

IUS COMMUNE

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

IV

Herausgegeben von
HELMUT COING
Direktor des Instituts



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main

1972

BRIGITTE BORGMANN

Mors civilis

Die Bildung des Begriffs im Mittelalter
und sein Fortleben im französischen Recht der Neuzeit

I. EINLEITUNG

§ 1 *Bildung des Begriffs im Mittelalter*

Der Begriff *mors civilis* ist eine Bildung des Mittelalters, nicht der Antike, wo er weder in juristischen noch in literarischen Quellen vorkommt¹.

Zwar gibt es Verbindungen des Wortes *mors*, die ein Gegenbegriff zu *mors civilis* hätten sein können und später auch so verstanden worden sind; in der Antike ist das jedoch nicht der Fall gewesen. So ist z. B. *mors naturalis* kein Pendant zu einer zu vermutenden *mors civilis*, sondern bezeichnet einfach das natürliche, namentlich gewaltlose, Ende des Lebens².

Wenn von den Kirchenvätern *mors spiritualis*³ oder *mors mystica*⁴ erörtert werden, so handelt es sich um religiöse Begriffe, die gewisse sprachliche Antinomien der Glaubenssätze erläutern sollen. Eine Verbindung von *mors* mit *civilis* liegt den kirchlichen Schriftstellern in der Regel fern. Lediglich die *excommunicatio* und das Mönchtum gaben Berührungspunkte zum weltlichen Leben und so auch zu *mors civilis*⁵.

Das Mittelalter knüpft an die Verwendung des Wortes *mors* an, wo zur Verdeutlichung bestimmter Rechtsstellungen in den juristischen Quellen das Bild des Todes herangezogen wird. Es handelt sich dabei um bloß vergleichende Veranschaulichungen, die nicht zur Begründung benutzt werden.

¹ Vgl. THESAURUS LINGVAE LATINAE, vol. VIII (Lipsiae 1936—66), ver. *mors*, Sp. 1503 bis 1507 und HEUMANN - SECKEL, Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts, 10. Aufl. (unveränderter Neudruck der 9. Aufl. Jena 1907, Graz 1958) ver. *mori* und *mors*.

² Vgl. die im THESAURUS a.a.O. Sp. 1507 angegebenen Stellen.

³ TERT. resurr. 19 p. 51, 14: = *ignorantia dei*.

⁴ AMBR. bon mort. 2, 3; *quandoquis peccato moritur et Deo vivit*.

⁵ S. unter Kap. III §§ 17—19. Für das Mönchtum waren die Klosterregeln und das Gelübde der Armut von größerer Bedeutung als die justinianische Gesetzgebung, die dem Erwerb von Gütern durch die Klöster regelmäßig sehr vorteilhaft war.

Wie die mittelalterlichen Juristen anhand dieser Anknüpfungen den Begriff *mors civilis* gebildet und welchen Inhalt sie ihm gegeben haben, wird in Kapitel II für die Glossatoren und die Glosse, in Kapitel III für die Kommentatoren beschrieben werden. In dem zuletzt genannten Kapitel werden auch die Rechtsinstitute, an welche eine Anknüpfung erfolgte, in ihrer praktischen Anwendung behandelt. Das Kapitel IV soll einen Überblick über die Entwicklung geben, die der Begriff *mors civilis* in der Neuzeit, vor allem in Frankreich, bis zu seiner Abschaffung in der Mitte des 19. Jahrhunderts, genommen hat.

Hier ist zunächst zu erörtern, an welche Stellen der antiken Quellen und an welche Institute *mors civilis* als neuer Begriff angeknüpft werden konnte.

§ 2 Die antiken Institute, an die angeknüpft wird

a) Die *aquae et ignis interdictio* taucht, obwohl sie angeblich durch die *deportatio* ersetzt ist⁶, in den *Digesten* häufig auf⁷, ohne daß daneben die *deportatio* genannt wird. Sie zählte zu den Kapitalstrafen⁸ und führte zum Verlust der *civitas Romana*⁹. Nach den *Digesten* war sie die Strafe der *lex Cornelia de falsis*¹⁰ und der *lex Iulia de vi publica*¹¹. Dies war jedenfalls das Bild, das sich den mittelalterlichen Bearbeitern geboten hat.

Ursprünglich handelte es sich wahrscheinlich um ein bis in frühe Zeiten hinaufreichendes Rechtsinstitut, das die Wirksamkeit der Strafverfolgung durch eine Art von Ächtung gewährleistete, auch wenn der Täter sich der Verfolgung nicht stellte¹². Da dem durch *Quaestiones Verurteilten* in der Republik meist statt der Hinrichtung Gelegenheit zur Flucht gegeben wurde, begann man die *interdictio aquae et ignis* als einzige und folglich Hauptstrafe zu behandeln¹³. Der Bürgerrechtsverlust ist bereits für die Republik anzunehmen¹⁴.

⁶ Ulp. D. 48, 19, 2, 1: ... *deportatio*, in locum *aquae et ignis interditionis* successit . . .

⁷ Vgl. die Zusammenstellung bei HEUMANN - SECKEL a.a.O. ver. *interdictio* (*aquae et ignis*).
⁸ Afr. D. 37, 1, 13. ⁹ Mod. D. 48, 10, 4, 11; Paul. D. 4, 5, 5 pr.

¹⁰ Mod. D. 48, 10, 33. ¹¹ Ulp. D. 48, 6, 10, 2.

¹² Dazu zuletzt W. KUNKEL, art. *quaestio* in PAULY - WISSOWA RE Bd. 24 (Stuttgart 1963) Sp. 719 ff., Sp. 767; ders. *Untersuchungen zur Entwicklung des römischen Kriminalverfahrens in vorsullanischer Zeit* (München 1962) S. 67 Anm. 253; E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe* (Sitzungsber. d. Heidelberger Akad. d. Wiss. 1931) S. 21 Anm. 4.

¹³ Paul. D. 48, 1, 2 über die Rolle des Exils im römischen Recht vgl. KUNKEL, *Vorsullanischer Strafprozeß* a.a.O. S. 140.

¹⁴ KUNKEL, RE a.a.O. Sp. 768 mit weiterer Lit. Gaius überliefert diese Rechtsfolge (I, 128); da seine Vorlage eine ältere Quelle ist, kann es sich um republikanisches Recht handeln.

b) Die deportatio in insulam war die regelmäßig mit dem Verlust der Civität verbundene zwangsweise Verbringung des Verurteilten auf eine Insel¹⁵. Sie ist seit Tiberius als Kriminalstrafe bekannt; die Maßnahme selbst ist schon früher geübt worden, blieb aber wohl im Bereich der Koercition ohne Civitätsverlust¹⁶. Das Vermögen des Deportierten wurde konfisziert. Infolge dieser Konfiskation und der civitatis amissio traten zahlreiche rein zivilrechtliche Fragestellungen auf, die in den Digesten erörtert wurden¹⁷: Diese Stellen wurden fast stets von der mittelalterlichen Jurisprudenz zu Anknüpfungen für mors civilis verwendet.

c) Die servitus poenae ist erst aus der Kaiserzeit bekannt; der Zeitpunkt ihrer Einführung läßt sich nicht genau fixieren¹⁸. Die zu den schwersten Strafen, nämlich zur Bergwerksarbeit (ad metalla, ad opus metalli), zum Tierkampf (ad bestias) und zum Tod Verurteilten wurden durch das rechtskräftige Urteil (statim) servi poenae. Das Vermögen eines servus poenae wurde konfisziert¹⁹; er verlor sowohl Freiheit wie Bürgerrecht²⁰. Ebenso wie die oben genannten Strafen traf auch die servitus poenae nur die humiliores²¹. Aus der Nov. 22 c. 8 ergibt sich, daß Justinian die Sammelbezeichnung abschaffte, daß sich jedoch im einzelnen am Rechtszustand nichts änderte.

Die servi poenae wurden rechtlich wie die übrigen servi behandelt; es bestand lediglich Streit darüber, ob sie servi Caesaris oder sine domino waren²². Sie wurden für das ius civile als nullius bezeichnet, ihre Einsetzung

¹⁵ Vgl. KLEINFELLER in RE Bd. IV (1903) Sp. 231 ff.: D. 32, 1, 3; 48, 19, 2, 1; 48, 13, 3, u. a.

¹⁶ Vgl. TH. MOMMSEN, Römisches Strafrecht (Leipzig 1899) S. 974 f. (Anm. 2). Der Fall der von Augustus nach Pandateria und Regium Julium verbannten Julia dürfte wegen der väterlichen Hausgewalt außerhalb des Strafrechts liegen.

¹⁷ U. a. wurde die Ehe nach ius civile aufgelöst. Die anders lautenden Stellen sind interpoliert: vgl. D. 24, 1, 13, 1; D. 35, 1, 59 u. a. Im einzelnen vgl. dazu unten Kap. II § 7 S. 22 ff.

¹⁸ PFAFF in RE Bd. II A 2 (1923) Sp. 1830 ff. v. servitus poenae.

¹⁹ Gai D. 28, 1, 8, 4; ob für den Fiskus ist streitig, vgl. Call. D. 49, 14, 12.

²⁰ Gai. D. 48, 19, 29.

²¹ Diese Zweiteilung des Strafsystems ist im römischen Recht schon in der Republik zu beobachten. Zwar ist einerseits Angleichung der persönlichen Rechte infolge des Herabsinkens der römischen Bürger zu Untertanen erfolgt; andererseits sind jedoch wiederum Privilegien für höhere Stände geschaffen worden. Vgl. D. 48, 19, 28, 5; 48, 19, 8, 12 für servi. Die Decurionen und die ihnen Gleichgestellten unterlagen dieser Strafe nicht.

²² D. 48, 19, 17, dazu PFAFF, RE a. a. O. Sp. 1832; zuletzt noch M. KASER, Das römische Privatrecht 1. Teil (München 1955) S. 251.

im Testament galt deshalb als *pro non scripto*²³; ihre Ehe war nach *ius civile* aufgelöst²⁴.

d) *Capitis deminutio* ist eine abstrakte Bezeichnung für die Änderung des *status*, die in dreifacher Form vorkommen konnte: als *capitis deminutio maxima*, *media* und *minima*. Über ihr genaues Alter besteht keine Klarheit, ebensowenig darüber, ob es früher nur eine Zweiteilung in *capitis deminutio magna* und *minor* gegeben hat.

Das dreigeteilte Schema entspricht den Stufen der Rechtspersönlichkeit, die das römische Recht kannte. Diese waren gekennzeichnet durch Zugehörigkeit zum Stand der Freien (*status libertatis*), zur römischen Bürgerschaft (*status civitatis*) und zu einer Familie (*status familiae*). Mit diesen *status* war die Befähigung, Träger von Rechten und Pflichten zu sein, in genügender Genauigkeit umschrieben. Mit einem Wechsel auch nur eines dieser *status* trat notwendigerweise eine *capitis deminutio* ein²⁵. Bei Verlust der *Civitas* durch *aquae et ignis interdictio* und durch *deportatio* sowie bei der Erklärung zum *servus poenae* erlitten die Verurteilten also eine *capitis deminutio*; in den beiden ersten Fällen eine *capitis deminutio media*, im letzten eine *capitis deminutio maxima*. Die *capitis deminutio minima* trat ein bei Ausscheiden eines römischen Bürgers aus seinem bisherigen agnatischen Familienverband, z. B. durch Emanzipation.

Da der *status* einer Person durch die *capitis deminutio* verändert wurde, konnte die Person im neuen *status* von den Verpflichtungen aus dem alten *status* nicht betroffen werden. Die sich daraus ergebenden privatrechtlichen Probleme sind in den *Digesten* vielfältig behandelt²⁶.

Man muß davon ausgehen, daß die einzelnen Rechtswirkungen, die in den Quellen beschrieben werden, nicht von der *capitis deminutio* als solcher herrühren²⁷, sondern von den vom *status* abhängigen Voraussetzungen einzelner Rechtshandlungen, mit denen die *status*-Änderung deshalb verknüpft ist, weil das römische Recht an den *status personae* alle dem Individuum zukommenden Rechte gebunden hat²⁸. Während ursprünglich nur die römi-

²³ D. 29, 2, 25, 3; 48, 19, 17; 34, 8, 3.

²⁴ D. 24, 2, 1.

²⁵ Über die Bedeutung von *caput* vgl. KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, 3. Aufl. (Berlin u. a. 1949), § 42 Anm. 1 (S. 72).

²⁶ Die Fälle der *capitis deminutio minima* regelte der Prätor durch ein Edikt, vgl. den *Digestentitel* D. 4, 5.

²⁷ Anders M. KASER, *Zur Geschichte der capitis deminutio* in *JURA* III (1952) S. 48 ff. (S. 88).

²⁸ Die Terminologie von SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 2 (Berlin 1840) S. 1 ff., der von *Rechtsfähigkeit* spricht und die einzelnen römischen *status* damit

schen Bürger in Rom Träger von Rechten waren, ist dies im Laufe der weiteren Entwicklung auch den Peregrinen zugestanden worden. Jedoch wurden die Rechte dieser Nichtbürger von denen nach *ius civile* unterschieden. Die nach Peregrinenrecht begründeten Rechte erloschen darum durch eine mit *Civitätsverlust* verbundene *capitis deminutio* nicht.

§ 3 Systematik der Anknüpfung

Abgesehen von der *capitis deminutio* haben die behandelten Rechtsinstitute gemeinsam, daß sie anstelle der Todesstrafe getreten sind oder doch als Kapitalstrafe neben ihr genannt werden und u. U. alternativ zu ihr anwendbar sind. Die für das Privatrecht bestimmenden Folgen traten von Gesetzes wegen ein; sie glichen in verschiedener Hinsicht denen des Todes.

In der Antike hat man diesen Vergleich nicht zu konstruktiven Zwecken verwendet; aus ihm ist auch keine Fiktion geworden. Für die mittelalterlichen Juristen aber ist gerade dieser Vergleich mit dem Tode in Verbindung mit dem gleichzeitig aus den betreffenden Stellen zu entnehmenden *Civitätsverlust* Anlaß für die Entwicklung des Begriffes der *mors civilis* geworden^{29, 30}. Freilich ist man schon in der Antike diesem Begriff sehr nahe gekommen. Gaius schreibt:

(I, 128) sequitur ut qui(a) eo modo ex numero civium Romanorum tollitur, proinde ac mortuo eo . . .

und

(III, 153) . . . dicitur etiam capitis deminutione solvi societatem, quia civili ratione capitis deminutio morti coaequatur . . .

