

Université de Franche-Comté

École doctorale Langages, Espaces, Temps, Sociétés – LETS – 38

Laboratoire ELLIADD

Thèse de doctorat en sciences du langage

Le principe de subsidiarité

Entre terminologie et discours :

Pistes pour une nouvelle histoire de la formule

Tome 2 - Annexes

Présentée par Arthur Joyeux

Pour obtenir le grade de Docteur de l'Université de Bourgogne-
Franche-Comté

Discipline : Sciences du Langage

Sous la direction de M. Daniel Lebaud

présentée et soutenue publiquement le 23 mai 2016 devant un jury composé de

Mme Claire OGER	Professeure des Universités (Université de Paris Est Créteil)
Mme Corinne GOBIN	Maître de Recherches (Université Libre de Bruxelles)
M. Laurent GAUTIER	Professeur des Universités (Université de Bourgogne-Franche-Comté)
M. Philippe ICARD	Maître de Conférences HDR en droit public (Université de Bourgogne-Franche-Comté)
M. Alain RABATEL	Professeur des Universités (Université de Lyon I)
M. Daniel LEBAUD	Professeur des Universités (Université de Bourgogne-Franche-Comté)

SOMMAIRE

1) Altmann, A.....	4
2) Beseler, G.	5
3) Böhlau, H.	15
4) Brentano, L.....	16
5) Brie, S.....	18
6) Büchner, J. K. F., Brandes, K.	23
7) Bluhme, F.....	24
8) Bluntschli, J. C.	25
9) Buchner, H.	32
10) Butte, W.....	33
12) Eichhorn	35
13) Frey, E. R.	36
14) Gerber, C. F.....	37
15) Gierke, O. von	41
16) Glück, C. F. von, Mühlenbruch, C. F. S.....	53
17) Hesse, C. A.	54
18) Jacobi, E.,.....	55
19) Jellinek G., Meyer G.....	57
20) Jellinek, G.....	57
21) Jellinek G., Jellinek W.	60
22) Jhering R.von, Gerber R. von	62
23) Jhering, R. von	63
24) Ketteler Wilhelm E. von.....	65
25) Klenze von.....	67
27) Krell, G.....	71
28) Laband, P.	72
29) Laband, P., Rezension,.....	82
30) Leyers, F.,.....	85
31) List, R.....	94
32) Luthardt, A.	95
33) Mackeldey, F.	98
34) Memminger, J. D. G. von	99
36) Mohl, R. von	103

37)	Oppermann, H. A.	116
38)	Ortloff, H.F.	117
39)	Pesch, H.	121
40)	Preuss, H.	126
41)	Puchta , G. F.	128
42)	Radnitzky, E;	129
43)	Rau	130
44)	Reyscher, A.	131
45)	Römer, J. J.	138
46)	Roscher, W.	142
47)	Rosin, H.	147
48)	Roth, P.	149
49)	Rückert, L.	150
50)	Savigny, F. K. von,	155
51)	Schneider K. A.,	159
53)	Spiethoff, A. (Hg.)	163
55)	Stahl, F. J.	170
56)	Stammler, R.	174
57)	Stein, L. von.	175
58)	Stobbe, O.	181
59)	Tafel, C. F. A.	183
60)	Vangerow, K. A. von.	185
61)	Vollert, A.	186
62)	Wächter, C. G. von.	187
63)	Wagner, A.	192
64)	Weber, G.	195
65)	Wedekind, K. I.,	197
66)	Windhorst, L.	198
67)	Ziegler, F.von.	200
68)	Zoepfl, H.	201
69)	(auteur inconnu)	202
70)	Reichstag.	203
71)	(auteur inconnu)	207
72)	<i>Neue Lübeckische Blätter</i> , Achtzenter Jahrgang, Lübeck, 1852	208
73)	Pistes à approfondir	209

1) ALTMANN, A.

Praxis der preußischen Gerichte in Kirchen-, Schul- und Ehesachen, Tauchnitz, Leipzig, 1861, 824 p.

Source : Bayerische Staatsbibliothek

Decimatoren keineswegs auf den Kapitalwerth des Zehnten beschränkt sei, daß Letztere vielmehr auch die bisher genossenen Früchte zum Kirchenbaue hergeben müßten(!), welche dann mit einem Ertrage von 154 Thln. 20 Sgr. jährlich seit dem Jahre 1072. bereits mehr als 100000 Thlr. betrügen. Eventuell sei sie jedenfalls nicht allein für den Ausfall haftbar, vielmehr nach dem, beim Mangel besonderer Bestimmungen anwendbaren Allgemeinen Landrechte, der Patron zwei Drittel der Geldbeiträge zu tragen verpflichtet.

Durch die Urtheile des Kreisgerichts und des Appellationsgerichts zu Arnberg wurde jedoch, abgesehen von einer Herabsetzung der geforderten Erfasssumme, nach den Anträgen der Klage erkannt. Das Appellationsgericht führte aus, daß die gedachten Verordnungen als Provinzialgesetze vor dem Allgemeinen Landrechte zur Anwendung kämen, daß die *Ordinatio Clementina* keine Bestimmungen über die definitive Kirchenbaulast enthalte, vielmehr nur ein Provisorium regulire, wie aus deren Inhalt und den Schlußworten derselben klar hervorgehe, und daß, wenn sie den Regreß ausdrücklich *contra eos* vorbehalte, *quos ex speciali causa obligatos putaverint*, dadurch der Regreß aus einer *causa generalis* nicht ausgeschlossen sei. Den §. 2. der Synodal-Statuten legte dasselbe dahin aus, daß derselbe die Fonds bezeichne, aus welchen die Mittel zum Baue und zur Reparatur der Kirche genommen werden sollten und zwar im Allgemeinen ohne Unterscheidung zwischen den einzelnen bau- und reparaturbedürftigen Gegenständen, während der §. 3. die Bau- und Reparaturpflicht nach den einzelnen Theilen der Kirche näher bestimme, ohne dadurch in den übrigen Vorschriften des §. 2., namentlich was den Umfang und die Subsidiarität der Verpflichtung betreffe, etwas zu ändern. Indem es nach dieser Vereinigung der §§. 2. und 3. die entscheidenden Normen näher feststellt, widerlegt es zugleich den Einwand, daß der Zehnherr *ultra substantiam decimae* haftbar sei,

§. 19. Einzelne Rechtsgrundsätze. 137

werden, so wenig wie das des Pflichttheilsberechtigten und des Vertragserben.

d. Es fehlt ihm das Accrescenzrecht.

e. Der Gegenstand seines Erbrechts kann nicht bloß in einer Quote des Gesamtnachlasses, sondern auch in gewissen Arten von Sachen bestehen, namentlich in dem Ganzen oder einem Theile der Errungenschaft und der fahrenden Habe.

Wenn nun in Ehe Stiftungen dem überlebenden Ehegatten ein Erbrecht bedungen worden ist, so kann die Frage entstehen, nach welchen Grundsätzen es beurtheilt werden muß, ob nach denen des römischen Rechts, oder nach denen, welche als die Regel für das statutarische Erbrecht der Ehegatten gelten? — Viele werden nun wohl geneigt seyn, stets das römische Recht als die subsidiäre Rechtsquelle herbeizuziehen, und nach dessen Bestimmungen den Inhalt des Vertrags zu beurtheilen. Allein hiergegen läßt sich einwenden, daß jene Erbgebühr unabhängig vom römischen Recht, und zum Theil im offenbaren Gegensatz zu demselben sich entwickelt hat; denn von den

Das gemeine Recht und seine Gegensätze. 101

römische Recht ist im Ganzen recipirt, und findet in der Ehe und in dem Vermögen der deutschen Ehegatten einen Gegenstand, der zur Anwendung seiner Rechtsgrundsätze vollkommen geeignet ist. Es läßt sich dagegen kein System der Gütervereinigung, auch nicht des Nießbrauchs- und Verwaltungsrechts des Ehemanns am Paraphernalgute der Frau, als ein in ganz Deutschland subsidiar erhaltenes Rechtsinstitut, behaupten: sondern die Nachweisung muß auf die Beibehaltung oder Einführung in einzelnen Ländern gerichtet seyn. Und wenn sich auch leicht statistisch darthun läßt, daß bei weitem der größte Theil der Bewohner Deutschlands in deutschen Güterverhältnissen lebt, so überhebt doch ein solches Resultat nicht der Nachweisung in einem Falle, wo die Erhaltung dieser Verhältnisse bestritten wird *).“

berg und namentlich viele der in Halle und später in Göttingen lehrenden Juristen verfolgten diese zuerst von Conring betretene Bahn. Sie waren freilich bei der Anwendung dieser Richtung auf die Praxis noch vielfach von dem in anerkannter Wirksamkeit bestehenden römischen Rechte gehemmt; die von ihnen behandelten deutschrechtlichen Lehren tragen die deutlichen Spuren der Schwäche an sich, welche bei der noch unentwickeltesten germanistischen Methode und dem beschränkten Kreis der Forschungen unvermeidlich war. Dazu kam der traurige Zustand des deutschen Gerichtswesens, welches durch die Reichsgesetzgebung nur von seinen allerärgsten Auswüchsen befreit ward; überhaupt war die ganze Zeit einer nationalen Entwicklung durchaus ungünstig, und ließ jenen patriotischen Bestrebungen doch nur, fern von der frischen Luft eines bewegten Volkslebens, in der Schule einen gewissen Spielraum. So konnte es geschehen, daß man nicht einmal das im Volke noch bewahrte einheimische Recht, und noch weniger die neu sich bildenden Rechtsinstitute gehörig zu erfassen vermochte, und daß man sich fast ausschließlich mit der Ergründung des Privatrechts beschäftigte, ohne namentlich an eine Reform des Processes zu denken. Aber nichts desto weniger haben sich diese älteren Germanisten ein großes Verdienst erworben. Es bildete sich doch neben der romanisirenden Rechtsgelehrsamkeit eine deutsche Jurisprudenz heran, welche für ihre Lehre die Bedeutung des gemeinen subsidiären Rechts mit Erfolg in Anspruch nahm; auch in die Behandlung des particulären Rechts, für dessen Interpretation nun eine neue reiche Quelle eröffnet war, kam ein frischer Geist; und was das Wichtigste ist, es ward für spätere, einer nationalen Erhebung günstigere Zeiten und für eine freiere Gestaltung des Rechtslebens eine bedeu-

Abweichung davon, mochte sie nun im Ständerecht oder in einer speciellen Rechtsbildung ihren Grund haben, oder auf allgemeinen deutschen Rechtsideen beruhen, war ein jus singulare, dessen Geltung mit ungünstigen Augen angesehen und möglichst beschränkt ward. Als jus generale kam das römische Recht aber im ganzen Reich und in allen seinen Theilen zur Anwendung, so daß demselben durch eine speciellere Rechtsnorm nur dann sollte derogirt werden können, wenn diese förmlich zu beweisen war. Auf dieser Ansicht beruht die Auffassung des römischen Rechts als eines subsidiären, welches stets in subsidium, zur Aushilfe, wenn engere Rechtsquellen fehlten, zur Anwendung kommen sollte, — eine Auffassung, welche sich aber erst dann geltend machte, als die Particularrechte auch in den Augen der Juristen schon eine gewisse selbständige Bedeutung gewonnen hatten. — Daß das römische Recht es zu einer solchen intensiven Kraft und einem solchen Umfang der Geltung bringen konnte, erklärt sich theils aus äußeren Umständen, theils aber auch daraus, daß die Entwicklung des modernen Staatsprincips, welches das abgeschlossene ständische Wesen nach und nach zersetzend, zu einer einheitlichen Rechtsbildung hindrängte, in Deutschland zu keinem nationalen Abschluß kam, und daher nicht mächtig genug war, das römische Recht in ein einheimisches gemeines Recht aufgehen zu lassen, und sich daher mit jenem als dem Surrogat des letzteren nothdürftig behalf. Dieß ward nun um so eher möglich, da das jus commune immermehr von seinem römischen Inhalt fallen ließ, und sich zu einem auch das Einheimische und Moderne beachtenden Juristenrechte umsetzte, wie es schon im s. g. usus modernus uns entgegentritt. Aber je mehr das deutsch-rechtliche Element dieser Lehre ausgebildet ward und sich fühlen

lernte, desto mehr schied es sich von dem Pandectenrecht aus, und nahm am Ende als *jus germanicum* neben dem *jus romanum* die Bedeutung eines gemeinen, subsidiären Rechts für sich in Anspruch, doch so, daß noch Vieles, was der einheimischen Rechtsbildung angehörte, der Herrschaft des fremden Rechts überlassen blieb, oder gar nicht zu einer wissenschaftlichen Behandlung gelangte. Ersteres ist namentlich bei manchen Lehren des Juristenrechts, letzteres bei einem Theile des Volksrechts der Fall gewesen. — Dieß ist nun noch im Wesentlichen der Zustand des heutigen gemeinen Rechts in Deutschland, welches durch die Auflösung der Reichsverfassung seine Natur und Wirksamkeit nicht verändert hat, wohl aber in seiner allgemeinen Geltung dadurch beschränkt ist, daß in Folge der modernen Codificationen ein großer Theil Deutschlands seiner unmittelbaren Herrschaft entzogen worden.

Das heutige gemeine deutsche Recht ist also kein *jus generale* in dem Sinn, daß es an allen Orten zur Anwendung käme; es umfaßt aber auch nicht bloß das *jus commune*, da auch diejenigen Rechtsinstitute, welche von der strengen *ratio juris* abweichen, und zu dieser einen Gegensatz bilden, oder ihr eigenes Princip in sich tragen, dazu gehören. Das Charakteristische des gemeinen Rechts besteht vielmehr darin, daß es nur solche Regeln enthält, welche eine allgemeinere Natur haben, und keine Folge einer bloß speciellen Rechtsbildung sind, wenn diese auch verhältnißmäßig eine weite Geltung haben sollte. Aber damit ist nicht gesagt, daß es seiner Beschaffenheit nach ganz gleichmäßig ist; es giebt im Kreise des gemeinen Rechts wieder nicht unbedeutende Verschiedenheiten, welche großen Theils auf dem Grundsätze beruhen, daß die Anwendung einer Rechtsregel von dem Daseyn des Verhältnisses,

worauf sie sich bezieht, bedingt ist, und welche sich im Wesentlichen auf folgende Hauptpunkte zurückführen lassen.

1. Manche Rechtsinstitute tragen einen solchen Charakter der Allgemeinheit an sich, daß sie unter den gegebenen Verhältnissen allenthalben vorkommen können, und um zur Geltung zu gelangen, keine besonderen Bedingungen voraussetzen. Wenn diese Institute sich nun zugleich in einer principienmäßigen Einheit entwickelt haben, ohne daß namentlich die Theilung des geltenden Rechtsstoffes nach deutschen und römischen Elementen verschiedenartige Bildungen hervorgerufen, so steht ihrer allgemeinen Anwendung nichts entgegen. Dann liegt ein absolut oder unbedingt gemeines Recht vor, welches nur insofern unter dem Einfluß der speciellen Satzung, sey es des geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtes steht, daß diese es mit Rücksicht auf das bestimmte Gebiet ganz ausschließen, oder doch in seiner principienmäßigen Geltung beschränken kann. Ist weder das Eine noch das Andere der Fall, so stehen die Verhältnisse unter der unmittelbaren Herrschaft des gemeinen Rechts.

2. Andere Rechtsinstitute haben nicht diesen allgemeinen Charakter; sie setzen entweder besondere Lebensverhältnisse oder eine specielle Anerkennung in dem Particularrechte voraus, um eine Anwendung zu finden, oder sie haben sich doch so verschiedenartig gestaltet, daß man in jedem einzelnen Fall wissen muß, welche bestimmte Form des Instituts es ist, um deren subsidiäre Geltung es sich handelt. Es genügt dazu also nicht, daß das Particularrecht dem gemeinrechtlichen Princip nur nicht hemmend entgegentritt, sondern es wird auch noch vorausgesetzt daß es sie ausdrücklich anerkennt, oder daß doch im engeren Kreise des Rechtslebens die besonderen Verhältnisse, um deren Normirung es sich handelt, thatsächlich vorhanden sind. Das

betrachtet man es namentlich in seiner Bedeutung als subsidiäres Recht, so stellt sich der schlimme Uebelstand heraus, daß in Folge der eigenthümlichen Satzungen des particulären und der davon unabhängigen Fortbildung des gemeinen Rechts zwischen beidem keine innere organische Verbindung besteht. Ist daher die Lehre der älteren Theorie, jedes Statut sey möglichst nach dem römischen Recht zu interpretiren und zu ergänzen, gegenwärtig auch für beseitigt zu halten, so setzt es doch oft eine schwierige rechtshistorische Untersuchung voraus, um nur zu bestimmen, ob für ein Statut deutsches oder römisches Recht, und ferner welches Princip des deutschen Rechts, aus welcher Periode seiner Entwicklung die ergänzende Norm zu liefern hat. Wie es bei einem solchen Stande der Sachen mit der Rechtsicherheit und überhaupt mit der Rechtspflege in Deutschland bestellt ist, läßt sich leicht denken; um diesen Uebelständen aber gründlich abzuhelpen, bedarf es einer durchgreifenden Reform, welche nicht bloß die einer zeitgemäßen, nationalen Rechtsbildung entgegenstehenden Hindernisse entfernt, sondern auch neue, dem Bedürfniß entsprechende Schöpfungen hervorruft.

Fragt man nun, welches denn die Mittel und Wege sind, die dem deutschen Volke für ein solches Werk zu Gebote stehen, so wird dazu ein vereinzelttes Unternehmen, eine beschränkte Anwendung der vorhandenen Kräfte nicht ausreichen; es ist ein allgemeiner nationaler Aufschwung, die auf das gemeinsame Ziel hin gerichtete Bewegung aller Factoren der Rechtsbildung nöthig, um etwas Würdiges für die Dauer zu erreichen. Diese Factoren sind aber: das Volksleben, die Wissenschaft und die Gesetzgebung; in ihrer vereinten Wirksamkeit ist die Kraft vorhanden, welche eine Regeneration unseres Rechts-

ganzen Reich und der Wissenschaft angehörten. Aehnlich verhielt es sich mit den Mitgliedern der Reichsgerichte, welche oft durch die geringe Rücksicht, die sie bei ihren Urtheilssprüchen auf das particuläre Recht nahmen, Veranlassung zu gerechten Beschwerden gaben. Dagegen befanden sich allerdings diejenigen Juristen in einer anderen Lage, deren Beruf in der praktischen Anwendung eines bestimmten Particularrechts bestand, und welche, wenn sie auch dem gemeinen Recht eine gelehrte Beschäftigung widmeten, doch jenes zunächst ins Auge zu fassen hatten. Allein bis zu der Zeit, wo umfassende Gesetzbücher in Deutschland aufkamen, stellte sich das specielle Recht ja nur als eine Modification des gemeinen dar, oft freilich in einzelnen Lehren mit einer gewissen Selbständigkeit und Ausführlichkeit, aber doch nie in dem Grade, daß man der Entwicklung und Ergänzung aus gemeinrechtlichen Principien ganz hätte entbehren können. Dabei waren denn allerdings die Einwirkungen der besonderen Landes- und Localverhältnisse und auch, wo diese rein hervortreten konnte, der Stammeseigenthümlichkeit nicht ausgeschlossen, so daß manches Particularrecht eben so gut durch seine juristische Behandlung, wie durch die Gesetzgebung eine sehr bestimmte Färbung erhielt. Aber weil sich bis zur Zeit der Codificationen doch kein deutsches Land ganz von dem gemeinen Recht in seiner subsidiären Geltung abschloß, und jede Bewegung in der deutschen Jurisprudenz, welche nachhaltig auf deren Gestaltung einwirkte, auch die einzelnen Juristen früher oder später erfaßte; so blieb doch das gemeine Recht für sie die eigentliche Basis und der Mittelpunkt ihrer Bildung und Wirksamkeit. Das zeigt sich ganz deutlich, so lange noch eine einseitige romanistische Richtung in unserer Jurisprudenz vorherrschte, und mit wenigen Ausnahmen die alten Landes-

Gemeines und anomalisches Recht. Ständerecht. §. 3. 11

verschiedene Massen zerfällt, so ist es gut, daß man dafür auch eine bezeichnende Terminologie annimmt, und so kann man nach den oben angegebenen Momenten ein unbedingt und bedingt gemeines Recht, oder noch genauer ein gemeines, unbedingt oder bedingt subsidiäres Recht unterscheiden ²⁾.

§. 3.

Gemeines und anomalisches Recht. Ständerecht.

Bis jetzt ist das gemeine Recht nur mit Rücksicht auf den Umfang und die Art seiner Geltung betrachtet worden; in diesem Sinne wird es auch gewöhnlich aufgefaßt, so daß, wenn nicht der Zusammenhang der Rede auf etwas Anderes schließen läßt, das Wort in der angegebenen Bedeutung zu nehmen ist. Allein der Ausdruck wird auch auf die Beschaffenheit des In-

Es ist also, um diese Darstellung in ihren wichtigsten Resultaten noch einmal zusammen zu fassen, das Recht nach dem Umfange seiner Geltung entweder gemeines oder particuläres; ersteres aber wieder ein ausschließlich geltendes oder subsidiäres Recht, sei dieses nun bedingt oder unbedingt. Das Recht aber nach der Beschaffenheit seines Inhalts betrachtet, ist entweder ein regelmäßiges, welches auch wohl als gemeines bezeichnet wird, und sich in das Landrecht und Ständerecht theilt, oder ein unregelmäßiges, anomalisches.

§. 4.

Das gemeine deutsche Recht der Gegenwart.

Nachdem der Begriff des gemeinen Rechts festgestellt worden, bleibt noch die Frage zu beantworten, ob, wie bisher stillschweigend vorausgesetzt worden, auch jetzt noch ein solches Recht in Deutschland gilt, — eine Frage, die namentlich nach Auflösung des deutschen Reichs erörtert, in neuerer Zeit wieder

er darauf antrug, den Städten und Dörfern ihre uralte Gerichtsbarkeit zurückzustellen und jeder Stadt und jedem Amt einen oder zwei gelehrte Gerichtsbeisitzer beizugeben, auch den Parteien sowohl als den Gerichten die Actenversendung an die Juristenfacultät oder an ein besonderes Consulenten-Collegium wieder zu gestatten. Dieses Gutachten kam in der Kammer nicht mehr zum Vortrage, und wurde daher von dem Verfasser durch den Druck bekannt gemacht. Da indessen die der neuen Organisation zu Grund liegende Trennung der Rechtspflege von der Polizei als ein Fortschritt gelten könnte, so fand Griesinger mit seinen Gegenvorschlägen wenig Anklang. Aber auch die von ihm getadelte Einrichtung der neuen Oberamtsgerichte mit ihren bürgerlichen Beisitzern hat sich seither als unzureichend gezeigt, und wird es bleiben, so lange nicht eine einfachere Gesetzgebung Männern aus dem Volke einen würdigen Antheil an der Rechtspflege möglich macht und für diese selbst eine Form gefunden ist, welche, wie dieß neuerdings bei den Handelsschiedsgerichten der Fall, elende Streitsucht niederhät, statt sie zu befördern.

Den Antrag des Abgeordneten Schott auf Einführung eines Gesetzbuchs in deutscher Sprache unterstützte Griesinger, nur wollte er nach Savigny'scher Ansicht die Subsidiarität des römischen Rechts in dem neuen Gesetzbuche anerkannt (also gleichsam verewigt!)

3) BÖHLAU, H.

Mecklenburgisches Landrecht : Das particulare Privatrecht des Grossherzogthums Macklengurg-Schwerin mit Ausschluss des Lehnrechts, erste Band, H. Bohlau, Weimar, 1871

Source: Harvard Law Library

https://books.google.fr/books?id=tQgPAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gb_s_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

382 B. I. Tit. II. Die Rechtsnormen in ihrem Zusammenhang.

3. Das gemeine deutsche Recht ist subsidiärer Natur. „Landrecht bricht gemeines Recht.“ Dieß ist in dem Charakter des gemeinen Rechts nicht, sondern nur in der Geschichte des gemeinen deutschen Rechts begründet³²⁾. Mit der Subsidiarität hängt der verbreitete³³⁾ Satz zusammen, daß das gemeine Recht überall gelte, wo das Particularrecht nicht nachweisbar etwas Abweichendes bestimme, daß daher, wer sich auf einen Satz des gemeinen Rechts berufe, fundatam intentionem in jure für sich habe. Dieser Satz ist zugleich mit der Doctrin von einem hypothetisch-gemeinen Rechte bekämpft und als begriffsverwirrend bezeichnet worden³⁴⁾. So fehljam es indessen auch sein würde, wollte man das Particularrecht als ein erst nachzuweisendes dem gemeinen Rechte als einem bereits nachgewiesenen entgegensetzen³⁵⁾, so sehr ist doch der angegriffene Satz als Ausdruck

Ängnung des gemeinen deutschen Gewohnheitsrechts gleichläme [oben Nr. 9. 18], zum hypothetisch gemeinen Rechte zurückführen, so sehr auch gerade Gerber um die Bekämpfung dieses wüsten Begriff's sich ein großes Verdienst erworben hat. Denn das „gemeine Recht“, welches Gerber im deutschen Privatrecht noch anerkennt [jene Gemeinsamkeit der Motive der Rechtsbildung], gilt auch nach ihm nirgends, als da, wo es nach-

4) BRENTANO, L.

Eine Geschichte der wirtschaftlichen Entwicklung Englands. I, Von den Anfängen bis gegen Ende des 15. Jahrhunderts, Fischer, Iéna, 1927.

Source : Bayerische Staatsbibliothek

p. 388

388 Subsidiäre Unterstützungspflicht der Kirche.

aber den Zünften gleichsam als Afterlehen ausgetan.“ Damit war den Handwerkern das Recht auf die in der Stadt vorhandene Arbeit zugesprochen. Diesem Recht der Zunftgenossen entsprach es, wenn die Zunftgenossen auch gezwungen waren, in Krankheit und Not sich zu unterstützen.

Nicht anders war es mit den Gesellenverbindungen, sowohl da, wo sie gegen den Willen der Meister bestanden, als auch da, wo sie als die Organisation des Gesellenstands von den Zünften anerkannt waren. Ebenso wie die Zunftgenossen beanspruchten die Gesellen ein Recht auf Arbeit, das ihnen auch zugesprochen wurde. Ebenso wie die zünftigen Meister hatten die Gesellen ein Recht auf die vorhandene Arbeit. Hatten die Zünfte den Gewerbbetrieb gewissermaßen als Afterlehen von der Stadt, so die Gesellschaften die Arbeit als Afterlehen von den Zünften. Kein Meister durfte einen anderen als einen richtig ausgebildeten Gesellen beschäftigen. Als Korrelat zu diesem Recht auf Arbeit waren die Gesellen zu Beiträgen zur Unterstützung der kranken Genossen verpflichtet.

Es gab aber noch eine weitere große Einheit, die sich über der gesamten Christenheit aufbaute: die Kirche. Sie hat subsidiär aufzukommen, wenn Familie, Grundherrschaft, Gilde versagen. Das wurzelte in den Anschauungen des christlichen Altertums über das Eigentum¹⁾. Diese waren dieselben wie die des Alten Testaments. Nach ihm gab es nur einen Eigentümer: Gott; der irdische Eigentümer galt nur als Gottes Verwalter im Interesse des Ganzen. Daher war er verpflichtet, alles, was er über das zu seinem Leben Nötige einnahm, den Armen zu geben zum Ausgleich dafür, daß sie durch die Anerkennung des Eigentums vom Genusse des von Gott allen Gegebenen ausgeschlossen waren. Dementsprechend die Verpflichtung der Eigentümer, ihren Überfluß der Kirche zu geben, die ihn an die Armen verteilen sollte. Daher die Bezeichnung

1) Siche Lujo Brentano, *Der wirtschaftende Mensch in der Geschichte*, Leipzig 1923, S. 87 ff. und 169 ff.

2. *Die Zeit des Merkantilismus in England*, Fischer, Iéna, 1927, 464 p.

p. 130

130 Verfall des mittelalterlichen Unterstützungswesens.

mehr aus, das Vieh auf ein großes Stück Weide zu treiben, für dessen Anbau, als es noch Ackerland war, eine große Menge Arbeitskräfte erforderlich war.“

Es gab also an der Wende von Mittelalter und Neuzeit eine Fülle von Arbeitslosen. Gleichzeitig war die Armenpflege verfallen. Im Mittelalter¹⁾ war in erster Linie die Familie zur Unterstützung der in Not Geratenen verpflichtet, die Familie im weiteren Sinne, der die Blutsverwandtschaft des Freien und den Grundherrn und seine Hörigen umfaßt. In zweiter Linie war unterstützungspflichtig die Gilde, die Kaufmannsgilde gegenüber den Kaufleuten, die Gesellenbruderschaft gegenüber den Gesellen und die Zunft gegenüber den Meistern und subsidiär gegenüber den Gesellen. In dritter Linie war die Kirchengemeinde zur Unterstützung verpflichtet. Diese Ordnung bestand am Ausgang des 15. Jahrhunderts noch zu Recht, nur daß mit der Beseitigung des grundherrlich-bäuerlichen Verhältnisses und dem Verschwinden der Hörigen auch die Unterstützungspflicht des Grundherrn diesen gegenüber gefallen war. Aber dem Rechte entsprachen nicht mehr die Tatsachen. Die Kirche war längst verweltlicht. Die dagegen gerichteten religiösen Bewegungen hatten unter Innocenz III. mit der Anerkennung der Bettelorden ge-

BRENTANO L., PALY M., *Bd. Der Stand der Forschung Volume 2 de Die Wirtschaftswissenschaft nach dem Kriege : neunundzwanzig Beiträge über den Stand der deutschen und ausländischen sozialökonomischen Forschung nach dem Kriege*, Moritz Julius Bonn, 1929.

Source : University of Minnesota

p. 238

Wege der Bildung freier Verbände, den sozialen Mißständen entgegenzuwirken; die Aufgabe des Staates auf diesem Gebiete ist subsidiär. Für den k a t h o - l i s c h e n Sozialpolitiker ist die Kirche als die Gemeinschaft der Gläubigen das mit dem höchsten Werte begabte Kollektivum; es besteht eine Gesamtverantwortlichkeit aller in der Kirche geeinigten Individuen für die Herbeiführung jener sozialen Ordnung, die dem göttlichen Weltplan entspricht und

5) BRIE, S.

Theorie der Staatenverbindungen, F. Enke, Stuttgart, 1886, 135 p.

Source : Library of Harvard University :

<https://archive.org/details/theoriederstaat01briegoog>

pp. 6; 100; 101.

insbesondere auch seine Eigenart gegenüber allen anderen menschlichen Gemeinwesen bestimmt¹⁾. Damit das menschliche Leben möglichst vollkommen sich gestalten, eine den Anforderungen der Vernunft entsprechende möglichst allseitige und harmonische Ausbildung erlange, ist neben der Selbstbestimmung und Selbstthätigkeit der Einzelnen und neben der Ergänzung, welche das Zusammenwirken Mehrerer für die verschiedensten einzelnen Interessen und Interessengruppen gewährt, eine Vereinigung erforderlich, welche mit einem einheitlichen Willen ausgerüstet ihren Schutz und ihre Fürsorge jedem vernünftigen Interesse zu teil werden lässt, das in anderer Weise keine oder keine ausreichende Befriedigung erhält²⁾.

Mit dem Zwecke des Staates ist zunächst sein sachlicher Bereich (seine Kompetenz) gegeben. Dem Gemeinwesen, welches die Aufgabe hat, für alle vernünftigen Interessen seiner Mitglieder wenigstens eventuell thätig zu werden, muss auch die Befugnis zukommen, auf alle Seiten des menschlichen Lebens seine Einwirkung zu erstrecken; der Allseitigkeit des Zweckes muss die Allseitigkeit der Zuständigkeit entsprechen. Andererseits braucht die Kompetenz des Staates wegen der Subsidiarität seiner Aufgabe nicht zu jeder Zeit in jeder Beziehung eine aktuelle zu sein; vielmehr wird die Freiheit der Individuen und (speciellen) Korporationen rationellerweise gegenüber willkürlichen Eingriffen des Staates durch Rechtssätze geschützt; es genügt alsdann, wenn der Staat nur befugt ist, sich jederzeit dem Bedürfnis gemäss die entsprechende Zuständigkeit beizulegen — die sogenannte Kompetenz-Kompetenz.

Der Staat als Gemeinwesen hat notwendigerweise eine Gewalt über seine Mitglieder³⁾. Aus der Natur des Staatszweckes aber folgt, dass der Wille des Staates in jeder Beziehung sowohl den Individualwillen der Mitglieder als auch den Gesamtwillen der

¹⁾ Vergleiche insbesondere über den wesentlichen Unterschied zwischen dem Zweck des Staats und dem Zweck der Gemeinden (Kommunalverbände) die unten (VI) gegebenen Ausführungen.

²⁾ Diese Zweckbestimmung des Staats stimmt in den Grundgedanken überein mit der von H. Schulze (Einleitung in das Deutsche Staatsrecht, S. 135—138) entwickelten Auffassung. Die Subsidiarität des Staatszwecks hat insbesondere auch R. v. Mohl (Encyklopädie der Staatswissenschaften, 2. Aufl., S. 71 und 77) scharf betont.

³⁾ Dass jedem Gemeinwesen eine Gewalt über seine Mitglieder zukommt, wird unten (V, 2) näher dargelegt werden.

nur durch ihre Verbindung die Subsidiarität, welche das vernunftgemässe Korrelat und die unentbehrliche Schranke der Universalität des Staatszweckes bildet ¹⁾, für den Bundesstaat eine erhöhte und erweiterte Bedeutung. Den Gliedstaaten fällt zunächst die Erfüllung der staatlichen Aufgabe anheim, und der Gesamtstaat ist nur so weit (so weit aber auch in jeder Beziehung) zur Verwirklichung des Staatszwecks berufen, als diesem durch die Gliedstaaten keine genügende Befriedigung zu teil wird. Durch seine Universalität unterscheidet sich der Zweck des Bundesstaates wesentlich von dem auf Förderung einzelner bestimmter Interessen beschränkten Zwecke des Staatenbundes; der Zweck des einfachen Staates ist insofern von dem des Bundesstaates wesentlich verschieden, als dem einfachen Staate die alleinige Erfüllung des Staatszwecks zukommt, wogegen der Bundesstaat die Wirksamkeit seiner Gliedstaaten für die Erfüllung des Staatszwecks nur allseitig ergänzen soll.

2. Während die Grundgesetze des alten Deutschen Reiches, welches nur allmählich aus einem einfachen Staate in ein bundesstaatliches Gemeinwesen sich verwandelt hatte, die Aufgabe desselben nicht ausdrücklich normierten, haben die modernen, durch freiwilliges Zusammentreten der Einzelstaaten entstandenen, Bundesstaaten in ihre Verfassungsurkunden ausdrückliche Zweckbestimmungen aufgenommen ²⁾. Uebereinstimmend treten in denselben hervor drei Hauptrichtungen der Aufgabe der Gesamtheit: Verteidigung gegen Angriffe von aussen, Rechtsschutz im Innern und Pflege der Volkswohlfahrt ³⁾. Diese drei Zweckrichtungen aber fallen zusammen mit den drei Hauptseiten des Staatszwecks, wie dieselben einer einfachen und naturgemässen Anschauung sich darstellen. Keine Seite des Staatslebens und überhaupt des menschlichen Lebens ist nach diesem Programme der Gesamtheit entzogen. Wenn aber so die Allseitigkeit des Bundesstaatszwecks eine ausdrückliche verfassungsmässige Anerkennung erhalten hat, vermissen wir dagegen in den Zweckbestimmungen der drei Bundesstaatsver-

¹⁾ Oben S. 5—6.

²⁾ Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika, Eingang; schweizerische Bundesverfassung von 1848 und von 1874, Art. 2; deutsche Reichsverfassung, Eingang.

³⁾ Die Verfassungen der beiden republikanischen Bundesstaaten nennen ausserdem noch Handhabung der Ruhe im Innern und Schutz der Freiheit.

fassungen die Hervorhebung des Princips der Subsidiarität; die Zweckerklärungen haben vielmehr eine solche Fassung erhalten, als ob die Aufgabe der Staatsgewalt in einem einfachen Staate definiert werden sollte¹⁾. Dennoch liegt diesen Verfassungen durchaus der Gesichtspunkt der Subsidiarität des Bundesstaatszwecks zu Grunde. Dass der Beruf des Gesamtstaates (Bundes) gegenüber den Einzelstaaten nur ein ergänzender sein soll, ergibt sich unwiderleglich aus den Bestimmungen über die Kompetenz der Centralgewalt, insbesondere aus der positiven Aufzählung der ihr zukommenden Befugnisse. In der That liegt die juristische Bedeutung des Grundsatzes der Subsidiarität des Gesamtstaates gegenüber den Einzelstaaten in der Abgrenzung der Zuständigkeit der Centralgewalt gegenüber den Einzelstaatsgewalten.

III. Unsere Annahme, dass im Bundesstaate sowohl das Ganze als die Teile den rechtlichen Charakter eines Staates haben, kann nur dann als begründet gelten, wenn sowohl der Centralgewalt als den Partikulargewalten eine wenigstens principiell alle Seiten des menschlichen Lebens umfassende Kompetenz und zwar kraft eigenen Rechts zukommt. Diese Erfordernisse finden wir im früheren Deutschen Reiche ebenso wie in den modernen Bundesstaaten gewahrt. Das schwierige Problem aber, zwischen zwei Staatsgewalten, welche mit principiell gleicher Zuständigkeit über dieselben Menschen herrschen, die naturgemäss erforderliche Abgrenzung des Wirkungskreises, insbesondere im Sinne der Subsidiarität der gesamtstaatlichen Aufgabe, herzustellen, hat in der Gestaltung des alten Deutschen Reiches nur eine ungenügende Lösung erhalten; dagegen die modernen Bundesstaaten haben in dieser Beziehung einen leicht und sicher zum Ziele führenden Weg eingeschlagen.

1. Aus einem Konglomerat von ursprünglich nur zur Ausübung übertragenen staatlichen Befugnissen und privaten Rechten war die Landeshoheit im alten Reiche allmählich zu einer auf eigenem Rechte ruhenden, die Einwohner des Landes principiell nach allen Richtungen umfassenden und beherrschenden Gewalt ge-

¹⁾ Dies hebt auch H. Schulze (Lehrb. des deutschen Staatsrechts, II, S. 3) hinsichtlich der im Eingang der deutschen Reichsverfassung enthaltenen Zweckbestimmung hervor.

Auch sein unmittelbarer Nachfolger Lucius III. erklärte in einem bestimmten Falle, dass eine dem Gesetz widersprechende *consuetudo* nicht zu berücksichtigen sei¹⁸⁾. Aber der letztere fügte bereits in einer anderen Dekretale¹⁹⁾, indem er eine den kirchlichen wie den kaiserlichen Gesetzen widerstreitende partikuläre Gewohnheit hinsichtlich des Gerichtsstandes der Geistlichen für nichtig erklärte, einschränkend hinzu, in dieser Beziehung²⁰⁾ dürfe den *canones* durch keine Gewohnheit Abbruch geschehen. In mehreren Entscheidungen von Rechtsfällen, bei denen es sich um die Wahl eines Bischofs oder Abtes handelte, erkannte dann Innocenz III. an, dass wenigstens unter gewissen Voraussetzungen eine specielle Gewohnheit dem *ius commune* vorgehe²¹⁾, und ebenso erklärte er eine in Frankreich gegen einen Satz des römischen Rechtes bestehende Gewohnheit, trotz ausdrücklicher Constatirung dieses Widerspruches,

spruch mit gesetzlichen Bestimmungen bedeuten, geht hervor aus den von Raymundus de Pennaforte gleichfalls weggelassenen Worten: *quod quum nulla sit ratione subnixum, sed manifeste legibus adversetur*. Gemeint sind wahrscheinlich die von der Kirche übernommenen Bestimmungen des römischen Rechtes über die Subsidiarität des nothwendigen Eides (siehe dieselben bei Wetzell, System des ordentlichen Civilprocesses, 3. Aufl., § 26 N. 1a). — Zweifelhafter ist es, ob in cap. 26 X. de test. et attest. 2, 20 (Clemens III.) und in cap. 10 X. h. t. p. d. (Honorius III.) die Bezeichnung der dort verworfenen *consuetudines* als „*iuri contrariae*“ einen Widerspruch mit einzelnen gesetzlichen Bestimmungen oder mit dem Geiste der Rechtsordnung (vgl. oben § 10 N. 22) ausdrücken sollen.

¹⁸⁾ Cap. 3 X. de fideiuss. 3, 22: *consuetudine, quae legi contraria est, non obstante*. — Dem gleichfalls von Lucius III. herrührenden cap. 5 X. de iuram. cal. 2, 7 sind dieselben Worte von Raymundus de Pennaforte angefügt worden (s. Friedberg ad cap. 5 cit.).

¹⁹⁾ Cap. 8 X. de iudic. 2, 1.

²⁰⁾ „in hac parte“. Dass dieser Beisatz auf die Möglichkeit einer derogatorischen Gewohnheit für andere (unerhebliche) Fälle hinzuweisen scheine, hat schon Phillips K.-R. III S. 729 bemerkt.

²¹⁾ Cap. 3 X. de causa poss. 2, 12 (a. 1200); cap. 8 X. h. t. (a. 1209); cap. 25 X. de V. S. 5, 40 (a. 1209); auch das von demselben Papste 1205 erlassene cap. 4 X. de postul. prael. 1, 5 erwähnt den von diesem im concreten Falle für die Wahl eines Erzbischofs durch das Domkapitel geforderten assensus der Suffraganbischöfe, „*si esset de antiqua et approbata consuetudine requirendus*“, allerdings ohne die hierin liegende Abweichung von dem damaligen gemeinen Kirchenrechte hervorzuheben.

Literarische Zeitung, in Verbindung mit mehreren Gelehrten, Duncker und Humblot, Berlin, 1835, p.143-144.

Source : Bayerische Staatsbibliothek München

https://books.google.fr/books?id=wbFFAAAcAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gb_s_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

haben, im Ganzen auf 132 Bogen. Der Kürze wegen wird das Buch, mehrere einzelne dennoch ersetzend, besonders dem Nichtgelehrten lehrreich werden; der Sprachforscher wird hauptsächlich nur den zum ersten Male aufgestellten ganzen Vorrath D. Wörter u. seinen Reichthum zu bewundern haben, obwohl eine spätere gründlichere Erforschung der D. Mundarten noch unglaublich viele Nachträge verstaten wird.

721. Rec. von Vofs' mythol. Briefe Bd. 4. 5., von A. Schöll, in: Jahrb. f. Wiss. Kritik 1834. II. Nr. 101. 102.; von Boethii Carmina ed. Weber, von O. F. Kleine, Eb. Nr. 111.; von Klausen's Erkl. der Abenteuer des Odysseus, von Lange, Ebend. Nr. 120. — Rec. von Becker's Anmerk. zu Taciti Germania, u. Taciti Germania ed. Kiefling, von Wilda, in: Allgem. Lit. Ztg. 1834. Nr. 193—195.; von Boethii Carmina ed. Weber, Ebend. Nr. 196.; von Westermann's Gesch. der Beredsamkeit Th. 1., von E. v. Leutsch, Eb. Nr. 197-200.; von Trendelenburg de Aristotelis Categoriae, Ebend. Erg. Bl. Nr. 105. 106.; von Krebs Lectiones Diodoreae, Eb. Nr. 106.; von König de Pausaniae fide, Ebend. Nr. 107.; von Bach's Ausg. des Ovid. Bd. 1., von V. Loers, Eb. Nr. 107. 108.; von Stäedler Wissenschaft der Grammatik, Ebend. Nr. 107.; von Grysar Theorie des lat. Stils Nr. 108. 109.; von Sententiae Ali ben Abi Taleb, ed. Stickel, Ebend. Nr. 110.; von Carminum Abulfaragii Babbaghae specimen, ed. Ph. Wolff, Eb.

V. Jurisprudenz.

722. *Die allgemein subsidiären Klagen des Römischen Rechts.* Eine civilistische Abhandlung von Dr. Karl Albert Schneider. Rostock, Oberg u. Co. 1834. 33½ Bog. gr. 8. 3 Thlr. — Allgemein subsidiäre Klagen nennt der Verf. diejenigen, für deren Anwendung das Vorhanden- u. Begründet-seyn irgend eines anderen Rechtsmittels, gleichviel zu welcher Gattung es gehören mag, ein Hinderniß ist. Zu diesen Klagen rechnet er: die extraordinaria cognitio (im älteren Recht), die rest, in integrum, die actiones quod metus causa u. doli, die stipulatio damni infecti nomine, die querelae inoff. testamenti u. inoff. donationis u. die actio funeraria. Er bestimmt zuvörderst das Princip dieser allgemeinen Subsidiarität, erörtert sodann das Verhältniß der allgemein subsidiären Klagen zuerst in Bezug auf die anderen Rechtsmittel, deren, zur Ausschließung jener erforderlichen, Qualitäten entwickelnd, hiernächst in ihrer gegenseitigen Concurrenz. Nach diesen sogenannten allgemeinen Lehren werden jene Klagen einzeln durchgegangen u. ihr allgem. subs. Charakter u. die Gründe welche denselben erzeugt haben, nachgewiesen. Ueberall aber wird von dem Standpunkte des klassischen Römischen Rechts ausgegangen. — Diefs zur allgemeinsten Uebersicht über die Weise, wie der Verf. sein Thema aufgefaßt u. behandelt hat. — Insofern er es als ein in sich geschlossenes, systematischer Ausführung u. Entwicklung fähiges Ganze, als eine Lehre aufgefaßt hat, müssen wir ihn aber dabei eines Irrthums zeihen. Nur generisch gleiche von einem, nicht nur formell ihnen anhaftenden, sondern auch ihr Wesen durchdringenden, Princip gestaltete Rechtsbildungen sind dessen fähig. So aber muß der Verf. selbst, u. richtig, aus einem ganz heterogenen Princip die allgem. Subsidiarität herleiten, nämlich: aus ihrem unmittelbaren Zwecke bei der extraord. cogn., der in integr. rest. der act. qu. met. causa, der act. doli und der stip. damni inf. nom; aus einer a. g. „höheren allgemeineren Rechts-Idee“ (die vielfach im römischen Recht erscheinende Schonung des guten Namens und Rufes eines Verstorbenen meint damit der Verf.), bei der qu. inoff. test., der qu. inoff. don. und der act. funeraria. Dafs nun diese Principien, ihres Gegensatzes ungeachtet, zu einem u. demselben Resultate geführt haben könnten, u. dafs die Subsidiarität, weil sie aus beiden Gründen an sich betrachtet eine allgemeine ist, auch eine wesentlich gleiche seyn müsse, diese Meinung des Verf. ist eine Folge seiner, durchaus unzulässi-

gen, Trennung des Formellen und Materiellen in den Rechtsbildungen, eine Consequenz der, oben angeführten, falschen Definition, von welcher er ausgeht, die aber kein wahrer Gattungsbegriff, sondern ein wesensloses Abstractum ist und nur eine analytische Allgemeinheit enthält. So wie sie gefaßt ist, fallen allerdings auch die beiden Querelen u. die act. funeraria unter jene Kategorie, aber eben so auch die actio praescriptis verbis, die der Verf. davon ausschließen will. Denn da, wie der Verf. selbst richtig entwickelt hat, die Identität der factischen Grundlage concurrirender Rechtsmittel, die Bedingung ist, von welcher das Eintreten der Subsidiarität überhaupt abhängt, die vorgenannten Rechtsmittel aber insgesamt einer bestimmten geschlossenen Rechtssphäre angehören, dieselben daher auch nur mit eben dieser Rechtssphäre angehörenden Rechtsmitteln concurriren können; so ist freilich ihre Subsidiarität eine allgemeine. Allein diefs ist, wie unmittelbar erhellt, nur eine bestimmte Allgemeinheit. Ganz anders verhält es sich mit den übrigen von dem Verf. in diese Klasse gebrachten Rechtsmitteln, der rest. in integr. etc.; diese sind in der That unbestimmt allgemein subsidiäre, was jene Definition gemeint hat; und sie sind es deshalb, weil, ohne selbst ein eigenes bestimmtes Rechtsverhältniß zu bilden, u. ohne ein solches auch nur vorauszusetzen, sie sich vielmehr auf das ganze Rechtsgebiet, auf alle Rechtsverhältnisse gleich beziehen, ihre Subsidiarität also nicht, wie der Verf. meint, nur ein Charakter, ein äußerlich ihnen anhaftendes Moment ist, sondern ihrer innersten Natur angehört und ihren Inhalt bildet. In sofern kann dieselbe also gar nicht von dem Wesen dieser Rechtsmittel getrennt werden; und wenn man sie auch als ein einzelnes Moment betrachten und bestimmen will, so muß diefs doch in der bestimmtesten Beziehung auf deren ganze Natur geschehen, diese schlechthin allgemeine Subsidiarität als ein ihnen eigenenthümliches Moment aufgefaßt, nothwendig also aus dem Kreise dieser Betrachtung die subsid. Eigenschaft der Querelen etc. ausgeschlossen werden: wie denn auch die Quellen Nirgends dieselben jenen Rechtsmitteln irgend gleichstellen, indem die einzige von dem Verfasser dafür angeführte Stelle l. 4. Cod. de inoff. don. eben so wenig auf ein solches Verhältniß bezogen werden darf, als es der Verf. selbst für die act. praescr. verb. von l. 17. §. 2. D. h. t. nachgewiesen hat. — Hätte unser Autor den Begriff der allgem. Subsidiarität so aufgefaßt und beschränkt, so würde, durch dieses inhaltsvolle, einer systematischen Entwicklung fähige Princip, nicht nur seine ganze Untersuchung eine bestimmtere Richtung u. die vielfach eingemischten ausführlichen Erörterungen anderer Verhältnisse einen festeren Ausgangspunkt und zugleich eine Gränze gewonnen haben; die innere Nothwendigkeit der allgemeinen Subsidiarität dieser Rechtsmittel (was insbesondere für die act. doli von besonderer Wichtigkeit gewesen wäre) würde klarer erkannt u. entwickelt worden, u. die, zum großen Theil auf alle subsidiären Klagen anwendbaren Verhältnißbestimmungen in einen bestimmteren Bezug zu der zu erörternden Lehre getreten seyn. — Diese Fehler in der systematischen Behandlung nehmen indess dem Werke nicht allen Werth. Im Gegentheil haben wir diese Mängel nur deshalb sorgfältiger beleuchtet, weil wir sie aus einer sonst so trefflichen Schrift entfernt wünschten. Sie ist aus einem überaus gründlichen Quellen-Studium entstanden, dessen, insbesondere an historischer Rechtsforschung reiche, Früchte über das ganze Werk, leider nur! ausgestreut sind. Vor Allem verdient das hermeneutische Talent des Verf. die größte Anerkennung, das oft die überraschendsten Resultate gewährt, und, wenn auch zuweilen (so z. B. in der Untersuchung über die act. praescr. verb.) in zu großem Vertrauen auf seine scharfsinnigen Combinationen von dem rechten Pfade abirrend, doch über so viele mißverständene und dunkle Stellen Licht verbreitet hat, dafs — was von den wenigsten der neueren civilistischen Schriften gerühmt werden kann — das

7) BLUHME, F.

Encyclopaedie der in Deutschland geltenden Rechte, Adolph Marcus, Bonn, 1854, p.154.

2. Die preussischen Provinzialrechte.

149. So vollständig durch das Landrecht in Verbindung mit den übrigen Gesetzbüchern dem Plane genügt schien, ein subsidiarisches Recht an die Stelle des röm-

- 214) Klein's Annalen. 788.. 809. (819.) 26 Bde.
Mathis Monatschrift. 11 Bde. 805..811. Registerband 822.
Rabe's Sammlung 816..825. 7 und 13 Bde.
v. Kamptz Jahrbücher, seit 1813, über 60 Bde.
Die offizielle Gesetzsammlung hat ihre gegenwärtige Form im J. 1810 erhalten.
Sehr erfreulich sind die sich mehrenden Samlungen von Präjudicaten der preussischen Gerichtshöfe, besonders des höchsten, des Obertribunals (begonnen von Simon und v. Strampff 828); auch darum, weil sie die Unanwendbarkeit des §. 6 der Einleitung zum Landrecht (Note 212) bestätigen.
- 215) von Merckel, Strombeck, Grävell, Strümpfler, Paul, Mannkopff, Beseler u. A.
- 216) W. Bornemann Darstellung des preussischen Civilrechts. 6 Bde. 834...40. Zweite Ausgabe 842...45.
- 217) E. F. Klein System des preussischen Civilrechts. 801. Neu bearbeitet von Fr. v. Rönnne. 830. 2 Bde.

8) BLUNTSCHLI, J. C.

Lehre vom modernen Stat, vol.2, J. G. Cotta, 1876, p.446.

form indessen nur gewissermaßen als ein subsidiäres, wenn die ordentliche Kirchengewalt nicht selbst die Misbräuche abschaffe, nicht von sich aus die nöthigen Reformen einführe. Erst die spätere absolutere Statsdoctrin suchte das Ausnahmsrecht in ein Regelrecht umzuwandeln

Deutsches Privatrecht, J.G. Cotta, Munich, 1864, 775 p.

Source :

<https://books.google.fr/books?id=W1RDAAAACAAJ&pg=PA280&dq=subsidi%C3%A4r+Grimm&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwjKgdJ8YvMAhWI2Q4KHcaRCS8Q6AEIWDAl#v=onepage&q=subsidi%C3%A4r&f=false>

pp. 9 ; 26 ; 92 ; 280 ; 298 ; 322 ; 684.

§. 4. Verhältniss zu andern fremden Rechten.

9

worden, und hieraus folgert, jeder Satz desselben sei so lange für anwendbar zu halten, bis sich besondere Gründe gegen seine Anwendbarkeit ergeben (l. c. §. 2 S. 5), so ist dagegen zu bemerken, dass gegen diese Annahme des fremden Rechts als eines Ganzen gerade in der Zeit der Reception von Schöffen und Parteien sehr lebhaft protestirt und dass das „gemeine kaiserliche“ Recht nur subsidiär, hinter dem deutschen gemeinen oder localen Recht recipirt worden ist, so dass die Vermuthung nicht für Gültigkeit des fremden Rechts in erster Linie spricht; (vgl. *Besler*, Volksrecht und Juristenrecht S. 99 f. — *Reyscher*, Zeitschr. für D. Recht S. 373 f. — *Leist*, civil. Studien I. S. 12.) Eine Präsumtion spricht weder für noch wider. Der Richter hat, wenn das Particulargesetz eine Bestimmung für den Fall enthält, natürlich diese anzuwenden, mag sie deutsch oder römisch sein. Fehlt eine solche Bestimmung und gehört das fragliche Institut dem deutschen Recht an und ist dem römischen Recht völlig unbekannt (z. B. Erbvertrag), so darf er es nicht, wie früher geschah, einfach um deswillen, dass es nicht im Corpus juris steht, als nichtig behandeln, sondern muss es nach deutschem Recht beurtheilen, sofern das Institut nicht particularrechtlich untersagt ist (wie z. B. häufig die Einkindschaft). Gehört das Institut beiden Rechten (Kauf) oder auch ursprünglich nur dem römischen Recht an (Testament), so darf der Richter in Ermanglung particular gesetzlicher Bestimmung nun nicht ohne weiteres das römische Recht, wie es im Corpus juris steht, anwenden, sondern römisches Recht, wenn überhaupt, in jener Gestalt und mit jenen Modificationen, welche es bei der Reception oder seither erhalten hat. Oft aber wird in solchem Fall gar nicht römisches, sondern deutsches Recht, particulares Gewohnheitsrecht oder gemeines deutsches Privatrecht zur Anwendung zu kommen haben.

getheilten Gute auch in rein obligatorischen Verträgen und in der erbrechtlichen Succession mehrerer Erben in die Forderungen und Schulden des Erblassers mancherlei neue Anwendungen erlangt.

Solche Gesamtforderungen und Gesamtschulden können auch durch Vertrag begründet werden. Dahin gehört das Versprechen oder Gelöbniß zu *gesammter Hand* (*conjuncta manu*), welches in den Rechtsquellen des Mittelalters oft erwähnt und insbesondere auch auf die Bürgschaft angewendet wird.

Die Gesamtschuld, sei es, daß sie von selbst aus den Institutionen folgt oder vertragsmäßig begründet wird, kommt in zwei Formen vor:

- a) *ohne Theilung* der Schuld, so daß jeder der Gesamtschuldner sofort für das Ganze (*in solidum*) haftet, und der Gläubiger, welchen er will, belangen kann (3.), *Solidarschulden*;
- b) *mit Theilung* der Schuld, so daß jeder *Antheiler zunächst für seinen Theil* haftet, aber *mit den übrigen Antheilern zusammen subsidiär für die ganze Schuld* verbunden bleibt (4. 5.), *Theilschulden*.

Beide Formen kommen noch im heutigen Rechte vor. Im Zweifel über ist die Gesamtschuld in der zweiten Gestalt (mit Theilschulden) gemeint. (6. 7.)

Die Gemeinschaft auszert sich in beiderlei Gesamtschulden darin:

- a) daß die eingetretene Insolvenz eines Schuldners den andern schadet, und zwar auch dann, wenn sie erst nach der Litiscontestation eingetreten ist (8.);

4. Das *Zinsrecht* und die *Zinsforderung* bezieht sich auf das ganze *Zinsgut*, und der Zinsherr braucht sich keine Theilzahlungen gefallen zu lassen. Er kann, wenn nicht andere Rechtsgründe hinzukommen, die Theilung des Gutes unter mehrere Grundbesitzer nicht hindern (4.), aber er ist berechtigt, von diesen zu verlangen, daß sie für *sammethafte* Entrichtung des Zinses sorgen. (5.) Zu diesem Behuf kann er, wenn nicht anders gesorgt ist, unter ihnen (den sog. *Einzinsern*) einen Repräsentanten der Einheit der Zinsschuld, d. h. einen *Vorträger*, *Träger* ernennen, an den er sich zunächst für das Ganze hält (6.), und der hinwieder von den Uebrigen ihre Theilzinse bezieht. Es begegnet uns hier zunächst die dem deutschen Recht auch sonst geläufige Rechtsansicht einer *Gesamtschuld*, die hinwieder in *Theilschulden* zerfällt, welche zwar zunächst je von einem einzelnen Grundbesitzer gefordert werden, aber unter einander als Theile eines Ganzen verbunden bleiben. (§. 111, 5.) Jeder Theilschuldner haftet daher in erster Linie für die von ihm übernommene Rate, subsidiär aber für das Ganze. (*Einzinserei* und *Zinstrügerei*.) (6a.)

5. Der Naturalzins muß in der *herkömmlichen Qualität* abgetragen werden. Besteht er in Früchten, so genügt regelmäszig die mittlere Qualität der auf dem Gut in dem Zinsjahre gewachsenen Früchte. Die Zeit der Fälligkeit des Zinses ist gemeinlich durch die *Zinstage* bestimmt, die ursprünglich mit alten Ding- und Festtagen zusammentreffen. (7.) In Ver-

15. Erkenntnis des O.-A.-G. zu Braunschweig in der Zeitschrift für Rechtspflege in Braunschweig. 1858. S. 81. Die Zustände der Personen, wodurch deren Rechts- und Handlungsfähigkeit bestimmt wird, sind nach den Gesetzen des Landes ihres Wohnsitzes zu beurtheilen, sofern nicht absolut verbotende Gesetze des Inlands entgegenstehen.

16. Erkenntnis des O.-A.-G. zu München in den Blättern für Rechtsanwendung. XXVI. S. 495. Bei der Collision von Statuten muss stets vorerst untersucht werden, ob denn nicht das Particulargesetz selbst, dessen Anwendung in Frage steht, Bestimmungen enthalte, welche die Anwendung fremden Rechts ausschliessen, da die Rechtsregel: *locus regit actum* — lediglich auf gemeinrechtlichem Gerichtsgebrauch beruht, daher sie positiven statutenrechtlichen Vorschriften über den örtlichen Umfang der Gültigkeit eben dieser Statute weichen muss und nur subsidiär bei dem Mangel particularrechtlicher Vorschriften zur Anwendung kommen kann. Vgl. Zeitschrift für Kunde und Fortbildung. Züricher Rechtspflege IX. S. 225.

Schwieriger werden die Verhältnisse, wenn der Pfandschuldner nur einen Theil des Pfandobjects veräusert, oder dieses in Stücke zerlegt wird. (3.) Eine Beschränkung solcher Theilung versteht sich nicht von selbst, obwohl einzelne Particularrechte dieselbe von der Zustimmung des Gläubigers abhängig machen. (4.) Vielmehr muss als Regel die Freiheit auch solcher Veräusserung — abgesehen von anderen Hindernissen — vermuthet werden, zugleich aber auch das Recht des Gläubigers auf eine ungetheilte Gesamtforderung sowohl als auf ein Pfandrecht dafür, das sich auf alle Stücke erstreckt. Auch in diesem Verhältnisz kann der deutschrechtliche Begriff einer *Gesamtschuld*, welche zunächst von Mehreren zum Theil zu übernehmen ist, für welche aber subsidiär Alle haften, Anwendung finden und ebenfalls eine *Einzinserei* und eine *Tragerei* vorkommen. (§. 94, 4.) Aber das Bedürfnisz vereinfachter Verhältnisse macht es dennoch wünschbar, dass die zuammengesetzte Forderung und Hypothek in für sich bestehende kleinere Rechte zerlegt werde, und es darf die Gesetzgebung wohl diese *Auseinandersetzung*, welche zunächst auf freiem Verträge der Betheiligten ruht, begünstigen *).

Kein Eigenthümer darf durch seine Verfügungen gegen den Willen des Pfandberechtigten den Werth des Pfandobjects vermindern und die Sicherheit des erstern gefährden, z. B. das Haus niederreissen, den Wald ausreuten, das Gut mit Servituten belasten, welche dem Pfandrecht nicht

§. 40.

