreiheit, der in §. 30 aufgestellt ward, erstreckt sich eben sowohl auf das öffentliche als das Privatrecht. Wenn der Leser sich der obigen Darstellung erinnern will, so wird er wissen, daß ich die Freiheit im öffentlichen Recht keineswegs mit der republikanischen Verfassung identificire. Der Geist der wahren Freiheit ist an keine Staatsform gebannt; er hat nicht selten die Republi-

fen geflohen und in einer absoluten Monarchie sich niedergelassen. Wo die Staatsgewalt sich zur ausschließlichen Quelle alles Rechts und aller Kraft gemacht, die Freiheit und Bewegung, die über den ganzen Organismus ausgebreitet sein sollte, sich allein zugeeignet hat und nur von sich aus entläßt, da hört der Raub, den die Staatsgewalt hier an der wahren Freiheit begangen, dadurch nicht auf es zu sein, daß die republikanische Form der Verfassung jedem Einzelnen seinen homöopathisch verdünnten Antheil an demselben verstattet.

Darum gilt mir diese Form der römischen Staatsverfassung an und für sich noch nicht als Beweis, daß der Geist ächter Freiheit sie beseelt habe. Aber es genügt wohl ein Blick auf die römische Welt, um diese Ueberzeugung in sich hervorzurufen, und ich würde mir schwerlich den Dank des Lesers verdienen, wenn ich alle die Momente, auf die sich dieselbe stützen läßt, hier zusammenstellen wollte; ich müßte zu dem Zwecke Dinge anführen, die theils allbekannt, theils bereits an verschiedenen Stellen der bisherigen Darstellung (S. z. B. S. 137 fl.) berührt worden sind. Ich will mich lieber beschränken auf einen einzigen Punkt, aber einen Punkt, der zu den interessantesten, lehrreichsten und doch am wenigsten gewürdigten Parthien der römischen Verfassung gehört.

Das Prinzip der Civilrechtspflege ist die Gerechtigkeit d. i. die Gleichmäßigkeit, und als Mittel zur Erreichung dieses Zweckes haben wir früher (S. 31 fl.) die möglichste Objektivierung der anzuwendenden Rechtsnormen kennen lernen. Je schärfer, bestimmter, detaillirter dieselben bezeichnet werden können, je mehr der Einfluß des persönlichen Elements auf die Rechtspflege dadurch zurückgedrängt wird, desto besser.<sup>411)</sup> Ganz

411) Darum war denn auch die Stellung des Prätors in der Rechtspflege eine ganz andere, als die der übrigen römischen Beamten, und alles, was von letzteren in der Folge gesagt werden wird, bezieht sich, wie ich schon hier bemerken will, nur auf sie, nicht auf den Prätor. Die Stellung des letztern ist bereits früher (S. 80 u. 108) berührt.

andere hinsichtlich der sonstigen Thätigkeit der Staatsgewalt. Das Ziel der Verwaltung im Gegensatz zur Justiz ist nicht das Gleiche, sondern das Beste, und da das Beste sich nicht immer im voraus bestimmen läßt, so darf ihr die nöthige Freiheit der Entscheidung nicht durch ein nach Art des Privatrechts zugeschnittenes System bestimmter und detaillirter Regeln verkümmert werden. Das Recht wird sich mithin mehr darauf zu beschränken haben, ihr negativ die Punkte, über die sie nicht hinaus darf, als positiv den Weg zu weisen, den sie gehen soll. Die Staatsgewalt ist also nach dieser Seite hin wesentlich Gewalt, Selbstbestimmung, Freiheit.

Diese Freiheit hat wie die Freiheit überhaupt eine bedenkliche Seite, die Möglichkeit des Mißbrauchs. In der absoluten Monarchie gibt es gegen diese Gefahr rechtlich kein Schutzmittel, obschon dieselbe hier faktisch in einem weit höheren Grade ausgeschlossen sein kann, als es sich in anderen Verfassungen durch Sicherungsmittel rechtlicher Art irgend bewerkstelligen läßt. Was letztere anbetrifft, so kann man prinzipiell eine doppelte Richtung derselben unterscheiden, das Präventiv- und das Responsabilitätssystem. Jenes besteht darin, daß die Gesetzgebung die Gefahr des Mißbrauchs von vornherein durch detaillirte Anweisungen, erschwerende Formen, Mitwirkung verschiedener Behörden zu einem und demselben Zweck, kurz durch Sicherheitsmaßregeln prophylaktischer Art auszuschließen sucht. Eine Verantwortlichkeit ist auch hier nicht ausgeschlossen, aber sie bezieht sich im wesentlichen nur auf die Uebertretung der G e s e z e. Worin das Responsabilitätssystem besteht, ergibt sich aus dem Gegensatz. Auch hier soll der rechte Gebrauch der Gewalt gesichert, der Mißbrauch ausgeschlossen werden, aber ohne Beeinträchtigung der Freiheit. Die Frage, was rechter Gebrauch, was Mißbrauch sei, bleibt hier der Einsicht des Handelnden überlassen, die Möglichkeit des Mißbrauchs offen, damit die des rechten Gebrauchs nicht verkümmert werde. Die Verpflichtung geht hier also nicht bloß auf ein äußerliches

legales Verhalten, sondern auf angemessenen umsichtigen Gebrauch der Gewalt, und Mißgriffe ziehen hier nicht minder eine Strafe nach sich, als dort die Uebertretung der Geseze.

Den Gegensatz beider Systeme können wir auch so fassen: jenes ist das des Mißtrauens, dieses das des Vertrauens, dort ruht alles Gewicht auf der todten Norm und Anstalt, hier auf der lebendigen Wirksamkeit der Persönlichkeit. Das alte Rom gibt uns Gelegenheit letzteres, unsere heutige Zeit ersteres kennen zu lernen. Durch alle unsere Institutionen geht ein Zug des Mißtrauens, überall flößt uns die volle Gewalt Angst ein, und wir ruhen nicht eher, bis wir ihr die Möglichkeit des Mißbrauchs entzogen haben. Es ist jene Flucht vor der Persönlichkeit und die Ueberschätzung der todten Regel und Anstalt, die ich schon früher als einen Charakterzug unserer Zeit bezeichnet habe, und der sich in allen Verhältnissen, nicht bloß in denen des öffentlichen Rechts, nachweisen läßt. Man nehme unser Beamtenwesen. Wie erdrückt ist es durch die Last von Gesezen, Verordnungen, Instructionen, die den Beamten wie einen Blinden bei dem kleinsten Schritt, den er macht, lenken sollen! Und wo das todte Gesez eine Lücke läßt und damit die Gelegenheit bietet, der persönlichen Einsicht der Beamten die Entscheidung zu überlassen, entzieht das Mißtrauen ihm dieselbe wieder, indem sie ihn darauf beschränkt zu berichten und die Entscheidung von oben zu holen. Man nehme ferner unser Corporationsleben. Wie hat man hier aus Angst das Selbstregiment und die Selbstständigkeit der Corporation untergraben und das System der Bevormundung von Seiten des Staats an die Stelle gesetzt! Und gar unsere heutige Vormundschaft, welch ein Zerrbild ist sie! Wie gelähmt ist der Vormund durch die Obervormundschaft bei jedem Schritt und Tritt, den er beabsichtigt! Anstatt alles Gewicht auf die Persönlichkeitsfrage zu legen, dafür zu sorgen, daß nur solche Individuen zu Vormündern genommen werden, die Vertrauen verdienen, anstatt die nöthigen Garantien in ihrer Persönlichkeit, ihrer Solvenz u. s. w.

zu suchen, hat man dem ganzen Institut der Vormundschaft einen Zuschnitt gegeben, der, auf völlig unfähige Vormünder berechnet, den tüchtigen aller Orten hemmt und lähmt und ihm alle Lust und Freude an seinem Amt verkümmert.

Die absurdeste Consequenz, zu der es diese Politik der Angst gebracht, war wohl die, daß man den Feldherrn, der dem Feinde gegenüberstand, unter die Leitung einer entfernten Kriegskanzlei stellte, ihn anwies, sich von ihr die Autorisation zur Schlacht und die Genehmigung des Schlachtplanes einzuholen.

Es ist nun nicht meine Absicht, dieses unser heutiges System schlechthin einer Kritik zu unterwerfen, sondern nur von einem ganz bestimmten Gesichtspunkte aus. Ich habe es früher als das Recht und Bedürfnis der Persönlichkeit bezeichnet, sich in freier, schöpferisch gestaltender Weise zu bethätigen. Das Bedürfnis einer solchen Thätigkeit beschränkt sich aber nicht auf den engen Kreis der privatrechtlichen Existenz, sondern wohin die Persönlichkeit sich wendet, im öffentlichen Leben, in Kunst und Wissenschaft, da bringt sie diesen Trieb mit sich, und in demselben Maße, in dem sie Gelegenheit findet, ihn zu befriedigen, stellt sich jene Liebe zum Beruf ein, die gerade in der Umgebung, die sie bewähren, und den Opfern, die sie bringen darf, ihre Befriedigung und ihr Glück findet. Dieses heilige Feuer wahrer Liebe, dieser höhere Schwung der Persönlichkeit wird aber nur durch die Ekstase, in die das Schaffen, das freie Wirken sie versetzt, geweckt. Beraubt die Persönlichkeit der Freiheit, umgibt sie von allen Seiten mit einem Netz von Beschränkungen, — und jener ganze Reichthum sittlicher Kräfte, die in der Persönlichkeit schlummern, geht für die Aufgabe, die ihr gestellt ist, verloren. Allerdings gibt es im Staat wie auf dem Gebiete des Geistes Stellungen und Aufgaben, die ihrer Natur nach ein freies Wirken und eine schöpferische Thätigkeit ausschließen und lediglich Handlangerdienste erfordern und zulassen: sie machen das Wesen des subalternen Berufs aus. Wer sich

ihnen unterzieht, verzichtet von vornherein auf freie Thätigkeit; in der Stellung und Aufgabe selbst liegt Nichts, was ein Anrecht darauf ertheilen, Nichts mithin, was das Subjekt innerlich mit ihr entzweien könnte. Anders aber, wenn die Aufgabe ihrer Natur nach eine selbständige Thätigkeit voraussetzt, diese Selbständigkeit aber aus Mißtrauen so viel wie möglich beschränkt und beschnitten ist, und das ist ja der Fall, von dem wir hier reden. Eine Gewalt und damit die Ansprüche, die sie erweckt, zu gewähren oder zu dulden, ihr aber von allen Seiten die Möglichkeit einer spontanen Bewegung abzuschneiden und sie dadurch sich selbst zu verleiden; die Lust, Liebe und Hingebung an die Aufgabe in der Geburt zu ersticken; in dem gewöhnlichen Charakter die Macht der Persönlichkeit zu ertöden und das Gefühl, Stück einer Maschine, willenloses Werkzeug des Befehles oder eines höhern Willens zu sein, an die Stelle zu setzen; in dem kräftigen Charakter einen ewigen Groll über den innern Widerspruch zwischen der Aufgabe und den Mitteln, dem Sollen und dem Dürfen und einen beständigen Reiz zur Uebertretung der Beschränkungen zu unterhalten — dahin führt die kurzfristige Politik jenes Systems, von dem hier die Rede ist.

Die römische Politik war hier weitsichtiger. Die Römer wußten, daß ein mächtiger Staat kraftvoller Werkzeuge bedarf, ein Staat mit gebundenen Gliedern nichts Großes zu leisten vermag, und weder die Angst vor der Möglichkeit des Mißbrauchs, noch ihr Freiheitsgefühl hielt sie ab, die Magistraturen dem entsprechend mit der genügenden Gewalt auszustatten. In allen Verhältnissen an eine energische Machtentwicklung gewohnt, würden sie am wenigsten an der Spitze ihres Gemeinwesens die Schwäche und Ohnmacht ertragen haben. Nicht ein devotes, ängstliches, anspruchsloses Auftreten, sondern ein gebieterisches, königliches Benehmen wünschte das Volk von seinen Beamten; die Macht und Majestät des Staats selbst sollte in ihnen sichtbar werden. Darum räumte es ihnen bereitwillig zu diesem Zwecke die nöthige Macht und Stellung ein,

und Polybius konnte die Bemerkung machen, daß der römische Staat, wenn man die Magistraturen ins Auge fasse, den Eindruck einer Monarchie mache.<sup>412)</sup> Die Machtfülle, mit der das Beamtenthum von altersher ausgestattet war, blieb seit dem vierten Jahrhundert bis zu Ende der Republik nicht bloß unvermindert, sondern auch völlig unangefochten bestehen; denn die Demokratie gefiel sich hier nicht, wie bei uns, darin, die Macht der Regierung zu schwächen und die Autorität des Beamtenthums im vermeintlichen Interesse der Volkssouveränität herabzusetzen. Wie günstig der Boden für das Gedeihen der Macht der Beamten war, zeigte sich namentlich daran, daß es den Magistraturen, die erst seit Anfang des vierten Jahrhunderts ins Leben gerufen wurden, möglich war, ihr ursprüngliches Machtgebiet ohne Hülfe der gesetzgebenden Gewalt bloß durch eigene Kraft im weitesten Maße auszudehnen.

Diese Popularität der Gewalt und diese Autorität des Beamtenthums in Rom erklärt sich zur Genüge aus dem angeborenen Sinn der Römer für Macht, Disciplin und Unterordnung, und es thut nicht Noth, zur Erklärung dieser Thatsache zu dem Königthum zurückzugreifen. Es gibt bekanntlich eine Auffassung des römischen Königthums, die in demselben eine theokratische Institution, ein Hohenpriestertum erblickt, ja, bei der Betrachtung desselben in eine Art von religiöser Verzückerung geräth.<sup>413)</sup> Von der Idee ausgehend, als ob die einfach sittlich-natürliche Anschauung der Verhältnisse es nicht zu dem Gedanken der Nothwendigkeit der Autorität und Obrigkeit zu bringen vermöge, hat sie hier nun jenes Königthum zu Hülfe genommen, um die Magistratur daran anzulehnen und sie auf diese Weise mit dem Nimbus göttlicher Weihe auszustatten. Selbst wenn ich den Glauben an jenes Königthum theilen würde, so könnte

412) VI. 11, 5. 12, 9.

413) Gerlach u. Bachofen. Geschichte der Römer. B. 1. Abth. 2.  
Sering, Geist d. röm. Rechts. II.

ich doch diese Art der Verwendung desselben für unsern Zweck weder für nöthig, noch für statthaft halten. Neben den Consuln, die man als die eigentlichen Erben der königlichen Würde bezeichnen kann, kamen nach und nach noch andere Magistraturen auf, die darum kein geringeres Ansehen und Einfluß besaßen, daß es für sie keine alten religiösen Traditionen und kein Königthum gab, das ihnen die nöthige Weihe hätte verleihen können. Und sodann ward ja die eigentlich priesterliche Function des römischen Königthums von der Magistratur getrennt und dem rex sacrificulus überwiesen. Welch' klägliche Rolle aber spielte dieser religiöse Schattenkönig!