Gerade an diesen Text konnten die Glossatoren nicht anknüpfen, da ihnen diese Stücke der Institutionen unbekannt blieben³¹. Die Konvergenz der Gedankenführung ist in beiden Fällen wohl auf die schulmäßig systematische Behandlung des Stoffes zurückzuführen. Danach ist es gar nicht verwunderlich, daß die mittelalterlichen Juristen den Vergleich mit dem Tode in der nun zu schildernden Weise ausgebaut haben.

meint, ist darum nicht korrekt. Zu einem Begriff der Rechtsfähigkeit ist das römische Recht niemals gekommen.

²⁹ Für die *deportatio* ist zu vergleichen: Paul. D. 38, 2, 4, 2: . . . qui mortui loco habetur; Paul. D. 24, 3, 56: . . . utrum quasi mortua sit; Paul. D. 17, 2, 65, 12: . . . pro mortuo habetur.

³⁰ Der Vergleich von *servitus* mit *mors* wird gezogen in: Ulp. D. 50, 17, 209: *servitutum mortalitati fere comparamus*; Ulp. D. 35, 1, 59, 2: *servitus morti adsimulatur*.

³¹ Die Handschrift wurde erst im Jahre 1816 von Niebuhr in Verona entdeckt.

II. ENTWICKLUNG DES BEGRIFFS BEI DEN GLOSSATOREN

A. Vor *Accursius*

§ 4 *Arbeitsweise und Literaturformen*

Die Arbeiten der Glossatoren vom 11. bis 13. Jahrhundert haben als gemeinsame Grundlage die Annahme absoluter Gültigkeit des justinianischen Gesetzgebungswerkes, dessen Widersprüche es zu harmonisieren galt. Die Überlieferung war Ausgangspunkt, Ordnung und geistiges Erfassen waren Mittel zu dem Ziel, das *Corpus Iuris* als widerspruchsfreies Ganzes zu begreifen³². Man sichtete das Material und brachte es nach der fröhscholastischen Arbeitsweise der Gliederung in *sic-et-non* bzw. *pro-* und *contra-*Elemente, die man jeweils mit Autoritäten aus den Rechtsquellen³³ belegte, in eine Ordnung. Als Ordnungsgesichtspunkt diente ein System von Begriffen, die sich dialektisch zerlegen ließen in Ober- und Unterbegriffe: Auf diese Art wurden Widersprüche ausgeglichen und harmonisiert³⁴.

Das *pro-contra-solutio*-Schema liegt u. a. den Literaturformen der *Distinctionen*, *Quaestionen* und *Brocarda* zugrunde.

a) Die Prägung des Begriffes *mors civilis* dürfte innerhalb der *Distinctionenliteratur* zu suchen sein, denn sie zerlegt einen quellenmäßigen Oberbegriff durch Heranziehung entgegengesetzter Sondermerkmale in Unterbegriffe³⁵. Dies ist auch hier geschehen. *Civilis* bildet mit *naturalis* nicht nur

³² Zu diesem Abschnitt vgl. E. GENZMER, Die justinianische Kodifikation und die Glossatoren, *Atti del Congresso internazionale di diritto romano*, Bd. I (Pavia 1934) S. 349 ff., S. 381 ff. und SEEBERG, Art. Scholastik in *Haucks Realenzyklopädie für protestantische Theologie und Kirche*, Bd. 17 (Leipzig 1906), Sp. 708 ff. (709).

³³ GENZMER, *Atti* S. 388 f.

³⁴ Die Bausteine der fröhscholastischen Methode stammten aus der Antike und waren durch Boethius bekannt, dessen *Dialectica vetus* die Schriften des Aristoteles über die Kategorien und de *interpretatione* enthielt (M. GRABMANN, Die Geschichte der scholastischen Methode Bd. I (unveränderter Nachdruck der Ausgabe 1909, Darmstadt 1956), S. 148 ff. gibt Aufschluß über die Bedeutung des Boethius für die Schriften des frühen Mittelalters). Ungefähr um die Mitte des 12. Jahrhunderts war der gesamte Aristoteles bekannt. S. dazu GRABMANN - OTT, *Aristoteles im 12. Jh., Mittelalterliches Geistesleben III*, München 1956, S. 64 ff. Die Glossatoren kannten und zitierten nachweislich die aristotelische *Elenchik* sowie Ciceros *Rhetorik* und *Topik* und die *logica vetus*; vgl. G. OTTE, Die Aristoteleszitate in der Glosse, *SZ*, Rom. Abt. LXXXV (1968) S. 368 ff. Sie benutzten die *pro-* und *contra-*Methode teilweise schon vor Abälard, dessen *sic et non* um 1121/22 verfaßt worden ist.

³⁵ GENZMER, *Atti* S. 398 ff. Hierfür ist Boethius „*Liber de divisione*“ besonders wichtig

in der juristischen Überlieferung ein Gegensatzpaar für die Bezeichnung entgegengesetzter Sondermerkmale der dem Hauptbegriff untergeordneten species.

In den juristischen Quellen ist mors, das jetzt zum Oberbegriff gewordene Wort häufig, außerhalb der juristischen Literatur ist die Verbindung naturalis mors belegt³⁶. Die distinguierende Ergänzung civilis mors kann darum der Methode nach nur der Distinctionenliteratur der Glossatorenzeit zugeschrieben werden. Doch ist uns die erste Erwähnung des Begriffs höchstwahrscheinlich nicht bekannt, weil aus der Frühzeit der Glossatoren die Überlieferungen durchaus lückenhaft, die Druckeditionen aber noch spärlicher sind. Die nachfolgenden Textproben sind daher nur beispielhaft.

b) Für die Verarbeitung und rechtliche Einordnung des Begriffs mors civilis unter und über bestehende quellenmäßige Begriffe kommen auch Quaestionen in Frage; sie betreffen regelmäßig Probleme, die sich durch bloße Subsumtion unter einen quellenmäßigen Rechtssatz nicht entscheiden lassen, also ein Problem enthalten, welches der Erörterung pro und contra fähig ist³⁷. Oft ergab sich eine Fortbildung des Rechts aus der quaestionmäßigen Behandlung³⁸ wenigstens im Sinne weiterer Systematisierung des Rechts, weil in einer solchen Untersuchung der neugeschaffene Begriff mit der – widersprüchlichen – Quellenlage konfrontiert wurde, so daß seine juristische Bedeutung klarer werden konnte.

c) Auch in Brocarda³⁹ hat der Begriff Platz, denn sie dienten hauptsächlich zur systematischen Ordnung der gefundenen Entscheidungen. Sie sind

gewesen: Divisio namque multis modis dicitur. Est enim divisio generis in species. Est rursus divisio, cum totum in proprias dividitur partes . . . (a.a.O., S. 400 Anm. 236).

³⁶ MACROBIUS, Comm. in Somnium Scipionis ed. J. WILLIS, Lipsiae 1963, I, 13, 11 illam solam esse naturalem mortem ubi corpus animam non anima corpus relinquit . . .

³⁷ Dies hat SECKEL als erster betont, in: Das röm. Recht und seine Wissenschaft im Wandel der Jahrhunderte (Berliner Rektoratsrede 1920), vgl. GENZMER, Atti S. 415 Anm. 301.

³⁸ Das Quaestionenschema entspricht der scholastischen Disputationsmethode:

1. Problem (quaeritur)

2. Auctoritates und rationes pro — auctoritates und rationes contra

3. Solutio

mit Widerlegungen der objectiones und Entkräftung der auctoritates der abgelehnten Stellungnahme. Letzteres fehlt den juristischen Texten oft; vgl. GENZMER, Atti S. 415 ff.

³⁹ Der Ursprung des Namens war lange unbekannt, vgl. SAVIGNY, Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter, 2. Aufl., Bd. III (Heidelberg 1834) S. 569 ff. ST. KUTTNER hat jedoch neuerdings herausgefunden, daß der Ausdruck für eine stumpfe Turnierwaffe verwendet wurde. Als Bezeichnung für die Literaturgattung Generalia wurde „Brocarda“ zuerst mit dem Zusatz „vulgo . . . dicitur“ eingeführt (so z. B. noch die Überschrift der unter S. 16 Anm. 1 zitierten Ausgabe der Azo-Brocardica von 1567).

allgemeine, auf induktivem Weg durch Abstraktion gewonnene, nicht quellenmäßige Regeln, die durch gegenübergestellte *Contraria*⁴⁰ eingeschränkt werden. Die letzteren sind notwendige Elemente der *Brocarda Concordantiae* und *Contraria* wurden mit Quellenallegationen versehen und so entstand eine übersichtliche Sammlung des einschlägigen Materials, das vorzüglich zur Schulung in der Disputierkunst dienen konnte⁴¹.

d) Dagegen sind Summen für die vorliegende Untersuchung meist unergiebig, da ihr Hauptzweck eine Zusammenfassung der Materie nach Ordnung der vorliegenden Titel war. Sie dienten der Übersicht über die Rechtsmaterie, nicht der begrifflich systematisierenden Ordnung. Hauptsächlich wurden sie als Lehrbücher benutzt, die Codexsumme des Azo z. B. hat diese Funktion bis ins 17. Jahrhundert gehabt⁴².

Da *mors civilis* ohne polemisierende Behandlung bei Pillius sowie bei Azo auftaucht, kann man schließen, daß der Begriff allgemein eingeführt und nicht die Erfindung der einen oder der anderen Richtung unter den Glossatoren war⁴³.

§ 5 *Der Glossator Pillius*

Er ist erwähnt in Urkunden zwischen 1169 und 1207⁴⁴. Wohl seine erste Arbeit waren die sogenannten „*Quaestiones sabbatinae*“, die ihren Namen daher haben, daß sie an einem Samstag mit den Schülern disputiert wurden⁴⁵. Spätere, noch nicht edierte Glossen verweisen auf diese – demnach früheren – *Quaestiones*. Savigny hat einige Probleme veröffentlicht⁴⁶.

Nr. 6 zu D. 45, 1, 121, 2⁴⁷ lautet folgendermaßen:

sed occurrit instantia, nonne deportatus habetur pro mortuo? Igitur eo deportato statim committitur in casum mortis concepta stipulatio.

Pi. respondet: hic de morte naturali actum fuerat non de civili. Ju. p. Quid ergo si fuisset occisus, necatus, strangulatus, vel aliter defecisset non naturaliter?

⁴⁰ GENZMER, *Atti* S. 423 ff.; ST. KUTTNER, *Réflexions sur les Brocards des Glossateurs*, *Mélanges F. de Ghellinck* (Gembloux 1951) S. 767 ff., S. 791.

⁴¹ A. LANG in *Festschr. f. E. Eichmann* (Paderborn 1940) S. 69 ff.

⁴² Das Verzeichnis der Druckausgaben füllt bei SAVIGNY, *Geschichte* V S. 33 ff., insgesamt sechs Seiten.

⁴³ Solche Richtungen gab es, vgl. GENZMER, *Atti* S. 395. Zu einer orthodoxen Richtung gehören Bulgarus, Johannes Bassianus, Azo und Accursius. Martinus Gosia und Placentinus sind Außenseiter, Pillius allerdings nimmt selbst unter ihnen durchaus eine originelle Sonderstellung ein. Gewöhnlich zitierten sich die genannten Gegner unfreundlich.

⁴⁴ SAVIGNY, *Geschichte* IV S. 315.

⁴⁵ SAVIGNY, *Geschichte* IV S. 334.

⁴⁶ SAVIGNY, *Geschichte* IV S. 327 und S. 557.

Pi. quaestio haec scolastica est et disputata est in nostris. Recurrendum est igitur ad distinctionem nostram quae sic incipit: Homo alias moritur alias occiditur⁴⁸ . . .

Aus dieser Stelle kann man durch Rückschluß entnehmen, daß deportatio und mors civilis im gleichen Sinn gebraucht werden: auf die Frage nach den Folgen der deportatio erhält der Frager die Antwort, um mors civilis handele es sich in der besprochenen Textstelle nicht. Der Zusammenhang von Frage und Antwort macht deutlich, daß die deportatio infolge der in den Quellen vorkommenden Erklärung „deportatus habetur pro mortuo“ als eine Unterart von mors, eben mors civilis eingestuft wurde. Die Bedingung der mit den Worten „cum morieris“ konzipierten Stipulation kann jedoch nach der behandelten Stelle durch Deportation nicht erfüllt werden. Man mußte folglich eine species der mors als gültige Bedingung für die Stipulation ausschließen und sich auf mors naturalis beschränken.

Eine an systematischen Gesichtspunkten orientierte Erklärung, warum gerade hier mors civilis kein zureichender Grund für den Eintritt einer auf den Tod abgestellten Rechtsfolge sein soll, wird noch nicht gegeben. Die Quelle selbst kann dazu nichts enthalten, da das Problem von zwei species des Todes sich dem antiken Recht nicht stellte. Sie konnte deshalb als technisches contra in der scholastischen Argumentation häufig verwendet werden.

Die Beschränkung auf naturalis mors wirft die von Pillius als „quaestio scolastica“ bezeichnete, also nur schulmäßig gestellte und behandelte Frage auf, ob man auch Fälle gewaltsamen Todes unter den natürlichen Tod rechnen müsse. Immerhin haben andere damals bekannte Autoren wie Isidor von Sevilla⁴⁹ mors naturalis als natürlichen Tod, von Alters wegen, ohne Einwirkung äußerer Kräfte definiert, so wie wir heute auch sagen, jemand sei eines natürlichen Todes gestorben.

Daneben steht nicht nur civilis mors als einziger anderer entgegenstehender Unterfall des genus mors, sondern der gewaltsame Tod als weitere spe-

⁴⁷ D. 45, 1, 121, 2: In insulam deportato reo promittendi stipulatio ita concepta „cum morieris, dari“? non nisi moriente eo committitur.

⁴⁸ Die zitierte Stelle ist Nr. 3 der schon genannten Quaestiones sabbatinae. Daß die angegebene Verweisung tatsächlich zu finden ist, geschieht außerordentlich selten: Die Handschriften haben vieles verloren gehen lassen, was in Drucken nicht mehr erscheint. Auch ist manche Handschrift verloren, die meisten sind nicht gedruckt.

⁴⁹ ISIDORI Hispallensis Episcopi Etymologiarum sive Originum, ed. W. LINDSAY, Oxonii (o. J.) XI, 2, 32: tria enim sunt genera mortis: acerba, immatura, naturalis. Acerba infantum, immatura iuvenum, merita, id est naturalis, senum.

cies. Das ergibt sich deutlich aus der Quaestio nr. 3, auf die Pillius hingewiesen hat.

Deren Ausgangsfall ist die Frage, ob aus Stipulation geklagt werden kann, wenn unter der Bedingung stipuliert wurde „cum Titius morietur“ und Titius „non est mortuus sed occisus“.