IV. Eigentliche Corporationen (Einungen).

1 Arten.

1. Unter den *eigentlichen Corporationen* im Gegensatze zu den *Genossenschaften* verstehen wir diejenigen juristischen Personen, die zwar auch eine Verbindung mehrerer physischer Personen zur Unterlage haben, aber *nur als einfache ideale Personen* — *abstrahirt* von den *einzelnen Gliedern* — gedacht werden. Die Hauptwirkungen dieser Auffassung sind:

- a) das Corporationsvermögen ist *ausschliesslich Vermögen der Corporation*, nicht zugleich, auch nicht zu Theilen, Vermögen der Mitglieder der Corporation;
- b) die *Corporation* allein wird *Gläubiger* und *Schuldner* und nicht — auch nicht mittelbar, noch subsidiär — ihre Mitglieder (1.)

Indessen darf dieser Begriff nicht überall bei den deutschrechtlichen Corporationen mit schneidender Schärfe angewendet werden; denn nur mit Mühe erhebt sich das deutsche Rechtsgefühl zu der kalten Abstraction der römischen Jurisprudenz, welche von den einzelnen Corporationsgliedern

1 *Ulpianus* in L. 7. §. 1: Quod cujuscunque universitatis (III. 4). Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.

Das moderne Völkerrecht der civilisirten Staten, Beck, Nördlingen, 1868

Source : Deutsche TextArchiv

für diesen Lohn zu sorgen, der aus dem geretteten Gut zu bezahlen ist, als Alles von dem guten Willen der Betheiligten abhängig zu machen. Die Bestimmungen der englischen Schiffsahrtsacte von 1854 finden sich Art. 458 f. Vgl. v. Kaltenborn, Seerecht II. § 147. 148.

337.

Die Uferstaaten sind völkerrechtlich verpflichtet, nicht bloß die zur Rettung in Seenoth befindlicher Schiffe vorhandenen öffentlichen Anstalten auch im Dienste der gefährdeten fremden Schiffe, ohne Unterschied der Nationalität oder Religion zu verwenden und die schiffbrüchigen Personen und Güter möglichst zu schützen und zu bewahren.

In England werden die Beamten, welche den Auftrag haben, die zur Rettung und zum Schutze der gefährdeten Schiffe und ihrer Besatzung nöthigen Maßregeln anzuordnen, *receivers* genannt. Sie sind berechtigt, die allgemeine Beihilfe der Küstenbewohner und der in der Nähe befindlichen Boote aufzurufen. Schiffsahrtsacte von 1854 § 439 f.

338.

Jeder Stat ist berechtigt, für die Ausgaben, welche er zur Rettung und zum Unterhalt des Lebens fremder Schiffbrüchiger gemacht hat, nöthigenfalls von deren Heimatsstate Ersatz zu fordern, wenn dieselben nicht in der Lage sind, diese Kosten selber ohne Verzug zu ersetzen. Vorbehalten bleibt dem Heimatsstate der Regreß auf die betheiligten Privatpersonen. Die allgemeinen Anstalten dagegen für Rettung Schiffbrüchiger, welche der Stat getroffen hat, fallen auf seine Kosten, und es ist dafür der andere Stat nicht zum Ersatze verbunden.

Diese Ersatzforderung des States an den Stat hat ihren Grund in der subsidären Pflicht des States, das Leben seiner Angehörigen im Nothfall zu schützen, einer Pflicht, welche freilich noch immer nicht in dem Umfang anerkannt ist, wie sie es verdiente. Indem der eine Stat für die Fremden in ihrer Noth sorgt, leistet er daher auch dem Heimatsstate derselben einen Dienst und leistet das, was dieser nach natürlichem Recht in der Noth seiner Angehörigen für dieselben zu leisten hätte. Wird dieses Recht anerkannt, so wird eher und besser für Hülfe gesorgt, und zugleich das richtige Verhältniß der Küstenländer gegenüber den Binnenländern gewahrt. Natürlich ist der Küstenstat nicht genöthigt, jene Forderung geltend zu machen und es sprechen auch manche Gründe der Zweckmäßigkeit, freilich nur unter der Voraussetzung einer hohen Civilisationsstufe dafür, daß ein Küstenstat alle diese im Interesse der Humanität auch für Fremde gemachten Verwendungen auf seine

den der dritte Garant einer Vertragspartei Hülfe verspricht (Bürgschaftsgarantie), und b) der Hauptvertrag, durch welchen eine Anzahl Mächte einen völkerrechtlichen Rechtszustand unter ihren selbständigen Schutz nehmen (Garantiebeschluß). Im ersten Fall erscheint die Pflicht und das Recht abhängig von dem Recht des States, zu dessen Gunsten die Garantie übernommen worden ist. Im zweiten Fall ist sie davon unabhängig, weil sie überhaupt nicht bloß oder nicht hauptsächlich für eine andere Hauptpartei, sondern wesentlich aus Gründen und Interessen der Garanten selber und von diesen in selbständiger Weise verabredet wird. Wenn z. B. ein Gesamtstat den Bestand und die Verfassung der Einzelstaten gewährleistet (garantirt), so ist unter Umständen eine Intervention desselben gerechtfertigt, wenn gleich dieselbe nicht angerufen worden ist. Oder wenn die europäischen Mächte die Neutralität Belgiens aus Gründen des allgemeinen europäischen Interesses (Vertrag von 1839) oder die relative Selbständigkeit der Donaufürstenthümer (1856) garantirt haben, so wären die Garantiemächte unzweifelhaft zum Einschreiten gegen eine einzelne fremde Macht berechtigt, welche jene Neutralität oder diese Selbständigkeit ernstlich mißachtete, auch wenn sie von diesen bedrohten Ländern nicht um Hülfe angerufen würden.

433.

Erstreckt sich die Garantie auf den Rechtsschutz der Unterthanen eines Stats, wie z. B. zur Erhaltung von besondern Stiftungen und Anstalten, oder im Interesse der ungehemmten Religionsübung oder bestimmter hergebrachter Freiheiten, so können auch diese betheiligten Privatpersonen die Hülfe der Garanten anrufen, aber nur, wenn zuvor ihre gerechten Beschwerden oder Begehren bei der eigenen Statsgewalt in dem ordentlichen Rechtsverfahren angebracht, aber kein Rechtsschutz gewährt worden ist.

So weit die regelmäßigen statsrechtlichen Mittel ausreichen, um die Rechtsansprüche der Statsangehörigen zu sichern, darf nicht die völkerrechtliche Intervention der fremden Garantiemacht angerufen werden, theils weil Handhabung des Rechtsschutzes zunächst Sache des eigenen und nicht eines fremden States ist, theils weil jede Einnischung eines fremden Stats für die Selbständigkeit und Freiheit des eigenen States gefährlich ist, theils weil die Garantie des fremden States ihrem Wesen nach nur eine subsidiäre Rechtsbülle ist. Aber im Nothfall darf auch diese Hülfe von denen angerufen werden, zu deren Gunsten dieses völkerrechtliche Hilfsmittel verabredet worden ist.

Der Garant ist nicht verpflichtet, Hülfe zu leisten, so lange der Hülfe Begehrende der Hülfe nicht bedarf, und er bedarf ihrer nicht, so lange er im Stande ist, sich selber zu helfen.

Der Garantiefall ist gemeinsam von denselben zu prüfen und so weit es nöthig und thunlich erscheint, gemeinsame Hülfe oder Abhülfe zu gewähren. Können sich die Garanten nicht unter einander verständigen, so ist jeder Einzelne berechtigt und bona fide verpflichtet, nach seinem Ermessen dem Vertrag Folge zu geben.

Die Collectivgarantie findet sich öfter, wenn ein völkerrechtlicher Zustand durch dieselbe geschützt werden soll, z. B. zum Schutz der Neutralisirung eines Gebiets (Garantiebeschluß) als zur Verstärkung einer andern Hauptverpflichtung (Bürgschaftsgarantie), es widerspricht aber der bona fides, derselben nur eine moralische Bedeutung beizulegen, weil es schwierig sei, die Einstimmigkeit zu erzielen, und jeder einzelne Garant, zufolge seiner Souveränität, die Macht habe, durch seinen Widerspruch eine gemeinsame Action zu verhindern. So unsicher die völkerrechtlichen Verpflichtungen sind, so darf ihre rechtliche Verbindlichkeit doch nicht verkannt werden. Die Garanten, welche den garantirten Zustand, z. B. die angefochtene Neutralität von Belgien nicht wider den Angreifer vertheidigen, obwohl sie das sollen und können, erfüllen ihr Versprechen nicht und handeln insofern rechtswidrig. Insofern ein gemeinsames Interesse der Collectivgarantie zu Grunde liegt, haben auch alle Betheiligten ein Recht, die andern Theilnehmer zur Ausübung ihres Rechts und zur Erfüllung ihrer Pflicht zu mahnen. Vgl. die Erörterungen über den Garantiebeschluß der Londoner Conferenz von 1867 über die Neutralität des Großherzogthums Luxemburg.

441.

Wenn ein Stat für die Verbindlichkeiten eines andern States als Bürge eintritt, so verpflichtet er sich, selber für den andern Stat die Leistung zu erfüllen, wenn dieser in der Erfüllung seiner Vertragspflicht sich säumig erweist.

Der Garant ist von dem eigentlichen Bürgen zu unterscheiden. Jener verbindet sich, die verpflichtete Hauptpartei zur Erfüllung anzuhalten, beziehungsweise den Berechtigten in der Durchführung seiner Forderung zu unterstützen. Dieser dagegen ist verpflichtet, selber subsidiär oder unter Umständen sogar gleichzeitig neben dem Hauptverpflichteten anstatt desselben die Leistung zu erfüllen. Die Bürgschaft kann eine privatrechtliche sein, wenn sie sich auf Bezahlung einer Geldschuld bezieht, sie kann aber auch öffentlich-rechtlich sein, in dem sie sich auf einen öffentlich-rechtlichen Inhalt bezieht.

9) BUCHNER H.

„Die Matrikularbeiträge im Deutschen Reich“, in JELLINEK, G. *Archiv des öffentlichen Rechts* 27, 1911, pp. 175 - 219

Source : http://www.digizeitschriften.de/dms/toc/?PID=PPN345574893_0027

kredits aus ist es, wie JAGEMANN²⁶ sagt, nötig, „das Verhältnis nicht zu verdunkeln, daß bei wirklicher Not des Reiches alle Gliedstaaten eintreten müßten und selbst über den Rechtszwang hinaus eintreten würden, wie die Söhne für eine gemeinsame Mutter“. Freilich sollen die Matrikularbeiträge, statt wie jetzt „eine allgemeine und konstante Subsidiarität bequemster und verführerischer Art“ darzustellen, eine außerordentliche, nur in Notfällen heranzuziehende Subsidiarität sein (z. B. für den Kriegsfall und den hierfür zu erwartenden enormen Rückgang der Reichszölle und indirekten Reichssteuern).

4. Direkte Reichssteuern.

Daß das Reich nach der Reichsverfassung keineswegs auf indirekte Reichssteuern beschränkt ist, geht aus der Geschichte des Art. 4 Z. 2 der RV. hervor sowie aus seinem jetzigen Wortlaut, daß der Beaufsichtigung und Gesetzgebung des Reiches „die für seine Zwecke zu verwendenden Steuern“ unterliegen. Hienach gestattet also Art. 4 Z. 2 sowohl indirekte als direkte Steuern aller Arten und Formen für die Zwecke des Reichs²⁷. Auch die Klausel „solange Reichssteuern nicht eingeführt sind“ in Art. 70 d. RV. (v o r d e r l e x S t e n g e l) läßt direkte Steuern so gut wie indirekte zu, enthält aber andererseits auch keinen Hinweis, daß die Matrikularbeiträge gerade durch direkte Steuern ersetzt werden sollen. In dieser Beziehung ist auch durch die lex Stengel vom 14. Mai 1904 nichts geändert worden; die Worte „gemeinsame Verbrauchssteuern“ sind durch den weiteren Begriff „gemeinsame Steuern“ ersetzt worden, wodurch aber die Frage, ob direkte oder indirekte Reichssteuern, unberührt geblieben ist.

Ogleich also das Reich seit seiner Gründung bis auf den heutigen Tag das uneingeschränkte verfassungsmäßige Recht zur Einführung direkter Reichssteuern besitzt, hat es davon keinen

²⁶ JAGEMANN, a. a. O. S. 37.

²⁷ Vgl. LABAND, „Direkte Reichssteuern“, S. 10 ff.

10) BUTTE W.

Allgemeine Wissenschafts-ansichten, mit besonderer Beziehung auf Staats- und Kameralwissenschaft in ihrem neuesten, noch vielfältig zu verbessernden Zustande, A. Marcus, Bonn, 1827, 336 p.

Source : Université du Michigan

Als das Römische Recht in vielen Staaten das Civil-Gesetz war, und fast in allen eine Subsidiarität hatte, auf welche man um so häufiger recurriren mußte, da die vaterländischen Gesetze und Gewohnheits-Rechte noch so höchst unvollkommen waren, als ferner der teutsche studiosus juris das weitläufige teutsche Staats-Recht, den Reichs-Prozeß, ein jus privatam principum, ein sehr komplizirtes Lehn-Recht, ein jetzt durch Konfordate ungemein abgekürztes jus canonicum zu hören, und in alle dem strenge Prüfung zu bestehen hatte, damals reichte freilich das triennium academicum kaum hin den cursum juridicum zu absolviren. So ist es heute offenbar nicht mehr, und so soll es wenigstens nirgends mehr seyn. Frei-

11) EBERING, E.

Rechtswissenschaftliche Studien, Band 1 à 9, Emil Ebering E. Ebering, 1919.

Source : University of Wisconsin, Madison

p. 32

„Den ersten Schritt im Sinne der von Schulze-Delitzsch erstrebten **Subsidiarität** der Genossenhaftung tat das preußische Gesetz vom 27. März 1867. Materiellen Rechts blieb die Genossenhaftung eine sozietätsmäßig unmittelbare,"¹ in ihrer Durchführung aber wurde sie insofern modifiziert, als nunmehr die Genossenschaftsgläubiger sich zu ihrer Befriedigung zuerst an das [...].“

Äußerungen erwarten möchte. Räumt doch Gerber §. 7 Note 3, wörtlich ein, „daß der Inhalt des deutschen Privatrechts vollkommen anwendbar sei, nämlich in der Form der Partikularrechte“; und verlangt, daß man im Rechtsgebiet des einzelnen Partikularrechts sorgfältig nach allen Faktoren der Rechtserzeugung forsche, namentlich alles Gewohnheitsrecht daselbst auffuche, dann werde man innerhalb desselben „Gründe für Annahme oder Verwerfung jedes behaupteten Rechtsatzes“, finden; man werde erkennen, daß bei Instituten des deutschen Rechts, wie z. B. der Lehre von den Erbverträgen, „die Gründe der Anwendung allein in dem Partikularrechte liegen, daß aber die wissenschaftliche Ausbildung derselben nicht im Dienste eines bestimmten Partikularrechts, sondern des gemeinen deutschen Rechts geschehen ist“. Erwäge ich diese und ähnliche Äußerungen Gerbers, so vermag ich in Gerbers Gedanken keinen reellen Gegensatz zu E.'s Lehre über die Anwendbarkeit des gemeinen deutschen Rechts zu sehen, und stehe nicht an, ein solches gemeines deutsches Recht, wie es Gerber aufstellt, ein „bedingt-subsidiares gemeines deutsches Recht“ zu nennen. Wenn Ludwig Rückert (Begriff des gem. d. Privatr. Erl. 1857 S. 91) es an Gerber zum Verdienst anrechnet, zuerst dem von E. angenommenen formell gemeinen deutschen Recht entschieden entgegen getreten zu sein, so schiebt er E. ein formell gemeines deutsches Recht unter, da dieser nie ein solches angenommen hat; und sein Tadel, „daß Gerber sich von der E.'schen Theorie noch nicht gänzlich loszureißen vermöge“, dürfte nicht schwer wiegen.

Mögen diese Bemerkungen über die Stellung, die einige der neuesten Schriftsteller über deutsches Privatrecht E. gegenüber einnehmen, noch so unvollständig sein (und der Raum verbietet hier weiter darauf einzugehen), so werden sie doch genügen, um zu zeigen, wie Epoche machend E. in die Behandlung des deutschen Rechts eingegriffen hat. Wenn Reyscher, indem er im Jahr 1855 in seiner Zeitschrift für deutsches Recht (Bd. 15, S. 452) E.'s wissenschaftliche Arbeiten charakterisiren will, bemerkt, „es sei nicht ein neues Grundprincip, eine gänzlich neue Methode der Wissenschaft, was wir ihm verdanken, sondern es sei der Ernst und die Tiefe der Forschung, es sei besonders der feine geschichtliche Sinn und Takt, die geistvolle Behandlung der Quellen, was uns in allen seinen Schriften entgegenetrete“; so kann ich den ersten Worten dieses Satzes nicht beistimmen. Wollte man jene Worte im strengsten Sinne verstehen, so sind sie bedeutungslos, da wir keinem einzigen neuern Inristen „eine gänzlich neue Methode der Wissenschaft“ verdanken (ja schwerlich verdanken können); versteht man sie aber in beschränkterem Sinne, wie es nach dem, was ihnen im Verfolg des Satzes entgegengestellt wird, geboten scheint, so sind sie ungerecht gegen E. Gerade das ist das Charakteristische bei E.'s Behandlung des deutschen Rechts, daß er in ihr einen bestimmten Gedanken verfolgt, und dessen Anwendung auf das deutsche Recht zur allgemeinsten

Geltung gebracht hat; darin, daß E. dies that, liegt sein Hauptverdienst, und dies darf ihm nicht geschmälert werden. Daß jede Spur einer geschichtlichen Auffassung des Rechts früheren Zeiten fremd gewesen sei, wird Niemand behaupten; aber nach Hugo's Anbahnung waren es Savigny und E., die sie, jeder in seiner Sphäre, zu der ihr gebührenden Geltung brachten; sie sind die beiden Häupter der historischen Juristenschule, „mit der die ganze Behandlung der Rechtswissenschaft eine andere geworden ist“ (Stahl Gesch. der Rechtsphilosophie, B. VI), und „der Widerspruch gegen die Sätze, die als Grundwahrheiten von der historischen Schule wirklich vertheidigt worden sind, ist mehr und mehr verstummt“ (Bekker Jahrb., 1857, 1, S. 10). Es ist oben erwähnt worden, wie bestimmt E. bereits im Jahr 1808, während erst 1814 Savigny's Verus erschien, eine geschichtliche Auffassung

13) FREY E. R.

Die Quellen des Basler stadtrechts namentlich der richtsordnung von 1719 : ein Beytrag zur Bildungsgeschichte Schweizerischer Stadtgesetze. Nebst einigen nachrichten über die schicksale des Römischen Rechts in einzelnen gegenden der Schweiz besonders in Basel, in der schweighauserschen Buchhandlung, Basel, 1830, 212 p.

Source : Harvard College Library

https://books.google.fr/books?id=uSYsAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gb_s_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

p. 150

150

aufzubringen, habe ich nie bemerkt. Vielmehr zeigt mir eine Reihe von Gutachten, daß die Stadtconsulenten, so wie überhaupt unsere Baslerischen Rechtsgelehrten, auch Landesgebräuche wohl zu würdigen verstuhnden, obschon sie daneben die Gemeingültigkeit des Römischen und Canonischen Rechts als etwas Unbezweifeltes voraussetzten. Ja! den Grundsatz der Subsidiarität führten sie mit eiserner Consequenz durch, zumal seit der zweenen Hälfte des siebenzehnten Jahrhunderts. Zum Belege hiefür will ich zwey Beispiele hersetzen.

Im Jahr 1669 gab ihnen der Kleine Rath die Frage zu beantworten: ob Kinder über den künftigen elterlichen Nachlaß pacisciren, namentlich ob sie darauf verzichten könnten? Ihre Antwort war verneinend. „In Frankreich und in Sachsen, bemerkten sie, hätten dergleichen Verträge zwar volle Kraft; allein weder unsere Statute, noch unsere Gewohnheiten bestimmten Etwas

Das wissenschaftliche Princip des gemeinen deutschen Privatrechts : Eine germanistische Abhandlung ? Cröker, Jena, 1846, 313 p.

Source : Bayerische Staatsbibliothek

<https://books.google.fr/books?id=VmpDAAAACAAJ&pg=PA156&dq=gerber+Subsidiarität+C3%A4t&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwjxj5bmr4nMAhWFJw8KHRaMCAwQ6AEILzAB#v=onepage&q=gerber%20Subsidiarität+C3%A4t&f=false>

p. 156

lich zu machen. Denn, so äußert er sich, das römische Recht sei unbeschadet des einheimischen Rechts aufgenommen, welches vielmehr bestehen geblieben sei. Deshalb sei das römische Recht weder an die Stelle des deutschen Rechts getreten (sondern nur subsidiär anwendbar), noch habe es überhaupt als Ganzes, als römisches Recht im Kreise unserer einheimischen Quellen Platz finden können. Die erstere Folgerung wird Niemand in Abrede stellen, wenn man nur die Beschränkung hinzufügt, daß, weil im Laufe der langen Zeit, welche seit der Reception des römischen Rechts verfloßen ist, das deutsche Recht selbst unter der Einwirkung der verschiedensten Motive seine ursprüngliche Gestalt vielfach verändert hat, und in vielen großen Partien dem römischen Rechte entschieden gewichen ist, das deutsche Recht heutzutage nur in der Erscheinungsform berücksichtigt werden kann, welche es gegenwärtig besitzt in Folge der seit jener Zeit wirksam gewesenen Einflüsse; die letztere Folgerung aber wird man gewiß für keine aus den Prämissen richtig entwickelte halten können. Es müßte denn sein, daß der Verfasser den Ausspruch, daß das römische Recht ein subsidiäres sei, mit dem anderen, es gelte nicht als Ganzes, deshalb hat identifizieren wollen, weil vermöge seiner Eigenschaft der Subsidiarität manche Theile eines Rechts dem näheren Rechte (z. B. Partikularrechte) wei-

System des deutschen Privatrechts, zweite Abtheilung, Friedrich Mauke, Iéna, 1849.

Source :

<https://books.google.fr/books?id=lq5LAAAACAAJ&pg=PA100&dq=gerber+Subsidiarit%C3%A4t&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwjxj5bmr4nMAhWFJw8KHRaMCAwQ6AEIRjAE#v=onepage&q=gerber%20Subsidiarit%C3%A4t&f=false>

pp 100 ; 161

100

Zweites Buch.

IX. Geschäfte zur Sicherung gegen künftige Nachtheile.

A. Bürgschaft.

§. 201.

Im Zusammenhange mit dem älteren deutschen Rechte ¹⁾ stehen in der Lehre von der Bürgschaft nur die zwei particularrechtlich oder vertragsmäßig heutzutage bisweilen vorkommenden Eigenthümlichkeiten, daß 1) die Subsidiarität der Bürgschaftsschuld wegfällt ²⁾, 2) daß die Erben nicht für die Folgen einer Bürgschaft ihres Erblassers haften ³⁾. Sonstige Eigenthümlichkeiten des neueren Rechts, namentlich in Betreff der Intercession der Frauen, haben ihre Grundlage nicht im deutschen Rechte.

nach wie vor allein Gläubiger und Schuldner in seinen Obligationsverhältnissen; auf einer außerordentlichen Steigerung des Einflusses der überwiegenden Stellung des Mannes beruht aber der allgemeine Rechtsatz, daß den Gläubigern des Mannes nicht bloß dessen Vermögen, sondern auch die Güter der Frau, die unbeweglichen wenigstens subsidiär, verhaftet sind ¹³⁾.

§. 232.

Bei Trennung der Ehe nimmt die Frau ihr Eingebrahtes von dem bis dahin vereinten ehelichen Vermögen heraus; es bleibt jedoch auch jetzt noch subsidiärer Executionsgegenstand für die Gläubiger des Mannes ¹⁾. Sie fordert nicht bloß

das Vermögen der Frau, welches nach Entstehung der Schuld in die Hand des Mannes kommt, fortdauernd haften soll, beruht auf der oben schon als irrig nachgewiesenen Anwendung des Satzes *bona non intell. nisi ded. aere al.*

Gesammelte juristische Abhandlungen: I.-II., Mauke, Iéna, 1872, 490 p.

Source : Harvard Law Library

https://books.google.fr/books?id=HhQPAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

p. 163

innerhalb dieses irrtümlichen Kreises. Das Schema, mit dem man zuletzt und bis auf unsere Zeit die ganze Lehre erschöpft und in eine gehörige Ordnung gebracht zu haben glaubte, war dies: erstens sei zu unterscheiden zwischen *debita legalia* und *consensuata*; zweitens müssten beide Arten wieder unterschieden werden, je nachdem sie *absoluta* oder nur *respectiva* seien, denn manche Schulden wirkten nur gegen einzelne Lehnsfolger; drittens müsse man bei jeder Lehnschuld fragen, ob sie eine *nothwendige* oder nur *subsidiäre* (dem Lehnsfolger nur in Ermangelung zureichenden Allods obliegende) sei *).

Damit war eine völlige Verwirrung vorbereitet. Man vereinigte ganz zusammenhangslose und völlig verschiedenartige Erscheinungen in einem gemeinschaftlichen systematischen Netze und stellte sie unter die Einwirkung einer gemeinsamen logischen Fügung. Indem man eine bestimmte Eigenschaft bei einer Art von Schulden der Lehenspersonen beobachtete, z. B. das alleinige Haften des Lehnsvermögens, so entwickelte man lediglich aus dieser Beobachtung die gegensätzliche Eigenschaft: die Subsidiarität, und suchte nun, um sie nicht in der Luft stehen zu lassen, auch wirkliche Fälle für sie auf; ebenso

*) Dieser Schematismus findet sich am deutlichsten zuerst bei *Bremer diss. num debita feudalia a vasallo soluta heres allodii a successore in feudo repetere queat. Goett. 1741.* Sodann bei *Geldern (pr. Eckardt) de debitis feudalibus etc. Jen. 1787.*

§ 3. Die Geschlechtsgenossenschaft des ältesten Rechts. 21

der natürlich die alte Idee einer Sühne für den Bruch des Geschlechts-Genossenschaftsfriedens definitiv verlassen war. Umgekehrt schränkte man bisweilen die Rache auf eine bestimmte Anzahl von Verwandten des Todtschlägers ein³⁶⁾ und modificirte in entsprechender Weise die Haftung für das Wergeld, indem man nicht nur dasselbe in eine Familienbuße und eine Geschlechtsbuße zerlegte, wovon jene dem Missethäter selbst und seinen allernächsten Angehörigen oblag, diese von den Verwandten überhaupt aufzubringen war³⁷⁾, sondern die Geschlechtsbuße überhaupt beschränkte oder aufhob. Nur noch subidiär, in fester Reihenfolge und bei Beobachtung besonderer Förmlichkeiten haften die Verwandten bei den Salfranken³⁸⁾. Das ripuarische, alamannische und bairische Gesetz enthalten von der Theilnahme der Mägen an den Fehde- und Wergelds-Verhältnissen bereits keine Spur mehr, und im burgundischen Volksrecht werden ausdrücklich — offenbar in Abänderung früherer Gewohnheit — die Verwandten des Todtschlägers von aller Haftung befreit³⁹⁾.

Aber nicht bloß nach außen, auch nach innen war einst das Geschlecht eine autonome Genossenschaft, welche die Einzelnen durch das engste persönliche Band und die geheiligte Pflicht unbegrenzter gegenseitiger Treue und Unterstützung verknüpfte, als Gesamtheit aber bedeutende Befugnisse und Pflichten den Gliedern gegenüber übte. Es war die Versammlung aller Hausväter, welche auch den Genossen gegenüber Friede, Recht und Sitte des Verbandes aufrecht erhielt. Sicherlich bildete sie einstmals ein Familiengericht⁴⁰⁾, das sogar die Gerichtsbarkeit des einzelnen Hausvaters über seine Hausgenossen in einer freilich nicht näher zu ermittelnden Weise beschränkte⁴¹⁾. Ueberreste dieser ältesten Form genossenschaftlicher Rechtspflege enthalten noch die Volksrechte⁴²⁾, und die Anschauung, daß Verwandte gegen Verwandte nicht

legitimen am Wergeld offenbar deshalb, weil sie doch nicht Miterben sind, als Anomalie betrachtet wird, die einer besonderen Erklärung bedarf. Sehr passend wird dann letztere durch den Hinweis darauf gegeben, daß dies *propter saidam deponendam* i. e. *inimicitiam pacificandam* bestimmt sei.

³⁶⁾ L. Sax. c. 18 (II. 5): *vindicetur in illo et aliis septem consanguineis ejus*. Ueber Ähnliches bei den Angelsachsen l. Henr. c. 70. § 9. 88. § 11. R. Maurer, Uebersch. I. S. 57f. Hier wurde später bei mehrfachen Todtschlägen zwischen den Sippen eine förmliche Bilanz je nach dem Werth der Einzelnen gezogen und das Saldo mit Blut oder Geld vergolten.

³⁷⁾ Vgl. die ausführl. Erörter. Wilba's S. 372f. über skandinavische, S. 386f. über angelsächsische Verhältnisse. Auch l. Sax. II. 6.

³⁸⁾ Tit. de chrenecruda. Waitz, das alte Recht S. 176f. Wilba, S. 390.

³⁹⁾ L. Burgund. II. 6.

⁴⁰⁾ Kraut, Vorm. I. S. 30. Unger, Gerichtsverf. S. 80. Zöpfl § 80.

⁴¹⁾ Dies deutet Tac. Germ. c. 19 an.

⁴²⁾ Ed. Rothar. 189. 193. 221. L. Burg. tit. 35. § 3: *quod si parentes puellae parentem suam punire fortasse voluerint*. Luitpr. c. 24.

genossenschaftlichen Angelegenheiten bestellte sie durch freie Wahl einen Dorf- oder Bauerrichter³⁹⁾. Für alle ihre Genossen bildete sie eine religiöse⁴⁰⁾ und sittliche Gemeinschaft und verpflichtete ihre Mitglieder zu einer sehr ausgedehnten gegenseitigen Unterstützung⁴¹⁾. Recht und Pflicht der Gemeindegengenossen, vor Gericht als Zeugen und Eideshelfer einander beizustehen⁴²⁾, die Pflicht, dem Rufenden zu Hülfe zu eilen und ihn sowol als das ganze Dorf gegen ungerechten Angriff zu vertheidigen, die Verbindlichkeit, für den erkrankten und verarmten Genossen zu sorgen, die Pflicht selbst im Tode den Genossen nicht zu verlassen, ihn zu begraben und seiner Leiche zu folgen: alles dies sind in ihren Wurzeln uralte Folgen des die Gemeinde verknüpfenden persönlichen genossenschaftlichen Bandes, wenn sich auch meist ihr Vorkommen erst aus späterer Zeit urkundlich belegen läßt, — nicht erst jüngere Resultate nachbarlichen Wohnens. In so weit gieng der enge Zusammenhang der Genossen, daß sie nach einzelnen Rechten in einem gewissen Umfang für die von Einem aus ihrer Mitte begangenen Vergehungen in ihrer Gesamtheit subsidiär verhaftet

dies ein Sühnegericht, das jeder Genosse in einem Streit mit einem Genossen angehen mußte, ehe er an ein anderes Gericht gieng. Decr. Chilp. d. 574. Verþ, L. II. 9: si quis causam mallare debet et sic ante vicinos causam suam notam faciat et sic ante rachymburgiis videredum donet.

³⁹⁾ Judex, rector, praepositus, major oder tribunus villae; villicus, sculdais, auch mitunter (z. B. b. den Langobarden) Zehener, decurio, decanus; Bauermeister; Dorfgrebe; angelsächj. tungerefe, nord. oldirman. Sehr bestritten ist, ob der tuginus der l. Sal. Dorfrichter war (so Eichhorn l. c. Note. Grimm, N. A. S. 534. Sachsse, Grundl. S. 308. Maurer, Einl. 139. Landau 322) oder Centenar (Savigny I. 273. Waiz, das alte Recht S. 135 f.) Ebenowenig steht die Bedeutung des grafio loci in der l. Salica fest. — Vgl. auch Landau, Maurer, Eichhorn l. c. Waiz l. c. S. 136. Maurer, Dorfv. II. S. 22 f. Thudichum S. 37. 38.

⁴⁰⁾ Maurer, Einl. S. 67 f. Dorfv. I. 367 f. Landau S. 387 f.

⁴¹⁾ Maurer, Einl. 161 f. Marfv. 188 f. Dorfv. I. 333 f. L. Alam. tit. 43. Näheres in den folgenden Perioden.

⁴²⁾ Bei den Angelsachsen schreiben schon Hlodhaeres and Eadricas domas (nach der Mitte des 7. Jahrh.) § 5. Schmid S. 20 f. Eideshelfer vor „aetham tune, the he to hyre.“ Vgl. Edward Gef. (vor 904). S. 110. c. 1. § 4: on tham ylcan geburshipe. Athelstans Gef. (925—940). S. 132 c. 9: neahgebure. In Friesland sind die Eidhelfer gewöhnlich Beamte, Landsmänner und buren (cives, vicini). So Brofmerküren b. Richthofen S. 138. Emfiger Domen S. 186: mit triuwe buren. — Für das fränk. Recht (Waiz II. 268 f.) Form. Andegav. c. 28. 33. 49. App. Marculf. c. 46. Form. Lindenbrog. c. 106. 108. Form. Baluz, c. 9, — monach sowol Zeugen als Eideshelfer aus den vicini circa manentes und vicini pagenses genommen wurden. L. Bajuv. XVII. 2 f. Proceffe über Piegenschaften: ille homo, qui hoc testificare voluerit, commarchanus ejus debet esse et debet habere... similem agrum. II. f. w.

waren, und wenn später die Gesetzgebung mitunter die engeren oder weiteren Gemeinden allgemein verantwortlich machte für die Stellung des verbrecherischen Genossen vor Gericht oder aber für Schadenersatz, so beweist die Möglichkeit dieser Verordnungen, wie die Gemeinde ebenso sehr nach außen wie nach innen als ein öffentlicher und politischer Verband für Frieden und Recht, nicht aber als bloßer Wirthschaftverein betrachtet wurde⁴³⁾.

⁴³⁾ Nach Chlodov. Reg. Cap. I. Sal. add. c. 9. Verß IV. 4 mußten vicini, in deren Mark ein Erschlagener gefunden war, schwören: quod nec occidissent nec sciant qui occidisset — oder das Berggeld entrichten. L. Wiesig. lib. VI. c. 8. setzt eine Haftung des vicinus pro vicino voraus, da sie dieselbe aufhebt. Nach schwedischen Landrechten haftete bald der Grundeigenthümer, bald die Gemeinde, bald das Haerad für die Buße, wenn sie den unbekanntem Thäter nicht stellen konnten. Wilba, Strafr. S. 217. Note 1. Aehnliches noch im 13. Jahrh. in schlesischen Urk. Maurer, Dorf. I. 351. Weiter giengen bei den Franken Childebert II. decr. d. 596. c. 11 und 12. Verß III. 10 und Chlotachar. II. decr. c. 1. ib. 11. 12: Die Hundertschaftsgemeinden sollen für die Verfolgung von Räubern und Dieben haften und mit Regrehananspruch gegen jede andere Hundertschaft, in welche die Spur des Thäters leitete, und zuletzt gegen den Thäter selbst den Schaden ersetzen. Ganz Aehnliches verordnete K. Eadgar (959—975) für die angelsächsische hundrede (const. de hundr. c. 2—5) und das allgemeine Verbürgungssystem, welches endlich alle Bewohner Englands entweder durch einen Herrn oder durch eine Genossenschaft in Bezug auf Schadenersatz bei Vergehen vertreten ließ, knüpfte ebenfalls in einer im Einzelnen freilich sehr bestrittenen Weise an die territorialen Verbände an. Vgl. unter § 26. — Verhaftung der Gemeinden für die Stellung des Verbrechers vor Gericht und eventuell für Schaden oder Buße kommt auch in Deutschland später noch vor. Beispiele stellt Maurer, Einl. S. 163 f. Markv. S. 193. Dorf. I S. 348 f. zusammen. Auch die Pflicht zur Ergreifung des Missethäters und dessen Bewahrung bei eigener Vertretung (z. B. Grimm, W. I. 540. §. 16. 24) und zum Strafvollzug auf eigene Kosten (z. B. Grimm II. 323) gehören hierher. Sehr lange erhielt sich bei eigentlichen Markfreveln, bei Holzdiebstählen zum Theil bis heute, die subsidiäre Haftung der Gemeinden. Was anders ist der Gedanke der neuen Gesetze, welche die Gemeinden für den Ersatz des bei Aufläufen verursachten Schadens subsidiär verantwortlich machen? Ein eigenthümliches germanisches Institut der Gesamtbürgerschaft (Möser, Eichhorn, Rogge, Sandau S. 295. Dagegen Waitz I. Beilage I.) liegt freilich in allem diesem nicht: zufällig aber sind derartige, wenn auch vereinzelt Erscheinungen ebensowenig. Ohne einen Anhalt im Rechtsbewußtsein des Volkes wären so exorbitante Polizeimaßregeln in einer sonst so selten mechanisch eingreifenden Zeit unmöglich gewesen. Die Bestimmungen der Volksrechte und Weisthümer aber wären unerklärlich. Auch behandelte nicht in Straffachen allein die öffentliche Gewalt den Gemeindeverband als eine Einheit, in der Alle für Einen standen. Bei öffentlichen Diensten und Abgaben (Maurer, Dorf. I. 192 f.) und bisweilen selbst bei grundherrlichen Steuern und Beten (Maurer, Fronh. III. 215 f.) finden wir dasselbe Princip.

hielt es sich mit den Gilden anderer englischer Städte⁵⁰⁾. Aber man gieng noch weiter, man wandte das Princip der Einung in einer eigenthümlichen Weise auf den Bau des Reiches selber an, indem man gilbeartige Vereine als unterste Glieder der Verfassung konstituirte und auch in die höheren Genossenschaften einzelne Grundsätze der Gilde hineintrug. Hiermit verhielt es sich etwa folgendermaßen. Seitdem die Magenschaften sich aufzulösen begannen, verlangte man von den geringeren Freien, die durch keinen für sie verantwortlichen Herrn vertreten und verbürgt waren, daß sie entweder in einen Herrenverband einträten (was man von den Landlosen sogar unbedingt forderte), oder andere Freie als Bürgen für ihre gute Führung und vorkommenden Falls für ihre Stellung vor Gericht bestellten. Es entstand so eine eigenthümliche staatsrechtliche Theorie der Rechtsbürgschaft, wonach Niemand ohne Bürgen sein sollte⁵¹⁾. Zur Leistung solcher Bürgschaft waren die älteren Gilden, welche zwar nicht so eng wie das Geschlecht, aber enger als die Markgemeinde und Hundertschaft verbunden waren, geeignet und übernahmen sie wo sie bestanden. In analoger Weise nun bildeten sich auch sonst überall Vereine nachbarlicher Grundbesitzer zur Leistung der Rechtsbürgschaft. Vermuthlich entstanden sie zuerst auf dem Grunde freier Vereinigung; später aber wurden sie von der Gesetzgebung selbst organisiert und generalisirt, sie wurden für ein wesentliches Glied des Staates erklärt und es wurde jedem Freien zur Pflicht gemacht, in einen solchen Verein zu treten. So wurden sie allmählig zu jenen vielbesprochenen Zehntschäften oder frithborgas, welche in normännischer Zeit unter einem mit richterlicher Gewalt für geringfügige Sachen bekleideten Vorstand je zehn nachbarlich wohnende Männer vereinen sollten und verpflichtet waren, den Genossen, welcher ein Verbrechen begieng, vor Gericht zu stellen, widrigenfalls sie, wenn sie sich nicht durch einen Eid vom Antheil an Schuld und Flucht reinigen konnten, subsidiär für den Schaden aufkommen und Buße leisten mußten⁵²⁾.

⁵⁰⁾ Wilda S. 51—53. Dafür machte nun freilich der Staat seine Genehmigung, die er bald gegen Geld gab, zur Bedingung der Existenz einer Gilde.

⁵¹⁾ Ueber die Rechtsbürgschaft oder das plegium de stando *ad rectum* f. bes. Maurer, über die Freipflege. München 1848. Marquardsen, über Haft und Bürgschaft bei den Angelsachsen. W. Maurer, Zeitschr. f. deut. R. XVI S. 220f. Schmid, Glossar v. Rechtsbürgschaft. R. Maurer, Ueberschau I. S. 87f. Waitz I. S. 440f. Sie Alle stimmen darin überein, daß im älteren Recht nur die Bürgschaft des Geschlechtsverbandes und die des Hausvaters und Herrn für die Familie, den Mann und den Gast bestanden hat. Art, Zeit und Umfang der Entwicklung des weitergehenden Verbürgungssystems wird dagegen auch von ihnen auf das Verschiedenste dargestellt.

⁵²⁾ Die umfangreiche Litteratur, welche diese frithborgas, *decennae, franca plegia* etc. behandelt, hat noch zu keinem sicheren Ergebniß geführt. Ziemlich klar ist freilich ihre Bedeutung nach den leg. Ed. conf. c. 15. 20. 21. 28. 29 und späteren normännischen Quellen. Wie und wann sie aber entstanden sind,

§ 57. Die Ortsgemeinde n. d. Gemeindeordnungen d. 19. Jahrh. 755

X. Wenn die Bedeutung der Gemeinde als Wehrgenossenschaft, woraus sich einst so wichtige Folgen ergaben, den Städten wie den Landgemeinden im Allgemeinen entschwunden ist, so dauern doch die Spuren derselben insoweit fort, als die Sicherheitspolizei der Gemeinde verblieben oder zurückgegeben ist. Die Verpflichtung der Gemeindeglieder zu kommunalen Nachtdiensten und Dienstleistungen bei Feuergefähr, sowie die Organisation eines kommunalen Sicherheitsdienstes und Feuerlöschwesens gehören hierher. Dagegen haben die Versuche, in der „Bürgerwehr“ die wehrgenossenschaftliche Bedeutung der Gemeinde in intensiverem Maße zu erneuen, nur vorübergehend eine auf die bürgerliche Waffepflicht gerichtete Gesetzgebung hervorgerufen¹³⁸⁾. Verblieben ist den Gemeinden nach einer Reihe von Gesetzen nur die Pflicht, für den bei Aufläufen und Unruhen verursachten Schaden aufzukommen, ohne daß ihnen doch gleichzeitig die Möglichkeit einer selbständigen bewaffneten Aufrechterhaltung ihres inneren Friedens eröffnet worden wäre¹³⁹⁾.

XI. Aus der Sorge für das geistige Wohl der Gemeindeglieder, welches der Gemeinde als sittlicher Genossenschaft obliegt, ergibt sich insbesondere ein selbständiges Gemeindefchulwesen. Wo die Gemeinde die Rechte eines Schulpatrons übt oder eine eigentliche Kommunalschule gründet, ist sie natürlich nur der obersten Leitung und Beaufsichtigung des Staates unterworfen. Aber auch bezüglich des Volksunterrichts gebührt der Gemeinde ihrem innersten Wesen nach unbeschadet des obersten Rechtes des Staats eine selbständige Mitwirkung. Es heißt ihren natürlichen Wirkungskreis verengern, wenn, wie bisweilen geschieht, alle öffentlichen Schulen für Staatsanstalten erklärt werden¹⁴⁰⁾. Vielmehr entspricht es der Natur der Dinge, mindestens die Volksschulen zunächst als Gemeinbeanstalten zu betrachten¹⁴¹⁾. In der Regel ist denn auch die Aufbringung der Mittel der Gemeinde und nur subsidiär dem

wonach Sicherheits-, Reinlichkeits-, Armen-, Straßen-, Bau-, Feuer-, Markt-, niedere Gewerbs-, weltliche Kirchen-, Sittlichkeits-, Gemarkungs-, Gefinde-, Lebensmittel-, Maß- und Gewicht-Polizei zur Ortspolizei gehören. — Ein wichtiger Zweig der Gemeindefahrtspflege wird durch das Wegewesen gebildet. Vgl. auch Stüve, Landgem. S. 180 f.

¹³⁸⁾ Vgl. z. B. das braunschw. Ges. über den Waffendienst behufs des Gemeindefchutzes v. 19. März 1850.

¹³⁹⁾ So preuß. Ges. v. 11. März 1850, hannov. Ges. v. 16. April 1848, bair. Ges. v. 12. März 1850.

¹⁴⁰⁾ So Preuß. A. L. R. II, 12 § 1: „Schulen sind Veranstaltungen des Staats u.“ Dazu § 2 f. 9 f. ib. Sachsen-Altenb. Grdges. v. 1831 § 25. 29. Anhalt-Bernb. V. U. v. 1850 § 25. Alle öffentlichen Lehrer sollen daher auch Staatsdiener sein. So nach der deutschen Reichsv. v. 1849 § 156, preuß. V. U. § 23, Oldenb. revid. V. U. v. 1852 art. 85 u. f. w.

¹⁴¹⁾ Ausdrücklich ausgesprochen z. B. in der Oldenb. revid. V. U. v. 1852 art. 86.

deten Landrecht als gemeindeähnliche Verbände für Schulzwecke organisiert sind. Ihr Hauptzweck ist die Aufbringung der Schulkosten, welche (abweichend von den einer bürgerlichen Gemeinde zur Last fallenden Schulkosten, welche zusammen mit den zur Bestreitung der übrigen Kommunalbedürfnisse erforderlichen Mitteln aufgebracht werden) als eine sogenannte Societätslast nach besonderen Grundsätzen unter bestimmte Klassen der Einwohner des Bezirkes vertheilt werden, wogegen die Gesamtheit dieser Verpflichteten unter dem Namen der Schulsocietät oder Schulgemeinde als eine unter obrigkeitlichen Vorstehern vom Staate eingerichtete Korporation behandelt wird *).

3. In ganz ähnlicher Weise sind vielfach besondere Armeengemeinden gebildet *). Namentlich bestehen nach der preussischen Armengesetzgebung als nächst verpflichtete Unterstützungskorporationen die sogenannten Ortsarmenverbände, als subsidiär eintretende Korporationen die Landarmenverbände⁷⁾. Der Ortsarmenverband ist nun freilich nichts als diejenige Ortsgemeinde oder derjenige selbständige Gutsbezirk, zu welchem der betreffende Arme gehört, und die Armenpflicht ist daher in der Gemeinde eine Last des Gemeindehaushalts, die Armenverwaltung, die Organisation der Armenpflege und die Armenzucht sind Funktionen des Gemeindevorstands und die Vertretung des Armenverbandes gebührt den gewöhnlichen Gemeindeorganen *). Allein es ist doch die Armenpflicht auf einen besonderen, weder mit dem privatrechtlichen noch mit dem die Gemeindeangehörigkeit verleihenden Domicil identischen sogenann-

näheren Modalitäten konstruirte Gewerkschaft durchaus nicht die einzige oder nothwendige Form des gemeinschaftlichen Bergbaus. Es kann vielmehr jede beliebige andere Associationsform, die überhaupt rechtlich zulässig ist, auch für den Bergbau gewählt werden⁴⁴⁾. Von dem Gesichtspunkt der Associationsfreiheit aus hat sogar das großh. sächsische Berggesetz v. 1857 überhaupt die Gewerkschaft mit der Ruzeneintheilung als besonderes Institut fallen lassen und begnügt sich, dem Gesellschaftsverhältnisse mehrerer Bergbautreibenden (§ 18 — 20) den korporativen Verein mit besonderen Statuten (§ 21) gegenüber zu stellen.

V. Aehnlich, wie im Bergrecht, haben sich im Salinenrecht die Genossenschaftsverhältnisse entwickelt. Ursprünglich scheinen auch hier die sämtlichen Salzeigenthümer oder Salzbelehnten und die Salzarbeiter eines Orts unter landesherrlicher oder städtischer Oberherrschaft ein autonomes genossenschaftliches Gemeinwesen (Thal) gebildet zu haben, das nach den einzelnen Klassen in engere Genossenkreise gegliedert war. Dabei kam vielfach eine Theilung sowol des Lehneigenthums an den Salzquellen, als des vollen oder nußbaren Eigenthums und des damit verbundenen Betriebsrechts an den für die Verarbeitung der Soole bestimmten Koten nach ideellen Theilen vor; dieser Theilbesitz aber, wenn er auch mit dem Genossenrecht in Verbindung stand, war mit demselben keineswegs identisch. Im Laufe der Zeit verloren hier wie überall die Gesamtheiten ihre Rechte an die Landesherren, welche seit der Entwicklung eines Salzregals und zum Theil selbst eines Salzmonopols durch den Organismus ihrer Salzbehörden die Salinen leiteten und verwalteten. Vielfach indeß erhielten sich wenigstens für die ökonomischen Beziehungen oder auch für einzelne ihnen verbliebene Rechte der Autonomie und Selbstverwaltung die Genossenverbände der einzelnen Kreise. Die Innungen und Bruderschaften der eigentlichen Salzarbeiter entwickelten sich dann dabei ganz analog wie die Knappschaften der Bergleute. Umgekehrt gieng das weiterreichende Genossenverhältniß der adligen oder bürgerlichen Nutzungseigenthümer von Salzquellen (Salzjunker, Salzherren, Salzbeerbte) in bloße Vermögensgemeinschaft an dem ideell getheilten Sool- oder Thalgut über. Dagegen

126). Nur zur Vornahme von Rechtshandlungen, die nicht mit einfacher Mehrheit beschlossen werden dürfen, und zur Erhebung von Beiträgen bedarf er eines Specialauftrages (§ 120). Subsidiär treten die allgemeinen Grundsätze über Vollmachtsaufträge ein (§ 128). Bestellen die Gewerken auf die Aufforderung der Bergbehörde binnen 3 Monaten keinen Repräsentanten, so wird ein solcher von der Behörde ernannt (§ 127). Letztere führt die Aufsicht über die Verwaltung und Rechnungslegung des Vorstandes, beruft auch, wenn dieser es unterläßt, die Gewerkenversammlung (§ 122).

⁴⁴⁾ Vgl. z. B. Preuß. Bergges. § 133, wonach notarieller oder gerichtlicher Vertrag eine bergrechtliche Association beliebig anders gestalten kann; nur soll auch sie nach § 134 immer Repräsentanten haben.

§ 69. Die Entstehung und Vollendung der Vermögensgenossenschaft. 997

sein soll, einen dies ausdrückenden Zusatz in seine Firma und alle öffentlichen Anzeigen aufnehmen. Er unterliegt dann auch in seinem ferneren Leben nur einer repressiven Staatsaufsicht, welche namentlich durch die Androhung von Ordnungsstrafen sowol gegen die Vorstände wie gegen die Gesellschaft selbst gesichert wird, wogegen eine direkte Regierungseinmischung lediglich auf Antrag eines Bruchtheils der Aktionäre selbst ($\frac{1}{3}$, bei Banken $\frac{1}{2}$ der Aktien) stattfindet⁸¹). Dem autonomen Willen ist es überlassen, welche Organisation die Gesellschaft sich geben will, nur subsidiär tritt ein gesetzliches Normalstatut in Kraft. Doch wird im Interesse der Aktionäre wie des Publikums eine Reihe zwingender Vorschriften über die äußeren und inneren Rechte der Hauptgesellschaftsorgane (Generalversammlung und Direktoren), sowie über Erwerb, Verlust und Inhalt der Mitgliedschaft erlassen. Das Wichtigste ist, daß auch jetzt das unbedingte Verbot der Inhaberaktien bestehen bleibt und demgemäß Inhalt und Form des Aktienbuchs als eines essentielle gesetzlich geregelt wird⁸²). Wie in diesem Punkt, so tritt aber auch in allen übrigen Vorschriften als Hauptunterschied des englischen Aktiengesellschaftsrechts vom kon-

tinentalen immer noch hervor, daß in ungleich höherem Grade das persönliche Element neben dem kapitalistischen in Geltung geblieben ist. Die Idee eines reinen Kapitalvereins ist weder im Gesetz noch im Leben zu einem so vollständigen Siege wie bei uns gelangt, wo vor der Eigenschaft der Aktie als Quote eines Gesamtvermögens ihre Eigenschaft als Mitgliedschaft eines Vereins oft fast gänzlich zurücktritt.

4. Der eigenthümlichen Gestaltung des englischen Rechts, die sich in Nordamerika in ähnlicher Weise wiederholte, steht die kontinentale Entwicklung des Aktienvereins gegenüber, welche sich zuerst in Italien und Holland vollzog, dann aber sich wesentlich unter dem Einfluß des französischen Rechts fortbildete. In Frankreich wurde besonders seit dem ersten Viertel des 18. Jahrhunderts einerseits die rein kapitalistische Natur des Aktienvereins vollendet, andererseits die Abhängigkeit der neuen Vereinsform von der Staatsregierung besiegelt. In letzterer Beziehung stellten sich schon die Kompagnien des 17. Jahrhunderts als kaufmännische Staatsinstitute dar, so daß die Comp. des Indes occidentales (seit 1628) vom Könige 1674 einfach unter Rückzahlung der Aktien eingezogen werden konnte und bei der 1664 errichteten Comp. des Indes orientales sowol die Berufung der Generalversammlung als die Fest-

der Künste und Wissenschaften und der Wohlthätigkeit beschränkt, indem sie ohne Genehmigung des Handelsamts nicht über 2 acres erwerben können.

⁸¹) In diesem Falle ordnet das Handelsamt Kommissare zur Prüfung der Geschäftslage ab, denen alle Bücher vorgelegt werden müssen und die sowol zu eidlichen Vernehmungen, als zu Maßregeln zur Sicherstellung der Gläubiger befugt sind. Keyßner l. c. S. 567. 568.

⁸²) Näheres b. Keyßner l. c. S. 557 f.

1010 Das freie Genossenschaftswesen für wirtschaftliche Zwecke.

Körperschaft in ein „Verkehrsinstitut“ (so Witte S. 16) verwandelte¹²⁰⁾. Hiermit war denn die kapitalistische Theorie, deren Verdienst um die Hervorhebung eines der neuen Vereinsform allerdings essentiellen Moments nicht bestritten werden kann, durch vollständige Negirung des genossenschaftlichen Elements auf die Spitze getrieben.

Inzwischen hat sich, durch alle widersprechenden Theorien unbeirrt, die Aktiengesellschaft im Rechtsleben in der ihrem Wesen angemessenen Weise fortentwickelt und immer deutlicher als vollendete Vermögensgenossenschaft gestaltet. Schöpferisch war dabei freilich weder die Wissenschaft noch das Gesetz; aber sie mußten zuerst als Specialnorm der konkreten Fälle, endlich als ein im speciellen Fall nur in besonderer Weise zur Erscheinung kommendes allgemeines Recht dasjenige anerkennen, was die Autonomie der sich associirenden Kreise erschuf. Die Statuten, vermöge deren die einzelnen Kapitalgenossenschaften sich selbst ihr Recht gaben und geben, sind so die wichtigsten Erkenntnisquellen für das Wesen des neuen Instituts, vor Allem für seine Stellung unter den Genossenschaften und im Rechtssystem überhaupt. Und diese Erkenntnisquelle bleibt, wenn man anders im Recht nicht ein todttes Schema, sondern einen lebenden Organismus sucht, auch da unentbehrlich, wo für alle oder für einzelne Klassen der Aktienvereine allgemeine Gesetze ergangen sind. Denn alle Gesetze normiren nur das äußere Recht der Aktienvereine in vollständiger und unbedingt gebietender Weise, während sie für ihr inneres Recht zwar einzelne absolute Beschränkungen aufstellen, den positiven Theil desselben aber nur subsidiär und unvollständig regeln. Ein Aktienverein vermag daher (ungleich einer Gemeinde) ohne Statut überhaupt nicht zu bestehen, und das Gesetz selbst macht nicht nur das Vorhandensein eines an gewisse Formen gebundenen Statuts zur Existenzbedingung des Vereins, sondern verlangt auch positiv ein Minimum seines Inhalts¹²¹⁾. Ja noch mehr! es liegt in der Natur der Sache, daß das Gesetz, wo es selbst das Genossenschaftsrecht subsidiär normirt, unter allen möglichen Bestimmungen diejenigen wählt, welche das Individuum am mindesten beschränken und binden;

¹²⁰⁾ So besonders Kunze, Inhaberpapiere 502 f., Z. f. d. gef. H. R. VI. 229 f. u. krit. Vierteljahrschr. VI. 53. Witte, Z. f. d. gef. H. R. VIII. 1—27. (Auch Auerbach l. c. S. 281 f. findet im Aktienverein etwas der Stiftung Ähnliches). Den Aktionären giebt Kunze ein eigenthümliches „jus in bonis“, Witte (S. 17 f.) ein einfaches Forderungsrecht gegen das Institut. Beiden sind die Aktionäre nicht „Träger“, sondern „Organe“ der juristischen Person. Ebenso neigt Endemann § 56—66, bes. § 56, zur Auffassung des Aktienvereins als eines personificirten Kapitalfonds.

¹²¹⁾ D. H. G. B. art. 208. 209. Nur das englische Recht stellt ein vollständiges subsidiäres Normalstatut auf (Anhang 1. A. zum Ges. v. 1862; für Aktiengesellschaften with guarantee Anh. 2. C, unlimited Anh. 2. D). Vgl. auch Renaud S. 239 f. über Nothwendigkeit und Wesen, S. 248 f. über die Form,

nossenschaft, wie sie ist, kontrahiren, weil mit andern Worten die Solidarhaft die Kreditbasis der Genossenschaft im Verkehr ist. Ganz anders verhält es sich mit der Solidarhaft bei der offenen Handelsgesellschaft, welche unmittelbar den Einzelnen mit dem Gläubiger verbindet, bei welcher zwischen dem Gläubiger und dem einzelnen Gesellschafter eine Gesellschaftspersönlichkeit gar nicht steht, vielmehr die mehreren Schuldner nur durch einen Vertrag dauernd und mit einer durch die Deffentlichkeit hervorgebrachten Wirkung nach außen verbunden sind. Während daher bei der offenen Gesellschaft die principale Solidarhaft eintritt, modificirt allein durch die im Falle des Konkurses erfolgende Vermögenssonderung, haftet hier der Genosse nur subsidiär, wenn die Genossenschaftspersönlichkeit zu existiren aufgehört hat, soweit bei der Liquidation oder dem Konkurse das Vermögen der Genossenschaft nicht ausreicht (§ 12). Daß diese Haftung sich auch auf die vor dem Eintritt des Genossen entstandenen Verbindlichkeiten erstreckt (§ 12), folgt aus der Natur der Sache. Die Einführung einer zweijährigen Klageverjährung zu Gunsten ausgeschiedener Genossenschafter oder der ehemaligen Mitglieder einer aufgelösten Genossenschaft (§ 63—65) mildert die Härte der Solidarhaft. Von besonderer Wichtigkeit aber ist es, daß, woran es dem preussischen Gesetz noch fehlte, ein eigenthümliches Verfahren eingeführt ist, um nach Beendigung des Konkurses oder, falls Konkurs nicht eröffnet werden kann, sobald sich das Genossenschaftsvermögen als unzureichend erweist, eine exekutive Zwangsumlage der von den Gläubigern erlittenen Ausfälle unter den Genossenschaftern zu bewirken (§ 52—61). Dieses Verfahren besteht in einer summarischen gerichtlichen Verhandlung über einen von den Vorständen, den Liquidatoren oder den erforderlichen Falls durch den Richter substituirtten Personen zu entwerfenden und zu vertretenden Vertheilungsplan, welcher demnächst vorläufig verificirt und durch richterlichen Beschluß für vollstreckbar erklärt wird. Gegen diesen Beschluß findet ein Rechtsmittel nicht statt, wol aber bleibt jedem Genossenschafter die Aufsechtung im Wege einer gewöhnlichen Klage gegen die übrigen, durch den Vorstand zu vertretenden Genossenschafter unbenommen. Die exekutive Beitreibung der festgestellten Theilbeträge wird indeß dadurch nicht gehemmt. Sofern durch die Fruchtlosigkeit der Exekution gegen einzelne Genossenschafter neue Ausfälle entstehen, wird das Vertheilungsverfahren wiederholt. An den Rechten der Gläubiger wird durch das ganze Verfahren nichts geändert (§ 62).

3. Die Organisation der Genossenschaft ist im Wesentlichen dem Statut überlassen. Nur sind in ähnlicher Weise wie beim Aktienverein die Grundzüge der Verfassung subsidiär vorgezeichnet und im öffentlichen Interesse gewisse zwingende Vorschriften besonders für die Vertretung nach außen hinzugefügt. Als notwendiges Organ für die Ausübung aller der Gesamtheit vorbehaltenen Rechte ist die Generalversammlung konstituirt, welche unter Bekanntmachung des Zweckes in den statutenmäßigen Formen vom Vorstande oder einem etwaigen Aufsichtsrath berufen wird, immer aber auf Verlangen eines

Untersuchung zur deutschen Staats- und Rechtsgeschichte, W. Koebner, Berlin, 1907, p.385.

männischem Auge entgegen, das eine juristisch richtige Auswahl ermöglicht hätte. Selbst bei den Ostgothen gab es keine planmässige Romanisirung des Rechtes, ja nicht einmal allgemeine Subsidiarität des römischen Rechtes, obwohl die Ostgothen für die ihnen zugefallene schwere Aufgabe ungenügend vorbereitet

Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien; zugleich ein Beitrag zur Geschichte der Rechtssystematik, Wilhelm Koebner, Breslau 1880.

Source : Princeton

<https://archive.org/details/johannesalthusiu00gier>

meinde muss sie nicht nur entstehen lassen, sie muss sie sogar schützen: die Ideen und Handlungen der einzelnen Gilde gehen jene nicht weiter an, als dass sie nur dem Bürgervertrag nicht zuwider seyn dürfen⁹⁴⁾. Ja Wilhelm von Humboldt stellte schon die Ansicht von der Subsidiarität des staatlichen Verbandes auf und meinte, dass überall, wo die freie Vereinigung ausreiche, diese der staatlichen Veranstaltung bei Weitem vorzuziehen sei⁹⁵⁾.