Wir wollen jetzt die Machtstellung der römischen Beamten an einigen schlagenden Beispielen erläutern. Höchst beachtenswerth ist zunächst die Unabhängigkeit und Selbständigkeit der Magistrate in ihrem Verhältniß zum Volke. Das Volk bestellte sich in dem Beamten nicht einen Diener, sondern einen Herrn (magis-stratus). Der Umstand, daß er durch die Wahl des Volkes berufen und nach Niederlegung des Amtes vor demselben zur Verantwortung gezogen werden konnte, hatte auf die ihm anvertraute Gewalt selbst gar keinen Einfluß. Sowie er sein Amt angetreten, änderte sich sein Verhältniß zum Volk völlig; kurz vorher noch hinaufblickend zu demselben, blickte er jetzt auf dasselbe hinunter. Der Wille des Volkes konnte ihm jetzt nichts mehr entziehen — er war für die Dauer seines Amtsjahres rechtlich unabsetzbar — noch auch ihn hindern, in seiner Amtsführung ganz seiner eigenen Ueberzeugung zu folgen. Der Volkswille erscheint also nur als rein transitorisches Moment bei der Magistratur, er erschöpft sich mit dem Einem Akt der Wahl und tritt sodann ein ganzes Jahr wieder in den Hintergrund. Es ist begreiflich, daß die Beamten auf den Willen und die Wünsche des Volkes Gewicht legten, aber kein höheres, als etwa in einer monarchischen Verfassung der Fürst. Wo sie anderer Ueberzeugung waren, nahmen sie nicht den geringsten Anstand, sich über denselben hinwegzusetzen, ja es werden uns in dieser Be-

ziehung Züge und Aeußerungen berichtet, <sup>414)</sup> die eine fast absolutistische Gesinnung athmen.

Was die einzelnen Magistraturen anbetrifft, so nimmt hinsichtlich der Fülle der Machtbefugniß die Diktatur bekanntlich die erste Stelle ein. Sie läßt sich als eine vorübergehende Anleihe der Republik bei dem absoluten Königthum bezeichnen und enthält das Zugeständniß, daß die republikanische Verfassung zwar für gewöhnliche Zustände durchführbar, für ungewöhnliche Verhältnisse aber die Concentrirung der gesammten Staatsgewalt in die Hand eines einzigen absoluten Herrschers nöthig sei — die Anerkennung der relativen Berechtigung des Absolutismus selbst innerhalb eines Freistaats. Die Macht der Consuln war beschränkter, namentlich durch das Recht der Provokation an die Volksversammlung; aber welche Befugnisse schloß doch auch sie in sich! Nicht bloß daß es de jure vom Consul abhing, ob und wie oft er Volks- und Senatsversammlungen <sup>415)</sup> berufen wollte — wider seinen Willen waren beide nicht möglich — welche Gegenstände zur Verhandlung kommen sollten, ob er, wenn die Stimmung ihm nicht günstig erschien, die Versammlung wieder entlassen wollte; sondern er war rechtlich sogar befugt, die unter seiner Leitung für das nächste Jahr getroffenen Wahlen des Volkes umzustossen, indem er sich weigerte, die Namen der Gewählten zu proklamiren. <sup>416)</sup> Als ein höchst merkwürdiges Recht verdient namentlich auch die freie

414) Val. Max. III. 7, 3: Tacete quaeso, Quirites, plus enim ego, quam vos, quid reipublicae expediat, intelligo. Ibid. VI. 2, 3. VI. 4, 1, 2. Auct. de vir. illustr. 58. §. 8.

415) Hinsichtlich der Sitzungen des Senats bestand eine Pflicht der Sitte (s. unten).

416) Liv. VIII, 15. XXIV, 7–9. Val. Max. III, 8. 3. Vell. Patere. II, 92. juravit, etiamsi factus esset consul suffragiis populi, tamen se eum non renuntiatum.

Dispositionsbefugniß über das Aerar bezeichnet zu werden; an die Mitwirkung des Senats war die Ausübung desselben nicht geknüpft. Wir werden hierauf unten bei Gelegenheit der Stellung der Magistraturen zum Senat zurückkommen.

An positiver Macht kamen den Consuln am nächsten die Censoren. Ihre Strafgewalt war zwar hinsichtlich der Strafart beschränkt, allein im übrigen nicht minder ausgezeichnet durch ihre Ausdehnung, als durch ihre Befreiung von dem Recht der Provokation an die Volksversammlung. Vermöge dieser Gewalt konnten sie bekanntlich Jemanden aus der Tribus, dem Ritterstande, dem Senat austreiben. Sodann hatten sie das Recht, nach eigener Wahl den Senat zu ergänzen, Steuern aufzulegen<sup>417)</sup> u. s. w., kurz Rechte, die ein ganz und gar absolutistisches Gepräge tragen. Die Macht der Tribunen war ursprünglich vorwiegend negativer Natur, ein Einspruchsrecht gegen willkürliche Maßregeln der patricischen Magistrate. Im Lauf der Zeit aber wußten sie nicht bloß diesem ihrem Einspruchsrecht die weiteste Ausdehnung zu geben, sondern sie erwarben sich auch höchst wirksame positive Rechte hinzu, namentlich das *jus prendendi*. Während ihnen dasselbe anfänglich sogar in seiner Richtung gegen Privatpersonen patricischen Standes bestritten war, setzten sie dasselbe später selbst gegen die Consuln durch.<sup>418)</sup> „Die tribunitische Gewalt, um mi Niebuhr zu reden, überflog Consuln, Senat und das Volk selbst, und die Tribunen waren nicht sowohl Repräsentanten der Nation gegenüber der höchsten Gewalt, sondern für die Dauer ihrer

417) Wie z. B. Livius Salinator (S. 265. Anm. 407) die Salzsteuer.

418) Jenes bei Liv. II, 56, dieses bei Liv. III, 26 (wo der Senat selbst ihrer Usurpation in die Hände arbeitete). Gell. XIII, 12. Sie versuchten es auch, wie uns Gellius XIII, 12 berichtet, sich das *jus vocationis*, das den Magistraten mit *imperium* zustand, zuzueignen, ja sie hatten es sogar gegen die Consuln auszuüben gewagt, allein hier hatte ihre Usurpation nicht den gewünschten Erfolg, die *vocatio* ward ihnen nie zugestanden.

Zeit ernannte Tyrannen.“ Ließ doch Ciner einst den Consul, der ihn in der Rede unterbrochen, ins Gefängniß werfen, ein anderer gar beide Consuln, ein dritter neun seiner Collegen lebendig verbrennen! <sup>419)</sup>

Das Ueberraschende an diesen Gewaltverhältnissen ist nicht sowohl die außerordentlich weite Erstreckung der Gewalt, als der Umstand, daß selbst die erorbitantesten Befugnisse an gar keine Voraussetzungen geknüpft sind. Es gilt hier dieselbe Bemerkung, die ich S. 149 hinsichtlich der gleichen Erscheinung auf dem Gebiete des Privatrechts gemacht habe. <sup>420)</sup> Die stillschweigende Bedingung für die Ausübung aller jener Befugnisse ist die, daß in dem concreten Fall die Voraussetzungen vorliegen, die einen Gebrauch derselben rechtfertigen. Wie aber die Voraussetzungen beschaffen sein sollen, und ob sie wirklich vorhanden sind, das ist auch hier lediglich dem Urtheil des Innehabers der Gewalt anheimgestellt. Er kann einen Mißgriff begehen — gewiß — aber dafür ist ihm andererseits auch die Möglichkeit der Wahl des „Besten“ d. h. einer rein individuellen, durch keine Gesetze beschränkten Beurtheilung des einzelnen Falls offen gelassen. Selbst wenn jene Gefahr nicht durch Gründe, von denen gleich die Rede sein wird, um ein beträchtliches vermindert worden wäre, so mochten sich die Römer mit dem Gesichtspunkt trösten, den Cicero bei der Beurtheilung der tribunitischen Gewalt aufstellte, nämlich daß das Schlechte der

---

419) Val. Max. VI. 3, 2. IX. 5, 2. Cic. de leg. III. c. 9. Aur. Vict. de vir. ill. 66. §. 9.

420) Ich könnte hier noch auf die Vormundschaft des ältern Rechts verweisen, deren ich dort zu gedenken keine Veranlassung fand. Die Charakteristik der öffentlichen Gewalten paßt fast Zug für Zug auch auf sie. Sie war bekanntlich im ältern Recht ein Gewaltverhältniß (*jus in capite libero*), und zwar ein rechtlich sehr freies, der Vormund war durch keine Vorschriften und Beschränkungen gebunden und konnte erst nach Niederlegung seines Amtes zur Verantwortung gezogen werden.

Kaufpreis des Guten ist.<sup>421)</sup> Gegen den Mißbrauch der tribunitischen Gewalt gab es gerade die wenigsten verfassungsmäßigen Garantien, gegen den Mißbrauch des Veto gar keine, und von allen Gewalten hatte gerade diese sich am meisten überhoben und vergangen, und doch findet Cicero selbst für sie in jenem Gesichtspunkt einen ausreichenden Grund zu ihrer Rechtfertigung. Fateor, sagt er, in ista ipsa potestate inesse quiddam mali, sed bonum quod est quaesitum in ea, sine isto malo non haberemus. In der That aber verliert jene Gefahr des Mißbrauchs bei näherer Betrachtung ein erkleckliches von dem Schreckhaften, das sie vom abstracten Standpunkte aus zu haben scheint. Daß ein Tribun aus Uebermuth den Consul ins Gefängniß werfen läßt, der Censor aus Chikane Senatoren und Ritter aus der Liste streicht und seine Kreaturen in den Senat bringt, daß der Consul die Schätze des Aerars zu nichtigen Zwecken vergeudet oder aus persönlicher Abneigung sich weigert, die vom Volke gewählten Magistrate des folgenden Jahrs zu proklamiren, daß die Augurn im politischen Partheiinteresse wegen angeblicher Formfehler in den Auspicien die Wahlen und andere staatsrechtliche Akte cassiren — alles das war abstract genommen durchaus möglich und kam späterhin, als die Willkühr sich aller Scham entband und selbst vor offenbaren Verletzungen der Geseze nicht zurückbebt, wirklich vor. Freilich blieb denn auch die nothwendige Folge der Ausschweifung nicht aus — die Selbstvernichtung, wie wir im folgenden Buch zeigen werden. Wir stehen aber hier noch in der alten Zeit, und für sie gilt etwas anderes. Auf die verfassungsmäßigen Garantien lege ich kein entscheidendes Gewicht; sie bestanden auch später, ohne daß sie dem Uebel hätten

---

421) De leg. III. c. 10. Sed iniqua est in omni re accusanda praetermissis bonis malorum enumeratio vitiorumque selectio. Nam isto quidem modo vel consulatus vituperabilis est, si consulum, quos enumerare nolo, peccata collegeris.

Einhalt thun können, zum besten Beweise also, daß ein anderes Moment den Ausschlag gab. Ich brauche dasselbe kaum zu nennen. Es war mit Einem Wort bezeichnet der Geist der alten Zeit. Wenn ein schlechter Geist sie beseelt, sind alle rechtlichen Formen lahm und unwirksam, und wenn die Partheilichkeit und Bestechlichkeit zu Gericht sitzt, werden die strengsten Gesetze über Verantwortlichkeit der Willführ nicht steuern. Darum möge man auch für die alte Zeit immerhin die Garantien, die die Verfassung hier gewährte, namhaft machen — aber nur als einzelne äußere Mittel, die erst in Verbindung mit dem Geist, der die alte Zeit erfüllte, ihren Zweck erreichen konnten.

Diese Garantien lagen einmal in der den Beamten nach Niederlegung seines Amtes treffenden Verantwortlichkeit und sodann in der Intercession der Tribunen und höheren Magistrate. Jene Verantwortlichkeit beschränkte sich, wie kaum bemerkt zu werden braucht, nicht auf die Verletzung der Verfassung und Uebertretung von Gesetzen, sondern erstreckte sich auch auf Handlungen wie Unterlassungen, die dem Interesse des Staats widerstrebten, mochten sie äußerlich auch noch so legal sein. Ich habe diese nothwendige Consequenz des Responsabilitätsystems oben bereits berührt, und ein näheres Eingehen auf das Historische ist bei diesem Punkte um so weniger erforderlich, als das Wesentliche allgemein bekannt und gerade ihm neuerdings eine ausgezeichnete Bearbeitung zu Theil geworden ist.<sup>422)</sup> Ebenso wenig werde ich mich bei der Intercession aufzuhalten haben. Sie gehört bekanntlich zu den merkwürdigsten Eigenthümlichkeiten der römischen Verfassung. Dem rein Negativen, der hemmenden Kraft ist mittelst ihrer ein Einfluß zugestanden worden, wie nirgends anders, und es läßt sich erwarten, daß dies Mittel in der Regel seinen Zweck, das entschiedene Schlechte zu ver-

422) E. Laboulaye. Essai sur les lois criminelles des Romains concernant la responsabilité des magistrats. Paris 1845.

hindern, erreicht haben wird — wenigstens innerhalb der Stadt Rom. Eher früge es sich, ob dasselbe nicht umgekehrt einen lähmenden Einfluß ausgeübt, manches Gute verhindert habe. Es hing begreiflicherweise alles von dem Geiste ab, in dem dies Recht geübt ward. Ward das Veto, wie es im Sinn der Verfassung lag, nur als ein Schutzmittel gegen absolut verwerfliche Maßregeln angesehen und gehandhabt, so konnte darin eine Gefahr für die Selbständigkeit der Magistrate nicht erblickt werden, im entgegengesetzten Fall, wenn also eine bloße Meinungsverschiedenheit oder gar die Clivane sich der Intercession bedient hätte, würde dies Mittel den Ruin aller Selbständigkeit der Magistrate enthalten haben, und das Uebel, das in ihm selbst gelegen, wäre größer gewesen, als das, gegen welches es hätte helfen sollen. Es ist bekannt, daß das Mittel nach Einer Seite hin nicht selten zu einem ihm an sich fremden Zwecke gemißbraucht wurde, nämlich von den Tribunen, um durch Einspruch gegen nothwendige Maßregeln z. B. eine Aushebung, Ausschreibung der Kriegsteuer, politische Concessionen zu ertrogen,<sup>423)</sup> allein daß im übrigen die ganze Einrichtung der Selbständigkeit der Magistraturen Eintrag gethan, läßt sich meiner Ansicht nach nicht behaupten. Es begreift sich dies auch sehr wohl. Eine leichtsinnige Benutzung des Veto enthielt nicht weniger einen Mißbrauch der Amtsgewalt und zog nicht weniger Verantwortung und Strafe nach sich, als ein tadelnswerther Gebrauch der positiven Befugnisse.<sup>424)</sup> Sodann aber war die Intercession auch faktisch nicht so leicht, wie man sie sich vorstellen könnte.<sup>425)</sup> Sie warf dem Magistrat, gegen den sie

423) So verhinderten sie sogar fünf Jahre lang (379—383) die Wahl der patricischen Beamten, um die Zulassung der Plebejer zum Consulat zu ertrogen. Liv. VI, 35.

424) S. z. B. Liv. V, 29.

425) Man sehe z. B. Vellej. Patere. II, 44: Bibulus, collega Caesaris, cum actiones ejus magis vellet impedire, quam posset (d. h. er wagte es nicht) majore parte anni domi se tenuit.

gerichtet war, gewissermaßen den Fehdehandschuh hin und ohne Noth entschloß man sich schwerlich zu einem so gehässigen, Aufsehen erregenden Schritt. Ein leichtsinniger Intercedent hatte der öffentlichen Meinung und den Gewalten des Lebens gegenüber keinen leichteren Stand, als jeder andere Beamte bei seinen positiven Maßregeln,<sup>426)</sup> es kam nicht bloß darauf an, den Widerspruch zu erheben, sondern auf ihm zu beharren, und ein unmotivirter Widerspruch konnte seinem Urheber die Demüthigung eintragen, ihn selbst wieder zurückzunehmen. Auch hier also war die Gewalt in Wirklichkeit nicht so gefährlich, als sie in ihrer abstracten Gestalt erscheint.