Im argumentum pro wird der Eintritt der Stipulationsbedingung und folglich die actio bejaht⁵⁰:

non enim qualitas ipsius exemptionis sed exemptio ipsa inspicienda est.

Hier interessiert vor allem der folgende Absatz:

Item quia et mortis appellatio interfectionem etiam continet . . . continet et aliam mortem civilem, ut (D. 24, 3, 56)⁵¹ et (Nov. 22 c. 5)⁵² . . .

Item interfectio morti naturali equipollet, reputatur ergo pro mortuo si fuerit interfectus . . .

Item mors genus est, interfectio mortis species . . .

Ad hec mors genus est ergo omnem mortem complectitur . . .

Im argumentum contra heißt es:

non agatur quia conditio stipulationis non extitit; maxima enim differentia est inter mortem et occisionem ut (D. 9, 2, 22).

Das hier angeschlossene Argument hängt ganz offensichtlich nur am Begriff: es bezieht sich auf einen Sachverhalt, bei dem ein zu leistender Sklave getötet und folglich eine Schadensersatzpflicht nach der lex Aquilia ausgelöst wurde, während bei einem von selbst gestorbenen Sklaven natürlich keine Schadensersatzpflicht nach diesem Gesetz eintrat. Die Nichtberücksichtigung des

⁵⁰ Benutzt wurde die kritische Ausgabe von NICOLINI (Modena 1935) S. 11 ff.

⁵¹ D. 24, 3, 56 enthält eine Dos-Rückgabe-Stipulation mit der Klausel „si quo casu Titia tibi nupta esse desierit, dotem dabis?“ Als Fälle werden aufgezählt captio ab hostibus, deportatio, ancillam fieri. Der Umfang der Rückgabeverpflichtung wird nicht quasi divortium fecerit, sondern quasi mortua sit bestimmt, was für die Frau die großzügigere Lösung ist. Die Lösung „humanus esse“ könnte nachklassische Bildung sein, wenn man für die klassische Zeit Eheauflösung annimmt, wie es manche tun. Nachweise bei DESSETEAUX, Capitul Deminutio, III S. 55 ff. Die Quellenkritik steht hier jedoch nicht zur Diskussion, denn etwaige Unstimmigkeiten der Quellen versuchten die Glossatoren stets aus den Quellen heraus, mit Division und Subdivision zu klären.

⁵² Nov. 22 c. 5 enthält für die ins Kloster gehenden Ehepartner die Entscheidung: Quodcumque enim pacti fuerint contrahentes ex morte fieri lucrum, hoc habere oportet eum, qui dimittitur ab altero, sive vir, sive mulier sit. eo quod et iste, quantum ad matrimonium, videtur mori, aliud pro alio vitae eligens iter.

hier der Erörterung zugrunde liegenden juristischen Tatbestandes macht eine Widerlegung in der lösenden *Solutio* ausgesprochen leicht.

Von Interesse ist wieder der folgende Absatz:

Item mortis appellatio dumtaxat mortem naturalem continet: ita enim dicimus aliquem mortuum id est rebus humanis naturaliter exemptum; si ergo aliter finierit mortuus esse non videtur, quia mors naturalis inspicitur, argumentum est, ut (D. 45, 1, 121, 2)⁵³ et (D. 31, 51 und 77)⁵⁴.

Der letzte Absatz ist deshalb beachtlich, weil er Belegstellen enthält, die regelmäßig als *Contra*-Stellen bei der Erörterung der Todesähnlichkeit (als Voraussetzung in juristischer Hinsicht) der *mors civilis* verwendet wurden: dies hier in Verbindung mit dem Satz

Aliter vitam finierit . . .

Mors civilis ist demnach eine Art *aliter vitam finire*.

Die *Solutio* des *Pillius* ist kurz und folgt einfach der „besseren Meinung“⁵⁵. Das herangezogene Argument C. 6, 25, 3 unterstützt diese Meinung sehr gut.

Die *Distinction* des *Pillius* zeigt die in dieser Literaturgattung steckenden methodischen Möglichkeiten der Systematisierung und die juristische Arbeit, die hier mit Begriffen geschieht.

Mors ist als *genus* zu erkennen, unter dessen *species* eine die *mors civilis* ist, die sich selbst wieder unterteilt in *deportatio* und *Mönchsleben* (*iter aliae vitae*). Keine der herangezogenen Stellen enthält den Ausdruck *mors civilis* – gleich ist der vom Tode verschiedene Tatbestand, der gleichwohl eine Lösung nach Vorbild der Regelung im Todesfall enthält.

Die Ansatzpunkte für die Konstruktion der *mors civilis* sind bereits deutlich. Für die Entstehung des Begriffs bietet die juristische Arbeitsmethode der Zeit die Erklärung.

⁵³ S. o. Anm. 47.

⁵⁴ D. 31, 77, 4 ist ebenso wie die vorgenannte eine oft benutzte *contra*-Stelle. Die Fähigkeit, einen der Brüder auszuwählen, dem die Erbschaft restituiert werden soll, geht durch *deportatio* nicht verloren.

⁵⁵ *Michi videtur sine preiudicio melioris sententiae conditionem stipulationis extitisse, et ideo dico me ad petitionem admitti, argumentum ut C (6, 25, 3); NICOLINI a.a.O. S. 14.*

§ 6 *Der Glossator Azo*

Er wird in Urkunden erwähnt zwischen 1190 und 1220, Savigny hält jedoch (zu Unrecht) 1229 als Todesjahr für wahrscheinlicher⁵⁶; jedenfalls war er jünger als Pillius. Er gehörte der sogenannten orthodoxen Richtung der Glossatoren an. Sein Lehrer war Johannes Bassianus, Accursius sein Schüler.

a) Daß in der Codexsumme des Azo⁵⁷ keine Erörterung über *mors civilis* zu finden ist, kann bei dieser Literaturgattung⁵⁸ keinesfalls wundernehmen, denn sie beschränkt sich nicht nur auf Zusammenfassung, sondern kürzt auch. Als Anknüpfungsgrund für eine Erörterung der *mors civilis* in Kommentierungen des Codex nach der Materie der behandelten Codextitel kam hier hauptsächlich das Mönchsleben in Betracht, wobei *sedes materiae* die ersten drei Codextitel und besonders C. 1, 3, 56, die berühmte *lex Deo nobis*, und C. 1, 2, 13, ergänzt aus dem *Authenticum*, waren⁵⁹. Jedoch war für das Vermögen der ins Kloster Eintretenden Dedikation ausdrücklich vorgeschrieben, so daß eine Theorie der Selbstdedikation und der Güterdedikation hier ihren Ansatzpunkt hatte und eine Theorie mit imaginärem Todesfall – *mors civilis* – entbehrlich war. Die Todesfiktion wurde abgelehnt mit der Begründung, es handele sich eben um etwas anderes (*sed alia . . . est*).

Erst die Gründung der Bettelorden führte zu einer weitschweifigen Erörterung der *mors civilis* an dieser Stelle des Codex.

Die Legisten vertraten auch später die Dedikations-Theorie gegenüber einer Theorie der *mors civilis* bei Eintritt ins Kloster.

b) Eine Rubrik „*Civilis mors inspicitur*“ findet sich in *Azos Brocardica*⁶⁰.

Als einzige Allegation folgt eine Institutionenstelle, die besagt, daß die *societas* bei *publicatio omnium bonorum* aufgelöst sei (*Inst.* 3, 25, 7)

⁵⁶ SAVIGNY, *Geschichte* V S. 8; dagegen GENZMER, *Kritische Studien zur Mediävistik*, SZ, Rom. Abt. LXI (1941) S. 309 Anm. 49.

⁵⁷ Benutzt wurde die Ausgabe Lugduni 1596 (Fabricius u. Jac. Stoer).

⁵⁸ Darüber GENZMER, *Atti* S. 410 und oben § 4 d.

⁵⁹ Diese Ergänzungen, die sogen. Authentiken, sind von den Glossatoren der jeweiligen Codexmaterie beige-schriebene Ergänzungen aus Novellen, die als das neuere und folglich die älteren derogierende Gesetz gelten. Hier handelt es sich um zwei *Auth.*, *Auth. Ingressi* und *si qua mulier*. *Auth. Ingressi* ist aus *Nov.* 5 c. 5 entnommen und lautet: *Ingressi monasteria, ipso ingressu se suaque dedicant Deo: nec ergo de his testantur: utpote nec domini rerum.* C. 1, 2, 13 selbst enthält den *favor ecclesiae* im Erbrecht.

⁶⁰ Benutzt wurde die Druckausgabe Basel 1567, die nicht den sehr entstellten Erstdruck, sondern 5 Handschriften zur Grundlage hat. Dennoch ist auch sie nicht frei von Fehlern. Gerade an dieser Stelle ist ein Druckversehen unterlaufen: der unter der Allegation zur Rubrik *mors civilis* abgedruckte Schlußtext gehört zu der vorigen Rubrik: *Infamia* etc.

nam cum in eius loco alius succedit: pro mortuo habetur⁶¹.

Der Quellentext enthält die Vokabel *mors civilis* nicht: die Worte „pro mortuo habetur“ dienen auch nicht der Begründung der Rechtsfolge, die feststeht (*manifestum est*). Sie tritt deshalb ein, weil nicht mehr der *socius* seine Güter zu eigen hat, sondern an seiner Stelle ein anderer *succedit* ist. Das gleiche geschieht bei Tod eines Gesellschafters und *Succession* seiner Erben. Die Worte „pro mortuo habetur“ führen auf den Weg der bereits vorhandenen rechtlichen Regelung. Sie dienen also nur der rechtlichen Einordnung der Rechtsfolgen: Dies genügt offenbar für Azo, um die Bezeichnung *mors civilis* für die behandelten Fälle zu rechtfertigen.

Es folgt als weitere Überschrift „*Deportatus habetur pro mortuo sed*⁶² *exheredatus, item manumissus*“ und danach die Überschrift „*propter mortem naturalem intellegitur*“⁶³.

Zu den drei Stellen existiert eine Schlußbemerkung, aus der hervorgeht, daß *civilis* und *naturalis mors* die hier zu behandelnden Gegenstände sind:

civilis mors contingit per deportationem . . .

Nun steht durchaus nicht in allen, sondern nur in wenigen⁶⁴ der angeführten Quellenzitate die Formel „*deportatus habetur pro mortuo*“; in anderen spielt die *Deportation* gerade keine Rolle für die zu entscheidende Rechtsfrage und von „pro mortuo habetur“ kann nicht die Rede sein⁶⁵.

⁶¹ Daß die Allegationen nicht immer vollständig waren, zeigt das Fehlen der fast gleichlautenden Stelle D. 17, 2, 65, 12.

⁶² Sed ergibt keinen Sinn, es muß sinnvollerweise *et* oder *sed et* heißen und dürfte ein Druckfehler sein.

⁶³ Zu verstehen ist dieser Titel etwa so: wo nur der natürliche Tod (für die Rechtsfolgen) anerkannt wird.

⁶⁴ *Deportation* ist entscheidend für die Rechtsfolge in D. 38, 2, 4, 2: dem *filius des patronus deportatus* wird die *bonorum possessio in bonis liberti* gegeben: *nec impedimento est etalis patronus qui mortui loco habetur*; in D. 24, 3, 56 wird die *dos* bei *Stipulation* „*si nupta . . . esse desieris*“ so zurückgegeben „*ac si mortua esset*“; in D. 37, 4, 1, 8 werden die *Deportierten* bei Erbschaft übergegangen, die Enkel bekommen *bonorum possessio*; in D. 48, 20, 5 wird die *dos* nur *humanitatis causa* restituiert, denn die Ehe wird bei *Deportation* nicht aufgelöst. Interessant ist D. 36, 1, 18, 5 in bezug auf den Eintritt der *Fideicommiss-Voraussetzung*, wenn der *Deportierte* während der *Deportation* noch Kinder bekommt: Sie gelten als „*ab alio*“, wenn sie nach der *Deportation* konzipiert sind. Die Quelle ist deshalb nicht eindeutig für oder gegen „*habetur pro mortuo*“ auszulegen. *Pro mortuo habetur* gilt auch für den *exheredatus* in bezug auf *nepotes in potestate*, die als *sui* zugelassen werden (D. 37, 8, 1, 5); *Manumissio* und *mors* eines Sklaven werden dann gleich behandelt, wenn die *actio furti* geltend gemacht wird, weil der Sklave gestohlen war (D. 47, 2, 46).

⁶⁵ *Deportation* löst nicht die Ehe (jedenfalls im *justinianischen Recht*): C. 5, 17, 1 (falsch allegiert mit C. de *reputa*, gemeint de *reputiis*), C. 5, 16, 24; D. 24, 1, 13; D. 48, 20, 5. Die

Die Formel „deportatus habetur pro mortuo“ ist ein technisches Generale: sie kann ein Contrarium haben und wird dadurch eingeschränkt. Das erfolgt innerhalb der Quellenallegationen.

Die zusammenfassende Erklärung bezieht sich nur auf mors civilis und naturalis. Nach ihr wird civilis mors zuteil durch deportatio und maxima capitis deminutio. Hierfür wird D. 17, 2, 63, 10 angeführt.

Der Effekt der civilis mors wird dann weiterhin beschrieben:

et in plerisque inducit effectum naturalem.

Das ist, wie die Allegationen gezeigt haben, leicht übertrieben: die anderen Quellen überwiegen durchaus^{65a}. Aber es bedeutet jedenfalls, daß mors civilis mit jeder Deportation eintrat und nur manchmal nicht dieselben Rechtsfolgen wie bei mors naturalis nachfolgten.

Die Schaffung der species „mors civilis“ kann man dabei nur so deuten, daß die Erfassung unter das genus mors bei deportatio systematisch logisch erschien, um gehörig dividieren und richtig distinguieren zu können. Ein nicht entwicklungsfähiges starres Begriffssystem sollte jedoch nicht geschaffen werden: so teilte man dem Begriff die Effekte des genus mors nur dann zu, wenn die Quellenlage es gestattete und hatte damit einen äußerst variablen Begriff gewonnen. Freilich ist für uns nicht mehr recht einsehbar, was diese Begrifflichkeit dem juristischen Denken nutzen konnte. Aber wir dürfen die Denkweise der Frühscholastik nicht an der der heutigen Juristen messen. Für die ordnende Erfassung des äußerst umfangreichen überkommenen Materials, das Gesetze aus einer weit vergangenen Zeit enthielt, hat die scholastische Methode alles, was sie brauchte, entwickelt. Daß auf lange Zeiträume hin eine Erstarrung des Begriffssystems eintrat und daß manche Begriffe sich als juristisch unfruchtbar erwiesen, war nicht vermeidbar.