Gleich den politischen Anschauungen aber wurde die positive Jurisprudenz seit den letzten Jahrzehnten des vorigen Jahrhunderts von der naturrechtlichen Gesellschaftslehre dergestalt ergriffen, dass der gesammte Bau der romanistischen Korporationstheorie zu zerbröckeln drohte⁹⁶⁾.

Und wer endlich möchte in dem von unten nach oben aufsteigenden gesellschaftlichen System, welches in dem grossen Gesetzgebungswerk des preussischen Staates in einer für seine Zeit so freisinnigen Färbung durchgeführt wurde, den Geist der naturrechtlichen Sociallehre verkennen⁹⁷⁾?

Diese naturrechtliche Gesellschaftslehre war nun freilich gleich der aus ihr entspringenden Staatslehre individualistisch und mechanisch veranlagt. Indem sie jede scharfe Grenze zwischen *societas* und *universitas* verwischte, kam sie überall nach innen mit dem Begriff des den Einzelnen mit dem Einzelnen obligatorisch verknüpfenden Gesellschaftsvertrages und nach aussen mit dem Begriff der die zusammengefasste Individuensumme als kollektive Einheit setzenden „moralischen Person“ aus⁹⁸⁾. Sie war daher in ihrem innersten Wesen und in ihren letzten Zielen dem historischen und organischen Moment des korporativen Lebens, dem Gedanken der die wechselnden Generationen der Individuen überdauernden Gesamtpersönlichkeit und des die Einzelwesen zu einer höheren Lebenseinheit verschmelzenden Gemeinwesens fremd und selbst feindlich. Ja im Grund

⁹⁴⁾ Schlözer, Allg. Staatsl. S. 70 § 19.

⁹⁵⁾ W. v. Humboldt, Ideen etc. a. a. O. S. 41 ff., 83, 113 ff., 115, 130.

⁹⁶⁾ Diesen Entwicklungsprocess darzustellen ist hier nicht der Ort; im Grunde blieb die naturrechtliche Ersetzung der anstaltlichen Korporation durch die vertragmässige Gesellschaft mit kollektiver Personeneinheit (wie sie z. B. bei Runde, Woltaer und selbst Glück zu Tage tritt) herrschend, bis Savigny seine siegreiche Restauration des älteren romanistisch-kanonistischen Dogma's vollzog.

⁹⁷⁾ Ueber die Benützung der Gesellschaftslehre Nettelblatt's im preussischen Landrecht vgl. Dernburg, Lehrb. des preus. Privatr., Bd. I (2. Aufl. 1879) § 52 N. 4.

⁹⁸⁾ Vgl. oben Kap. III und in diesem Kap. Note 88—91 u. 96.

16) GLÜCK C. F. VON, MÜHLENBRUCH C. F. S.

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld, Band 35, Johann Jacob Palm, 1843.

Source:

<https://books.google.fr/books?id=rOxfAAAACAAJ&pg=PA361&dq=subsidiarität%20&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwjg7IqcpYfMAhUFthQKHWeHD-A4FBDoAQhcMAk#v=onepage&q=subsidiarität%20&f=false>

p. 301

Comment. S. 461. Nr. 1.) ist dadurch bestimmt worden, den subsidiären Charakter der Querel ganz zu läugnen. Indessen bei der Allgemeinheit und Bestimmtheit des Ausdrucks in den oben angeführten Quellen muß man die Annahme einer electiven Concurrrenz der Querel mit einer sonst begründeten hereditatis petitio ganz verwerfen, so lange eine damit übereinstimmende Erklärung der anscheinend entgegenstehenden Stellen möglich ist. Eine solche Erklärung habe ich schon in der ersten Aufl. zu geben versucht; großen Theils abweichend hiervon ist Schneider, welcher ebenfalls die absolute Subsidiarität der Querel vertheidigt und dieser Frage eine sehr ausführliche Darstellung gewidmet hat (a. a. D. S. 442—475.) Am meisten Schwierigkeit macht die L. 8. §. 12. D. *de inoff. test.* („Si quis et irritum dicat testamentum vel ruptum, et inofficiosum, conditio ei deferri debet, utrum prius movere volet“). Früher suchte ich sie dadurch zu erklären,

17) HESSE C. A.

Die cautio damni infecti nach römischen Prinzipien und in ihrer heutigen Anwendung und Anwendbarkeit dargestellt, Aug. Taubert, Leipzig, 1841, 179 p.

Source :

https://books.google.fr/books?id=fb9bAAAAQAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

Subsidiarität (11 occurrences) = pp. 4 ; 23 ; 40 ; 45 ; 51 ; 52 ; 53 ; 57 ; 59 ; 186 ; 187

subsidiär (non dénombrés)

Der am Ende dieser Abhandlung beigefügte Rechtsfall mag vielleicht die Veranlassung gewesen sein, daß die Juristenfacultät zu Jena im Jahr 1836 die Preisfrage stellte:

„Wer nach römischen Rechtsprincipien die cautio damni infecti fordern könne und leisten müsse, unter welchen Bedingungen sie Statt finde, und namentlich ob sie subsidiär sei?“

Ich war, fast wider Erwarten so glücklich, mit meiner eingereichten, sehr gedrängten Abhandlung nicht nur den ersten Preis zu erhalten, — was hie und da wirklich keine Kunst sein soll —; sondern auch mich eines höchst günstigen Facultätsurtheiles zu erfreuen. Die darin enthaltene Aufmunterung und zugleich das demüthigende Selbstbewußtsein, wie viel die genannte commentatio de cautione damni infecti, ex jure Romano; Jenae, ex officina Brañiana; MDCCCXXXVII.

§. 3.

Ueber die Subsidiarität der *cautio damni infecti*.

Da der Zweck aller Kationen Sicherheit eines zukünftigen Anspruchs ist, da namentlich unsere Kation durch stipulationes cautionales, „quae ut nova sit actio, intercedunt,“ bestellt wird, so folgt schon aus dem Zwecke und Begriffe unserer Kation

18) JACOBI, E.,

„Der Rechtsbegriff der Bereicherung mit dem Schaden eines andern und seine Bedeutung auf den Gebieten des Eigenthums der Beträge und der einseitigen Rechtsgeschäfte“, in *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts*, Band 4, Rudolf von Jhering, Carl Friedrich von Gerber, G. Fischer, Léna, 1861.

Source : Harvard Law Library

https://books.google.fr/books?id=bV4YAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

pp. 177-178

III. Der Rechtsbegriff der Bereicherung u. s. w. 177

§ 4.

Wenn nun (4) die Bereicherungsklagen als subsidiäre *actiones in factum* auftreten²⁴), so könnte uns zunächst ihre Subsidiarität vielleicht bedenklich sein, insofern bereits einem andern Klagerecht von durchaus verschiedenen Eigenschaften (*actio doli: in personam* auf Infamie

quitas kann natürlich keine Rede sein; allenfalls lassen sich gewisse Hauptrichtungen derselben hervorheben. Voigt (*Jus naturale* Bd. I S. 350 ff.) hat dies versucht und stellt fünf Hauptrichtungen auf, in denen sich zur Zeit der klassischen Jurisprudenz die *aequitas* verwirklicht habe: 1) Princip der Berücksichtigung der auf die Blutsverwandtschaft und Ehe gestützten Verbindungen (*ratio sanguinis, ratio cognationis*). 2) Princip der Aufrechterhaltung derjenigen Verpflichtungen, die man im rechtlichen Verkehre durch Treue und Glauben geboten erachtete (z. B. L. 1 pr. D. 2. 14; L. 1 pr. D. 13. 5). 3) Princip der Zutheilung und Aberkennung von Vortheil und Nachtheil und insbesondere von Gewinn und Verlust nach dem durch die Verhältnisse gegebenen Maßstabe von Angemessenheit (darüber genauer S. 322 ff., 371 ff. 592 f. 604 ff. a. a. D. und l. 14 D. 12. 6; l. 10 l. 206 D. 50. 17 (welche letztere Stelle H arrter a. a. D. mit Recht nur auf die nego-

und vollständigen Schadenersatz mit kurzer Verjährung) dieser Charakter höchster Subsidiarität beiwohnt, ohne daß je in den Quellen von dem Verhältniß der beiderseitigen Subsidiarität die Rede wäre.

Abgesehen von diesem verhältnißmäßig nicht erheblichen Punkte handelt es sich hier um den Werth des Ausdrucks „actio in factum“²⁵⁾, welcher vom Standpunkte des heutigen Rechts nicht in der historischen Erinnerung an die prätorische Jurisdiction gefunden, sondern nur danach bemessen werden kann, inwiefern dieser terminus zur Bezeichnung eines concreten Klagerrechts geeignet ist.

Die heutige Wissenschaft hat darzustellen, welche Rechtsverhältnisse das römische Recht kennt; sodann in welchen Richtungen und in welchem Umfange es jedes derselben als wirksam anerkennt. Sie hat dabei nicht von Außen nach

19) JELLINEK G., MEYER G.

Staats und völkerrechtliche Abhandlungen begründet, vol. 4 à 5, 1905.

p.17

frühere Haltung Englands und der Ver. Staaten in der Frage war eine Folge des Grundsatzes, die Auslieferung im Falle eigener Zuständigkeit überhaupt zu verweigern, vgl. v. Martitz Rechtshilfe I, S. 181, N. 5, Lammasch Auslieferungspflicht, S. 156.

² Lammasch spricht sich für die Subsidiarität auch in diesem Falle aus, Auslieferungspflicht S. 155: über die veränderte Haltung

p.169

aller übrigen im Staate vorhandenen Mittel Platz, die Steuer bildet eine durchaus subsidiäre Einnahmequelle des Staates.

Wenn Gönner hier bezüglich der Subsidiarität der Steuern im Einklange mit den Anschauungen der bedeutendsten Finanztheoretiker der zweiten Hälfte des 18. Jahr-

20) JELLINEK G.

Gesetz und Verordnung : Staatsrechtliche Untersuchungen auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage, J. C. B. Mohr, Freiburg, 1887.

Source : <https://archive.org/stream/gesetzundverord00jellgoog#page/n9/mode/2up>

keit des Gebotes, theils der in vielen Fällen subsidiär zur Verwirklichung des Gebotes bereite, aus der Herrschermacht fließende Zwang garantiren die Umsetzung der Herrschergebote in menschliche That.

Die Macht des unbedingten Gebietens hat nur der Staat. Nur er kann herrschen und alle Herrschaft im Staate kann nur von ihm ausgehen. Die Macht der dem Staate Unterworfenen, der Einzelnen und der Verbände ist ein Wollendürfen, die Herrschermacht ein Wollenkönnen. Alle Rechtsmacht der dem Staate Subjicirten ist durch den Staat bedingt und eben durch diese Bedingung unterscheidet sie sich von der Herrschermacht³⁾.

Die Herrschaft des Staates ist, wie alle menschliche That, auf bestimmte Zwecke gerichtet. Erst durch die Erkenntniss des Staatszweckes wird die Einsicht in das Wesen des Staates vollendet. Aufgabe geschichtsphilosophischer und ethischer Speculation ist es, den Staatszweck festzustellen. Eine zu allgemeiner Anerkennung gelangende Theorie wird hier, wie auf jedem Gebiete, dessen Grenzen sich in's Metaphysische ausdehnen, wohl niemals erstehen. Formal wird sich aber jede besonnene Theorie über den Staatszweck zurückführen lassen auf die Idee der Erhaltung und Förderung der Volksgemeinschaft und ihrer Zwecke.

Erhaltung der Volksgemeinschaft bedeutet zunächst Selbsterhaltung des Staates, Selbstbehauptung nach Aussen und Innen. Die eigene Existenz ist der erste und nächste Zweck des Staates, da sie die unerlässliche Bedingung ist für die Erfüllung der übrigen Zwecke. Diese sind aber beschlossen in der Schirmung der socialen Existenzbedingungen der Gemeinschaft, des Rechtes und der Förderung der Entwicklungsbedingungen derselben, der Cultur. Existenz und Entwicklung enthalten also in sich die drei Richtungen der Macht, des Rechtes und der Cultur.

3) Daher ist die Ansicht von Rosin S. 36, Gierke, Holtzendorff's Rechtslexicon 3. Aufl. II. s. v. Korporation S. 568, Brie, Theorie der Staatenverbindungen S. 10, dass der Staat das Merkmal des Herrschens mit anderen Persönlichkeiten theilt, nicht richtig.

nehmen an der Ausübung staatlicher Herrschaft, also auch namentlich von den Communalverbänden. Die von diesen zu erfüllenden Aufgaben öffentlich-rechtlicher Natur betrachtet der Staat als ihm zustehende. Aus historisch-politischen, hier nicht näher zu erörternden Gründen löst er sie oft nicht selbst durch seine Organe und Machtmittel, sondern bedient sich hiezu vorgefundener oder neugeschaffener Verbände. Die solchen Verbänden zukommende Selbstverwaltung ist daher sowohl ein Recht als eine Pflicht derselben¹⁵⁾. Wird sie von ihnen vernachlässigt, so muss der Staat Veranstaltungen treffen, die bezüglichen Verwaltungsakte entweder zu erzwingen oder zu ersetzen. In der subsidiären Erzwingbarkeit und Ersetzbarkeit der Selbstverwaltungsakte, soweit sie öffentlich-rechtlicher Natur sind, liegt das Kriterium ihrer Ableitung aus der Herrschaftssphäre des Staates.

Anders bei den auf die Innehabung und Ausübung bestimmter in der Wirkungssphäre des souveränen Staates nicht enthaltener Hoheitsrechte beschränkten Verbänden. Diese herrschen, d. h. sie üben die ihnen zu eigenem Rechte zustehenden Herrschaftsrechte unverantwortlich aus, sie finden den Rechtsgrund und die positive Schranke ihrer Anordnungen auf den ihnen überlassenen Gebieten nur im eigenen Willen. Ihre Hoheitsrechte sind ihnen nicht delegirt, denn der souveräne Staat betrachtet sie nicht als in seine Competenz gehörig. Die Aufgaben die sie vollziehen, gehören nicht zu denjenigen, welche der souveräne Staat zu lösen unternimmt, und darin unterscheiden sie sich ebenfalls scharf von den Communalverbänden, deren Funktionen denen des sie beherrschenden Staates wesentlich gleichartig sind. Der souveräne Staat kann daher nur eine negative Controle über ihre Thätigkeit üben, dass sie die ihnen gesteckten Grenzen nicht überschreiten¹⁶⁾, den Inhalt ihrer Thätigkeit selbst kann er jedoch nicht

15) Treffend hat Rosin, das Recht der Oeffentlichen Genossenschaft § 2, 3 die Pflicht zur Verwaltung als Essentiale der öffentlich-rechtlichen Genossenschaft nachgewiesen. Es mag hier dahingestellt bleiben, inwiefern das von Rosin den Selbstverwaltungskörpern zugeschriebene selbstständige imperium mit dieser Idee vereinbar ist.

16) Laband, Staatsrecht des Deutschen Reiches in Marquardsens Handbuch II. Bd., 1. Halbbd., S. 23.

bandpersönlichkeiten muss unter dem teleologischen Gesichtspunkte stattfinden, will sie irgend welchen praktischen Werth haben.

Die Thätigkeit des Staates differenzirt sich sonach gemäss seinen Zwecken. Erhaltung der eigenen Existenz, des Rechtes, der Cultur haben sich uns als Zwecke des Staates dargestellt. Daran wird die Bestimmung der einzelnen Richtungen der Staatsthätigkeit anknüpfen müssen.

Unter den Staatszwecken ragt eigenthümlich hervor der Rechtszweck. Er ist nämlich der specifische Zweck des Staates, den er mit keiner anderen Persönlichkeit theilt. Bewusste Schöpfung, Aufrechterhaltung, Fortbildung der Rechtsordnung sind ausschliesslich Aufgaben des Staates¹⁾. Die neben der staatlichen Rechtschöpfung einhergehende Rechtsbildung durch Gewohnheit ist nicht reflektirte That einer Persönlichkeit. Die anderen Zwecke theilt jedoch der Staat mit den übrigen Persönlichkeiten. Erhaltung der eigenen Existenz lehrt einen Jeden der ursprüngliche Naturtrieb. Erhaltung und Förderung der Cultur als der Gesamtheit der innerhalb der Rechtsschranken sich bewegenden geistigen und wirthschaftlichen Volksinteressen ist in erster Linie freie That des einzelnen oder gesellten Individuums. Hier soll und kann der Staat erst dann eingreifen, wenn und insoweit die That der isolirten oder associirten Individuen nicht ausreicht. Auf dem Gebiete sittlicher Culturpflege findet er den Organismus der kirchlichen Genossenschaften vor, die sich berufen fühlen, bestimmte Richtungen der menschlichen Gemeinschaft mit Mitteln zu pflegen, die dem Staate überhaupt nicht zu Gebote stehen.

Dem Rechtszwecke entspricht der Staat dadurch, dass er dem freien Handeln der Staatsgenossen sowohl unter einander als auch

1) Vgl. Stahl, Staatslehre, 3. Aufl. S. 145; H. Schulze, Einleitung in das deutsche Staatsrecht S. 136. Zu eng ist daher schon deshalb die Brie'sche Staatsdefinition, Theorie der Staatenverb. S. 5, Staat = Gemeinwesen von Menschen zur subsidiären Förderung aller vernünftigen Interessen seiner (gegenwärtigen und zukünftigen) Mitglieder. Das Interesse an dem Dasein und der Handhabung einer Rechtsordnung wird vom Staate sicherlich nicht nur subsidiär gefördert.

von administrativen Einflüssen und rechtlich geordnetes Verfahren. Dem Richter steht die nach der konkreten Staatsordnung verschiedenartig zugemessene Pflicht der Prüfung von Gesetzen und Verordnungen auf ihre Rechtsgültigkeit zu, was ebenfalls eine wichtige Garantie des öffentlichen Rechtes in sich schließt. Rechtsprechung kann der Staat auch verwenden, um über objektiv-rechtliche Fragen entscheiden zu lassen, indem er seinen Organen Parteirolle zuteilt, wie bei den Kompetenzkonflikten.

In der Ausdehnung der Rechtsprechung auf das Gebiet des öffentlichen Rechtes ist einer der bedeutsamsten Fortschritte in dem Ausbau des modernen Staates im Laufe des 19. Jahrhunderts zu erblicken. Sie ist vor allem in der Ein- und Durchführung der Verwaltungsrechtsprechung zutage getreten, die in den verschiedenen Rechtssystemen eine Fülle von Besonderheiten aufweist. Obwohl auch zum Schutze des objektiven Rechtskreises verwendbar, wirkt sie doch in erster Linie als Gewähr der subjektiven öffentlichen Rechte der einzelnen und Verbände.

4. Rechtsmittel stehen den Subjizierten zur Verfolgung ihrer öffentlichen Rechte in großem Umfange zu Gebote. Auch ihnen haftet der Beamte zivilrechtlich, kann von ihnen strafrechtlich belangt werden; ferner haftet ihnen der Staat, sei es subsidiär, sei es an Stelle der Beamten, wenn auch hier noch oft einschränkende Vorschriften existieren. Wie der Anspruch auf Rechtsschutz überhaupt publizistischer Art ist, so auch der zur Erhebung der Verwaltungsklage berechtigende. Ihm schließt sich an die Verwaltungsbeschwerde, sowie der Anspruch auf Interessenschutz und Interessenberücksichtigung. Nicht nur an

den Eigenthumsklage gerechtfertigt sei, zeigt namentlich die auch von Jacobi (S. 241) eingeräumte Subsidiarität der Bereicherungsklage. Wenn der Eigenthümer als solcher auf jeden aus der Sache gezogenen Gewinn einen Anspruch hätte, so wäre das Erforderniß, daß die Sache nicht mehr vindicirt werden könne, unbegreiflich. Es ist deshalb auch von diesem Erforderniß keine Rede, wenn ausnahmsweise die dingliche Klage ohne Besitz des Verklagten zulässig ist, weil wirklich das *prelium* an die Stelle der Sache getreten ist, wie bei der *hereditatis petitio*, oder weil die bewußte Widerrechtlichkeit des Verklagten den Besitz ersetzt, weil *dolus pro possessione est*.

Als Regel ist demnach festzuhalten, daß das Eigenthum nur zu einer Klage gegen denjenigen berechtigt, der durch seinen Besitz dasselbe thatsächlich verletzt, während alle persönlichen Klagen einen besonderen Obligationsgrund voraussetzen, als welcher allerdings die unter besonderen Umständen zur Restitution verpflichtende Bereicherung aus einer fremden Sache erscheinen kann. Daß die Bereicherung aus einer *bona fide* besessenen Sache nur dann eine Klage begründe, wenn die *bona fides* auf einem *utulus putativus* beruhte, glaube ich in meiner Schrift nachgewiesen zu haben. Dasselbst habe ich auch die von Jacobi aufgeworfene Frage, weshalb gerade in diesem Falle Billigkeitsgründe für die Gewährung einer Klage sprächen, bereits auf das Deutlichste beantwortet. Offenbar hat derjenige, dessen guter Glaube ausschließlich auf einen Irrthum basirt ist, ein geringeres Recht, den aus einer Sache gezogenen Vortheil zu behalten, als der, welcher auf Grund eines scheinbar fehlerlosen Rechtsgeschäftes sich für den berechtigten Eigenthümer gehalten hat. Es ist deshalb aus Grund eines scheinbar fehlerlosen Rechtsgeschäftes sich für den berechtigten Eigenthümer gehalten hat. Es ist deshalb aus inneren Gründen gerechtfertigt, wenn das von der Herrschaft der Formen befreite Recht in jenem Falle dem Benachtheilig-

ist; und es ist anfechtbar wegen irrthümlicher Unterstellung dieser Schuldposten, also wegen eines Irrthums in den Beweggründen. Unterliegt nun etwa auch der Schenkungsvertrag einer solchen Anfechtung, weil sich der Schenker in dem Beweggrunde seiner Schenkung geirrt? — Wenn ich nach gepflogener Abrechnung mit Ignorirung derselben auf die einzelnen darin begriffenen Schuldposten Zahlung leiste, so gilt nun doch die Abrechnungsschuld als getilgt. Wie kommt das? Lassen sich etwa auch materielle Obligationen aufweisen, die dadurch sich erledigen, daß ich eine andere materielle Obligation bezahle? — Auch noch in anderen, mehr vereinzeltten Erscheinungen ist der Gegensatz erkennbar. Ich will nur ein Beispiel anführen. Nach den Grundsätzen der particulären Gütergemeinschaft, wie sie z. B. in Kurhessen gilt, soll die Frau für die vom Mann während der Ehe mit ihrem Wissen und Willen gemachten Schulden subsidiär zur Hälfte haften. Wird man dahin auch rechnen, wenn der Mann über seine vorehelichen Schulden während der Ehe abrechnet? Hier ist wirklich eine obligatio während der Ehe entstanden; und dennoch, glaube ich, wird man die Ehefrau nicht dafür haftbar machen wollen, so wenig, wie für die *judicati obligatio*, wenn der Ehemann wegen vorehelicher Schulden während der Ehe verurtheilt wird. Warum? Weil Abrechnung, ebenso wie *Judicat* nur *formell* neue Obligationen erzeugen, jene Rechtsregel aber, welche die Frau für die Eheschulden haften läßt, nur die *materiell* während der Ehe neu entstandenen Schulden im Sinne hat. — Auf diese und ähnliche Erscheinungen möchte ich verweisen und dann die Frage stellen, ob nicht doch der von mir hervorgehobene Gegensatz zwischen materiellen und formellen Verträgen eine Bedeutung habe? Ja ich möchte behaupten: nur der Umstand, daß *Arndts* und *Unger* in die Eigenthümlichkeit des formellen Verpflichtungswillens, na-

23) JHERING, R. VON

Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Zweiter Theil. Erste Abtheilung, 1. Auflage, Breitkopf und Härtel, Leipzig: 1854.

Source : Deutsche Textarchiv

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 andererseits das Bedürfnis 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-Contrakts u. s. w. versteht sich schon für die ältesten Zeiten von selbst, wenn auch die Form derselben eine vielfach andere war, als spä-

24) KETTELER WILHELM E. VON

Die Katholiken im Deutschen reiche: Entwurf zu einem politischen programm, Band 1
Couverture Wilhelm Emmanuel Freiherr von Ketteler F. Kirchheim, 1873, 123 p.

Source :

<https://books.google.fr/books?id=jyBoAAAAMAAJ&pg=PA38&dq=Ketteler+subsidi%C3%A4res+Recht&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwjJg7iwitzLAhVJvBQKHbYcCH0Q6AEIHTAA#v=onepage&q&f=false>

Lehr- und Lernfreiheit.

Auf keinem Gebiete ist aber der Staatsabsolutismus unerträglicher, als auf dem des Unterrichtes, weil nichts weniger einen unberechtigten Zwang erträgt, als der Geist des Menschen. Zwar fordert der Liberalismus scheinbar Unterrichtsfreiheit; er knüpft diese Freiheit aber an Bedingungen und Voraussetzungen, die sie wieder illusorisch machen und dem Staate sachlich das Unterrichtsmonopol übertragen.' Obwohl daher fast alle Staaten in ihre Verfassungen Unterrichtsfreiheit aufgenommen haben, so sind wir doch weit von ihr entfernt. In Wirklichkeit befinden wir uns vielmehr auf dem breiten Wege zu einem Unterrichtssysteme, welches für den Geist des Volkes dieselbe Dressur statuiren würde, wie das Militärsystem für den Körper. Ein Staatsmonopol des Unterrichtes ist aber unter allen Tyranneien, die Menschen über Menschen geübt haben, die verwerflichste.

Wenn ich aber jedes Staatsmonopol im Unterrichts - wesen verwerfe, so kann ich mich doch ebensowenig denen anschließen, welche im gerechten Abscheu vor dem Mißbrauche, welchen der Liberalismus mit der Staatsschule treiben will, dem Staate alle Rechte auf die Schule bestreiten. Auch hier verlange ich nicht eine absolute, unbegrenzte Lehr- und Lernfreiheit, sondern eine geordnete, d. h. eine solche, bei welcher die Rechte der staatlichen Autorität und die Freiheit gleichmäßig gewahrt sind. Wir müssen uns daher darüber klar sein, worin diese geordnete Lehr- und Lernfreiheit besteht, welche Rechte der Staat bezüglich der Schule und des Unterrichtes hat und in welchen Grenzen sich hinwiederum dieses Recht bewegen muß, um nicht die Lehr- und Lernfreiheit zu vernichten.

Der Art. 20 der preußischen Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850 bestimmt: „Die Wissenschaft und ihre Lehre ist frei.“ Nach den amtlichen Erläuterungen des Ministers der geistlichen Angelegenheiten und des Unterrichtes, von Ladenberg, zu dem gleichlautenden Art. 17 der Verfassungsurkunde vom 5. December 1848 soll die Wissenschaft hiernach keine andere Schranke haben, als ihre innere Wahrheit und das dringende Interesse des Staates. Die hier gewährte Freiheit begreift wesentlich die Lehr- und Lernfreiheit in sich, d. h. das Recht, die Wissenschaft sowohl durch mündlichen Vortrag, wie durch die Presse frei zu lehren, und die Wissenschaft frei zu erlernen, ohne dabei an bestimmte Schulen, z. B. Staatsschulen, gebunden zu sein. Nach Art. (112 der Verfassungsurkunde sollen aber bis zum Erlasse des in Art. 26. vorgesehenen allgemeinen Unterrichtsgesetzes die bis dahin geltenden gesetzlichen Bestimmungen in Kraft bleiben. So bestehen im Wesentlichen in Preußen die Verhältnisse noch fort, wie sie das preußische Landrecht Theil II. Tit. 12 geschaffen hat, und welche wir ein gemäßigtes Unterrichtsmonopol des Staates nennen können.

Was nun die einzelnen Rechte betrifft, die wir bei einer geordneten Lehr- und Lernfreiheit dem Staate nicht bestreiten, so gehört dazu vor Allem ein Aufsichtsrecht über alle Schulen. Dasselbe wird sich in ganz verschiedenen Grenzen bei den Staatsschulen und bei den Privatschulen bewegen müssen; es wird den anerkannten christlichen Confessionen gegenüber besondere Rücksichten zu nehmen haben; es wird aber in paritätischen Staaten im Prinzip bezüglich aller Schulen nicht weggeleugnet werden können. Der Staat, welcher allen anerkannten Confessionen rechtlich gleich gegenüber steht, kann auf das Recht nicht

verzichten, in betreffenden Fällen sich davon zu überzeugen, ob in der Schule keine staatsgefährlichen Tendenzen verfolgt werden. Daß bei Uebung dieses Rechtes alle Rücksichten gewahrt werden müssen, welche der Staat den großen christlichen Confessionen und der Religion schuldet, verfehlt sich von selbst. Dagegen fordert kein wirkliches Staatsinteresse ein ausschließliches staatliches Oberaufsichtsrecht. Insbesondere kann den anerkannten christlichen Confessionen ein wirksames Mitauf

Dieses Mitaufsichtsrecht der Kirche ist zugleich ein wahres Mitaufsichtsrecht des Volkes, namentlich der Eltern, insoweit sie dadurch für ihr Gewissen ein Unterpfand haben, daß die sittlich-religiösen Interessen in der Schule nach ihrer confessionellen Auffassung hinreichend gewahrt sind, um ihre Kinder der Schule anvertrauen zu können. Wo der Staat dagegen sein Oberaufsichtsrecht als ein ausschließliches auffaßt, da überschreitet er die Schranken, welche ihm seine begründeten Interessen ziehen, und betritt den Boden des Unterrichtsmonopols.

Ebenso bestreite ich dem Staate nicht das Recht, einen gewissen Grad von Kenntnissen für alle seine Angehörigen zu fordern und so weit es zur Erreichung dieses Zieles nothwendig ist, den Schulzwang zu üben. So hoch ich die Rechte der Eltern über ihre Kinder halte, so kann ich sie doch nicht als unbeschränkt in der Art auffassen, daß Kinder selbst dem Mißbrauch der elterlichen Gewalt ganz schutzlos gegenüber stehen sollten. Es gibt auf Erden keine unbeschränkten Rechte; ein unbeschränktes Recht der Eltern würde ja die Kinder rechtlos machen. Mit der Kirche hat daher der Staat ein gewisses vormundschaftliches Recht für solche Fälle, wo Eltern ihre Elternrechte und Pflichten schwer verletzen. Die Eltern schulden ihren Kindern eine gewisse Pflege des Leibes und eine gewisse, ihren Verhältnissen entsprechende Pflege des Geistes, und wenn sie als die nächsten Stellvertreter Gottes das Minimum geistiger und leiblicher Pflege, ihren Kindern nicht gewähren, so muß die geistliche und weltliche Obrigkeit, in welcher letzterer wir auch Gottes Stellvertreterin ehren, in der rechten Weise sich des Kindes annehmen. Wer die Verhältnisse so vieler Kinder gerade in den ärmsten und verkommensten Schichten des Volkes kennt, muß den Grundsatz einer absoluten Herrschaft der Eltern über die Kinder, welcher der vollen Willkür über die Kinder gleichkäme, als einen unmenschlichen verwerfen. **Dagegen ist es harter Absolutismus, eine wahre Geistes- und Seelenknechtung, wenn der Staat dieses, ich möchte sagen, subsidiäre Recht mißbraucht.** Es geht seiner Natur nach nie über das Recht hinaus, eine gewisse unterste Bildungsstufe von allen Kindern zu fordern, und es darf immer nur unter voller Berücksichtigung der Rechte und Pflichten der Eltern, namentlich auch bezüglich der religiösen Erziehung der Kinder, geübt werden. Es schließt daher nicht das Recht ein, die Schule zu beherrschen, ihr eine gewisse Parteitendenz zu geben und sie zu benutzen, um die Parteianschauung der herrschenden Richtung den Kindern einzupflanzen. Das ist der Plan des modernen Liberalismus; — das ist auch das Ziel der confessionslosen Schule. Dieses Bestreben vernichtet aber jede Lehr- und Lernfreiheit; sie macht die Schule zum Staatsmonopol; sie will den Geist des Volkes der Partei dienstbar machen; sie begeht ein wahres Verbrechen an den Eltern und an den Kindern. Auf diesem Wege wird die Schule eine offizielle Corruptionsanstalt des Volkes.

25) KLENZE VON

Magazin für hannoversches Recht: eine Zeitschrift begründet, Band 5, C. Nümpler, Hannover, 1855, p. 390.

Source : Harvard Law Library

<https://books.google.fr/books?id=26kYAAAAAYAAJ&pg=PA390&dq=eichhorn+subsidi%C3%A4r&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwi9zoHR6o3MAhXJtRoKHSy5DdM4ChDoAQhWMAg#v=onepage&q&f=false>

„Auf dieses, sei es wirklich, sei es nach einer Fiction, von dem Patron herrührende (Kirchen-, Pfarr- etc.) Vermögen bezieht sich seine *cura beneficii*. Es ist in der diesseitigen, dem Großherzoglichen Staats-Ministerio durch das Consistorium zu Stade mitgetheilten Darlegung vom Juni v. J. anerkannt, daß zur Uebertragung eines Theils dieses Vermögens auf eine neue Pfarrei die Zustimmung des Patrons nothwendig sei.“

„Neben jenem kirchlichen Vermögen im eigentlichen Sinne kommen ferner in Betracht die subsidiäre Bauverpflichtung der Pfarrgemeinde, die Stolgebühren, Oblationen und ähnliche persönliche, aus dem Parochialverbande herrührende Leistungen der Pfarrgenossen an den Klerus.“

„Die Unterhaltung der Kirchengebäude sollte nach dem bekannten Beschlusse des Tridentiner Concils (Sess. 21. c. 7. de ref.) subsidiäre durch freiwillige Beiträge, welche particularrechtlich und durch Mitwirkung der Staats-Gewalt zu Zwangsbeiträgen geworden, beschafft werden (Eichhorn II. S. 807).“

„Gegenleistungen für kirchliche Handlungen waren nach der ältern kirchlichen Anschauung nur als freiwillige Gaben zulässig. Allerdings sind im Laufe der Zeit Stolgebühren und Oblationen zu Gegenständen rechtlicher Verbindlichkeit geworden; aber das Recht, sie zu fordern, und die Verpflichtung, sie zu leisten, wird erst durch die Ausübung einer geistlichen Amts-

„Die Cognaten und Affinen nach Römischen Rechte in Vergleichung mit andern verwandten Rechten“, in Savigny F. K., Eichhorn, K. F., *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*, Sechster Band, Nicolai, Berlin, 1828.

Source : University of Michigan

<https://books.google.fr/books?id=ZiyNIexnvoUC&pg=PA153&dq=eichhorn+subsidiarit%C3%A4t&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwiykKWp5o3MAhUBnRoKHd2rAXsQ6AEISjAG#v=onepage&q=subsidi%C3%A4t&f=false>

140. Klenze, die Cognaten

Rechtigung einer ganzen Klasse von Familiengliedern einen entscheidenden Einfluß hätte.

Ueber diesen Cognaten finden sich nun im Attischen Rechte größere Kreise, welche in den Sagen bisweilen dem Familiencharacter untergeordnet werden, die den Römischen gentibus wohl verglichenen γένος; indessen diese müssen wir von unsrer Untersuchung schon darum ganz ausschließen, weil sie bis jetzt eben so gewiß nur in öffentlicher als die Römischen Gentes nur in privatrechtlicher, mit der Agnation zusammenhängender, Beziehung bekannt sind, und deren Zusammenhang mit der Familie darum, wenn wir auch nicht die bestimmtesten Zeugnisse dafür hätten ¹⁾, wie sie für die Römischen Gentes bis jetzt fehlen, durchaus zweifelhaft ist.

Eben so bilden die Phratrien zwar eine Verbindung von Familienkreisen, aber sie sind mit den Rechten der Cognaten nicht anders als subsidiar verknüpft und können deshalb hier auch ausgeschlossen werden. Der Gegensatz ist schon bei den Alten eben so, wie bei den eben genannten γένος, in der immer als öffentlich ausgesprochenen, dem Staate unmittelbar angehörigen Be-

zufinden ¹⁾. Das Hauptgesetz nun über die Blutrache der Verwandten beschränkt das Recht unter den Cognaten auf den Grad der Sobrinen. Demosthenes führt es in folgenden Worten an ²⁾:

„προειπεῖν τῷ κτείναντι ἐν ἀγορᾷ ἐν τῷ ἀνεψιότητος καὶ ἀνεψιούς, συνδιώκειν δὲ καὶ ἀνεψιῶν παῖδας, καὶ γαμβροῦς (καὶ ἀνεψιούς, welches die Handschriften hier einsetzen, hat Bunsen richtig ausgeworfen), καὶ πενθεροῦς καὶ ἀνεψιαδοῦς, καὶ φράτορας u. s. w.“

Daß außer der Familie der Cognaten neben und nach ihnen noch andre zur Blutrache aufgefordert werden, stört den innern Zusammenhang der Cognatenfamilie dabei weiter nicht. Die Phratrien sind durchaus nur subsidiar dabei wirksam, und wie die Affinen nur Nebensache ³⁾; die Erwähnung der letzten aber zeigt nur eine Spur tiefer Verwandtschaft mit dem Admi-

1) Das Gesetz über die Androlepsie lautete nach Demosth. gegen Aristocr. p. 647. so: „ἵνα τις βιαίῳ θανάτῳ ἀποθάνῃ, ὑπὲρ τούτου τοῖς προσήκουσιν εἶναι τὰς ἀν-

26) KLUMKER (Professor- Herausgegeben von)

Zeitschrift für das Armenwesen, Organ, Deutschen Vereins für Armenpflege und Wohltätigkeit Zentralstelle für Armenpflege und Wohltätigkeit, Siebzehnter Jahrgang, Carl Heymanns, Berlin, 1916.

Source : <https://archive.org/stream/zeitschriftfurda1719zent#page/n6/mode/1up>

p. 300

— 300 —

Verhältnisses zum Unterhalt Verpflichteten zu diesem oder zum Ersatz von den Armenbehörden nach ihrer wirtschaftlichen Lage veranlaßt werden können. Was schließlich zahlungspflichtige Dritte anlangt, so wurden diese auch von der Kriegsfürsorge gewöhnlich auf Grund vertraglicher Vereinbarung zur Zahlung herangezogen, wenn auch den Kriegsfürsorgeorganisationen meist nicht, wie den Armenverbänden aus § 62 UWG. ein klagbarer Anspruch zustand. Auch hier erscheint die Wahrung der Subsidiarität der Armenpflege gerechtfertigt. An dem Vorschußcharakter der Armenunterstützung wird die Kriegsfürsorgepraxis demgemäß kaum zu ändern haben.

Bei der Kriegswohlfahrtspflege entscheidet der Aufenthalt des zum Heeresdienst Eingezogenen oder des Unterstützten, welche Gemeinde oder welcher Lieferungsverband die Kosten zu tragen hat. Bei Armenunterstützung kommt außer in den Fällen der Landarmut der Armenverband in Betracht, in dem der Unterstützte seinen Unterstützungswohnsitz besitzt. Der UW. wird bekanntlich durch einjährigen unterstützungs- und straffreien ununterbrochenen Aufenthalt nach Vollendung des 16. Lebensjahres in einer Gemeinde erworben. Es liegt nun nach den Erfahrungen der Kriegsfürsorge nahe, das Unterstützungswohnsitzsystem aufzugeben und den jeweiligen Aufenthaltsort zum Träger der Armenlast werden zu lassen. Schon vor dem Kriege bestanden dahingehende Bestrebungen*). Bei der Beratung der Novelle zum UWG. im Reichstag 1908 betrachtete der fortschrittliche Abgeordnete Bürgermeister Cuno (Hagen) die Verpflichtung der Wohnsitzgemeinde als das Endziel. Insbesondere trat in der 53. Jahresversammlung des Deutschen Vereins für Armenpflege und Wohltätigkeit in Stuttgart 1913 der württembergische Landtagsabgeordnete Bürgermeister Hartenstein (Ludwigsburg) für eine solche Änderung des UWG. ein. In gleicher Richtung bewegten sich die Ausführungen von Stadtrat Rosenstock (Königsberg) und Schatzrat Drechsler (Hannover). Von den Gründen, die für eine Änderung sprechen, kommt vor allem die große Ersparung an Verwaltungskosten und Arbeit in Betracht. Zwecks Feststellung des UW. sind vielfach langwierige Verhandlungen mit dem Unterstützten und auswärtigen Armenverbänden, zahlreiche Ermittlungen bei Strafregisterbehörden und Meldeämtern, zuweilen ärztliche Gutachten u. a. m. erforderlich. Bei den Verwaltungsgerichten ist ständig eine recht erhebliche Zahl von Prozessen über die Erstattungsansprüche gegen den endgültig verpflichteten Verband anhängig. In größeren Armenverwaltungen besteht die Haupttätigkeit

Die actio quod metus causa des römischen civilrechtes, Inaugural Dissertation 1873, 78 p.

Source :

https://books.google.fr/books?id=WNYMAYAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

bonorum possessio, ersetzt. Handelte es sich bei erzwungener hereditatis repudiatio um das Erbrecht selbst, so kann (Brinz a. O. S. 1430) an Stelle der bonorum possessio eine utilis hereditatis petitio verliehen worden sein. —

Sehr bestritten ist die Frage, in welcher Reihenfolge die a. q. m. c. und i. i. restitutio propter metum zur Anwendung gelangen. 'Unter den Neueren wird von Savigny (Syst. VII. S. 194 f.) und Puchta (Pand. § 102. c.) die Subsidiarität der i. i. restitutio propter metum behauptet. Für das heutige Recht soll sie sogar nach Puchta ganz obsolet sein. Puchta nämlich (Pand. § 102. d.) ist der Meinung, dass schon im neueren römischen Rechte die i. i. restitutio propter metum nur noch bei den negotiis stricti juris Bedürfniss gewesen sei. Da wir diese nicht mehr kennen, so sei sie für uns überhaupt verschwunden. Gegen Puchta hat sich indess schon Savigny (Syst. VII S. 195 g.) ausgesprochen, da er nicht einräumen kann, dass im römischen Rechte die Restitution gerade mit diesem Gegensatze zusammenhing. Die Annahme der Subsidiarität der i. i. restitutio propter metum hat übrigens wenig Anklang gefunden. Weitaus die meisten neueren Schriftsteller (v. Burchardi a. a. O. S. 102 u. 359 ff.; Vangerow, Pand. 7. Aufl. 1 Bd. § 153 S. 241; Brinz, Pand. 2. Abth. S. 1430; Windscheid, P. I. S. 310) behaupten eine elektive Concurrenz der i. i. restitutio propter metum und a. q. m. c. Ihre Meinung ist in der That die allein richtige. Gegen die Annahme der Subsidiarität der i. i. restitutio propter metum spricht der Umstand, dass in l. 14 § 13 D. h. t. die elektive Concurrenz der actio doli und a. q. m. c. ausgesprochen ist, nach l. 7 § 1 D. de i. i. rest. 4. 1 jedoch die i. i. restitutio das primäre, die actio doli das subsidiäre Rechtsmittel ist. Für die elektive Concurrenz der i. i. restitutio propter metum

dieser Art käme im praktischen Resultat auf eine theilweise oder eventuelle Justizverweigerung hinaus und widerspräche sowohl dem allgemeinen Rechtsbewußtsein des Volkes als auch der ausdrücklichen Vorschrift der Reichsverfassung¹⁾. Dessenungeachtet hat auch in dieser Beziehung die Reichsgesetzgebung eine Ausnahme geduldet. Sie hat die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt gelassen, durch welche die strafrechtliche oder civilrechtliche Verfolgung öffentlicher Beamten wegen der in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung ihres Amtes vorgenommenen Handlungen — entweder im Falle des Verlangens einer vorgesetzten Behörde oder unbedingt — an die Vorentscheidung einer besonderen Behörde gebunden ist²⁾. Durch diese „Vorentscheidung“ ist festzustellen, ob der Beamte sich einer Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse oder der Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung schuldig gemacht habe. Fällt diese Vorentscheidung im verneinenden Sinne aus, so ist die Beschreitung des Rechtsweges sowohl im civilprozessualischen als im strafprozessualischen Verfahren abgeschnitten; fällt die Vorentscheidung bejahend aus, so hat dies keine weitere Wirkung, als daß eine Vorbedingung für die Eröffnung des Prozesses erfüllt ist; für das in diesem Prozesse urtheilende Gericht ist jene Vorentscheidung nicht bindend. Um jedoch eine Bürgschaft zu geben, daß die Vorentscheidung nicht nach Willkür gefällt und zur Versagung des Rechtsweges mißbraucht werde, hat das Reichsgesetz die Vorschrift ertheilt, daß in den Bundesstaaten, in welchen ein oberster Verwaltungsgerichtshof besteht, die Vorentscheidung diesem, in den anderen Bundesstaaten dem Reichsgerichte zusteht³⁾. Die Kompetenz des Reichsgerichtes ist in diesem Falle daher eine subsidiäre, nur in Ermangelung eines Ver-

lich eine Folge des Dienst-Aufsichtsrechts. Die Fortdauer der hierüber bestehenden Rechtsvorschriften ist anerkannt in der Civilproz.D. §. 50.

1) Reichsverf. Art. 77.

2) Einföhrungsgef. z. Gerichtsverf.Gef. §. 11 Abs. 2. Vgl. hierzu Hausser a. a. O. S. 129 ff. u. Löwe, Strafprozessordn. S. 14 ff.

3) Einf.Gef. z. Gerichtsverf.Gef. §. 11 Ziff. 2. Die Vorschriften des §. 11 cit. beruhen auf einem Kompromiß. In zweiter Lesung hat der Reichstag noch auf der Forderung beharrt, daß die civil- und strafrechtl. Verfolgung der Beamten wegen Verletzung der Amtspflichten an keinerlei erschwerende Voraussetzungen geknüpft werde. Vgl. Stenogr. Berichte 1876 S. 373 ff. (Sahn S. 1447.)

der Person getrennt gedacht und dem Landesherrn in ähnlicher Art gegenübergestellt wird wie der Fiskus dem Staat als öffentlich-rechtlicher Persönlichkeit. Die vermögensrechtlichen Verhältnisse stehen unter der allgemeinen Rechtsordnung und unterliegen auch hinsichtlich der Verfolgung von Rechtsansprüchen im Allgemeinen dem sonst geltenden Recht. Indes sind hinsichtlich des Gerichtsstandes oder hinsichtlich der Zusammensetzung der zur Entscheidung solcher Streitigkeiten berufenen Gerichtsbehörden in manchen Staaten besondere Vorschriften ergangen und es ist bisweilen hinsichtlich der familienrechtlichen Verhältnisse und Streitigkeiten die Zuständigkeit der Gerichte ausgeschlossen. Diese Sonderstellung der Landesherrn und ihrer Familien hat die Reichsgesetzgebung fortbestehen lassen und sie gemäß der bundesstaatlichen Einigung der deutschen Staaten nicht nur für jeden Landesherrn und seine Familie innerhalb seines Staatsgebietes sondern im ganzen Bundesgebiet zur Geltung gebracht. Soweit besondere Vorschriften in dieser Richtung nicht bestehen, kommt allerdings das allgemeine Recht zur Anwendung. Demgemäß ist reichsgesetzlich angeordnet, daß in Ansehung der Landesherrn und der Mitglieder der landesherrlichen Familien, sowie der Mitglieder der fürstlichen Familie Hohenzollern die Bestimmungen des Gerichtsverfassungsgesetzes, der Strafprozeßordnung, der Civilprozeßordnung und der Konkursordnung nur insoweit Anwendung finden, als nicht besondere Vorschriften der Hausverfassungen oder der Landesgesetze abweichende Bestimmungen enthalten¹⁾. Diese Reichsgesetze haben daher in Ansehung der in Rede stehenden Personen nur subsidiäre Geltung und es folgt hieraus, daß nicht bloß die zur Zeit der Einführung der Reichsgesetze bestehenden, sondern auch die später erlassenen hausgesetzlichen oder landesgesetzlichen Vorschriften den Vorrang vor den Reichsgesetzen haben.

Aufgehoben ist jedoch die in einigen Staaten²⁾ in Geltung gewesene Beschränkung, wonach der Rechtsweg bei Klagen gegen den Landesherrn von der Einwilligung desselben abhängig war,

1) Einführungsgesetze z. Gerichtsverf.Ges. §. 5, zur Strafproc.Ordn. §. 4, zur Civilproz.O. §. 5, zur Konk.Ordn. §. 7.

2) Nach Angabe der Motive S. 210 (Hahn S. 184) Mecklenburg-Schwerin, Mecklenburg-Strelitz und Sachsen-Meiningen; nach den Ausführungen des Abg. Gaupp auch Württemberg. Protok. I. Bes. S. 438 (Hahn S. 649).

ihm untergeordneten Staaten Maaß und Ziel setzen, sondern die Einzelstaaten würden befugt sein zu bestimmen, ob sie die Gerichtsbarkeit in der Revisionsinstanz selbst ausüben oder dem Reich zuweisen wollen; die Zuständigkeit des Reichsgerichts in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten wäre nur eine subsidiäre, durch den thatsächlichen Verzicht der einzelnen Staaten auf Errichtung eines obersten Landesgerichts bedingte. In Wirklichkeit verhält sich dies glücklicher Weise anders. Zunächst hat das Reichsges. v. 11. April 1877 über den Sitz des Reichsgerichts (R.G.Bl. S. 415) die Anwendung dieser Rechtsvorschrift auf das Königreich Sachsen, in dessen Gebiet das Reichsgericht seinen Sitz erhalten hat, ausgeschlossen und Sachsen hat in Folge dessen nur ein Oberlandesgericht errichtet. Ebenso haben Württemberg und Baden sich mit der Errichtung je eines Oberlandesgerichts begnügt und in den kleineren Staaten war die Etablierung von mehr als einem Oberlandesgericht von selbst thatsächlich ausgeschlossen. Es bleiben daher nur zwei Staaten übrig, in welchen die im angef. Gesetz aufgestellte Voraussetzung des Nebeneinanderbestehens mehrerer Oberlandesgerichte thatsächlich verwirklicht ist, nämlich Preußen und Bayern. Preußen hat darauf verzichtet, von der im §. 8 cit. ihm eingeräumten Befugniß Gebrauch zu machen; der einzige Deutsche Staat, in welchem dieser Artikel praktische Bedeutung erlangt hat, ist demnach Bayern, welches durch Landesgesetz v. 23. Februar 1879¹⁾ Art. 42 ff. ein oberstes Landesgericht in München errichtet hat.

In Wahrheit ist daher §. 8 cit. Nichts Anderes als die auf fast allen Gebieten des Reichsstaatsrechts wiederkehrende clausula bairvarica, die Anerkennung eines Sonderrechts Bayerns, nur daß es in diesem Falle nicht wie sonst mit klaren Worten, sondern in sonderbarer Verhüllung Ausdruck gefunden hat²⁾.

1) Gesetz- u. Verordnungsbl. 1879 S. 273 ff.

2) Insbesondere bemühen sich die Motive zum Gerichtsverf.Ges. S. 24. 25 (Hahn S. 42) durch viele Redensarten die wahre Tendenz des §. 8 zu verdecken. Treffender sind die Gründe für denselben entwickelt von dem Bayer. Justizminister v. Fäustle in der ersten Berathung im Plenum des Reichstages. Stenogr. Berichte 1874 S. 319 ff. (Hahn S. 260) und besonders in den Verhandlungen der Reichstagskommission Protok. I. Les. S. 451 ff. (Hahn S. 659). Die sachlichen Gründe, durch welche die Bestimmung gerechtfertigt

anwälte für ihre Berufsthätigkeit erheben dürfen, sind vom Reich in der Gebühren-Ordnung v. 7. Juli 1879 (R.G.Bl. S. 176) geregelt. Dieses Gesetz findet ebenfalls nur Anwendung auf die zur ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit gehörenden Rechtsangelegenheiten; die Gebühren für andere Berufsverrichtungen unterliegen der Autonomie der Einzelstaaten.

VI. In den Konsulatsgerichtsbezirken findet die R.A.D. keine Anwendung; weder ist die Befähigung zur Rechtsanwaltschaft an bestimmte gesetzliche Voraussetzungen gebunden, noch ist ein Recht auf Zulassung anerkannt und ebenso wenig besteht eine Disciplinarordnung. Vielmehr hat der Konsul nach eigenem Ermessen die Personen zu bestimmen, welche zur Ausübung der Rechtsanwaltschaft zuzulassen sind, und er kann die Zulassung widerrufen. Gegen die Verfügung des Konsuls, durch welche der Antrag auf Zulassung abgelehnt oder die erteilte Zulassung zurückgenommen wird, ist die Beschwerde an den Reichskanzler statthaft¹⁾. Das Verzeichniß der zur Ausübung der Rechtsanwaltschaft zugelassenen Personen ist in ortsüblicher Weise bekannt zu machen und dem Reichskanzler anzuzeigen. Die Gebührenordnung für Rechtsanwälte v. 7. Juli 1879 findet auch in den streitigen Rechtsfällen, welche bei den Konsulatsgerichten anhängig sind, Anwendung, jedoch nur subsidiär d. h. soweit nicht die Gebühren der Rechtsanwälte durch Ortsgebrauch geregelt sind²⁾.

§. 104. Der Gerichtsdienst.

Dieselben Rechtsformen, in denen überhaupt der Staat die für die Erledigung seiner Aufgaben erforderlichen Arbeitskräfte und Dienste sich verschafft, finden auch auf dem Gebiete der Rechtspflege Anwendung. Von diesen Formen³⁾ bietet die Dienstmiethen, d. h. der privatrechtliche Vertrag des Fiskus mit Privatpersonen über Arbeitsleistungen, der für die Justizverwaltung nicht minder wichtig und unentbehrlich ist wie für die andern Verwaltungszweige, kein staatsrechtliches Interesse dar. Die öffentlichrechtliche Pflicht zur Uebernahme und Führung gerichtlicher

1) Konsulargerichtsbarkeits-Ges. §. 11 und hierzu die Instruktion v. 10. September 1879. (Centralbl. f. d. Deutsche Reich S. 575 ff.)

2) Konsulargerichtsbarkeits-Ges. §. 44.

3) Vgl. Bd. I. S. 385 ff.

VII. Die Pflicht zur Erstattung sachverständiger Gutachten ist der Zeugenpflicht analog. Nicht nur prozessrechtlich steht der Beweis durch Sachverständige hinsichtlich des Verfahrens zum großen Theil unter denselben Regeln wie der Zeugenbeweis, sondern auch staatsrechtlich sind beide Pflichten gleichartig¹⁾. Nur insofern macht sich ein erheblicher Unterschied bemerkbar, als die freiwillige Uebernahme dieser Pflicht in weitem Umfang zur Anwendung kommt, so daß die gesetzliche Verpflichtung nur subsidiär geltend gemacht wird. Es sind gutachtenpflichtig²⁾:

1) Personen, welche zur Erstattung von Gutachten der erforderlichen Art öffentlich bestellt sind, also sich zur Erstattung derselben freiwillig verbindlich gemacht haben.

2) Personen, welche sich zur Erstattung des Gutachtens in der concreten Rechtsache vor Gericht bereit erklärt haben.

3) Personen, welche die Wissenschaft, die Kunst oder das Gewerbe, deren Kenntniß Voraussetzung der Begutachtung ist, öffentlich zum Erwerbe ausüben oder zur Ausübung derselben öffentlich bestellt oder ermächtigt sind.

doch die Voraussetzung, von welcher §. 166 ausgeht, in Wegfall gekommen und Abs. 2 kann keine Anwendung finden, wenn der Zeuge innerhalb des Bundesgebietes sich aufhält. Da nun aber die erwähnte Gebühren-Ordnung und das Gerichtskostengesetz gleichzeitig in Kraft getreten sind und nicht anzunehmen ist, daß der Gesetzgeber eine Anordnung erläßt, und gleichzeitig die Voraussetzungen ihrer Anwendbarkeit beseitigt, so muß diese Anordnung so ausgelegt werden, daß sie eine rechtliche Wirksamkeit behält, und dies ist nur der Fall, wenn man sie auch auf diejenigen vor ein inländisches Gericht geladenen Zeugen, welche im Auslande ihren Aufenthaltsort haben, bezieht. Auch praktische Erwägungen sprechen hierfür; da der Staat keine gesetzlichen Zwangsmittel gegen solche Zeugen hat, sondern darauf angewiesen ist, daß die letzteren freiwillig der Ladung Folge leisten, so würde er seinem eigenen Interesse durch ungenügende Entschädigung des Zeugen entgegenhandeln.

1) Auf die Verschiedenheit zwischen der Stellung der Zeugen und der Stellung der Sachverständigen im Prozeß ist hier nicht näher einzugehen. Vgl. hierüber *Seuffert Civilprozeß-Ordnung* S. 433 ff. *Schwarze Strafproz.-Ordn.* S. 207 und die daselbst Citirten. Ferner *Wach Vorträge* S. 57 ff. und *Binding Grundriß* S. 109 ff. und insbesondere die eingehende historische und dogmatische Erörterung von *Dermeyer Die Lehre von den Sachverständigen im Civilprozeß*. München 1880.

2) *Civilproz.-D.* §. 372. *Strafproz.-D.* §. 75.

die Reichsbehörden Verwaltungsgeschäfte für Rechnung der Einzelstaaten versehen, entstehen zweierlei vermögensrechtliche Beziehungen; Dritten gegenüber wird formell der Fiskus desjenigen Gemeinwesens verpflichtet und berechtigt, zu dessen Verwaltungskompetenz das betreffende Geschäft gehört; materiell aber wird das pekuniäre Resultat auf denjenigen Fiskus übertragen, für dessen Rechnung die Verwaltung geführt wird.

IV. Die Vertretung des Reichsfiskus bestimmt sich durch die Organisation der Reichsbehörden und durch die Kompetenz, welche den einzelnen Behörden und Beamten nach den Vorschriften der Gesetze und Verordnungen zusteht. In dieser Beziehung ist auf die Darstellung der einzelnen Verwaltungen zu verweisen, bei welcher auch auf die Vertretung des Fiskus Rücksicht genommen worden ist¹⁾. Als allgemeiner Grundsatz ist festzuhalten, daß subsidär, d. h. soweit nicht durch besondere Anordnung einer andern Behörde die Vertretungsbefugniß ertheilt ist, die Vertretung des Reichsfiskus dem Reichskanzler zusteht.

Die verwaltungsrechtlichen Vorschriften regeln auch die Vertretung des Fiskus in Prozessen und zwar sind es meistens die oberen Behörden, welche zur Prozeßführung berufen sind²⁾. Mittelbar bestimmt sich hierdurch auch der Gerichtsstand des Reichsfiskus, indem §. 20 der Civilproz. Ordnung den Grundsatz sanctionirt hat:

„Der allgemeine Gerichtsstand des Fiskus wird durch den Sitz der Behörde bestimmt, welche berufen ist, den Fiskus in dem Rechtsstreite zu vertreten.“

1) Vergleiche auch Böhlau a. a. O. S. 11 ff.

2) Vorschriften dieser Art finden sich in den Reichsgesetzen in großer Zahl. Beispiele hierfür sind folgende: Ges. über die Portofreiheiten v. 5. Juni 1869 (B.G.Bl. S. 141) §. 7. Postgesetz v. 28. Oktob. 1871 (R.G.Bl. S. 347) §. 13. Flößerei-Abgaben-Gesetz v. 1. Juni 1870 §. 2 (B.G.Bl. S. 313). Militärpensions-Gesetz v. 27. Juni 1871 §. 116. Kriegsleistungsgesetz vom 13. Juni 1873 §. 34. Festungsrayon-Gesetz v. 21. Dez. 1871 §. 42. Reichsbeamten-Gesetz §. 151—153. Instruction f. den Rechnungshof v. 5. März 1875 §. 18 (Bd. I. S. 357). — Spezielle Vorschriften bestehen hinsichtlich derjenigen Behörden, welche bei der Pfändung des Dienst Einkommens der Offiziere und Beamten den Militär-Fiskus als Drittschuldner im Sinne der §§. 730 ff. der Civilproz. Ord. zu vertreten haben. Verzeichnisse derselben sind bekannt gemacht im Centralbl. des D. R. 1881 S. 385 (Preußen); S. 446 (Sachsen); S. 472 (Württemberg); 1882 S. 92 (Bayern).

ist, eine generelle, subsidiäre Befugniß zur Vertretung des Reichsfiskus zusteht; daneben giebt es aber so viele Spezial-Wohnsitze des Reichsfiskus als es mit Vertretungsbefugniß ausgestattete Reichsbehörden giebt. Als das Resultat dieser Erörterung ist daher der Satz zu formuliren, daß die Rechtsverhältnisse des Fiskus nach dem Rechte des Ortes zu beurtheilen sind, an welchem die im concreten Falle zur Vertretung des Fiskus zuständige Behörde ihren Amtssitz hat ¹⁾.

Unter den *privilegia fisci* lassen sich drei Gruppen unterscheiden:

1. **Prozessualische Vorrechte.** Dieselben sind durch die Reichsjustizgesetze auf folgende beschränkt:

a) Das Reich ist in dem Verfahren vor den Landesgerichten von Zahlung der Gebühren befreit ²⁾.

b) In Konkursen steht die Reichskasse in Ansehung der zurückgehaltenen oder in Beschlag genommenen zoll- und steuerpflichtigen Sachen dem Faustpfandgläubiger gleich ³⁾, und sie hat einen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung hinsichtlich ihrer Forderungen wegen öffentlicher Abgaben, welche im letzten Jahre vor der Eröffnung des Verfahrens fällig geworden sind ⁴⁾.

c) Aufrechterhalten sind die Landesgesetzlichen Vorschriften über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen gegen den Fiskus, insoweit nicht dingliche Rechte verfolgt werden ⁵⁾.