Ich habe gesagt, daß ich auf die beiden bisher besprochenen verfassungsmäßigen Garantien gegen den Mißbrauch der Amtsgewalt nicht das entscheidende Gewicht lege. Die beste Garantie lag vielmehr außerhalb der Verfassung — in dem Geist der Zeit, dem Charakter des Volks, den Verhältnissen und thatfächlichen Gewalten des römischen Lebens. Ich will hier nicht wiederholen, was ich schon oben (S. 146) bei Gelegenheit des Privatrechts ausgeführt habe; ein jeder wird sich sagen können, daß alles dort Gesagte in verstärktem Maße auf den vorliegenden Fall Anwendung findet. Was von der rein privatrechtlichen Gewalt galt, die der Einzelne aus eigenem Recht hatte, und die sich im Innern des römischen Hauses verbarg, um wie viel mehr mußte es gelten von der öffentlichen, die ihm nur zur Verwaltung anvertraut war und sich stets im vollen Licht der Deffentlichkeit bewegte, bei allen ihren Schritten der Controle und Kritik von Mit- und Nachwelt ausgesetzt, von

---

426) Liv. XLV, 21 . . . persaepe evenisset, ut . . . qui ad intercedendum venissent, desisterent victi auctoritatibus suadentium legem. Bei Liv. IV, 60 legten die Tribunen ihr Veto ein gegen die Ausschreibung der Kriegsteuer, allein es ward ihnen hier die Beschämung zu Theil, daß bei Arm und Reich spreto tribunitio auxilio certamen conferendi (tributi) est ortum.

allen Seiten zugänglich und durch Einflüsse, Rücksichten aller Art temperirt.<sup>427)</sup> Frei dem Recht nach, war der Beamte umgeben von einer unsichtbaren Gewalt, die ihn am Guten nicht hinderte, aber bei jedem Versuch zum Schlechten zurückstieß. In dieser unsichtbaren Gewalt und in dem Geist der Vaterlands-  
 liebe, Selbstverläugnung, Achtung gegen das Althergebrachte u. s. w., den man bei dem Magistrat voraussetzen mußte und konnte, steckte das beste Theil der römischen Verfassung, und erst sie machten sie zu dem, was sie war. Abstrahiren wir von ihnen, halten wir uns lediglich an den äußern Mechanismus der Verfassung, an das abstracte Recht, dann freilich muß uns diese Verfassung als eine der unvollkommensten erscheinen, die es je gegeben hat, und die schlechteste von unseren modernen Constitutionen würde sie unendlich übertreffen. Wüßten wir es nicht sonst schon zur Genüge, so könnten wir uns hieraus die Lehre entnehmen, daß der Werth einer Verfassung nicht durch die Planmäßigkeit und Vollendung ihrer Structur, sondern den Geist bedingt ist, in dem sie gehandhabt wird. Dieser Geist ist bekanntlich durch kein Gesetz zu bannen oder zu gestalten, denn er ist das Volk und die Zeit selber. Wo er der rechte ist, hat die Gesetzgebung leichtes Spiel, und das war eben im ältern Rom der Fall.

So brauchte sie namentlich also auch die Beamten nicht zu unterweisen, was der rechte Gebrauch sei, unter welchen Voraussetzungen er sich dieses und jenes Rechts zu bedienen habe u. s. w. Daß nun in der That das Staatsrecht in dieser Beziehung der Einsicht der Beamten fast alles überließ, darauf müssen wir jetzt noch näher eingehen, als bisher geschehen konnte.

Wenn ich zunächst behaupte, daß das geschriebene Recht,

---

427) Selbst durch den Einfluß der Familienverhältnisse z. B. die patria potestas (Val. Max. V. 4, 5. V. 8, 3. Liv. II, 41) die Agnaten und Gentilen (s. z. B. Anm. 333).

sowohl was die Zahl als den Inhalt der Gesetze anbetrifft, in Bezug auf diesen Punkt äußerst dürftig war, so wird diese Behauptung schwerlich auf Widerspruch stoßen. Es ist an einem andern Ort (S. 40) bereits darauf hingewiesen, daß die Tendenz nach Fixirung und Objektivirung des Rechts auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts überhaupt in unendlich geringerem Grade sich geltend machte, als auf dem des Privatrechts. Den Grund davon dürfen wir theils in der bereits an jener Stelle angegebenen innern Verschiedenheit zwischen beiden Rechtstheilen erblicken, theils aber auch in den ganz besonderen Verhältnissen der römischen Verfassungsgeschichte, namentlich in dem Dualismus des Patricier- und Plebejerthums. Nach und nach fand sich in der römischen Verfassung das Verschiedenartigste zusammen, Reste aus der Königszeit mit Institutionen von rein republikanischem Gepräge, aristokratische mit demokratischen Ideen, drei verschiedene Volksversammlungen, kurz ein höchst buntscheckiges Gemisch. Es wäre für die Gesetzgebung eine äußerst schwierige Aufgabe gewesen, das Ineinandergreifen aller dieser Gewalten und ihre Kompetenzverhältnisse genau zu bestimmen, namentlich auch bei Einführung neuer Gewalten die Rückwirkung, die die Aenderung auf das Ganze ausüben mußte, im voraus zu übersehen und zu reguliren. Abgesehen von dem mit dem Sturz des Decemvirats wieder beseitigten staatsrechtlichen System der XII Tafeln haben die Römer es aber nie versucht, ihre Verfassung in ihrem Gesamttzusammenhang legislativ zu formuliren. Was nun speziell die Magistratur betrifft, so begnügte die Gesetzgebung sich damit, sie hie und da zu beschränken (z. B. hinsichtlich der oft wiederholten Bestimmung über die Provocation an die Volksversammlung, hinsichtlich des *Mases* der *multa* u. s. w.), bei Einführung neuer Gewalten aber that sie kaum etwas mehr, als daß sie ihnen, so zu sagen, das nackte Leben gab. Wie sie in das Ganze einzugreifen, wie sie sich zu ihrer Umgebung zu stellen und ihre Gewalt zum Besten des Staats zu verwenden hatten, alles das

blieb ihnen selbst d. h. dem Takt ihrer Träger, der Macht der Umstände und der Praxis überlassen. Gegenüber der Fülle und Vielseitigkeit staatsrechtlicher Entwicklung in Rom verschwindet daher der Stoff, den die Gesetzgebung dazu lieferte, fast in ein Nichts zusammen; aus den unscheinbarsten Keimen, die sie gepflanzt hatte, entwickelten sich unter dem Einfluß des Lebens die mächtigsten Bildungen, wie z. B. bei der Censur, wo die Römer selbst auf diesen Gesichtspunkt aufmerksam machen.<sup>428)</sup>

Man wird mir nun entgegen, daß das Gewohnheitsrecht hier wie so oft die Lücken des ungeschriebenen Rechts ergänzt habe. Mit diesem Einwande berühre ich einen Punkt, der für die richtige Einsicht in das römische Staatsrecht überhaupt, so wie die Stellung der Magistrate insbesondere von der äußersten Wichtigkeit ist, und bei dem ich der herrschenden Ansicht aufs entschiedenste entgentreten muß. Der Fehler, den man hier begeht, besteht darin, daß man die Sitte, das Herkommen (*mos, mores majorum*) mit Gewohnheitsrecht verwechselt. Das gewohnheitsrechtliche und gesetzliche Recht unterscheiden sich bekanntlich nur durch die Art ihrer Entstehung, ihre verbindende Kraft aber ist ganz dieselbe, eine Uebertretung enthält bei beiden eine Illegalität und bewirkt Nichtigkeit. Dem Gewohnheitsrecht geht aber ein Zustand der Unbestimmtheit voraus, den ich bereits früher (S. 27) geschildert und mit dem Namen der Sitte belegt habe. Dieser Zustand, der für die Normen, die sich zu eigentlichem Gewohnheitsrecht verdichten, nur als vorübergehende Entwicklungsphase erscheint, ist für manche andere ein bleibender, sie kommen nie über ihn hinaus. Außerlich sehen das Gewohnheitsrecht und die Sitte sich völlig gleich; bei bei-

---

428) Liv. IV, 8. . rei a parva origine ortae, quae deinde tanto incremento aucta est, ut morum disciplinaeque Romanae penes eam regimen, senatus equitumque centuriae decoris dedecorisque discrimen sub ditione ejus magistratus, publicorum jus privatorumque locorum vectigalia populi Romani sub nutu atque arbitrio essent.

den findet sich die constante Handlungsweise, und beide werden durch einzelne Ausnahmefälle nicht ausgeschlossen. Aber innerlich sind sie durchaus verschieden, denn so zwingend immerhin die Macht der Sitte sein kann, sie ist nicht rechtlicher Art, die Uebertretung der Sitte begründet mithin keine Rechtswidrigkeit.

Dem Gewohnheitsrecht gegenüber erscheint die Sitte als etwas Unvollkommenes, noch nicht Fertiges, aber in dieser Unvollkommenheit liegt zugleich ein eigenthümlicher Vorzug derselben vor dem Gewohnheitsrecht. Für gewisse Verhältnisse ist gerade sie das allein zutreffende, überall da nämlich, wo zwar die Beobachtung einer gewissen Norm die Regel bilden, die Möglichkeit einer motivirten Abweichung von derselben aber offen bleiben muß. Es ist also nicht Zufall, daß gewisse Normen stets im Stadium der Sitte verharren; sie würden ihre eigenthümliche Brauchbarkeit einbüßen, sowie sie zu eigentlichen Rechtsätzen erhoben würden. Diese Bemerkung bezieht sich ebensowohl auf die Verhältnisse des öffentlichen Rechts, als auf die des Privatrechts, und gerade das Beispiel des ältern Rom (wie aus der Gegenwart das von England) ist recht geeignet, uns die Bedeutung der Sitte für das öffentliche Recht zu veranschaulichen. In dem conservativen Element des römischen Charakters lag es begründet, daß man den staatsrechtlichen Vorgängen, Präcedentien (*exempla majorum*) einen großen Einfluß einräumte,<sup>429)</sup> und daß sich folglich hier leicht eine

---

429) Es ist eine grandiose Uebertreibung, wenn in der Geschichte der Römer von Gerlach und Bachofen B. 1. Abth. 2. S. 208: „die Präcedentien zur einzigen Grundlage des spätern Zustandes und zur einzigen Norm seiner Beurtheilung“ erhoben werden. Wäre ein solcher Zustand irgendwo denkbar, so verdiente das Volk, bei dem er sich fände, nur mit einer Schaafheerde, die dem Hammel nachspringt, verglichen zu werden. Bisher möchte aber dies Volk nur einem Verehrer des absoluten Stillstandes in seinen Visionen erschienen sein, dasselbe aber nach Rom zu versetzen, müßte Einem, der etwas von Rom gehört hat, meine ich, selbst im Schlaf nicht möglich sein. Was hieße denn jener Götzendienst mit Präcedentien anders, als der sünd-

staatsrechtliche Praxis ausbildete. Hatte schon die Praxis für die Civilrechtspflege nicht schlechthin verbindliche Kraft (ungeachtet der Grundsatz der Gleichheit, wie oben bemerkt ward, für sie eine ganz andere Bedeutung hat, als für die Verwaltung) so konnte dies für die Verhältnisse des öffentlichen Rechts noch weniger der Fall sein. Allerdings gab es dort wie hier gewisse Einrichtungen, Regeln u. s. w., die, ohne durch Gesetz vorgeschrieben zu sein, doch von der Praxis unabänderlich zur Anwendung gebracht wurden, aber es würde verkehrt sein, dasselbe von allen Sätzen der Praxis anzunehmen. Wir unterscheiden vielmehr auch für das Staatsrecht das eigentliche Gewohnheitsrecht (z. B. Unfähigkeit der Frauen zur Bekleidung von Staatsämtern, Nothwendigkeit der Beachtung der Auspicien, rechtliche Unmöglichkeit einer Volksversammlung ohne Berufung von Seiten eines Magistrats u. s. w.) und die bloße staatsrechtliche Sitte und Praxis schlechthin.

Die Stellung des Magistrats der Praxis gegenüber war weder eine freie noch völlig unfreie. Keine völlig freie, denn die stillschweigende Erwartung, unter der ihm seine Gewalt anvertraut war, war die, daß er, wenn keine besonderen Gründe zu einer Abweichung vorlägen, die bisherigen Bahnen innehalte. Keine völlig unfreie, denn es war seinem Ermessen überlassen, diese Bahnen aus gerechten Gründen ausnahmsweise zu verlassen.<sup>430)</sup> Es lag in der Weise der Römer, daß dies

---

hafteste Quietismus, die schmähllichste Apathie und eine blinde Unterordnung der Einsicht aller folgenden Zeiten unter das Urtheil der ersten und zugleich letzten selbstdenkenden Person — des Präcedentien-Adams?

430) Dies möchte ich namentlich gegen Laboulaye a. a. O. S. 73 einwenden, der im übrigen das Verhältniß treffend charakterisirt. *En droit, le magistrat était tout-puissant; mais la coutume l'emprisonnait dans un cercle de précédents dont il lui était comme impossible de sortir. Free by law, slave by custom: cette devise du citoyen anglais était*

nur aus den dringendsten Gründen geschah; eine unmotivirte, leichtsinnige Abweichung von der bisherigen Sitte war in alter Zeit eine große Seltenheit und gab beim Volk vielleicht kaum geringern Anstoß, als eine Verletzung der Gesetze.<sup>431)</sup> Aber juristisch waren beide Fälle, wie bemerkt, unendlich verschieden, denn wenn auch hier wie dort den Thäter hinterher eine Strafe treffen konnte, so war doch die Handlung dort gültig, hier nichtig. Der Unterschied in der verbindenden Kraft der eigentlichen Rechtsätze und der Praxis läßt sich mit den Ausdrücken *necesse esse* und *opus esse* bezeichnen. So kommt bei Cicero<sup>432)</sup> die Wendung vor: *legem curiatam consuli ferri opus esse* (er soll es thun) *necesse non esse* (aber die Unterlassung begründet keine Nichtigkeit).

Es war nun Sache des Beamten im einzelnen Fall zu prüfen, ob es rätlicher, dem Wohl des Staats zuträglicher sei, das Herkommen zu verlassen oder zu befolgen. Dies erforderte eine sorgsame Abwägung der individuellen Verhältnisse. Denn es konnte ihm nicht entgehen, daß das innere Gewicht der in der bisherigen Praxis befolgten Normen ein sehr verschiedenes war. Manche mußten ihm mehr als löblicher Brauch erscheinen, der so und anders sein konnte (wie z. B. die Reihenfolge der Abstimmung im Senat), andere hingegen als Ausdruck politischer Nothwendigkeit (z. B. Befolgung der Beschlüsse des

---

*aussi celle du magistrat romain, qui se glorifiait de son respect pour la tradition et considérait la coutume comme une des bases les plus solides de l'État.*

431) So ward es z. B. bei Tarquinius Superbus stets als Zeichen seiner despotischen Gesinnung angeführt, daß er die Zuziehung eines *consilium* bei der Fällung von Straferkenntnissen unterlassen. Mit dieser Zuziehung hatte es aber keine andere Bewandniß, als mit der des Verwandtenraths bei Ausübung der Strafgerichtsbarkeit von Seiten des Vaters. Unter denselben Gesichtspunkt fällt meiner Meinung nach auch der Vorwurf, den man ihm so wie den Decemviren machte, daß sie sich über die Sitte, den Senat zusammenzuberufen, hinweggesetzt hätten.