Der Nachteil des neuen Begriffs mors civilis ist seine unsichere Bedeutung außerhalb des Distinctionensystems, die daher rührt, daß dieses Schema den Digesten eben nicht zugrunde liegt. Die Rechtsfolgen bei deportatio werden in den Quellen durchweg nach den Regeln der einzelnen in Frage stehenden Institute entwickelt oder aus freier Betrachtung gewonnen.

Ein weiterer Nachteil ist, daß das genus mors nun beide species zu tragen hat: mors civilis und mors naturalis; kannte man bei ersterer nicht immer

Fähigkeit, den Substituten einzusetzen, besteht weiter: D. 31, 77, 4. Ein unter Bedingung vermachtes Legat geht bei Deportation des Legatars nicht unter: D. 35, 1, 59. Als contra-
Stelle ist nur D. 45, 1, 121, 2 auflösbar.

^{65a} Derartige Ungenauigkeiten kommen bei dieser Literaturgattung vor, vgl. St. KUTNER, *Réflexions* S. 791.

die Rechtsfolgen, die sie nach sich zog, so mußte man nun auch noch ergründen, welche das genus mors nennende Quellen für beide species und welche nur für eine, nämlich mors naturalis, Geltung haben konnten.

Dieses Problem hat Azo erkannt und gelöst. Das einschränkende contrarium lautet:

In contractibus tamen, et aliis, in quibus habetur mentio mortis, non de civili, sed de naturali praesumit lex sensisse contrahentes. Et ita intellegitur contraria Rubr.

Das ist summarisch und nur durch D. 45, 1, 121, 2 allegiert, aber für die Praxis gut verwertbar, denn es enthält die bei Pillius noch vermißte Erklärung, daß diese Lösung für Verträge gelte.

c) In dem Apparat des Azo zu D. 50, 17⁶⁶ de regulis iuris finden sich Bemerkungen zu servus und servitus. Auch hier wird mit dem Tod verglichen, wie schon in der vorliegenden Quelle, jedoch erscheint mors civilis nicht als Begriff.

Die Texte sind fast wörtlich in die accursische Glosse aufgenommen worden, so daß auf einen Auszug aus dem bisher ungedruckten Text verzichtet werden kann.

B. Die Glosse des Accursius

Accursius ist um 1182 geboren und gegen 1260 gestorben⁶⁷, seine Lehrer waren Azo und Jacobus Balduini. Im Jahre 1221 bekleidete er bereits das Lehramt in Bologna⁶⁸. An der Glossa ordinaria⁶⁹ schrieb er bis zu seinem Lebensende, wobei er die Institutionenglosse zweimal redigierte.

Die umfassende Zusammenstellung von Glossen in der glossa ordinaria erwies sich als praktikabel und wurde deshalb viel benutzt, teilweise wurde

⁶⁶ Die Angaben stammen aus der Handschrift Ms. Vindobon. ius. civ. 16, einer Handschrift des beginnenden 13. Jahrhunderts, von der eine Fotokopie vorlag, die liebenswürdigerweise von Herrn Professor Dr. E. GENZMER zur Verfügung gestellt wurde. Zum Verhältnis Accursius-Azo für den Titel de regulis iuris vgl. GENZMER, Atti S. 394 ff.

⁶⁷ SAVIGNY, Geschichte V S. 268 ff.

⁶⁸ SAVIGNY a.a.O. S. 270.

⁶⁹ Die Glosse besteht hauptsächlich aus Zusammenstellungen früherer Glossen; wo sich eigene Arbeit des Accursius findet, ist nicht zu sagen, da die Siglen dafür nichts hergeben und der Umfang der benutzten Vorlagen durchaus unbekannt ist; s. dazu G. OTTE, Beziehungen zwischen den ältesten Summen und der Glosse, SZ, Rom. Abt. LXXXIII (1966) S. 374 ff. Die Annahme, daß Accursius insbesondere die Glossen seines Lehrers Azo fast vollständig und oft nur geringfügig ergänzt wiedergegeben hat, ist nicht von der Hand zu weisen. Das ist besonders einem Vergleich mit dem Digestentitel 50, 17 zu entnehmen, wo an manchen Stellen der Accursius-Text mit dem Azos völlig gleichlautend ist.

sie dem Gesetzestext vorgezogen⁷⁰. Es darf jedoch nicht vergessen werden, daß Glossen, die Accursius zufällig oder absichtlich, da von einer anderen Rechtsschule herstammend, nicht vorlagen, nicht aufgenommen sind, die Glosse also nicht ganz die wissenschaftliche Höhe der Zeit spiegelt. Da aber ältere Glossenliteratur nach ihr praktisch in Vergessenheit geriet, finden sich später nur wenige Spuren aus anderen, älteren Glossatorenquellen.

§ 7 *Mors civilis bei deportatio*

„Deportatos enim mortuorum loco habendos“ steht in D. 37, 4, 1, 8, einer Ulpian-Stelle im Titel D. de bonorum possessione contra tabulas.

Dem Enkel wurde die bonorum possessio nach dem Großvater gegeben, ohne daß der deportierte Vater (der vorher testamentarisch eingesetzt war) dem im Wege stand⁷¹.

Das erklärt sich daraus, daß der Deportierte nicht mehr civis Romanus war und in einem römischen Testament deshalb nicht zum Erben eingesetzt werden konnte, seine Erbeinsetzung galt als non scripta⁷². Dieser speziell auf das römische Erbfolgesystem zugeschnittene Fall wird wegen des „mortuorum loco“-Satzes von der Glosse verallgemeinert. Er wird stets herangezogen, wenn es darum geht, ob der deportatus wie ein mortuus behandelt werden soll.

Daß deportatio gleich mors civilis ist, wird des öfteren festgestellt und niemals in Zweifel gezogen:

Gl.⁷³ aquae et ignis zu D. 28, 2, 29:

Loco cuius (sc. aquae et ignis interdictionis) est deportatio, ut . . . , quae est mors civilis.

Gl. esse desisset zu D. 38, 4, 1 pr.:

Qui mortem naturalem, vel civilem, ut deportationem, ut no. (D. 38, 4, 1, 3 in fi.)

Gl. desierit zu D. 38, 4, 1, 3:

Morte naturali: vel civili, ut deportatione . . .

⁷⁰ SAVIGNY a.a.O. S. 295 Anm. a.

⁷¹ Quidam filium habuit et ex eo nepotem. filius emancipatus, vel in potestate manens deportatus est. Quaeritur, an nepoti noceat? Et verius est in utroque casu nepotem admittendum.

⁷² C. 6, 24, 1: . . . sed hereditas in ea causa est, in qua esset, si scripti (Vulgata: haeredes) non fuissent (Imp. Titus Aelius Antoninus, sine die et consule); vgl. auch Inst. II, 17, 6.

⁷³ Benutzt wurde die Ausgabe der glossa ordinaria Lugduni 1557 (apud Hugonem a Porta).

Aus den Quellen läßt sich entnehmen, daß der deportatus „*civitatem amittit*“ (Inst. 1, 12, 1), was die Glosse auch notiert:

Gl. deportatur zu Inst. 1, 12, 1:

hic no. quod haec sententia deportationis ut valeat, id est ut statim civitatem perdat ...

Gl. admittendum zu D. 37, 4, 1, 8:

sed deportatio tantum civitatem aufert ut (Inst. 1, 12, 1) ...

Gl. quae servorum zu D. 48, 2, 12:

... ut quia civitatem quis perdit, puta quis deportatur ...

Gl. ad bestias zu D. 48, 19, 29:

In deportatis vero dic quod ipsi statim post sententiam perdant civitatem ut (D. 32, 1, 3) ...⁷⁴

Civitatis amissio selbst wird demzufolge auch als mors civilis bezeichnet:

quae est mors civilis, ut (D. 37, 4, 1, 8) ...

Die gleichzeitige *capitis deminutio* ist nicht weiter behandelt. Eine Allegation von D. 4, 5, 11 findet sich nur an einer Stelle⁷⁵, wie auch im Digestentitel *De capite minutis*, D. 4, 5, durchweg keine Stellungnahme der Glosse zu mors civilis zu finden ist.

Das auch heute noch nach Entstehung, Umfang und Bedeutung umstrittene Institut der *capitis deminutio*⁷⁶, das doch für Beschränkungen der Fähig-

⁷⁴ Die Fortsetzung vergleicht dieses statim mit der *excommunicatio*: Sic ergo dictae sententiae trahunt secum executionem: ut sententia excommunicationis, unde sicut ab hac appellatur, sic ab illa ... Anknüpfend ist hier nicht die *excommunicatio* selbst, etwa weil sie auch mors civilis mit sich brächte, sondern nur das statim: der einen Vollzug überflüssig machende Eintritt der Rechtsfolge von selbst.

⁷⁵ Gl. mors zu D. 48, 1, 2: Item exilium, qui perdit civitatem, tria enim sunt quae habemus (D. 4, 5, 11): Die genannte Paulusstelle behandelt die drei Arten der *capitis deminutio* und erklärt, um welche *cap. dem.* es sich handelt, wenn *libertas*, *civitas* oder *familia* verlorengehen.

⁷⁶ Zuletzt KASER, Zur Geschichte der *capitis deminutio* in IURA III (1952) S. 48 ff.; mit Literaturangaben. F. DESSERTAUX hat der Erforschung der *capitis deminutio* sein Lebenswerk gewidmet (*Études sur la formation historique de la capitis deminutio*, 3 Bände, Dijon-Paris 1909—1928); H. KRÜGER, Geschichte der *capitis deminutio* (Breslau 1887); G. A. SCHEURL, Beitr. z. Bearb. d. röm. Rechts (1853) S. 253 ff.; F. EISELE, Beiträge zur römischen Rechtsgeschichte (Freiburg und Leipzig 1896) S. 160 ff.; M. COHN, Beiträge z. Bearb. d. röm. Rechts (Berlin 1880) S. 40 ff.; U. COLI, Saggi critici sulle fonte del dir. Rom. I (Firenze 1922). Die Meinung Desserteaux, Bd. II, S. 149, mors civilis habe sich aus *capitis deminutio* und ihrer Weiterbildung durch die Glossatoren entwickelt, übersieht die mangelnde Anknüpfung der Glosse an dieses Rechtsinstitut. Die von ihm angegebenen Glossenzitate, die

keit, Träger von Rechten zu sein, einen willkommenen Ansatzpunkt hätte geben können, wurde dafür nicht genützt.

Es macht den Eindruck, als hätte die Glosse mit der abstrakten *capitis deminutio* nicht allzuviel anzufangen gewußt: ihre Anknüpfungspunkte liegen mehr im Sinnfälligen: bei der tatsächlichen Strafe, der Verurteilung in *metallum* oder in *opus metalli*, die zum *servus poenae* machte, bei *deportatio* und bei der leicht verständlichen Erklärung des rechtlichen Standorts der Rechtsfolge, in der es heißt „*ac si mortuus esset*“.

Neue Theorien sind meist Ausdeutungen dessen, was im symbolischen Bereich für die Sinne wahrnehmbar ist⁷⁷.

Die Glosse hält sich an die Quellen, wenn sie feststellt, in welchen Fällen *deportatio* – obwohl nach ihrer Nomenklatur *mors civilis* bedeutend – nicht die Folgen des wirklichen Todes hat. Das ist bei den weitaus meisten Quellenbelegen der Fall.

Mors civilis ist deshalb keineswegs als Fiktion im technischen Sinne aufzufassen. Die Rechtsfolgen werden gegenüber der quellenmäßigen Entscheidung nicht im Sinne fiktiven Todes verändert.

a) Am häufigsten erwähnt wird D. 31, 77, 4. Die Stelle ist bereits aus Azo und Pillius bekannt⁷⁸.

Eligendi facultatem non esse poena (sc. deportationis) peremptam placuit.

Vivianus erklärt es im *casus so*⁷⁹:

u. a. einen *casus des Vivianus* (nachaccursisch) zu D. 4, 5, 2 wiedergeben, enthalten nur eine ziemlich hilflose Erklärung für den (dem Glossator unverständlichen) Fortfall der civilen Verpflichtungen des *capite deminutus*: *quia est alius novus homo non tenetur . . .* In der Tat hat aber gerade dieses *alius homo* der Glosse, obwohl sinnfällig, nichts weiter gesagt: Das zeigt die Glossierung zu D. 36, 1, 18, 5 in der es einfach heißt: *est enim alteratus*. Warum die *capitis deminutio* in einzelnen Fällen diese oder jene Wirkung hat, ist auch nur aus einer historischen Untersuchung verständlich, denn die sich überlagernden Schichten, die dieses Institut in den Quellen aufweist, machen es einer rationalen Erklärung wenig zugänglich.

⁷⁷ Für die Entwicklung von Staatsrechtstheorien in vorscholastischer Zeit hat das P. E. SCHRAMM herausgefunden, *Sacerdotium und regnum* im Austausch ihrer Vorrechte, *Studi Gregoriani II* (Rom 1947) S. 402 ff. (452).

⁷⁸ Vgl. oben Anm. 54. Der Text lautet: *Hereditatem filius cum moreretur, filiis suis, cui ex his voluisset, restituere fuerat rogatus. Quo interea in insulam deportato, eligendi facultatem non esse poena perempta placuit: nec fideicommissi conditionem ante mortem filii heredis existere: viriles autem inter eos fieri, qui eo tempore vixerint, cum de aliis eligendi potestas non fuerit.*

⁷⁹ Die *casus des nachaccursischen Vivianus* sind eine kurze Zusammenfassung des betreffenden Fragments in eigenen, meist nur umschreibenden Worten.

Item quamvis sit mortuus civiliter per deportationem, tamen antequam veniat mors naturalis, non cogitur filiis suis invitus restituere haereditatem praedictam . . .

Accursius gl. existere eod.:

volens enim et ante restituere potest . . . dum tamen durat voluntas . . .⁸⁰.

b) D. 35, 1, 59 enthält die Erörterung, wann das unter Bedingung vermachte Legat verfällt (jedenfalls, das ist Ausgangspunkt, bei Tod des Bedachten): gefragt ist, ob auch, wenn er in civitate esse desierit: dies wird von Ulpian sehr vorsichtig bejaht, ein Zeichen dafür, daß die Lösung neu und nicht unumstritten sein mochte⁸¹. Die Glosse knüpft daran:

Gl. arbitror eod.:

non ergo habetur pro mortuo deportatus, nec solvitur matrimonium, ut (D. 48, 20, 5)⁸² et (C. 5, 16, 24)

sed contra (D. 38, 2, 4, 2)⁸³ ubi perdit patronus (sc. deportatus) contra tab. (sc. bonorum possessio).