2. **Privatrechtliche Privilegien.** Eine Aufzählung

1) Vgl. die treffenden Ausführungen von Reinke S. 495 ff. Dagegen behauptet Dernburg a. a. O., daß das Reich in Berlin sein Quasidomizil habe und daher der Reichsfiskus der Regel nach den Rechtsgrundsätzen des in Berlin geltenden preußischen Landrechts resp., insoweit dasselbe in Betracht kommen könnte, des märkischen Provinzialrechts unterstehe (S. 121 Note 10), und er erklärt es (S. 122 Note 12) für selbstverständlich, daß auch nichtpreussische Stationen des Reichsfiskus die gleichen fiskalischen Vorrechte wie die in Preußen selbst belegenen haben, da der Reichsfiskus eine einheitliche Persönlichkeit ist. Aber dieser Grund beweist Nichts; denn auch physische Personen, die doch gewiß einheitlich sind, können mehrere Wohnsitze haben und nach verschiedenen Rechten beurtheilt werden.

2) Gerichtskostenges. §. 98.

3) Konkurs-Ordn. §. 41 Ziff. 1.

4) Konkurs-Ordn. §. 54 Ziff. 2.

5) Einf.Ges. zur Civilproz.Ordn. §. 15 Ziff. 4.

biete oder Gebietstheile einiger kleiner Staaten angeschlossen. Wegen ihrer geographischen Lage blieben das Großherz. sächs. Vordergericht Dstheim und das Sachsen-Kob.-Gotha'sche Amt Königsberg außerhalb der Branntweinsteuer-Gemeinschaft.

In diesem, aus den vorstehenden Angaben ersichtlichen Gebiete bestand bereits vor Entstehung des Nordd. Bundes (1. Juli 1867) auf Grund von Verträgen und Landesgesetzen Gleichheit und Gemeinschaftlichkeit der Branntweinbesteuerung. Verfassungsmäßig wurde dieselbe bestätigt durch Art. 40 der Verf. des Nordd. Bundes:

„Die Bestimmungen in dem Vertrage über die gleiche Besteuerung innerer Erzeugnisse vom 28. Juni 1864 bleiben zwischen den bei diesen Verträgen beteiligten Bundesstaaten in Kraft, soweit sie nicht durch die Vorschriften der gegenwärtigen Verfassung abgeändert werden“.

Hierdurch sind die materiell gemeinsamen Landesgesetze der erwähnten Staaten in ein formell gemeinverbindliches Bundesgesetz verwandelt worden ¹⁾.

b. Das Gesetz des Norddeutschen Bundes vom 8. Juli 1868 ²⁾ hat die in Preußen und in den am Vertrage vom 28. Juni 1864 beteiligten Staaten geltenden Vorschriften über die Besteuerung des Branntweins eingeführt in dem zum Nordd. Bunde gehörenden Theil des Großherz. Hessen, in den Großherzogthümern Mecklenburg-Schwerin und Mecklenburg-Strelitz, im Herzogthum Lauenburg, in der Hansestadt Lübeck und deren Gebiet und in den in die Zolllinie des Zollvereins gezogenen und noch zu ziehenden Preussischen und Hamburgischen Gebietstheilen ³⁾.

c. Durch Vertrag zwischen dem Nordd. Bunde und Hessen

1) Eine Ergänzung hat diese Gesetzgebung erfahren durch das Bundesgesetz v. 8. Juli 1868 betreffend die subsidiäre Haftung des Brennerei-Unternehmers für Zuwiderhandlungen gegen die Branntweinsteuergesetze durch Verwalter, Gewerksgehülfen und Hausgenossen. R.G.Bl. 1868. S. 404 ff.

2) Bundes-Gesetzbl. 1868 S. 384 ff. Hierzu Verordn. v. 29. Juli 1868. (S. 465); R. v. 19. Okt. 1868 (S. 513) R. v. 5. Juni 1869 (S. 241); R. v. 29. Dez. 1871 (S. 483).

3) Durch das Reichsges. v. 16. Nov. 1874 (R.G.Bl. S. 134) ist dieser Grundsatz ausgedehnt worden auf alle Zollverträge, welche in die gemeinschaftl. Zollgrenze eingeschlossen werden, sofern nicht daselbst die Branntweinbesteuerung verfassungsmäßig der Landesgesetzgebung vorbehalten ist. (Baden.)

mäßigen Matrikularbeiträge als unzureichend zur Deckung der Reichsausgaben, sei es weil die sogen. eigenen Einnahmen des Reichs hinter dem budgetmäßigen Anschlag zurückgeblieben sind oder weil die Ausgaben den budgetmäßigen Anschlag überstiegen haben, so äußert der materielle Verpflichtungsgrund seine rechtliche Wirkung und es bleibt für die Bundesstaaten die Verpflichtung bestehen, den noch fehlenden Betrag nachzuzahlen. Es gibt in der Reichswirtschaft kein wahres Deficit im formalen Sinne des Finanzrechts, so lange die einzelnen deutschen Staaten solvent sind, weil in den Matrikularbeiträgen eine subsidiäre und alle Bedürfnisse umfassende Einnahmequelle von unbeschränktem Umfange gegeben ist.

Die Zahlungspflicht der Einzelstaaten zu nachträglichen Matrikularbeiträgen muß aber erst festgestellt werden durch Vermittlung eines Gesetzes, die materielle Zahlungsverpflichtung muß mit der formellen Fixirung derselben, wie sie im Etat erfolgt ist, durch Ergänzung oder Abänderung des Stats in Einklang gesetzt, dem materiellen Verpflichtungsgrund ein formeller zugesügt werden. Denn theils haben die zur (Stats-) Gesetzgebung berufenen Organe zu prüfen, ob die Mehrausgaben oder Mindereinnahmen, welche die nachträgliche Erhöhung der Matrikularbeiträge verursachen, staatsrechtlich gerechtfertigt erscheinen, theils steht ihnen die Befugniß zu, den Mehrbedarf auf andere Art als durch Matrikularbeiträge, z. B. durch Einführung einer Steuer oder durch Aufnahme einer Anleihe, zu decken. Daher ist ein Versuch des Bundeskanzlers, im Jahre 1868 Matrikularbeiträge über die Höhe des budgetmäßigen Betrages hinaus mit Rücksicht auf die materielle Verpflichtung der Einzelstaaten zur antheilmäßigen Deckung sämtlicher Ausgaben zu erheben¹⁾, mit Recht als im Widerspruch mit der Verfassung stehend zurückgewiesen worden, und die Einzelregierungen würden nicht einmal ihren Landesvertretungen gegenüber legitimirt sein, Matrikularbeiträge über den im Reichsbudget festgesetzten Etat hinaus an die Reichskasse zu zahlen. Uebrigens ist die vom Reichstage genehmigte Erhöhung der Matrikularbeiträge auf Grund der stattgefundenen und ihm mitgetheilten Mehrausgaben wohl zu unterscheiden von der Genehmi-

1) Die beiden von dem Ausschusse des Bundesraths für Rechnungswesen unter dem 3. und 15. Juli 1868 in diesem Sinne verfaßten Berichte sind abgedruckt in Hirth's Annalen 1869 S. 274—284.

gung der Etats=Ueberschreitungen und außeretatsmäßigen Ausgaben selbst (vgl. darüber unten). Die Nachweisung des faktischen Finanzergebnisses hat nur die Bedeutung einer Motivirung für die anderweitige Feststellung der Matrikularbeiträge; die letztere schließt aber nicht die selbstständige Prüfung der Nothwendigkeit und Angemessenheit der im Etat nicht vorgesehenen oder nicht in ausreichender Höhe vorgesehenen Ausgaben aus ¹⁾.

II. Dieses Nebeneinanderbestehen zweier Verpflichtungsgründe für die Entrichtung der Matrikularbeiträge, eines formellen — den man als den staatsrechtlichen bezeichnen kann — und eines materiellen — den man sich als privatrechtlichen denken kann — hat die Möglichkeit gegeben, die Matrikularbeiträge formell beizubehalten auch ohne daß ein materielles Bedürfnis für dieselben vorhanden ist. Dies ist geschehen durch den oben bereits erwähnten § 8 Abs. 1 des Reichsgesetzes vom 15. Juli 1879 ²⁾ und durch das Reichsstempelgesetz vom 1. Juli 1881 § 32 ³⁾.

Nach den Bestimmungen des Art. 70 der Reichsverfassung sollten die Matrikularbeiträge nur dazu dienen, denjenigen Betrag der gemeinschaftlichen Ausgaben aufzubringen, welcher nicht gedeckt werden kann durch die etwaigen Ueberschüsse der Vorjahre, durch die aus den Zöllen, den gemeinschaftlichen Verbrauchssteuern und aus dem Post- und Telegraphenwesen fließenden gemeinschaftlichen Einnahmen und aus den Erträgen der etwa einzuführenden Reichssteuern. Im Art. 38 Abs. 2 der R.V. ist außerdem ausdrücklich angeordnet, daß der in die Reichskasse fließende Ertrag der Zölle und Verbrauchssteuern aus der gesammten von diesen Finanzquellen aufkommenen Einnahme nach Abzug der dort unter Z. 1—3 aufgeführten Beträge bestehe. Nach der Reichsverfassung sollten daher die Matrikularbeiträge nur subsidiär zur Erhebung kommen, d. h. falls der Gesamtbetrag der im Art. 70 auf-

1) Vgl. den Kommissionsbericht des Deutschen Reichstages vom 24. April 1871. Drucksachen I. Session 1871 Nr. 62.

2) R.G.Bl. 1879 S. 211. Vgl. hierüber die Stenogr. Berichte des Reichstages 1879 S. 2177 ff. u. 2241 ff. Die Aufnahme der Bestimmung in das Gesetz beruht auf einem von der Kommission des Reichstages genehmigten Antrage, der bei den Verhandlungen als der von Franckenstein'sche bezeichnet worden ist.

3) R.G.Bl. 1881 S. 192.

„Siegfried Brie, Theorie der Staatenverbindungen“, in *Archiv für öffentliches Recht*, J. C. B. Mohr, 1887, Band 2, p. 311-320.

Source : http://www.digizeitschriften.de/dms/toc/?PID=PPN345574729_0002

sei kein blosses Rechtsverhältniss, sondern ein Rechtssubjekt, und zwar nicht nur gegenüber dritten Staaten, sondern auch gegenüber seinen Mitgliedern. Den Beweis hierfür findet der Verfasser darin, dass der Staatenbund nach Aussen als völkerrechtliche Persönlichkeit, als Gesamtmacht aufträte, und dass die Bundesversammlung innerhalb der bestehenden Bundesverfassung ihre Beschlüsse der Regel nach mit Stimmenmehrheit fasse und dadurch die Einzelstaaten, auch die dissentirenden, endgültig verpflichte, sie auch zur Erfüllung der Bundespflichten durch Exekution anhalten könne. Dagegen sei der Staatenbund kein Staat; denn er habe einen speziellen Zweck, eine durch denselben dauernd beschränkte Kompetenz, die nicht ohne Uebereinstimmung sämtlicher Bundesglieder erweitert werden könne. Er beherrsche ferner zwar die zu ihm gehörenden Staaten, aber er sei kein Gemeinwesen von einzelnen Menschen, er habe kein Gesamtvolk zu seinem Substrate und stehe zu den Bürgern der Gliedstaaten in keinem direkten Verhältniss. Die Souveränität der Einzelstaaten sei zwar eine eingeschränkte, aber sie bilde doch die rechtlich anerkannte Regel. Eine Gesamtvolksvertretung sei schon durch die Nichtexistenz eines Gesamtvolkes ausgeschlossen, dagegen wäre allerdings eine aus Delegirten der Landesvertretungen gebildete Volksvertretung für Bundesangelegenheiten zulässig. Im Gegensatz zum Staatenbund sei der Bundesstaat zugleich Bund und Staat; er vereinige alle Merkmale des Bundes und des Staates, und auch die Glieder seien gleich dem Ganzen wirkliche Staaten. Als wirklicher Staat habe der Bundesstaat einen universellen Zweck, aber freilich nur subsidiär, insoweit dem Staatszweck durch die Gliedstaaten keine genügende Befriedigung zu Theil wird; sowohl der Bundesstaat als jeder Gliedstaat habe daher die sog. Kompetenz-Kompetenz. Die Gliedstaaten seien durch ihren prinzipiell unbegrenzten Wirkungskreis von kommunalen Körperschaften unterschieden. Völkerrechtliche Persönlichkeit habe sowohl der Bund als jeder Gliedstaat. Seinem Doppelcharakter gemäss müsse der Bundesstaat ein zweifaches persönliches Substrat haben; als Bund bestehe er aus Staaten, als Staat sei er rechtlich zusammengesetzt aus Menschen. Glieder des Bundesstaats seien mithin sowohl die Einzelstaaten als die einzelnen Menschen. Unrichtig sei es, den Gliedstaaten des Bundesstaates Souveränität zuzuschreiben, da sie auch hinsichtlich derjenigen Hoheitsrechte, welche ihnen verblieben sind, dem konstituierenden Willen des Gesamtstaats unterworfen seien; eine Ausnahme davon sollen die Deutschen Staaten, denen Reservatrechte zustehen, für den beschränkten Bereich dieser Rechte machen und Preussen sogar für das ganze bisher nicht von der Reichsgewalt verfassungsmässig ergriffene Gebiet, weil jede Erweiterung der Reichskompetenz der Zustimmung Preussens bedarf. Die Einzelstaaten seien nicht nur passiv, sondern auch activ Glieder des Gesamtstaates und haben Mitgliedschaftsrechte. Der Bundesstaat ruhe nicht nur auf den Einzelstaaten wie der Staatenbund, sondern auch auf dem Gesamtvolke, und habe die Befugniss in direkten Zusammenhang mit den einzelnen Menschen zu treten. Für die letzteren bestehe regelmässig ein zweifaches Bürgerrecht: indess brauche die Centralgewalt von ihrer rechtlichen Herrschaft über die einzelnen Menschen nicht immer unmittelbaren Gebrauch zu machen, sondern sie könne sich auch der Vermittelung der Einzelstaaten bedienen. Endlich komme auch in der Organisation des Bundesstaates die Doppelnatur desselben zur Ausprägung; weil er Bund sei, müsse den Einzel-

Bundesstaat anlangt, so beruht dieselbe auf Voraussetzungen, welche am Beginn der Schrift in den „grundlegenden Erörterungen“ aufgestellt worden sind; wir müssen daher auf die letzteren hier etwas näher eingehen.

„Als das für den Begriff des Staates maassgebende Kriterium“ stellt der Verfasser den Zweck hin und dieser Zweck besteht „der Idee nach“ „in der subsidiären Förderung aller vernünftigen Interessen seiner (gegenwärtigen und zukünftigen) Mitglieder“. Die „Allseitigkeit des Zwecks“ sei das für den Begriff des Staates prinzipale Moment (S. 4 fg.); die Subsidiarität sei das vernunftgemässe Correlat und die unentbehrliche Schranke der Universalität des Staatszwecks“ (S. 100). Prinzipiell muss nun bestritten werden, dass man das wesentliche Kriterium eines Rechtsinstituts in dem Zweck desselben erblicken kann. Der Zweck liegt ausserhalb der Einrichtung, durch welche er realisirt werden soll; er liegt jenseits der begrifflichen Gränzen des Mittels, durch welches er erreicht werden soll. Der Zweck ist subjektiv verstanden die Absicht, objektiv genommen die Wirkung, welche durch eine Einrichtung realisirt werden soll, beziehentlich hervorgebracht wird, aber kein Theil dieser Einrichtung selbst. So nützlich es für das Verständniss eines Rechtsinstitutes sein kann, sich darüber klar zu werden, welchen Zwecken es dient, so unzulässig ist es, die Frage nach dem Wesen eines Rechtsinstitutes damit abzufertigen, dass man den Zweck desselben angibt. Seit IHERING es für erforderlich erachtet hat ausführlich darzuthun, dass die Rechtsinstitute nicht um ihrer selbst willen oder zum Zeitvertreib der Juristen da sind, sondern praktischen Bedürfnissen entstammen und vernünftigen Zwecken dienen, scheint es zur Mode geworden zu sein, den Blick in die Ferne nach dem „Zweckmoment“ schweifen zu lassen und darüber das Rechtsinstitut selbst aus den Augen zu verlieren. Die Aufgabe, die begrifflichen Elemente des Kaufes, des Darlehns, der Societät, der Hypothek u. s. w. zu ermitteln, ist weit verschieden von einer Betrachtung der Zwecke, denen diese Institute dienen können. Es ist nicht nur möglich, dass ein und dasselbe Rechtsinstitut zu sehr verschiedenartigen Zwecken verwendet wird, sondern ebenso, dass man zur Erreichung desselben Zweckes sich verschiedener Rechtsinstitute erfolgreich bedienen kann und endlich, dass man trotz der Verwendung des geeigneten Rechtsinstitutes den Zweck nicht erreicht. Man kann die wesentlichen Merkmale eines jeden Rechtsbegriffes präcis und vollständig feststellen, ohne ein Wort über den Zweck des Rechtsinstitutes hinzuzufügen; man kann z. B. eine exakte Definition der Hypothek geben ohne die Bemerkung beizufügen, dass sie zur Sicherung einer Forderung dient, und man kann ebenso eine juristisch vollkommene Definition des Monarchen, des Gesetzes, der Disciplinarstrafe geben, ohne sich in eine Erörterung über die Zwecke dieser Institutionen zu verlieren. Wenn man aber sich darauf beschränkt Jemandem zu sagen, die Hypothek sei ein Recht, welches die Sicherung von Forderungen bezweckt, oder die Monarchie sei eine Einrichtung um die Festigkeit der staatlichen Ordnung zu sichern, so erzählt er gar Nichts, was für den Rechtsbegriff von irgend welcher Erheblichkeit wäre. Es verhielte sich ähnlich, als wenn man Jemandem auf die Frage: was ist Chinin? antworten würde, „es dient dazu, das Fieber zu vertreiben“. Sonderbarer Weise wird das Zweckmoment gerade da am meisten betont, wo es am allerwerthlosesten ist, nämlich bei der Begriffsbestimmung der juristischen Personen. Freilich gibt es keine juri-

stischen Personen, die nicht irgend einen Zweck haben, wie es überhaupt keine zwecklosen Rechtsschöpfungen gibt; und es ist zweifellos, dass der Staat keine Korporationen, insbesondere keine öffentlich-rechtlichen, schaffen oder anerkennen und fortbestehen lassen wird, wenn sie ihm nach dem Maasstabe seiner Interessen zwecklos oder gar zweckwidrig erscheinen oder sich thatsächlich als ungeeignet zur Realisirung ihres Zweckes erweisen: aber die Persönlichkeit eines Gemeinwesens und die Aufgabe, welche vermittelt derselben gelöst werden soll, sind begrifflich ganz verschiedene Dinge. Für den Staat soll die subsidiäre Allseitigkeit seines Zweckes das eigenthümliche, ihn charakterisirende Merkmal sein, oder wie ROSIN (Hirth's Annalen 1883 S. 290) sagt: Die potentielle Totalität des Zwecks verbunden mit aktueller Partialität desselben. Dies ist aber vollkommen nichtssagend; denn „Zweck“ bedeutet einen bestimmten Zielpunkt; die Allseitigkeit des Zweckes ist daher eine *contradictio in adjecto*, sie ist der Verzicht, den Zweck zu präcisiren. Man kann wohl sagen, der Staat habe eine freie Auswahl hinsichtlich der Zwecke, welche er verfolgen wolle; er sei an keinen bestimmten Zweck ausschliesslich gebunden; er könne nicht nur Schutz und Fürsorge jedem vernünftigen Interesse (wie BRIE S. 4 sagt), sondern selbst auch unvernünftigen Interessen (z. B. der Verbrennung von Hexen, der Haltung von Spielbanken, der Veranstaltung von Stierkämpfen) zu Theil werden lassen. Man hat dadurch aber nur einen andern Ausdruck gewonnen für die Souveränität des Staates, welche den Satz einschliesst: Der Staat bestimmt seine Zwecke und demgemäss seine Kompetenz selbst; er handelt nach seiner Selbstbestimmung und kann sich daher Alles, was er will, zum Zweck setzen. Für die Selbstbestimmung seiner Zwecke empfängt er die Impulse aus den Bedürfnissen des socialen Lebens; materiell (politisch) ist daher der Staat durch dieselben genöthigt, gewisse Zwecke zu verfolgen, aber formell (rechtlich) ist ihm kein Zweck gesetzt als durch seinen eigenen Willen.

Damit ist auch die Subsidiarität in ihrer Bedeutung oder vielmehr Bedeutungslosigkeit erkannt. Dass der Staat sich nicht solchen Zwecken widmet, für deren Befriedigung bereits in ausreichender Weise anderweitig gesorgt ist, bedarf keiner wissenschaftlichen Erklärung. Wer wird mit einer Laterne auf der Strasse gehen, wenn eine genügende Strassenbeleuchtung vorhanden ist? Vollkommen falsch aber wäre der Satz, wenn er besagen sollte, dass der Staat auf eine ergänzende Thätigkeit beschränkt sei, dass er keinen Zweck verfolgen dürfe, für den ein Anderer Sorge oder zu sorgen bereit sei. Die geschichtliche Betrachtung lehrt vielmehr, dass der Staat zahlreiche Aufgaben den Kirchen, Kommunen, Vereinen, Familien und selbst den Individuen abgenommen hat, dass also der Staat keineswegs subsidiär eintritt, wenn sonst Niemand sich bereit findet, einen Zweck zu verfolgen, sondern, dass er in erster Reihe steht und sich seine Aufgabe vorweg nimmt. „Verstaatlichung“ ist ein neues Wort, aber eine alte Sache. Der „prinzipiell allseitige subsidiäre Zweck“ soll besonders dazu dienen um den Staat gegen die Kommunalverbände abzugrenzen. Aber auch hier versagt er vollständig den Dienst; denn es lässt sich wohl kaum irgend ein Zweck denken, dessen Förderung nicht auch den Gemeinden obliegen kann und im Lauf der geschichtlichen Entwicklung auch wirklich ihnen zugestanden hat. Nur darin zeigt sich die Verschiedenheit, dass nicht der freie Wille der Gemeinde ihre Zwecke bestimmt, sondern der durch ausdrückliche Erklärung oder still-

das in der Literatur — vielleicht unbewusst — zuweilen geschieht. Endlich sei noch an dieser Stelle hervorgehoben, dass unter „freiwilliger Doppelversicherung“ nicht allein der Fall zu verstehen ist, dass jemand sich bei mehreren Kassen selbst versichert, sondern auch der Fall, dass jemand neben seiner Pflichtmitgliedschaft ein weiteres Versicherungsverhältnis freiwillig eingeht. Denn auch diese Doppelversicherung ist freiwillig. Auch das wird in der Literatur vielfach nicht beachtet.

I. Abschnitt.

Die mehrfache Zwangsversicherung.

Dass es im Krankenversicherungsrecht eine Doppelversicherung gibt, geht ohne weiteres aus den §§ 19 Abs. 5, 26 a Abs. 1 und Abs. 2 Ziff. 1 hervor. Damit ist aber noch keineswegs die Möglichkeit einer mehrfachen Versicherung bei zwei Versicherungsanstalten des KVG. erwiesen. Wie § 19 Abs. 5 sich ganz deutlich nur auf die gleichzeitige Mitgliedschaft bei einer Zwangs- und einer Hilfskasse bezieht, so ist diese Möglichkeit bei den andern der genannten Bestimmungen auch nicht ausgeschlossen, wenn auch ihr Wortlaut nicht zu dieser Annahme zwingt. Die angeführten Gesetzesvorschriften begründen daher weder die Vermutung der Bejahung noch der Verneinung der hier zu untersuchenden Fragen. Wir prüfen also die oben aufgeführten Möglichkeiten der Reihe nach, indem wir mit der

A. Möglichkeit einer mehrfachen Pflichtmitgliedschaft beginnen. Der Fall, dass jemand mehrere versicherungspflichtige Beschäftigungen ausübt, für deren jede eine besondere Kasse zuständig ist, findet im Gesetz in dieser Allgemeinheit keine Beantwortung durch positive Bestimmungen, wohl aber eine teilweise Lösung. § 4 KVG. stellt den Grundsatz der Subsidiarität der Gemeindekrankenversicherung auf¹².

¹² Ueber die Bedeutung dieses Grundsatzes vgl. unten S. 47 ff.

Daher ist ein Nebeneinanderbestehen von Pflichtmitgliedschaft bei einer dieser Versicherungsanstalten und bei einer organisierten Kasse jedenfalls unzulässig. Für die Ortskrankenkassen bestimmt § 19 Abs. 2, dass die Personen, die in den Gewerbszweigen und Betriebsarten beschäftigt sind, für die eine solche Kasse errichtet ist, Mitglieder dieser Kasse werden, „sofern sie nicht vermöge ihrer Beschäftigung einer Betriebs-, Bau-, Innungs- oder Knappschaftskasse angehören“. Daraus ergibt sich eine gewisse Subsidiarität der Ortskrankenkassen gegenüber jenen anderen Kassenarten, die wir der Kürze halber Sonderkassen nennen wollen. Demnach ist also eine Zwangsversicherung bei einer Ortskrankenkasse unmöglich, solange die fragliche Person eine zur Zuständigkeit einer Sonderkasse gehörende Tätigkeit ausübt.

Damit sind wir aber erst wenig weiter gekommen. Es bleibt immer noch die Möglichkeit, dass zwei Gemeindekrankenversicherungen, zwei Ortskrankenkassen oder zwei Sonderkassen kollidieren. Für diese Fälle müssen wir die Lösung der Frage aus allgemeinen Gesichtspunkten heraus zu gewinnen suchen.

I. Obwohl wir heute ganz allgemein von Sozialversicherung sprechen, geht die herrschende Ansicht dahin, dass wir es bei der Arbeiterversicherung nicht mit einer Versicherung im technischen Sinne zu tun haben¹³. Das Verhältnis zwischen dem Arbeiter und dem Versicherungsinstitut ist nicht ein zweiseitiges Rechtsverhältnis, es liegen vielmehr zwei einseitige Rechtsver-

¹³ Vgl. die ausführliche Behandlung dieser Frage durch „den führenden Schriftsteller dieser Materie“ ROSIN („Das Wesen der Arbeiterversicherung“) in den „Staatsrechtlichen Abhandlungen“, Festgabe für Paul Laband, Band II, Seite 34—143 (J. C. B. Mohr, Tübingen 1908). Die gesamte einschlägige Literatur findet sich auf Seite 54, Anmerkungen 15 und 16 vollständig aufgezählt. — Ausser ROSIN sprechen sich gegen die Versicherungsnatur der Arbeiterversicherung aus: LABAND, ZORN, STIER-SOMLO, SEYDEL, REHM, ZERLEDER, HIEFSTAND, HAHN, PETERS, EHRENBURG.

Für die Versicherungsnatur der Arbeiterversicherung erklären sich: PILOTY, MANES, MENZEL, SCHMOLLER, V. WOEDTKE, KÖHNE.

Kassen zuständig ist, die Wohltaten der Krankenversicherung zukommen zu lassen; und darum soll bei jeder Kollision zwischen einer Gemeinde und einer Kasse die Versicherung bei der letzteren stattfinden. Dieser Gedanke hat im § 4 einen wenig genauen Ausdruck gefunden; wir müssen die Vorschrift gleichwohl in dem angegebenen Sinne interpretieren, weil es dem Geiste des Gesetzes so entspricht. Damit ist die oben getroffene Entscheidung gerechtfertigt.

II. Bei einer Kollision zwischen einer Ortskrankenkasse und einer Sonderkasse ist die Sonderkasse zuständig. Das ergibt sich aus § 19 Abs. 2 KVG., demzufolge nur solche Personen Mitglied einer Ortskrankenkasse werden können, die nicht vermöge ihrer Beschäftigung einer der andern Kassenarten angehören. Diese Bestimmung findet ebenfalls auch dann Anwendung, wenn während der Dauer der Mitgliedschaft einer Person bei einer Ortskrankenkasse die Voraussetzungen für ihre Zugehörigkeit zu einer der andern Kassenarten eintreten: Während die bestehende Mitgliedschaft erlischt, kommt die Mitgliedschaft bei der zweiten Kasse zustande. Denn die Ortskrankenkassen sind im Verhältnis zu den Sonderkassen genau so subsidiäre Einrichtungen wie die Gemeindekrankenversicherung gegenüber allen organisierten Kassen.

Wir können daher die Versicherungsanstalten des KVG. in drei Stufen einteilen: die erste Stufe bilden die Betriebs-, Bau- und Innungskrankenkassen (Sonderkassen); auf der zweiten Stufe stehen die Ortskrankenkassen; und auf der dritten die Gemeindekrankenversicherung. Uebt jemand mehrere versicherungspflichtige Beschäftigungen aus, so ist jede Kasse einer vorhergehenden Stufe vor jeder Kasse einer nachfolgenden Stufe zuständig.

III. Es bleibt nun noch der dritte Fall zu untersuchen, dass jemand mehrere versicherungsbegründende Tätigkeiten ausübt, für die verschiedene auf gleicher Stufe stehende Versicherungsanstalten zuständig sind. Auch mit dieser Frage befasst sich keine posi-

Kassen § 27 KVG²⁰, für die Gemeindekrankenversicherung § 11.

A. Für die organisierten Kassen bestimmt § 27 klipp und klar, dass nur solche Personen sich weiterversichern können, die nicht vermöge ihrer Beschäftigung Mitglied einer andern organisierten Kasse werden. Geht daher jemand zu einer Beschäftigung über, für die die Gemeindekrankenversicherung zuständig ist, so steht der Fortsetzung seiner Mitgliedschaft bei einer organisierten Kasse nichts im Wege. Der Wortlaut des Gesetzes ist so klar, dass die Richtigkeit der aufgestellten Behauptung füglich nicht bezweifelt werden kann. Auch steht sie mit dem Grundsatz der Subsidiarität der Gemeindekrankenversicherung in Einklang²¹. Ein Nebeneinanderbestehen von freiwilliger und Pflichtmitgliedschaft ist hier also nicht gegeben.

B. Für die Gemeindekrankenversicherung ordnet § 11 KVG. an, dass nur die Personen zur Fortsetzung der Mitgliedschaft berechtigt sind, die „nicht zu einer Beschäftigung übergehen, vermöge welcher sie nach Vorschrift dieses Gesetzes (KVG.) Mitglieder einer Krankenkasse werden“. Es fragt sich, was heisst hier „Krankenkasse“? Fassen wir den Ausdruck ganz wörtlich, so können wir die Gemeindekrankenversicherung — denn sie ist zweifellos keine „Kasse“ — nicht einbegreifen. Die Folge wäre die, dass ein bei der Gemeinde A. Versicherter, der nunmehr infolge eines Beschäftigungswechsels bei der Gemeinde B. zwangsversichert wird, sein Versicherungsverhältnis bei der ersteren Gemeinde fortsetzen könnte, — falls die sonstigen Voraussetzungen gegeben sind. Es würde sich also gerade bei der Gemeindekrankenversicherung, die nach Absicht des Gesetzgebers nur dann eingreifen soll, wenn keine andere Versicherungsanstalt zuständig ist, deren Tätigkeitsbereich dem-

²⁰ § 27 gilt gemäss §§ 64, 72, 73 auch für die Betriebs-, Bau- und Innungskrankenkassen.

²¹ A. M. der Artikel im Reformblatt, 1908, S. 45 f. Wir kommen auf ihn noch zurück. Vgl. S. 47 ff.

können zwangsversicherte Personen **nicht** beitreten.

B. Für die Gemeindekrankenversicherung ergibt sich ohne weiteres das gleiche Resultat aus § 4 Abs. 2: ihr können nur solche Personen beitreten, „die der Versicherungspflicht nicht unterliegen.“

C. Es bleibt noch das Verhältnis von Gemeindekrankenversicherung und organisierten Kassen zu erörtern. Dass ein bei einer Kasse Zwangsversicherter der Gemeindekrankenversicherung nicht beitreten kann, ergibt sich unzweideutig aus § 4 KVG. Nicht ganz so einfach ist die Beantwortung der Frage, ob umgekehrt ein bei einer Gemeinde Zwangsversicherter einer organisierten Kasse beitreten und dadurch die Versicherung bei der Gemeinde zum Erlöschen bringen kann. Sie ist in der Literatur mehrfach verneint worden mit der Begründung, dass die Anwendung des Grundsatzes der Subsidiarität der Gemeindekrankenversicherung nicht ausreiche, eine Bejahung gerechtfertigt erscheinen zu lassen. Dieser Auffassung muss entgegengetreten werden. In einem vor kurzem im Reformblatt für Arbeiterversicherung (1908, S. 45 ff.) erschienenen Artikel ist versucht worden, dem Prinzip der Subsidiarität eine neue, m. E. unrichtige Bedeutung beizulegen. Es wird dort die Ansicht vertreten, die subsidiäre Natur der Gemeindekrankenversicherung bedeute nur, dass, wenn an dem Orte, an dem der Versicherungspflichtige ein Beschäftigungsverhältnis eingeht, keine organisierte Zwangskasse besteht, es dort nicht einer Institution ermangeln solle, die dem Arbeiter einerseits die Leistungen im Krankheitsfalle gewährt, andererseits aber auch die Durchführung der Zwangsversicherung ermöglicht. „Es kann, so wird in jenem Artikel ausgeführt, nicht scharf genug betont werden, dass die Subsidiarität im Sinne des § 4 KVG. nur für den Fall gemeint ist, dass keine für den betreffenden Arbeiter in Frage kommende Zwangskassenorganisation am Orte besteht.“ Die gegenteilige

Ansicht geht dahin, der Grundsatz der Subsidiarität der Gemeindekrankenversicherung bedeutet, dass nur die Personen bei der Gemeinde versichert sein sollen, die faktisch bei keiner organisierten Kasse — sei es freiwillig, sei es kraft des Gesetzes — Mitglied sind. Das Reformblatt erhebt gegen diese Meinung die folgenden Bedenken. Sie führe dahin, dass „Pflichtmitglieder nun doch nicht Pflichtmitglieder sein müssten.“ Dadurch werde bei diesen Personen das Gefühl der Versicherungspflicht gemindert. Endlich sei es auch ein „logischer Unsinn“, zu sagen, dass jemand zwar versicherungspflichtig sei, dass er aber dieser Pflicht durch einen freiwilligen Beitritt genügen könne. Diese letztere Behauptung ist gewiss unrichtig; denn wenn das Gesetz (§ 1 KVG.) bestimmt, dass Personen „nach Massgabe der Vorschriften dieses Gesetzes gegen Krankheit zu versichern“ sind, so ist damit doch nicht gesagt, dass alle diese Personen zwangsversichert, sondern nur, dass sie versichert sein müssen. Aber auch die andern oben angeführten Einwände können zur Begründung der im Reformblatt vertretenen Ansicht nicht beitragen. Kann doch auch der Versicherungspflicht durch den Beitritt zu einer freien Hilfskasse Genüge geschehen; weshalb sollte die freiwillige Zugehörigkeit zu einer organisierten Kasse des KVG. nicht die gleiche Wirkung haben können? Das Reformblatt sagt, das gehe schon aus dem Grunde nicht, weil man sonst zu dem Ergebnis käme, dass die Gemeindekrankenversicherung eine Surrogatskasse sei wie die freie Hilfskasse. Das ist freilich richtig, aber dies Ergebnis ist ja gerade vom Gesetz gewollt. Wie die Kommissionsberatungen zeigen²⁵, hat man die Einrichtung der Gemeindekrankenversicherung in der Absicht geschaffen, dass sie „subsidiär“ überall da eintreten soll, wo die Versicherung der versicherungspflichtigen Personen nicht durch organisierte Kassen gedeckt ist“, für die Arbeiter, „welche im Moment der Erkrankung keiner dieser Kassen angehören“.

²⁵ Vgl. Drucks. des Reichstags, 5. Leg.Per. II. Sess. Nr. 211, S. 17.

„Als wünschenswert erachtete man allerdings auf allen Seiten, dass in der Praxis das Gebiet der Gemeindekrankenversicherung sich möglichst eng begrenzen möge.“ Damit dürfte wohl die im Reformblatt vertretene Ansicht widerlegt und die gegenteilige Meinung gerechtfertigt erscheinen. Eine ungerechte Schädigung der Gemeinden, wie das Reformblatt meint, bedeutet diese Auslegung des Subsidiaritätsprinzips nicht. Die bei den organisierten Kassen versicherten Arbeiter zahlen der Gemeinde zwar keine Beiträge, sie erhalten aber auch im Krankheitsfalle keine Unterstützung. Von einer Benachteiligung der Gemeinden könnte man nur dann sprechen, wenn man annehmen dürfte, dass die bei der Gemeinde Versicherungspflichtigen, die ihrer Versicherungspflicht durch freiwillige Zugehörigkeit zu einer organisierten Kasse genügen, besonders günstige Risiken darstellen. Ob dem so ist, kann hier dahingestellt bleiben; aber nehmen wir einmal an, dass es so ist. Die Gefahr, dass die Aufwendungen der Gemeindekrankenversicherung zum Teil durch die Steuerzahler ersetzt werden müssen, ist in der Kommissionsberatung nicht verkannt worden. „Man sah aber in der Gefahr einer solchen Belastung einen starken Antrieb für die Gemeinden, sich durch Bildung von Ortskrankenkassen von dieser Gefahr zu befreien“²⁶, und wenn nun diese Gefahr durch Abfliessen günstiger Risiken zu den organisierten Kassen vergrößert wird, so dürfte das zu Bedenken keinen Anlass geben, da die Gemeinde auf Grund des § 18 KVG. jederzeit in der Lage ist, durch Einrichtung einer Ortskrankenkasse sich die günstigen Risiken zu sichern. — Wir schliessen uns daher der Auslegung des Subsidiaritätsgrundsatzes an, die sagt: Die Gemeindekrankenversicherung tritt ausschliesslich nur für die Personen ein, die nicht bei irgend einer Kasse des KVG. kraft Gesetzes oder freiwillig versichert sind. Aus diesem Gesichtspunkt heraus würde es also gerechtfertigt erscheinen

²⁶ Vgl. die Kommissionsberatungen (a. a. O.) S. 17.
Archiv für öffentliches Recht. XXIV. 1.

zu entscheiden, dass die bei einer Gemeinde versicherungspflichtigen Personen einer organisierten Kasse beitreten können.

Aber aus einem andern Grunde erscheint ein solcher Beitritt unzulässig. Wir stellten oben bereits fest, dass die §§ 19 und 63 das Beitrittsrecht zu einer organisierten Kasse nur solchen Personen einräumen, die keine versicherungspflichtige Beschäftigung ausüben, und die infolgedessen auch bei keiner der auf Grund des KVG. errichteten Versicherungsträgern versicherungspflichtig sind. Zu diesen Personen zählen die bei der Gemeindekrankenversicherung Versicherungspflichtigen aber nicht, und darum, aber auch nur darum ist ihnen der freiwillige Eintritt in eine organisierte Kasse verwehrt. — Demnach ergibt sich auch beim zweiten Falle **nicht** die Möglichkeit des Nebeneinanderbestehens von freiwilliger und Pflichtmitgliedschaft.

Dritter Fall.

Es bleibt noch zu untersuchen, welche Wirkung der Eintritt einer Pflichtmitgliedschaft auf eine bestehende freiwillige Versicherung hat. Vorausbemerkt sei, dass es keinen Unterschied machen kann, ob die Zwangsmitgliedschaft bei derselben Kasse eintritt, bei der die freiwillige Versicherung besteht, oder bei einer andern Kasse. Doch wird der erstere Fall in der Praxis regelmässig in der Weise gelöst werden, dass man die Pflichtmitgliedschaft an die Stelle der Selbstversicherung treten lässt.

A. Recht einfach ist die Lösung, wenn eine der beteiligten Versicherungsanstalten eine Gemeindekrankenversicherung ist. Ist jemand bei einer solchen freiwillig versichert, so hat der Eintritt der Pflichtmitgliedschaft bei einer organisierten Kasse das Erlöschen der freiwilligen Versicherung zur Folge. Diese Entscheidung ist gerechtfertigt durch den Grundsatz der Subsidiarität der Gemeindekrankenversicherung, dessen Bedeu-

geltenden Gesetzesbestimmungen — in Frage kommt nur § 4 KVG — nicht eine Durchbrechung des Satzes nachzuweisen ist. Ein solcher Beweis findet aber in § 4 nicht den geringsten Beleg. Demnach haben wir in § 4 Abs. 2 zu den „Personen der in § 1—3 bezeichneten Art“ nur die zu rechnen, die, falls sie versicherungspflichtig wären, Zwangsmitglieder der Gemeinde-Krankenversicherung sein würden⁴⁶, ein Resultat, das auch dem Grundsatz der Subsidiarität der Gemeinde-Krankenversicherung einzig und allein entspricht.

III. Es bleibt nun noch die Bestimmung des § 26 a Abs. 1 Ziff. 5 zu besprechen, die für die Orts-, Betriebs-, Bau- und Innungskrankenkassen gilt. Sie lautet: „Durch das Kassenstatut kann ferner bestimmt werden: . . . 5. dass auch andere als die in den §§ 1—3 bezeichneten Personen als Mitglieder der Kasse aufgenommen werden können, sofern ihr jährliches Gesamteinkommen zweitausend Mark nicht übersteigt“. Während die bisher besprochene gesetzliche Versicherungsberechtigung nur für die in einem versicherungspflichtigen Betriebe beschäftigten Personen gegeben war, sind also gerade diese Personen von der statutarischen Versicherungsberechtigung ausgeschlossen. Es handelt sich demnach bei diesen beiden hinsichtlich ihrer Grundlage verschiedenen Arten des Beitrittsrechtes um ganz verschiedene Personenkreise. Daher kann ein kraft Gesetzes Beitrittsberechtigter niemals auch auf Grund des Statuts zum freiwilligen Beitritt berechtigt sein und umgekehrt. So kann denn durch die Bestimmung des § 26 a allenfalls die Möglichkeit einer in Ausübung einer mehrfachen statutarischen Versicherungsberechtigung eingegangenen Doppelversicherung herbeigeführt werden; darauf werden wir noch zurückkommen.

Es ergibt sich nunmehr als allgemeiner, für das ganze

⁴⁶ Folglich sind die in einem zur Zuständigkeit der Innungskrankenkasse gehörenden Betriebe beschäftigten Personen auch bei der Gemeindekrankenversicherung nicht beitragsberechtiget.

II. Die ländlichen Kreditgenossenschaften.

Sie sind so recht Produkte der Neustzeit, gegründet auf der Erkenntniss der Nichtzulänglichkeit der bisherigen Kreditinstitute und der unzureichenden Hilfe, welche die kaufmännischen Banken dem Personalkredite des Landmanns, namentlich dem kleinern, gewähren. Ihre Basis ruht auf der durch Hermann Schulze-De-litzsch, z. Zeit in Potsdam, und Victor Aimé Huber in Wernigerode gepredigten Selbsthilfe der einzelnen Gewerbtreibenden, auf der von diesen beiden Männern namentlich durch Lehre, Anweisung und Mithilfe zuerst ins practische Leben hinübergeführten Kreditfähigkeit auch der kleinern Gewerbtreibenden und Arbeiter, erzeugt durch freie Assoziation zu gemeinsamen Zwecken und zur Verbesserung der wirthschaftlichen Lage ihrer Mitglieder.

Die Gründung solcher Genossenschaften geschieht in der Regel in der Art, dass mehre kleine Gewerbtreibende in einer Gegend zusammentreten, sich solidarisch und subsidiär für die Schulden und Verpflichtungen des Vereins derartig verpflichten, dass Einer für Alle und Alle für Einen einstehen, ein geringes Eintrittsgeld und minime monatliche Beiträge zur Begründung des Geschäfts einzahlen und mit dem Rechte des ziemlich unbeschränkten Ein- und Austritts einen sogenannten Vorschussverein bilden, welcher die Aufgabe hat, zunächst aus den Einlagen der Vereinsgenossen selbst an andere Mitglieder des Verbandes zu höherm Zinsfusse, als ein solcher den Theilhabern selbst zu gut geschrieben wird (in der Regel zwischen 6 und 14 $\frac{1}{2}$ % incl. der Provisionen), und auf kurze Zeit Darlehne gegen einfachen Schuldschein mit Bürgschaft von einem oder zwei andern Vereinsgenossen, oder gegen gezogene oder trassirte Wechsel auszuborgen, dann aber auch fremde Ka-

32) LUTHARDT, A.

Blätter für administrative Praxis und Polizeigerichtspflege zunächst in Bayern, Band 17, Beck, Nordlingen, 1867.

Source : Bayerische Staatsbibliothek München

<https://books.google.fr/books?id=1JICAAAacAAJ&pg=PA303&dq=Bluntschli+Subsidiarit%C3%A4t&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwjX7p6dwonMAhWFZA8KHfCnDGMQ6AEIVjAI#v=onepage&q=Bluntschli%20Subsidiarit%C3%A4t&f=false>
p. 301 ; 302

als solchen Ersatz die Erhebung von Umlagen für zulässig erklärt (Verhandlungen der Kammer der Abgeordneten von 18⁶⁷, Beilagen-Band VI S. 26 Spalte 1), wie im Texte oben bereits angeführt ist. Der Ausschuß der Abgeordnetenkammer hat einige Forderungen und Redaktionsverbesserungen an dem Entwurfe vorgenommen, aber die kritischen Worte über den Ersatz des Schulgeldes und die einschlägige Erläuterung der Motive unbeanstandet gelassen (ebendasselbst Band VII Seite 201 und 202); bei den Kammerverhandlungen wurde diese Bestimmung ohne Debatte angenommen (Stenographischer Bericht Band IV Seite 16 bis 19). Auch die Kammer der Reichsräthe stimmte ohne Debatte bei, nachdem der Referent erklärt hatte, daß der Ausschuß gegen die Bestimmungen dieses Artikels nichts zu erinnern habe (Verhandl. der Kammer der Reichsräthe von 18⁶⁷, Bd. III S. 304). Bei solcher Uebereinstimmung der drei Gesetzgebungsfaktoren erblicke ich in jener erläuternden Bemerkung der Motive eine authentische Interpretation und nehme an, daß das Schulbedarfsgesetz die Ersetzung des Schulgeldes durch Gemeindeumlage ausdrücklich gestatte.

Nun fragt es sich, ob nicht andere gesetzliche Vorschriften, nämlich die Subsidiarität der Gemeindeumlagen, dem entgegen stehen. Das Schulgeld ist die Gebühr für Benutzung einer Gemeinbeanstalt, ganz so wie die Marktgebühr, Fleischbeschauafare, Wagengebühr, Pflaster- und

Die Einwendung, daß durch die praktische Durchführung der eben entwickelten Ansicht unbemittelte Eltern schulpflichtiger Kinder übermäßig belastet werden könnten, findet ihre Widerlegung in der in Artikel 5 Absatz 2 des Gesetzes vom 10. November 1861 den Gemeindebehörden ertheilten Befugniß, Unbemittelte vom Schulgelde ganz oder theilweise zu befreien.

Brückenzoll, Krankenhauszahlung; — zu unterscheiden einerseits von den Versicherungsgebühren, wie z. B. den Krankenhausbeiträgen nach Art. 4 des Unterstützungsgesetzes von 1850, und andererseits von den Verbrauchsabgaben (Verzehrunqsteuer, Aufschlag, Octroi), als Bier-, Brod-, Fleisch-aufschlag. Durch die gesetzliche Subsidiarität der Gemeindeumlagen ist es durchaus nicht verboten, auf die Einführung solcher Gebühren und Gefälle zu verzichten oder bestehende zu ermäßigen oder aufzuheben und den Ausfall durch Umlagen zu ersetzen. Für das Schulgeld besteht keine Ausnahmsbestimmung. Folglich erkenne ich auch im Gemeindeedikte und im Umlagengesetze kein gesetzliches Hinderniß gegen den be-

Schenk-wirthschaften, deren Konzessionspflicht 43.

Schiedsgericht, Verwaltungsgerichtshof 165.

Schule :

Verhältniß der deutschen Schule zur politischen Gemeinde 193, Kompetenz der Gemeindebehörden, Schulinspektion und Schulkommission 193; Bedarf der Sprengelschulen 196 u. 199, der israelitischen Schulen 198, der Konfessionsschulen 200, Subsidiarität der Gemeindeumlagen 201, Umlagenmaßstab 202, Kompetenz des Schulsprengelausschusses 205, der einzelnen Gemeinden 207, der Gemeinde des Schulortes 212; Ersetzung des Schulgeldes durch Umlagen 297, s. auch Erziehungsanstalten.

Schulbedarf, Verwaltungsgerichtshof 116.

Schulgeld, dessen Ersetzung durch Umlagen 297.

Schulze-Dehlißsch s. Literatur.

Sicherheit, öffentliche, Verwaltungsgerichtshof 117.

Simultangebrauch der Kirchen, Verwaltungsgerichtshof 148.

Sittenpolizei, Erziehungsanstalten für verwahrloste, jugendliche Personen 305, Nachtrag hiezu 397.

Sozial-Gesetze, Bemerkungen zu den Gesetzentwürfen 38, 49, 58, 225, 241, 257, 269, 273, 401, 407, 414.

Spanndienste für Schulhausbauten 209.

Spar- und Hilfsklassen 181.

C. Römisches Recht in England, Spanien, den Niederlanden und
Rußland.

In England finden sich ebenfalls sehr früh Spuren einer wissenschaftlichen Bearbeitung des Römischen Rechts (a). Ein Lombardischer Rechtsgelehrter VACARIUS, der in Bologna die Rechte erlernt hatte, ging um die Mitte des zwölften Jahrhunderts nach England, um dort besonders den Geistlichen das Römische Recht zu erklären. Er lehrte (a. 1149) zu Oxford und schrieb ein Werk über das Römische Recht in neun Büchern unter dem Titel: Liber ex universo enucleato iure exceptus et pauperibus praesertim destinatus (b). Allein als ein gemeines subsidiäres Recht ist das Römische Recht in England nie in Gebrauch gekommen (c). — Mit besonderem Fleiße wurde es dagegen seit dem sechzehnten Jahrhundert in Spanien (d) und den Niederlanden (e) bearbeitet, und es bildete sich vorzüglich unter den niederländischen Rechtsgelehrten eine treffliche Schule, welche sich besonders um die Exegese und Kritik der Römischen Rechtsbücher große Verdienste erwarb (f). — In Rußland ist zwar das römisch-griechische Recht niemals als Hilfsrecht eingeführt worden, und vor den auf den russischen Universitäten eingeführten Lehrvorträgen nicht einmal Gegenstand des juristischen Studiums gewesen, allein dessenungeachtet ist es nicht ganz ohne Einfluß auf die Ausbildung des russischen Rechts geblieben, wie dieß besonders aus der Kormtschaga-Kniga (dem geistlichen Rechte) und zum Theil auch aus der Uloshenie (dem weltlichen Rechte) erhellet (g).

(a) v. Savigny B. 2. Cap. 10. (dazu in der 1ten Ausg. B. 3. S. 664.) B. 3. S. 379. 2te Ausg. S. 411. — Spangenberg Einleit. S. 104.

(b) Man s. insbesondere: Magister VACARIUS primus iuris Romani in Anglia Professor. Stud. CAR. FRID. CHR. WENCK. Lips. 1820. 8. (Leipz. Lit. Zeit. 1821.

Rißlegg, den kleinen die Pfarrei Rdtthenbach. Das Gut war zum halben Theil Mannslehen der Herrschaft Rißlegg und wurde 1602 von Hans Ulrich v. Schellenberg und den Gebrüdern v. Baumgarten als Inhabern v. Rißlegg der verwittweten Gräfin Johanna v. Wolfegg, geb. Gräfin von Zimmern, überlassen.

2. Gemeinde Arnach, 604 Einw.

1) Arnach, ein kathol. Pfarrdorf $3\frac{1}{2}$ St. südöstlich von Waldsee, mit 370 Einw.; E. A. Waldsee, F. A. Altdorf. Den großen und kleinen Zehnten bezieht die Pfarrei, Heu-, Klee- und Obstzehnten wird keiner gereicht. Patronats-Herr ist der Fürst. Die Grundlasten des Gemeindebezirks betragen 845 fl. in Geld und 774 fl. in Natural-Abgaben. Außer dem Fürsten, der den größten Theil bezieht, haben hauptsächlich die Armen-Verwaltung Waldsee und die Kirchenpflege Arnach, sodann in geringerem Maße Werner von Greut, der Fürst von Waldburg-Wurzach und der Staat Theil daran. Arnach selbst besteht aus 47 fürstl. und 9 der Kirche daselbst gehörigen Lehengütern und Sölden und einem Bernerischen Söldgute. Es liegt im Allgäu an der äußersten Grenze des Oberamts gegen Leutkirch auf der Wasserscheide zwischen den Fluß-Gebieten des Rheins und der Donau, an der von Wolfegg nach Leutkirch führenden Staatsstraße. Das Dorf hat eine freundliche offene Lage; es ist weitläufig angelegt, die Gebäude sind fast durchaus mit Schindeln gedeckt. Die Felder sind, wenn gleich die Lage rauh und bergig ist, meistens gut. Es hat eine Kirche, ein Pfarr-, ein Caplanei- und ein Messnerhaus und eine Schildwirthschaft. Die Baulast an der Kirche und dem Pfarrhaus hat die Kirchenpflege und subsidiär die Zehentherren, am Caplanei-Gebäude hat sie die Grundherrschaft Waldburg W.-B. Die sehr schöne Kirche wurde in den Jahren 1744 neu erbaut, der damalige Pfarrer Dr. Rom leistete dazu einen Beitrag von 6000 fl. Die Kirchenpflege hat ein Vermögen von 5640 fl. Capital, einen jährlichen Grundzins von 60 fl. 24 kr., und durchschnittlich jährlich 130 fl.

ner. Die Anführer oder Könige bekamen größere, die übrigen Freien kleinere Antheile, welche ursprünglich gleich groß waren, in Süd- und Norddeutschland Hufen, gewöhnlich Mansus (Mannwert, Mannsgut, Mannsloos) hießen und mit den Besitzungen der Großen die materielle Grundlage des Staates und Volksvereines bildeten. Hieraus ergibt sich von selbst der wesentliche Charakter des Allodialeigenthums. Dasselbe beruht nicht wie das Feudal- oder Lehngut auf einem Privatvertrage zwischen einem Privatdiensmann und seinem Dienst- und Schutzherrn, sondern es ist ein durch den Willen des gesammten Volkes oder durch das Volksgesetz zugetheiltes und verbürgtes freies Eigenthum, und der Besitzer als solcher ist unmittelbarer Staats- und Reichsbürger; er ist frei von aller Privatabhängigkeit und Beschränkung seiner Eigenthumsrechte und hat alle gemeinschaftlichen, öffentlichen Pflichten und Rechte. Zu jenen gehörten insbesondere die Vertheidigung des Vaterlandes oder die Landwehr, die Besteuer zu gemeinsamen Staatsausgaben und die Verbindlichkeit, nicht bloß für die selbstverschuldeten Bußen, sondern auch für das Lösegeld der Verwandten subsidiär zu haften. Auch konnte der Besitzer eines A. nicht nach Willkür darüber testiren, und die Familien-erben hatten von selbst dingliches Recht auf ein solches Gut, welches, von dieser Seite betrachtet, als ein gemeinschaftliches Familiengut erscheint. Der

mit der Ausbreitung des Feudalsystems die meisten Allodialrechte erloschen und fast nur in Beziehung auf die Verfügung und Vererbung der alte Unterschied zwischen A. und Lehngut noch beobachtet wurde. So kann auch jetzt noch der wirkliche Besitzer eines A. in Ansehung desselben frei handeln und darüber innerhalb der allgemeinen gesetzlichen Schranken nach Gutdünken verfügen. Ebenso fällt nach seinem Tode in der Regel das Allodialeigenthum auf seine Erben, sie mögen sein wer sie wollen. Besitzt daher Jemand zugleich Lehen und Allodien, so müssen diese bei seinem Tode von dem Feudalgute abge sondert werden: die Lehen kommen an Diejenigen, welche nach den besonderen Grundsätzen des Lehnrechtes auf dieselben ein vorzügliches und ausschließendes Recht haben, dahingegen das A. an die wirklichen Erben oder Gläubiger des Verstorbenen fällt. Diese Sonderung des Lehens vom Erbe ist besonders dann nothwendig, wenn das Lehen im Eröffnungsfalle an den Lehnherrn zurückfällt; wenn verschiedene Personen das Lehen und A. erhalten; sowie bei etwaigem Konkurs über das Allodialvermögen des Lehenssträgers. Wenn sich hinsichtlich der Allodialeigenschaft des Vermögens Zweifel erheben, so muß für die Lehenseigenschaft immer Beweis geführt werden. Ist dies nicht möglich, so wird juristisch die Allodialqualität präsumirt, weil Beschränkungen der persönlichen Freiheit und der Besitzrechte, sowie besondere Privatvertragsverhält-

tigen durch den Verein allein bewirken zu lassen, bald aber auch darauf, durch Verschaffung von Arbeitsgelegenheit, durch Unterstützung nicht sowohl mit Geld, als mit Naturalien (Holz, Kartoffeln, Kleidung) eine wirksamere Hülfe zu verschaffen, als durch das einfache Geldalmoßen, das oft genug nur zu überflüssigen oder gar schädlichen Zwecken verausgabt wird. Die Thätigkeit dieser Vereine nähert sich bereits sehr entschieden dem von der neuesten Schule der Socialpolitiker allein anerkannten Princip der Armenpflege, ja sie geht vielfach geradezu in deren Bestrebungen über. Wenn die ältere Schule diese organisirte Unterstützung der Privaten ruhig anerkennt, so unterscheidet sie sich dabei von der neuesten Schule nur noch in soweit, als sie subsidiär neben dieser Privatwohlthätigkeit immer auch noch eine staatsseitig organisirte Armenpflege verlangt und dem Staate das Oberaufsichtsrecht über diese Privatvereine jederzeit vorbehält.

Wir gehen nunmehr über zu der Armenpolizei, unter welcher wir die ganze Thätigkeit der Staatsgewalt auf dem Gebiet des A. S. verstehen, soweit dieselbe mit irgend einem Zwange gegen die Armen oder den Vermögenden verbunden ist. Das ganze Gebiet der Armenpolizei ist sonach ein der neuesten Schule gänzlich unbekanntes. Die Ar-

teriellen Lage wie seines sittlichen Verhaltens zur Folge hat, als das Gegentheil. Und selbst da, wo die Ehe wirklich die Quelle der Verarmung geworden ist, hat nicht abgeleugnet werden können, daß eine Erschwerung derselben, und steigerte sie sich thatsächlich zu einem Verbote, den Folgen, die man damit vermeiden wollte, im Wesentlichen keinen Abbruch gethan hat. Für die richtige Handhabung der Unterstützung der Armen gelten folgende maßgebenden Gesichtspunkte: der Arbeitsfähige darf nur gegen Arbeit Unterstützung erhalten, und der wirklich nothwendige Bedarf muß zwar verabfolgt, jedoch so knapp zugemessen werden, daß kein allzu großer Reiz vorliegt, auf die Unterstützung zu recurriren. Diese Gesichtspunkte gelten freilich nicht für Kinder und nicht für Kranke; die Erziehungs-, Findel- u. Waisenhäuser, die Krankenhäuser, Blinden-, Irren-, Taubstummeneinrichtungen sind nach we- niger ökonomischen Grundsätzen einzurichten. Mehr kommen schon die obigen Gesichtspunkte für gesunde, jedoch arbeitsunfähige Arme in Betracht. Das Princip der strengsten Sparsamkeit muß bei diesen immerhin eingehalten werden, denn auch hier darf das Loos der Armuth nichts Verlockendes haben. Für die arbeitsfähigen erwachsenen Armen hat man vielfache Wege der Unterstützung einge-

nicht vergessen worden. Im Jahre 1848 machte sie sich abermals geltend und hat dieselben Erscheinungen hervorgerufen. Der Umstand, daß der Socialismus in Frankreich noch bis heute einen so festen Boden hat, ist lediglich dem Nachwirken dieser Idee vom Zweck des Staates beizumessen.

In Deutschland ist der Entwicklungszug während des Bestehens der karolingischen Monarchie ebenfalls oben bereits angegeben worden. Die weitere Entwicklung durch die verschiedenen einzelnen Staaten zu verfolgen, ist uns hier unmöglich. Im Allgemeinen ist sie der von England und Frankreich analog. Dieselben Ursachen erzeugten im Großen und Ganzen dieselben Wirkungen. Die Gesetzgebung befaßte sich anfangs fast ausschließlich mit der Verfolgung der Bettlerbanden. So die Reichsabschiede von Lindau 1497, von Freiburg 1498, von Augsburg 1500. Erst durch die Reichsrolizeiordnung von 1577 that man einen Schritt weiter, indem diese den Gemeinden durch das ganze Reich die Pflicht auferlegte, die arbeitsunfähigen Armen zu erhalten. Ein Besteuerungsrecht der einzelnen Bürger wurde jedoch hiermit nicht gegeben. Reicht das Vermögen der Gemeinde nicht aus, so können Bettelbriefe für die Armen ausgestellt werden, auf welche hin sie auswärts betteln dürfen. Hiermit schließt die Reichsgesetzgebung ab. Den Arbeitsfähigen gegenüber ist in Deutschland nie eine Verpflichtung eingegangen worden. Die Erfahrungen, welche man bei uns im 18. Jahrhundert machte, wo die Bettelei in einem Maße in Deutschland herrschte, daß wir uns heutzutage keine Vorstellung mehr davon machen können, haben jedoch auch bei uns zu sehr praktischen Bestimmungen über die Armenpflege gedrängt. Die obigen Gesichtspunkte sind dabei jedoch stets festgehalten worden. Zu erwähnen ist dabei nur, daß man in einzelnen Staaten den

eingedrängt hat, subsidiär in dem Sinne, daß man es für den Fall gestattet hat, wenn bei mangelnden Gemeindemitteln die freiwilligen Spenden nicht ausreichen. Die Privatsfürsorge für die Armen ist es jedoch, welche in Deutschland durch Armenunterstützungsvereine mit Naturalalmosen u. Verschaffung von Arbeit sich sehr verdient gemacht hat.