432) *Ad famil. I. 9, §. 25.*

Senats). Es war mithin auch das Gegengewicht der Gründe verschieden, die von der andern Seite in die Waagschale geworfen werden mußten, um hier und dort eine Abweichung zu rechtfertigen. Begreiflich, daß hierbei die Individualität des Beamten, seine Aengstlichkeit oder Entschlossenheit, seine politische Richtung und Ansicht vom größten Einfluß waren. Immer aber mußte er sich sagen, daß die Abweichung von der Sitte ein Schritt sei, der Aufsehn mache und der Rechtfertigung bedürfe, und daß ihn, auch wenn er nach bester Ueberzeugung gehandelt hatte, Tadel und demnächst Anklage und Strafe treffen könne. Wer von ächter Vaterlandsliebe beseelt war, ließ sich durch diese Rücksicht nicht abhalten, aber ohne Noth, ohne entschiedenes Uebergewicht auf der andern Seite trat auch er nicht mit der bisherigen Sitte in Widerspruch. So war es möglich, daß manche Normen Jahrhunderte lang ausnahmslos beachtet wurden, bis eine ungewöhnliche Complication der Verhältnisse einen entschlossenen Magistrat veranlaßte, sich hierin von der Praxis loszusagen. Hätte letztere absolut verbindende Kraft gehabt, so enthielt eine solche Handlung eine entschiedene Illegalität, zu der der Magistrat ohne die äußerste Noth und ohne die Autorität des Senats sich nicht entschlossen haben würde. Die Art, wie die römischen Schriftsteller derartiger Beispiele gedenken, so wie die Verhältnisse, unter denen sie vorkamen, zeigt, daß eine solche Auffassung den Römern fremd war.

Es kommt jetzt darauf an, die bisher entwickelte Ansicht zu beweisen. Es ist nun zunächst mit allgemeinen Aussprüchen der Römer über die *mos* und *mores majorum*, z. B. daß die *mos* als Gesetz beachtet werde, nichts gewonnen. Will man mit solchen Argumenten kämpfen, so könnte auch ich von meiner Seite darauf Gewicht legen, daß *mos* nicht bloß Gewohnheitsrecht, sondern auch die Sitte in unserem Sinn bezeichnet.<sup>433)</sup>

433) Einrichtungen socialer Art, Sätze der traditionellen römischen Moral u. s. w. werden ebensowohl auf die *mos* gestützt, als Einrichtungen rein

Der einzige Weg, der zum Ziele führen kann, ist der, daß man die römische staatsrechtliche Praxis ins Auge faßt. Dieser Weg ist freilich ein unendlich weitläufiger, und ich muß mich, wenn ich den Zweck der Schrift nicht außer Acht lassen will, darauf beschränken, einige Beispiele anzuführen, im übrigen aber auf das eigne Studium jenes Gegenstandes verweisen.

Den Consuln war durch keine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung vorgeschrieben, die Resultate der von ihnen abgehaltenen Wahlcomitien zu proklamiren, es braucht aber kaum bemerkt zu werden, daß dies nach dem Geist der Verfassung nicht Sache ihres guten Willens sein konnte. Es mußte dies vielmehr als Pflicht gelten, und diese Pflicht fand in der Praxis ihren Ausdruck; ein Jahrhundert konnte vergehen, ohne daß ein Consul es gewagt hätte, die Wahl zu verwerfen. Aber es war keine absolut verbindende, keine eigentliche Rechtspflicht, sondern eine Pflicht der Sitte; der Consul konnte sich weigern, ihr nachzukommen, ohne daß man ihn einer Illegalität hätte zeihen können, und einzelne derartige Fälle sind uns aufbewahrt (Ann. 416).

Die Consuln sollten vom Volk gewählt werden; dies war aber nicht absolut Rechtsens, sondern nur Herkommen. So konnte es denn in Nothfällen vorkommen, daß die bisherigen Consuln ohne Wahl von Seiten des Volks ihre Nachfolger proklamirten.<sup>434)</sup> Ebenso war es ganz entschieden gegen das Herkommen, daß die Magistrate sich ihr Amt prolongiren ließen, allein während des punischen Krieges setzte sich ein Consul in

---

rechtlicher Art. Bei einer so bekannten Sache bedarf es kaum der Zeugnisse; beispielsweise verweise ich auf Cic. de leg. II, 24. de offic. I, 35. II, 19. Gellius V, 19. Dürfte man auf das durch Servius uns aufbewahrte Zeugniß des Varro Gewicht legen, so würde gar mos nur die Sitte in unserem Sinn, consuetudo aber die Steigerung derselben zum eigentlichen Gewohnheitsrecht ausdrücken. Serv. ad Aeneid. VII, 601: *morem esse communem consensum omnium simul habitantium, qui in veteratus consuetudinem facit.*

434) Liv. epit. lib. 80.

Shering, Geist d. röm. Rechts. II.

bester Absicht über dies Bedenken hinweg, und seine Handlungsweise fand allgemeine Billigung.<sup>435)</sup> Dem Herkommen nach konnte nur der Consul einen Diktator ernennen; die Auginen aber verstatteten es auch den Militärtribunen.<sup>436)</sup> Nur der Senat sollte einen Triumph bewilligen; als er aber aus Chikane dem Postumius den verdienten Triumph verweigert hatte, dekretirte dieser ihn sich selbst, und ein Theil der Tribunen unterstützte ihn.<sup>437)</sup> Die Tribunen machten wie die mit imperium versehenen Magistrate das Recht geltend, während der Dauer ihres Amtes nicht vor Gericht gezogen zu werden, und das Herkommen hatte sich allerdings dahin gebildet; allein in einzelnen Fällen, wo ein Tribun sich in höchst verwerflicher Weise auf dies Privilegium berufen, ließen seine eigenen Kollegen ihn im Stich und dekretirten, daß das Herkommen hier nicht beachtet werden solle.<sup>438)</sup> Hinsichtlich der Abstimmung im Senat war seit altersher eine bestimmte Ordnung hergebracht, allein dies hinderte nicht, daß manche Consuln sich darüber hinwegsetzten.<sup>439)</sup> Ebenso nahm der Senat, wo es nöthig schien, keinen Anstand, das Herkommen zu verlassen,<sup>440)</sup> ja selbst der Pontifex maximus mußte sich auf Wunsch des Volkes mit widerstrebendem Herzen dazu entschließen.<sup>441)</sup> Eine unmotivirte Abweichung vom Herkommen, eine eigentliche Mißachtung desselben

---

435) Liv. XXIV, 9. Tempus ac necessitas belli ac discrimen summae rerum faciebant, ne quis aut in exemplum exquireret etc.

436) Liv. IV, 31.

437) Liv. X, 37. novo exemplo.

438) Val. Max. VI, 1, 7. VI, 5, 5.

439) Gell. XIV, 7. In dem Fall, von dem Gellius spricht, geschah es per ambitionem gratiamque, allein das Recht dazu ward darum dem Consul nicht bestritten.

440) Val. Max. II, 7. §. 15. tribuno plebis adversante, ne adversus morem majorum animadverteret. Liv. XXIV, 9 u. a.

441) Liv. IX, 46. quum more majorum negaret nisi consulem aut imperatorem posse templum dedicare.

erregte in Rom die größte Mißbilligung (Anm. 431), allein selbst bei der schärfsten Kritik ward die Anklage doch nicht auf die Rechtswidrigkeit der Handlung gestellt, wenigstens von Seiten solcher Schriftsteller, die die Sache kannten und einen ungenauen Ausdruck vermieden.<sup>442)</sup> Daß andere Schriftsteller das Herkommen und die Praxis leicht mit dem Recht verwechseln konnten, liegt auf der Hand, und es wäre daher ein Wunder, wenn sich nicht unter den Berichterstattern manche bloß hierdurch veranlaßte Differenzen über staatsrechtliche Fragen finden sollten. Wo namentlich griechische Berichterstatter, wie Polybius, Dionysius, Plutarch, nach der Anschauung des gewöhnlichen Lebens eine rechtliche Verpflichtung annahmen,<sup>443)</sup> konnte der mit der altrömischen nationalen Anschauungsweise vertrautere einheimische Schriftsteller eine solche nicht erblicken; was dem Einen also als Rechtsverletzung erschien, darin fand der Andere eine wenn auch anstößige, tadelnswerthe, doch aber formell legale Handlung. Ich brauche nicht zu bemerken, wie gerade diese Differenz zwischen den Berichterstattern die Richtigkeit meiner ganzen Auffassung bestätigt. An dieser Differenz, oder allgemeiner an dem Eindruck der Unbestimmtheit, Zweifelhaftigkeit u. s. w., der uns auf dem Gebiete des römischen Staatsrechts keinen Augenblick verläßt, zeigt es sich deutlich, daß hier die Sitte, deren Wesen ja gerade die Unbestimmtheit ist, ihr Spiel treibt.<sup>444)</sup>

442) 3. B. Cic. in Vat. c. 14. in omni memoria omnino inauditum. Liv. XLV, 21. novo maloque exemplo.

443) 3. B. hinsichtlich der Frage, ob der Consul ohne einen Senatsbeschluß Gold aus dem Aerar nehmen dürfe. Polyb. VI, c. 12. §. 5, c. 15. Zonar. VII, 13. Da unsere neueren Schriftsteller den im Text angegebenen Gesichtspunkt nicht beachtet haben, so setzte sich denn auch unter ihnen, wie bei dieser Frage (Rubino Untersuchungen, S. 178. Becker Handbuch der röm. Alterth. Bd. 2. Abth. 2. S. 110), so bei vielen andern die Differenz fort, und alle Bemühungen, die scheinbaren Widersprüche der Quellen zu vereinigen, werden hier so lange erfolglos bleiben, bis man sich entschließt, den obigen Gesichtspunkt zu Grunde zu legen.

444) Es wäre ein verdienstliches Unternehmen, anstatt wie bisher bei der

Es gab in Rom Eine Gewalt, an der die Macht der Sitte sich wie an keinem andern Punkt bethätigte, den römischen Senat, und unsere Aufgabe verstatet uns, wenigstens nach einer Seite einen Blick auf ihn zu werfen, nämlich was sein Verhältniß zu den Magistraten, namentlich den Consuln anbetrifft.<sup>445)</sup> Daß dem Rechte nach der Senat nur eine rein beratende Behörde war und nicht über, sondern unter den Consuln stand, darüber würde wahrscheinlich gar kein Zweifel herrschen, wenn hier nicht wiederum die Gestaltung, die dies Verhältniß in der Sitte gewonnen hatte, irre geleitet hätte. Die Formen, in die der Senat seine Beschlüsse einkleidete,<sup>446)</sup> sollten allein schon auf den rechten Weg weisen, und außerdem fehlte es nicht an historischen Thatsachen und Aeußerungen der Römer, die jenes Verhältniß des Senats in das klarste Licht setzten.<sup>447)</sup> Es be-

Bearbeitung des römischen Staatsrechts sich durch den Zweck leiten zu lassen, überall bestimmte und sichere Rechtsgrundsätze zu gewinnen, umgekehrt einmal die Controversen desselben zu sammeln. Es ist mir hier nicht möglich das Material, das ich mir gesammelt, mitzutheilen, ganz abgesehen davon, daß es noch bei weitem nicht vollständig ist. Aber ich kann auf Grund desselben Jedem, der sich zu einer solchen Arbeit entschließen wollte, im voraus eine sehr reiche Ausbeute in Aussicht stellen.

445) Fast alle Normen, die sich in Bezug auf den Senat entwickelt hatten, waren meiner Ansicht nach Praxis und Sitte, z. B. die Verpflichtung zur Berufung des Senats, zur Einhaltung einer bestimmten Reihenfolge bei der Abstimmung, die Wirkung der *senatus autoritas*, daß sie den Beamten, der dieser *autoritas* gefolgt war, gegen eine Anklage vor dem Volk sicher stellte u. s. w.

446) *Senatui placere, videri, senatum existimare, arbitrari, aequum censere etc.* Brisson. de voc. ac form. lib. II, c. 73 — 78. Daher auch der Beschluß selbst: *Senatus consultum*.

447) z. B. Dionys. excerpta XVI, 16, wo der Consul einen Senatsbeschuß mit den Worten zurückwies: *οὐ τὴν βουλὴν ἄρχειν ἑαυτοῦ, ὥς ἐστιν ὑπατος, ἀλλ' αὐτὸν τῆς βουλῆς*, ferner solche Scenen, wie z. B. bei Val. Max. VI, 2. 2. IX, 5. 1, 2, wo der Senat sich dem Consul gegenüber aufs Bitten legte, und letzterer ihn nicht einmal einer Antwort würdigte, oder der Consul in der Sitzung des Senats an ein Mitglied Hand anlegen

greift sich aber, daß das Gutachten und der Antrag einer Körperschaft, die aus den durch ihre sociale Stellung, politische Einsicht und Erfahrung hervorragendsten Männern bestand, für den Consul sowohl wie in den Augen des Volks eine hohe moralische Autorität haben mußte. Ganz abgesehen davon mußte schon das eigene Interesse den Consul bestimmen, alle wichtigen Maßregeln mit dem Senat zu berathen und ein möglichst gutes Vernehmen mit ihm zu unterhalten, um an ihm dem Volk gegenüber einen moralischen Rückhalt zu haben. Konnte er bei Maßregeln, die voraussichtlichermassen auf Widerstand stoßen würden, sich die Zustimmung des Senats verschaffen,<sup>448)</sup> so lenkte er nicht bloß das Odium und die Gefahr einer demnächstigen Verurtheilung<sup>449)</sup> von sich ab, sondern die Maßregel selbst fand von vornherein eine ganz andere Aufnahme, als wenn er einseitig aus eigener Machtvollkommenheit sie verhängt hatte.<sup>450)</sup> Dazu kommt ferner, daß die Bewilligung der Provinzen, Legionen, Triumphhe u. s. w. vom Senat abhing, ein ehrgeiziger Magistrat also allen Anlaß hatte, sich den Senat geneigt zu machen. So begreift es sich, daß die Senatsbe-

ließ. S. außerdem die von Rubino Untersuchungen u. s. w. S. 145 u. 146 beigebrachten Stellen.

448) Aus demselben Grunde fühlte sich der Senat veranlaßt, Fragen, die er verfassungsmäßig allein entscheiden konnte, an das Volk zu bringen. So z. B. Liv. V, 36. *Itaque ne penes ipsos culpa esset . . . , cognitionem . . . ad populum rejiciunt* und VII, 20. IX, 30. Rubino a. a. D. S. 273, 274.

449) Liv. V, 29. Hier wurden zwei Tribunen, die auf Veranlassung des Senats intercedirt hatten, dennoch hinterher verurtheilt, aber wie Livius sagt: *pessimo exemplo*, und gerade dieser Fall zeigt deutlich, welchen Schutz die *Autoritas senatus* gewährte. Die Consuln wurden aufs bitterste getadelt, daß sie es gelitten hätten: *fide publica decipi tribunos, qui senatus auctoritatem sequuti essent*.