Solutio: nec ibi perditur ius succedendi: quia admittitur sequens et etiam idem, si restituatur. Et eodem modo respon. (D. 37, 4, 1, 8) . . .

Sie löst den Fall so, daß Deportation eben immer dann nicht dem Tode gleichzusetzen ist, wenn der Betroffene in civitatem restituiert wird. Das gilt ihr selbst für ihr Hauptbeispiel D. 37, 4, 1, 8. Gerade diese Glosse bildet ein gutes Beispiel dafür, daß die mittelalterliche Jurisprudenz den ursprünglichen Sinn einer lex trotz eines darübergelegten, nicht ganz passenden Schemas durchaus erfassen kann.

c) Interessant ist in diesem Zusammenhang die Glosse zu D. 36, 1, 18, 5⁸⁴.

⁸⁰ Die Sigle Hugo (vielleicht Hugolinus?) am Ende dieser Bemerkung sagt nichts Sicheres über ihren wirklichen Urheber, da diese Siglen in Handschriften und Drucken nicht selten willkürlich behandelt worden sind.

⁸¹ Quid ergo si non decesserit sed in civitate esse desierit? Puta alicui legatum si consul fuerit et is in insulam deportatus est; numquid non interim extinguitur legatum, quia restitui in civitatem potest? quod probabilius esse arbitror . . .

⁸² D. 48, 20, 5: non utique deportatione dissolvi matrimonium . . . C. 5, 16, 24: . . . quia nec matrimonium in huiusmodi casibus dissolvitur (sc. aquae et ignis interdictio, deportatio).

⁸³ Auch D. 38, 2, 4, 2 enthält einen Fall, bei dem deportatio (hier des patronus) für dessen filii zu bonorum possessio führt (hier in die Güter des libertus).

⁸⁴ Ex facto tractatum meminisse: rogaverat quaedam mulier filium suum, ut sine liberis decessisset, restitueret hereditatem fratri suo (patri: Vulgata). Is postea deportatus in insulam, liberos susceperat. Quaerebatur igitur, an fideicommissi conditio defecisset. Nos igitur hoc dicimus, conceptos quidem ante deportationem, licet post ea edantur, efficere, ut conditio deficiat: post deportationem vero susceptos, quasi ab alio, non prodesse . . .

Die Glosse gibt hier, fast tendenziös, einen Meinungsstreit wieder: die Vertreter der Gegenmeinung werden nicht einmal beim Namen genannt, nur als *quidam* bezeichnet, und ihre Meinung wird schroff abgelehnt.

Gl. *defecisset eod.*:

Et not. quod quidam notant hic, quod deportatus non habetur pro mortuo: quia statim pater admittetur. Sed certe immo habetur pro mortuo: ut (D. 37, 4, 1, 8). Sed hoc ideo contingit. Quia filii ante concepti habentur pro natis.

Jetzt folgt als *argumentum contra* D. 31, 77, 4 und D. 45, 1, 121, 2 ohne *solutio*.

Zu *ab alio* gibt es noch die Glossen:

Gl. *alio eod.*:

est enim alteratus, ut (D. 46, 3, 98, 8)⁸⁵.

Darauf beschränkt sich die Glosse, die Zusammenhänge mit dem *caput civitatis* interessieren sie nicht.

d) Daß das *matrimonium* durch *deportatio* nicht gelöst wird, ist bereits erwähnt: D. 48, 20, 5; C. 5, 16, 24; C. 5, 17, 1⁸⁶. Zu letzterer Stelle bietet die Glosse – sozusagen als *extra* – eine systematische Erörterung zur *patria potestas*:

Gl. *non solvitur* zu C. 5, 17, 1:

Si constat matrimonium ergo habet filios in potestate natos et nascituros: ut (Inst. 1, 12 pr.). Sed contra probatur: quia si prius habebat, amittit, ut (Inst. 1, 12, 1). Item quia potestas patria propria est Romanorum civium, ut (D. 1, 6, 3). Sed hic civitatem amittit et *apolides* dicitur: ut (D. 32, 1, 3). Non ergo habet *ius patriae potestatis*?

Respon. ad hoc, quod est specialis casus, ubi natus ex matrimonio non est in potestate, et quod generaliter dicatur in potestate nasci, intellegitur quando nullus mutavit conditionem.

Item videtur matrimonium solvi, ut (D. 24, 3, 56)⁸⁷. Sol. *ibi affectionem* mutavit mulier repudiando eum: ut hic subiicit.

⁸⁵ In D. 46, 3, 98, 8 wird von einem zwischendurch freien Sklaven gesagt: *alius videtur esse*. Hier war die Leistungspflicht erloschen, weil man einen freien Menschen nicht veräußern konnte, er hatte keinen Preis. Der einmal Mensch gewesene Sklave war nicht mehr dieselbe Sache wie vorher: das Argument hat jedoch geringere Bedeutung gegenüber dem anderen, daß eine für immer erloschene Leistungspflicht nicht wieder auflebt.

⁸⁶ C. 5, 17, 1: *Matrimonium quidem deportatione vel aquae et ignis interdictione non solvitur, si casus, in quem maritus incidit non mutet uxoris affectionem.*

⁸⁷ Zu D. 24, 3, 56 s. o. Anm. 51.

Der Exkurs über *patria potestas* bringt das Ergebnis, daß hier ein *casus specialis* vorliegt, während generell *patria potestas* ohne eine Änderung der *conditio* nicht gelöst würde. Es bleibt unklar, warum gerade hier die *patria potestas* erörtert wird: möglicherweise stand eine solche Erörterung in einer der benutzten Vorlagen. Vielleicht ist es nur ein Anhang, um ein wenig mit Kenntnissen zu glänzen. Jedenfalls zeigt das Beispiel, wieviel mehr die Glosse in schematischer Übersicht das gegebene Material zusammenfaßt, als selbst Justinian das konnte oder wollte, während die klassischen römischen Juristen sich um schematisch faßbare Regeln überhaupt keine Gedanken machten. Die Aufrechterhaltung des *matrimonium* bei *deportatio* ist möglicherweise auch eine spätere Lösung, die klassischer Jurisprudenz entgegenstand: so erklärt sich, daß die Lösung mit einem *casus specialis* gefunden werden mußte, um zu harmonisieren.

Im Zusammenhang mit *matrimonium* und *deportatio* muß auch D. 24, 1, 13, 1 genannt werden⁸⁸. Die Stelle läßt bei *deportatio* die *mortis causa donatio* an die Ehefrau gelten (als: *humanum esse*), gibt dem Ehemann jedoch weiterhin die Möglichkeit, zu widerrufen. Vielleicht wegen dieser Widersprüchlichkeit ist die Stelle von der Glosse nur sparsam kommentiert. Sie wird jedoch oftmals herangezogen, wenn es darum geht, daß für den Eintritt einer Rechtsfolge auf den natürlichen Tod gewartet werden muß.

e) Rätsel gibt D. 46, 2, 14, 1 der Glosse auf⁸⁹:

Gl. *conditioe eod.*:

Alioquin non videtur differre inter mortem naturalem et civilem: ut (D. 46, 2, 24)⁹⁰ quae est contra, vel aliter si mortuus fuerit naturaliter, tunc enim obligatio cadit in haerendem: non autem si fuerit deportatus ut ibi, et facit (D. 46, 1, 47)⁹¹ . . .

⁸⁸ Die Stelle ist unklassisch, das ist unumstritten. . . . *cum igitur deportatione matrimonium minime dissolvitur. Gegen Schluß: . . . ut non adimatur licentia marito, eam revocare: quia et mors eius expectanda est.* Grundsätzlich berührt es die Glosse nicht, wenn ein Text nicht klassisch ist. Ergeben sich dadurch Widersprüche zu anderen Stellen, wie hier, so ist sie meist genötigt, eine andere als die dem klassischen Recht oder der justinianischen Gesetzgebung zugrunde liegende Begründung zu finden, um eine Harmonisierung erzielen zu können.

⁸⁹ D. 46, 2, 14, D. de *novationibus* . . . : *Etenim existens conditio primam stipulationem committit, commissamque in secundum transfert. Et ideo si forte persona promissoris pendente conditioe fuerit deportata: Marcellus scribit ne existente quidem conditioe ullam contingere novationem, quoniam nunc cum extitit conditio, non est persona, quae obligetur.*

⁹⁰ D. 46, 2, 24: . . . *Novatio non potest contingere ea stipulatione quae non committitur.*

⁹¹ D. 46, 1, 47: *Si debitori deportatio irrogata est . . . quasi tota obligatio contra eum extincta sit . . .*

Eine solutio gibt es nicht, die contra-Argumente sind auch die einzig allegierten.

Es kann aber doch nicht anders verstanden werden, als sei die Glosse der Meinung, dies sei ein Beleg für Todesähnlichkeit der mors civilis, weil die Verpflichtung untergeht, was sie für den Toten selbst auch tut, nur daß sie dort von den Erben übernommen wird.

f) Für die „cum morieris“ bedingte Stipulation wird aus D. 45, 1, 121, 2⁹² eine Regel gebildet, die bereits aus Azo bekannt ist:

Gl. moriente eo zu D. 45, 1, 121, 2:

naturaliter. sic not. quod appellatione mortis, naturalis intelligitur, non civilis. Sic (D. 31, 77, 4) et (D. 24, 1, 13, 1) et (D. 31, 51) et (Nov. 22 c. 5).
Sed arg. contra (D. 17, 2, 65, 12) et (D. 37, 4, 1, 8).

Mors als Voraussetzung der Rechtsfolge wird hier als mors naturalis gedeutet, so wie es das Fragment aussagt. An anderen Stellen konnte auch mors civilis die Voraussetzung bilden, so bei der Dos-Rückgabestipulation in D. 24, 3, 56 und der mortis causa donatio in D. 24, 1, 13, 1. Die Stelle ist das meistgebrauchte contra überhaupt. Jedoch ist aus ihrer Aussage auch keine feste Regel zu machen, denn das lassen die Quellen nicht zu: die Glosse hat demgemäß darauf verzichtet.

g) Eine moralische Komponente erhält mors civilis in der Glosse zu Inst. 1, 25 pr.⁹³:

Gl. per gloriam vivere:

No. mortuum vivere per gloriam, ut (D. 9, 2, 7, 4)⁹⁴. Et econtra quis fingitur mortuus, qui vivit per vituperim⁹⁵, ut deportati: ut (D. 37, 4, 1, 8) et (D. 24, 1, 32, 6) . . .

Mors civilis ist danach eine Fiktion: das ist jedenfalls nicht technisch gemeint, denn daß es sich nicht um die Fiktion handelt, daß jemand gestorben sei, woran sich dann die entsprechenden Rechtsfolgen knüpfen ließen, erhellt aus den voranstehenden Textproben.

Der Ausdruck „fingitur“ ist deshalb nur untechnisch aufzufassen: nur so ließ sich der Gegensatz zu dem wirklich Toten, der durch gloria fortlebt, so

⁹² S. o. Anm. 47.

⁹³ Si enim qui pro republica ceciderunt in perpetuam per gloriam vivere intelleguntur.

⁹⁴ . . . si quidem in publico certamine alius alium occiderit, cessat Aquilia, quia florum causa et virtutis . . . videtur damnum datum.

⁹⁵ Das Wort ist eine Ableitung von vituperare (tadeln, schelten), evtl. verdruckt für vituperium

deutlich machen. Dadurch entsteht ein Weltgebilde, das in schöner Harmonie steht: die Ehrenhaften leben fort per gloriam – die Unehrenhaften sind vorzeitig tot – das Ziel der scholastischen Betrachtungsweise ist damit im Sinn der Gerechtigkeit erfüllt.

Juristische Bedeutung ist dem Satz allerdings nicht beizumessen. Trotzdem ist das Argument, daß die Folgen doch nicht dieselben sein dürften, wenn jemand etwas schändlicherwise und jemand anders etwas anderes ehrenvollerwise tue, später noch oft gebraucht: als eine Forderung an den Gesetzgeber, würde man heute sagen: in der Zeit, als die Gesetze vollgültig fertig vorgegeben waren, als eine Forderung an den Auslegenden, die richtige Unterscheidung zu treffen. Besonders zum Ausdruck kommt das, wenn zwischen Mönchen und Deportierten bezüglich ihrer Behandlung als *civiler mortuus* unterschieden werden soll.

h) Der Deportierte verliert nach früherem Recht seine Güter: D. 48, 13, 3⁹⁶.
Gl. amittit eod:

hoc hodie contra: ut (Nov. 134 c. 13)⁹⁷.

Auch danach verliert er zwar noch seine Güter, aber sie werden nicht mehr publiziert, sondern fallen den Kindern bzw. der Ehefrau zu. *Publicatio bonorum* ist darum bei *deportatio* im Zusammenhang mit *mors civilis* meist nicht weiter behandelt. Wo die antike Lösung auf die *publicatio* abgestellt ist, mußte meist nach einer anderen Begründung gesucht werden.

Die Auflösung der *societas* ist in D. 17, 2, 65, 12 eine Folge der *publicatio bonorum*. Hier ist die Ähnlichkeit mit der *deportatio*, die ursprünglich vorhanden war, durchaus noch erkannt. Die Stelle wird für Todesähnlichkeit der *mors civilis* oft allegiert.

Gl. pro mortuo habetur zu D. 17, 2, 65, 12⁹⁸:

Quantum ad plura: ut (D. 46, 2, 14, 1) et (Inst. 3, 25, 7) et (D. 46, 1, 47).

Sed non quo ad omnia. ut (D. 48, 20, 5) et (D. 45, 121, 2) quae sunt contra.

⁹⁶ D. 48, 13, 3: *Peculatus poena, aquae et ignis interdictionem, in quam hodie successit deportatio, continet: porro qui in eum statum deducitur sicut omnia pristina iura ita et bona amittit.*

⁹⁷ Nov. 134 c. 13 s. o. Die Stelle bietet ein typisches Beispiel dafür, wie ein als jünger anerkanntermaßen vorgehendes Gesetz die Diskussion nach der Fragestellung abschneidet.

⁹⁸ *Publicatione quoque distrahi societatem diximus. quod videtur spectare ad universorum bonorum publicationem, si socii bona publicentur: nam cum in eius locum alius succedat, pro mortuo habetur.*

Die allegierten Stellen sind alle im Zusammenhang mit *mors civilis* schon erwähnt worden.