Literatur des A. S. Pilat, Ueber Arme und Armenpflege, Berlin 1804; Weber, Staatswirthschaftlicher Versuch über das A. und Armenpolizei, Göttingen 1807; Heiberg, Mitttheilungen über das A., Alt. 1835; Schmidt, Untersuchungen über Bevölkerung, Arbeitslohn und Pauperismus, Leipzig 1836; Volk, Staatswesen und Menschenbildung in Bezug auf National- und Privatarmuth, Berlin 1837 f., 4 Bde.; Kleinschrod, Der Pauperismus in England, Regensb. 1845; Derselbe, Die neue Armengesetzgebung Englands und Irlands in ihrem 20jährigen Vollzug, 1849; Fr. Engels, Die Lage der arbeitenden Klassen in England, Leipzig 1845; Hansen, Kritik des A. S., Altona 1834; Vogt, Das A. u., Bern 1853 und 1854, 2 Bde.; v. Steinbeis, Elemente der belgischen Gewerksbeförderung, im Bremer Handelsblatt, 1860; Morton Eden, The state of the Poor, London 1797, 3 Bde.; Senior, Statement of the provision of the Poor, 1835; Racfarlan, Untersuchungen über die Armuth, aus dem Englischen von Garva, Leipzig 1785; Degérando, La visiteur du pauvre, 1829, deutsch von Schelle, Quedlinburg 1831; Duchatel, Considérations de l'économie politique sur la bienfaisance, 2. Aufl., Paris 1836; Raville, De la charité légale, de ses effets et de ses causes, Gent 1836; Kleinschrod, Die neue Armengesetzgebung Englands und Irlands, Regensb. 1849; Ducpétiaux, Mémoire sur le pauperisme dans les Flandres, Brüssel 1850; Beihley, Pauperism and Poor Laws, Lond. 1852.

„Übersicht über das Württemberg Rechts“, in MOHL R. von, ROGGE K. A., SCHEURLEN C. F., WAECHTER K. VON., SCHRADER E., *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft*, band 6, Laupp, Stuttgart, 1829.

Source : Harvard Law Library

<https://books.google.fr/books?id=zHwYAAAAAYAAJ&pg=PA310&dq=W%C3%A4chter+subsidarit%C3%A4t&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwiGmbjvvozMAhWCTBoKHUAjDpMQ6AEIHTAA#v=onepage&q=W%C3%A4chter%20subsidarit%C3%A4t&f=false>

stellte. Ein solches Handbuch muß nothwendig einem sog. Gesetzbuche, weil dieses bloß ein detaillirtes, hauptsächlich den gegenwärtigen Rechtszustand in sich aufnehmendes Rechtsbuch seyn soll, vorangehen. Hat man dann dadurch einen festen und umfassenden Ueberblick über den gesammten Rechtszustand in seinem feinem Detail, und hat man dann, was ganz unerläßlich seyn wird, einige Zeit ihn geprüft: dann mag man getrost — nicht das Handbuch zum G.W. erheben, denn schon die Form des wissenschaftlichen Handbuchs würde dazu nicht taugen, sondern — ein deutsches Rechtsbuch auf die unter nr. 1. angegebene Weise daraus verfassen, und wir glauben dann einen weit sicherern, festern und geachteteren Rechtszustand prophezeihen zu können. Ob man dann die Subsidiarität des Röm. R.'s abschaffen solle, dieß ist eine Frage, die man — mit den Ständen in ihrem richtigen praktischen Tacte — verschieben kann, bis wir das Rechtsbuch haben. Es wird sich dann von selbst zeigen, daß wir diese Subsidiarität nicht mehr nöthig haben. Man kann sie aber auch — zum Zwecke der Belebung eines wissenschaftlichen Studiums — bei dem vorgeschlagenen Rechtsbuche ruhig beibehalten. Sie wird dann wenig schaden; denn sie wird praktisch wenig zur Sprache kommen.

Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, Band 1, p. 320.

II. Beschäftigung der Arbeitslosen.

In den meisten Fällen ist also eine Vorbeugung der Arbeitslosigkeit nicht in der Macht des Staates. Deshalb tritt denn nun die oben erwähnte subsidiäre Verbindlichkeit desselben ein, nämlich die Sorge daß die in ihren eigentlichen Gewerben nicht zu Beschäftigten auf eine andere Weise eine zu ihrer Ernährung hinreichende Arbeit erhalten, so daß sie im Stande bleiben, sich und ihre Familien vor Dürftigkeit zu schützen. Zu bedauern ist nur, daß auch hier die Mittel nicht immer den Forderungen entsprechen werden. Es kann nämlich die Regierung hier nur nachstehende Mittel, und zwar unter den anzugebenden Voraussetzungen und Bedingungen, ergreifen:

A. Gegen allgemeine Arbeitslosigkeit:

1) Die Anordnung öffentlicher Bauten, z. B. Anlegung von Straßen und Kanälen. Keinem Zweifel unterliegt, daß auf diese Weise sehr vielen Menschen ihr Auskommen gesichert werden kann, theils durch unmittelbare Theilnahme an der Arbeit, theils durch den bedeutenden Geldumlauf, welcher auch auf andere Gewerbe einen belebenden Einfluß hat. Unglücklicherweise aber kann dieses

312. Auch er verzweifelt an einem Mittel gegen diese fürchterliche Quelle der Armuth; denn das einzige, von ihm als möglich angesehene, nämlich die Aufhebung der Erfindungspatente, würde nur in schwachem Maasse wirken, da auch ohne solchen Schutz Maschinen erfunden und eingeführt werden würden und müßten. Und soll man in dem nun leider einmal bestehenden Kriege auf Tod und Leben zwischen der Industrie der verschiedenen Völker immer bloß sich vertheidigen? Dies ist bekanntlich schlechte Kriegeskunst.

in 1834 1900 S. 61.

3) Verwaiste und verlassene arme Kinder.

Zu den hilfbedürftigsten Armen, deren subsidiäre Verpflegung auf öffentliche Kosten keinen Augenblick zweifelhaft seyn kann, gehören arme verlassene oder älternlose Kinder. Es muß für sie so lange gesorgt werden, bis sie selbst ihren Unterhalt erwerben können, also bis mindestens in das 14 Jahr. In den meisten Fällen wird noch eine Unterstützung zu ihrer Unterkunft in einer Lehre bei einem Handwerker oder in einem Dienste auf dem Lande oder in der Stadt die Erziehung beschließen müssen ¹⁾. — Den

stand der Epitäler u. s. w., I, S. 124 fg., und in Caspar's Charakteristik der franz. Medizin, S. 58 sq. Die Preise sind in der Regel zwischen 2 und 6 Franken täglich, je nachdem der Kranke allein seyn, ein schöner ausgestattetes Zimmer haben will, u. s. f.

1) Ueber die Waisenspflege s. Goldbeck, über die Erziehung der Waisenkinder. Hamb., 1791; Kullfs, Versuch zur Beantwortung der Frage: wie sind Waisenhäuser anzulegen? Gött., 1785; Garve, in dem Anhang zu Macfarlan, S. 177 fg.; Zeller, Heinrich von Carlsberg, oder Briefe über die Waisenhäuser u. s. w. St. Gallen, 1806; Emmermann, Anleitung zur Einrichtung und Verwaltung der öffentlichen Armenanstalten. Gießen, 1814; Pfeuffer, über öffentliche Erziehung und Waisenhäuser. Bam., 1815. Eine, leider nicht vollendete, Geschichte der Waisenspflege giebt Krüger, in seinem Archive für Waisen- und Armenziehung, Hamb., 1825 u. 28, Bd. I, S. 1 fg., Bd. II, S. 1. fg. — Eine vollständige Literatur liefert: Kistelhuber, Wegweiser zur Literatur der Waisenspflege, des Volks-Erziehungswesens, der Armenfürsorge, des Bettlerwesens und der Gefängnißkunde, Cöln, 1831, S. 1

Daß der Staat subsidiär verbunden ist, Straßen anzulegen und zu erhalten, kann keinem Zweifel unterliegen; und zwar tritt diese Verpflichtung früher und in größerem Umfange ein, als bei manchen anderen Einrichtungen zum öffentlichen Nutzen. Auf Straßenbau als Privatunternehmen kann kaum gerechnet werden bei der großen Kapitalanlage einer, und der nur mäßigen Verzinsung anderer Seite²⁾; auch ist sie, da doch immer höhere Benützungsgeldesteuer abgaben gefordert werden müssen, somit ein bedeutender Theil des Nutzens dadurch verfehlt wird, nicht einmal wünschenswerth. Mehr allerdings kann und muß geschehen von den Gemeinden und Bezirken für die Anlegung von Straßen für den örtlichen Verkehr. Diese sind hinreichend betheiligte bei der Herstellung guter Wege zur Verbindung der Ortschaften mit einander, so wie der ganzen Gegend mit ihren Verkehrsmittelpunkten und den großen Heerstraßen, als daß sie nicht dazu willig sein sollten. In der Regel geht auch der Aufwand nicht über ihre Kräfte; doch mag auch hier schon ausnahmsweise in ärmeren Gegenden oder bei besonderer Kostspieligkeit der Anlage oder Unterhaltung ein Beitrag nöthig werden. Jeden Falles aber bleibt dem Staate die Sorge für die großen und allgemeinen Verbindungswege deshalb, weil nur von ihm das Straßen-Netz nach Einem großen, die verschiedenen Bedürfnisse der Gesell-

Straßen. I—III. Wien, 1807; Van Alen, Kurze pract. Anleitung zur Anlegung und Erhaltung der Kunststraßen. Berl., 1816; Cordier, Essai sur la construction des routes. Lille, 1823; Arnd, Der Straßen- und Wegebau. Darmst., 1827; Umpfenbach, Theorie des Neubaus . . . der Kunststraßen. Berl., 1830; Fid, Die Verwaltung des Straßen- und Brückenbaues. Kassel, 1831; Paulucci, Der Straßenbau in England. Wien, 1838.

2) England ist der einzige Staat, in welchem bedeutende Straßenzüge von Privatunternehmern erbaut worden sind. Allein obgleich eine vortreffliche Gesetzgebung solche Unternehmungen erleichtert, (s. Dupin, a. a. O.) und ein in anderen Ländern nicht gekannter Verkehr auch die Privatstraßen belebt: so sind doch theils die Verwaltungen derselben mit einer großen Schuldenlast, — im Jahre 1838 über 8 Mill. Pfd. St. Kapital und über 1 Mill. rückständiger Zinsen — beschwert; theils die Weggelder ein Gegenstand großer Beschwerde. Sind auch an Weidem zum Theile Fehler schuld, welche sich vermeiden lassen, so bleibt doch ein anderer Theil als nothwendige Folge des Privatunternehmens. S. Report of the commissioners appointed to inquire into the state of public roads. Lond., 1840.

Landrechte, welches Herzog Christoph in den Jahren 1552—55 verfaßt, und im Jahr 1555 publiciren ließ. Sein Zweck war, die viele Verwirrung und Unsicherheit in der Privatrechtsverfassung, welche durch die verschiedenen Gewohnheiten und ihren Kampf mit dem eindringenden Röm. Rechte erzeugt wurde, durch ein Rechtsbuch zu heben, in welchem ein, allen Orten Württembergs gemeinschaftliches Recht gegeben, die als subsidiäre Quelle bereits anerkannten Römischen und Kanonischen Rechte verständlich gemacht, und dabei die Germanischen Gewohnheiten nach Möglichkeit berücksichtigt werden sollten. Freilich ging dabei am Ende das, aus einer genauern Geschichte des Landrechts und den damals herrschenden Ansichten und Verhältnissen sich erklärende, Resultat dahin, daß der Hauptinhalt des Landrechts durch theils reines, theils vielfach

Württembergische Recht.

299

rechte als subsidiäres Recht das Römische und Canonische, welches, da doch der Lücken unsres Particularrechtes so viele sind, gewiß für mehr als die Hälfte des bei uns geltenden Privatrechtes noch unmittelbare Quelle ist. Die Praxis ist natürlich hier keine so wichtige Quelle, wie im Criminalrechte. Dabei ist in Beziehung auf sie nicht nur in unsern Gesetzen mehrfach ausgesprochen, sondern auch allgemein von unsern Würt. Schriftstellern und unsrer Civilpraxis selbst (s. auch unten No. 71.) mit Recht anerkannt, daß im Privatrechte die Praxis nicht gegen die Gesetze angehen darf, sondern jede, den Gesetzen widersprechende Praxis ungültig ist.

G. B., welches das Uebel eher noch vermehren würde, daß endlich bei der Unvollkommenheit des neuen G. B.'s die subsidiäre Gältigkeit der fremden Rechte fast nur dem Namen nach abgeschafft, und mit der Zeit immer mehr Raum gewinnen, und auch das neue G. B. doch immer nur Eigenthum einer Kaste bleiben würde. — Der Verf. will dagegen, daß das Bestehende, wie es ist, aufgefaßt, dem Volke immer näher gebracht, unter dessen stetem Einflusse und Mitwirkung allmählig durch Modificationen, Zusätze, Ausmerzungen u. s. w. immer volksmäßiger und vollkommener ausgebildet, und auf diesem Wege nach und nach die Subsidiarität der fremden Rechte abgeschafft werde. Zu dem Ende schlägt er vor a.) Abfassung von populären, für das Bedürfniß des zu richterlichen Geschäften berufenen schlichten Bürgers und Bauern paßlichen, Handbüchern des jetzt geltenden Rechtes; b.) einzelne neue Ges

stelle. Ein solches Handbuch muß nothwendig einem sog. Gesetzbuche, weil dieses bloß ein detaillirtes, hauptsächlich den gegenwärtigen Rechtszustand in sich aufnehmendes Rechtsbuch seyn soll, vorangehen. Hat man dann dadurch einen festen und umfassenden Ueberblick über den gesammten Rechtszustand in seinem feinem Detail, und hat man dann, was ganz unerläßlich seyn wird, einige Zeit ihn geprüft: dann mag man getrost — nicht das Handbuch zum G.B. erheben, denn schon die Form des wissenschaftlichen Handbuchs würde dazu nicht taugen, sondern — ein deutsches Rechtsbuch auf die unter nr. 1. angegebene Weise daraus verfassen, und wir glauben dann einen weit sicherern, festern und geachteteren Rechtszustand prophezeien zu können. Ob man dann die Subsidiarität des Röm. R.'s abschaffen solle, dieß ist eine Frage, die man — mit den Ständen in ihrem richtigen praktischen Tacte — verschieben kann, bis wir das Rechtsbuch haben. Es wird sich dann von selbst zeigen, daß wir diese Subsidiarität nicht mehr nöthig haben. Man kann sie aber auch — zum Zwecke der Belebung

eines wissenschaftlichen Studiums — bei dem vorgeschlagenen Rechtsbuche ruhig beibehalten. Sie wird dann wenig schaden; denn sie wird praktisch wenig zur Sprache kommen.

Alles genau zu bestimmen und zu entscheiden, wird natürlich auch das neue Rechtsbuch nicht im Stande seyn, und es ist in der That, so lange Menschen die Gesetz-B. machen, zu viel verlangt, wenn Georgii von einem G.B. will, daß darin für die Entscheidung aller denkbaren Fälle sich eine Norm vorfinde. Das Leben wird und muß auf Fälle und Fragen führen, für welche im G.B. sich keine Entscheidung findet, wie es auch schon sehr häufig auf Fragen führte, für welche man im Corpus juris keine Entscheidung fand. So wie man selbst bei der Subsidiarität des Röm. R.'s noch die Rechtsanalogie als Quelle nöthig hat: so ist sie auch bei

stelle. Ein solches Handbuch muß nöthwendig einem sog. Gesetzbuche, weil dieses bloß ein detaillirtes, hauptsächlich den gegenwärtigen Rechtszustand in sich aufnehmendes Rechtsbuch seyn soll, vorangehen. Hat man dann dadurch einen festen und umfassenden Ueberblick über den gesammten Rechtszustand in seinem feinem Detail, und hat man dann, was ganz unerläßlich seyn wird, einige Zeit ihn geprüft: dann mag man getrost — nicht das Handbuch zum G.B. erheben, denn schon die Form des wissenschaftlichen Handbuchs würde dazu nicht taugen, sondern — ein deutsches Rechtsbuch auf die unter nr. 1. angegebene Weise daraus verfassen, und wir glauben dann einen weit sicherern, festern und geachteteren Rechtszustand prophezeien zu können. Ob man dann die Subsidiarität des Röm. R.'s abschaffen solle, dieß ist eine Frage, die man — mit den Ständen in ihrem richtigen praktischen Tacte — verschieben kann, bis wir das Rechtsbuch haben. Es wird sich dann von selbst zeigen, daß wir diese Subsidiarität nicht mehr nöthig haben. Man kann sie aber auch — zum Zwecke der Belebung eines wissenschaftlichen Studiums — bei dem vorgeschlagenen Rechtsbuche ruhig beibehalten. Sie wird dann wenig schaden; denn sie wird praktisch wenig zur Sprache kommen.

Alles genau zu bestimmen und zu entscheiden, wird natürlich auch das neue Rechtsbuch nicht im Stande seyn, und es ist in der That, so lange Menschen die Gesetz-B. machen, zu viel verlangt, wenn Georgii von einem G.B. will, daß darin für die Entscheidung aller denkbaren Fälle sich eine Norm vorfinde. Das Leben wird und muß auf Fälle und Fragen führen, für welche im G.B. sich keine Entscheidung findet, wie es auch schon sehr häufig auf Fragen führte, für welche man im Corpus juris keine Entscheidung fand. So wie man selbst bei der Subsidiarität des Röm. R.'s noch die Rechtsanalogie als Quelle nöthig hat: so ist sie auch bei

setze in Beziehung auf solche Gegenstände, bei denen ein bestimmtes praktisches Bedürfniß Abänderung des bisherigen Rechtszustandes wünschenswerth mache; c.) Anordnungen von Seiten der Regierung zum Zwecke mehrerer Fixirung des Gerichtsgebrauches; endlich d.) folgende Einrichtung zum Zwecke der Fortbildung und Verbesserung des Rechts: jeder Sachverständige bemerke sich diejenigen Punkte des geltenden Rechts, bei welchen er Abänderung oder nähere Bestimmung für wünschenswerth hält. Hierauf werden einer Behörde, zu welcher von allen Gerichten, den Advocaten, und der Juristenfacultät die Mitglieder vorgeschlagen, und aus den Vorgeschlagenen von der Regierung ernannt werden, Bemerkungen mitgetheilt. Diese Behörde solle sich etwa je in 10 Jahren versammeln, das Eingekommene prüfen, was davon ihr das Beste scheint, ausheben, und vermöge im Allgemeinen zu ertheilender Bewilligung von König und Ständen in Form von Vorschriften an die Gerichte erlassen. Diese Erlasse erhalten dann 10 Jahre lang gesetzliche Gültigkeit, worauf dann eine neue ähnliche Behörde sie wieder prüft, und mit Rücksicht auf das inzwischen neu Eingekommene neue Bescheide erläßt, mit denen es, wie mit den früheren, gehalten wird. —

Diese Schrift erschien einige Wochen, ehe der Antrag der Commission bei den Ständen zur Berathung kam. Letzteres geschah am 12. März 1821. Das Resultat dieser Berathung, bei welcher man besonders die zwei Fragen trennte, ob ein neues deutsches G. B. wünschenswerth, und ob, falls auch ein solches erlassen würde, die Subsidiarität der fremden Rechte nicht doch beizubehalten sey — war, daß anerkannt wurde: a.) die letztere Frage sey auszusetzen, bis das G. B. wirklich vorgelegt worden; b.) der jetzige Rechtszustand bedürfe in einzelnen Beziehungen dringend einer, nicht bis zur Erlassung eines G. B.'s aufzuschiebenden, Reform; es sey aber außer-

Source :

<https://books.google.fr/books?id=JjZGAAAACAAJ&pg=PA65&dq=robert+mohl+subsidiarit%C3%A4t&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwiOqojXgsTLAhXE0hoKHSi-AAwQ6AEILTAC#v=onepage&q=robert%20mohl%20subsidiarit%C3%A4t&f=false>

65

aufgezählten Gegenstände, welche in dem R. Bl. zur öffentlichen gesetzlichen Kenntniß gebracht werden sollen. Eine etwas veränderte Einrichtung erhielt es durch die V. D. vom 2ten Dec. 1819, R. Bl. von 1820, Nro. 1; und durch die V. D. vom 10ten Nov. 1826, R. Bl., Nro. 41.

- 7) G. I n s t r u c t. für das D. Just. Colleg. II Senates, vom 4ten Mai 1806, §. 23, R. Bl., S. 39; R e s c r. vom 12ten Febr. 1807, R. Bl., S. 15; Gesetz ü. d. Anwendung des w. Rechtes in den neu erworbenen Landestheilen, vom 12ten Sept. 1814, R. Bl., S. 327. — Es ist zwar auch schon die Meinung aufgestellt worden, daß diese Aufhebung der neuw. statutarischen Rechte nur von solchen gelte, welche contra jus württ. laufen, die übrigen aber alle beibehalten werden; (s. W e i s h a a r, Privatrecht. 3te Aufl., Bd. 1, S. 3, 7, 36, und R e y s c h e r, Sammlung von Statutar-Rechten, Vorrede, S. III; Privatrecht, Bd. 1, S. 113 fg.; Ueber die Einführung der w. Gesetze in die neuen Lande. Tüb., 1838, 4. Allein wenn allenfalls auch zuzugeben ist, daß die Aufhebung der, anfänglich ausdrücklich gestatteten, Subsidiarität im Gesetze von 1814 nicht deutlich genug ausgesprochen ist: so ist doch nicht nur die entschiedenste Praxis aller Gerichte gegen jene, zu der schrecklichsten Verwirrung und Rechtsungewißheit führenden, Ansicht, sondern es geht auch aus der Geschichte der oben angeführten Gesetze hervor, daß die Absicht des Gesetzgebers nie eine andere war. S. hierüber: G e o r g i i, im Arch. für Civ. Prax., Bd. III, S. 160; und R. W ä c h t e r, in Sarweys Monatschrift, Bd. II, S. 13 fg.

§. 9.

C. Seit Einführung der Verfassung.

I. Die fremden Quellen

sind in diesem Zeitabschnitte der Art nach durchaus dieselben, wie in der zweiten Hälfte der unbeschränkten Monarchie. Es sind nämlich die gültig zu Stande gekommenen Bundesbeschlüsse. Die Thätigkeit der Bundesgesetzgebung ist übrigens in diesem Zeitraume verhältnißmäßig gering, und von all-

Mohl, Staatsrecht I. Bd. 2te Aufl.

5

hauptes, die Vornahme des betreffenden Rechtsverfahrens zu veranlassen. Es ist kein Grund vorhanden, für diese Verantwortlichkeit gegen das Staatsoberhaupt andere Behörden und Formen anzuwenden als die gewöhnlichen richterlichen. — Andererseits gegen die Unterthanen oder deren Vertreter. Wenn ein öffentlicher Diener durch rechtswidrige Handlung oder Unterlassung die Rechte eines Bürgers oder der Gesamtheit derselben verletzt, so ist er staffällig und, je nach den Umständen, zum Erfasse verpflichtet. Im Zweifel hat der Verletzte selbst den Richter anzugehen, und sind die gewöhnlichen Gerichte zuständig. Doch sind zuweilen eigene Behörden bestimmt zur Uebernahme der Ueberwachung und zur Anstellung der Klagen; ebensowohl besondere Gerichte zuständig, sei es für gewisse Gattungen von Beamten, sei es für bestimmte Arten von Vergehen. So z. B. die Volkstribune in Rom, der Justizmajor in Aragon und die volksvertretenden Versammlungen der Neuzeit, als Kläger; die Pairskammern und die Staatsgerichtshöfe, als Richter. — Ueber die subsidiäre Verpflichtung des Staates zur Entschädigung, s. § 33, S. 247.

4. Verschwiegenheit in Amtssachen. Es ist wünschenswerth, daß die Verwaltung im Ganzen möglichst öffentlich sei; allein sehr verschieden hiervon ist ein Ausplaudern der dem einzelnen Beamten durch sein Amt, und nur durch dasselbe, zur Kunde kommenden Geheimnisse des Staates oder Einzelner, namentlich wenn daraus Schaden entsteht. Hier ist Verletzung eines anvertrauten Gutes.

5. Dagegen hat der Beamte seinerseits vom Staate zu verlangen:

a) den gesetzlichen oder besonders versprochenen Gehalt seiner Stelle;

b) besondern Schutz gegen Bergewaltigungen im Amte oder wegen desselben;

37) OPPERMAN, H. A.

in REYSCHER A. L., WILDA . E., BESELER G., STOBBE O., *Zeitschrift für deutsches recht und deutsche Rechtswissenschaft*, O. Wigand, Tübingen, 1847.

Source : Harvard Law Library

https://books.google.fr/books?id=XXsYAAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gs_b_s_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

p. 115

Dem so zersplitterten und eben deshalb der wissenschaftlichen Auffassung widerstrebenden deutschen Rechte erwuchs nun aber ein gefährlicher Nebenbuhler in dem römischen Rechte³⁰⁷⁾, das in Italien nicht nur seit dem 10ten Jahrhundert als Nationalrecht der Einzelnen in Geltung geblieben, sondern allmählig auch als subsidiäres gemeinsames Recht neben dem longobardischen Volksrechte in Gebrauch gekommen war³⁰⁸⁾, dieses aber seit dem Aufblühen der Glossatoren-schule entschieden überflügelt, und besonders auch die Gunst der hohenstaufischen Kaiser gewonnen hatte³⁰⁹⁾. Durch die Glossatoren verbreitete sich die Ansicht, daß das römische Recht als ein wahres

301) N. Samml. d. R.A. II. S. 46. Malblant S. 33 – 38.

302) Böpfl S. 174 Not. 1.

303) Malblant S. 83 – 86.

304) Rittermaier, Strafverf. I. S. 53. 54.

305) Damhouder c. 37. Malblant S. 77 – 82.

306) Vorr. der P.G.D. v. Wächter, Symb. ad hist. CCC. p. 8. 9.

307) Eichhorn II. S. 266 – 269. III. S. 440 – 444. Böpfl II. 1. S.

308) Rittermaier, D. R. S. 117.

38) ORTLOFF H.F.

Lüge, falschung, betrug, theoretisch und practisch, in drei Abtheilungen dargestellt, Friedrich Fromman, Iéna, 1862.

Source : Harvard Law Library

https://books.google.fr/books?id=XuEPAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

p. 151 ; 157 ; 158 ; 159 ; 175.

C. Betrug. §. 23. Nach römischem Recht. 151

zur Erlangung eines Ersatzes des durch dolus überhaupt herbeigeführten Schadens zu brauchen war, unterscheiden kann ¹⁾).

War nun die actio de dolo im römischen Civilrecht eine subsidiäre Civilklage und wurde vorzugsweise der durch den dolus bewirkte schädliche Erfolg berücksichtigt, so lag doch in der damit verbundenen Infamie schon ein strafrechtliches Moment, von dem der Rechtsverletzer wegen des dolus oder der Geltendmachung seines bösen Willens gegen die Rechtsordnung betroffen wurde.

Vorzüglich hervorzuheben ist auch hier, dafs die actio de dolo nur dann anwendbar war, wenn kein anderes ordentliches Civilrechtsmittel gebraucht werden konnte; also in der Subsidiarität derselben lag zugleich ihre Natur eines aufserordentlichen Rechtsmittels.

Die Lex Cornelia de falsis begriff, wie erwähnt, die Fälschung von Testamenten und Geld, wodurch allerdings ein Betrug gegen

zu enthalten, oder welche an das *furtum* anstreiften, aus den bereits existenten Gesetzesbestimmungen herausgenommen und unter den

1) Der *Stellionat* war ein selbstständiger Verbrechensbegriff neben dem *falsum*, aber da bereits Fälle mit seinem Thatbestand unter das *falsum* gebracht waren und *crimina ordinaria* ausmachten, so stand der *Stellionat* als *crimen extraordinarium* nur in einem subsidiären Verhältniß zu jenen Fällen. Eine geübte Gesetzgebung hätte die Betrugsfälle aus dem *falsum* herausgenommen und den *stellionatus* zum ordentlichen Verbrechen gestempelt. Aber im römischen Recht liefs man sie da stehen, wo sie hingestellt waren und die Subsidiarität des *Stellionates* in einer Formel ausgedrückt, besagte nur: Der *Stellionat* ist ein eignes Verbrechen mit eignem Thatbestand; obgleich Handlungen von diesem Thatbestand bereits unter dem *falsum* stehen, aber doch eigentlich zum *Stellionat* gehören, so sollen sie doch als *falsum* gelten, aber alle Betrügereien mit diesem Thatbestand, welche nicht schon präoccupirt sind, fallen künftig unter den Begriff des *Stellionates*. — Richtig schon Stryk, *usus modern. tit. stellionatus*, §. 1; besser noch Böhm er, *elem. jur. or. II. §. 233*. Meister, *princ. jur. cr. §. 224*.

158 Zweiter Abschnitt. Empirische Darstellung.

stellionatus gestellt worden wären. Jedenfalls hat die Analogie der Subsidiarität der *actio de dolo* und ihr Verhältniß zu anderen *Civilklagen* auch die Veranlassung zur Aufnahme der Subsidiarität der *persecutio stellionatus* gegeben; auch nur diese Subsidiarität als solche und allein hat *Ulpian* veranlaßt, sofort auf die *actio de dolo* hinzuweisen, indem er beifügt: *quod enim in privatis judiciis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio*. Hätte der angegebene Unterschied zwischen *actio doli* und *de dolo*, der sachlich existirt hat, auch formell in der Benennung existirt, so würde *Ulpian* genauer gesagt haben: *quod enim in privatis judiciis est doli actio, indem er dann die spezifische Betrugscivilklage von der noch weiter gehenden Klage wegen doloser Beschädigung überhaupt geschieden hätte, und dann wäre die Parallele noch schärfer gewesen und man wäre dann auch darauf hingewiesen worden, dafs ausser der Subsidiarität auch alle übrigen Merkmale und Requisite der *actio doli* mindestens zur Annahme eines *Stellionates* erfordert würden. Da nun *Ulpian* die *actio de dolo*, die ja mehr als blofse betrügerliche oder durch Täuschung bewirkte Beschädigungen verfolgt, als*

Parallele aufgestellt hätte, so schloß man ¹⁾ daraus, im Stellionat sei aushülfsweise jede dolose Beschädigung oder mindestens jede durch Unredlichkeit erzeugte Läsion zu begreifen, und er dürfe nur angenommen werden, wenn die Voraussetzungen der actio de dolo vorhanden wären. Richtig bemerkte schon v. Wächter hiergegen, daß dann bei den bonae fidei negotiis gar kein Stellionat hätte vorkommen können und daß doch auch die accusatio stellionatus in Fällen zugelassen gewesen wäre, wo die actio de dolo gar nicht stattgefunden hätte, wie in L. 16. §. 1. L. 1. §. 2. D. de pignorat. actione (13, 7); man werde daher vielmehr den Grundsatz aufstellen müssen, daß nur die Subsidiarität das Vergleichungsmoment gewesen sei, daß also, wie die actio de dolo im Civilrecht bei einem begangenen dolus allgemeine Aushülfsklage dann sei, si alia actio non sit, der Stellionat bei dolus im Strafrechte dann allgemeines Aushülfsverbrechen sei, si alia accusatio non sit, si aliud crimen non sit, quod objiciatur. Dann aber, meint v. Wächter, sei der Stellionat nicht bloß in Hinsicht auf Fälschung und Betrug, sondern auch in Hinsicht auf andere dolose Handlungen, namentlich Treulosigkeiten, Aushülfsverbrechen gewesen; allein dafür dürfte es an Quellenzeugnissen fehlen und die angeführte Casuistik des Stellionates spricht eher für die Restriction auf Vermögensbeschädigung durch widerrechtliche Täuschungen.

1) S. die Schriftsteller bei v. Wächter a. a. O. S. 208.

Bereits Azo³⁾ hatte darauf hingedeutet, daß das falsum ein öffentliches Verbrechen sei, wobei das Anbieten einer genügenden Satisfaction vor der Anklage diese nicht paralyisiren könne, daß dagegen das crimen stellionatus kein öffentliches Verbrechen sei, da zu seiner Verfolgung nicht Jedermann legitimirt sei. Auch hatte schon Azo die Subsidiarität des letzteren Verbrechens richtig aufgefaßt. Von der Theorie des späteren Mittelalters wurde der Stellionat gänzlich übergangen, aber Hippolitus Bonacossa⁴⁾ berichtet unter Berufung auf Gomez und Menochius, daß der Begriff des Stellionates nur auf den Betrug in Obligationen, besonders auf die Verpfändung und die im römischen Recht ausdrücklich erwähnten Fälle beschränkt zu werden pflege⁵⁾.

Aus der Praxis des 16. Jahrhunderts ergibt sich so viel, daß jegliche Betrugsarten unter den Begriff: „Falsch“ oder „Falschheit“ fielen, daher sagt Rauchdorn⁶⁾: in summa wird falsch so

1) R. P. O. v. 1530. Tit. 29. v. 1548. Tit. 23. §§. 1. 2. v. 1577. Tit. 24 §§. 1. 2. R. P. O. v. 1548. Tit. 33. R. A. v. 1557. §§. 85. 86. R. P. O. v. 1577. Tit. 21. S. Gerstlecher a. O. S. 1352 — 1351

C. Betrug. §. 23. Nach römischem Recht. 159

Man könnte gegen den oben gemachten Unterschied zwischen actio doli und actio de dolo einwenden, daß Ulpian in der erwähnten Stelle nicht die ausschließliche Betrugsklage, also die actio de dolo et fraude, oder, wie wir sie genannt haben, die actio doli gemeint habe, weil er sonst einen derartigen Zusatz gemacht haben würde; allein darauf kam es ihm gar nicht an, sondern nur auf die Parallele der Subsidiarität und deshalb konnte er die Klage wegen jeglicher dolosen Beschädigung in jedweder Form, also die actio ex oder de dolo überhaupt zur Vergleichung nehmen.

Hält man sich streng an das römische Recht, so wird man zu dem Resultat kommen, daß der Stellionat nicht mehr als ein Ausbülfsverbrechen in Rücksicht auf furtum und falsum gewesen ist, und zwar nur den eigentlichen Betrug an Vermögensrechten Anderer begriffen hat. Rein's Definition ist vollkommen richtig: „stellionatus ist die absichtliche bösertige Täuschung eines Andern (indem dieser zu einem Irrthum in Ansehung irgend eines Verhältnisses ver-

Liberalismus, Socialismus und christliche Gesellschaftsordnung, III, Der Moderne Socialismus, Mit Approbation des hochw. Herrn Erzbischofs von Freiburg, Herder, Freiburg im Breisgau, 1900.

156 2. Kap. Die theoret. Grundlagen des marxistischen Socialismus.

leben“, antwortete: Je n'en vois pas la nécessité, so entfernte sich diese Antwort nicht nur von dem Gesetze der christlichen Nächstenliebe, sondern auch von dem einfachen, reinen Naturrechte¹. Auf Grund der göttlichen, allgemeinen Einweisung des Menschengeschlechtes in die Güter der Erde hat jeder einzelne einen rechtlichen Anspruch auf das, was ihm zur Erhaltung seines Lebens wirklich nothwendig ist. Darum sind alle rechtlich befugt, durch ehrliche Arbeit ihren Unterhalt zu erwerben, und niemand darf sie daran hindern. Ueberdies ist im Staatszwecke die Pflicht der leitenden Gewalt eingeschlossen, über die Gestaltung des wirtschaftlichen Lebens in einer Weise zu wachen, daß in der Regel die ehrliche und fleißige Arbeit ihre gebührende Vergeltung finde. Schließlich liegt der Gemeinde oder dem Staate subsidiär die Pflicht ob, für die Bedürftigen, die ihren Unterhalt nicht finden können, in irgend einer entsprechenden Weise Sorge zu tragen.

Allein ein directer Anspruch gegenüber der Gesellschaft auf unmittelbare Ueberweisung eines Existenzminimums entbehrt jeder Begründung. War ja doch jenes Recht des Menschen, überall zu jagen, zu fischen u. s. w., lediglich ein hypothetisches Recht, welches nur insofern und so lange Geltung haben konnte, als etwa ein exclusives Eigenthumsrecht an Grund und Boden noch nicht bestand; ferner keine Servitut, kein dingliches Recht an einer bestimmten Sache, keine positive Herrschaftsbefugniß über irgend ein bestimmtes einzelnes Grundstück, welche der Eigenthümer nach vollzogener Occupation hätte anerkennen bzw. ablösen müssen, sondern einzig eine den Verhältnissen entsprechende Form der Ausübung des ganz allgemeinen absoluten persönlichen Rechtes auf Erwerb der nothwendigen Existenzmittel.

¹ Vgl. hierzu Julius Wolf, *Socialismus und kapitalistische Gesellschaftsordnung* (Stuttgart 1892) S. 613.

wurde¹. Man beschloß die sofortige Errichtung von Nationalwerkstätten (ateliers nationaux). Kurze Zeit nachher hatten bereits 85 000 Personen von dem gewährten Rechte Gebrauch gemacht. Als das Proletariat in der Junischlacht unterlegen war, wurde das „Recht auf Arbeit“ wieder begraben, bis Fürst Bismarck in der Sitzung des deutschen Reichstages vom 9. Mai 1884 von neuem eine Lanze für dasselbe einlegte.

Zweifelsohne hat jeder Mensch ein Recht, Arbeit zu suchen und zu üben.

Aber eine andere Frage ist es, ob der Staat subsidiär, rechtlich verpflichtet sei, Arbeit zu gewähren, wenn solche bei einem Privatunternehmer nicht gefunden wurde.

Für die Existenz eines derartigen Rechtsanspruches gegenüber Staat oder Gemeinde fehlt jeglicher Beweis.

Consequent durchgeführt, würde ferner dieses „Recht“ die gänzliche Verdrängung der Privatwirtschaft durch die Staatswirtschaft zur Folge haben. Denn wird einmal anerkannt, daß jeder Bürger vom Staate Arbeit rechtlich verlangen kann, dann wird man auch aus Rücksichten der Billigkeit nicht an dem weitem Zugeständnisse vorbeikommen können, daß jene Arbeit den Fähigkeiten und der Vorbildung jedes einzelnen entsprechen müsse. Das war es gerade, was Louis Blanc im Sinne hatte. Der Staat sollte als Producent und Concurrent auf allen Gebieten auftreten und mit seiner großen Geldmacht die privaten Unternehmungen verdrängen. In den

¹ Dieselbe lautete folgendermaßen:

Proclamation par laquelle le Gouvernement provisoire s'engage à fournir du travail à tous les citoyens. Paris, 25 février 1848.

République française,

Le Gouvernement provisoire de la République française
S'engage à garantir l'existence de l'ouvrier par le travail;
Il s'engage à garantir du travail à tous les citoyens etc.

Lehrbuch der Nationalökonomie, 5. Band, Allgemeine Volkswirtschaftslehre III : Der volkswirtschaftliche Prozess : 3. Tauschverkehr. 4. Einkommens- und Vermögensbildung. 5. Störungen des volkswirtschaftlichen Prozesses, Herder and Co, Freiburg im Breisgau, 1923.

Source : Bayerische Staatsbibliothek

<http://www.mdz-nbn-resolving.de/urn/resolver.pl?urn=urn:nbn:de:bvb:12-bsb11124045-6>

Der Zweck des Staates, die Wohlfahrt des Volkes, das Gemeinwohl, und andererseits die Pflicht der Staatsbürger, nach Maßgabe ihrer Leistungsfähigkeit auch positiv zum Gemeinwohl beizutragen, bildet also eine sichere Rechtsgrundlage für die Heranziehung des Besitzes zu den Lasten des Armenwesens im weitesten Sinne des Wortes. Dieselben Rechtsprinzipien dürften auch die Belastung des Besitzes mit Abgaben für Kulturaufgaben¹ rechtfertigen, die unter den Begriff der allgemeinen Volkswohlfahrt fallen und von dem Gemeinwohl mit Bestimmtheit gefordert werden, darum dem Zweckbereich des Staates angehören. Vielleicht eröffnet sich hier prinzipiell der Weg, um übergroße Vermögensbildung einzuschränken, ohne daß man hierfür auf ein unbeweisbares Obereigentum des Staates zurückzugreifen oder dem Staate die direkte Durchführung der Einkommens- und Vermögensbildung zu überantworten brauchte. Begründet der Staatszweck ein solches steuerliches Eingreifen des Staates, so begrenzt es dasselbe auch. Es würde den Anforderungen der Volkswohlfahrt nicht entsprechen, wenn staatliche Lasten durch Übermaß die Erhaltung, Entwicklung, den Fortschritt der Produktion und der ganzen Volkswirtschaft in Frage stellten.

3. Das Verhältnis von öffentlicher Armenpflege und privater Wohltätigkeit. Wilhelm Roscher² sagt, daß „auf den höheren Stufen der volkswirtschaftlichen Entwicklung“ die weltlich-obrigkeitliche Armenpflege immer nötiger werde. Vielleicht ist die heutige Unzulänglichkeit der kirchlichen und privaten Wohltätigkeit wenigstens in ihrer ganzen Größe zum Teil auch ein Merkmal des religiösen Niederganges, des in den Herzen vieler ersterbenden Christentums.

Wie dem immer sei, gänzlich verfehlt wäre es, wollte die öffentliche Gewalt die Leitung der ganzen Armenpflege in die Hand nehmen. Sie würde damit ihre Befugnisse überschreiten, die Rechte der Kirche, der Armen, der Besitzenden verletzen. Man darf eben nicht vergessen, daß die öffentliche Armenpflege, wenigstens dem idealen Prinzip nach, an zweiter Stelle steht, subsidiär berufen ist. Würde die kirchliche und private Liebestätigkeit zur Steuerung der Not ausreichen, dann fehlte, wie gesagt, dem Staate die nur aus seinem Zwecke (Gemeinwohl) hergeleitete Befugnis zur Belastung des Besitzes. Wenn und weil aber die kirchliche und private Wohltätigkeit praktisch nicht mehr genügt, ist die öffentlich-obligatorische Armenpflege unerlässlich und darum auch berechtigt.

Heute wird die nähere Abgrenzung des Arbeitsgebietes der öffentlichen und privaten Wohltätigkeit unter gleichzeitiger Herstellung fester Beziehungen zwischen beiden als das praktisch richtige

¹ Die Pflichten des Reichtums. Zwei Aufsätze von Andrew Carnegie (1894), ein Abdruck aus der North-American Review und der Pall Mall Budget. Der Verfasser empfiehlt die gemeinnützige Verwendung des Überflusses für wissenschaftliche, karitative, religiöse Zwecke.

² System der Armenpflege und Armenpolitik³ (1894) 89.

Lehrbuch der Nationalökonomie, 1. Band, Grundlegung, Herder, Freiburg im Breisgau, 1905

Source : University of California

<https://archive.org/details/lehrbuchdernati00pescgoog>

Bedürfnisse. Ohne diesen, den einzelnen Bürgern im Bedürfnisfalle gewährten Schutz ihrer Rechte gäbe es keine Sicherheit und wäre es allen unmöglich gemacht, die zeitliche Wohlfahrt zu gewinnen und zu bewahren. Würde ferner nicht der einzelnen Ungerechtigkeit entgegengetreten, dann müßte notwendig, bei der Macht der menschlichen Leidenschaft, das Verbrechen in einer Weise zunehmen, welche den Fortbestand der staatlichen Gesellschaft in Frage stellte. Andererseits darf im Interesse der Ordnung und des öffentlichen Friedens den einzelnen Bürgern die gewaltsame Durchsetzung ihrer Rechte regelmäßig nicht gestattet werden.

2. Was aber die Hilfe betrifft, so hat der Staat es hier an und für sich unmittelbar mit der Allgemeinheit, nicht mit den Einzelpersonen zu tun. Indem der Gesamtheit der Bürger oder ihren Gruppen solche soziale Vorteile geboten werden, deren Erreichung nur durch die im Staate vereinigte Kraft möglich ist, kann der einzelne als Glied der Gesellschaft in und mit der Gesamtheit an jenen Gütern und Veranstaltungen teilnehmend selbsttätig sein Privatwohl positiv verwirklichen. Dem Zwang unterliegt der Gebrauch nur dann, wenn die willkürliche Ausschließung des einzelnen von der Benutzung der sozialen Gemeingüter der Gemeinschaft selbst zum Schaden gereichen würde. In gewissen Fällen und unter bestimmten Voraussetzungen wird jedoch die direkte und positive Fürsorge auch für den einzelnen Bürger zur Pflicht des Staates. Wann und wo z. B. die private Wohltätigkeit, wie das heute oft der Fall, nicht mehr ausreichend ist, um für alle Hilfsbedürftigen, Kranke, Arme usw. gebührend zu sorgen, da muß der Staat mit seinen Mitteln ergänzend eintreten. Das eigene Wohl des ganzen Volkes, die Rechtssicherheit, die öffentliche Sittlichkeit usw., ganz abgesehen von Gründen der Humanität, lassen es unerträglich erscheinen, daß die Armen und Kranken hilflos oder mit unzureichender Hilfe ihrem Elend überlassen bleiben. Hier ist der Staat ohne Zweifel befugt, die auf dem Besitz ruhende Liebepflicht des *Almoesens* in gewissem Sinne und in richtigem Umfange durch sein Gesetz in eine positive Rechtspflicht (Leistung der Armensteuer) umzusetzen im Interesse des öffentlichen Wohles und auch im Interesse der privaten, einzelnen Personen, denen, bei aller Entwicklung der sonstigen öffentlichen Einrichtungen, durch ihr persönliches Unglück die Möglichkeit der Selbstbetätigung im Dienste der eigenen Wohlfahrt dauernd oder zeitweilig genommen bleibt. Der Staat wird freilich bei der Armenpflege die private Wohltätigkeit, wo dieselbe ausreicht, in keiner Weise unterdrücken und verdrängen. Auch die beste gemeindliche, provinzielle, staatliche Fürsorge kann ja der freien Liebestätigkeit nicht entraten. Aus dem Umstande, daß der Staat prinzipiell und ursprünglich nur subsidiär, lediglich zur Ergänzung der privaten Liebestätigkeit berufen erscheint, folgt unseres Erachtens aber nicht, daß nun die öffentliche Armenfürsorge zeitlich immer erst Platz greifen dürfe, nachdem die private Fürsorge sich tatsächlich als unzureichend bereits erwiesen hat. Da die öffentlichen Körper, die über die

Allseitigkeit des Zweckes nun muss Brie, da er sie als Charakteristikum des Staates überhaupt hinstellt, im Bundesstaat sowohl dem Gesamt- als den Gliedstaaten, als welche beide wirkliche Staaten sein sollen, zuschreiben. In der That schreckt er vor der logischen Bedenklichkeit dieser Gedankenoperation nicht zurück. „Der Bundesstaat ist zugleich Bund und Staat; er ist also einerseits ein aus Staaten zusammengesetztes, föderativ organisirtes Gemeinwesen, und andererseits ein aus Menschen zusammengesetztes Gemeinwesen mit einer principiell alle Zwecke des menschlichen Lebens umfassenden Aufgabe und Zuständigkeit“. „Die Glieder des Bundesstaats aber sind gleich dem Ganzen wirkliche Staaten, denn auch ihnen kommt eine principiell alle Seiten des menschlichen Lebens umfassende eigene Aufgabe und Competenz zu“¹⁶⁸). Wie überhaupt im Begriffe des Staates nach Brie der Allseitigkeit seiner Wirksamkeit deren Subsidiarität ermässigt entspricht¹⁶⁹), so soll auch der Gesamtstaat nur subsidiär für die Gliedstaaten eintreten. „Den Gliedstaaten fällt zunächst die Erfüllung der staatlichen Aufgaben anheim, und der Gesamtstaat ist nur soweit (soweit aber auch in jeder Beziehung) zur Verwirklichung des Staatszwecks berufen, als diesem durch die Gliedstaaten keine genügende Befriedigung zu Theil wird“¹⁷⁰). Den Gliedstaaten sei bei Begründung des Bundesstaats ihre bisherige Staatsgewalt — mit Ausnahme der auf jenen übertragenen Befugnisse — verblieben. „Dadurch ist schon der durchgreifende rechtliche Unterschied zwischen diesen Gemeinwesen und kommunalen Körperschaften fixirt. Durch ihren principiell unbegrenzten Wirkungskreis würden die Einzelstaaten in den modernen Bundesstaaten sich juristisch als wirkliche Staaten charakterisiren, wenn auch noch so viele einzelne Funktionen ihrer Competenz entzogen wären“¹⁷¹). Schliesslich auf die Souveränität zurückkommend, erklärt Brie nur den Bund für souverän, die Gliedstaaten für nichtsou-

¹⁶⁸) a. a. O. S. 95, 96.

¹⁶⁹) a. a. O. S. 5, 6.

¹⁷⁰) a. a. O. S. 100.

¹⁷¹) a. a. O. S. 106.

Aber auch die Attribute, welche Brie dem Zweckmoment im Staatsbegriffe beilegt, die Allseitigkeit und Subsidiarität, erweisen sich als unzulänglich. Treffend führt Laband aus, dass jene Allseitigkeit des Zweckes eine *contradictio in adjecto* ist; „der Verzicht, den Zweck zu präzisiren“¹⁷⁹⁾. Wohl kann dem Staate die unumschränkte freie Wahl seiner Zwecke oder besser seiner Aufgaben zustehen, dies ist aber nichts andres, als die Selbstbestimmung, die Souveränität oder präziser die Kompetenz-Kompetenz. Unmöglich jedoch kann man einerseits die Existenz nichtsoveräner Staaten anerkennen, und zugleich andererseits die Kompetenz-Kompetenz als entscheidendes Kriterium für den Staatsbegriff überhaupt aufstellen. Auch *in concreto* ist es falsch, dieselbe sowohl dem Reich als den Gliedstaaten zuzuschreiben, „denn das Reich kann seine Kompetenz auf Kosten der Einzelstaaten erweitern, aber nicht die Einzelstaaten auf Kosten des Reichs“¹⁸⁰⁾.

Was ferner die Subsidiarität betrifft, so mag es vielleicht ein richtiger politischer Grundsatz sein, dass der Staat nur solche Dinge auf sich nehme, welche die ihm eingeordneten Korporationen und Einzelnen nicht oder nicht ebenso gut besorgen können. Aber ein Rechtssatz ist es nimmermehr, und thatsächlich beschränkt sich *in concreto* der Staat keineswegs auf diese subsidiäre Rolle. Am allerwenigsten aber trifft diese Subsidiarität auf das Verhältniss des deutschen Reichs zu den Einzelstaaten zu, vielmehr kommt erst das Reich, welches den Einzelstaaten nur den Rest übrig lässt¹⁸¹⁾. Und endlich — selbst wenn man einmal die Voraussetzungen Brie's, von ihrer inneren Unhaltbarkeit absehend, zugeben wollte, lässt sich nicht erkennen, dass er auf Grundlage des Zweckmoments den begrifflichen Unterschied zwischen Staat und Kommune irgend besser entwickelt habe, als die von ihm — und mit Recht — verworfene Theorie Rosin's. Schon Laband bemerkt, dass sich wohl kaum irgend ein Zweck denken lasse, dessen

¹⁷⁹⁾ Archiv a. a. O. S. 318.

¹⁸⁰⁾ Ebenda S. 319.

¹⁸¹⁾ Vgl. Laband a. a. O. S. 319.

41) PUCHTA, G. F.

Pandekten, J. A. Barth, Leipzig, 1852.

Source : Bibliotheca Regia Monacensis

https://books.google.fr/books?id=h6VDAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

150

Rechtsverhältnisse: Schutz der Rechte.

tas) beruht, deren Anforderung und Wirkung die Behörde in dem concreten Fall zu prüfen und zu leiten hat ^{c)}.

B. Veranlassung.

§. 101.

Die Veranlassung der Restitution ist ein durch das Recht selbst (z. B. durch die darin gesetzten Fristen, die jemand versäumt, durch die bestehenden Grundsätze über die Gültigkeit der Rechtsgeschäfte, mit deren Abschließung sich jemand benachtheiligt hat) verursachter Nachtheil (Läsion). Darin liegt die Subsidiarität der Restitution, ihre Ausschließung, wenn schon das gewöhnliche Recht eine Hülfe giebt ^{a)}, ferner ihre Ausschließung, wenn ein Zufall ^{b)}, oder die unentschuld bare Nachlässigkeit des Verletzten ^{c)} die Ursache der Läsion ist. Uebrigens kann der Nachtheil ein positiver Schaden oder entgangener Gewinn ^{d)}, er braucht nicht nothwendig ein sehr be-

c) L. 3 D. de in int. rest. (4. 1): Omnes in integrum restitutiones causa cognita a praetore promittuntur, scilicet ut iustitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit. Etwas anderes ist die Restitution als Gegenstand eines gewöhnlichen Rechtsmittels, durch welches ein ipso iure bestehender Zustand angefochten werden kann, während die Voraussetzungen dieser Anfechtung bestimmt gegeben sind, und die Behörde nur, wie bey jedem andern Rechtsfah auch, die Aufgabe ihrer Anwendung auf den concreten Fall hat, ohne über ihre Rechtmäßigkeit selbst ein Urtheil zu haben. Manche Fälle der i. i. r., die es im früheren Recht

„Dispositives und mittelbar geltendes Recht“, in Laband, P. Mayer, O., *Archiv für öffentliches Recht* 21, *Archiv für öffentliches Recht*, Band 3, 1907, p. 380-409.

weder das Intestaterbrecht für den Fall der Testamentserrichtung noch ein solches Reichsgesetz für den Fall der Erlassung eines dieselbe Materie regelnden Landesgesetzes gelten will und dass es daher in beiden Fällen unzutreffend ist, von einem „ausser Geltungsetzen“ zu sprechen.

Der wirkliche Grund, warum die Bezeichnung „dispositives öffentliches Recht“ für die von JELLINEK erwähnten Rechtssätze zu perhorreszieren ist, liegt vielmehr darin, dass diese Bezeichnung, wenn ich so sagen darf, bereits vergeben ist, da sie in erster Linie jenen Sätzen des öffentlichen Rechtes gebührt, die mit dem dispositiven Privatrecht *s ä m t l i c h e* Begriffsmerkmale gemein haben. Zwar würde an sich nichts hindern, von öffentlich-rechtlichen Dispositivbestimmungen in einem zweifachen Sinne zu sprechen: von solchen, die durch den Parteiwillen, und von solchen, die durch einen autoritären Willen ausser Anwendung gesetzt werden können. Allein zunächst liegt kein Grund vor, die für diese letzteren Bestimmungen eingebürgerte Bezeichnung „subsidiäres Recht“ fallen zu lassen, und dann müsste man konsequenterweise diesen Doppelsinn auch in das Privatrecht hineinragen und nun auch Rechtssätze wie z. B. die, durch welche ein dispensables Ehehindernis statuiert wird, für dispositives Recht erklären. Dass hiedurch die Terminologie nicht an Klarheit gewinnen würde, liegt auf der Hand.

Wichtiger als diese Frage, ist jedoch eine andere, der wir uns nun zuwenden wollen. JELLINEK glaubt nämlich, seinen Begriff des dispositiven Staatsrechtes zur Erklärung einer Reihe von Erscheinungen verwerten zu können, die trotz ihrer eminenten praktischen Bedeutung in der Theorie eine durchaus problematische Existenz führen. Es handelt sich um die Frage, wie jene weder dem geschriebenen noch auch — nach der herrschenden Ansicht — dem ungeschriebenen Verfassungsrecht angehörigen Regeln juristisch zu qualifizieren sind, die das gegenseitige Verhältnis zwischen Staatsoberhaupt, Regierung und

Amtsärzte, Amtswund- und Hebeärzte), etwa für Impfwesen, Quarantäne u. s. w. zu decken. Eine außerordentliche Ausgabe verursachen bisweilen die Seuchen, Epidemien und Viehseuchen (Epizootien), indem sie Absperrungsmaßregeln u. s. w. nothwendig machen (c).

3) Das Hilfs- und Armenwesen (öffentliche Wohlthätigkeit, II, S. 324 ff.). Die Staatscasse wird hiefür mit Recht im Allgemeinen nur ausnahmsweise und etwa nur subsidär in Anspruch genommen, indem die freiwillige (Privat-), eventuell die kirchliche und Stiftungsarmenpflege eintreten und, wo eine gesetzliche Armenpflege und unter Umständen ein Recht auf Armenunterstützung besteht, die Gemeinden, Kreise und deren Verbände die Pflichtigen sind (d). Der Staat wird bei einzelnen öffentlichen Nothständen (Mißwachs, Wassersnoth, Kriegsverheerung u. s. w.) mit Geldmitteln, öfters übrigens nur vorschußweise, oder mit Steuernachlaß, was ja auch nur eine Form der

Unterstützung ist, Hülfe gewähren müssen (e). R. W.

- (a) *B. V. Preußen*, Statist. Bur. 31·200 Thlr., daneben noch besonders für d. meteorol. Instit. 7300. Die Ausgabe ist in den verschiedenen Staaten nicht nur nach der Größe der letzteren und der Umfassendheit der Arbeiten, sondern auch nach der ganzen Stellung und Einrichtung der Bureaus verschieden, je nachdem sie nur die letzten Concentrirungs- und Public.-Arbeiten oder schon frühere Sammel- und Concentrirungsarbeiten (aus den Urlisten u. s. w.) zu machen haben. *S. A. Wagner*, Art. Statistik, Staatswörterbuch X, 448. *Stein*, Verwaltungsl. bef. B. 2.
- (b) Diese Kosten sind nach der Methode der Volkszählung, der Specialität derselben (namentl. neuerdings eingehende Eigenschaftstat. der Bevölk.) und je nachdem die Zählung mit anderen statist. Aufnahmen (über Wohnungen, Viehstand, Gewerbewesen u. s. w.) verbunden ist, sehr verschieden. Wo die Selbstzählung und die Zählung durch freiwillige und unentgeltl. dienende Zähler stattfindet (wie vielfach in Deutschland), sind die Kosten geringer, ohne indessen zu verschwinden. Vielmehr gilt hier das in §. 55 über Ehrenämter Gesagte. *S. nam. Engel* i. d. *Ztschr. d. preuß. stat. Bur.* 1870 über Kosten d. Volkszähl. S. 33 ff. *B. V. Oester. Censur* v. 1857 2 Mill. fl., *Brit.* v. 1861 250·000 Pfd. St., *Verein. St.* v. 1861 1,8³ Mill. D., *Belg.* v. 1866 über 644·000 Fr. Die 10 jähr. Periode der Zählung empfiehlt sich auch vom Kostenstandpunkte aus. *Engel* a. a. O. S. 41 veranschlagt bei theilw. Benutzung unentgeltl. Zähler für die nächste Volkszählung die Ausgabe Preußens auf 191·000 Thlr.
- (c) Ausgabe des Staats für öffentliches Gesundheitswesen, meist ohne die betreff. Anstalten, welche an Univers. u. s. w. mit für Lehrzwecke dienen: *Oesterreich* westl. Th. 1870 668·000 fl. — *Preußen* 1870 für d. Provincial-Medicinalbehörden 56·637, für Kreismedicinalbeamte 225·161, für Heil- u. Wohlthätigkeitsanst. u. spec. Unterrichtsanst. 328·152 Thlr., zus. (i. Kultusminist. veranschlagt) 609·950 Thlr. — *Baden* 1870 ohne d. Universitätskrankenheil- u. d. Irrenanst. 94·976 fl. nebst 14·600 für

„Über das Daseyn und die Natur des deutschen Rechts“, Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft, O. Wigand, Leipzig, 1839.

p. 29 ; 32.

heit gereiche, daß in den Staaten des deutschen Bundes Veränderungen in den bestehenden Landesverfassungen nur auf verfassungsmäßigem Wege, d. h. nach gehöriger Berathung und mit Einverständnis der Landstände, verfügt werden können ¹⁾.

§. 8. Recht der Steuerverwilligung (Subsidiar-Princip?).

Das Steuerrecht war ursprünglich so wenig in der Landeshoheit begriffen, als das Recht der Satzung oder Gesetzgebung; denn wenn schon die Landesherren seit dem 14. Jahrhundert sich häufig auf die Landeshoheit als Quelle desselben beriefen ²⁾, und

1) Hannov. Gesetzsaml., Nr. 4. S. 12.

2) J. B. in einer holsteinischen Urkunde v. 1349 (Westphalen, Monum.): Exactiones et petitiones et servitia in Villis et terminis, quibus communis terra Terrae Domino obligatur. Ebenso Herzog Albrecht IV. von Baiern i. J. 1488 (bei Gramer, Bair. Landtagsverhandlungen).

Auch in den neuen hannöverschen Landen trat fast überall dasselbe Verhältniß ein. Wie in Lüneburg das Schatz-Collegium entstanden war, so in Ostfriesland das Administratoren-Collegium. Auch hier und ebenso in Osnabrück hatten die ersten Steuern zum Zwecke, dem Kammer- und Tafelgute die Lasten der Verwaltung zu erleichtern, sei es durch Uebernahme von Schulden oder durch Beiträge, welche sich zum Theil wieder in Schuldübernahmen verwandelten, wie in Ostfriesland, wo die osterhoutischen Accordgelder auf diesem Wege berichtigt wurden, oder durch Ankauf von Immobilien zur Vermehrung des Tafelguts, wie in Osnabrück ¹⁾.

Allerdings ist das Subsidiar-Princip durch Vermehrung der Steuern und dadurch, daß eine Anzahl von Ausgaben bleibend auf die Landescaffe übernommen werden, etwas verdunkelt worden. Allein die Subsidiarität der Steuer schließt einen großen Betrag der-

selben nicht aus, welcher vielmehr durch die relative Größe der Staatsausgaben und die daraus hervorgehende Unzulänglichkeit der Kammereinkünfte von selbst bedingt ist. Auch daß die Steuer, welche ursprünglich nur in Nothfällen verwilligt wurde, nach und nach eine ordentliche Abgabe von sehr großem Umfange geworden, und daß davon solche öffentliche Einrichtungen unterhalten werden, wofür sonst die Beden und Bogtrechte als Gegenleistungen dienten, die doch gleichfalls meist noch fortbestehen, ist nicht zu läugnen. Allein schon in frühern Zeiten betrug die öffentlichen Abgaben zuweilen sehr viel, wie denn Spittler ²⁾ berechnet, daß unter Kurfürst Ernst August zu Ende des 17. Jahrhunderts allein die unmittelbaren Steuern einen armen Häusling mit Frau und zwei Kindern über 14 Jahren, ohne den Besitz des geringsten Stückes Landes oder Viehs, jährlich mindestens 9 Thlr. betroffen, worunter Schutzgeld 1 Thlr., Brodkornlicent 3 Thlr., Kopfgeld 4 Thlr. Schwer begreiflich ist es freilich, wie die Bevölkerung eines Landes, das nicht durchaus zu den ergiebigsten gehört, bei dem rühmlichsten Fleiße, der seine Bewohner auszeichnet, solche und andere Abgaben neben den grundherrlichen Lasten, welche in den alten hannoverschen Provinzen gleichfalls sehr drückend sind ³⁾, lange Kriegsjahre hindurch

1) Stüve, Ueber die Lasten des Grundeigenthums, S. 48.