450) Es werden Fälle erwähnt, wo der Magistrat, weil ihm diese moralische Unterstützung des Senats fehlte, seine durchaus legalen Intentionen nicht durchsetzen konnte, z. B. Liv. VIII, 15.

schlüsse in der Regel bei dem Consul dieselbe Beachtung fanden, wie in der Kaiserzeit die *orationes principis* beim Senat, und daß dem Effekt nach der Senat eine der einflussreichsten staatsrechtlichen Gewalten war, ungeachtet er der Form, der abstractrechtlichen Stellung nach eine bloß berathende Stimme hatte. Man darf aber die Sache nicht so ansehen, als ob das abstractrechtliche Moment hier ein Begriff ohne alle praktische Realität gewesen, ein Moment, das bei der staatsrechtlichen Charakteristik des Senats außer Acht gelassen werden dürfte. Selbst für die Zeiten, als der Senat den Gipfel seiner Macht erreicht hatte, würde dies nicht zu billigen sein, geschweige für die früheren. Die praktische Realität jenes Moments zeigt sich darin, daß in Wirklichkeit manche Fälle vorkamen, wo die Beamten nicht bloß die wichtigsten Maßregeln ohne Zuziehung des Senats aus eigener Machtvollkommenheit vornahmen, sondern sich auch mit der erklärten Meinung des Senats in Widerspruch setzten, die Beschlüsse desselben mißachteten<sup>451)</sup> (*non esse in autoritate senatus*), ohne daß eine solche Handlungsweise als illegal und nichtig, ja nur einmal stets als tadelnswerth gegolten hätte. Hatte z. B. der Senat sich durch Partheileidenschaft zu seinem Beschluß verleiten lassen,<sup>452)</sup> so warf das moralische Uebergewicht der öffentlichen Meinung sich auf Seiten des Beamten, und letzterer trug formell wie moralisch einen Sieg über den Senat davon. Abgesehen hiervon aber hatte derselbe dem Senat gegenüber einen schweren Stand, und bei einer Opposition in schlechter, dem Staat verderblicher Absicht keine Aussicht auf Erfolg. Denn wenn der Senat gleich rechtlich keine Gewalt über ihn hatte, so fehlte es ihm doch nicht an

451) Beispiele bei Appian. de bello civ. I, 19. Liv. XLII, 22. XLIII, 2. Rubino a. a. O. S. 128. Anm. 3 u. Laboulaye S. 34. 36.

452) Wie z. B. gegen den Postumius. Anm. 437, oder den Metellus, Auct. de vir. illustr. c. 45 *quum per calumniam triumphus ei a senatu negaretur, de sua sententia in Albano monte triumphavit.*

Mitteln, seinen Willen durchzusetzen. Das nächstgelegene war, daß er sich der Mitwirkung eines andern Magistrats versicherte, der vermöge seiner amtlichen Stellung den Widerspenstigen zu zwingen vermochte. In diesem Verhältniß standen z. B. der Dictator und die Tribunen zu allen Beamten, der Consul zu allen andern mit Ausnahme dieser beiden. War also z. B. der Consul selbst nicht in *autoritate senatus*, so ward sein Colleague beauftragt, einen Dictator zu ernennen.<sup>453)</sup> Führte dieser den Auftrag aus, so war die Gewalt der Consuln erloschen und damit der Widerstand gebrochen. Führte er den Auftrag nicht aus, oder machte er von Anfang an gemeinschaftliche Sache mit seinem Collegen, so konnte der Senat die Tribunen angehen und dieselben ersuchen, von ihrem Zwangsrecht gegen die Consuln Gebrauch zu machen, um letztere zu der gewünschten Maßregel oder zur Niederlegung ihres Amtes (unmittelbar durch Abdikation oder mittelbar durch Ernennung eines Dictators) zu zwingen.<sup>454)</sup> Auch sie wie der Consul selbst waren rechtlich nicht verpflichtet, den Auftrag anzunehmen, aber es ist begreiflich, daß sie gern bereit waren, es zu thun. Im äußersten Fall blieb dem Senat noch das Mittel, den Beamten für einen Feind des Vaterlandes<sup>455)</sup> und damit seines Amtes für verlustig zu erklären. Abgesehen davon konnte aber der Senat ihn nicht seines Amtes entsetzen (bekanntlich konnte dies selbst das Volk nicht) und eignete sich daher der Fall nicht zu einer äußersten Maßregel, und verweigerten die Tribunen ihre Hülfe, so blieb dem Senat

453) Liv. XXX, 24.

454) Liv. IV, 26: *ut dictatorem dicere consules pro potestate vestra cogatis*. Der hier erwähnten Aufforderung von Seiten des Senats hatten die Tribunen die Möglichkeit einer Ausdehnung ihrer *prensio* gegen die Consuln zu verdanken. Liv. V, 9: *et collegae aut facient, quod censet senatus aut si pertinacius tendent, dictatorem extemplo dicam, qui eos abire magistratu cogat*.

455) z. B. Appian. de bello civili I, 65.

nichts übrig, als auf das Ende des Amtsjahrs und auf größere Willfährigkeit der Nachfolger zu hoffen.

Die bisherigen Beispiele mögen genügen, um meine obige Behauptung von der eigenthümlichen Kraft der staatsrechtlichen Sitte zu erläutern und zu beweisen. Was ich aber nicht beweisen kann, ist das quantitative Verhältniß der Sätze der staatsrechtlichen Sitte zu denen des Staatsrechts; ein solcher Beweis wäre mit einer Darstellung des gesammten römischen Staatsrechts gleichbedeutend. In dieser Beziehung muß ich mich also auf das bloße Behaupten beschränken, im übrigen aber auf das Urtheil sachkundiger Richter provociren. Meine Behauptung geht nun dahin, daß der bei weitem größte Theil der Normen, die im öffentlichen Leben der Römer zur Anwendung kamen, nicht Staatsrecht, sondern Staatsitte gewesen. Die staatsrechtliche Substanz befand sich in Rom, einige wenige feste Niederschläge abgerechnet, stets im Zustande der Flüssigkeit.<sup>456)</sup> Dieser Zustand machte es möglich, dem wechselnden Bedürfniß der Zeiten gerecht zu werden, ohne stets erst die Gesetzgebung zu Hülfe zu rufen, sowie er es andererseits dem Historiker freilich unendlich erschwert, der Bewegung zu folgen, jenes fast ununterbrochene Wachsen und Abnehmen, Ausdehnen und Zusammenziehen der verschiedenen Gewalten, jenes Wogen, Schieben und Stoßen der verschiedenen Elemente zu schildern. Diese Biegbarkeit der Sitte, diese rechtliche Möglichkeit, publicistische Normen und Maximen in Fällen, wo ihre Anwendung

---

456) Dies wird man in einem geringern Maße selbst vom Standpunkt der bisherigen Auffassung aus uns zugeben müssen, denn das Gewohnheitsrecht entsteht bekanntlich nicht über Nacht, sondern setzt einen längern Bildungsprozeß voraus. Man lasse sich durch die Festigkeit, Sicherheit, Bestimmtheit, die dem fertig gewordenen Rechtsatz auch bei der gewohnheitsrechtlichen Entstehung zu Theil wird, nicht verleiten, den Mangel dieser Eigenschaften bei dem noch nicht Fertigen zu übersehen; zu vergessen, daß alles Sein ein Werden voraussetzt, und daß gerade beim Gewohnheitsrecht die Periode des Werdens oft von sehr langer Dauer sein kann.

dem wahren Wohl des Staats widerstreben würde, ausnahmsweise zur Seite zu schieben — sie überhob die Römer jener traurigen Nothwendigkeit, in die wir heutzutage uns so oft versetzt sehen, nämlich bei einem Conflict zwischen den bestehenden Gesetzen und der Noth des Augenblicks, dem Bedürfnis des individuellen Falls zu Liebe entweder das Gesetz zu ändern oder zu übertreten oder aber das Bedürfnis dem Gesetz zu opfern. Wenn es uns bei der Schilderung der privatrechtlichen Verhältnisse vorzugsweise darum zu thun war zu zeigen, wie die Sitte beschränkend auf die abstracte Freiheit einwirkte, so kam es uns bei dem vorliegenden Gegenstand umgekehrt darauf an, nachzuweisen, wie die Sitte trotz ihres beschränkenden Einflusses immer doch noch der Freiheit einen großen Spielraum ließ. Dort hat man nämlich ebenso sehr den Einfluß der Sitte zu gering, wie hier zu hoch angeschlagen. Der Grund dieser Verschiedenheit liegt in der Beschaffenheit unserer Quellen, nämlich in der Dürftigkeit derselben rücksichtlich des rein privatrechtlichen, der Reichhaltigkeit derselben rücksichtlich des öffentlichen Lebens. Die Juristen, die das Privatrecht behandelten, schlossen das Element der Sitte mit vollem Recht von der Betrachtung aus. Wer aber das römische Staatsrecht darzustellen hatte, konnte sich nicht in gleicher Weise auf den abstract-rechtlichen Gesichtspunkt beschränken, sondern mußte das gesammte öffentliche Leben zum Gegenstand der Darstellung machen.

Kurz das Staatsrecht war Geschichte und Statistik, das Privatrecht eine abstracte Theorie. Für jenes besteht die Aufgabe darin, den Gesichtspunkt des abstracten Rechts nicht über der Sitte — für dieses, die Sitte nicht über dem abstracten Recht zu übersehen.

Wir haben jetzt die einzelnen objektiven Momente, die zur Charakteristik der Magistratur nöthig sind, kennen lernen: die abstract-rechtliche Freiheit auf der einen, das Maß und die Art ihrer Gebundenheit auf der andern Seite. Ein wesentliches Moment zu dieser Charakteristik fehlt uns noch, es ist das rein

subjektive der Persönlichkeit des Beamten, und obgleich die Consequenz des Bisherigen schon von selbst darauf führen müßte, so darf ich es doch nicht unterlassen, die Bedeutsamkeit dieses Moments mit allem Nachdruck hervorzuheben. Wir betrachten zu dem Zweck die Magistratur schließlicly unter dem Gesichtspunkt ihrer Beziehung zur Persönlichkeit.

Die meisten Gewaltverhältnisse des öffentlichen Rechts lassen sich ganz wie die des Privatrechts (S. 144) als weite, elastische Formen bezeichnen, die der Person die freieste Regung verstatten und erst mit und an der Persönlichkeit ihres Trägers ihren eigentlichen Inhalt bekommen. Sie sind also das gerade Gegentheil von dem, was man in neuerer Zeit so gern aus ihnen hat machen wollen, das ist nämlich Mechanismen, die von der Persönlichkeit des Subjekts möglichst unabhängig sein, bei aller Verschiedenheit derselben doch die möglichst gleichen Resultate hervorbringen sollen, enge, feste, starre Formen und Gehäuse, die sich nicht der Persönlichkeit, sondern denen sie sich affommodiren muß. Jene römischen Gewaltverhältnisse aber, wie sie einerseits das entscheidende Gewicht auf die Persönlichkeit werfen, von dem freien Schwunge derselben alles hoffen und erwarten, sind in ihren Resultaten, ja in ihrem jeweiligen Machtgehalt wesentlich von der Person abhängig. Sie richten sich nach der Größe ihres Trägers; weit oder elastisch genug, um auch dem mächtigsten Charakter die nöthige Ausdehnung zu verstatten, schrumpfen sie zusammen, wie das Kleid in der Sage, am Körper des Kleinen. Dem abstrakten Recht nach hätte die Macht einer und derselben Magistratur dieselbe sein müssen, wer sie auch bekleidete, allein in Wirklichkeit richtete sich das Maß dieser Macht wesentlich nach der moralischen Kraft ihres Trägers. Ein schwacher, ängstlicher, zaghafter Charakter, in Besitz dieser Gewalt versetzt, wagte es nicht, sie in ihrer ganzen Wucht geltend zu machen, und konnte es auch nicht, denn um dies zu können, bedurfte es eines entschlossenen Muthes und eines festen Armes. Hier also verliert

die Magistratur an Kraft, sie fügt sich, wo sie es nicht nöthig hätte,<sup>457)</sup> vermeidet den Streit, und wo sie ihn dennoch aufnimmt, unterliegt sie. Aber wenn dann einmal wieder ein ganzer Mann, ein eiserner Charakter, ein wahrer Herrscher an ihre Stelle trat, wie schwoh dann die Würde an, zu welcher Gewaltigkeit und Majestät! Rechte, die die Vorgänger seit Jahrhunderten nicht mehr gewagt hatten zu benutzen, wurden der Vergessenheit entrissen,<sup>458)</sup> neue Ansprüche, oder solche, die bisher ohne Erfolg erhoben waren, geltend gemacht und durchgesetzt, der Glanz des Amtes wiederhergestellt und erhöht, kurz das Amt nahm einen mächtigen Aufschwung, und noch lange Jahre nachher zehrten die Nachfolger von dem Gewinn dieses Einen Amtsjahres. Man erinnere sich z. B. der Censur. Was war sie bei ihrer Einführung, was ein Jahrhundert später! Und wodurch? Nicht durch Unterstützung und Beihülfe von Seiten der Gesetzgebung, sondern Alles durch die Macht der Persönlichkeit. Mit jedem großen Charakter, den man mit diesem anfänglich so unbedeutenden Amt bekleidet hatte, dehnte und weitete sich dasselbe, jeder ächte Censor war „Mehrer des Reichs“, ein Stück Censur. Kein Gesetz hätte ein solches In-

457) So z. B. bei Liv. III, 26 die Consuln rücksichtlich des von den Tribunen in Anspruch genommenen jus preensionis; wenn damals andere Männer dies Amt bekleidet hätten, sie würden die tribunitische Anmaßung gewiß verdientermaßen zurückgewiesen haben. — Wie verschieden benutzten manche Consuln die ihnen vom Volk oder Senat ertheilte Autorisation zum Abschluß eines Friedens! Einige schlossen ohne Vorbehalt und ohne vorherige Anzeige an den Senat nach eigenem Gutdünken den Vertrag ab (Beispiele bei Rubino a. a. D. S. 267, 268), andere wagten von ihrer Vollmacht keinen Gebrauch zu machen, sondern behielten dem Volk die schließliche Entscheidung vor. Liv. XXX, 43. 44.