Es ergibt sich damit für die Rechtsfolgen der *deportatio* oder, nach glossemäßiger Diktion: der *mors civilis*, ein buntes Bild, das den neuen Namen nicht ganz rechtfertigt.

Mors ist zwar wahrscheinlich schon durch die verschiedentlich gebrauchten Worte „*ac si mortuus*“ . . . als übergeordnetes *genus* verwandt worden.

Für das Beiwort *civilis* läßt sich nur die Erklärung finden, daß *civitas* *amittitur* und daß die *civilis obligatio* untergeht, wie sich aus den obenstehenden Quellen entnehmen läßt. Dieser doppelte Zusammenhang dürfte die Entstehung des zusammengesetzten Begriffs bewirkt haben, und wenn die Todesähnlichkeit fehlte, so waren doch die Folgen für *civitas* und *civile Obligatio* immer noch geblieben. Die Erklärung ist nachträglich und nirgendwo in der Glosse direkt belegt. Bei der Verbreitung des Begriffs, die nach seinem Ursprung nicht mehr fragen läßt, ist das jedoch durchaus verständlich. Er wurde zur Zeit der Glosse als vorhanden und nicht mehr weiter erklärungsbedürftig angesehen; was notwendig war, war nunmehr nur noch die Zuordnung der einzelnen Fragmente hierunter oder unter die gegensätzliche *species* desselben *genus*, *mors naturalis*.

§ 8 *Servitus als mors civilis*

„*Servitum mortalitati fere comparamus*“ (D 50, 17, 209) war eine bereits den *Digesten* entnehmbare *Regula iuris*. Ebenso, daß es für *servi* keine *obligatio civilis* gab⁹⁹, sie für das *ius civile pro nullis habentur*¹⁰⁰, und daß sie kein *caput* hatten¹⁰¹, ferner, etwas anders, daß das *servile caput nullum ius habet*¹⁰². Eine solche Regelbildung gab es für *deportatio* nicht, wie oben ausgeführt wurde. Die Behandlung des *servus* im Rahmen des *civilen* Rechts ist sehr viel regelmäßiger als die des *deportatus*: die Folgen der *servitus* für das *ius civile* sind immer gleich: der *servus* nimmt daran in keiner Weise teil.¹⁰³

Die Unterordnung unter die *species mors civilis* hätte somit eigentlich auf der Hand gelegen: sie ist jedoch nur höchst selten erfolgt. So etwa:

⁹⁹ D. 50, 17, 22: *in personam servilem nulla cadit obligatio*.

¹⁰⁰ D. 50, 17, 32.

¹⁰¹ Inst. 1, 16, 4.

¹⁰² D. 4, 5, 3, 1.

¹⁰³ D. 4, 5, 3, 1.

Gl. morte zu D. 2, 11, 4 pr.:

scilicet naturali: ut servus poenae vel civili

Gl. mors zu D. 48, 1, 2:

naturalis vel etiam civilis: quia servus poenae.

Gl. quae servorum zu D. 48, 2, 12, 4¹⁰⁴:

... quando pro eodem delicto pecuniaria quod corporalia poena imponitur: ut est in omni crimine quod imponit poenam mortis naturalis, vel etiam civilis, ut servus poenae ...

Es heißt auch:

servitus enim est similis morti ...

(Gl. metu zu D. 4, 2, 8), doch ist daran meist weiter keine Folgerung geknüpft.

Die Gleichgültigkeit der Glosse für servus und servitus erscheint verständlicher, wenn man die Authentica zu C. 5, 16, 24 berücksichtigt. Sie lautet:

Sed hodie nemo bene natus a principio ex supplicio fit servus ...

und ist aus Nov. 22 c. 8 entnommen¹⁰⁵. Diese Stelle wird in zahlreichen Texten allegiert, in denen servi behandelt werden. Zwar ist damit gewöhnlich nicht die Diskussion über die Frage überhaupt, doch meistens eine begründete solutio abgeschnitten, oder eine weitere solutio überhaupt. Wenn etwas „hodie“, das ist eben nach dem jüngeren Recht des Authenticums, das man für den authentisch übertragenen Text der justinianischen Novellen hielt¹⁰⁶, nicht mehr galt, so bedurfte es keiner weiteren Argumente¹⁰⁷. Auch eine systematische Einordnung in ein Schema des für gültig gehaltenen Rechts wurde dementsprechend nicht für wichtig gehalten.

¹⁰⁴ Daß er iura naturalia hatte, war unbestritten. Es ergibt sich schon daraus, daß nach ius naturale alle Menschen frei sind (D. 1, 1, 4). Es wird von Azo-Accursius mit weitläufigen Beispielen behandelt. Gl. zu D. 50, 17, 209: de iure vero naturali pro aliquibus habentur: ecce enim quae naturae sunt faciunt sicut et caeteri, qui de iure civile caput habent: scilicet bibunt et comedunt, audiunt, loquuntur, intelligunt, moriuntur, crescunt et decrescunt ... Accursius zählte, wie Azo, fünf Arten des Naturrechts, von denen dies eine ist; R. WEIGAND, Die Naturrechtslehre der Legisten und Dekretisten von Irnerius bis Accursius und von Gratian bis Johannes Teutonicus, München 1967, S. 51 ff., S. 62.

¹⁰⁵ ... et nullum ab initio bene natorum ex supplicio permittimus fieri servum.

¹⁰⁶ Er war es nicht, vgl. F. BIENER, *Gesch. der Novellen* (1824) S. 262 ff.; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*, 2. Aufl. (München und Leipzig 1912) S. 399 ff.

¹⁰⁷ Vgl. Gl. ad bestias zu D. 48, 19, 29: sed hodie corrigitur in bene nato.

Gl. efficit zu D. 37, 4, 1, 8: sed hodie nemo bene natus ex supplicio fit servus etc.

Unter Umständen ist aber auch daran zu denken, daß eine *civitatiss amissio* für den, der *servus* war und blieb, nicht in Frage kam: für den, der *servus poenae* wurde, wäre aber derselbe Tatbestand gegeben gewesen.

§ 9 *Mors civilis der monachi*

In der bereits erwähnten Gl. *arbitror* zu D. 35, 1, 59 wird ein weiterer Fall besprochen:

Item quid si fiat conversus¹⁰⁸ videtur quod pro mortuo habetur: ut (C. 1, 3, 56). Potest tamen dici contra: quia pro mortuo habetur quoad matrimonium solvendum, et lucra ex eo petenda, non ut non possit ei legari . . .

Der Gesetzestext dazu steht in Nov. 22 c. 5¹⁰⁹.

Die Gl. *lucrum* führt aus:

Non quod si paciscor de laiquo in casu mortis: sive civilis sive naturalis mors advenerit, locum habet pactum: ut hic et (C. 1, 3, 56) et (Nov. 123 c. 39).

Sed contra (D. 45, 1, 121, 2).

Sol. ibi de deportato, hic de monacho. Item contra (D. 24, 1, 32, 6). Sed ibi *servus* fuit: hic *monachus* vel *conversus*.

Et hoc est verum quod civiliter mortuus habetur pro mortuo quantum ad matrimonia: sed quantum ad alia non.

Sed hoc non valet: quia et deportatus potest habere uxorem: de quo dicitur in (D. 45, 1, 121, 2)¹¹⁰ et (D. 48, 20, 5).

Sed tamen hoc est verum: quia quoad quaedam hic non est mortuus: unde potest esse testis, cum non sit prohibitum . . .

Die Glosse ist ein typischer Fall einer *Distinction* mit vielen pro- und contra-Argumenten und abschließend systematisierender Einordnung jedes Arguments: In bezug auf das *pactum dotale* oder ähnliche *pacta* wie z. B. die *Arrha* beim Verlöbniß ist der Eintritt ins Kloster gleich *mors*, nämlich *mors*

¹⁰⁸ DU CANGE, *Glossarium mediae et infimae latinitatis*, Bd. II (unveränderter Neudruck der Ausgabe von 1883—1887, Graz 1954): v. *conversus*: *conversatio est enim vitam monach. eligere*.

¹⁰⁹ Nov. 22 c. 5: *Secundum occasionem itaque inculpabilem quando conversationem altera elegit pars, ad meliorem migrans vitam . . . tunc enim lex et alia nostra dicit, licentiam esse viro et mulieri ad meliora migranti, transigere matrimonium et abscedere quodam brevi dimisso solacio ei qui relinquitur. Quodcumque enim pacti fuerint contrahentes ex morte fieri lucrum, hoc habere oportet eum, qui dimittitur ab altero, sive vir, sive mulier sit. eo quod et iste, quantum ad matrimonium, videtur mori, aliud pro alio vitae eligens iter.*

¹¹⁰ S. oben Anm. 47.

civilis, und zwar dergestalt, daß die Rückgabeverpflichtung wie bei Tod eintritt. Das steht in der viel zitierten *lex Deo nobis* (C. 1, 3, 56)¹¹¹ und in Nov. 123 c. 39.

Als *contra* erscheint die Stipulationsbedingung in D. 45, 1, 121, 2. Die einfache Lösung: ein Mönch ist etwas anderes als ein *deportatus*. Systematisch müßte dies heißen: es handelt sich um eine *subspecies* der *mors civilis*, jedoch beschränkt sich die Glosse auf die pragmatische Feststellung, die auch für die Contrastelle D. 24, 1, 32, 6 die Lösung bietet.

Die rechtsaufhebende Funktion der *mors civilis* wird für den Mönch, jedenfalls in bezug auf das *matrimonium*, anerkannt, wenn auch gerade der *civiliter mortuus deportatus* eine Ehefrau haben kann. Lösung: Der Mönch kann anderes, aber eben dieses nicht – nur in der grundsätzlichen Beschränkung gleicht seine Lage der des *deportatus*. Er kann nämlich Zeuge sein, wenn seine Oberen es erlauben, während dies dem *deportatus* nicht möglich ist, vgl. D. 50, 13, 5. Interessant ist, daß in der Diskussion der *civiliter mortuus* noch einmal besonders für *pro mortuo* erklärt wird. Daß die Bezeichnung *civilis mors* nicht in jedem Fall diesen Effekt als Folge mitumfaßt, wird daraus noch einmal deutlich.

Eine der seltenen Verweisungen der Glosse auf kanonisches Recht findet sich an eben dieser Stelle:

Gl. *licentiam* zu Nov. 22 c. 5:

Hoc de iure civili: sed iure canonum distinguitur: ut si cognoverunt se carnaliter, non possit unus alterum dimittere nisi voveat castitatem qui in seculo remanet. Si autem non cognoverint: tunc servatur quod hic dicitur: ut (X 4, 6, 7).

Mors civilis betreffend das *matrimonium* ist also eine ganz und gar weltliche Regelung, mit der das kanonische Recht nicht konform geht. Die vollzogene Ehe ist nach kanonischem Recht unauflösbar.

Im Vermögensrecht der Klöster finden sich dieselben Tendenzen, die in Azos *Codexsumme* bereits deutlich wurden¹¹². Die Legistik bleibt, bestimmt

¹¹¹ ... *sponsus quidem omnia quae arrharum nomine ... dedit ... recipiat ... sponsa hoc tantummodo sponso restituat quod arrharum nomine acceperat ... Maritis et uxoris ... unusquisque eorum res suas recipiat, quas pro dote vel ante nuptias donatione praestiterat ... § 1: ... non liceat parentibus ... quasi ingratum vel ingratham a sua hereditate ... repellere ... sed necesse sit eis ... quartam quidem portionem ... eis relinquere.* Bei Intestaterbfolge: Mönche können ihre Intestaterbschaft auch verfolgen.

¹¹² S. o. § 6 a.

durch C. 1, 2, 13 und die Auth. Ingressi¹¹³ und Si qua mulier¹¹⁴ bei der Theorie der *deditio*:

Gl. *dedicant* zu Auth. Ingressi:

cum enim deditioe mei bona sunt monasterii facta, non plus fieri eius possunt.

Allerdings ist die *deditio*

improprie quoad bona (aaO).

Gl. *competere* zu Auth. Si qua mulier (in fine):

Respon: *iure successorio, quasi sit mortuus.*

Der *monachus* kann nicht *testieren*, denn er ist nicht mehr *dominus (aaO.) non est dominus etc. . . . et quia cum est alterius iuris, non potest ipse aliquid habere . . .*

Er kann nur noch unter seine *fili* dividieren (Nov. 123 c. 38)¹¹⁵. Die Regeln über Vermögensfähigkeit der *sui* und *alieni iuris* werden auf diesen, dem klassischen Recht fremden Tatbestand umgebogen, jedoch nur so weit, als nicht eine für die Klöster günstigere Lösung in der justinianischen Gesetzgebung geschaffen ist.

Der Mönch kann z. B. nicht *enterbt* werden¹¹⁶. Bei entgegenstehendem Testament erbt er für das Kloster ab *intestato*: die Regelung ist justinianisch und korrigiert vorangehendes Recht. Nach klassischem Recht hätte er als *alieni iuris* nicht *Erbe* sein können.

Für die Glosse ist in bezug auf *mors civilis* der *monachi* nichts hinzuzufügen: *Deportatio* und *vita monachalis* können zwar beide *mors civilis* genannt werden, jedoch haben sie keine speziellen Rechtsfolgen miteinander gemein. Die Anlehnung an den einmal entstandenen Begriff *mors civilis* ist aber leicht verständlich durch die justinianische Formulierung, die die Todesähnlichkeit so besonders stark betont.

¹¹³ Auth. Ingressi: *Ingressi monasteria, ipso ingressu se suaque dedicant Deo: nec ergo de his testantur: utpote nec dominus rerum.*

¹¹⁴ Auth. Si qua mulier: *Si qua mulier, vel vir, liberis non extantibus, monasticam vitam elegerit, et monasterium intraverit: monasterio quod intravit, res eius competere iubemus. Sed si persona liberus habens ante, quam die rebus suis inter eos disponat, monasterium intret: liceat ei postea inter eos dividere, legitima non deminuta: et quod eis non dederit, monasterio competit. Sed si omnem substantiam inter eos filios dividere voluerit: sua persona filiis connumerata, partem sibi retineat, quae monasterio competere debet. sed si post ingressum monasterii moriatur ante, quam inter eos dividat: filii legitimam percipient, reliqua substantia monasterio competente.*

¹¹⁵ Nov. 123 c. 38 ist in der vorstehenden Auth. *excerpiert*.

¹¹⁶ C. 1, 3, 56; vgl. oben S. 40 Anm. 1.