2) Geschichte von Kalenberg, a. a. D. Th. VII. S. 275.

3) Carstens, De success. villicali in Ducatu Luneb. Goett. 1763. §. 17—22.

„Die Einheit des Gemeinen Deutschen Rechts“, REYSCHER A. L., BESELER, G., WILDA W. E., STOBBE O., in *Zeitschrift für deutsches recht und deutsche rechtswissenschaft.*, A.L. Reyscher [etc.] O. Wigand, Tübingen, 1845.

Die Einheit des deutschen Rechts. 339

ben. Die dort aufgestellte Ansicht geht dahin, daß es ein gemeines Recht (*jus commune*) in Deutschland allerdings gebe, zwar nicht im Sinne eines allgemeinen oder absoluten Rechts, welches unmittelbar und nothwendig in den einzelnen Staaten des deutschen Bundes zur Anwendung käme, wohl aber im Sinne eines im Zweifel gültigen Subsidiar- oder Hilfsrechts.

Man vernimmt wohl noch zuweilen die Frage: wie ist ein Gemeinsein des Rechts in Deutschland möglich bei der staatlichen Zerrissenheit desselben? Hierin liegt allerdings eine Schwierigkeit, aber nur sofern von einem formell gemeinen, nicht auch wenn von einem materiell gemeinen Recht die Rede ist. Materiell gemein nenne ich dasjenige Recht, welches zwar nicht Gesetzeskraft hat, wohl aber vermöge der innern Wahrheit seiner Sätze überall da entscheidet, wo dasselbe nicht durch formelles Recht (Gesetz, Gewohnheit, Autonomie) ausgeschlossen ist. Daß seine Anwendung ausserdem noch bedingt wäre durch ausdrückliche Anerkennung des betreffenden Rechtsverhältnisses oder Geschäfts in allen einzelnen deutschen Staaten, läßt sich nicht behaupten; aber von selbst versteht sich, daß, wenn es sich handelt von Ergänzung autonomischer Verfügungen (wie z. B. eines Ehevertrags, worin Gütergemeinschaft festgesetzt ist), diese nicht zwingenden Gesetzen entgegen sein dürfen, ebenso wenn das gemeine Recht herbeigezogen wird zur Ergänzung eines Landes- oder Ortsrechts, daß dieses nicht von einer entgegengesetzten Regel ausgehen und dadurch dem gemeinen Recht widersprechen darf.

wendung auf das deutsche Reich, also mit den dadurch bestimmten Modifikationen. Diese Modifikationen sind fast nur in den Reichsgesetzen enthalten, und von geringer Erheblichkeit. — — Daher wird denn auch eine Darstellung des heutigen Römischen Rechts nur weniger Zusätze bedürfen, um zugleich als Darstellung des gemeinen Rechts für Deutschland gelten zu können.“

Ein Mann, wie Savigny, welcher so tiefe Blicke gethan hat in die Entstehung des Rechts und seinen nationalen Zusammenhang, kann indessen nicht bei dieser einseitigen oberflächlichen Auffassung stehen bleiben. Er hat hier offenbar nur die eine Seite unsres gemeinen Rechts im Auge, das römische *jus civile*, mit dessen Fortbildungen im kanonischen Recht und einzelnen Reichsgesetzen. Die andere Seite, das germanische Recht, verkennt er darum nicht ganz, er warnt vielmehr vor dem Irrthum derjenigen, welche ihren Eifer für das römische Recht kund geben durch Herabsetzung eines verwandten fremden Gebiets. (Vorrede S. XXXI.) Aber dieses germanische Recht ist ihm doch auch nur eine der konkurirenden Rechtsquellen, welche mit dem römischen Recht die Herrschaft über die Rechtsverhältnisse in Deutschland getheilt haben²⁵), ohne darum zu einer Einheit mit demselben verschmolzen zu seyn. Die Beziehung des deutschen Rechts zu dem römischen Subsidiarrecht scheint sich Savigny nicht genau gedacht zu haben, er bemerkt darüber nur: das Verhältniß dieser beiden verschiedenartigen Rechte in der Anwendung auf das Leben war zu allen Zeiten ein schwieriges und verwickeltes, und die Ausgleichung dieses Conflicts gehörte stets zu den wichtigsten Aufgaben des wissenschaftlichen Rechts, besonders in dem praktischen Theil desselben.

auf den Rath der Rechtsverständigen unmittelbar in dem Gesetze verwiesen ist. Dieß geschah meist in Puncten, wo die Rechtsgelahrten selbst verschiedener Meinung waren und noch sind, weil die s. g. kaiserlichen Rechte nichts Genaueres bestimmen, wie z. B. bei der Strafe des Incests, worüber Zieris ausruft: *insignis hic subest compilatorum oscitantia, qui incerta definire voluerat, ex aequo incertis!* In der That waren es nicht die römischen Gesetze, womit die einheimischen Bestimmungen in der Folge ergänzt und verdrängt wurden, sondern die an italienische Juristen, dann an deutsche Autoritäten, namentlich an Carpzov sich anschließende, vielfach schwankende Praxis. Hiernach läßt sich nur der Ansicht Zarke's beipflichten, welcher das römische Recht im Strafrecht nur insoweit für gültig erklärt, als seine Reception durch Gerichtsgebrauch erwiesen werden könne ¹³⁶).

8) Die Reichskammergerichtsordnung und die Carolina hatten die Subsidiarität des römischen Rechts außer Zweifel gestellt. Um so mehr kam es jetzt darauf an, die deutsche Gewohnheit gegen das s. g. jus scriptum zu sichern. Daher bestimmte der Westphälische Frieden von 1648. Art. VIII. §. 4. *i f. omnes laudabiles consuetudines et S. Rom. Imperii constitu-*

Rechts. Die Vorstellung von dem römischen Recht als einem Kaiserrecht ging nämlich nicht davon aus, daß dasselbe erst im 13., 14., oder 15. Jahrhundert in Deutschland entstanden sei, sondern sie beruhte auf der Bedeutung des römischen Reiches als eines Weltreiches. Hiernach erschienen zwar die Gesetze des römischen Kaisers als eines Herrn der Welt (*mundi Dominus*) überall verbindlich¹⁴⁰⁾, auch in Deutschland. Allein das kaiserliche Recht deutschen Ursprungs war dadurch nicht aufgehoben, sondern wie das fränkische und deutsche Reich auf das römische folgten, so konnte auch das römische Kaiserrecht nur nach den deutschen und fränkischen Gesetzen zur Anwendung berufen sein. Nicht minder wie die Gesetze, mußten auch die einheimischen Gewohnheiten, welche man in den deutschen Rechtsbüchern zu fixiren suchte, aufrecht erhalten werden, um so mehr, als auch das römische Recht die *consuetudo*, sogar gegen die Gesetze in Schutz nimmt¹⁴¹⁾. Wenn wir daher auch die Subsidiarität des römischen Rechts als eines von der einheimischen Gesetzgebung anerkannten Hilfsrechts zugeben, so folgt daraus doch nicht, daß dasselbe an die Stelle unseres einheimischen deutschen Rechts getreten sei, oder überhaupt als Ganzes (*in complexu*) und als römisches Recht in dem Kreis unserer deutschen Quellen Platz finden könne. Das römische Recht verhält sich vielmehr zu dem einheimischen Rechte, wie dieses zu den Partikularrechten, d. h. es kommt erst zur Anwendung, wenn kein gemeines deutsches Recht vorhanden. Dieses gemeine deutsche Recht hat also die Vermuthung für sich und nicht das fremde Recht.

Man hat von dem römischen Rechte als einem Weltrechte gesprochen und in einem gewissen Sinne kommt ihm diese Eigenschaft wirklich zu. Die welthistorische Bedeutung des römischen Rechts ist aber diese: in Verbindung mit den

des Landbuchs sollen nach ihrem Laut und vermög des gewöhnlichen und landläufigen bairischen Teutschs verstanden werden."

140) D. XIV, 2 (de lege Rhodia de jactu) fr. 9. Vgl. Oratio Archiepiscop. Mediolanensis a. 1158: orbis et urbis imperator (Pertz Legum II. p. 111). Literae Rudolphi I. a. 1277. (ib. p. 415.) quae (gentes) fidem Christi et leges Romani imperii profitentur. Confirmatio immunitatis episcoporum ejd. ai. (ib. p. 417).

141) Savigny, System des römischen Rechts. Bd. 1. S. 420.

weil und in soweit er rezipirt worden, so muß auch das römische Recht heute noch anerkannt werden, weil und in so weit es erweislich eingedrungen ist; aber es gilt hier nicht als fremdes, sondern als eigenes Recht. Man könnte zwar einwenden, die Anerkennung als Hülfrecht bringe mit sich nicht bloß vergangene, sondern auch künftige Fälle der Anwendung, und es sei nicht erst zu untersuchen, ob römisches Recht in einer einzelnen Lehre aufgenommen sei, sondern es verstehe sich seine Anwendung von selbst vermöge der Subsidiarität. Allein einmal ist diese in einem großen Theile von Deutschland durch die neuen Gesetzbücher wieder aufgehoben worden, sodann aber verstand sich dieselbe, wie bemerkt worden, ursprünglich nicht so, daß römisches Recht ohne Unterschied herbeizuziehen sei, sondern nur daß damit, soweit es orts- und zeitgemäß, die Lücken des einheimischen Rechts zu ergänzen. Das römische Recht sollte also nur an die Stelle des bis dahin von den Schöppen hülfweise angewandten arbitrium treten; ob es aber anwendbar und wie weit hatte jetzt das arbitrium der Rechtsgelehrten zu entscheiden. Es verhält sich also damit wie mit der Berufung unserer Quellen auf mosaisches Recht als „göttliches Recht“ (jus divinum) ¹⁴³). So aufrichtig diese Berufung gemeint war, so wollte

45) RÖMER J. J.

Sammlung der Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Lübeck in Frankfurter Rechtssachen mit Berücksichtigung der Erkenntnisse der früheren Instanzen : Enthaltend den Zeitraum der Jahre 1849, 1850 u. 1851, Band 2, F. Boselli, Frankfurt am Main, 1856, 689 p.

Source : Bibliotheca Regla Monacensis

https://books.google.fr/books?id=syRAAAAcAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

pp. 454 ; 456 ; 457 ; 684

193. Subsidiarität der Provocation zur Klagstellung.

Die Frage, ob die in vorliegendem Falle erhobene *provocatio ex L. diffamari* für statthaft und wohlbegründet zu erachten sei, war, wie zweifelhaft auch die Sache in mehr als einem Betrachte erschien, zu verneinen und demzufolge die in der *sententia a qua* erkannte Abweisung der erhobenen *provocatio ad agendum* zu bestätigen.

Appellant erkennt es selbst an und gegnerischer Seite wird es nicht bestritten, daß demselben als Eigenthümer des hier in Frage stehenden Gartens, sowie der Plankenwand, resp. Mauer, um deren Erhöhung es sich handelt, in der *actio negatoria* ein Mittel gegeben sei, direct durch eine seinerseits zu erhebende Klage die obwaltende Streitfrage zu rechtlicher Entscheidung zu bringen. Wer nun aber selbst ein Klagerecht hat, dem kann die Befugniß, seinen Gegner mittelst Provocation zur Klaganstellung zu zwingen und sich solchergestalt die vortheilhaftere Rolle des Beklagten zu verschaffen, nicht zugestanden werden, indem dies Rechtsmittel der *provocatio ad agendum* nur als ein subsidiäres anzusehen ist, welches die sonst fehlende Möglichkeit, ein streitiges Verhältniß zu rechtlicher Entscheidung zu bringen, dem dabei Betheiligten zu verschaffen bestimmt ist. Diese Subsidiarität folgt zwar

1. keinesweges schon daraus, daß dies Rechtsmittel, worüber allgemeines Einverständniß herrscht, ein außerordentliches ist; denn

Ludovici Einleit. zum Civilproc. Kap. 7 § 18

sich sogar geradezu gegen die Subsidiarität erklärt. Anderntheils haben auch manche der allegirten Schriftsteller aus jenem Principe nur ein Argument hergeleitet, um für bestimmte Fälle, wo die in der Praxis angenommene Zulässigkeit einer Provocation ohnehin schon sehr erheblichen Bedenken unterlag, deren Verwerflichkeit zu motiviren, nicht aber jenes Princip als ein durchgreifendes behandelt, wie z. B.

Mevius l. c.

jene Subsidiarität nur heraushebt, um es zu mißbilligen, daß man wegen injuriöser Äußerungen dem Diffamaten neben und trotz der ihm zuständigen actio injuriarum eine provocatio zu gestatten pflege. Endlich vermag keiner jener Schriftsteller einen entschiedenen Gerichtsgebrauch für seine Ansicht zu behaupten, vielmehr weisen sogar ihre Äußerungen, wie z. B. bei Claproth a. a. D. darauf hin, daß die Praxis in Gewährung der Provocations-Befugniß zu nachsichtig sei und durch Festhaltung obigen Princips einer Reformation bedürfe; oder aber es stellt sich der von ihnen vertheidigte Grundsatz der Subsidiarität als bloße Abstraction aus bestimmten Fällen zweifelloser Unzulässigkeit der provocatio, namentlich aus dem Satze dar, daß der Besizer einer Sache bei etwaiger Verühmung des Eigenthums nur mit der rei vindicatio belangt, nicht zur klagweisen Wahrnehmung des von ihm behaupteten Eigenthums provocando genöthigt werden könne, wie denn z. B. Danz a. a. D. für die von ihm vertretene Subsidiarität der

provocatio sich auf die Autorität von

Leyser Med. ad pand. Spec. 81 med. 7 u. Cor. 2

mit beruft, welcher doch nichts weiter behauptet, als daß der possessor rei nicht ad agendum provocirt werden könne. Abgesehen von dem Allen hat aber auch noch

γ. in neuerer Zeit die Nicht-Subsidiarität der Provocationsklagen, obschon einzelne angesehene Rechtslehrer

Martin Lehrb. d. bürgerl. Proc. 12. Ausg. § 256 nte 1
Glück Commentar Bd. 6. p. 491. 507

sich mehr dubitativ und nicht so entschieden für die allgemeine Zulässigkeit der provocatio erklären, als

Schweiger über den Provocations-Proceß p. 60

Breidenbach im Archiv für civilist. Praxis Th. 4
p. 65 ff.

Chop ebendas. Th. 13 p. 321 nte 7

Mittermaier summar. Proceß 2. Ausg. p. 272

Bayer Theorie der summar. Proc. § 58

so erscheint es dagegen für den gerade hier vorliegenden Fall von besonderem Gewichte, daß neuere Schriftsteller namentlich da, wo es sich um servitutische Rechte handelt, deren sich ein Nachbar berührt und welche der Eigenthümer des angeblich dienenden Grundstücks nicht anerkennen will, Letzterem die Provocations-Befugniß vindicirt haben, ob derselbe gleich in der actio negatoria ein ausreichendes Mittel zu rechtlicher Erledigung des obwaltenden Streits besitzen würde.

vgl. Gottschalck discept. forens. Th. II. c. 7

Francke im civilist. Archiv Th. 18 p. 234

Wie nun hiernach gemeinrechtlich die Frage von der Subsidiarität oder Nichtsubsidiarität der Provocationen eine höchst controverse ist, so steht auch

b. in dem Particular-Proceße, wo nicht, wie z. B. in der Vermischten Ger.-Ordn. v. J. 1820 § 383

Hannov. Unterger.-Ordn. v. J. 1827 § 139

Proceß-Ordn. f. d. Großh. Baden v. J. 1832 §. 764

die Gesetzgebung durch ausdrückliche Vorschrift dem deßfalligen Streite ein Ende gemacht hat, die bloß subsidiäre Qualität der Provocationsklage keinesweges in dem Maße fest, als der Sachführer der Appellatin vermeint und durch Allegate zu belegen versucht hat, indem z. B. für die Länder des Sächsischen Rechts

Kori Theorie des Sächf. summ. Proc. § 137 p. 355

und Biener syst. proc. camm. et Saxon. § 301

sich hierüber in sehr verschiedener Weise äußern, auch für Bayern die Subsidiarität der Provocationsklage von

Wendt vollständ. Handb. des Baier. Civil-Proc. §. 187 keinesweges so bestimmt, als es von dem appellatisher Seite allegirten

Krüll Einleitung zur Bayer. Civil-Ver.-Ordn. 1797

geschehen sein soll, anerkannt, vielmehr ausdrücklich bemerkt wird, daß die Obergerichte dieses Landes hierin immer noch verschiedenen Grundsätzen folgten, trotzdem, daß in neuerer Zeit das dortige Oberappellationsgericht sich mehr der Gönner'schen Ansicht von der Subsidiarität der Provocationsklagen angeschlossen habe.

684 A. Systematisches Register. (Civilproceß.)

III. Von summarischen Processen (außer dem Concurse).

1. Arrest. Erfüllung des art. 53 der prov. Proceßordnung Nr. 45.
2. Provocationsproceß. a. Subsidiarität der Provocation zur Klagstellung Nr. 193. — b. Provocation. Angebliche Diffamation durch eine auf obrigkeitliche Anordnung bei Amt abgegebene Erklärung Nr. 194.

II. Von den Rechtsmitteln.

1. Berufung. a. Das Recht der drei Instanzen gegen Straf- und Confiscationsverfügungen der Stadtverwaltungsämter zufolge der Frankfurter Verfassungsurkunde. Einfluß der Bundestagsgesetze Nr. 60. — b. Interposition eines Rechtsmittels mit Vorbehalt der Wahl Nr. 196. — c. Versagung des Suspensiveffects für eine gegen die erkannte Immission ergriffene Appellation Nr. 159. — d. Formelle Aufstellung einer Beschwerde Nr. 267. — e. Allgemeine und unbestimmte Appellationsbes-

46) ROSCHER, W.

System der Volkswirtschaft : Ein Hand- und Lesebuch für Geschäftsmänner und Studierende. Nationalökonomik des Ackerbaues und der verwandten Urproductionen, Band 2, Cotta, Stuttgart, 1860, 538 p.

Source : Bayerische Staatsbibliothek

https://books.google.fr/books?id=Q_ZBAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

pp. 236 ; 245; 353

236 Buch II. Kap. 7. Das Grundeigenthum und die Familien.

D. Theilung des Lehns unter mehrere Erben war im Allgemeinen zulässig.¹² Auch ein Vorzug des Erstgeborenen findet sich nur in vielen Particularrechten, von welchen das neuere englische die Primogeniturfolge im Grundbesitz als subsidiäre Regel mit dem freien Testirungsrechte des Erblassers auf das Glückliche verbunden hat.¹³ So lange der Kriegsdienst noch als Kern des ganzen Lehnverhältnisses galt, und nur ausnahmsweise mit Geld abgekauft wurde,¹⁴ verbot sich eine sehr weitgehende Theilung des Lehns von selbst.¹⁵ Nach dem ältern deutschen Lehnrechte wäre sie auch für die Vasallenfamilie sehr gefährlich gewesen, da beim kinderlosen Abgange eines Theilbesizers dessen Lehn an den Lehnherrn zurückfiel. In allen diesen Rücksichten drängte sich gegen Schluß des Mittelalters, mit dem Verfall des eigentlichen Lehnwesens und ganz besonders im Gefolge des römischen Rechts, der Individualismus wieder mehr und mehr in den Vordergrund. An vielen Orten schien sogar eine schwindelhafte Beweglichkeit des Verkehrs mit Grundstücken zu drohen,¹⁶ als eine abermalige Reaction zu Gunsten des Familienprincips erfolgte.

S. 380.) Stüve empfiehlt dieß sehr, allenfalls mit Zuziehung eines Familienrathes, wo dann Majoratsfolge, Minoratsfolge ic. nur subsidiär gölten. (Wesen und Verfassung der Landgemeinden, S. 239 ff.) In Meiningen bestimmen die Aeltern den Anerben sowie die Höhe der Abfindungen. Aehnlich in Dänemark. (Archiv der polit. Oek., N. F., V, S. 267. VI, S. 257.)

⁷ So im Göttingischen: Schaumann Gesch. von Niedersachsen, S. 169.

⁸ Minorat z. B. im Schwarzwalde vorherrschend, (der jüngste Sohn, oder die älteste Tochter;) Altenburg, Wolfenbüttel, Oldenburg, vielen Gegenden von Bremen-Berden, fast ganz Westphalen, Grubenhagen, Diepholz, dem Emmenthale. (Struben De iure vill., p. 303 ff.) Droit du jeuneur früher in der Bretagne, Herzogth. Rohan (Montesquieu Esprit des L. XVIII, 21); unter dem Namen borough English in Lincolnshire (Macculloch Stat. account I, p. 157. 179. 187) schon zu Glanvillas Zeit. Majorat oft dicht daneben: so in Lüneburg und Hoya (Gesetz von 1702), in Osnabrück bei den Freien, während die Eigenen Minorat hatten. (J. Möser Osnabr. Gesch. I, 2, §. 11.) Majorat in Oesterreich, im Obenwalde ic.; überhaupt bei den neueren Gesetzgebungen beliebter. In Rußland früher zuweilen Minorat: „der Jüngste bleibt auf der Wurzel.“ (v. Harthausen III, S. 11.)

⁹ „Der älteste Sohn in der Regel der reichste, der Vice-Vater, der jüngste das Schooßkind.“ (Hugo Naturrecht, §. 258.) Vgl. v. Rambohr Juristische Erfahrungen, 1809 fg., III, S. 185.

¹⁰ So in Neuengland: Ebeling Geschichte und Erbbeschr. von N. Amerika I, S. 47; vgl. dagegen Tocqueville Démocratie aux Etats Unis II, p. 199. Aehnlich bei den Tartaren nach Dubalde.

² Nach dem märkischen Statute, §. 20, „hoffen die Stände, der König werde ihnen erlauben, den kön. Commissarius vorzuschlagen.“ Uebrigens gab in Preußen der Staat einen Beitrag zum Reservefonds.

³ Wenn ein Besitzer eintrat, dessen Gut schon mit früheren Hypotheken belastet war, so liebte man diese von Seiten des Vereins zuvor abzulösen.

⁴ Hier und dort war es Sitte, jeden Pfandbrief mit einem einzelnen Gute in Verbindung zu setzen. Da jedoch subsidiär alle übrigen Güter des Vereins mitlasteten, so wollte dieß wenig bedeuten.

⁵ Beim Verkaufe durch die Mitglieder selbst kann der Cours leicht stärker gedrückt werden, als wenn die kaufmännisch meist geübteren Vereinsbeamten dieß besorgen.

⁶ Die Frage, ob man beim Steigen des landesüblichen Zinsfußes lieber unmittelbar auch den Zinsfuß der neuen Schuldturkunden erhöhen, oder aber diese Urkunden mit festem Nominalzinsfuß unter dem Nominalkapitalwerthe loschlagen soll, beantwortet sich für Pfandbriefe ebenso, wie für Staatsanleihen. Im ersten Falle ist die Verwaltung mühsamer, die Tilgung aber (gewiß ein Hauptaugenmerk jedes guten Wirthes!) leichter, und man bleibt im Stande, jedes neue Sinken des Zinsfußes in kurzer Frist zu benutzen.

Ansichten der Volkswirtschaft aus dem geschichtlichen Standpunkte, Winter, Leipzig, 1861, 495 p.

Source : Academie für Deutsches Recht

[https://books.google.fr/books?id=x-](https://books.google.fr/books?id=x-5BAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)

[5BAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false](https://books.google.fr/books?id=x-5BAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false)

p. 36

6.

Das Finanzwesen des Alterthums hat sich in seinen Hauptzügen dem neuern ähnlich entwickelt. Hier, wie dort, sind die öffentlichen Bedürfnisse zuerst und principaliter durch die Einkünfte der Staatsgüter, sowie durch allerei Naturaldienste der Bürger und lucrative Thätigkeiten der Behörden selbst bestritten worden; allmählich erst und subsidiär sind Steuern hinzugekommen. Dieselben Ursachen, welche bei den neueren Völkern das Domanium nach und nach verkleinert haben, finden wir auch im Alterthume wirksam; und was die Besteuerung anbetrifft, so ist in beiden Fällen die indirecte jünger, zugleich aber auch auf den Höhepunkten der Volksentwicklung beliebter, als die directe. Lauter Thatsachen, welche zu erklären dem Theoretiker nicht schwer fällt. — Dagegen hat, allgemein betrachtet, das Steuerwesen im Alterthume eine viel geringere Rolle gespielt, als in der neuern Zeit. Wie schon Hegewisch

Preisgeschichte der edlen Metalle.

§. 135.

Eine wirkliche Geschichte der Edelmetallpreise läßt sich im Alterthum und Mittelalter nicht geben; die Quellen sind gar zu dürftig. Wohl aber scheint es möglich, einzelne Entwicklungen und Bruchstücke derselben wenigstens in Umrissen anzudeuten.¹

So ist namentlich in den früheren Zeiten der alten Geschichte das von den Minen ausgehende Angebot der edlen Metalle durch ein allverbreitetes System großer Schatzanhäufung bei Staaten, Tempeln zc. vom Eindringen auf die Märkte abgehalten worden.² Die Preisrevolutionen des Alterthums rühren ebenso häufig von der plötzlichen Oeffnung solcher Reservoirs, wie von der Auffindung reicherer Quellen her. So haben z. B. auf die unverkennbare Steigerung der griechischen Waarenpreise im Jahrhundert nach dem peloponnesischen Kriege³ solche Vorgänge mächtigen Einfluß gehabt, wie die Herausgabe des perikleischen Schatzes, die Subsidien des Perserkönigs, die Plünderung so vieler Tempel in Folge der gesunkenen Religiosität, endlich die Erbeutung und Verwendung der persischen Schätze durch Alexander M.⁴ Späterhin soll in Rom durch den Geldzufluß der ägyptischen Kriegsbeute der Preis der Grundstücke verdoppelt sein.⁵ Dabei ist es ein merkwürdiges

§ 52.

V. Volkswirtschaft und Finanzen.

Vor der Herrschaft der absoluten Monarchie war in den meisten europäischen Staaten der ganze Finanzhaushalt auf einen streng durchgeführten Dualismus der landesherrlichen und ständischen Klasse begründet. In die erstere flossen die Einkünfte der Domänen und Regalien, in die letztere die Steuern. Jene war überall prinzipaliter verpflichtet, nicht bloß für die Ausgaben des Hofes, sondern auch des Staates, die freilich beim Vorkommen der Naturaldienste, Naturalbesoldungen, Grunddotationen nicht sehr bedeutend sein konnten; diese haftete nur subsidiär, insofern die Stände ein Bedürfnis anerkannt und die Last desselben übernommen hatten. Die Verwaltung, das Schuldenwesen, alles war gesondert. Wo nun der Absolutismus der ständischen Rechte Herr wurde, da verlor natürlich die Klassentrennung jeden Sinn: der absolute Monarch konnte über die Steuern ebenso unbeschränkt verfügen, wie über die Regalien und Domänen. Unter solchen Umständen war die Klassenvereinigung technisch ein großer Fortschritt¹. Und wenn in Frankreich die Absolutmonarchen bei ihrer Thronbesteigung ihr ganzes bisheriges Privatvermögen dem Staate abzutreten pflegten, so war das in Zeiten, wo das *L'état c'est moi* galt,

¹ In Dänemark gleich nach der Revolution von 1660 volle Einheit des Staatshaushaltes eingerichtet.

Anschauung, die Bismarck im Jahre 1852 gelegentlich für sich selbst geltend gemacht hat, „sich von den Thorheiten seiner Partei nicht feindselig lossagen, wenn er in derselben Einfluß behalten will und sie sich nicht unterwerfen kann“⁴⁶⁾; aber ihm und selbst dem staatsmännisch veranlagten Parteimann steht der wahre Staatsmann gegenüber. Als solchen, als „Mann des Staates und des Königs“⁴⁷⁾ hat sich Fürst Bismarck in seiner amtlichen Wirksamkeit stets bekannt, indem er von den Anfängen seines öffentlichen Auftretens bis zum Schlusse den damit gegebenen Gegensatz zum Parteimann klar erfaßte.⁴⁸⁾ Als „leitender Minister“ muß er stets „das Ganze, die Folgen für das Ganze“ ins Auge fassen⁴⁹⁾; er „wird der Unterstützung der Fraktionen bedürfen, aber der Herrschaft einer Fraktion wird er sich niemals unterwerfen können.“⁵⁰⁾ Denn „ein großer Staat regiert sich nicht nach Parteiansichten“; der Staatsmann „muß die Gesamtheit der Parteien, die im Lande vorhanden sind, in Abwägung bringen und aus dem Resultat dieser sich eine Linie ziehen, der eine Regierung als solche folgen kann.“⁵¹⁾ Ja, auch im Kampfe mit einer ihn befehdenden Partei bewährt sich die Natur des Staatsmannes; er darf nicht darauf ausgehen, ihr rücksichtslos Schaden zuzufügen, sondern, indem er im Auge behält, daß es ein Staatstheil ist, den er bekämpft, muß er erwägen, „ob der Schade, den er dem Gegner thut, im Verhältniß zu dem anderen Schaden steht, den man abwehren wollte, mit anderen Worten: zu dem Nutzen, den die Gegenpartei“ von ihrem Vorgehen⁵²⁾ „erwartet“. Nach dem Resultat dieser Abwägung kann er dazu gelangen, lieber diesem erwarteten Nutzen durch eine KonzeSSION entgegenzukommen, die er ohne Schädigung der staatlichen Autorität, Sicherheit und Rechte gewähren kann, als einen Kampf zu führen, aus dem unverhältnißmäßiger Schade zugleich für das Ganze hervorgeht.⁵³⁾

S. Subsidarität des Staatszweckes. Ein anderes, für die wohlfahrtsfördernde Thätigkeit des Staates maßgebendes Moment ist die der Allseitigkeit des Staatszweckes gegenüberstehende Subsidarität desselben. Keine Aufgabe ist dem Staate an sich fremd, aber er soll als höchster und äußerster der menschlichen Verbände nur diejenigen, so zu sagen, in eigene Regie nehmen, welche nicht ebenso vollkommen von den Einzelnen und ihren engeren, im Staate bestehenden oder von ihm selbst in's Leben zu rufenden Vereinigungen erfüllt werden können. „Diejenigen Zwecke,“ so formulirt Bismarck diese Gedanken in einer berühmten, zur Unfallversicherung gehaltenen Reichstagsrede vom 15. März 1884⁵⁴⁾, „die der Einzelne erfüllen kann, wäre es Thorheit

⁴⁶⁾ Bundestagsbericht v. 23. IV. 52 (IV. S. 72): Bedeutung und Erfolglosigkeit eines (vom Könige gewünschten) Auftretens Bismarck's gegen die Ritterschaft in der preussischen Kammer.

⁴⁷⁾ Rede im Herrenhaus v. 12. IV. 86 (H. K. XII 86).

⁴⁸⁾ Man vgl. (abgesehen von den sonstigen Citaten) als zeitliche Pole einerseits die Note 44 citirte Rede vom Jahre 1848, sowie Bundestagsbericht vom 25. IX. 53 (I S. 302: „denn jene exklusiven Herren der [hannoverschen Ritterschaft] sind mehr Partei- als Staatsmänner“), andererseits die Note 47 citirte Stelle: „Nie bin ich Parteimann gewesen, ich

für eine Korporation oder gemeinsam in die Hand zu nehmen⁵⁵⁾; diejenigen Zwecke, die die Gemeinde mit Gerechtigkeit und Nutzen erfüllen kann, wird man der Gemeinde überlassen. Es gibt (aber) „Zwecke, die nur der Staat⁵⁶⁾ in seiner Gesamtheit erfüllen kann.“ Freilich kommt es nach Bismarck's Auffassung nicht bloß auf die abstrakte Möglichkeit der Erfüllung im engeren Kreise an, sondern auch auf das konkrete Wie derselben; der Staat darf notwendige Aufgaben nicht dem „Zufall“ der privaten Vereinsbildung überlassen und nicht der „gerechteren und nütlicheren“ Selbstthätigkeit zu Gunsten einer weniger gerechten und vollkommener Zweckthätigkeit engerer Verbände entsagen. Für die staatliche Ausführung von Kanalbauten in Fällen, wo kein Unternehmer sich finden wird,⁵⁷⁾ für eine Konkurrenz des Staates mit den Aktiengesellschaften auf dem Gebiete des privaten Versicherungswesens, unter dessen heutiger Gestaltung weite Kreise der Bevölkerung leiden sollen⁵⁸⁾, namentlich aber auch für die Durchführung der sozialpolitischen Unfallversicherung durch selbstverwaltende öffentliche Körperschaften, aber unter Ausschluß der privaten Versicherung⁵⁹⁾ hat Bismarck theils mit, theils ohne praktischen Erfolg das Gewicht seiner, in den obigen Sätzen ausgedrückten Anschauung in die Waagschale geworfen.

9. Mittel des Staates. Prinzip des Unentbehrlichen. Der Substanzialität des Staatszweckes entspricht nach einem bei Bismarck selbst hervortretenden Gedankenzusammenhange⁶⁰⁾ auf der Seite der durch den Staat in Anspruch zu nehmenden Mittel das Prinzip der Beschränkung auf das Unentbehrlichste. Doppelt sind im Wesentlichen die Mittel, welche der Staat von seinen Gliedern erfordert: materielle Geldmittel und Opfer ihrer Handlungsfreiheit; ihnen entsprechen hauptsächlich die Finanz- und die Polizeigewalt des Staates. Für beide gilt jenes Prinzip des Unentbehrlichen. „Das Geld bleibt,“ wie Bismarck in seiner drastischen Manier sich ausdrückt,⁶¹⁾ „für alle Verhältnisse, die nicht der staatlichen Gesamtkräfte zu ihrer Pflege nothwendig bedürfen, immer besser in der Tasche des Steuerpflichtigen; wenn die Regierung irgend in der Lage ist, es da lassen zu können, so findet es dort die fruchtbarste Verwendung.“ Auf dem Gebiete der Willens- und Handlungsfreiheit aber entspricht dem der Satz,⁶²⁾ daß der „höchste Grad von Freiheit des Volkes, des Individuums zu erstreben ist, der mit der Sicherheit und gemeinsamen Wohlfahrt des Staates,“ oder, wie es in einer anderen Stelle⁶³⁾ heißt, „überhaupt mit der Ordnung des Gesamtstaatswesens verträglich ist.“

⁵⁵⁾ Dazu Reichstagsrede v. 26. IV. 79 (H. K. IV 210): „Es gibt aber eine große

in seinen Bestimmungen über die Rechtsverhältnisse bei außerehelichen Schwängerungen noch jetzt Anwendung findet ⁴⁵. Das Bamberger Landrecht erkennt die Subsidiarität des gemeinen Rechtes an; doch wurden mehrere Bezirke dieses Rechtsgebietes, welche durch den Grenzpurifikationsvertrag 30/6 1803 von Bayern an Preußen abgetreten waren, von diesem unter Beseitigung des gemeinen Rechtes dem preussischen Landrecht unterworfen ⁴⁶, wobei es auch verblieb, als dieselben durch Abtretung des Fürstenthums Ansbach mit Bayern wieder vereinigt wurden ⁴⁷. Literatur: Weber, G. M., Grundsätze des Bambergischen Landrechts nebst einer Parallele des Würzburgischen Rechtes und sämtlicher Provincialrechte der k. bayrischen Staaten. Bamberg 1807. 2 Bde. ⁴⁸ Spies, Handbuch des Bamberger Provincialrechtes. Bamberg 1838. Potschka, Ding- und wörtliches Register über den 1769 in Druck erschienenen ersten Haupttheil des Bambergischen Landrechts. Bamberg 1779. Lorber a Störchen an filia ex feudo masculino

—petere legitimam possit. Bamb. 1753. Ditterich, B. de communione bonorum domini translativa ex jure Bambergensi. Bamberg 1758. Pfriem, J. Molitor, G. Consuetudines patriae Bambergensis de conjugali bonorum communione. Bamb. 1761. Schüttinger, die Einkindschaft nach Bamberger Statutarrecht. Bamberg 1857. Ludolf, Symphorema Consultationum XXI. idem Observationes forenses II. 171. Wehner, Consilia franconica Consil. 105. Cramer, Weisklarische Nebenstunden 38, 110. Consilia Tubingensia VIII. Nr. 91. 106. 107.

21. Das Recht des Fürstenthums *Bayreuth* ⁴⁹. Das Fürstenthum *Bayreuth*, aus dem alten Burggrafenthum *Nürnberg* hervorge-

1803 auf andere Theile der fränkischen Entschädigungslande verfügt wurde. Bl. IV. 61. Arnold, Beitr. I. 680.

⁴⁵ Peißl 182. 1.

⁴⁶ Vgl. unten § 11.

⁴⁷ Peißl 38. Die Bevölkerung beträgt jetzt 253,000 Einwohner. Das P. L. A. gilt für 22,000, das gemeine Recht für die übrigen.

⁴⁸ Die Darstellung Webers in den Stat. R. I. ist nur ein Auszug aus dem oben erwähnten Werk.

⁴⁹ Arnold I. 152. II. 193. Weber I. 957. Peißl 217. Zikenscher, Geschichte des F. *Bayreuth* in: Beiträge zur Kunde der bayrischen Monarchie. 1813. Bb. 3. Lang, R., neuere Geschichte des Fürstenthums *Bayreuth*. Göttingen 1798. 3 Bde. Landes- und Regentengeschichte von *Bayreuth* und *Ansbach*. Hof 1795. Die Bevölkerung beträgt jetzt 309,000 Einwohner.

49) RÜCKERT L.

Der Begriff des gemeinen deutschen Privatrechts, F. Enke, Erlangen, 1857.

Source : Harvard Law Library

https://books.google.fr/books?id=dSMbAAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

sameß nicht zum Gegenstand einer eignen Wissenschaft werden dürfte, nicht aber das volle Motiv einer solchen Darstellung.

Wir sagen: Sie könnte nicht genügen, denn es leuchtet ein, daß dieser Frage durch die bisherigen Erörterungen schon vorgegriffen ist. Wie es überhaupt so gut wie kein formell gemeines Recht gibt (abgesehen von der deutschen Wechselordnung) so ist auch kein Recht mit beschränkterer Geltung vorhanden, welches auf einer gemeinsamen Quelle beruhte.

Hält man hieran fest, so kann das gemeine Recht gar nicht anders gedacht werden, denn als ein allgemein geltendes, und wir haben schon angedeutet, und werden darauf zurückkommen, wie weit in Bezug auf den Stoff diese gemeinsame Geltung geht.

Die Frage kann also nur hypothetisch erörtert werden. Wir erörtern sie aber, weil es von Interesse ist, das formale Princip auch von dieser Seite zu beleuchten, und wir haben zu diesem Zweck auf den Begriff der Subsidiarität näher einzugehen.

Daß es überhaupt subsidiäres Recht gibt, ist zunächst immer ein anormaler oder unfertiger Zustand.

Ohne daß dabei nothwendig eine Mehrheit von Rechtsgebieten in Frage käme, kann solches vorhanden sein, weil der Gesetzgeber über das den Verhältnissen gemäße Recht nur ungesähr unterrichtet war, und deshalb seinen Dispositionen nur für den Nothfall, daß anderes Recht nicht sicher wäre, Kraft verschaffen wollte; oder weil — dem entsprechend — ein Recht durch Gewohnheit die von seinem Inhalt mehr oder weniger absah, um der bloßen Rechtsicherheit Willen recipirt wurde. Wie wir sahen, ist hieher die Reception des römischen Recht zu rechnen.

Anderseits können mehrere Rechtsgebiete in Frage sein.

Das Organ eines umfassenden Kreises, das als naturge-

Aus allen diesen Fällen ergibt sich, daß die Subsidiarität etwas Anormales ist, oder doch einen noch nicht fertigen Zustand anzeigt.

Denn das Recht sollte nicht gelten wegen der bloßen Sicherheit und Gleichmäßigkeit der Rechtsprechung, und es soll nicht auf Vorrath gemacht werden, weil es überhaupt nicht gemacht werden soll. Welches Gebiet fer-

hindert worden ist. Immerhin aber ist diese Distinction doch eine willkürliche; und auch abgesehen hiervon gibt es erstlich Localrecht, welches nicht praktisch ist, ohne doch ausdrücklich durch die Landesgesetzgebung beseitigt zu sein. Wenn es nun überhaupt einen Sinn haben soll, daß particuläres Recht durch gemeines nur dann aufgehoben werde, wenn diesem eine solche Bestimmung gegeben sei, so muß doch der Mangel einer ausdrücklichen Aufhebung jenes Localrecht als subsidiär geltendes bestehen lassen.

Ebenso gibt es praktisches Localrecht, z. B. über die bäuerlichen Gutsverhältnisse, durch welches Lücken des Landrechts ausgefüllt werden, und zwar Lücken, welche die Landesgesetzgebung selber ausfüllen könnte.

Auf der andern Seite enthalten freilich die Landrechte gewisse Dispositionen, z. B. über die ehelichen Güterverhältnisse, die dem Localrecht nachstehen sollen. Bedenkt man aber, daß die Landrechte selber

es handelt sich dem wahren Sachverhalt nach immer nur um einen Rechtscomplex, dessen Geltung in Frage gelassen wird.

Jedenfalls aber ist dieß kein Standpunkt, den der Germanist einnehmen könnte. Der Begriff der Subsidiarität dürfte in einem Lehrbuche des deutschen Privatrechts keine Anwendung finden, erstlich, weil anwendbares Recht zu verlangen ist, und ferner weil nur ein organisch zusammengehöriges Recht — wie es dann nicht vorliegen würde — ein würdiges Object der Wissenschaft ist. Es kommt auch — abgesehen von dem irrigen Glauben an ein formell gemeines Recht — nur deshalb zur Anwendung, weil man von der Natur wahrhaften Rechts, welches etwas den Verhältnissen Immanenten, nicht etwas über ihnen Schwebendes ist, keine Vorstellung, und darum kein Bedürfnis hat, ein System zu geben, das gleichmäßig in das Leben eingreift. —

Die Anhänger der entgegengesetzten Ansicht stellen hiernach auf, daß wenn ein Rechtsatz auch nur in einem einzigen particulären Rechtsgebiete Geltung habe, dieß schon hinreichend sei, um ihn als gemeinrechtlich zu bezeichnen, und — da es nicht auf dem bloßen Namen ankommen kann — in ein System des gemeinen Rechts aufzunehmen, vorausgesetzt nur, daß er auf einer gemeinsamen Quelle beruhe.

fenschaftlich zubereitet einem Ganzen entnehmen muß, dessen organischer Zusammenhang in fremdem Boden wurzelt.

Es ist eine Ansicht, die sich mehr und mehr aufdrängt, daß dieser Dualismus der deutschen Rechtswissenschaft aufhören muß, und aufhören wird.

Daß seine Beseitigung zum Theil durch die Romanisten bewerkstelligt werden wird, ist wohl nicht zu bezweifeln; und es würde in dieser Beziehung noch mehr geschehen, als bereits geschieht, wenn man das römische Recht als ein formell gemeines aufgeben, oder wenigstens dies mehr in Betracht ziehen wollte; daß es jezt in dem größten Theile Deutschlands jedenfalls nur als Inhalt der Gesetzbücher gilt, und daß die Zeit nicht fern sein kann, wo es als subsidiäres Recht vollständig durch Codificationen verdrängt sein wird.

Mehr noch aber wird die Beseitigung jenes Dualismus das Geschäft der Germanisten sein, indem sie das praktikable römische Recht behandeln, wie andres Particularrecht, und es in seinen allgemeinen Principien in ihre Darstellungen hereinziehen.

50) SAVIGNY F. K. VON,

Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, Mohr und Zimmer, Heidelberg, 1814, 162 p.

https://books.google.fr/books?id=XH5fAAAACAAJ&pg=PA515&dq=savigny+subsidiarit%C3%A4t&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwiJ5-yy_sPLAhXGqxoKHWe3DTgQ6AEIMjAD#v=onepage&q=savigny%20subsidiarit%C3%A4t&f=false

— 83 —

dem Ernst und der Ausdauer, die darin bewiesen worden sind, große Achtung zu empfinden; die Seele des Ganzen aber war der geistreiche Suarez, durch welchen Einheit in der Wirksamkeit so vieler und verschiedener Mitarbeiter erhalten wurde. Gleich von dieser Seite wird kein Unbefangener den Code mit dem Landrecht vergleichen wollen: nicht blos die Gewissenhaftigkeit und Liebe zur Sache, die den besseren Deutschen natürlich ist, erklärt diesen Unterschied, sondern auch die ganz verschiedene äußere Lage, aus welcher beide Gesetzbücher hervorgiengen: der Code sollte schnell fertig seyn, um manches drückende Uebel aus der Revolution zu mildern, und um alles auf gleichen Fuß zu setzen, während das Landrecht blos mit dem Zweck und dem Gefühl, etwas treffliches zu leisten, ohne äußere Noth, die dazu drang, bearbeitet wurde. Was ich als einen zweyten großen Vorzug des Landrechts betrachte, ist das Verhältniß desselben zu den localen Quellen; es sollte blos als subsidiarisches Recht an die Stelle des „Römischen, gemeinen Sachsen- und anderer fremden subsidiarischen Rechte und Gesetze treten“¹⁾, und alle Provinzialrechte sollten fort bestehen, aber auch binnen drey Jahren zu besondern Gesetzbüchern verarbeitet werden²⁾. An-

1) Publicationspatent §. 1.

2) Dieses ist indessen für Ostpreußen etwas später geschehen (Ostpreussisches Provinzialrecht. Berlin 1802. 8), für die übrigen

130 Kap. III. Rechtsquellen

liegen gänzlich außer der Willkühr der Verträge, und sind nicht bloß subsidiarisch gültig, indem bey ihnen vielmehr ein besonderer Staatszweck obwaltet. Diese werden ganz zum Jus oder zum Jus publicum gerechnet, und auf sie bezieht sich die Regel: „*jus publicum privatorum pactis mutari non potest,*“ oder, wie Pomponius sagt: „*Nec ex praetorio, nec ex solemnibus jure privatorum conventionibus quicquam immutandum est, quamvis obligationum causarum pactio possint immutari*“ 9¹). Zu diesem Jus publicum gehört die Form feyerlicher Handlungen, z. B. der Testamente, welche daher durchaus nicht willkührlich geändert werden kann: eben so jedes Verwandtschaftsverhältniß 9²). Vergleicht man damit das Gesetz von Liutprand, so sagt es nicht mehr und nicht weniger als folgendes: die Notarien sollen sich streng an das persönliche Recht der Parteien halten, und von diesem durchaus nicht abweichen: das gehe aber nur auf die Rechtsregeln von absoluter Nothwendigkeit, also auf das Jus pu-

ad hereditandum pertinet), nicht auf die subsidiären Regeln der Verträge, die natürlich überall mit Willkühr geändert werden konnten. Also steht der ganze Theil des Gesetzes von Liutprand, welcher die willkührlichen Bestimmungen der Verträge zuläßt, nicht in der geringsten Beziehung mit irgend einem besondern Grundsatz über die persönlichen Rechte: er beruht vielmehr auf einer ganz allgemeinen Unterscheidung, die genau eben so auch bey Römischen Bürgern vorkam, bey welchen doch gewiß niemand an nationale Verschiedenheit persönlicher Rechte, und an freye Wahl dieser Rechte, denken wird.

Aber der wichtigste unter allen Gründen für die freye Wahl des Rechts liegt in der berühmten Constitution Lothars I. von 824, und diese, die auch unabhängig von dieser Streitfrage sehr merk-

wissenschaftlichen Charakter immer mehr verlieren würden.

In dieser allgemeinen Ansicht der Facultäten sind wir mit dem Verfasser völlig einverstanden, nicht so in der historischen Herleitung. Die drei oberen Facultäten, sagt er (p. 72.), seyen vom Staat entweder gestiftet, oder doch früher und vorzüglich in Schutz genommen worden; die philosophische sey für ihn ursprünglich bloßes Privatunternehmen, nur durch innere Nothwendigkeit und durch den wissenschaftlichen Sinn der in jenen Facultäten Angestellten sey sie subsidiarisch herbeigeholt worden. Allein ursprünglich sind auch die oberen Facultäten durch bloßes Privatunternehmen entstanden. Die Pariser Theologen, die Juristen zu Bologna und die Salernitanischen Aerzte erfüllten Europa mit ihrem Ruhm, lange, ehe der Staat sich in ihre Lehranstalten mischte. Und als dieses geschah, verstand sich die Zusammensetzung der Universität aus den vier oder fünf Facultäten von selbst, ja sogar die Rangordnung war schon ohne Zuthun des Staates entschieden. In Deutschland besonders finden sich zwar *einiae weniae* Fälle, worin Anfangs

Die allgemein subsidiären Klagen des römischen Rechts : eine civilistische Abhandlung, In der Universitäts-Buchhandlung von J.M. Oeberg u. Company, Rostock, 1834, 517 p. (50 occurrences).

Source :

<https://books.google.fr/books?id=JRREAAAcAAJ&pg=PA332&dq=subsidiarität%20&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwj7IqcpYfMAhUFthQKHWeHD-A4FBD0AQgpMAI#v=onepage&q=subsidiarität%20&f=false>

Inhaltsanzeige.

Erster Theil. Die allgemeinen Lehren S. 1—214.

Erstes Kapitel. Begriff der allgemeinen Subsidiarität. Angabe der Klagen mit allgemein subsidiärem Charakter S. 1—52. Wesen und verschiedene Potenzen der Subsidiarität S. 2 u. 3. — Verhältnis der Prätorischen Klagen zu den civilen S. 4—17. — Irrige Annahme des allgemein subsidiären Charakters 1) bei der Klage gegen den mensor si falsum mod. dix. S. 17—22; — 2) bei allen Pdnalklagen, wenn sie gegen den Erben gerichtet werden S. 22—30; — 3) bei den verschiedenen Arten der in factum actiones S. 30—31. — Aufzählung der wirklich subsidiären Rechtsmittel S. 31.

Zweites Kapitel. Extraordinaria cognitio. Stipulatio damni infecti nomine S. 32—94. Begriff der privatrechtlichen extraordinaria cognitio S. 53—62. — Ihre innere Natur S. 62—79. — Herleitung ihres allgemein subsidi. Charakters aus dieser Natur S. 79 u. 80. — Verschwinden dieses Charakters zur Zeit der späteren Pandectenklassiker S. 80—89. — Auch die stipulatio damni infecti nomine lassen die Sabintaner nur zu si alia actio non est S. 89 u. 90. — Deshalb? S. 90—93. — In Justinians Rechtsbüchern ist im Allgemeinen das Rechtsmittel nicht mehr als subsidiär behandelt S. 93 u. 94.

Drittes Kapitel. Zurückführung der Klagen mit allgem. subs. Charakter auf ihre letzten gemeinschaftlichen Gründe. Interpretationsprincip S. 94—107. Die Subsidiarität fließt entweder aus den Zweck der Klage und zwar in dreifacher Weise S. 95—98 — oder sie wird bedingt durch eine anderweitige allgemeine höhere Idee S. 98—100. — Critik der verschiedenen hier denkbaren Interpretationsgrundsätze S. 102—107.

Viertes Kapitel. Die Rechtsmittel, welche überhaupt zur Ausschließung der allgemein subsidiären führen können S. 107—165. I. Alle Klagen S. 108. Ausnahmen S. 109—113. — Auch Interdicte schließen die subsidiären Rechtsmittel aus S. 113—149, wobei besonders auch das verwandtschaftliche Verhältnis der Interdicte zu den

Zweiter Theil. Die einzelnen allg. subsidiären Klagen
S. 215 folg.

Einleitende Uebersicht S. 215 u. 216.

Erstes Kapitel. In integrum restitutio S. 216—307.
Begriff und Benennung S. 216—224. — Herleitung des
subs. Charakters aus dem Wesen der Restitution S. 224—230.
Zeugniß für die Subsidiarität S. 231 u. 232. — Die Sub-

Inhaltsanzeige.

XV

sidarität der Restitution wirkt auch, wenn nur auf indirec-
tem Wege Hülfe gewährt ist S. 232—243. — Gleichermaa-
ßen ist auch selbst im späteren Recht die Restitution unzulässig,
wenn durch eine bonae fidei Klage wegen dolus ein Geschäft
rescindirt werden kann S. 245—250. — Auch infamirende
Klagen gehen als solche der Restitution nicht vor S. 250 u.
251. — Aufzählung der in den Quellen wirklich begründeten
Ausnahmefälle von der Subsidiarität der i. i. r. S. 251—254. —
Begränzung der Subsidiarität nach dem Umfange der Re-
stitution S. 254—307. Insbesondere, es giebt keine in inte-
gram restitutio wegen Berufung auf das Setum Vellejanum
S. 257—263. — Eben so keine eigene Restitution wegen
verhinderten Erscheinens vor Gericht S. 263—271. — Auch
keine eigene propter fraudem creditorum S. 271—278. —
Dagegen besteht die Restitution wegen capitis diminutio
ihrem ganzen Umfange nach auch noch im späteren Rechte
S. 278—307.

Zweites Kapitel. Actio doli mali S. 308—377. Histo-
rische Stellung der actio doli S. 308—328. — Daraus geht
ihr Zweck hervor, und aus diesem wiederum die Subsidiarität
S. 328 u. 329. — Diese Subsidiarität ist keineswe-

ges in der infamirenden Eigenschaft der Klage zu suchen
S. 329—331. — Die Quellenzugnisse für die Subsidiarität
S. 331 u. 332. — Begründete Ausnahme von der Subsidiarität
S. 333—338. — Zurückweisung falsch angenommener
Ausnahmen S. 338—347. — Erklärung einzelner Quellen-
stellen, in denen gegen das Princip der Subsidiarität gefehlt
sein soll S. 347—377.

Drittes Kapitel. Actio quod metus causa S. 377—
417. — Zeugnisse für die Subsidiarität der Klage nach Ver-
lauf eines annus utilis S. 378—380. — Prüfung der von
Anderen aufgestellten Gründe für die Subsidiarität der Klage
S. 381—388. — Entwicklung der eigenen Ansicht darüber
S. 388—399. — Die einzelnen Fälle, in denen wegen Zwang
ein Geschäft ipso jure null wird, und Einfluß dieses Um-
standes auf die subsidiäre actio quod metus causa S. 399—
410. — Einzelne Fälle, die fälschlich hierher gezogen sind
S. 411—415. — Prüfung der Ansicht, nach der nach einem
Jahre dem Gezwungenen immer noch eine condictio zustehen
soll S. 415—417.

Viertes Kapitel. Querela inofficiosi testamenti S.
417—480. Die Klage steht nur wegen materieller Mängel
der testamentarischen Disposition zu S. 417—432. — Ihr
Grund ist lieblose Gesinnung des Testators, und vermittelt

wird sie juristisch durch die Fiction des Wahnsinnes S. 432 u. 433. — Diese Fiction darf an und für sich weder seltsam genannt werden, noch ist sie inconsequent durchgeführt S. 433—440. — Eine Folge jener Fiction ist die Subsidiarität S. 440—442. — Die Quellenstellen für die Subsidiarität S. 442. — Widerlegung der Ansicht, daß die Subsidiarität hier nur dann wirke, wenn das concurrirende Rechtsmittel gleichfalls, wie die Querel, auf Verletzung der Nothherbenrechte gegründet ist S. 442—452. — Prüfung einiger Stellen, die ebenfalls gegen den allgemein subsidiären Charakter der Querel zu sprechen scheinen S. 453—468. — Widerlegung der Meinung, daß für den Vater die Querel electiv mit der bonorum possessio contra tabulas des Quasimanumissor concurrirt S. 468—475. — Steht die Querel nach Justinianischem Rechte noch jemals dem Ascendenten zu? S. 475—480.

Fünftes Kapitel. Querela inofficiosae donationis S. 480—500. Parallelisirung dieser Klage mit der Klage wegen pflichtwidrigen Testaments S. 480—482. — Beweis des allg. subs. Charakters der querela inoff. donat. S. 482—485. — Das Fundament dieses Charakters leidet nicht, daß sie dem Schenker selbst in irgend einem Falle gegeben werde S. 485 u. 486. — Die anscheinend entgegenstehende Stelle beruht auf einem Princip, durch dessen bisheriges Uebersehen noch eine Reihe anderer Stellen unerklärlich geblieben sind S. 486—500.

Sechstes Kapitel. Actio funeraria S. 500 folgd. Die Kostspieligkeit des Römischen Leichenpompes hat schon sehr früh gesetzliche Beschränkungen der sumptuosa funera veranlaßt S. 500—502. — Doch wurden diese Beschränkungen später fast durchgängig unbeachtet gelassen S. 502 u. 503. — Jene Kostspieligkeit rief die Subsidiarität der actio funeraria hervor unter Berücksichtigung des Verstorbenen, damit dieser nach dem Tode weniger und seltener der Gefahr des Güterverkaufes ausgesetzt sei S. 503 u. 504. — Begründung der einzelnen Momente, worauf diese Ansicht beruht S. 504—509. — Neuerer Beleg für die Subsidiarität der Klage S. 509. — Ausnahme von der Subsidiarität S. 510.

Erster Theil.

Die allgemeinen Lehren.

Erstes Kapitel.

Begriff der allgemeinen Subsidiarität. —
Angabe der Klagen mit allgemein subsidiärem Charakter.

Die Gesetzgebung über die privatrechtliche Stellung der Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften: mit besonderer Rücksicht auf die Haftpflicht bei kommerziellen Gesellschaften, Herbig, Berlin, 1869.

p. 58

Denn dass die Verleihung der rechtlichen Persönlichkeit an die Genossenschaften, vermöge deren dieselben auf ihren Gesamtnamen Rechte erwerben und Verpflichtungen eingehen, eine völlige Umwandlung des bisherigen Schuldverbandes mit den Gläubigern bewirkt, ist augenfällig. Als rechts- und vermögensfähiges Ganzes tritt die Genossenschaft zwischen ihre Mitglieder und Gläubiger. Mit ihr, als selbständigem Rechtssubjekt, schliesst man die Geschäfte, mit ihr haben es in Folge dessen die Gläubiger zunächst zu thun, nicht mehr mit den einzelnen Mitgliedern; an das Vermögen der Genossenschaft haben sie wegen Erfüllung der eingegangenen Verpflichtungen sich zu halten, nicht an das Privatvermögen der Mitglieder. Wenn dennoch das Gesetz den Mitgliedern die Solidarhaft den Genossenschaftsgläubigern gegenüber auferlegt, obschon dieselbe nach Vorstehendem aus dem mit einem andern Kontrahenten abgeschlossenen Geschäft an und für sich nicht abgeleitet werden kann, so folgt daraus allerwenigstens soviel: dass diese Haft nur subsidiär eintreten, und als Aushilfe dienen darf, für den Fall, dass das Vermögen des eigentlichen Verpflichteten, der Genossenschaft, zur Deckung solcher Forderungen nicht ausreicht. Denn wollte man dem entgegen, den Anspruch der Gläubiger an die Mitglieder in erster Linie zulassen, so dass diese sofort, mit Uebergang des Hauptverpflichteten, in Angriff genommen werden könnten, so würde man gegen alle Rechtsprinzipien verstossen. Mit alleiniger Ausnahme des *Bairischen Entwurfs*, ist denn auch die Sache in den hierher gehörigen Gesetzen auf diese Weise geordnet. Während das *Preussisch-Norddeutsche Gesetz* und der *Oesterreichische Entwurf*, welcher

53) SPIETHOFF, A.

Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche.
Heft 1 - 6 (gebunden in 1 Bd.), München, Leipzig: Duncker & Humblot, 1926, 1100 p.

p.50

Jacob, Fulda, Rau. Die Prinzipien Adolph Wagners; Analyse und Kritik. — III. Das Problem der Steuergerechtigkeit S. 66—77. — Der Begriff der zeitlichen Gerechtigkeit. Zeitliche Gerechtigkeitskonventionen. Die Prinzipien der Allgemeinheit der Steuerpflicht und der Gleichmäßigkeit der Steuerlast. Wagners doppelte Steuergerechtigkeit. Der Fortschrittsgedanke. Zusammenfassung. — IV. Neue Grundsätze der Besteuerung S. 77—82. Das „finanzökonomische“ Prinzip. Das Prinzip der Subsidiarität der Besteuerung. Sozialökonomische Be-

54) SIEBENHAAR, E.

Dr. Siebenhaar's archiv für deutsches wechselrecht und handelsrecht, Band 15, Eduard, Theodor Tauchnitz, freiherr Johann Heinrich August Adolf von Bernewitz, B. Tauchnitz., Leipzig, 1866.

Source : Princeton University

https://books.google.fr/books?id=rdEpAAAAAYAAJ&pg=PA385&dq=subsidiarität&hl=fr&sa=X&redir_esc=y#v=onepage&q=subsidiarität&f=false

pp. 27 ; 362 ; 368-369 ; 376 ; 385 ; 397

Hahn, *Comm. II. S. 307.* Allerdings verordnen aber zweckmäßig mehrere Einführungsgesetze, daß mit der Concursöffnung über die Gesellschaft jederzeit auch der Concurs über das Vermögen der unbeschränkt haftenden Gesellschafter eröffnet werden soll. Vergl. §. 30. des österr., §. 36. des preuß., §. 11. des sächs., §. 34. des bayr. G.:G.