458) Ein höchst interessantes Beispiel gewährt hier Liv. XXVII, 8. (B. 1. S. 317.) Der flamen Dialis hatte von altersher Sitz und Stimme im Senat, allein mehre Menschenalter hindurch war dies Recht „ob indignitatem priorum flaminum“ nicht zur Ausübung gekommen, bis einmal eine geachtete und entschlossene Persönlichkeit diesen Posten bekleidete und es wagte,

stitut schaffen können, so wenig wie es dasselbe zu halten vermochte, als die alten Censoren immer mehr ausstarben. Das innere Mark des Instituts, in dem seine Kraft und Stärke ruhte, und ohne das es nichts war, kam durch die Censoren selbst hinein, war das Resultat der Unerblichkeit und Strenge, des sittlichen Ernstes und der eignen sittlichen Würdigkeit, durch die sie dem Volk imponirt hatten. Wenn wir heutzutage zu sagen pflegen: Das Amt macht den Mann, so können wir für die römische Welt den Satz dahin umdrehen: der Mann machte das Amt. <sup>459)</sup>

Ich habe oben gesagt, daß die Amtsgewalt sich wesentlich nach der moralischen Kraft ihres Trägers richtete. Am auffallendsten zeigt sich dies an dem Verhältniß der verschiedenen Staatsgewalten zu einander. Es wird aus dem bisherigen klar geworden sein, daß dasselbe ein außerordentlich fruchtbarer Boden für Konflikte der mannichfaltigsten Art sein mußte. Denn die Machtgebiete der einzelnen aus so heterogenen politischen Elementen gebildeten Gewalten durchkreuzten sich in seltsamer Weise, die Gränzen waren vielfach sehr unbestimmt, und selbst der Besitzzustand, soweit er sich auf stillschweigende Convention und Herkommen stützte, schloß nicht die Möglichkeit einer Erweiterung der Macht auf Kosten anderer Gewalten aus. Dazu kam, daß das Intercessionsrecht die Befugniß gewährte, selbst in das zweifelhafte Gebiet einer andern Macht hinüber zu greifen. Es begreift sich, daß bei einer solchen Ge-

von jenem Recht Gebrauch zu machen und den Widerspruch, der anfänglich entgegengesetzt ward, besiegte. Mit diesem Ginen zurückeroberten Rechte hatte das Amt selbst unendlich viel gewonnen. Daß aber lediglich die Persönlichkeit des damaligen Namen den Ausschlag gegeben habe (*magis sanctitate vitae, quam sacerdotii jure rem obtinuisse*), darüber war, wie Livius berichtet, nur eine Stimme.

459) Liv. IV, 8 legt den Patriciern bei Einführung den Censur diese Erwägung unter: *id, quod evenit, futurum credo etiam rati, ut mox opes eorum, qui praecessent, ipsi honori jus majestatemque adjicerent.*

legenheit zu Konflikten<sup>460</sup>) unendlich viel darauf ankam, welche Charaktere sich einander gegenüberstanden, und daß je nach Verschiedenheit derselben der Ausgang des Konflikts selbst ein verschiedener war. Einer imponirenden Persönlichkeit verstattete man, was man einer andern nie eingeräumt hätte, und Maßregeln, die man gegen letztere unbedenklich ergriff, wagte man gegen erstere nicht zur Anwendung zu bringen. So z. B. ward einst von zwei Censoren wegen einer und derselben Amtshandlung der eine in Anklagezustand versetzt, an dem andern, der durch seine Stellung und Persönlichkeit imponirte, wagte man sich nicht zu vergreifen, und nur dem entschlossenen Auftreten desselben hatte jener es zu verdanken, daß er losgesprochen ward.<sup>461</sup>) So bestimmte sich namentlich auch der Erfolg der Drohungen, durch die der eine Magistrat den andern einzuschüchtern versuchte, ganz nach dem Verhältniß der sich gegenüberstehenden moralischen Kraft. Während sie in diesem Fall machtlos war und verlacht ward, erreichte sie dort ihren Zweck.<sup>462</sup>) Bald zwingt mittelst ihrer ein Tribun den Consul, bald wieder ein Consul den Tribun und den eignen Kollegen

---

460) Uebrigens verdient hier die treffende Bemerkung von Laboulaye a. a. D. S. 75 wohl beherzigt zu werden: Ces pouvoirs indépendants, sagt er, les consuls, les tribuns, le sénat, s'entendaient comme aujourd'hui les chambres et le pouvoir exécutif; les consuls essayaient de se maintenir constamment *in auctoritate senatus*, et le sénat, de son côté, s'efforçait de conserver la bonne intelligence entre les tribuns et les consuls. On était tout-puissant par l'union, mais chacun était sans force dès que l'accord n'existait plus. Il fallait donc à tout prix conserver cette harmonie, et c'est ce qui explique comment tout se faisait par une suite des transactions, de concessions mutuelles, de tempéraments perpétuels.

461) Auct. de vir. illustr. c. 57: ob quod a populo collega ejus Claudius (nam ipsum auctoritas tuebatur) reus factus et quum eum duae classes condemnassent Tiberius juravit, se cum illo in exilium iturum; ita reus absolutus est.

462) Man vergleiche z. B. Liv. IV, 26 mit V, 9.

zum Nachgeben; <sup>463)</sup> bald wird der Drohung von der einen eine Drohung von der andern Seite entgegengesetzt. So sucht ein Dictator die Plebs von ihren Vorfäzen abzuschrecken, indem er ankündigt, daß er eine Aushebung veranstalten und die unruhige Mannschaft aus der Stadt führen werde, und die Tribunen ihrerseits antworten ihm darauf mit einem Plebisit, wodurch ihm für diesen Fall eine Strafe von einer halben Million auferlegt ward. <sup>464)</sup> Bald wieder wagt der Beamte nicht mit seiner Drohung Ernst zu machen und läßt geschehen, was er verhindern wollte, bald weicht er keinen Schritt zurück und setzt seinen Zweck durch. <sup>465)</sup> Die Censoren hatten bekanntlich das Recht, die Liste des Senats anzufertigen, und es behielt bei ihrer Redaction sein Bewenden. Als diese Liste aber einst nach Gunst und Willkühr entworfen war, erklärten die Consuln, daß sie sich nicht daran binden würden, und griffen zu einer frühern zurück. <sup>466)</sup> Die Prätores hatten das Amt, Recht zu sprechen. Als aber einst ein Prätor, während er sein Amt verwaltete, sich nicht erhob, indem der Consul Aemilius Scaurus, ein Mann von gewaltigem Charakter vorüberging, ließ derselbe ihm nicht allein das Kleid am Leibe zerreißen und seinen Sessel zerschlagen, sondern er erließ ein Edikt, daß Niemand fortan bei ihm Recht nehmen solle, das heißt also im Grunde: er nahm ihm das Amt, das das Volk ihm gegeben hatte. <sup>467)</sup> In diesen beiden letzteren Fällen war die formelle Berechtigung zu einer solchen Maßregel wohl mehr als zweifelhaft.

Ich will die Beispiele nicht mehr häufen, um so weniger, da schon unsere frühere Darstellung Gelegenheit hatte, an zwei

463) S. z. B. Florus epit. II, 2. §. 17. Liv. II, 56. IV, 26.

464) Liv. VI, 38.

465) Man vergleiche z. B. Liv. VIII, 15 mit Vellej. Paterc. II, 92. und Gell. VI, 9.

466) Liv. IX, 30.

467) Auct. de vir. illustr. c. 72.

wichtigen Punkten, dem Herkommen und dem Verhältniß des Magistrats zu dem Senat die Bedeutung des persönlichen Moments für die Magistratur hervorzuheben. Wir haben damit unser Ziel erreicht und den Gedanken der Macht und Freiheit, als den psychologisch nothwendigen und sittlich berechtigten Ausdruck des Persönlichkeitsgefühls nicht minder im öffentlichen als im Privatrecht verwirklicht gefunden. Wenn der Leser durch den langen Weg, den ich ihn geführt habe, ermüdet ist, so möge mich zweierlei entschuldigen. Einmal, daß jener Gedanke sich als innerster Kern des ganzen römischen Rechtsgefühls bezeichnen läßt, daß er, möge man auf die Verfassung des Hauses oder die des Staats sehen, eine Beachtung verlangte, wie kein anderer, ja daß alles andere nur seinetwegen da ist, um ihn zu schützen und zu verwirklichen. Sodann aber, daß es zugleich meine Absicht war, in dem Bilde, das ich hier entworfen, einer Zeit, wie der unsrigen, die in Wissenschaft und Leben das Recht und die Macht der Persönlichkeit nicht selten so gründlich mißachtet hat, einen Spiegel vorzuhalten, aus dem sie erkennen kann, wie sie ist, und was ihr fehlt. Daß ich nicht der Ansicht bin, als könnte und sollte sie das altrömische System copiren, daß ich vielmehr sehr wohl weiß, wie sehr letzteres in seiner ganzen Eigenthümlichkeit an das alte Rom mit seinen Menschen und Zuständen geknüpft war, — dies zu bemerken, wird mir die Schlussbetrachtung des folgenden Paragraphen eine passendere Gelegenheit geben.

### C. Historische Bedeutung des Systems der Freiheit.

Die Abstraction des Freiheitsbegriffs als Entdeckung des Privatrechts — Die Selbständigkeit der Abstraction gegenüber dem Leben — Die Produktivität der autonomen Bewegung des Verkehrs — Die natürlich-sittlichen Beziehungen des Systems zur römischen Welt.

XXXVI. Wir sind jetzt auf dem Punkt angelangt, um das

System der Freiheit in seiner Totalität überschauen und beurtheilen zu können. Indem ich es dem Leser glaube überlassen zu dürfen, sich die Züge, die die bisherige Darstellung geliefert hat, zu einem Gesamtbilde zu vereinigen, benutze ich den gewonnenen Standpunkt nur, um unser System als eine einzelne historische Erscheinung in seinen höhern Zusammenhang einzureihen und die historische Bedeutung zu bestimmen, die es von diesem Standpunkt aus in Anspruch nehmen kann.

Bei der Auffassung des Systems der Freiheit haben wir uns, wie bereits früher bemerkt, gleichmäßig vor zwei Einseitigkeiten zu hüten, nämlich einmal über dem abstracten Recht nicht die Sitte und die reale Wirklichkeit des Lebens, und sodann über letzterer nicht das abstracte Recht außer Acht zu lassen. Es ist nicht minder unerlässlich, die rechtliche Freiheit in der ganzen Nacktheit des abstracten Begriffs zur Anschauung zu bringen, zunächst also von allen sittlichen Bezügen, Einflüssen und Banden, durch die sie mit dem Leben verknüpft war, zu abstrahiren, als andererseits hinterher diesen thatsächlichen Gewalten die vollste Anerkennung zu Theil werden zu lassen. Beide Gesichtspunkte und Aufgaben aber soll man aufs schärfste aus einander halten, und gerade dies ist ein Punkt, wo wir nicht genug von den Römern lernen können, denn diese Scheidung ist eins ihrer unsterblichsten Verdienste, der erste und wesentlichste Schritt zur Entdeckung des Privatrechts. Zu diesem Zweck war es erforderlich, daß sie sich bei der abstractrechtlichen Formulirung des Freiheitsbegriffs durch die sittlich-natürliche Lebensanschauung, von der sie durchdrungen waren, durch die äußere Erscheinung der Freiheit im Leben, durch die tausenderlei Einflüsse und Beschränkungen, denen letztere hier ausgesetzt war, in nichts beirren ließen.

Ich habe mich früher (S. 142—144) schon dahin ausgesprochen, daß die Römer hier das absolut Richtige getroffen haben, denn die einseitige Geltendmachung und Durchführung

des Gesichtspunktes der Macht und Herrschaft, die Betrachtung des gesammten Privatrechts und aller seiner Verhältnisse unter diesem Einen Gesichtspunkt ist eben das absolut Richtige. Juristisch diese Verhältnisse zu betrachten heißt nichts anderes, als den abstract-rechtlichen Machtgehalt derselben ausscheiden und zur Darstellung bringen. Jedes Recht ist ein Stück concret gewordener und bestimmt gestalteter Willensmacht; nur die Verhältnisse sind juristische und nur so weit sind sie es, als in ihnen dieser Bestandtheil sich findet; was sie sonst noch enthalten an andern Stoffen, an sittlichen, politischen, ökonomischen Ideen u. s. w., kommt für die juristische Betrachtung gar nicht in Betracht. Wenn die Römer nun die Rechtsverhältnisse von vornherein unter diesem exclusiven juristischen Gesichtspunkt auffaßten, so finde ich den Grund davon in unserm Macht- und Freiheitstrieb, in der Gewalt, die der Gedanke der Herrschaft auf das römische Gemüth ausübte, in der Einseitigkeit und Energie, mit der sie ihn als letzten Endzweck überall verfolgten. Ich meine nicht, als ob es nicht höhere Endzwecke gebe, als diesen römischen — aber was die Römer bei Verfolgung desselben gefunden, das darf und soll der Welt zu gute kommen. Ob es niedrige Gewinnsucht war, die den Handel in ferne Länder und zu neuen Entdeckungen führte, was gilt es uns? die Entdeckung selbst werden wir darum nicht verschmähen. So möchte der Höhepunkt der römischen Sittlichkeit noch so tief liegen, ungleich tiefer, als ich ihn im bisherigen angenommen habe, er lag aber gerade in der richtigen Höhe, daß man von hier aus eine Entdeckung machen konnte und mußte, die man von einem wirklich oder vermeintlich höheren Punkte aus nicht gemacht haben würde — die Entdeckung des Privatrechts. Diese Errungenschaft kann und soll jedes Volk sich zu Nutze machen, ohne im übrigen auch nur die geringste Ähnlichkeit mit den Römern zu haben. Nur mißverstehe man mich nicht. Es ist neuerdings die Behauptung aufgestellt, das römische Recht sei

das absolute Recht.<sup>468)</sup> Das ist eine arge Uebertreibung, bei der eine richtige Ahnung zu Grunde liegen mag. In dem römischen Recht sowohl der gegenwärtigen wie der folgenden Periode steckt viel national Römisches, und die Opposition, die dies Recht von jeher erfahren hat, ist namentlich hierdurch veranlaßt und meiner Ansicht nach insoweit durchaus berechtigt. Um das Privatrecht zu gewinnen, haben wir das römische recipirt, es wäre aber falsch zu glauben, als ob die historische Form, in der der absolut richtige Gedanke zuerst zur Welt kam, gleichfalls die absolute wäre und ihn selbst für ewige Zeiten bedingte. Der absolut richtige Gedanke ist: alle privatrechtlichen Verhältnisse sind Machtverhältnisse, Willensmacht ist das Prisma der privatrechtlichen Auffassung, und die ganze Theorie des Privatrechts hat nur die Aufgabe, das Machtelement in den Lebensverhältnissen aufzudecken und zu bestimmen. Das Römische und mithin Vergängliche ist das Maß und die Ausdehnung, in der die Römer die Macht innerhalb der verschiedenen Verhältnisse zugelassen haben. Ich will beide Behauptungen noch einer näheren Betrachtung unterwerfen.

Jener erste Satz ist weit entfernt sich der allgemeinen Zustimmung zu erfreuen. Es gereicht unserem wissenschaftlichen Bewußtsein gerade nicht zur Ehre, daß eine Wahrheit, die der einfache gesunde Menschenverstand in Rom längst entdeckt hatte, von Manchen nicht bloß aus den Augen verloren, sondern geradezu als Irrthum und als ein Mangel des römischen Rechts bezeichnet werden konnte. Man hat letzterem nämlich den Vorwurf gemacht, daß es bei der Construction seiner Rechtsverhältnisse das sittliche Moment ganz außer Acht gelassen und nennt es Romanisiren, wenn man bei den deutschrechtlichen Verhältnissen dieselbe Methode befolgt. Ein solcher Tadel bezweckt geradezu die Negation jeder Jurisprudenz, denn das

---

468) G. Lenz über die geschichtliche Entstehungsweise des Rechts. Greifswald u. Leipz. 1854.

Wesen der letzteren besteht gerade darin, daß sie von allem Nicht-juristischen in den Verhältnissen abstrahirt, und Nicht-juristisch ist alles, was auf den Gesichtspunkt der Macht nicht reagirt.