Die Bezeichnung *mors civilis* liegt über den verschiedenartigen Tatbeständen wie ein Netz, ohne daß diese dadurch zusammengehalten würden. Sie ist keine Fiktion im technisch-juristischen Sinn. Verlust der *civitas* und Untergang *civiler obligatio* dürften für die *deportatio* zu dem Merkmal „*civilis*“ *mors* geführt haben; ähnliche Rechtsfolgen und ebensolche Anknüpfung an die Todesähnlichkeit in bestimmten Punkten zur Erörterung darüber, ob die Bezeichnung auch für Mönche anwendbar sei. Die Glosse bejaht dies, wenn sie auch die Tatbestandsmerkmale der Todesähnlichkeit ganz genau differenziert und einzeln benennt.

III. WEITERE ENTWICKLUNG DES BEGRIFFS BEI DEN KOMMENTATOREN

A. Theoretische Betrachtungen über mors civilis

§ 10 *Allgemeine Entwicklung der Rechtswissenschaft seit der Glosse*

Der literargeschichtliche Einschnitt, der durch die Abfassung der *accur-*sischen *glossa ordinaria* gebildet wird, läßt zwar eine Periodisierung der mittelalterlichen juristischen Literatur zu, die eine entsprechende Kapitel-einteilung rechtfertigt, darf jedoch in dogmengeschichtlicher Hinsicht nicht überschätzt werden¹¹⁷.

Die Literatur der nachfolgenden Jahrhunderte baute – vor allem in Bologna – vorwiegend auf der Glosse auf, übernahm teilweise ihre Einteilungen und *Distinctionen* oder schaffte einen neuen Apparat zu den vorhandenen Texten, bei dem auch die Meinung der Glosse eine Rolle spielte. Anders als die Bücher des *justinianischen Corpus Iuris* galt die Glosse für die wissenschaftliche Lehre nicht als unbezweifelbare Autorität¹¹⁸; ihre Meinung wurde

¹¹⁷ Die abschätzige Meinung Savignys in bezug auf die wissenschaftliche Leistungsfähigkeit der Kommentatoren gilt längst als überholt. Das haben die neueren Arbeiten über diese Materie bewiesen. Es erübrigt sich, dazu Stellung zu nehmen. Vgl. E. GENZMER, *Kritische Studien zur Mediävistik* SZ, Rom. Abt. LXI (1941) S. 276 ff., S. 296 und K. W. NÖRR, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit* (München 1967) S. 4.

¹¹⁸ Jedoch war in der italienischen Praxis, beeinflußt durch das *Sindikatsverfahren*, die Autorität der Glosse etwa der heutiger oberster Gerichtshöfe zu vergleichen; hatte der *Podestà* nach Meinung der Glosse gerichtet, so konnte er im *Sindikatsverfahren* nicht bestraft werden. Das führte zu starkem Einfluß und unverändertem Fortschritt der Glosse in der Praxis und damit auch in der wissenschaftlichen Gutachtertätigkeit. Vgl. GENZMER, *Kritische Studien a.a.O.*, S. 321.

als ein Argument unter vielen mitverarbeitet. So ergab sich eine durchaus fruchtbare Fortentwicklung des Rechts.

In Frankreich fehlte der erhaltende Einfluß der Praxis für die Glosse. Systematisierendes Denken unter dem Einfluß der neu entdeckten Teile des Aristoteles überwog die Abhängigkeit von ihr. Schon im 13. Jahrhundert gab es blühende Rechtsschulen, u. a. in Orléans und in Montpellier. Jacobus Butrigarius und Odofredus wurden mehr bearbeitet als die Glosse.

Der Gedankenreichtum und die stark differenzierende Methode der sogenannten „ultramontani“ haben ihre Auswirkungen auch in Italien gehabt, vor allem durch die Vermittlung des Cinus.

Bearbeitung von Institutionen gebräuchlichen Orts- und Gewohnheitsrechts – so der Statuta und consuetudines der italienischen Städte – ist, obwohl derartige rechtstheoretische Arbeit meist erst der Kommentatorenliteratur zugeschrieben wird, auch schon in früherer Zeit vorgekommen¹¹⁹.

Die Kommentatoren, vor allem in Italien, arbeiteten häufig über Fragen geltenden Ortsrechts. Sie benutzten dazu die ihnen zur Bearbeitung des römischen Rechts geläufigen Methoden und Rechtsformen, an denen sie geschult waren. So ergibt sich eine reizvolle und minuziöse Durcharbeitung von Texten, die ihrer Natur nach nicht auf derselben Höhe der Rechtswissenschaft standen, dadurch aber jedenfalls an Wert gewannen.

Seit dem Ende des 13. Jahrhunderts wird die kanonistische Literatur öfter in die legistischen Erörterungen einbezogen. Bis zur accursischen Glosse kam das nur selten vor. Es zeigt die auch im Hochmittelalter bestehende Tendenz zur Harmonisierung aller Gebiete des Lebens. Die neuen Sammlungen des Kirchenrechts dürften dazu beigetragen haben, daß kanonistische Lehren in der Legistik berücksichtigt wurden.

Durch die steigende Zahl der Rechtsschulen und Gelehrten ist das Material aus der Zeit seit der Glosse sehr reichhaltig geworden. Aus diesem Grunde

¹¹⁹ Als Beispiel möge gelten: „Dominus Azo dicit quod nisi esset de consuetudine Lombardiae vel privilegio speciali principis, nulla fuerit deportatio. Sed quia ita obtinere hodie per totam Lombardiam ex privilegio Imperatoris constat, deportatio et bonorum ademptio de iure tenuit . . . ; in: Die Quaestionen des Azo, ed. E. LANDSBERG (Freiburg 1888), quaestio 8, S. 68. Dazu S. 105: „Sollte der Konstanzer Friede gemeint sein?“ — Auf letzteres kann nicht näher eingegangen werden, jedoch läßt der Zusammenhang es möglich erscheinen. Die Frage der deportatio und ihrer gegenwärtigen Anwendbarkeit ist mit dem vorliegenden Thema eng verbunden. Die Verknüpfung mit geltendem Recht in der Glosse ist darum auch mit einem deportatio betreffenden Beispiel belegt: Gl. retinent zu Inst. 1, 12, 2: Sed bannitos nostri temporis quibus comparabimus? Respon: Si tantum est maleficium, ut etiam cum civitate bona sua publicantur, vel de iure vel de consuetudine civitatum. tunc deportato comparabo: alias relegato . . . non autem dico quod possit deportari a praeside de iure . . .

ist es für das vorliegende Thema nicht vollständig, sondern nur in wesentlichen Zügen verarbeitet¹²⁰.

§ 11 *Dinus*

Dinus¹²⁰, der um 1278 zum ersten Male in Bologna erwähnt wird, ist einer derjenigen Rechtsgelehrten, die nach der Glosse grundlegende Arbeiten geschaffen haben. Zu seinen Schülern gehörten Cinus und Oldradus. Er starb um oder kurz nach 1298¹²². Von seinen zivilistischen Schriften sind u. a. erhalten *Additiones in Infortiatum et Digestum Novum*¹²³. Vieles ist verlorengegangen. Lange Zeit hielt man ihn für den Verfasser der *Regulae Iuris* in VI^{to}¹²⁴; seine Mitarbeit am *Liber Sextus* ist jedoch bestritten¹²⁵. Jedenfalls hat er einen Kommentar dazu geschrieben¹²⁶.

Dinus wird bis zu Bartolus hin viel zitiert, seine Zitate lassen sich jedoch in dem auf uns gekommenen, nicht sehr reichhaltigen Material nicht immer verifizieren.

So ergibt sich für das Interesse, das er an *mors civilis* nimmt, nicht viel Anhalt, obwohl ihn die Späteren, vermittelt durch seinen Schüler Cinus¹²⁷, oft zitieren. In der Kommentierung zur D. 28, 2, 29, 5 findet sich ausgeführt¹²⁸:

secundum Azo(nem) et alios colligitur deportationem similem morti. Item

¹²⁰ Von der Behandlung des Odofredus wurde, trotz seiner Vermittlerrolle für die französische Jurisprudenz abgesehen, weil sich in den erreichbaren Werken keine einschlägigen Ausführungen zu *mors civilis* finden ließen.

¹²¹ SAVIGNY, *Geschichte* V S. 447 ff.

¹²² SAVIGNY, *Geschichte* V S. 451; J. v. SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts* Bd. II (Stuttgart 1877) S. 176.

¹²³ SAVIGNY, *Geschichte* V S. 454 nennt Handschrift und Ausgabe. Benutzt ist die Ausgabe Lugduni 1513 apud Symon. Vincent.

¹²⁴ SAVIGNY, *Geschichte* V S. 450; SCHULTE, *Quellen* II S. 177 Anm. 1.

¹²⁵ Vgl. dazu ST. KUTTNER, *Réflexions a.a.O.* S. 792 Anm. 109 mit Lit.; FALLETTI s. v. „Dinus“ im *Dictionnaire de Droit Canonique* (ed. R. NAZ) t. IV (Paris 1949).

¹²⁶ Die *Regulae* sind ein Anhang zu der Dekretalensammlung Papst Bonifaz des VIII.; sie wurden als Privatarbeit nicht mit promulgiert, erlangten also keine Gesetzeskraft, wurden jedoch bei streitigen Rechtsfragen häufig zur Klärung herangezogen. Sie sind teils dem justinianischen *Corpus Iuris* direkt entnommen, teils geben sie *Brocarda* wieder, dazu KUTTNER a.a.O. S. 792.

¹²⁷ CINUS in seiner *Codexlectura* zu C. 1, 3, 56: l. Deo nobis: Dy. (Dinus) solvit sic: aut civilis casus operatur eundem effectum, quem operatur naturalis et tunc aequipollet. Ut hic et (D. 28, 2, 29, 5) et (D. 17, 2, 65, 12). Aut non operatur eundem effectum et tunc non aequipollet ut (D. 45, 1, 121, 2) et (D. 31, 77, 4) . . .

¹²⁸ DYNUS super *infortiato* et ff. novo, tit. de liberis et posthumis, lex Gallus (Druck bei Symon. Vincent. Lugduni 1513).

emancipatum similem morti. Item assimila mortem civilem et naturalem. Et est ar(gumentum) ad questionem etc. Item sensum et non verba etc. in glo. non solvit ibi . . .

Die Kommentierung ist eine verkürzte Wiedergabe der Glosse non solvit zu der angegebenen Stelle¹²⁹ und bringt dogmatisch nichts Neues, außer dem Hinweis auf „sensus et non verba“, die zu befolgen seien¹³⁰.

Von einer Abstellung auf das äußere Erscheinungsbild, die Rechtsfolgen, kurz auf „effectus“ ist hier nicht die Rede.

§ 12 Die „Ultramontani“, Jacobus de Ravanis und Petrus de Bellapertica

Jacobus de Ravanis lebte von ca. 1215 bis 1296; im Jahre 1274 war er Rechtslehrer in Orléans; er trat später in päpstlichen Dienst und wurde 1290 zum Bischof von Verdun ernannt¹³¹. Von seinen Schriften ist uns vor allem seine Codexlectura erhalten¹³².

¹²⁹ D. 28, 2, 29 ist eine Scaevola-Stelle, in dem ein Text des Aquilius Gallus auslegend verarbeitet wird. Die Fragestellung des fr. 5 gab den mittelalterlichen Bearbeitern Anlaß zu Zweifeln, wie die Frage gemeint sein könnte, vgl. gl. si tantum zum Anfang des Stelle in der accursischen Glosse. Die Glosse non solvit behandelt eine der auftauchenden Zweifelsfragen. Sie unterstellt dem Gallus, er habe den deportatus und den emancipatus in seiner in casum mortis filii konzipierten Testamentsformel mitgemeint: . . . nam sicut morte filius desinit esse suus, et exit de medio: sic deportatione, cum similis mortuo deportatus sit, . . . Item per emancipationem iure civili desinit esse suus et exit de medio . . . quia ergo casus omissus similis est expresso, pro expresso habendus est: est enim morti similis deportatio, ut dixi, et emancipatio.

¹³⁰ Das Prinzip der Auslegung ist in der Glosse (s. oben Anm. 34) nach dem Prinzip der similitudo gelöst. „Sensus et non verba“ als technischer Begriff kommen nicht vor. Sensus und verba sind Gegensätze in der Auslegungsmöglichkeit von leges und consuetudines. Anknüpfungspunkte für die Auslegung sind für die Glossatoren Martinus und Bulgarus die aequitas scripta und die geschriebene ratio legis. Die Kommentatoren verlangen keine ausdrückliche Angabe der ratio legis im Gesetz und lassen die aus der Auslegung ermittelte ratio der jeweiligen lex gelten (vgl. GENZMER, Kritische Studien I S. 315). Das argumentum a similitudine ist eine Form der Analogie, der Rückgriff auf sensum bzw. rationem legis verfolgt dasselbe Ziel vom inneren Aufbau her.

¹³¹ SAVIGNY, Geschichte V S. 603 ff.; E. M. MEIJERS, Etudes d'Histoire du Droit, t. III (Leiden 1959) S. 59 ff.

¹³² Die Codexlectura ist unter dem Titel „PETRUS DE BELLAPERTICA, Lectura super prima et secunda parte Codicis, Parhisiis 1519“ gedruckt erschienen. Vgl. R. FEENSTRA, SZ, Rom. Abt. LXXIII (1956) S. 466; weitere Literatur hierzu bei H. DILCHER, Die Theorie der Leistungsstörungen (Frankfurt 1960) S. 11 Anm. 35. Dazu auch H. KIEFNER, Zur gedruckten Codexlectura des Jacques de Revigny, RHD 31 (1963) S. 5 ff., der entdeckt hat, daß dies auch für den bei P. Gromorsus erschienenen Druck gilt (Exemplar der Münchener Staatsbibliothek).

Petrus de Bellapertica war Schüler des Jacobus de Ravanis, er starb 1308; seit 1306 war er Bischof von Auxerre und Kanzler von Frankreich¹³³. Von ihm stammen ein Institutionenkommentar und einzelne Repetitionen zum Digestum vetus und novum¹³⁴.

Bei Jacobus ist über mors civilis nichts zu finden, was an der Auswahl der erhaltenen Quellen liegen kann. Seine gelegentliche Erwähnung des Begriffs zeigt, daß er ihm nicht unbekannt war. Im allgemeinen wird jedoch „moritur“ ohne Zusatz „civiliter“ verwendet: „ingrediendo monasterium moritur“¹³⁵.