34) Wie z. B. durch das frankfurter G.:G. Art. 18., das sächs. §. 11., das bayr. G.:G. §. 35. Ähnlich nach englischem und amerikanischem Rechte. Das österr. und preuß. G.:G. haben von dem Vorbehalte des Art. 122. keinen Gebrauch gemacht. Wir finden die Bestimmung, daß die Handlungsgläubiger auf das Privatvermögen erst nach vollständiger Befriedigung der Privatgläubiger Anspruch haben, billig und können in derselben weder eine „willkürliche Bevorzugung der Privatgläubiger, noch eine Inconsequenz gegenüber dem Grundsatz der Solidarhaft der Gesellschafter“ finden (Hahn II. S. 309 und Auerbach, *Das neue H.:G.:B. S. 199*); erstere nicht, weil man mit demselben Rechte von einer „willkürlichen“ Bevorzugung der Gesellschaftsgläubiger sprechen könnte, — letztere nicht, weil ja die Solidarhaft bestehen bleibt, wenngleich dieselbe durch die Subsidiarität „an Werth verliert.“

Fragen wir nun nach der Ursache der grundverschiedenen Behandlung der eben angeführten zwei Hauptclassen der Collectivgesellschaft, so finden wir in den Protocollen nur die Behauptung, daß „für die auf gemeinsamen Erwerb (Gewinn) gerichtete (nicht kaufmännische) Gesellschaft, wenn sie sich als Collectivgesellschaft constituire, Bestimmungen nöthig seien, welche von den im Allgemeinen für die Collectivgesellschaften aufzustellenden Bestimmungen abweichen (S. 2966.), da die letzteren für sie entschieden nicht passen. (S. 2996 u. 3037.) Die Erwerbsgesellschaft³⁵⁾ bedürfe insbesondere:

eines schweizerischen Handelsrechtes, Prof. Walther Munzinger, Motive zu diesem Entwurfe S. 141 ff.; dazu S. 157. des Entwurfs.

34) Die Subsidiarität der Haftung der Gesellschafter scheint in der Absicht der Konferenz gelegen zu haben (s. Protocolle S. 3014. u. 3017.), ergibt sich aber weder direct noch indirect aus dem Art. 897. Die Fassung dieses Artikels geht unverkennbar von der Annahme der juristischen Persönlichkeit des Gesellschaftsvermögens aus, so sehr auch diese Meinung der Majorität der Konferenz fern stand. Vgl. Protocolle S. 2994. — Nach dem Entwurfe zweiter Lesung haften im Falle der Unzulänglichkeit des Gesellschaftsvermögens die Gesellschafter als Gesamtschuldner. Protocoll S. 4514.

35) Ein Antrag, das Merkmal der Erwerbsgesellschaft im Art. 870. ein-

Anders bei der Collectivgesellschaft der zweiten Art. Hier kommt weniger die Persönlichkeit des Gesellschafters (soweit dieser überhaupt nur die statutenmäßigen Eigenschaften hat), als vielmehr sein Beitrag zu Gesellschaftszwecken in Betracht. Derlei Genossenschaften sind vorweg auf die Theilnahme zahlreicher Mitglieder berechnet, können auch nur bei namhafter Betheiligung gedeihen.⁴⁴⁾ Das Individuum tritt in den Hintergrund, dagegen das durch Beiträge zu schaffende Gesellschaftsvermögen in den Vordergrund. Der Wechsel der Individuen durch Tod, Austritt u. s. f. ist daher für den Fortbestand der Gesellschaft unwesentlich;⁴⁵⁾ nur die möglichst ungeschmälerte Erhaltung des Gesellschaftsfonds erfordert das Gedeihen der Gesellschaft nach Innen, erfordert die Sicherheit der Gläubiger nach Außen hin. Bei der gewöhnlich großen Zahl der Mitglieder empfiehlt sich die Bestellung eines ausschließlich mit der Gesellschaftsführung und Vertretung der Gesellschaft betrauten Vorstandes. Art und Umfang der Haftung der Mitglieder Dritten gegenüber ist der mannigfaltigsten Abstufung fähig. Persönliche beschränkte oder unbeschränkte, solidarische oder proportionelle Haft, Zulässigkeit oder Ausschluß der Einrede der Subsidiarität der Haftung in Bezug auf den etwa

primär haftenden Gesellschaftsfond ist denkbar und bei den verschiedenen Associationen schon derzeit im Gebrauche, ja selbst ausschließliche Haft des Gesellschaftsvermögens bei beschränkter Beitragspflicht der Mitglieder zum Gesellschaftsfond (hiermit unter Ausschluß der directen selbst nicht beschränkten Haftung der Letzteren nach Außen), findet sich — ein Haftungsmodus, der die Natur des Societätsverbandes verkümmert und ohne besondere Vorfichten leicht zur Benachtheiligung der Gesellschaftsgläubiger führen kann.⁴⁶⁾ So finden wir beispielsweise unbeschränkte, solidarische und nicht subsidiäre Haftung bei vielen Handwerker-Vorschusscassen (namentlich in Böhmen, vgl. z. B. §. 2. und §. 5. Absatz 6. der Statuten der Smichover Vorschusscasse); unbeschränkte solidarische, aber subsidiäre Haftung bei den meisten Schulze-Delitzsch'schen Erwerbs- und Wirthschaftsvereinen (vgl. auch §. 15. des Schulze-Delitzsch'schen Gesetzentwurfes); wieder solidarische, beschränkte und subsidiäre Haftung bei manchen Consum- und Creditvereinen (vgl. z. B. §. 5. des Statuts des Berliner Bürgerschaftsvereins für Creditgewährung an die auf Selbsthülfe beruhenden Erwerbs- und Wirthschaftsgenossenschaften); eine unbeschränkte, aber nur verhältnißmäßige Haft bei manchen Schweizerischen Actienkassereien (vgl. Munzinger a. a. O. S. 162 flg.); wieder bei anderen Vereinen ausschließliche Haftung des Gesellschaftsvermögens bei beschränkter Beitragspflicht der Mitglieder (vgl. z. B. §. 26. der Statuten des Prager gegenseitigen Aushilfsvereins).

das Richtige zu treffen, daß nämlich neben dem Actienvereine, der das Betriebsmaterial aufbringe, ein zweiter Verein bestehe, welcher die Milchlieferung zur gemeinsamen Käseproduction und die Vertheilung des Gewinnes nach der Höhe der Milchlieferung (nicht der Actien) bezwecke. Wir halten vielmehr auch die Actienkäsereien für eine Art der im Texte behandelten Collectivgesellschaft mit nicht geschlossener Mitgliedschaft und ausschließlicher Haft des Gesellschaftsfonds. Die Gesellschafter (Kuhbesitzer) sind zu gewissen Baar einlagen verpflichtet, auf welche ihre Haftung beschränkt bleibt; sie haben so viele Namensactien zu nehmen, als sie Kühe besitzen; von dem Actien capitale wird nur ein fester Zins von 4% entrichtet; der Gewinn wird nach Maß der Milchlieferung vertheilt. Die Form der Actien ist bloß zur leichteren Gewinnung des Betriebskapitals gewählt; vom Wesen des Actienvereins ist Nichts zu finden. Durch das Hinterspörchen des Art. 113. des Schweiz. Entwurfs wird in der That die autonome Schöpfung neuer Gesellschaftsformen gewährleistet.

59) Die Reserve, sagt Schulze-Delitzsch im Jahresberichte für 1864 S. 43. 11. . . . bildet denjenigen Theil des Gesellschaftsfonds, welcher der Gesamtheit der Vereinsmitglieder gehört. . .

60) Die solidarische Haftung findet sich in fast allen Statuten; dagegen ist die Subsidiarität der Haftung (Nothwendigkeit der Vorausklage des Vereins) in vielen Statuten nicht enthalten. Subsidiarität und Solidarität der Haft sind selbstverständlich wohl vereinbar, die Zulässigkeit der Vorausklage ist daher „weder eine wesentliche Modification, noch eine Abweichung von der solidarischen Haft,“ wie irrig Auerbach a. a. D. S. 22. meint. Ueber die bald solidarische bald verhältnismäßige Haft bei Käseereigesellschaften und die ausschließliche Haft des Gesellschaftsvermögens bei Actienkäsereien vgl. die Note 58.

die Unbeschränktheit der Mitgliederzahl noch die zumeist in den Statuten festgesetzte Subsidiarität der solidarischen Haftung der Gesellschafter macht, wie Auerbach a. a. O. S. 17 flg. meint, jene Subsumtion zur Unmöglichkeit. Denn erstere kann nach Art. 90. des Handelsgesetzbuchs durch Verabredung gültig festgesetzt werden. Eine Vereinbarung der letzteren Art widerspricht zwar der übrigens nicht weniger als klaren Bestimmung des Art. 112. des Handelsgesetzbuchs; indesß daraus folgt bloß, daß eine derartige statutarische Anordnung den Gesellschaftsgläubigern gegenüber wirkungslos ist.⁷⁹⁾ Ja selbst die letztere Folgerung wird von jenen nicht zugegeben werden, welche — entsprechend dem in der Conferenz abgelehnten Art. 117. des Preuß. Entwurfs — behaupten, daß die Subsidiarität der Haftung der Gesellschafter (daher Nothwendigkeit der Vorausklage der Gesellschaft als solcher) im Handelsgesetzbuche indirect anerkannt sei.⁸⁰⁾ Auch darin end-

nicht abgeschlossen sei. Allein nur in den durch das Recht anerkannten Formen können Rechtsverhältnisse zur Existenz und Geltung kommen. In der That würden auch sonst die stringenten Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs über das Verhältniß der Gesellschaft zu Dritten illusorisch. Die Bildung von Handelsgesellschaften auf neuen Grundlagen könnte daher nur im Wege der Particulargesetzgebung erfolgen. Selbst dem Gewohnheitsrechte ist hier nach dem Art. 1. kein Spielraum gelassen, da ja das Handelsgesetzbuch über „Handelsgesellschaften Bestimmungen enthält.“ Vgl. über den letzteren Punkt die gleiche Ansicht bei Kráweil, Commentar S. 2., Hahn I. S. 2—4., Goldschmidt I. S. 214 flg., auch §. 36. u. 46. R. 33., Auerbach, Handelsgesetz S. 15. Anderer Ansicht Thöl S. 66. u. 67. Anschütz, Kritische Vierteljahrsschrift I. S. 6.

79) Es wäre angezeigt gewesen, wenn in dem Art. 112. des Handelsgesetzbuchs die ausdrückliche Bestimmung aufgenommen worden wäre, daß selbst die Subsidiarität der Haftung (Vorausklage, beziehentlich Vorausercution des Gesellschaftsfonds) Dritten gegenüber nicht gültig verabredet werden kann, was nach der gegenwärtigen Fassung desselben nicht ohne Schein bestritten werden darf. Denn daß die Solidarität die Subsidiarität nicht ausschließt, ist einleuchtend. Vgl. L. 7. D. 45. 2. L. 116. D. 45. 1. Dazu Savigny, Obligationenrecht II. §. 18 flg., Wangerow §. 573. Anmerkung 2. Absatz 1., Arndts, Pandecten §. 213. u. 215., Buchta, Pandecten §. 234., Brinz, Pandecten §. 143. u. 144. Irrig sieht Auerbach a. a. O. S. 22. in der Subsidiarität der Haft eine Modification der Solidarität. Nach dem Schulze-Delitzsch'schen u. Preuß. Entwurfe sollen die Vereinsgläubiger die Genossen erst bei Insufficienz des Gesellschaftsfonds auf solidarische Zahlung belangen dürfen. Vergl. §. 13. resp. 35. der bezüglichen Entwürfe. Auch hier ist nicht die Solidarität, sondern nur die Principalität der Haftung ausgeschlossen.

80) So namentlich Künze in Goldschmidt's Zeitschrift VI. S. 217.

stimmungen des Handelsgesetzbuchs über Commanditgesellschaften wäre als durch Nichts begründet zu beseitigen. Vgl. S. 370.

IV. Betreffend die Verbindlichkeit der Gesellschafter, wäre die Beitragspflicht nach Innen und die Haftpflicht nach Außen schärfer zu scheiden, Dasein und Maß dieser Letzteren nicht absolut vom Umfange der Ersteren abhängig zu machen (wie dies in den Art. 875. 876. 877. u. 897. geschieht), und endlich eine ausdrückliche Bestimmung über die gewiß nicht selbstverständliche Subsidiarität der Haft der Gesellschafter aufzunehmen. Vor Allem lasse man jedoch in diesen Punkten bei der unendlichen Verschiedenheit des thatsächlichen Bedürfnisses der Autonomie der Associationen freien Spielraum, und fordere nur klare und ausreichende Bestimmungen hierüber im Statute. (Art. 875. 3. 5.) Unter dieser Voraussetzung entfällt überhaupt die Nothwendigkeit einer gesetzlichen Dispositivbestimmung über die Haftpflicht nach Außen. Soll aber eine solche dennoch insbesondere für den Fall eines unregelmäßigen Vorgangs aufgenommen

werden, so sprechen wir für unmittelbare Haftung der Gesellschafter Dritten gegenüber, jedoch unter Voraussetzung früherer fruchtloser Execution in das Gesellschaftsvermögen oder der Insufficienz desselben.¹⁰⁴⁾ Denn die Unmittelbarkeit der Haftpflicht liegt einerseits in der Natur der Collectivgesellschaft und ist andererseits eine nicht zu übersehende Bürgschaft für die gewissenhafte Gebahrung mit dem Gesellschaftsfond und für die sorgfältige Controle des Geschäftsbetriebs des Vorstandes durch die Gesellschafter selbst, — hiermit eine wirksame Schutzwehr gegen Verkürzungen der Gesellschaftsgläubiger. Die Subsidiarität der Haftung der Genossen aber ist dem regelmäßigen Wesen der Genossenschaften mit nicht geschlossener Mitgliederzahl gewiß angemessen, da der Credit derselben oft weniger durch die Rücksicht auf die Persönlichkeit der

104) Der Art. 897. des Entwurfs schließt die persönliche Haftung der Gesellschafter nach Außen bei beschränkter Beitragspflicht gänzlich aus; bei nicht beschränkter Beitragspflicht läßt der Entwurf erster Lesung die Genossen persönlich nach gleichen Antheilen haften. Bei Bestand einer solchen Vorschrift und bei der fast ausnahmslos vorkommenden statutarischen Fortsetzung bestimmter Beiträge zum Gesellschaftsfond würde die persönliche Haftung der Genossen vielleicht nie eintreten. — Der Entwurf zweiter Lesung bestimmt schon

die Fortbildung des Gemeinzustandes, nicht bereits geltende Normen des Gemeinzustandes. Es gibt daher wohl Vernunftforderungen an das Recht, aber es gibt kein Vernunftrecht. Es dürfen die Untertanen, einzeln oder in Masse, sich nicht wider das positive Recht setzen, gestützt auf Naturrecht, das ist der Frevel der Revolution. Es darf die Obrigkeit nur das positive Recht handhaben, nicht das Naturrecht. Es darf insbesondere der Richter nicht nach Naturrecht entscheiden, sey es gegen das positive Recht oder sey es auch nur in Ergänzung des positiven Rechts (subsidiär). Die Anwendung des Naturrechts in den Gerichten ist schon thatsächlich nicht ausführbar. Sie scheitert an dem Mangel der Objektivität, der gemeinsam gleichmäßigen Anerkennung, und jenem Mangel der Präcisirung. Der Richter wäre damit nur an

sein Urtheil gewiesen, was er für das Naturrecht hält, im besten Falle würde er daher nur als Individuum (als bloßer Schiedsrichter) sprechen, statt als wirklicher Richter, d. i. als Organ und Repräsentant des nationalen rechtlichen Urtheils, und selbst in seinem eignen Urtheil würde er nur den allgemeinen Rechtsgrundsatz, nicht die bestimmte Art ihn herzustellen finden, in soweit also mit einem Willkür=Spruch oder vagen Billigkeits=Spruch durchgreifen müssen*). Die Anwendung des

*) Dasselbe gilt von den allgemeinen Motiven oder Tendenzen der Legislation, auch da, wo man sie, unpassend genug, in Verfassungsurkunden und Gesetzbücher, nicht bloß in deren Vorreden und Promulgationspatente aufgenommen hat, z. B. „Gleichheit vor dem Gesetze“, „Gleichheit der Lasten“, „Entschädigungspflicht des Staates, wenn er Untertanen ihre Rechte und Vortheile dem Gemeinwohl aufzuopfern nöthigt“. Unmittelbare Anwendung derselben, wie sie überall von den Betheiligten oder den politischen Parteien versucht wird, müßte zu einer heillosen Verwirrung des

Rechtszustandes führen. Den Verlegenheiten, welche die richterliche Anwendung jener Bestimmung des preussischen Landrechts bereitet, mußte durch ein besonderes Gesetz vom 1851 begegnet werden. (Diese Stelle, die

scheiden, die natürlichen, die aus dem Naturrecht (aus Rechtsideen) folgen, und die positiven. Das positive Recht habe zwar den Vorrang bei der Kollision, aber das Naturrecht sey für die im positiven Recht nicht entschiedenen Fälle eine subsidiäre Rechtsquelle. Dabei dachte man sich nothwendig das Naturrecht als eine in sich geschlossene vollständige Legislation, die zwar einertheils durch das positive Recht bereichert wird, andertheils aber wieder reichhaltiger ist als dieses. Diese Vorstellungsweise ist besonders ausgeführt in dem damals hochgefeierten Buche Weber's: „Ueber die natürliche Verbindlichkeit“, sie findet sich aber in allen Lehrbüchern, z. B. Thibaut's Pandekten; sie ist selbst in die Legislation übergegangen, z. B. in das österreichische Gesetzbuch, welches das Naturrecht als subsidiäre Quelle statt des bisher als solche gebrauchten gemeinen Rechts erklärt. — Die historische Juristenschule ließ diese ganze Theorie fallen, und zwar

zwischen der Erzwingbarkeit, die jene, und der Freiheit, die diese erheischt. Es können danach rein persönliche Handlungen (z. B. Dienste) nicht als immerwährend für alle Zeiten zum Gegenstand der Forderung gemacht werden, weil sie dadurch zu einer persönlichen Abhängigkeit der Person würden. Es dürfen ferner rein persönliche Handlungen nicht erzwungen werden, sofern das die ganze persönliche Lebensstellung des Schuldners alterirt (z. B. eine Sängerin zu ihrem Engagement, wenn sie den ganzen Beruf aufgeben will). Die Römer verurtheilten deshalb sogar bei Forderungen, die im Geben bestimmter Sachen bestehen, bloß in den allgemeinen Geldeswerth. Es darf endlich nicht für die Vermögensleistung zuletzt die Person des Schuldners selbst als Gegenstand des Gläubigeranspruchs behandelt werden, wie das alte römische Recht den Verkauf oder das in Stücke-Schneiden des Schuldners gestattete. Die Schuldhast ist gerechtfertigt nicht aus dem Grunde, daß die Person selbst einsteht für die Leistung; sondern aus dem Grunde, daß Gefängniß überhaupt das Mittel der Obrigkeit ist, zur Erfüllung der Verbindlichkeiten anzuhalten, wie der öffentlichen, so auch der privaten. Sie beruht deshalb auch nicht auf Vertrag, als welcher für das unverfügbare Recht der Freiheit nicht Platz greifen kann, sondern auf obrigkeitlichem Schutz. Darum ist die Abschaffung der Schuldhast ein Unrecht gegen den Gläubiger, Versagung obrigkeitlicher Hülfe, und wegen der Zerstörung des persönlichen Credits ein Unrecht gegen alle Creditbedürftige. Aber sie muß Regelung und Gränze haben, ewiges Gefängniß wegen Nichtbefriedigung der Gläubiger ist nicht gerechtfertigt; denn die Person selbst ist auch nicht subsidiär Gegenstand der Forderung. Das Vermögen des Schuldners dagegen haftet unbedingt für diese Leistungen vom Vermögenswerth.

III. Abschn. II. Kap. Insbesondere von den gemischten Ehen. 485

dem Vater folgen, die Mutter auch für ihre Person eine vereinzelte entfremdete Stellung in der Familie einnimmt, endlich daß, da die Zulassung der gemischten Ehe überhaupt auf der Hoffnung einer Ausgleichung des konfessionellen Gegensatzes unter den Gatten durch innige Religiosität und Familienliebe ruht, eben diese Ausgleichung auch unter den Kindern bei verschiedener religiöser Erziehung möglich seyn muß, und andrerseits das Bewußtseyn dieses Gegensatzes ja auch ohne das schon durch die abweichende Religion der Mutter in den Kindern dennoch rege wird.

Beiderlei Anordnung ist deshalb zulässig, und es läßt sich von keiner unter ihnen behaupten, daß sie die sachgemäße und die andere es nicht sey. Solch unbedingtes Urtheil ist hier aus doppeltem Grunde nicht möglich: fürs Erste, weil die gemischte Ehe immer ein unharmonisches Verhältniß bleibt, und eine harmonische Lösung desselben darum überall nicht möglich ist, sondern immer nach der einen oder der andern Seite Mißstände hervortreten müssen; fürs Andere, weil die gesetzliche Anordnung hierin doch immer nur subsidiär seyn soll, falls die Gatten nach ihrer bestimmten konfessionellen Temperatur nicht anders verfügen, und für bloß subsidiäre Anordnungen es keine grundsätzlich unbedingte Nothwendigkeiten gibt. Bei einer irenischen Stellung der Kirchen selbst ist gewiß die Theilung nach Geschlechtern das Angemessenere, dagegen je schärfer Gegensatz und Polemik heraustreten, desto mehr wird es kommen, daß jede gemischte Ehe sich gänzlich und unbedingt einer Kirche in die Arme werfen muß, da wird sich die Bestimmung, daß dieses subsidiär die des Mannes sey, bewähren. Es wird aber dann das Resultat seyn, daß auch bloß die Kirche des Mannes mitwirkt, und daß das Weib selbst häufig nachgezogen wird. Kurz, bei der schroffen Entgegensetzung der Kirchen ist that-

Festgabe zu Bernhard Windscheids Fünfzigjährigem Doktorjubiläum, zwei Abhandlungen, Niemeyer, Halle, 1888.

Source : Harvard Library

<https://archive.org/stream/festgabezubernh00kipppgoog#page/n2/mode/2up>

geltende Recht anzuwenden habe, so ergab sich freilich daraus („wie das Griechische“, sagte man in der alten Zeit), daß er gemeinrechtlich in seiner rechtsprechenden Thätigkeit auf Naturrecht nicht zurückzugehen habe. Aber wie, wenn eine Gesetzgebung das Gericht darauf verwies? Was sagen denn die nur geschichtlichen Juristen Österreichs zu dem § 7 ihres bürgerlichen Gesetzbuches? Dort muß sich doch der Nachweis finden, daß ein Naturrecht überall nicht möglich sei? Und wir lesen, wenn wir etwa bei Unger nachschlagen: „wie wenig diese ganze Auffassungsweise des Naturrechtes unserer heutigen Anschauung über Recht und Staat entspreche, ist bekannt;“ man müsse allerdings, heißt es dort weiter, vom Standpunkte der „historischen Interpretation“ die Versuche zurückweisen, wodurch dem Naturrechte die ihm eingeräumte Subsidiarität wieder entzogen werden solle, aber man könne das „um so ruhiger“ thun, als sich in der That niemals ein Fall ereignen könne, in welchem zu jener subsidiären Quelle rekurrirt werden müßte, einfach deshalb, weil eben das österreichische „positive“ Gesetz immer zu einer Auskunft genügende Unterlage biete.²³ Weit entfernt also, die Existenzberechtigung von Naturrecht überhaupt zu widerlegen oder nur scharf zu leugnen, läuft es auf die Thatfrage hinaus, ob und wann die Voraussetzung seiner praktischen Anwendbarkeit gegeben sei.

Ich kann diese Angelegenheit auch nicht damit für abgethan erachten, daß gesagt wird, es stelle sich in den naturrechtlichen Bestrebungen nur dasjenige dar, was der jeweilig darüber Nachdenkende subjektiv für wahr halte. Denn hier würde alsbald so viel feststehen, daß ganz mit gleichem Fug auch alle objektive Realität der Ethik in Abrede gestellt werden könnte; was doch zu weiterem Nachdenken auffordern möchte. Vielleicht würde ja eine gute Untersuchung der Frage, in Auseinandersetzung mit der kritisch begründeten Ideenlehre, das behauptete Ergebniss liefern; aber eine solche Erwägung und Ausführung liegt seitens eines Anhängers der geschichtlichen Rechtstheorie meines Wissens nicht vor. Daß aber in der Disziplin des Naturrechtes viele

²³) Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechtes Bd. I (1856) § 11 S. 70 fg.

Bei allen von den Privaten ausgehenden Acten muß die Erhebung zweitens so eingerichtet werden, daß der Besteuerte die Zahlung ohne alle amtliche Mitwirkung vornimmt. Dies geschieht durch die Stempelmarke. Die Stempelmarke muß demnach in allen von dem Tarife als Steuerfuß anerkannten Steuerbeträgen vorhanden und auf allen Punkten eines Reichs käuflich sein. Die Steuerzahlung geschieht alsdann durch den Kauf der Marke, und die Verwendung derselben auf dem Papier ist die Steuerumlegung. Die Stempelung der Acten durch das Amt sollte nur subsidiär auftreten. Die Stempelmarken sind übrigens in jedem Falle viel zweckmäßiger als das Stempelpapier, das eine Menge praktischer Unzuträglichkeiten bietet. Das Recht, ungestempelte Acte mit einem Stempel oder Stempelbogen nachträglich zu versehen, ist ein Widerspruch mit dem Wesen der Steuer.

Die Voraussetzung der guten Steuererhebung ist ein durchaus genauer und alle Fälle des Kapitalverkehrs umfassender Tarif, der in möglichst einfachen und möglichst deutlichen Bestimmungen allgemein zugänglich gemacht wird.

Source : Harvard College

Dieselbe ist eine zweifache. Zuerst ist sie die Vormundschaftspflege über die Verlassenschaft, so lange bis die Verlassenschaftstheilung eintritt. Zweitens enthält sie diejenigen Anordnungen, welche die Bedingungen für die Sicherung der Rechte aller Betheiligten gegen einander und gegen Dritte herzustellen hat. Offenbar ist die natürliche Gränze dieses Rechts der Verwaltung in demjenigen gegeben, wodurch an die Stelle des Verstorbenen die durch die Erberklärung berechnigte, also in die Haftungen des Verstorbenen eintretende Person aufgestellt ist. Keine Verlassenschaftspflege soll weiter gehen, als bis zu diesem Augenblick; und es ergibt sich daraus der Satz, daß jede Verlassenschaftspflege nur subsidiär stattfinden soll. Die einfachen Grundsätze dafür sind unzweifelhaft die des französischen Rechts, nach welchem bei den gesetzlichen Erben überhaupt keine Verlassenschaftspflege eintritt, während die Fälle dieses Eintretens genau bestimmt sind. Das Verfahren dabei ist gleichfalls geordnet und zerfällt in den Akt der Versiegelung, den Akt der Entsiegelung, und den Akt der Inventarisierung, weil der gesetzliche Erbe mit dem Erbrecht zugleich den Besitz der Verlassenschaft empfängt. Wo dagegen dieser Besitz erst erworben werden muß, tritt eine Zwischenzeit ein, in welcher das Gericht als Organ der Verwaltung Besitzer ist; und dasjenige, was es in dieser Zwischenzeit zu thun hat, bildet den Inhalt der eigentlichen Verlassenschaftspflege.

1. März 1822 und das Gesetz über das Gemeindebürger- und Besitzrecht vom 4. December 1833 (bei Weiske S. 129—177) im Wesentlichen auf dem alten Standpunkt — möglichsie Abhängigkeit des Erwerbes des Besitzrechts von der Zustimmung der Gemeinde zur Niederlassung, damit sie nicht die Armenpflicht zu übernehmen nöthig habe — ein Grundsatz, dessen Widerspruch mit der natürlichen Ordnung und mit den §. 62. 63 der Verfassung dann wieder ausgeglichen wird, indem die Behörde diejenigen, welche sich ein solches Besitzrecht nicht haben erwerben können, der Geburtsgemeinde als natürliche Heimath einfach zutheilt. Unbegreiflich, wie man nicht sah, daß dabei im Grunde niemand gewann, denn der durch Geburt zur Heimath Berechtigte ward ja jeder Gemeinde eine zulezt doch unvermeidliche Last gerade durch den Grundsatz, vermöge dessen dieselbe Gemeinde den Erwerb der Ansässigkeit erschwerte! War es dann nicht klar, daß, wenn man bei sich den Erwerb der Armenzuständigkeit erleichterte, man in demselben Grade die Wahrscheinlichkeit gewann, daß der Geburtsberechtigte sein Anrecht auf Armenunterstützung durch Erwerb der Ansässigkeit bei einer andern Gemeinde verlieren werde? Alle diese Dinge lassen sich wie gesagt nur historisch erklären. Allein daneben zeichnet sich Württemberg vortheilhaft dadurch wie wir glauben vor allen andern Staaten Deutschlands aus, daß es allein die Idee der Armeugemeinde als Verwaltungsgemeinde für das Armenwesen festgehalten und in neuester Zeit noch weiter entwickelt hat. Schon die alten „Kastenordnungen“ erkennen, wie Mohl (Verwaltungsrecht §. 204 ff.) es richtig auffaßt, eine gewisse Connexität der Gemeindefassen zur Armenunterstützung an. Das was das Gesetz vom 17. September 1853 (Bizer S. 230) darüber bestimmt, ist im Grunde nur die Wiederholung und genauere Formulirung des älteren Rechts. Darnach soll es für die Armenunterstützung „zusammengesetzte Gemeinden“ geben; das Verhältniß derselben zu den einzelnen Ortsgemeinden, aus denen sie gebildet sind, beruht bei der Armenunterstützung jedoch nur auf einer subidiären Hilfsverpflichtung des Ganzen für den Theil, da zunächst noch jede Ortsgemeinde Armeugemeinde ist. Das ist so offenbar eine halbe Maßregel, daß es überflüssig scheint, speziell darauf aufmerksam zu machen. Ohne uns auf die Kritik im Einzelnen einzulassen, muß hier die Bemerkung genügen, daß eben vermöge dieser Unentschiedenheit in der Hauptsache die ganze Ordnung der Armenzuständigkeit und des Heimathswesens dieselbe geblieben ist, mit all ihren verkehrten Rechtsfolgen und Streitigkeiten. Und wenn irgendwo, so wird hier der Satz klar, daß jede wie immer geartete Armenverwaltung erst dann als eine fertige und genügende anerkannt werden kann, wenn sie, indem sie das

erhalten, und wird sie erhalten. Es muß daher als Grundsatz angenommen werden, daß für alle Verhältnisse des „Hilfspersonals“ zunächst der eingegangene Vertrag gilt, wenn ein solcher nachgewiesen werden kann; wo aber kein solcher besteht, muß das Recht der Gewerbeordnungen als subsidiäres Recht gelten. Das ist der Standpunkt, von dem aus die Bedeutung dieses Theiles der bestehenden Gewerbeordnungen zu betrachten ist.

Obgleich die deutschen Gewerbeordnungen sich nicht klar darüber aussprechen, ist doch wohl über diesen Satz kein Zweifel aus ihrem Inhalt herzuleiten. Am klarsten ist derselbe anerkannt in dem Lehrlingsgesetz von Frankreich (22. Febr. 1851; vergl. Bloch, Dict. v. Apprentissage; Kleinschrod a. a. S. 95; Rau §. 199).

II. Die Gewerbegerichte. Die historische Grundlage derselben ist ohne Zweifel das Recht der Selbstverwaltung der alten Körperschaften in Zunft und Innung. Das neue Princip der Gewerbefreiheit hat dieselben jedoch zum Theil aufgenommen auf Grundlage des Gedankens, daß die Verhältnisse zwischen Meister, Gesellen und Lehrling noch immer einen besonderen Inhalt haben, und daß andererseits ein eigentliches Gerichtsverfahren dafür nicht geeignet sei. England hat in dieser Beziehung jedoch dem Friedensrichter noch seine alte Gewalt gelassen; Frankreich, das die Gewerbe mit der Industrie im Grunde mehr principiell als wirklich scheidet, hat das Conseil des Prudhommes vielmehr als ein Arbeitergericht hergestellt; nur in Deutschland hat man die eigentlichen, übrigens wohl für das Lehrlingswesen kaum sehr praktischen Gewerbegerichte beibehalten, respektive neu eingeführt.

In England stand die Jurisdiktion über Streitigkeiten zwischen Meister und Lehrlingen schon seit 5. Eliz. 4. den Friedensrichtern zu; 20. Georg. II. 19; ausgedehnt auf Strafrecht, bei Gericht von zwei Friedensrichtern. Das Zwangslehrlingswesen als Theil der Armenkinderpflege gleichfalls schon durch 43. Eliz. 2. eingeführt und durch 56. Georg. III. 139. für die Kirchspiele organisiert; nach 7. 8. Vict. 101. stehen diese Lehrlingscontracte unter den guardians of the poor; s. Gneist, Engl. Verwaltungsrecht II. §. 47. — Die Prudhommes Frankreichs unterscheidet sich wesentlich davon, theils durch die Zusammensetzung (Wahl und Bildung aus Ministern, Arbeitgebern und Arbeitern) theils durch ihre Kompetenz (neben *louage d'ouvrage* auch *propriété industrielle*). Erste Bildung 1806; neue Organisation seit 1850 (Gesetz vom 1. Juni 1853; mehrere Gesetze über einzelne Fragen; Literatur bei Bloch, Dict. v. Prudhomme; Meißner, Fabrikgerichte). — Die österreichische Gesetzgebung hat den bereits in der Gewerbeordnung von 1859 liegenden Grundsatz zu einem eigenen System im Gesetz vom 14. Mai 1869 entwickelt; Kompetenz: Streit zwischen Herren und Arbeitern; Organisation: Wahl von beiden Seiten; Recht: Inappellabel bis 30 fl. Grundlage des Verfahrens: Vergleichsversuch. — Preußen

Es folgt, daß der Erfinder das Recht auf Geheimhaltung seiner Erfindung habe. Es folgt, daß die Commission berechtigt sein muß, zu erklären, daß die Erfindung nichts Neues enthalte. Es folgt aber nicht, daß das Recht auf eine Erfindung nur dann bestehe, wenn die Commission sich darüber ausgesprochen hat, sondern consequent muß es jedem freistehen, vor jedem Gericht den Beweis zu führen, daß er zuerst die Erfindung gemacht, daß sie etwas Neues enthalte, und daß derjenige, der sie benützt, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen zur Hinausgabe des Vortheils verbunden sei, den er durch die Erfindung gewonnen. Allerdings aber kann die Gesetzgebung aus naheliegenden Gründen der Zweckmäßigkeit bestimmen, daß wegen des öffentlichen Nutzens die Nachahmung einer solchen Erfindung, sogar bei Strafe, verboten sein soll. Nur wo das der Fall ist, hat die Gesetzgebung aus denselben Gründen der Zweckmäßigkeit das Recht, diesem Verbote auch eine bestimmte Zeitdauer vorzuschreiben; das Recht auf die Erfindung an sich ist allerdings wie das des Eigenthums ein ewiges. Natürlich muß die Commission ein Prüfungsrecht haben, und zweckmäßig ist entschieden die Veröffentlichung. Allein es scheint kein Zweifel, daß das Patentrecht und Verfahren gegenüber dem reinen Erfindungsrecht nur einen subsidiären Charakter hat. Die wahre Schwierigkeit der Sache besteht eigentlich darin, das Privatrecht von dem öffentlichen Recht zu scheiden, und dazu hat die französische Auffassung, daß das Patent stets als „cause d'utilité publique“ gegeben wird, das meiste beigetragen. Die Gesetzgebungen der verschiedenen Staaten sind übrigens im Wesentlichen übereinstimmend, da es sich hier eben um Maßregeln der Zweckmäßigkeit und nicht des Rechts handelt.

Beginn des Patentrechts schon im 17. Jahrhundert, in England 1623. In Nordamerika: der Auftrag an den Congreß ein Gesetz zum Schutze der Erfindungen zu erlassen 1787; Erlaß des Gesetzes selbst 1793. — Frankreich: Anregung schon 1787; dann das erste Hauptgesetz vom 7. Jan. 1791. Bei diesem Gesetz erscheint zuerst die Frage nach dem Eigenthum: Rap. von Boufflers: der Erfinder sei Eigenthümer der Erfindung, und habe das Recht des *propriété*; dagegen heftige Opposition; gegenwärtiges Recht (Gesetz vom 3. Juli 1844) mit sehr genauen und für den Erfinder sehr günstigen Bestimmungen (s. Kleinschrod, internationale Patentgesetzgebung 1855, S. 105 ff.). An dieses Gesetz schloß sich aufs neue der Streit über das Eigenthumsrecht, das zuerst von Jobard in seinem *Monopole industriel, artistique, commercial et industriel* 1844 im vollen Umfange vertreten wurde; vergl. auch Kleinschrod S. 6; modificirt in Tilière, *Traité théorique et pratique des brevets d'invention* 1854 (Commission zum belgischen Patentgesetz). Dagegen erhoben sich andere, welche die völlige Freiheit der Nachahmung theils aus der praktischen Unmöglichkeit, die Erfindungen zu unterscheiden, theils vermöge

die Verschollenheitserklärung nicht eingetreten ist, die Verlassenschaftspflege nur als Vormundschaft für Abwesende erscheint. Die Aufgabe der Verlassenschaftspflege ist aber eine von der Verlassenschaftstheilung wesentlich verschiedene.

Dieselbe ist eine zweifache. Zuerst ist sie die Vormundschaftspflege über die Verlassenschaft, so lange bis die Verlassenschaftstheilung eintritt. Zweitens enthält sie diejenigen Anordnungen, welche die Bedingungen für die Sicherung der Rechte aller Beteiligten gegen einander und gegen Dritte herzustellen hat. Offenbar ist die natürliche Gränze dieses Rechts der Verwaltung in demjenigen gegeben, wodurch an die Stelle des Verstorbenen die durch die Erbeserklärung berechnigte, also in die Haftungen des Verstorbenen eintretende Person aufgestellt ist. Keine Verlassenschaftspflege soll weiter gehen, als bis zu diesem Augenblick; und es ergibt sich daraus der Satz, daß jede Verlassenschaftspflege nur subsidiär stattfinden soll. Die einfachen Grundsätze dafür sind unzweifelhaft die des französischen Rechts, nach welchem bei den gesetzlichen Erben überhaupt keine Verlassenschaftspflege eintritt, während die Fälle dieses Eintretens genau bestimmt sind. Das Verfahren dabei ist gleichfalls geordnet und zerfällt in den Akt der Versiegelung, den Akt der Entsiegelung, und den Akt der Inventarisierung, weil der gesetzliche Erbe mit dem Erbrecht zugleich den Besitz der Verlassenschaft empfängt. Wo dagegen dieser Besitz erst erworben werden muß, tritt eine Zwischenzeit ein, in welcher das Gericht als Organ der Verwaltung Besitzer ist; und dasjenige, was es in dieser Zwischenzeit zu thun hat, bildet den Inhalt der eigentlichen Verlassenschaftspflege.

Diese nun ist eine zweifache; eine wirthschaftliche und eine rechtliche.

Wirthschaftlich hat das Amt (Gericht), während es den Besitz der Erbschaft hat, dieselbe nach den allgemeinen Regeln der Vormundschaft zu verwalten.

Rechtlich hat das Amt diejenigen Maßregeln vorzunehmen, durch welche die Ansprüche aller Berechtigten auf den ihnen zukommenden Erwerb gesichert werden. Diese bestehen in den drei Akten der amtlichen Versiegelung, der Entsiegelung und der Inventarisierung. Die wirkliche Uebergabe an die Berechtigten kann natürlich erst auf Grund eines, diese Berechtigung anerkennenden gerichtlichen Urtheiles erfolgen und gehört dem Folgenden. Die Bedingung, unter der jene drei Akte vorzunehmen sind, wird stets entweder das Gesuch der Erben, das Recht des Staats, die Gefahr der Entwendung, oder das nachgewiesene Recht Dritter sein. Wo dieß nicht eintritt, wird bis zur Einweisung die Verlassenschaft wie jedes andere vormundschaftliche Vermögen verwaltet.

58) STOBBE, O.

Die Rechtsquellen, Band 2, in G. Beseler, H. Hälschner, J. W. Planck, L. Richter *Geschichte des deutschen Rechts*, C. A. Schwetschke und Sohn, Braunschweig, 1864 (25 occurrences).

Source :

https://books.google.fr/books?id=EaZCAAAAcAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

— 3 —

Die Geschichte des deutschen Rechts zerfällt in zwei grosse Abschnitte, von denen der eine die Zeit vor der Herübernahme der fremden Rechte, der andere die Zeit seit derselben begreift. Wenn auch schon seit dem dreizehnten Jahrhundert Sätze oder Institute des römischen Rechts von den Deutschen angewendet und in deutschen Rechtsquellen aufgenommen wurden, so erfolgte doch die Reception der fremden Rechte in grösserem Massstabe erst seit der Mitte des fünfzehnten Jahrhunderts: erst jetzt wurde der Grundsatz von der Subsidiarität des römischen Rechts in immer weiteren Kreisen anerkannt. Die Mitte des fünfzehnten Jahrhunderts wird daher auch in unserer Darstellung einen Hauptabschnitt bilden; die Zeit bis zu derselben behandelt der erste Band.

Wir zerlegen diesen Zeitraum in zwei Perioden: die erste bis zum Ende des neunten Jahrhunderts schliesst mit dem Ende der karolingischen Herrschaft und der Erhebung Deutschlands zu einem selbständigen Reich; die zweite Periode führt die Geschichte

die Subsidiarität noch nicht anerkannt, und auch in der Schweiz drang, mit Ausnahme Basels, das römische Recht nicht bis zur Subsidiarität durch, wengleich auch viele Gesetze auf es Rücksicht nahmen ⁷³⁾.

IV. Im Allgemeinen trifft dasselbe, was wir bisher für das römische Recht nachgewiesen haben, auch für die *Libri feudorum* zu. Wenn sie auch schon im vierzehnten Jahrhundert öfter als beschriebenes Kaiserrecht und als bedeutende Autorität citirt worden waren ⁷⁴⁾, so begann man doch erst in der zweiten Hälfte des fünfzehnten Jahrhunderts ihnen die Bedeutung eines gemeinen subsidiären Rechts beizulegen ⁷⁵⁾. Da die Lehnsgerichte nicht mehr ausschliesslich mit Vasallen, sondern auch schon mit Gelehrten besetzt wurden ⁷⁶⁾, und das Langobardische Lehnrecht als Theil des *Corpus juris* auf deutschen Universitäten Gegenstand von Vorlesungen wurde, so trug man kein Bedenken, es nicht bloß in subsidium, sondern auch als eigentliches Kaiserrecht, dessen Sätze zum Theil aus deutschen Reichsgesetzen her-

73) Henke Zeitschr. für gesch. Rechtsw. III. S. 230, Merkel de republ. Alam. XVI. N. 23. — Für die Subsidiarität in Basel war wohl entscheidend, dass hier um die Mitte des 15. Jahrhunderts eine Universität errichtet wurde. Die Basler Statuten und Gerichtsordnung von 1719 (zuletzt in: Rechtsquellen von Basel Stadt und Land I. 2. 1859 S. 749—924) enthalten sehr viel römisches Recht, schon in Folge des Umstandes, dass sie neben früheren Basler Gesetzen auch das Württembergische Landrecht zur Grundlage haben. In Zürich begegnen wir erst spät römischen Einflüssen; niemals erlangte das römische Recht hier die Bedeutung einer subsidiären Rechtsquelle, Bluntschli Rechtseschichte von Zürich (erste Ausgabe) II. S. 46 ff. Bemerkenswerth

Auserlesene Civil-Rechtssprüche der höheren Gerichtsstellen in Württemberg, Band 1, C.
Drechsler, Heilbronn, 1835.

Source :

<https://books.google.fr/books?id=KaoYAAAAYAAJ&pg=PA76&dq=subsidiarität&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwj68YnirIfMAhWBSA8KHZKGDvE4HhDoAQgiMAE#v=onepage&q=subsidiarität&f=false>

p. 75 ; 76

v. Volley vermischte jurist. Aufsätze Nr. 21.

Ein weiterer formeller Umstand, welchen Satz der Zulässigkeit der *restitutio in integrum* entgegengesetzt hat, besteht c) darin, daß dieses Rechtsmittel nur dann zulässig, wenn ein anderes nicht vorhanden, um wegen einer stattfindenden Verletzung Schadensersatz zu erlangen.

Es setzt somit der Satz das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen rechtskräftige Erkenntnisse zu den übrigen Rechtsmitteln in das Verhältniß der Subsidiarität, eine Ansicht, welche nicht neu ist, indem z. B. Gönner a. a. D. S. 14. sagt:

„Jede Restitution ist ein außerordentliches Rechtsmittel, dessen sich derjenige nicht bedienen kann, dem ein ordentliches Mittel verliehen ist.“

und von Volley a. a. D. S. 3. äußerte.

„Auch ist es andern Grundsätzen gemäß, daß, so lange die Aktion, das ordentliche Rechtsmittel noch offen steht, von einem außerordentlichen (wohin die Restitution gehört) kein Gebrauch gemacht werden sollte.“

Es ist überhaupt der Grundsatz ziemlich allgemein angenommen, daß zu den Erfordernissen einer jeden Restitution gehöre, daß der Verletzte nicht in der Lage seyn dürfe, durch ordentliche Mittel den Schaden von sich abwenden zu können.

Lhibaut l. c. §. 1254.

Im vorliegenden Falle nun kommt in Betracht, daß der Jant gegen dasselbe Erkenntniß, gegen welches er jetzt die Restitution geltend macht, zuerst das ordentliche Rechtsmittel der Berufung einlegte, auf dieses jedoch wieder verzichtete, zu einer Zeit, wo er von demselben noch hätte Gebrauch machen können, und wo er von den novis, wegen der er nachher um Restitution nachsuchte, bereits Kenntniß hatte, indem er in seiner Verzichtsanzeige als Grund anführt:

„daß er eine neue Klage anzustellen gesonnen sei.“
und gleich darauf mit seinem Restitutionsgesuch auftrat.

Hienach könnte es sich fragen: ob der Jant nicht dadurch, daß er auf das ordentliche Rechtsmittel der Action, welche er bereits eingelegt hatte, wieder verzichtete, sich auch der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand verlustig gemacht habe.

Allein man muß diese Frage verneinen, denn wenn man auch jenen Ansichten über die Subsidiarität der Restitution beipflichten will, so wird doch dagegen für den Fall eine Ausnahme gestattet, und dem Verlegten freigestellt, sich mit Beisehung des ordentlichen Rechtsmittels sogleich der Restitution zu bedienen, wenn letztere vortheilhafter für ihn ist, und ihm schneller zu seinem Zweck verhilft.

Von einzeln. Oblig. aus Delikten u. deliktähnli. Gründen. 545

der Aufnahme der l. 32. cit., sondern insbesondere auch noch daraus hervorgeht, daß da zahlreiche Anwendungen von dem Grundsatz der Subsidiarität vorkommen. So soll z. B. der Miether keine *damni infecti cautio* von dem Vermiether begehren dürfen, „*quia potest ex conducto experiri*“, l. 13. §. 6, l. 33, l. 34. h. t. So kann ferner weder der Proprietar vom Usufruktuar, noch auch der Usufruktuar vom Proprietar die Kautio fordern; der Usufruktuar nicht, weil er es in seiner Hand hat, durch eigene Reparatur den Schaden zu verhüten, l. 20. h. t. „*quia refectio aedium ad ejus ipsius onus [non] pertinet*“ (daß dieses *non* der Flor. gestrichen werden muß, scheint mir unzweifelhaft; über verschiedene andre Meinungen vgl. *Schult. et Smallob. ad h. l. tom. VI. p. 167 sqq.*); der Proprietar nicht, weil er schon durch die Klage aus der *cautio usufructuaria* geschützt ist, l. 18. §. 2, l. 20. h. t. (Offenbar treffen jedoch diese Gründe nur den Fall, wenn es sich um ein *vitium aedium* handelt, und allerdings muß also wegen eines *vitium soli* der Proprietar dem Usufruktuar, und wegen eines *vitium operis* der Usufruktuar dem Proprietar die *damni inf. cautio* leisten, l. 20. h. t.) So kann ferner auch weder der Proprietar vom Superfiziar, noch auch der Letztere vom Erstern die Kautio fordern, „*quia invicem ex conducto et*

546 Fünftes Buch. Kap. V.

wenn er sie nicht forderte, und der Schaden nachher wirklich eintrete, eine *actio in factum* auf Schadensersatz anstellen könnte, vgl. l. 18. de serv. praed. urb. (8, 2):

Pompon. „*Si fistulae, per quas aquam ducas, aedibus meis applicatae damnum mihi dent, in factum actio mihi competit, sed et damni infecti stipulari a te potero*“,

vgl. l. 27. §. 10. ad leg. Aquil. (9, 2), l. un. §. 5. de ripa mun. (43, 15). Dürfte man, wie Hesse a. a. O. S. 49 und S. 57. nicht ohne Scharfsein annimmt, unter dieser Klage diejenige *actio in factum* verstehen, die der Prätor auch sonst an Statt oder in Folge der *damni inf. stipulatio* öfter gestattet (s. Nr. VIII. und IX.), so würde begreiflich gar nicht einmal von einer Ausnahme der Subsidiarität die Rede sein können; aber diese Klage ist vielmehr gewiß die bekannte, aus analoger Ausdehnung der *lex Aquilia* hervorgegangene *actio in factum*, wie namentlich aus dem Zusammenhang der l. 27. §. 10. cit., und besonders aus l. un. §. 5. cit. („*sed lege Aquilia experiendum est*“) hervorgeht, und darnach ist denn allerdings in den obigen Stellen eine

Die Entstehung und die rechtliche Natur des Kammervermögens in Deutschland überhaupt und in den Sachsen-Ernestinischen Landen insbesondere, Frommann, Jéna, 1857 - 72 p.

https://books.google.fr/books?id=CJtGAAAACAAJ&pg=PA53&dq=rau+subsidiarit%C3%A4t&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwiM_Jbw5cPLAhWDxRQKHfHVBRsQ6AEIHDA#v=onepage&q=rau%20subsidiarit%C3%A4t&f=false

4. Publicist. Ansichten über die rechtl. Natur des *K.* 53

Anderer erklären das Kammervermögen dagegen schlechthin für Staatseigenthum, das besondere Rechtsverhältnis in Betreff der Mediatistriten als eine durch die Rheinbunds- und Bundesacte gemachte Ausnahme bezeichnend¹⁾.

Noch andere betrachten die Kammergüter als ein zwischen dem Privat- und dem Staatsvermögen mitten inne stehendes Besizthum, welches sich im Eigenthume des Landesherrn als solchen befindet, und bei einem Dynastiewechsel auf das neue Staatsoberhaupt übergeht²⁾.

Die Gründe, auf welche sich die gegnerischen Ansichten stützen, sind folgende:

1) Die Verbindung des Kammervermögens mit der Landeshoheit.

2) Die Subsidiarität der Steuerpflicht der Untertanen.

Beides ist schon gewürdigt und gezeigt worden, daß gar nicht selten die Landeshoheit ungetheilt blieb, während das Kammervermögen getheilt wurde, daß mithin die Verbindung zwischen beiden nicht absolut nothwendig war, und, wo sie stattfand, nicht aus dem staatsrechtlichen Charakter des Kammervermögens, sondern aus der privatrechtlichen Auffassung der Landeshoheit folgte; und daß ferner die Subsidiarität der Steuerpflicht der Untertanen nicht existirt hat.

3) Die Concurrenz der Landstände bei Verwaltung und Veräußerung des Kammervermögens.

Abgesehen davon, daß solche Concurrenz früher Ausnahme war,

Handbuch des im Königreiche Württemberg geltenden Privatrechts: Allgemeine Lehren,
Metzler, Stuttgart, 1842, 856 p.

Source : Bibliotheca Regia Monacensis

https://books.google.fr/books?id=sd1DAAAACAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

p. 14; 39 ; 838 ; 1057

2) D. h. es galt in den einzelnen Deutschen Staaten bloß in subsidium. Doch hatte zur Zeit des Deutschen Reichs nicht der ganze Umfang des gemeinen Rechtes diese bloß subsidiäre Natur. Es ist nämlich mit dem Begriffe eines gemeinen Rechtes nicht nothwendig die Subsidiarität desselben verbunden, sondern es kann auch gemeines Recht geben, welches unbedingte Gültigkeit in den einzelnen Distrikten so in Anspruch nimmt, daß ein partikuläres Recht sich gegen dasselbe nicht bilden darf. Theilweise war dies z. B. der Zweck der peinlichen Gerichtsordnung Karls V. und ebenso hatten auch manche Reichsgesetze über Privatrecht den gleichen Zweck. Vgl. z. B. Reichsabschied v. 1498. § 37.

Gewohnheitsrecht. Erfordernisse; Beweis. §. 9. 39

d. Die Subsidiarität des Gew.Rechts gilt nur im Verhältniß zu den Württ. Gesetzen. Allen anderen bei uns geltenden Rechtsquellen, also namentlich dem recipirten Rö-mischen und Canonischen Rechte, geht das bei uns sich bildende Gewohnheitsrecht durchaus vor, so daß durch dasselbe auch absolut gebietende Vorschriften des gemeinen Rechtes geändert und aufgehoben werden können²⁶.

fiel ³, herbeigeführt seyn oder wenigstens mit dem Grunde der Restitution selbst im Causalzusammenhang stehen ⁴.

III. Die Wiedereinsetzung ist bloß ein subsidiäres Rechtsmittel, daher nicht zulässig, wenn der Verletzte durch ordentliche Rechtsmittel vollständig Das erreichen kann, was ihm die Wiedereinsetzung gewähren würde ⁵; wenn aber das ordentliche Rechtsmittel nicht in jeder Hinsicht, sey es auch nur im leichter zu führenden Beweise, Das gewährt, was das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung gewähren würde: so ist das Letztere nicht ausgeschlossen ⁶.

IV. Es muß ein bestimmter Grund nachweisbar seyn, welcher, wenn die angeff. übrigen Erfordernisse vorhanden sind, nach §. 125 das besondere Recht zur Restitution gewährt (justa causa restitutionis).

Ueber die Abfassung eines Civilgesetzbuches. §. 117. 1057

formen, sondern sich an denselben ganz anschließen sollte und daß erst bei der Vorlage des Gesetzbuches über die Beibehaltung der Subsidiarität des Römischen Rechts zu entscheiden seyn werde.

Gemeines Recht Deutschlands: insbesondere gemeines deutsches Strafrecht, Weidmann, Leipzig, 1844.

Source :

https://books.google.fr/books?id=fTJRAAAAcAAJ&pg=PA184&dq=BESELER+subsidiarit%C3%A4t&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwjlus_52cPLAhVExRQKShAD6MQ6AEINDAD#v=onepage&q=BESELER%20subsidiarit%C3%A4t&f=false

pp. 184 ; 199

dann, wenn nur nicht eine entgegengesetzte Rechtsbildung in dem Particularrecht der Provinz sich entwickelte. Hieraus ergibt sich auch, wie schon oben berührt wurde, dass die Ausdrücke *bedingtes gemeines Recht* für jenes hypothetisch anwendbare Recht, und *unbedingtes gemeines Recht* für das bei Lücken des Particulären sofort eintretende, an jene besondere Voraussetzung nicht gebundene, subsidiäre gemeine Recht, welche namentlich neuerlich wieder Beseler gebraucht, nicht ganz angemessen sind und leicht zu Missverständnissen führen können. Das subsidiäre gemeine, und nicht bloß in dem vorhin ausgeführten Sinne hypothetisch anwendbare, Recht ist in seiner Anwendbarkeit auch bedingt, nemlich dadurch bedingt, dass das Particularrecht Lücken hat. Was also Beseler ein *unbedingt gemeines Recht* nennt, ist als gemeines Recht bedingt (d. h. durch die Lückenhaftigkeit des Particularrechts), nur als subsidiäres Recht ist es unbedingt d. h. es tritt bei Lücken des Particularrechtes sofort ein. Es ist also ein gemeines, unbedingt subsidiäres (d. h. an keine andre Bedingung, als diejenige, welche überhaupt in der Subsidiarität liegt, geknüpftes) Recht, aber nicht ein unbedingt gemeines. Denn unbedingt gemeines Recht kann nur dasjenige genannt werden, dessen Anwendbarkeit an gar keine, auf den Inhalt des particulären Rechts sich beziehende, Bedingung geknüpft ist, also das oben S. 13 beschriebene absolute gemeine Recht, von dem nicht bloß die Carolina, sondern auch manche andere Reichsgesetze mehrfache Beispiele an die Hand geben. Ein völkerrechtlich unbedingt gemeines Recht dieser Art bildet jetzt für Deutschland die Deutsche Bundesacte, indem die einzelnen Territorialherren durch dieselbe in ihrer Gesetzgebung beschränkt sind und durch die Particulargesetzgebung nicht gegen dieselbe angehen können.

und auf den Zustand, wie er sich im Ganzen gebildet haben musste, zurückzuschliessen, oder sich wenigstens die Frage zu stellen, welche von den Ländern Deutschlands, in denen noch das ehemalige gemeine Recht gilt, selbst wenn man blos ihr Particularrecht ins Auge fasst, für die Anwendbarkeit einer von einer blos hypothetischen Gültigkeit des Römischen Rechts (in Beselers Sinne) ausgehenden Theorie etwa noch übrig bleiben mögen. Man würde dann finden, dass Theorien, wie sie Beseler und Kierulff vertheidigen, beinahe für jedes einzelne Territorium sich noch ganz speciell durch den Inhalt seiner betreffenden Landesgesetzgebung widerlegen, dass beinahe alle und namentlich die wichtigeren Deutschen Particularrechte, soweit sie sich auf dem Boden des gemeinen Rechtes überhaupt halten und jene Frage berühren, den Richter bei Lücken des Particularrechts lediglich und ganz allgemein und unbedingt an die geschriebenen gemeinen Rechte oder an die geschriebenen Kaiserlichen Rechte und Reichsordnungen verweisen, also an die Reichsgesetze und das Römische (und Canoniche) Recht, dass sie somit die unbedingte Subsidiarität des Römischen Rechts, und zwar als eines in complexu recipirten Rechtes, ausdrücklich anerkennen, und dass diess Einige sogar thun gerade im Gegensatze zu Germanischen Rechten, die in ihrem Kreise bis dahin als subsidiär behandelt wurden.

ters und des Bearbeiters des Rechts aber ist die Frage, was geltendes Recht seyn soll, durch keine unserer Rechtsquellen anheingegeben worden.

Auch in den Deutschen Reichsgesetzen, welche an die Reception des Römischen Rechts sich anschlossen, und in den Deutschen Landesgesetzen, welche grossentheils ausdrücklich jenes kaiserliche Recht für das subsidiäre Recht erklärten, findet sich keine Beschränkung dieses gemeinen Rechts auf gewisse Rechtstheile und namentlich keine Spur von der Ausnahme, als ob dieses Recht nur bei denjenigen einzelnen Rechtsinstituten als gemeines Recht gelte, bei welchen eine specielle Reception desselben nachweisbar sey. Die Reichskammergerichtsordnungen, die Reichshofratsordnung, die Reichsnotariatsordnung von 1512 weisen ganz allgemein auf das Römische Recht in seinem ganzen Complex als gemeines unbedingt subsidiäres hin ^{35 b}), und dass noch ins Besondere im Strafrecht dieselbe Stellung des Römischen Rechts von der Carolina ausdrücklich ausgesprochen und auf das Entschiedenste anerkannt werde, wurde schon oben gezeigt.

Was aber den Einfluss der Territorialgesetzgebung, namentlich auf dem Gebiete des Privatrechts, Strafrechts und Prozesses (den von anderen Rechtstheilen handelte sie in der Regel nicht im Ganzen) betrifft: so wird derselbe gerade bei dieser Frage mit Unrecht ganz übergangen oder überschern. Wenn irgend bei einer Frage des Deutschen Rechtes, so wäre es zunächst bei dieser am Orte gewesen, einmal zusammenzustellen, was die wichtigeren Territorialgesetzgebungen über sie äussern, und aus dem, was beinahe sämtliche Particularrechte übereinstimmend festsetzen, auf die allgemeine, gemeinsame Ueberzeugung

und auf den Zustand, wie er sich im Ganzen gebildet haben musste, zurückzuschliessen, oder sich wenigstens die Frage zu stellen, welche von den Ländern Deutschlands, in denen noch das ehemalige gemeine Recht gilt, selbst wenn man bloß ihr Particularrecht ins Auge fasst, für die Anwendbarkeit einer von einer blos hypothetischen Gültigkeit des Römischen Rechts (in Beseler's Sinne) ausgehenden Theorie etwa noch übrig bleiben mögen. Man würde dann finden, dass Theorien, wie sie Beseler und Kierulff vertheidigen, beinahe für jedes einzelne Territorium sich noch ganz speciell durch den Inhalt seiner betreffenden Landesgesetzgebung widerlegen, dass beinahe alle und namentlich die wichtigeren Deutschen Particularrechte, soweit sie sich auf dem Boden des gemeinen Rechtes überhaupt halten und jene Frage berühren, den Richter bei Lücken des Particularrechts lediglich und ganz allgemein und unbedingt an die geschriebenen gemeinen Rechte oder an die geschriebenen kaiserlichen Rechte und Reichsordnungen verweisen, also an die Reichsgesetze und das Römische (und Canonische) Recht, dass sie somit die unbedingte Subsidiarität des Römischen Rechts, und zwar als eines in complexu recipirten Rechtes, ausdrücklich anerkennen, und dass diess Einige sogar thun gerade im Gegensatz zu Germanischen Rechten, die in ihrem Kreise bis dahin als subsidiär behandelt wurden.