Daß ganz verschiedenartige Ideen und Rücksichten bei der legislativen Gestaltung eines Herrschaftsverhältnisses mitwirken können z. B. die Rücksicht auf das öffentliche Wohl, die Sittlichkeit u. s. w., wird Niemand läugnen, aber juristisch gesprochen besteht dieser Einfluß nicht darin, daß sie in das Innere des Verhältnisses eine fremdartige Substanz brächten, den Inhalt desselben qualitativ zu etwas anderem machten, als Willensmacht, sondern daß sie, so zu sagen, von außen gegen die Wände des Rechtsverhältnisses drücken und dadurch den Machtgehalt desselben beschränken, die Herrschaft mehr oder weniger comprimiren. Wie sehr immerhin die sittliche Auffassung eines und desselben Instituts zu verschiedenen Zeiten variiert, wie sehr diese Verschiedenheit in der rechtlichen Gestaltung des Instituts sich verwirklicht haben mag — vom juristischen Standpunkte aus dürfen wir dieser Thatsache keinen andern Ausdruck geben, als: der Machtgehalt des Instituts war hier ein weiterer, dort ein geringerer. Die Unterschiede also z. B. zwischen der Vormundschaft, dem Verhältniß des Vaters zu den Kindern, des Mannes zur Frau u. s. w. im ältern römischen und heutigen Recht reduciren sich, wenn man sie juristisch bezeichnen will, auf eine quantitative Differenz in dem Machtgehalt jener Verhältnisse und die Begründung einer gegenüberstehenden Macht (des Mündels, Kindes, der Frau); es heißt wie ein Laie sprechen, wenn man sagt, daß jene Verhältnisse nicht mehr Gewaltverhältnisse seien, der nüchterne Gedanke der Macht hier vielmehr irgend einem edlern das Feld geräumt oder sich mit ihm zu irgend einem höhern, den Römern unbekanntem, verbunden habe.

Man lasse sich dadurch nicht täuschen, daß der Zweck des Verhältnisses nicht immer in dem selbstnützigen Genuß der Macht besteht. Der Beamte hat seine Macht nicht seinetwegen,

sondern im Interesse des Staats, aber wer würde ihm die Macht, soweit sie reicht, darum absprechen? So sollte der altrömische Vormund das Beste seines Mündels versehen, und es war dafür gesorgt, daß er es mußte (*postulatio suspecti tutoris, actio rationibus distrahendis, Infamie*<sup>469</sup>) und trotzdem ward die Tutel als *jus ac potestas in capite libero* definiert. So mag also auch das heutige Recht dem Vater eine Gewalt über die Kinder nur im Interesse ihrer Erziehung anvertrauen und durch Veranstaltungen verschiedener Art dafür sorgen, daß er sie nur in diesem Sinne benutze; dadurch ist das Recht des Vaters zu der römischen *patria potestas* allerdings in einen merklichen Gegensatz getreten, allein es läßt sich doch nicht anders definiren, als eine Macht, die sich so und so weit erstreckt, diesen und jenen Beschränkungen ausgesetzt ist u. s. w.

So viel zur Begründung meiner ersten Theses. Was nun die zweite anbetrifft, so geht aus dem bisherigen hervor, daß die Ausdehnung, die das ältere Recht der subjektiven Macht eingeräumt hat, für die Hauptfrage selbst gleichgültig ist. Für die Charakteristik des ältern Rechts dagegen ist dies Moment allerdings ein höchst interessantes. Wenn wir den Gedanken der Macht als das eigentlich privatrechtliche Prinzip haben kennen lernen, so dürfen wir das ältere Recht den Triumph der abstracten Privatrechts-Idee nennen. Jener Gedanke hat sich hier einmal in seiner ganzen Einseitigkeit und Ungebundenheit versuchen, sich selbst von Seiten seiner praktischen Möglichkeit auf die Probe stellen wollen, man möchte es die Reife und Frische eines neuen historischen Gedanken nennen. Daß jener Versuch gelang, hatte in Voraussetzungen seinen Grund, die sich in Rom fanden, aber nicht überall wiederholen. Beides, diese Voraussetzungen wie die praktische Möglichkeit einer so excessiven Verfolgung der Macht, ist später hinweggefallen — es

---

469) Die *act. tutelae* gehört erst dem spätern Recht an, wie an einer andern Stelle gezeigt werden soll.

war das specifisch Römische, das der Zeit Angehörige, das mit der Zeit absterben konnte und mußte, ohne daß damit auch die reife und unvergängliche Frucht der Nachwelt verloren zu gehen brauchte. Die relative Nothwendigkeit dieser Einseitigkeit will ich damit nicht in Abrede stellen. Wo ein großer Gedanke entdeckt und zur praktischen Existenz und Herrschaft gebracht werden soll, ist ein schroffes und einseitiges Auftreten nicht bloß verzeihlich, sondern nicht selten ein nothwendiges Mittel zum Zweck. Der spätern Zeit bleibt es vorbehalten und fällt es nicht schwer, die Uebertreibung auf das rechte Maß zurückzuführen. Ob bei einem Volk, wo der Gedanke der Macht von vornherein in maßvoller, bescheidener Gestalt aufgetreten, je die Entdeckung gemacht worden wäre, daß das ganze Privatrecht nichts ist, als das System dieser Macht — ich lasse es dahin gestellt. Daß aber die Römer bei dem ganzen Troß und Uebermuth, mit dem dieser Gedanke sich bei ihnen verwirklichte, ihn fanden — das, meine ich, kann uns kaum Wunder nehmen.

Schlagen wir übrigens das Verdienst dieser Leistung nicht zu gering an. Es kam nicht bloß auf das einmalige Finden und Abstrahiren an, sondern auf ein fortgesetztes Pflegen und Bertheidigen des Gefundenen. Das Leben ist den juristischen Abstractionen keineswegs günstig. Denn die Gestalt, in der die Verhältnisse im Leben auftreten, und nach der folglich die vulgäre Auffassung derselben sich bestimmt, ist oft eine ganz andere, als sie dem abstracten Recht nach sein könnte, und ist die juristische Auffassung hier nicht stets auf ihrer Hut, so kommt sie leicht in Gefahr, die Wirklichkeit und Sitte mit dem Recht zu verwechseln, wie die vulgäre Auffassung es thut. Die strenge Unterscheidung zwischen Sitte und Recht ist einer der besten Prüfsteine für die juristische Begabung der verschiedenen Völker und Zeiten, denn sie setzt eine unablässige Thätigkeit und Anspannung des Abstractionsvermögens und eine geistige Freiheit und Unabhängigkeit von der äußern Erscheinung voraus. Wo dieser Unterschied scharf erfaßt und praktisch gehandhabt wird, wie

im römischen Recht, ist damit die Bildung des Gewohnheitsrechts sehr erschwert; wo es nicht der Fall, im Halbdunkel also zwischen Recht und Sitte, findet umgekehrt das Gewohnheitsrecht ein ungehindertes, üppiges Gedeihen. Dieser Punkt, den ich hier berühre, bezieht sich zwar nicht ausschließlich auf das System der Freiheit, und ist in seinen anderweitigen Beziehungen bereits an verschiedenen Stellen zur Sprache gebracht, allein die Bedeutung desselben für die Frage, die uns gegenwärtig beschäftigt, ist doch eine so hohe, daß ich noch etwas länger bei ihm verweilen muß.

Wir haben früher öfters Gelegenheit gehabt, die Differenz der abstracten Freiheitsformen und ihrer juristischen Auffassung auf der einen, und der realen Erscheinung derselben und ihrer natürlich-sittlichen Auffassung im Leben auf der andern Seite anzugeben. Verlegen wir nun, wie meiner Meinung nach gar nicht anders möglich ist, unser abstractes Freiheitssystem in den Anfang der römischen Rechtsgeschichte, so haben wir die frappante Erscheinung, daß dasselbe viele Jahrhunderte lang im wesentlichen unverändert aufrecht erhalten worden ist, ungeachtet — und dies ist das Entscheidende — die faktische Erscheinung desselben in der Sitte eine so völlig andere war. Wie auch im Leben die verschiedenen Gewalten des öffentlichen und Privatrechts sich praktisch gestalteten, welche Bahnen sie inne zu halten pflegten und faktisch innehalten mußten: die abstracte Auffassung erblickte darin nur etwas Faktisches. Zwischen dem abstracten Recht und dem thatsächlichen Leben, zwischen der abstract-rechtlichen und natürlich-sittlichen Auffassung also eine ungeheure Kluft!

In unserer deutschen Rechtsentwicklung ist der Uebergang des Thatsächlichen zum Rechtlichen ein sehr leichter gewesen; die Sitte, vom Recht wenig unterschieden, ward unvermerkt zum Recht. In Rom hingegen blieb die Sitte, mochte sie auch Jahrhunderte lang bestanden haben, darum doch, was sie war, bloße Sitte. Die Beschränkungen, die sie auferlegte und prak-

tisch durchsetzte, die Gestalt, die sie den reinen Rechtsinstituten gab, die positiven Institute, die sie selbst hervorgebracht hatte — alles das waren Thatsachen, die jeder kannte und respektirte, denen man aber trotz alle dem eine rechtliche Bedeutung fortwährend versagte. So konnte denn der abstract-rechtliche Zuschnitt der Gewaltverhältnisse Jahrhunderte lang in seiner Ursprünglichkeit und begrifflichen Reinheit unverändert erhalten werden. Was auch das Leben aus ihnen machte, wie auch ihr praktisches Verhalten und die sittlichen und politischen Ideen, so wie die thatsächlichen Gewalten, die sie in diesem Verhalten bestimmten, wechseln mochten — der abstracte Begriff blieb, soweit nicht das Gesetz eine Aenderung traf, über allen Wechsel erhaben, immer derselbe. Für das Leben hatte diese starre Unveränderlichkeit des abstracten Rechts keinen Nachtheil, da einerseits die abstracten Formen weit genug waren, um allen Strömungen des Lebens freien Spielraum zu gewähren, und andrerseits das Leben selbst einen hinlänglichen Reichthum an Kräften und Mitteln besaß, um das, was Noth that, auch ohne eine Aenderung des Rechts zu erzwingen. Erst als diese Kräfte schwach wurden, ward dieser Zustand unhaltbar und das Recht gezwungen, sich dem zu akkommodiren. Wie sehr diese frühere Stabilität des Rechts seiner Cultur förderlich sein mußte, darüber brauche ich wohl kaum ein Wort zu verlieren. Die Freiheit, die das Recht dem Subjekt eingeräumt hatte, hat für letzteres selbst reichliche Früchte getragen.

Während nun nach dieser Seite hin das abstracte Recht von der Bewegung innerhalb des Lebens gar nicht berührt ward, gibt es allerdings einen Punkt, wo diese Bewegung auf das Recht selbst einen nicht unwichtigen Einfluß äußerte und einen Niederschlag von abstract-rechtlichem Material zur Folge hatte. Es war dies die rechtliche Produktivität der autonomen Bewegung des Vermögens-Verkehrs.

Die autonome Thätigkeit des Verkehrs wird überall das

abstracte Recht selbst bereichern, weniger indem sie Sätze zu gewohnheitsrechtlicher Geltung bringt, die der äußern Autorität bedürfen, um zu gelten, als indem sie Sätze, Begriffe, rechtliche Mittel und Wege auffindet, die nur von dem juristischen Bewußtsein in Besitz genommen zu werden brauchen. Es ist, so zu sagen, eine auf Veranlassung des praktischen Bedürfnisses unternommene Entdeckungsreise des Verkehrs auf dem Gebiete der Autonomie; was er hier findet, sind verborgene Parthien des Rechts selbst, die mit der Autonomie bereits gegeben sind — apriorisch zu bestimmende Combinationen des Vermögensausstausches, in der Natur der Sache gelegene Unterschiede, kurz die natürliche Gliederung und innere Logik der Verhältnisse, in denen der Verkehr sich bewegt.

Das ältere Recht hatte den Verkehr im wesentlichen sich selbst überlassen und zwar in dem Maße, daß es ihm nicht einmal mit sogenannten dispositiven (subsidiären, die Autonomie ergänzenden) Bestimmungen zu Hülfe kam. Jedes einzelne Rechtsgeschäft, das abgeschlossen ward, mußte mithin außer seinem materiellen Inhalt zugleich sämtliche Normen aufstellen, nach denen es sich beurtheilt wissen wollte; die *lex*, *leges contractus* mußten die *leges de contractibus* ersetzen. Ohne allen gesetzlichen Anhaltspunkt hätte sich also der Verkehr in eine endlose Masse verschiedener Rechtsgeschäfte zersplittern können, allein es bedarf wohl kaum der Bemerkung, daß einmal die Gleichmäßigkeit der innern Motive des Verkehrs (der menschlichen Bedürfnisse) mit Nothwendigkeit dahin führt, daß gewisse, im wesentlichen sich gleich bleibende Grundformen von Geschäften sich wiederholen, und daß andrerseits das Bedürfniß und der instinktive Zug des Verkehrs nach Ordnung ihn auch abgesehen davon zur Innehaltung gewisser Bahnen veranlaßt. So nun auch in Rom. Die Classification der hauptsächlichsten Geschäfte, des Geldgeschäfts, des Kauf-, Mieth-Contractis u. s. w. versteht sich schon für die ältesten Zeiten von selbst, wenn auch die Form derselben eine vielfach andere war, als spä-

terhin (davon an einer andern Stelle). Für die allmähliche typische Gestaltung der verschiedenen Geschäfte nach Form und Inhalt, ihre Abrundung und detaillirtere Ausbildung trug eine Einrichtung außerordentlich viel bei, zu der der Verkehr in der Bildungsperiode der Rechtsgeschäfte überall zu greifen pflegt, ich meine den Gebrauch der Formulare. Für alle Arten von Geschäften gab es in Rom bestimmte, höchst sorgfältig ausgearbeitete Formulare (*actiones, leges rerum vendendarum* u. s. w.),<sup>470</sup> die durch die fortgesetzte Probe, welche sie im Leben zu bestehen hatten, und ein stets wiederholtes Feilen und Nachbessern einen sehr hohen Grad der Brauchbarkeit erlangt hatten. Sowie irgend eine neue Art von Geschäften aufkam, ward für dieselbe ein Formular ausgearbeitet d. h. das Geschäft von vornherein in eine bestimmte geregelte Bahn gewiesen. Da die Benutzung des Formulars nichts Obligatorisches hatte, sondern ganz vom individuellen Ermessen abhing, da ferner die in demselben enthaltenen Stipulationen, mochten sie auch täglich wiederkehren, nur als subjektiver Willensinhalt in Betracht kommen, so konnte man das rechtliche Material, welches in diesen Formularen aufgeschichtet war, nicht eigentlich als Bestandtheil des Rechts bezeichnen. Wenn dies aber dennoch geschah (z. B. das *jus Flavianum, Aelianum*), so begreift es sich sehr wohl. Die Sammlungen von Formularen waren die Vorläufer, Surrogate und Quellen des dispositiven Rechts. In ihnen war bereits die Aufgabe gelöst, mit der sich dieser Theil des Rechts zu beschäftigen hat: die Classification der Rechtsgeschäfte, namentlich die Scheidung der verschiedenen Verträge und die Erfindung und richtige Formulirung naturgemäßer Rechtsregeln

---

470) L. 2 §. 7, 33. 38 de orig. jur. (1. 2.) Cic. de orat. I, 57. 58. III, 33. Varro de re rustica theilt an jeder Stelle seines Werkes, wo er irgend einen Contract z. B. den Verkauf von Sklaven, Vieh, der Wein-ärndte u. s. w., das Verbinden einer Arbeit u. a. erwähnt, die betreffenden Formulare mit.

für die einzelnen Arten derselben. Als in späterer Zeit die Wissenschaft und Legislation (namentlich das prätorische Recht) sich der Ausbildung des dispositiven Rechts zuwandten, fanden sie in jenen Sammlungen ein reiches Material, von dem sie Vieles unverändert aufnehmen konnten, und wir sind zu der Annahme befugt, daß das spätere Recht diese Quelle im vollsten Maße benutzt hat. Die meisten Rechtsätze, die dasselbe nach dieser Seite hin enthält, werden aus den Formularsammlungen hinübergenommen sein — ein Gesichtspunkt, der sich bereits für manche Fragen (z. B. beim *pact. pignorat.*) als fruchtbar bewährt hat und für manche andere sich gewiß noch mit Erfolg wird benutzen lassen.