Wir finden Jones ebenso bei Norddeutschen wie bei Süddeutschen Particularrechten. Dass z. B. das Württembergische Recht im XVI. und XVII. Jahrhundert in jener Weise verfuhr und das Römische Recht in complexu ausdrücklich für unbedingt subsidiäres Recht erklärte, habe ich schon an einem anderen Orte nachge-

System der Deutschen Zettelbankgesetzgebung unter Vergleichung mit der Ausländischen. Zugleich ein Handbuch des Zettelbankwesens, Wagner, Freiburg, 1870.

Source : Universiteitsbibliotheek Gent

pp. 264 ; 265 ; 266 ; 267 ; 268 ; 269 ; 270 ; 272 ; 286 ; 287 ; 291 ; 300 ; 301 ; 307 ; 320 ; 336 ; 347 ; 355 ; 372 ; 403 ; 404 ; 410 ; 412 ; 414 ; 422 ; 432 ; 437 ; 438 ; 439 ; 619 ; 703 ; 754

Unter diesen sämtlichen Activen oder Notendeckungen sind aber so-
dann die Deckungen im engeren Sinne, die speciellen oder primä-
ren, von den übrigen, den secundären oder subsidiären zu unter-
scheiden. Auch diese Unterscheidung kann eine civilrechtliche Bedeutung
haben, was indessen nicht durchaus nothwendig ist. Sie hat eine solche z.
B. dann, wenn den Noteninhabern an speciellen Activen ein Vorzugs-
recht eingeräumt wird, wie im Falle der nordamerikanischen Banken an den
verpfändeten Staatspapieren. Für Giltigkeit und Umfang dieser civilrecht-
lichen Bedeutung ist ebenfalls das oben Erörterte maßgebend. Jene Unter-
scheidung hat aber stets eine wirthschaftliche oder banktechnische Be-
deutung und tritt in dieser auch in den Bankstatuten hervor.

— 265 —

und der Art der Geschäfte, welche den Banken specielle und welche ihnen
subsidiäre Deckungen für die Noten zuführen sollen. Diese Unterschei-
dung wird auch wirklich öfters gemacht, jedoch in der theoretischen Er-
örterung nicht immer scharf genug hervorgehoben und in ihre Consequenzen
verfolgt.

Fast allgemein findet sich bei den deutschen Zettelbanken wie auch bei
ausländischen der Erwerb von Grundeigenthum und das Hypotheken-
geschäft ausgeschlossen und zwar sowohl als specielle wie subsidiäre No-
tendeckung. ⁵²⁷⁾ Da die erstgenannte Deckung vornehmlich für die stete
Einlösbarkeit der Noten die Bürgschaft gewähren muß, so ist der Aus-
schluß solcher schwerer realisirbarer Activa ganz berechtigt. Als subsidiäre
Notendeckung könnte man wenigstens gute erste Hypotheken für einen Theil
des Stammkapitals ebensowohl als „solide Effecten“ zulassen. Da die sub-
sidiäre Deckung aber immerhin auch besser leicht realisirbar ist und in die-
ser Beschaffenheit die regelmäßige Rückströmung der Noten verstärkt, so wä-
ren Hypotheken jedenfalls auf einen kleinen Betrag zu beschränken.

„Die Konsequenz des modernen Freizügigkeitsrechts ist freilich wohl, dass der Staat direct in erster Linie, nicht **nur subsidiär**, die Armenlast übernimmt, da das Recht der Freizügigkeit als staatsbürgerliches gilt. Aber von den practischen Bedenken bezüglich der Ausübung der Armenpflege direct durch Staatsorgane abgesehen, dadurch würde nur eine gerechtere Vertheilung der Armenlast erfolgen, die übrigen Bedenken gegen die Freizügigkeit bleiben bestehen.“

Lehr- und Handbuch der politischen Oekonomie: hauptabth. Grundlegung de politischen oekonomie.. 3. wesentlich um-, theilweise ganz neu bearb. und stark erweiterte aufl. 1892- v. in 3. hauptabth. Practische volkwirtschaftslehre. 2.th. Agrarwesen und agrarpolitik.. 1892-93. 2 v. 4. hauptabth. Finanzwissenschaft. von a. Wagner. 1883-, Adolf Buchenberger, C.F. Winter, 1892

Dieser Einrichtung und diesem Rechte kann zur Seite treten, eventuell in der Praxis so, dass beide nur subsidiär in Betracht kommen, die auf dem caritativen Princip beruhende private, kirchliche, Vereinsarmenpflege. Aber mindestens eine solche subsidiäre Pflicht öffentlicher Körper („Zwangsgemeinwirthschaften“) muss im Rechte anerkannt sein, was vielfach in unseren Culturstaaten, namentlich den germanischen, auch der Fall ist, wenn in Einrichtung und Recht des Armenwesens

„Die Freizügigkeit führt hier daher leicht zu unhaltbaren Verhältnissen, wie sich das gegenwärtig in Deutschland zeigt. Die Ausübung auch nur eines solchen **subsidiären Rechts auf Arbeit**, ebenso wie des Armenrechts (namentlich des unter b zu erwähnenden ausgedehnteren). Seitens der verschiedenen kleinen Körper, der Gemeinden und dann etwa noch örtlich in verschiedenem Maasse drohte in Verbindung mit Freizügigkeit zu unbilliger, auch zu unerträglicher Deberlastung einzelner Gemeinden u. s. w. zu führen.“

losen Erwerbsfähigen gesorgt werden kann, vermag man sich der ebenfalls subsidiären Ausdehnung des öffentlichen Armenrechts auch auf diese Personen (und ihre Familien) nicht zu entziehen: daher über die Kategorie der Erwerbsunfähigen (unter l in § 272) hinaus. Allerdings kann — und wird in der Praxis — auch hier durch die caritative Hilfe in mancherlei Formen vorgesorgt werden. Es ist auch wohl zulässig, wenn gleich nicht unbedingt geboten und nicht ohne Bedenken, diese Art Hilfe voranzugehen, auch ihr gegenüber die Ausdehnung des öffentlichen Armenrechts nur subsidiär eintreten zu lassen. Aber subsidiär muss das Armenrecht hier noth-

„Es ist auch wohl zulässig, wenngleich nicht unbedingt geboten und nicht ohne Bedenken, diese Art Hilfe vorangehen, auch ihr gegenüber die Ausdehnung des öffentlichen Armenrechts nur subsidiär eintreten zu lassen. Aber subsidiär muss das Armenrecht hier notwendig eintreten und sind demgemäss Einrichtungen und Mittelbeschaffungen zu verlangen. Die Notwendigkeit hiervon wird mit durch die Entwicklung der Volkswirtschaft bedingt.“

64) WEBER, G.

Betrachtungen über das System, die Natur und die Behandlungsart der Disciplinarsachen (discipline judiciaire) nach französischer Verfassung: mit beigefügten Bemerkungen über d. Frage: Welche Veränderungen hat das französ. System durch die Großherzoglich Hessischen Gesetze u. Verordnungen, u. insbesond. durch das pragmatische Edict über d. Staatsdienst, vom 12. April 1820, J. Stenz, Mayence, 1830, 55 p.

Source : Bayerische Staatbibliothek

<https://books.google.fr/books?id=A0IHAAAACAAJ&pg=PA3&dq=subsidiarit%C3%A4t&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwj68YnirIfMAhWBSA8KHZKGDvE4HhDoAQgbMAA#v=onepage&q=subsidiarit%C3%A4t&f=false>

p. 3 ; 41 ; 54.

- B.) Repression durch richterliches Erkenntnis §. 12 — 17.
- 1) Im ordentlichen Strafproceß §. 13.
 - 2) Vor den Civilgerichten, uneigentliches Disciplinarverfahren §. 14 — 17.
 - a) Dies Verfahren ist wirkliches gerichtliches und öffentliches Verfahren §. 15.
 - ß) Und zwar Civilverfahren §. 15 bis.
 - γ) Und so vom eigentlichen Disciplinarverfahren wesentlich verschieden §. 16.
 - δ) Disciplinarverfahren gegen avocats §. 17.
- II.) Welche Aenderungen hat das französische Disciplinarsystem durch die Großherzoglich Hessische Gesetzgebung erlitten §. 18 — 38.
- A.) Aenderungen im Systeme der administrativen oder eigentlichen disciplinaren Repression §. 19 — 24.
- 1) StrafGattungen und Strafmaß §. 19 — 22.
 - a) Disciplinäre Dienstentsetzung §. 19 — 20.
 - b) Suspension und Geldstrafen §. 19 — 20.
 - c) Druck und Anschlag der Disciplinarverfügung §. 21.
 - d) Gehaltverlust als Folge einer réprimande avec censure §. 22.
 - 2) Aufhebung der bloßen Subsidiarität der Einschreitung der Collegien §. 23.
 - 3) Einsweilige Suspension von den Amtsverrichtungen §. 24.
 - 4) Competenz, Uebergang mehrerer Attributionen der Cour impér. auf das Kreisgericht §. 24 bis.

2.) Aufhebung der bloßen Subsidiarität der Einschreitung des vorgesetzten Collegs.

§. 23.

In der französischen Gesetzgebung findet sich der Uebelstand, daß die von Richtern und Räten, oder von Beamten der gerichtlichen Polizei u. begangenen ersten Disciplinarfehler, in der Regel nur durch eine Warnung oder Rüge, theils des Präsidenten, theils des Generalstaatsprocurators, gerügt werden können, und erst ein zweiter Fehler derselben Classe von dem Collegium gerügt werden soll.

C. d'instr. art. 280, 281.

Décret v. 20. Apr. 1810, art. 50. pr.

Der Uebelstand ist augenfällig, wenn etwa das erste Disciplinarvergehen z. B. eines Untersuchungsrichters, oder eines Gerichtsmitgliedes so bedeutend ist, daß es als wahres Dienstvergehen zu betrachten ist, und daher eine weit bedeutendere Rüge verdient, als welche entweder der Gerichtspräsident, oder der Generalprocurator, deren Gewalt sich auf ein bloßes *avertissement* beschränkt, auszusprechen befugt sind.

c) Es muß ferner, nach Maßgabe eben dieses Art. 24, der, in manchen Fällen als französische Disciplinarmasregel statuirte Druck und Anschlag der disciplinaren Strafverfügungen, als nicht mehr zulässig betrachtet werden, (§. 21.) so wie auch

d) der, nach Art. 50 des Decrets vom 20ten März 1810, als *annexum* einer *eensure avec réprimande* sich von selbst verstehen sollende, monatliche Gehaltsabzug. (§. 22.)

2) Es kann auch, da die Pragmatik die Ausübung der Disciplinargewalt der vorgesetzten Collegien nicht von einer vorhergegangenen Warnung von Seiten des Gerichtspräsidenten oder Generalstaatsanwaltes als Bedingung abhängig macht, die, in dem Decrete vom 20ten April 1810, Art. 50 pr. und im Code d'instruction Art. 281, ausgesprochene bloße Subsidiarität des Einschreitens des vorgesetzten Collegiums, als nicht mehr bestehend betrachtet werden, (§. 23.)

3) Es ist ferner durch den Art. 23 der Dienstpragmatik neu verordnet, daß die vorgesetzten Collegien, schon während der vorläufigen Untersuchung, nach Umständen, eine einseitige Suspension von den Amtsfunctiönen verfügen können. (§. 24.)

Geist der Zeit in einer pragmatischen Darstellung der merkwürdigsten Ereignisse in der physischen, moralischen, literarischen und politischen Welt, Herder, Freiburg und Konstanz, 1810

p. 119

— 119 —
Rechtes gegen andere Rechte *) , mit Repertorien **) und diesem

buche des Codes Napoleon für Staatsdiener und Bürger in alphabetischer Ordnung. Düsseldorf.

W. M. und F. G. Pfeifer Napoleons Gesetzbuch nach seinen Abweichungen von Deutschlands gemeinem Rechte. Göttingen.

Jr. Lassaulx die Gesetzgebung Napoleons dargestellt und kommentirt. 1te Abtheilung. Privatrecht. 1ter B. Koblenz.

K. F. Schmid kritische Einleitung in das gesammte Recht des Französischen Reichs. 1r B. Hildburghausen.

Uebersetzungen von den beiden schätzbaren Französischen Kommentarien:

J. B. Maleville Kommentar über das Gesetzbuch Napoleons, oder gründliche Entwicklung der Diskussion dieses Gesetzbuchs im Staatsrathe.

J. G. Loaré Geist des Gesetzbuchs Napoleons aus der Verhandlung geschöpft, mit Rücksicht auf die neueren gesetzlichen Verfügungen; verdeutsch. Von Ernst Müller und Franz Etikel. Gießen.

Angekündigt wurden:

Code Napoleon commenté par Mangeret. Paris.

Commentar über das gemeine Deutsche Civilrecht und die neuern Deutschen und Französischen statutarischen Gesetzbücher von G. Huseland. Landshut. 6 Bde.

*) **Franz Schumann** Erläuterung der Civilgesetzgebungen Napoleons und Justinians aus sämtlichen Quellen und nach ihrem Subsidiaritäts-Verhältnisse in Vergleichung mit dem Preussischen Landrechte. Gießen und Weylar.

Les Institutions de Justinien comparées au code civil des Fr. par Lassaulx in dessen Journal. Jahrgang 11, S. 1. 3. 4.

Hannoversches Landtagsblatt, enthaltend die Verhandlungen der zweiten Cammer der 13ten allgemeinen Stände-Versammlung des Königsreichs Hannover, 1te Diäte, vom 2 April bis 5 september 1856, Hannover, Culemann und Sohn, Hannover, 1856.

Source :

https://books.google.fr/books?id=E_ItAAAAAYAAJ&printsec=frontcover&hl=fr&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false

Windthorst. Die ganze Verathung der Vorlage habe, wie er glaube, ergeben, daß die, von der Commission gewählte Eintheilung keine willkürliche sei. Mit den Bewilligungen in den Hauptartikeln könne nach seiner festen Ueberzeugung den Forderungen des Bundes genügt werden, und mehr werde man im äußersten Falle vom Lande nicht verlangen können. Die Sache sei ganz einfach. Wenn der Herr Minister Namens der Königlich-Regierung die Versicherung ertheile, daß es bei der Cassenvereinigung bleiben werde, so sei kein Streit. So lange aber eine solche Versicherung nicht erfolge, könne man es Ständen nicht verargen, wenn sie die Eventualität, womit gedroht werde, scharf ins Auge fassen.

Der Herr Minister glaube, daß es genügend sei, wenn eine Repartition der Militair-Ausgaben auf die beiden Cassen vorbehalten werde. Dabei würde aber die große Meinungsverschiedenheit wieder hervortreten, welche sich bereits bei der Verathung des Finanzcapitels gezeigt habe, nämlich über die Haupt- und Subsidiär-Pflicht, zur Unterhaltung des Heeres. Es würde ohne Zweifel sehr lange Verhandlungen kosten, darüber zum Abschluß zu gelangen, und er habe den Punkt nur berührt, um zu zeigen, welche Principienfrage eine Cassentrennung im Gefolge haben werde. Dazu komme aber ferner die Theilung der Ausgaben unter beide Cassen, und er frage, wie die Theilung vor sich gehen könne, wenn man nicht das Recht habe, das Bedürfnis zu prüfen. Der Herr Minister sage, die ganze Summe der jetzigen Bewilligungen sei das Bedürfnis; es frage sich aber, ob dies unter allen Umständen das Bedürfnis bleiben werde. Wenn durch eine Cassentrennung die finanziellen Kräfte des Landes geschwächt werden, so würde auch das Bedürfnis strenger zu prüfen sein; denn nach dem Maß seiner Mittel decke man sich. Es sei also sehr rathsam, daß Stände sich vorsehen.

Sammlung.

Oppermann. Er wisse nicht, woher der geehrte Vortredner wisse, daß wahrscheinlich über den Punkt der Subsidiarität noch vielfache Verhandlungen Statt finden werden. Der geehrte Herr wisse in der Regel mehr als andere Leute. Das möchte er aber wünschen, daß, wenn der geehrte Herr in diesem Hause das Wort nehme, derselbe auf dem Standpunkt stehe, wobin Eid und Pflicht ihn rufen, auf dem Standpunkt als Schatzrath (Bewahrung und Bravo). Zunächst habe der geehrte Herr einen Angriff auf den Commissionsantrag gemacht, weil solcher auch die Budgetposition treffe, und insofern bundeswidrig sei. Nachdem der Herr Referent diesen Angriff durch die Hinweisung auf das, was Pos. 12 der Anträge stehe, zurückgeschlagen habe, mache der Herr Schatzrath einen Seiten sprung, und komme auf reichsständische Beschlüsse von 1500 und wie er weiß wie viel Jahren. Er glaube aber nicht, daß das Haus sich durch diesen Seiten sprung im Festhalten an alten ständischen Rechten irre machen lassen werde. Zur Erörterung der angeregten Angelegenheit werde wohl Niemand in dieser Versammlung so vorbereitet sein, wie der Herr Schatzrath sich vorbereitet zu haben scheine. Er sollte aber glauben, daß es nicht darauf ankomme, was zur Zeit des deutschen Reichs gegolten habe, sondern zunächst auf das Landesverfassungsgesetz von 1840. Danach stehe es fest, daß die Königl. Cassen einen Beitrag zum Ordinarium geben müsse, wie denn in verschiedenen Provinzen, z. B. in der Grafschaft Pössa, die Regierung von je her zum Ordinarium bezahlt habe. Das Zahlenverhältniß werde sich nun eintretenden Falls später finden müssen; daß dieser Fall aber eintrete, halte er seinerseits für sehr unwahrscheinlich; und sollte eine Erörterung über den Gegenstand kommen, so werden sich auch Männer finden, die sie zu ertragen wissen.

Lang. Er werde sehr selten in der Lage sein, dem geehrten

ten sein; denn nach dem Was seiner Mittel dort man hat. Es sei also sehr rathsam, daß Stände sich vorsehen.

Lang. Wie es mit der Cassentrennung stehe, darüber werde schwerlich Jemand etwas sagen können. Was vorliege, sei die Erklärung vom 1. August, und die Commission habe Recht gehabt, daß sie von dieser Erklärung Notiz genommen. Allein die Folgerungen, welche der Referent gezogen habe, passen nicht. Es komme dabei weniger auf das Bedürfnis, als auf das Verhältnis beider Cassen zur Last an. In dieser Beziehung sei Mehres bereits in die Discussion hereingezogen, was füglich auf einen andern Zeitpunkt hätte verspart werden können. Da der Punkt aber einmal berührt sei, so halte er sich verpflichtet, darüber ebenfalls etwas zu sagen, damit man sich keinen Täuschungen hingeebe. Die Subsidiarität der Landescaffe für den Militair-Etat bestehe in Deutschland seit dem Jahre 1821 nicht mehr. In-
denfalls sei durch den jüngsten Reichsabschied von 1864 das Verhältnis dahin festgestellt, daß die Unterhaltung des Militairs auf den Steuern ruhe, zu welchen die Regierung selbst mit dem Domanium beizutragen habe. Wenn man aber weiter gehe, so er-
gebe sich, daß in unserem Lande der Militair-Etat nicht nur eine Reichs- sondern auch eine Landeslast gewesen sei, weil man eigene Truppen gehalten habe; und deshalb stehe im Landesverfassungsgesetz der Satz, daß die Domonialcaffe einen Beitrag zum Militair-Etat zu leisten habe. Das sei ein Punkt, der wahrscheinlich in Zukunft noch vielfach zur Erörterung kommen werde, obwohl er wünsche, daß dazu kein Anlaß sein möge.

Um aber zu dem in Discussion befindenen Punkte zurückzu-
kehren, so ergreife der Ausschuss-Antrag allerdings die Budgets-
position. Die dagegen vom Herrn Referenten angeführte Stelle im Antrage zum Gesammtergebnisse sei auf einen andern Fall berechnet, auf den Fall nämlich, daß die Regierung über diese Bewilligungen in der gegenwärtigen Diät sich nicht erklären könne. Wenn die Regierung sich aber erklärte, so bliebe der Schluß-Antrag stehen, und würde die ganze Bewilligung möglicher Weise in die Luft stellen. Er könne nicht zugeben, daß die Ansicht des Herrn Referenten völlig correct sei, wonach die Regierung mit Ständen verhandeln müsse, wenn sie die Cassentrennung wolle;

Lang. Er werde sehr selten in der Lage sein, dem geehrten Herrn überall etwas zu erwidern. Im gegenwärtigen Fall müßte er sich aber die Bemerkung erlauben, daß er sich allerdings auf diese sehr wichtige Frage präparirt habe, und es für den Standpunkt eines Schatzrathes für sehr wesentlich halte, daß er Beschreibnisse in den Angelegenheiten, die zu seinem Ressort gehören. Vielleicht würde es nützlich sein, wenn andere geehrte Herren, bevor sie das Wort nehmen, sich ebenfalls präparirten. Wenn aber der geehrte Herr glaube, daß ein Schatzrath durch seinen Eid gebunden sei, auf dem Standpunkt der Parthei zu stehen, so irre derselbe.

Oppermann. Auf dem Standpunkt der Verfassung.
Windthorst. Der Herr Schatzrath habe behauptet, es sei gemeinen Rechts, daß die Militairlast nicht bloß subsidiarisch auf dem Lande und dem Ertrage der Steuern ruhe. Diese Behauptung sei aber nach seiner Auffassung vollkommen irrig. Im deutschen Reiche haben in dieser Hinsicht Kämpfe stattgefunden, und zwar der letzte auf dem vom Herrn Schatzrath angeführten Reichstage. Damals haben die Reichsstände beim Kaiser beantragt, daß ihnen gestattet werde, ihre Untertanen zu Kriegszwecken unbedingt zu besteuern. Kaiser Leopold habe das aber gewweigert; es sei also niemals die Subsidiarität der Landescaffe zu Zeiten des Reichs aufgegeben. In den einzelnen Provinzen, woraus das Königreich zusammengesetzt sei, habe sich die Sache historisch verschieden entwickelt. In einigen der älteren Provinzen möge das Rechtsverhältnis zweifelhaft geworden sein; in den Stiftern — namentlich in Osnabrück — sei die Subsidiarität der Landescaffe niemals beyweiselt; und am wenigsten werde der Herr Schatzrath das Gegentheil von Ostfriesland behaupten können, welches seine 40,000 Goldgulden bezahlt habe, und damit von allem frei gewesen sei. Außerdem würde er in der Lage sein, dem Herrn Schatzrath auf Verlangen Rescripte des königlichen Cabinets-Ministeriums seit 1820 mitzutheilen, in welchen bei Anforderungen für den Militairetat zunächst immer docirt sei daß die Domonialcaffe sich nicht in der Lage befände, die Kosten zu übernehmen. Im Landesverfassungsgesetz von 1840 sei die allgemeine Subsidiarität der Landescaffe gleichfalls anerkannt, wenn er auch zugebe, daß der

die *formulae de dolo malo* d. h. die *actio* und *exceptio doli* eingeführt, von welchen nur die Erstere hier näher betrachtet werden soll.

Eigenthümlichkeiten der *actio de dolo* waren im röm. Rechte die Rechtsfolge der Infamie, die Subsidiarität, die kurze Verjährung und die Bestimmung, daß die Erben des Betrügers nur für Bereicherung aus dem Betrüge haften.

Die Rechtsfolge der Infamie besteht im heutigen Rechte nicht mehr und mit ihr ist wohl auch die Subsidiarität der Klage weggefallen.⁵⁶⁾ Diese Ansicht ist keineswegs unbestritten. Man behauptete, daß die Subsidiarität mit der Rechtsfolge der Infamie in keinem Zusammenhange stehe, sondern ihren Grund darin habe, daß die *actio doli* lediglich dazu bestimmt war, die Lücken des Civilrechtes auszufüllen. Aus dieser Bestimmung erklärte man den Umstand, daß die *actio doli* nicht gebraucht werden kann, wenn dem Betrogenen ein anderes Rechtsmittel zu Gebot steht. Es ist nun eine nicht zu bestreitende Tatsache, daß das prätorische Recht überhaupt und also auch die *actio doli* die Aufgabe hatte, das Civilrecht zu ergänzen (*adiuvare, supplere, corrigere*). Demnach müßte auch, wenn

der Käufer von dem Verkäufer und zugleich von einem beim Kaufvertrage nicht beteiligten Dritten betrogen wurde und wenn eine Klage gegen den Verkäufer wegen dessen Insolvenz keine Aussicht auf Erfolg bieten würde, dem Käufer die Wahl zustehen, gegen den Dritten mit der *actio doli* aufzutreten, denn in diesem Falle würde sie ohne Zweifel eine Lücke des Civilrechtes ausfüllen. Allein nach röm. Rechte ist der Käufer hier auf die *actio empti* beschränkt, die *actio doli* gegen den Dritten ist ausgeschlossen und zwar, wie l. 1 § 4 D. de dolo malo sagt, weil dieselbe Infamie zur Folge hat.⁵⁷⁾ Aus diesem Grunde wird anzunehmen sein, daß die Subsidiarität in der Rechtsfolge der Infamie ihre Wurzel hatte, und daher mit der Letzteren weggefallen ist.

Die *actio doli* verjährte, insofern sie auf vollen Schadenersatz gerichtet ist, ursprünglich in einem Jahre, später in zwei Jahren.⁵⁸⁾ Nach

56) Sintonis II. § 124. Anm. 9. Wächter II. S. 757 Anm. 5 Bl. f. R.-A. Ergänzbb. zum 31. und 32. Jahrg. S. 193. Ueber die heutige Bedeutung der Subsidiarität der *actio doli*, siehe auch Seuffert II. § 424 Anm. 4. Savigny VII. S. 199. Windscheid II. § 451 Anm. 10. Seufferts Arch. XXI. S. 30. Siegegen Schneider S. 208.

57) Seuffert Band. § 424. Anm. 4.

58) L. 8. C. h. t.

68) ZOEPFL, H.

Grundsätze des gemeinen deutschen Staatsrechts : mit besonderer Rücksicht auf das allgemeine Staatsrecht und auf die neuesten Zeitverhältnisse, Band 2, C.F. Winter, Leipzig und Heidelberg, 1863.

Source : Harvard Law Library

<https://books.google.fr/books?id=cJ8tAAAAYAAJ&pg=PA679&dq=Grundsatz+der+subsidiarität+C3%A4t&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwiiuoWN64vMAhWHwQ4KHUQCA-AQ6AEIKTAC#v=onepage&q&f=false>

§. 484. Subaidiarität der Besteuerung. 679

nach einem Bedürfnisse (*Simplum*) von 30,000 Gulden berechnet³⁾.

VI. Durch Bundesbeschluss v. 9. December 1859, Sitz. 39, Protokoll §. 470 wurde die Einführung der süddeutschen Währung für das Bundeskassen- und Rechnungswesen an Stelle des 24^{1/2} Guldenfusses eingeführt⁴⁾.

§. 484.

3) Finanzverfassung der Bundesstaaten.

a) Allgemeine Grundsätze. Insbesondere Subsidiarität der Besteuerung.

I. Noch gegenwärtig gilt in allen deutschen Staaten der Grundsatz, dass sowohl der Unterhalt des regierenden Hauses als die Kosten der Staatsregierung vorerst aus dem Staatsgute, dem Kammergute und den Erträgen der Hoheitsrechte und Regalien zu bestreiten sind, und dass eine Steuerpflicht

(1862), S. 10. — Die Veranlassung zu dieser neuesten Veränderung der Matrikel gab die Abtretung des Condominates Lippstadt von Lippe-Schaumburg an Preussen durch Staatsvertrag vom 17. Mai 1856, bei G. v. Meyer, l. c. Thl. III (1862), S. 8. — Auch in dieser Matrikel sind Luxemburg und Limburg nicht gesondert, obschon durch B.-B.

Heidelbergsche Jahrbücher der Literatur, n°40, Mohr und Zimmer, Heidelberg, 1811.

Source :

<https://books.google.fr/books?id=cLQEAAAQAAJ&pg=PA1152&dq=muller+subsidiarit%C3%A4t&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwjsx8nN48PLAhWKbhQKHZciBq4Q6AEIHDA#v=onepage&q=muller%20subsidiarit%C3%A4t&f=false>

1152 Lit. d. Pr. Civil- u. Criminalr. v. J. 1806 — 1810.

III. Dritte Abtheilung. Werke, welche die Preussische Gesetzgebung mit andern Gesetzgebungen vergleichen, und zusammenstellen.

Außer den beyden, oben schon angeführten Abhandlungen in Kleins Annalen gehört aus unserm Zeitraum hierher:

- 17) Das Römische Civilrecht nach dem Pandektentexte mit dem Preussischen und Französischen verglichen, auch unter dem Titel: Erläuterung der Civilgesetzgebungen Napoleons und Justinians, aus sämtlichen Quellen und nach ihrem Subsidiaritätsverhältnisse in Vergleichung mit dem Preussischen Landrechte, von D. Franz Schöman. Gießen und Wehlar, bey Tischer und Müller. Erstes Heft, 1808. 150 S. 8.

Der scharfsinnige Verfasser untersucht in diesem gründlichen Werk, nach der Ordnung der Pandekten, mehrere Dogmen des Römischen Rechts, und vergleicht dasselbe mit dem Preussischen und Französischen. Auch für die Preussische Rechtswissenschaft ist es ein erheblicher Verlust, daß gleich nach der Erscheinung dieses bis zum VIIIten Titel des ersten Buchs der Pandekten gehenden, ersten Heftes der, an den Verfasser ergangene und von ihm angenommene Ruf zu einer Professur in Jena demselben die Fortsetzung dieser gehaltenen Arbeit nicht erlaubt hat.

- 18) D. Franz Xaver Krüll's, Königl. Bayerischen Hofraths, ordentlichen Professors der Rechte zu Landshut und Ritters des Verdienstordens von der Bayerischen Krone, Handbuch des Königl. Bayerischen gemeinen bürgerlichen Rechts, mit besonderer Rücksicht auf das Fränkische und Preussische Landrecht. Landshut, b. Krüll. Drey Theile, 1807 — 1808. 8.

der Grenzkommission an der Nordgrenze wesentlich erleichtert. In „Busch und Urwald“ ist er allerdings nie verwandt worden.

Bezüglich der Maschinengewehr-Abteilung gestatte ich mir darauf hinzuweisen, daß die benötigten Maschinengewehre bereits vorhanden sind. An diesen muß ohnehin eine kleine Reserve in Dar-es-Salam sein. Diese Maschinengewehr-Abteilung ist nicht nach europäischem Muster gedacht, sondern soll zunächst nur die Möglichkeit geben, die Europäer besser wie bisher am Maschinengewehr unter Berücksichtigung der besonderen afrikanischen Kampfverhältnisse auszubilden, zumal jeder Neuerwerb an Weissen in Dar-es-Salam eintrifft. Dann soll die Abteilung die Gewähr bieten, daß ein Maschinengewehr mit ausgebildeter Bedienung als Ersatz eventuell sofort verwendungsbereit ist. Eine reichere Zuteilung von Europäern für die Bedienung der Maschinengewehre kann auch ich nur warm befürworten. Auch ich erkenne die Gefahr, die in dem Bekanntmachen des Farbigens mit dem Mechanismus des Maschinengewehrs liegt, keineswegs und gestatte mir zu bemerken, daß eine diesbezügliche Forderung noch nicht gestellt wurde, weil sie von dem Gouvernement bisher nicht als unumgänglich notwendig bezeichnet worden ist.

Anlage 2.

Rechtlicher Charakter des Reichszuschusses. Reservefonds. Bildung eines Ausgleichsfonds.

(Auszug aus den Verhandlungen der Budgetkommission.)

In der Budgetkommission wurden diese Fragen des längeren beraten, sodann eine Subkommission gebildet, die der Budgetkommission Bericht erstattete und bestimmte Resolutionen vorschlug. (Siehe Anlage 3). Die Budgetkommission stimmte den Beschlüssen der Subkommission ohne weiteres zu.

1. Die Subkommission erklärte einstimmig ihre Ansicht dahin, daß in den Etat für den Haushalt der Schutzgebiete (Hauptetat) an der Spitze der am Schlusse befindlichen Anmerkung ein dispositiver Vermerk folgenden Inhalts aufgenommen werde:

„Soweit sich aus der Übersicht der Einnahmen und Ausgaben eine Ersparnis am Reichszuschuß ergibt, ist sie spätestens in den Etatsentwurf für dasjenige Rechnungsjahr einzustellen, welches auf das Rechnungsjahr folgt, in dem nach § 2 des Gesetzes über die Einnahmen und Ausgaben der Schutzgebiete vom 30. März 1892 die Übersicht vorzulegen ist.“

2. Die Subkommission erklärte weiter übereinstimmend ihre Ansicht dahin, daß, der gegenwärtigen Rechtslage entsprechend, die nachträglichen Einnahmen und Ausgaben nicht mehr bei dem Reservefonds, sondern vom Rechnungsjahre 1904 ab, sofern sie ihrer Art nach unter Etatspositionen fallen, bei den betreffenden Titeln der ältesten noch offenen Rechnung, andernfalls bei dieser Rechnung außeretatmäßig nachzuweisen seien.
3. Die Subkommission einigte sich endlich in bezug auf die künftige Etatsaufstellung auf folgende Erklärung:

Für diejenigen Schutzgebiete, die einen Reichszuschuß nicht mehr bedürfen, ist ein Ausgleichs-

Stenogramm Nr. 371. (Mündlicher Bericht der Kommission für den Reichshaushalts-Etat.) 2217

fonds aus den eigenen Einnahmen zu bilden, aus dem zunächst etwaige Fehlbeträge Deckung finden können.“

Die Vertreter des Reichsschatzamts, des Kolonialamts und des Reichs-Marineamts stimmten diesen Beschlüssen zu mit der Maßgabe, daß die Etatsaufstellung für 1907 und die hieraus sich ergebenden Konsequenzen noch nicht nach der Resolution unter 1 zu vollziehen seien.

Anlage 3.

Unterkommission der Kommission für den Reichshaushalts-Etat.

Verhandelt Berlin, den 24. April 1907.

Der Vorsitzende eröffnet die Sitzung um 8¹/₄ Uhr abends.

Zur Beratung stehen die rechtliche Natur der Reichszuschüsse und die künftige Gestaltung des Reservefonds in den Etats der Schutzgebiete.

Der Vorsitzende stellt zunächst die Frage der rechtlichen Gestaltung der Reichszuschüsse zur Erörterung, die den Schutzgebieten entweder — wie bisher — à fonds perdu oder in der Weise subsidiär zu geben seien, daß in einem Rechnungsjahre nicht verbrauchte Teile der Reichszuschüsse dem Reichshaushalt wieder zu gute kämen.

Ein Bevollmächtigter zum Bundesrat befürwortet, es bei dem bisherigen Verfahren zu belassen. Die Subsidiarität der Reichszuschüsse werde auf die Sparsamkeit der Gouverneure nachteilig wirken. Die Gouverneure hätten das natürliche Bestreben, Überschüsse aufzuweisen zu können. Dieses Bestreben gehe verloren, wenn die Ersparnisse am Etat nicht mehr den Schutzgebieten verblieben.

Das Bemühen, Überschüsse zu erzielen, sei aber für den praktisch denkenden Gouverneur auch eine unmittelbare Nützlichkeitsbestrebung. Wenn es ihm gelinge, die Erhöhung des Reichszuschusses in einem späteren Jahre durch Einstellung von Ersparnissen hintanzuhalten, so glaube er, beim Reichstage mehr Aussicht auf Bewilligung etwaiger Mehrforderungen in diesem Jahre zu haben.

Ein Abgeordneter sieht in der Subsidiarität den Vorteil, daß sie die Verwendungsfreiheit der Reichszuschüsse einschränke.

Ein Abgeordneter erkennt die gegen die Subsidiarität geltend gemachten Gründe an, erklärt sie aber als nicht bestimmend für die vom Reichstage in der Frage einzunehmende Stellung. Für den Reichstag sei die Hauptsache eine möglichst klare Budgetwirtschaft. Wenn man dahin komme, festzusetzen, welche Ausgaben durch den Reichszuschuß zu decken seien, so sei die Subsidiarität vorzuziehen.

Ein Abgeordneter will seine Entschliebung zu der Frage davon abhängig machen, durch welches der Systeme die Stellung der Kolonien zum Reiche als Debitores mehr in den Vordergrund gestellt werde.

Ein Bevollmächtigter zum Bundesrat führt aus, daß diese Stellung in jedem Falle gleichmäßig zum Ausdruck gebracht werden könnte.

Ein Bevollmächtigter zum Bundesrat will diese Frage besser beim Reservefonds behandelt wissen.

Hier sei die Vorfrage zu stellen, ob mit der Subsidiarität gleichzeitig eine veränderte etatsrechtliche Be-

handlung der sogenannten Überschüsse festgelegt werde. Sollte die Subsidarität so aufgefaßt werden, daß die nicht verwendeten Beträge unmittelbar zur Reichskasse zurückfließen, dann müßten sie im Etat des Reichs-Kolonialamts als Überschüsse erscheinen. Gestalte man dagegen — und dafür würde er sich aussprechen — die Subsidarität derart, daß die Überschüsse den Schutzgebieten verbleiben sollten, nur in der Folge nicht mehr freiwillig, sondern kraft des Zwanges der Subsidarität eingestellt, so würden die Überschüsse nach wie vor im Etat der Schutzgebiete erscheinen können. In beiden Fällen müsse aber auch in den Haushaltsübersichten der Schutzgebiete ersichtlich gemacht werden, welche Ersparnisse erzielt seien. Auch aus diesem Gesichtspunkte sei es daher folgerichtig, daß auch bei Subsidarität der Reichszuschüsse Ersparnisse in den Schutzgebietsstats zur Aufnahme kämen.

Ein Abgeordneter erklärt, daß er das letztere von vornherein im Auge gehabt habe.

Ein Bevollmächtigter zum Bundesrat ist mit dieser Gestaltung der Subsidarität einverstanden. Es sei auch bisher in gewissem Sinne eine Subsidarität stets angenommen worden; man sei niemals davon ausgegangen, daß die Schutzgebiete mit den Überschüssen machen könnten, was sie wollten.

Ein Bevollmächtigter zum Bundesrat erläutert an einem Beispiel, daß aus der vorgeschlagenen Behandlung der Überschüsse sich als einzige Gefahr die ergeben könne, daß dadurch den Schutzgebieten unter Umständen ein fassenmäßiger Voranschub gegeben werden müsse.

Ein Abgeordneter schlägt vor, die Subsidarität in den Schutzgebietsstats durch den Zusatz „bis zu“ hinter „Reichszuschuß“ zum Ausdruck zu bringen.

Ein Bevollmächtigter zum Bundesrat weist darauf hin, daß, wenn man in Konsequenz der Behandlung der Ersparnisse auch die Fehlbeträge eines Jahres auf den Schutzgebietsstat eines bestimmten späteren Jahres übernehmen wolle, für diejenigen Schutzgebiete, die, wie Logo, einen Reichszuschuß nicht mehr haben, eine Sonderregelung zu treffen sei. Logo habe z. B. einen erheblichen Fehlbetrag in einem der letzten Jahre aufzuweisen, den es auf den Etat eines Jahres nicht übernehmen könne, wenn es nicht wieder eines Reichszuschusses bedürftig werden solle. Der Fehlbetrag müsse daher auf mehrere Jahre verteilt werden können.

Ein Abgeordneter bittet, keine Ausnahmerebestimmungen für eine Kolonie zu geben. Er erklärt sich damit einverstanden, daß Überschüsse vorläufig auf die Schutzgebietsstats übernommen werden, behält sich aber Änderung für spätere Zeit vor.

Er hält es für bedenklich, im Etat des Reichs-Kolonialamts nur „Reichszuschuß“ zu sagen, in den Etats der Schutzgebiete dagegen den Zusatz „bis zu“ aufzunehmen.

Ein Abgeordneter bringt in Vorschlag, durch einen dispositiven Vermerk die Behandlung der Überschüsse zu regeln.

Die Subkommission erklärt sodann einstimmig ihre Ansicht dahin, daß in den Etat für den Haushalt der Schutzgebiete an der Spitze der am Schlusse befindlichen Anmerkung ein dispositiver Vermerk folgenden Inhalts aufgenommen werde:

„Soweit sich aus der Übersicht der Einnahmen und Ausgaben eine Ersparnis am Reichszuschuß ergibt, ist sie spätestens in den Etatsentwurf für dasjenige Rechnungsjahr einzustellen, welches auf das Rechnungsjahr folgt, in dem nach § 2 des

Gesetzes über die Einnahmen und Ausgaben der Schutzgebiete vom 30. März 1892 die Übersicht vorzulegen ist.“

Ein Bevollmächtigter zum Bundesrat macht darauf aufmerksam, daß es voraussichtlich vielfach nicht möglich sein werde, die Übersicht der Einnahmen und Ausgaben schon in dem Zeitpunkte fertig gestellt zu haben, in dem der vorgedachte Etatsentwurf aufgestellt werde. Er könne daher dem obigen Vermerk nur unter der Voraussetzung zustimmen, daß es für die Aufnahme der Ersparnis in den Entwurf genüge, wenn der Kasienabschluss vorliege. Unter Ausnahmerebestimmungen, wie sie in den letzten Jahren in Südwestafrika bestanden hätten, sei zwar auch die rechtzeitige Fertigstellung des Kasienabschlusses nicht immer zu gewährleisten.

Ein Bevollmächtigter zum Bundesrat erklärt darauf, daß die Finanzverwaltung gegebenenfalls die Mitteilung der Ergebnisse des Kasienabschlusses für die vorliegend in Frage stehende Regelung für ausreichend erachte.

Ein Kommissar des Bundesrats betont, daß er nicht befugt sei, bindende Erklärungen für das Reichs-Marineamt abzugeben; daß daher das letztere sich die Stellungnahme zu dem dispositiven Vermerk vorbehalten müsse.

Der Vorsitzende eröffnet hierauf die Diskussion über den Reservefonds.

Ein Abgeordneter beantragt, die Übertragbarkeit des Reservefonds in den Etats der Schutzgebiete zu streichen und die Verrechnung von Ausgaben und Einnahmen früherer Etatsjahre beim Reservefonds auf längstens ein Jahr zurück zu beschränken.

Ein Bevollmächtigter zum Bundesrat konstatiert, daß im Sinne des zweiten Teils des vorstehenden Antrags bereits eine Vereinbarung zwischen Rechnungshof, Reichsschatzamt und Kolonialabteilung getroffen sei. Er weist auf die bezüglichen Ausführungen des Rechnungshofs auf Seite 22 des Vorberichts zur Rechnung über den Haushalt der Schutzgebiete für 1896/97 hin.

Ein Bevollmächtigter zum Bundesrat erläutert, daß der Reservefonds zunächst lediglich bestimmt sei zur Deckung der Ausgaben desjenigen Jahres, für das er vorgesehen sei. Da aber der Abschluß der Rechnungen der Schutzgebiete erst in dem zweiten auf das Etatsjahr folgenden Jahre erfolge, müsse der Reservefonds auch offen gehalten werden für Ausgaben und Einnahmen, die bis dahin als aus dem abgelaufenen Rechnungsjahre herrührend nachträglich rechnungsreis oder bekannt würden. Seine Verwendung für Ausgaben früherer Jahre sei schon bei der gegenwärtigen Etatslage unzulässig. Aber auch daran müsse festgehalten werden, daß er nicht während der Zeit der Offenhaltung während des zweiten Jahres für neue Aufgaben dieses Jahres zur Verfügung stehe.

Ein Kommissar des Bundesrats erläutert näher das Verfahren der Verrechnung beim Reservefonds.

Ein Bevollmächtigter zum Bundesrat führt aus, daß früher sämtliche Ausgaben, die zu Lasten eines früheren Rechnungsjahres nachträglich entstanden seien, nicht durch die Rechnungen gegangen, sondern beim Reservefonds verrecknet seien. Dies Verfahren sei mit Recht zu mißbilligen. Jetzt würden jedoch derartige, über ein Jahr zurückreichende Ausgaben, wenn ein gleichlautender Titel noch vorhanden sei, bei dem betreffenden Titel der letzten noch offen stehenden Rechnung, anderenfalls außerrechnermäßig nachgewiesen. Die Verwaltung erkenne an, daß dies auch der Rechtslage entspreche und daß das bisherige Verfahren dem Gesetze vom 30. März 1892 zuwiderlaufe.

46. Sitzung.

Verhandelt Berlin, den 7. März 1929.

Der Vorsitzende, Abgeordneter D. Dr. Kahl, eröffnet die Sitzung um 10 Uhr 15 Minuten.

Ein Kollektivheft von Äußerungen verschiedener Persönlichkeiten über die Stellungnahme zur Todesstrafe, das Heinrich Mann übersandt hat, wird für die Mitglieder des Ausschusses zur Einsichtnahme ausgelegt.

Tagesordnung:

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs — Nr. 3390 der Drucksachen der III. Wahlperiode 1924/28 —.

Erstes Buch.

Besonderer Teil.

Abchnitt 12 nebst Petitionen.

Berichterstatter Abgeordneter Dr. Lobe (DD) (Gast) verweist einleitend auf die Berichterstattung des Ab-

und die darauf erfolgte Verurteilung des fälschlich Angeeschuldigten sei immerhin ein Nachteil für diesen, so daß man ihm wohl eine Reparation in Form der öffentlichen Bekanntmachung des Urteils zugestehen dürfe.

Nach dem Wortlaut des Entwurfs sei nicht ganz klar, ob in § 192 auch die Selbstbeschuldigung mitgetroffen werde. Aus der Begründung zum Entwurf könne man das Gegenteil herauslesen. Danach sei nach Abs. 1 die falsche Beschuldigung einer bestimmten Person ins Auge gefaßt. Wenn man sich aber selbst bezieht, bezieht man natürlich eine bestimmte Person. In Abs. 1 sei aber die Selbstbeziehung auf keinen Fall unterzubringen. In Abs. 2 solle nach der Begründung eine Strafbarkeit ohne Bezeichnung einer bestimmten Person in Betracht gezogen werden, so daß auch hier die Selbstbeziehung nicht unterzubringen sei. Darüber, daß die Selbstbeschuldigung getroffen werden sollte, sei sich der vorige Ausschuss einig gewesen; denn selbstverständlich sei die Selbstbeziehung für die Rechtspflege genau so gefährlich wie die Beschuldigung eines andern. Der Berichterstatter stellt folgenden Antrag:

- a) im Abs. 1 die Einleitung wie folgt zu fassen:
»Wer jemand bei einer Behörde« usw.
- b) im Abs. 2 die Einleitung wie folgt zu fassen:
»Wer ohne Verdächtigung einer bestimmten Person« usw.

Danach falle zweifellos die Selbstbeziehung mit unter Abs. 1; denn »jemand« sei auch der Anzeigende.

Im § 192 seien noch verschiedene einzelne Verbesserungen gebracht worden; so sei namentlich der subjektive Tatbestand verbessert worden. Vorhanden sein müsse der Voratz, daß ein behördliches Verfahren eingeleitet werden solle. Eine strafbare Anzeige liege dann

Erstes Buch.

Besonderer Teil.

Abschnitt 12 nebst Petitionen.

Berichterstatter Abgeordneter Dr. Lobe (DD) (Gast) verweist einleitend auf die Berichterstattung des Abgeordneten Brodau im vorigen Ausschuss. Als Schädigung der Rechtspflege kämen vier Delikte in Betracht, nämlich die falsche Anschuldbigung (§ 192; § 164 des geltenden Strafgesetzbuchs), Fälschung von Beweismitteln (§ 193), Unterdrückung von Beweismitteln (§ 194) und Parteiverrat (§ 195; § 356 des geltenden Strafgesetzbuchs). Nicht in den Entwurf aufgenommen seien die im geltenden Gesetz enthaltenen Delikte der falschen Entschuldigung von Schöffen usw. (§ 138 des Strafgesetzbuchs) und die Gebührenüberhebung (§ 352), ferner die unterlassene Anzeige, die aus der Erwägung nicht aufgenommen sei, weil dabei mehr der einzelne Verletzte, nicht aber die Rechtspflege als solche in Betracht komme.

Dass ein besonderer Abschnitt »Schädigung der Rechtspflege« eingeschoben worden sei, müsse als begründenswert und wünschenswert bezeichnet werden. In der Wissenschaft sei Streit darüber, was das Rechtsschutzobjekt sei, ob die Rechtspflegebetätigtigkeit allein oder zugleich das Rechtsgut des Verletzten, gegen den sich die falsche Anschuldbigung richte. Nach der Begründung gehe der Entwurf mit Recht davon aus, dass nur die Rechtspflegebetätigtigkeit allein das Schutzobjekt sei und nicht ein doppeltes Rechtsgut als verletzt aufgefasst werden müsse. Infolgedessen sei auch im Entwurf zunächst der Zusatz »Dem Verletzten ist zu gestatten, die Beurteilung auf Kosten des Verurteilten öffentlich bekanntzumachen« nicht enthalten gewesen. Obgleich das ausschließliche Rechtsgut die Rechtspflegebetätigtigkeit sei, könne dieser Zusatz wieder aufgenommen werden; denn die Reflexwirkungen einer falschen Anschuldbigung

21. März 1929 (46.)

Ausgegeben am 16. März 1929.

Danach falle zweifellos die Selbstbezüglichung mit unter Abs. 1; denn »jemand« sei auch der Anzeigende.

Im § 192 seien noch verschiedene einzelne Verbesserungen gebracht worden; so sei namentlich der subjektive Tatbestand verbessert worden. Vorhanden sein müsse der Vorsatz, dass ein behördliches Verfahren eingeleitet werden solle. Eine strafbare Anzeige liege dann nicht vor, wenn zu gleicher Zeit mitgeteilt werde, dass strafausschließende Momente vorhanden seien und diese mitangegeben würden. Sehr oft werde in diesem Falle der dolus eventualis vorliegen. Frage man sich, warum überhaupt eine Anzeige erstattet werde, wenn zu gleicher Zeit die strafausschließenden Tatsachen mit angegeben würden, so sei meistens der Fall gegeben, dass man sich über die die Schuld oder die Strafverfolgung ausschließenden Umstände nicht ganz klar sei. Bestehe ein solcher Zweifel, so liege ein wirklicher dolus eventualis vor, wenn die Tatumstände, die eine Strafverfolgung bedingten, trotzdem angezeigt würden.

Neu eingefügt seien die §§ 193 und 194. Eine Streichung dieser Paragraphen, die beantragt sei, sei nicht wünschenswert, weil es sich um zwei sehr wichtige Gefährdungsdelikte handle, um Vorbereitungshandlungen, die mit Recht unter besondere Strafe gestellt werden müssten. Der Auffassung des Berichterstatters aus dem vorigen Ausschuss Brodau, es bestehe zwischen Urkundenfälschung und Fälschung von Beweismitteln im Sinne des § 193 das Verhältnis der Subordinanz, sobald Urkundenfälschung vorliege, sei es ausgeschlossen, zugleich den § 193 anzuwenden, kann sich Redner nicht anschließen. Das Rechtsgut, das verletzt werde, sei bei der Urkundenfälschung die Sicherheit des Rechtsverkehrs, während hier ein ganz anderes Rechtsgut, nämlich die Rechtspflege verletzt werde. Die Rechtspflege setze ein Rechtspflegeorgan voraus, das in seiner Tätigkeit gehindert werde. Die Urkundenfälschung aber habe mit der Rechtspflege an sich zunächst nichts zu tun und

1

Verhandlungen des Vierten Deutschen Juristentages, erster Band, Druck und Commissions-Verlag von G. Jansen, 1863.

Source Harvard Law Library

https://books.google.fr/books?id=ydcOAAAAYAAJ&pg=PA106&dq=prinzip+der+subsidiarit%C3%A4t&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwjg_c3I6IVMAhWGtA8KHVzcCIsQ6AEIHDA#v=onepage&q&f=false

Beide Einwendungen treffen überhaupt nur den Personal-Arrest so weit dieser nur ein subsidiäres Rechtsmittel ist. Wo derselbe als prinzipales Exekutionsmittel gilt, kann man ihm weder die Tendenz eines psychologischen Zwanges gegen die Angehörigen des Schuldners, noch eine Rache gegen den insolventen Schuldner selbst unterschieben, da es in dem Zeitpunkt, wo die Schuldhaft verhängt wird, noch völlig unentschieden ist, ob der Schuldner die erforderlichen Mittel zur Befriedigung des Gläubigers besitzt oder nicht, ob er nicht zahlen will oder ob er nicht zahlen kann. Beide Argumente können daher nicht gegen das Prinzip des Personal-Arrestes überhaupt, sondern nur gegen das Prinzip der Subsidiarität der Schuldhaft in's Feld geführt werden. Die Subsidiarität der Schuldhaft allerdings ist, sowohl vom Gesichtspunkt des strengen Rechts als dem Standpunkt der Zweckmäßigkeit unhaltbar und kann nur durch die Sitte, das Herkommen, den Umstand, daß sie einmal besteht, gehalten werden, denn siebürdet dem Gläubiger gerade alle die Unbequemlichkeiten und Weiterungen in Vollstreckung der Vermögens-Exekution auf, welche durch den Personal-Arrest vermieden werden sollen. Ein Schuldner, der den Manifestations-Eid abgeleistet, oder der es zur Offenlegung seines Vermögens hat kommen lassen, wird kaum durch eine einjährige Haft vermocht werden können, seine verborgene Habe herzugeben. Die Hoffnung, durch die Verschleppung der Vermögens-Exekution Frist zu gewinnen, ist mächtiaer als die Furcht, schließlich doch noch in Personal-Arrest

Source : Harvard University Library

<https://books.google.fr/books?id=yRstAAAAYAAJ&pg=RA1-PA287&dq=L%C3%BCbeckische+Bl%C3%A4tter+subsidi%C3%A4re&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwiT-Kzrz4zMAhWHExoKHU9kDQIQ6AEIHDA#v=onepage&q&f=false>

Kleine Chronik.

74. (Zur Armenversorgung.) Der Verfasser eines trefflichen, in der Zeitschrift für die gesammte Staatswissenschaft Jahrg. 8 Heft 4 enthaltenen Aufsatzes über die Concurrency der Privaten, der Gemeinden und des Staates bei der Armenversorgung gelangt nach einer eingehenden scharfsinnigen Erörterung jenes Thema's zu den nachstehenden, auch für unsere Verhältnisse wohl zu beachtenden Resultaten:

1) Es besteht, abgesehen von dem Verhältniß zwischen Eltern und Kindern und von Verpflichtungen, die aus Verträgen und Verschuldungen entspringen, an sich kein Recht mittelloser Menschen, auf Kosten ihrer wohlhabenden Mitbürger unterhalten zu werden; wohl aber entspringt aus religiösen, moralischen und Klugheitsgründen die Pflicht der letzteren zur Unterstützung hilflosbedürftiger und würdiger Armen. Diese Pflicht ist zunächst eine sociale, nicht eine staatliche, d. h. die Armenpflege ist wesentlich Aufgabe der Privat- und Vereinsthätigkeit, unter Beihülfe wohlthätiger Stiftungen und unter Mitwirkung der kirchlichen Organe.

2) Die Privat- und Vereinsthätigkeit bedarf, um ihre Kräfte und Mittel nicht in planloser Zersplitterung zu vergeuden, sondern durch geordnete Verbindung zu verstärken, einer Organisation in den einzelnen Gemeinden, und einer organischen Gliederung, welche sich auf größere Bezirke und auf das Land im Ganzen erstreckt.

In der thätigen, von Staatswegen veranlaßten Theilnahme der weltlichen und geistlichen Local- und Bezirksbeamten an diesen Vereinen und in der persönlichen Mitwirkung des Staatsoberhauptes oder eines Gliedes seines Hauses bei dem allgemeinen Landesverein oder seiner Centralleitung findet die Vereinsthätigkeit Ermunterung, Beirath, Stütze und eine Bürgschaft der Dauer.

3) Obgleich die Armenpflege zunächst eine sociale, nicht eine staatliche Verpflichtung ist, die unbeschränkte Anerkennung derselben von der Staatsgesellschaft vielmehr die einfachste, am Tiefsten dringende und wirksamste Nothbehülfe läßt, den öffent-

lichen Behörden eine durch sie allein unlösbare Aufgabe stellt, und unerschwingliche Lasten auf die öffentlichen Casen wälzt, so kann doch eine gesetzliche Einwirkung der Staatsgewalt auf die Regelung des Armenwesens und die Anerkennung einer subsidiären Verpflichtung zur Armenpflege nicht umgangen werden.

weil es den christlichen Sitten widerspricht, daß Jemand aus Mangel an dem Nothwendigsten umkomme;
weil ein weitverbreiteter Mangel an dem Nothwendigsten zur Störung der Rechtsordnung führt;
weil der demoralisirende Bettel unbedingt untersagt werden muß, und
weil theilweise auf dem heutigen Güterbesitze der Staaten die Pflicht der Armenunterstützung ruht.

4) Der gesetzlichen Anerkennung einer subsidiären Unterstützungspflicht von Seiten der Staatsgesellschaft entspricht auf Seiten der Armen ein subsidiäres Recht der Bitte auf Unterstützung aus öffentlichen Mitteln, nicht aber ein Forderungs- und Klagerrecht auf Almosen. Der gesetzliche Anspruch eines förmlichen Rechtes auf Unterstützung im Fall der Beweiszuführung der Dürftigkeit demoralisirt, mehrt die Zahl der Armen und der Armenansprüche, macht die Armen zu berechtigten Rentnern und Pensionären, Staat und Gemeinde zu ihren Schuldnern, leidet die natürliche Ordnung der Dinge um.

5) Am meisten schädlich wirkt das Recht auf öffentliche Unterstützung, wenn es selbst auf gesunde arbeitssfähige Arme, sei es auch nur auf Gewährung von Unterstützung in der Form von lohnender Arbeit, sich erstreckt.

Der Staat hat die allgemeine Pflicht, den rechtlichen Erwerb seiner Bürger zu schützen und zu fördern, nicht aber jedem Einzelnen unmittelbar lohnende Arbeit zu verschaffen.

Die gesetzliche Uebernahme dieser Verpflichtung überhebt der Bemühung des Auffuchens von Erwerbsquellen, wälzt die Verantwortlichkeit für die Beschaffenheit der geleisteten Arbeit an

Lübeckische Blätter, Vierter Jahrgang, Rahtgens, Lübeck, 1862

Nur subsidiär und zur Aushülfe sollte somit der Staat eintreten. Ebendeshalb aber muß die Aufgabe unserer Finanzmänner, wenn sie den Willen ihres Mandanten, des Staats, richtig auslegen und befolgen wollen, dahin gehen, soviel wie möglich den ursprünglichen und eigentlichen Charakter des Unternehmens zu wahren und den Staat nur subsidiär, keinesfalls aber weiter, als durchaus nöthig, in Mitleidenschaft zu ziehen.

73) PISTES A APPROFONDIR

Rechts- und staatswissenschaftliche Studien, E. Ebering, Volumes

Rechts- und staatswissenschaftliche Studien, Volumes 1 à 7

Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft, Volume 31

Österreichische Vierteljahresschrift für Rechts- und ..., Volume 4

https://books.google.fr/books?id=QL0oAAAAYAAJ&pg=PA259&dq=Rechts-+und+staatswissenschaftliche+Studien+subsidiarit%C3%A4t&hl=fr&sa=X&ved=0ahUKEwjRiM_Vr47MAhVBBBoKHeoTCxEQ6AEIzAB#v=onepage&q=Rechts-%20und%20staatswissenschaftliche%20Studien%20subsidiarit%C3%A4t&f=false

Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik

http://www.digizeitschriften.de/dms/toc/?PID=PPN345616359_0041

Schmollers Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche. - 50. Jg. / 1926, Heft 1 - 6 (gebunden in 1 Bd.) Arthur Spiethoff (Hg.) Verlag: München, Leipzig: Duncker & Humblot, 1926, ca. 1100 S., HLn.-Bibl.-Band / Hardcover., 1926

Jacob, Fulda, Rau. Die Prinzipien Adolph Wagners; Analyse und Kritik. — III. Das Problem der Steuergerechtigkeit S. 66—77. — Der Begriff der zeitlichen Gerechtigkeit. Zeitliche Gerechtigkeitskonventionen. Die Prinzipien der Allgemeinheit der Steuerpflicht und der Gleichmäßigkeit der Steuerlast. Wagners doppelte Steuergerechtigkeit. Der Fortschrittsgedanke. Zusammenfassung. — IV. Neue Grundzüge der Besteuerung S. 77—82. Das „finanzökonomische“ Prinzip. Das Prinzip der Subsidiarität der Besteuerung. Sozialökonomische Be-

Schriften des Vereins für Socialpolitik, Duncker & Humblot,

1906, Volume 116 (pp. 363 ; 402 ; 828)

1915, Volume 151 (pp. 27- 29, 33)

Schriften des Deutschen Vereins für Armenpflege und Wohltätigkeit

1912 Volume 96-100 (p. 17)

nerende Behandlung erforderlich sei und tatsächlich eintrete.

Ein unterscheidendes Begriffsmoment der Armenpflege dürfte dagegen ihre absolute Subsidiarität sein; denn wesentlich ist der Armenpflege, daß sie nur als letztes Hilfsmittel d. h. nur im Falle der Hilfsbedürftigkeit eintreten darf, wenn der Arme sich das, was die Armenpflege leisten soll, nicht auf andere Weise verschaffen kann. Es

Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Heinrich Braun, Werner Sombart, Max Weber, Edgar Jaffé, Robert Michels, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck),

Volume 32, 1911 (p. 460-462)

des Waffengebrauchs zwar Subsidiarität aber nicht Proportionalität, wie im englischen, verlangt wird.

So bestimmt der Criminal Code von Illinois § 255: »If in the efforts made as aforesaid to suppress such assembly and to arrest and secure the persons composing it, who refuse to disperse, though the number is less than twelve, any such persons, or any

Volume 46, 1929

gerade im Gegensatz zu anderen Zweigen der sozialen Gesetzgebung, insbesondere den sozialen Versicherungsgesetzen und dem Reichsversorgungsgesetz, der Grundsatz der Individualisierung zugleich mit dem Grundsatz der Subsidiarität. Die Eigenart der Fürsorge besteht darin, daß sie nicht von generell festgesetzten Tatbeständen ausgeht, sondern daß sie den einzelnen Fürsorgebedürftigen je nach der Beson-