Der Sache nach also waren die Elemente jenes Rechtstheils durch die Autonomie des Verkehrs bereits zu Tage gefördert. Es war dies dieselbe Bildung des Abstracten aus dem Concreten heraus, für die uns in der dritten Periode die Entwicklungsgeschichte des prätorischen Rechts ein so interessantes Beispiel liefern wird. Aus den Atomen der einzelnen, concreten Rechtsgeschäfte, die sich im wesentlichen stets in derselben Form und mit demselben Inhalt wiederholten, bildete sich ein abstracter Niederschlag — der Begriff des bestimmten Rechtsgeschäfts — ein Vorgang, den die Sprache durch Bezeichnung desselben mit einem bestimmten Namen zu markiren pflegte. Das Material, das auf diese Weise gewonnen ward, hatte aber, wie gesagt, in der gegenwärtigen Periode noch keine formell rechtliche Bedeutung, es war nichts als eine Anweisung zum rechten Gebrauch der Autonomie vermittelt Darlegung der Zwecke und Wege, die der Verkehr verfolgte, nebst Angabe der Form, deren er sich dabei zu bedienen pflegte. Vom formellen Rechtsstandpunkt aus war dies „Pflegen“ des Verkehrs nicht minder bedeutungslos, wie das der Sitte, d. h. es kam keiner von den vorrätigen Sätzen ohne ausdrückliche Aufnahme desselben in das einzelne Rechtsgeschäft zur Anwendung, während ja das Wesen des dispositiven Rechts darin besteht, daß die

Bestimmungen desselben eine Lücke, die die Autonomie gelassen hat, ergänzen sollen. Nur in Einem Punkt mag die Thätigkeit der Autonomie bereits in der gegenwärtigen Periode Niederschläge objektiv-rechtlicher Art geliefert haben. Die Wahl der Ausdrücke, in denen man die wesentlichen Bestimmungen eines Rechtsgeschäfts treffen wollte, war ursprünglich gewiß völlig frei, es begreift sich aber, daß der Verkehr die treffendsten und unzweideutigsten herausuchte und daß für manche Geschäfte gewisse Schlagwörter in Gebrauch kamen so z. B. bei der Ertheilung der *tutoris auctoritas*, der Antretung der Erbschaft, der *sponsio*, vor allem aber bei Anordnung letztwilliger Verfügungen. Wir wissen nun aus Mittheilungen späterer Juristen, daß der Gebrauch dieser Schlagwörter zu ihrer Zeit obligatorischer Art war, so daß also die unterlassene Benutzung derselben Nichtigkeit des Geschäfts begründete. An eine Aufstellung dieses Requisites durch Gesetz wird Niemand denken; es war also ein Werk des Verkehrs, und wir dürfen diesen Vorgang unbedenklich in die ältere Zeit verlegen und ihn uns in folgender Weise erklären. Eine an den Worten klebende, ängstliche Interpretation mochte die auf Abschließung eines bestimmten Geschäfts gerichtete Absicht in Zweifel ziehen, wenn sie die Ausdrücke vermischte, deren man sich regelmäßig bei diesem Geschäft bediente; das bestimmte Wort galt ihr als Merkmal des bestimmten Willens. Hieraus ergab sich denn für den Verkehr die praktische Nothwendigkeit einer Benutzung des Worts; dem Erfolg nach hatte also die Interpretation damit eine wirkliche Rechtsnorm durchgesetzt.

---

Der Gesichtspunkt, von dem aus wir im bisherigen die Bedeutung unseres Systems zu bestimmen versucht haben, war der abstract-juristische, und nach dieser Seite hin haben wir unserem System eine unvergängliche und universalhistorische Bedeutung vindiciren müssen. Es bleibt uns jetzt noch übrig, das-

selbe von Seiten seines natürlich-sittlichen Zusammenhanges mit der römischen Welt ins Auge zu fassen. Ich will in dieser Beziehung zuerst des Einflusses unseres Systems auf das römische Volk gedenken. Der Quellpunkt unseres ganzen Systems war die Idee der Persönlichkeit, das Endziel desselben: der Persönlichkeit in allen Verhältnissen des privaten wie des öffentlichen Lebens die rechtliche Möglichkeit einer freien Entfaltung ihrer selbst und aller ihrer Kräfte zu gewähren. Das ganze Recht war ein praktischer Hymnus auf den Werth und den Beruf der Persönlichkeit, die Moral desselben: Entwicklung und Bethätigung der Persönlichkeit. Dem Römer ward durch sein Recht von früh auf die Lehre gepredigt, daß der Mann dazu da ist, sich selbst seine Welt zu gründen, selbst für sich einzustehen, selbst die Entscheidung zu treffen, daß jeder der Herr seiner Thaten und der Schmied seines Glückes ist. Für einen schwachen Charakter war die römische Welt nicht gemacht. Wer sich hier mit Erfolg bewegen wollte, dem durfte das Eisen im Charakter und die Selbständigkeit in der Ansicht nicht fehlen. So nicht bloß hinsichtlich der Verhältnisse des öffentlichen, sondern ebensowohl hinsichtlich der des Privatrechts. Uns heutzutage beschirmt und beschützt das Recht von der Geburt an bis zum Tode; es verschafft uns das Vermögen der Eltern, indem es sie zwingt, uns dasselbe zu hinterlassen, es bewahrt uns dasselbe wider unsern Willen bis zur erreichten Volljährigkeit, es gewährt uns Hülfe, wenn wir uns haben betrügen oder zwingen lassen, und macht es uns möglich, unsere eignen wie fremde Handlungen, die uns nachtheilig geworden sind, anzufechten, Versehen, Versäumnisse ungeschehen zu machen. Von alle dem ist im ältern römischen Recht keine Spur. Wer sich hat zwingen lassen, trägt selbst die Schuld — der Mann läßt sich nicht zwingen; *etiamsi coactus, attamen voluit.*<sup>471</sup>) Wer betrogen ist, gleichfalls; denn der Mann, wie ihn

---

471) L. 21 §. 5 quod met. (4. 2.)

das Recht will und im Auge hat, steht sich vor; ihn betrügt man nicht. Ebenso begehrt er keine Versäumnisse und sichtet seine eignen Handlungen nicht an und darum auch keine fremden: *jus civile vigilantibus scriptum est.*<sup>472)</sup> Mit der Pubertät wird Jeder Herr seines eignen Vermögens, die Schulanstalten der *Cura* und *restitutio in integrum* sind dem alten Recht unbekannt, die *lex Plaetoria* gehört erst dem Ende des fünften Jahrhunderts an. Das heißt aber nichts anderes, als die spätern Römer wurden später selbständig, als die früheren — eine Erscheinung, die nichts auffälliges hat, denn die Cultur und Civilisation verzögert den Eintritt der praktischen Reife. Wer mannbar ist, ist in alter Zeit auch Mann und hat die nöthige Selbständigkeit, um ins praktische Leben zu treten; hätte er sie nicht gehabt, so würde das alte Recht ihn anders behandelt haben. Ich werde bei der Theorie des subjektiven Willens noch Gelegenheit haben, Nachträge zu liefern, namentlich zu zeigen, wie sehr das ganze ältere Recht auf das eigne Handeln des Subjekts berechnet war, und will vorläufig schon hier darauf verweisen.

Daß nun ein Recht dadurch, daß es überall eine männliche Selbständigkeit voraussetzt, diese Eigenschaft im Volk unterhalten und erzeugen muß, bedarf wohl kaum der Bemerkung. Wenn die Geschichte Roms eine so beneidenswerthe Menge hervorragender Persönlichkeiten und grandioser Charaktere aufzuweisen hat, so werden wir den letzten Grund davon allerdings nicht in irgendwelchen Einrichtungen, die ja ihrerseits nichts als Produkte des Volksgeistes sind, sondern in dem römischen Volk selbst zu suchen haben. Aber den Einfluß der äußeren Einrichtungen auf die Befestigung der nationalen Sinnesweise, die Ausbildung und Steigerung der angeborenen Anlage werden wir darum nicht minder zugestehen müssen. Hätte die römische Kraft, Selbständigkeit, Charakterfestigkeit sich nicht durch per-

472) L. 24 quae in fr. cred. (42. 8.)

sönlichen Contact von einer Generation auf die andere vererbt, hätten diese Eigenschaften mit irgendeiner Generation untergehen können — ich glaube, sie hätten zum großen Theil aus dem Recht, aus dem Vorrath gebundener römischer Kraft, der in ihm steckte, sich wieder neu erzeugen können. Einen Nichtrömer, der in dies Recht hineintrat, mußte es anwehen mit frischem, stärkendem Hauch. Die Luft, die in diesem Recht herrschte, war geschwängert mit römischer Stärke, und wer sie dauernd einathmete, auf den ging unvermerkt etwas von einem Römer über. Den Verfall der römischen Kraft vermochte freilich das Recht nicht abzuwenden, weil überhaupt keine Einrichtung den Geist, aus dem sie hervorgegangen ist, dauernd bannen kann. Aber nichts desto weniger bleibt es wahr, daß das Recht, indem es die genannten Eigenschaften zu Postulaten des praktischen Lebens erhob, der Fortdauer derselben bedeutenden Vorschub geleistet hat.

Noch eine andere römische Eigenschaft ist es, die aus unserem Freiheitssystem ihre Hauptnahrung zog und sich täglich an ihm verjüngte, ich meine den römischen Stolz und das Gefühl der Würde eines römischen Bürgers. Wenn der Römer mit Stolz auf andere Völker sah, so stützte sich dieser Stolz nicht bloß auf das Gefühl der Ueberlegenheit römischer Kraft und das Uebergewicht des römischen Staats nach außen hin, sondern ebenso wohl auf die rechtliche Stellung des römischen Bürgers im Innern; nicht minder auf den Klang und die Wirkung, die die Worte: *civis Romanus sum* daheim, als die sie im Auslande hatten. Ein angesehenener Römer durfte sich mächtiger und fester in dem Besitz seiner Macht dünken, als mancher König der damaligen Zeit, und selbst dem Geringsten gewährte ja die Verfassung einen gewissen Antheil am Weltregiment. Aber höher als alle politische Macht und Berechtigung stand doch die rechtliche Sicherheit und Unverletzbarkeit der Person, die Herrschaft über das Haus und die Unantastbarkeit der erworbenen Rechte. Daß die Würde und das Recht der Persön-

lichkeit in Rom in einer Weise praktisch anerkannt und geschützt war, wie sonst nirgends, daß die Basis der ganzen persönlichen Existenz, das Recht, eine felsenfeste war, und jeder Römer sich innerhalb des Fleckes Erde, der ihm hier beschieden, absolut sicher und als unumschränkter Gebieter betrachten durfte — das, meine ich, war das Werthvollste und Schönste, dessen ein Römer sich rühmen konnte.

Der Stolz, den die Freiheit verleihet, ist ein durchaus berechtigter, denn er ist nicht ein Stolz auf den bloßen Besitz oder Genuß derselben, sondern auf das eigne Verdienst. Die Freiheit ist bekanntlich kein Geschenk der Götter, sondern ein Gut, das jedes Volk sich selbst verdankt und das nur bei einem gewissen Maß moralischer Kraft und Würdigkeit gedeiht. Mit der bloßen Liebe zur Freiheit ist es nicht gethan; selbst wenn diese Liebe, wie es nicht anders sein kann, eine werththätige und opferfähige ist, so gesellt sich noch ein anderes wesentliches Requisit hinzu — die Kunst, die Freiheit zu gebrauchen, und diese Kunst ist eine sehr schwere. Denn das erste Gebot derselben ist Mäßigung. Kein Gut reizt so sehr zur Unmäßigkeit und geht so leicht und so unausbleiblich dadurch verloren, als gerade das höchste, die Freiheit. Der Begriff der politischen Reife und Unreife der Völker ist unserer heutigen Zeit sehr geläufig, aber man setzt denselben viel zu sehr in die intellektuelle Bildungsstufe der Völker und viel zu wenig in die moralische Qualifikation derselben. Handelte es sich bloß um ein intellektuelles Verständniß der Freiheit, so müßten die gebildetsten Völker die höchste Reife zur Freiheit besitzen, während umgekehrt das Steigen der Cultur und Civilisation nicht selten mit der Abnahme jener Reife verbunden ist, wie z. B. in Rom selbst.

Diese moralische Qualifikation des ältern römischen Volks zur Freiheit kann ich nun nicht genug betonen. Unser ganzes System stand und fiel mit ihr:

*Moribus antiquis stat res Romana virisque.*

Der Verfall der römischen Sittlichkeit war zugleich der Ver-

fall der römischen Freiheit. Die praktische Möglichkeit aller Freiheitsverhältnisse sowohl des öffentlichen als des Privatrechts war bedingt dadurch, daß der rechte Geist sie befeelte; sowie dieser Geist wich, sowie die Willkühr, Laune, Zuchtlosigkeit sich ihrer bemächtigte, hatten sie ihren Sinn und ihre Berechtigung verloren, und an die Stelle des freien Geistes, der sich nicht beschwören ließ, trat überall das Gesetz und die Beschränkung. Darum darf, wer ein Urtheil über das Freiheitsystem der alten Zeit fällen, wer den Sinn und Zweck der Institute desselben begreifen will, keinen Moment die alte Sittlichkeit und die ganze Zeit außer Augen lassen. Die alte Sitte ist der unentbehrliche Schlüssel zum Verständniß des alten Rechts; zeigt uns letzteres die abstracte Freiheit, so erstere die Selbstbeschränkung der Freiheit, und diese Selbstbeschränkung war eine stillschweigende Voraussetzung des ganzen Rechts. Wenn einst Tacitus es an den alten Germanen pries, daß die Sitte bei ihnen mehr vermöchte, als anderwärts die Gesetze, so dürfen wir dasselbe Lob auch für die alten Römer in Anspruch nehmen — weil sie sich selbst ein Gesetz waren, konnten sie in so vielen Punkten der Gesetze entbehren. Das ältere Recht hat die Anlegung des sittlichen Maßstabes nicht zu scheuen; nur vergesse man dabei nicht, daß die alte Freiheit, durch und durch bedingt und moderirt wie sie war, durch die thatsächlichen Voraussetzungen, die sie in Rom vorfand, nur aus dem Leben heraus verstanden werden kann. Wer diesen Gesichtspunkt festhält, der wird nicht umsonst nach dem „sittlichen Geist“ der altrömischen Einrichtungen suchen, während dieser Geist allerdings demjenigen, der ohne eine Anschauung römischen Lebens, römischer Denkart und Sinnesweise sich an die Aufgabe gewagt hat, niemals erscheinen wird.