Petrus bringt eine lange Distinction zu der bekannten Stelle D. 45, 1, 121, 2¹³⁶. Der wirkliche Rechtsgrund der Entscheidung ist ihm nicht zugänglich. Ebenso wie seine Vorgänger erfaßt er die Entscheidung mit den ihm geläufigen Methoden und Begriffen und ordnet sie in ein ihm geläufiges Schema. Die Art und Begründung, mit der er dies tut, ist allerdings neu. Schon die als Contra verstandenen Stellen D. 17, 2, 65, 12¹³⁷ und D. 37, 4, 1, 8¹³⁸ sind ihrer Begründung nach mißverstanden. Weshalb bei publicatio bonorum Auflösung der societas eintritt, ist für ihn keine Frage, da ja der Hinweis auf Todesähnlichkeit nachfolgt. Bei D. 37, 4, 1, 8 wird die ratio legis in Form eines hier wohl nicht technischen Quare zur Erklärung herangezogen:

ratio est, quare non possum hereditatem habere, quia filius posset habere, sic loquitur lex illa (sc. D. 37, 4, 1, 8).

Nach seiner Lösung kann eine Conditio promittentis nicht civiliter moriendo erfüllt werden:

quoties quis sub conditione promittit, non sufficit civiliter fieri, sed oportet naturaliter fieri . . .

Damit sind D. 17, 2, 65, 12 und D. 37, 4, 1, 8 als Contra ausgeschaltet.

¹³³ E. M. MEIJERS, Etudes III S. 95 ff. (S. 97 Am. 368).

¹³⁴ Von den „Ultramontani“, wie die Rechtsgelehrten der zur Zeit der Vorgenannten in hoher Blüte stehenden französischen Rechtsschule in Italien genannt wurden, ist behauptet worden, sie hätten die dialektische Methode in die Rechtswissenschaft eingeführt. Das ist in solcher Verallgemeinerung nicht richtig, jedoch hat die Kenntnis der vollständigen Aristoteleschriften, die von Spanien her nach Frankreich eindrang, eine Verfeinerung der juristischen Methodik mit sich gebracht. Die Distinctionen werden öfters sehr weit getrieben.

¹³⁵ Erl. zur Auth. Ingressi, C. 1, 2, 14. Ausgabe Parhisiis 1519 Fol. VII Sp. 2. Auch in l. Deo nobis (C. 1, 3, 56) und an anderen verstreuten Stellen.

¹³⁶ S. o Anm. 98.

¹³⁷ S. o. Anm. 71.

¹³⁸ PETRUS A BELLAPERTICA, Commentaria in Digestum Novum, Francofurti ad Moenum, 1571.

Petrus löst zum Schluß in einer Distinction, die gegenüber bisherigen Erörterungen neu ist, weil sie für manche Fälle eine vorher nicht erkannte rechtsgestaltende Wirkung herausarbeitet:

Si quaeras, numquid sufficit civiliter fieri, aut oportet quod fiat naturaliter: Distinguo: aut istud factum, si civiliter contingeret, si expectaretur quod naturaliter *impletetur*, non possum implere, si illud, scilicet quod contingit civiliter, si expectaretur quod naturaliter *fieret*, posset impleri, tunc oportet quod naturaliter *eveniat*¹³⁹ et sic loquitur hic. Istud potest contingere quod moriar, quamvis sim deportatus et ideo istud expectabitur . . . Aut dico, postquam factum civiliter extiterit, non potest postea et naturaliter fieri, et tunc sufficit naturaliter¹⁴⁰ fieri¹⁴¹: Verbi gratia contracto matrimonio inter virum et uxorem ad invicem stipulantur interea mulier deportatum, si mortem naturalem expectaremus, amplius non posset solvi matrimonium.

Das „in plerisque inducit effectum naturalem“ aus den Brocarda des Azo¹⁴² wird zum ersten Mal genauer untersucht, um zu ergründen, wann der Effekt (d. h. meistens: Klagbarkeit des Anspruchs) gleich ist. Ob mors civilis genügt statt mors naturalis, um die Voraussetzung für eine bestimmte Rechtslage zu erfüllen, wird unterschieden danach, ob mors naturalis, wenn sie nach mors civilis eintritt, noch einen Effekt haben kann, der das Geschehen in rechtlicher Hinsicht vollendet. Das gilt für manche Folgen der deportatio (D. 45,1, 121, 2). Mors civilis kann die vorgegebene Voraussetzung dann nicht erfüllen, wenn mors naturalis nach dem „civiliter factum“ noch einen juristisch bedeutsamen Erfolg hat. Wenn aber, wie bei der Eheauflösung, „factum civiliter“ genügt hat, um eine Rechtslage zu gestalten, so kann „naturaliter fieri“ nachher nichts mehr bewirken.

¹³⁹ Die in vier aneinandergereihte si-Sätze gefaßte Argumentation läßt sich etwa so auflösen: Unterscheide: ob erwartet wird, daß dieses Geschehen, wenn es civiliter sich ereignen würde, noch naturaliter vollendet werden kann: dann kann ich es civiliter nicht erfüllen; oder ob erwartet wird, daß jenes Geschehen, was sich civiliter ereignet (sc.: hat) (lediglich) auch naturaliter vorkommen kann: dann kann es auch civiliter vollendet werden. Im ersten Fall (tunc) ist nötig, daß abgewartet wird, daß das Ereignis naturaliter eintritt, davon wird hier gesprochen. Es kann sich ereignen, daß ich sterbe, obwohl ich deportiert bin und folglich wird es (das rechtlich relevante Ereignis Tod) noch erwartet.

¹⁴⁰ Es folgt das Beispiel einer Eheauflösung bei Deportation: die Ehe kann durch nachfolgende mors naturalis nicht mehr aufgelöst werden, als sie schon ist.

¹⁴¹ Das naturaliter ist hier sinnentstellend, es muß unbedingt „civiliter“ heißen. So referiert es auch Cinus zur lex Deo nobis (C. 1, 3, 56): aut non potest post civilem casum naturaliter evenire: et tunc non expectatur naturalis casus, ut est videre in matrimonio dissoluto per casum civilem, ubi postea non potest naturalis casus evenire qui aliquid operatur: nam quod solutum est amplius solvi non potest.

¹⁴² S. o. § 6 b.

Die systematische Trennung der unterschiedlichen rechtlichen Voraussetzungen ist also klar. Nicht so klar dürfte das Ergebnis sein, wenn versucht wird, die gefundene Systematik auf in den Quellen vorkommende Tatbestände, die keine Lösung ergeben, anzuwenden. Das Ergebnis, also die eintretende Rechtsfolge, kann aus einer Konstellation von Fakten allein nicht abgeleitet werden, jedoch führt die Erkenntnis, daß es endgültige Rechtsgestaltungen gibt, systematisch weiter.

Im Hinblick auf theoretischen Scharfblick ist die Distinction des Petrus eine Neuerung. Die am einzelnen Fall orientierte und nach den Besonderheiten des Falles unter dem Gesichtspunkt der gegensätzlichen species entscheidende Brocarda-Methode wird aufgegeben zugunsten der Unterordnung unter ein generelles System, das an der ratio legis orientiert ist.

Daß ein System, das auf die Ergebnisse abstellt, um mors civilis oder mors naturalis zur jeweils notwendigen Voraussetzung zu erklären, den Entscheidungen des Corpus Iuris nicht zugrunde liegen kann, bedarf keiner Erörterung. Trotzdem kommt eine solche Erklärung den Quellen näher als die schematische Erfassung durch Divisionen und Subdivisionen. Mors civilis steht nicht als wenig geklärte species der mors naturalis gegenüber, es wird vielmehr auf das jeweils konkrete „civiliter fieri“ und „civiliter impleri“ des gedachten Sachverhalts abgestellt. Eine in ähnlicher Weise induktive Methode liegt auch den Entscheidungen der römischen Juristen zugrunde.

Daß mors civilis bzw. naturalis nicht als Rechtsgrund für die eintretende Rechtsfolge angesehen werden konnte, hat wohl auch Petrus erkannt. Eine Orientierung am Effekt wäre sonst nicht möglich gewesen. Nach dem jeweiligen Rechtsgrund hat er nicht gefragt, ihn aber vorausgesetzt, um entscheiden zu können, ob „civiliter evenire“ genüge.

Daß Petrus einen außerhalb der mors civilis oder naturalis gelegenen Grund für den Eintritt der ihre Anwendbarkeit bestimmenden Rechtsfolgen auch vorausgesetzt hat, ohne ihn jedoch im einzelnen bestimmen zu wollen, ergibt auch ein Referat des Cinus¹⁴³:

Quidam voluerunt distinguere: aut profertur ad homine: et tunc non sufficit civiliter fieri: aut a lege. Et tunc sufficit. Hec est truffa, secundum Pet. (Petrus) 1. (C. 5, 16, 24).

¹⁴³ CYNUS super Codice Lib. I (C. 1, 3, 54 [56]), unveränderter Neudruck der Ausgabe CYNII PISTORIENSIS in Codicem et aliquot titulos . . . Digesti veteris Commentaria, Frankfurt 1578 (Torino 1964) S. 20 A. Die zitierte „Truffa“ konnte jedoch in der benutzten Ausgabe des Petrus (Frankfurt 1571) nicht gefunden werden.

Die vorgeschlagene Lösung der unbekanntenen „Quidam“ erlaubt auch eine Lösung von Fällen mit nachgebildeter Konstruktion, bei denen das Ergebnis nicht bekannt ist. Die Unterscheidung ist dem Petrus jedoch zu simpel: er hat erkannt, daß die jeweils zugrunde liegenden Rechtsverhältnisse, nach denen ein Rechtsfall entschieden werden muß, sehr viel komplizierter sind und sich in eine so einfache Formel nicht fassen lassen.

§ 13 *Cinus*

Cinus wurde im Jahre 1270 geboren¹⁴⁴. Im Jahr 1300 hörte er den durchreisenden Petrus de Bellapertica bei einer Gastvorlesung in Bologna. Seine Lehrer waren Dinus und Franciscus Accursii; ein Aufenthalt in Frankreich erscheint gewiß.

Seine *Codexlectura* schrieb Cinus von 1312 bis 1314; von vornherein als Buch, ohne Vorlage aus Vorlesungen und jedenfalls nicht in Bologna. Er lehrte u. a. in Siena, Perugia und Florenz und starb am 24. Dezember 1336¹⁴⁵.

Die *Codexlectura* des Cinus verbreitet die Ansichten seiner Lehrer, vor allem die des Dinus, Jacobus de Ravanis und Petrus de Bellapertica¹⁴⁶. Sie zeichnet sich besonders durch einen knappen, klaren Stil und den Vorsatz neuer Methodik aus: die *via Brocardica* erscheint ihm bekämpfungswert, die damit erzielten Ergebnisse unbefriedigend.

Über *mors civilis* referiert er¹⁴⁷:

Inter alia not. (abilia) collige unum: scilicet quod qui ingreditur monasterium reputatur mortuus: et sic colligitur quod mors civilis aequipollet naturali: vel sufficit quod civiliter accidit, econtra non sufficit civiliter fieri ut (D. 45, 1, 121, 2). Ista est *via Brocardica*.

Dann folgt die schon behandelte Meinung des Petrus de Bellapertica¹⁴⁸. Er bringt die Antwort auf die Frage (an) *id quod civiliter contingit aequipollet naturali casui*. Die Antwort ist bereits bekannt: Wenn auf den *casus civilis* noch ein (relevanter) *casus naturalis* folgen kann: *non sufficit civiliter fieri*.

¹⁴⁴ SAVIGNY, Geschichte V S. 71 ff.

¹⁴⁵ SAVIGNY, Geschichte V S. 83 Anm. e. Cinus war über seine juristische Tätigkeit hinaus auch ein Dichter, Dante zählte zu seinen Freunden.

¹⁴⁶ S. o. § 11 die bereits zitierten Stellen aus Petrus und Dinus.

¹⁴⁷ Zu C. 1, 3, 54 (56) (l. Deo nobis); a.a.O. S. 20 A.

¹⁴⁸ S. o. Anm. 141.

Cinus bringt dann noch weitere, bereits referierte Meinungen und bietet so eine gute Übersicht über den Stand der Lehre in seiner Zeit. Seine eigene Meinung findet sich in der *Repetitio super Digesto veteri* zu D. 2, 8, 4¹⁴⁹:

Tertio opp. dicitur hic, quod paria sunt, mortuum esse civiliter, ut hic . . . Sed contra, quia mors civilis non aequipollet naturali et sic op(ponitur D. 45, 1, 121, 2). Ista est via Brocardica, sed quantum ad praesens attinet, dicendum est, quod mors civilis aequipollet naturali in ijs, in quibus per eam idem repraesentatur effectus . . .

Das ist die Meinung des Dinus.

Nam in civili mortuo non potest cadere exhibitio sicut nec naturaliter mortuo, etiam mors civilis aequipollet naturali.

Der idem effectus wird herausgestellt: Eine Leistungspflicht kann nicht „cadere in mortuo“, also einen Toten treffen. Der feineren Aufteilung des Petrus folgt Cinus nicht. Freilich läßt sich auch die Konstruktion des Petrus darauf zurückführen, daß er auf „idem effectus“ abstellt. Aber das hier verwendete Schema ist doch gröber generalisierend, der von ihm verachteten *via Brocardica* noch näher.

§ 14 *Bartolus*

Bartolus¹⁵⁰ wurde geboren um 1314, promoviert im 21. Lebensjahr im Jahre 1334 von seinem Lehrer Jacobus Butrigarius, war Rechtslehrer in Pisa und Perugia und starb 1357. Auch Cinus und Jacobus de Belviso gehörten zu seinen Lehrern.

In der Behandlung der *mors civilis* findet sich bei Bartolus nicht viel Neues: Er beruft sich vor allem auf Dinus¹⁵¹ und Cinus.

¹⁴⁹ CYNUS a.a.O. S. 712.

¹⁵⁰ Bartolus wurde trotz seines kurzen Lebens berühmt wie sonst kaum ein Rechtslehrer seiner Zeit. Seine Schriften genossen für lange Zeit Autorität, sie sind äußerst zahlreich und enthalten außer der Kommentierung zum *Corpus Iuris* auch verschiedene Traktate und Consilien. Vgl. SAVIGNY, *Geschichte* V S. 137 ff. und aus neuerer Zeit die Forschungen von v. D. KAMP, *Bartolus de Sassoferato* (Urbino 1935) und die Sammlung *Bartolo de Sassoferato, Studi e documenti per il VI centenario*, 2 Bde. (Milano 1962).

¹⁵¹ Das sagt er ausdrücklich zu D. 45, 1, 121, 2 (BARTOLUS DE SAXOFERRATO, *Opera*, Basileae 1562, *Digestum novum*): non sufficit civiliter factum. Contra (D. 37, 4, 18). Sol. (solvit) Dy. (Dinus) per verba longa. Dic tu in addendo ad glo. quod in illis civiliter factum representat eundem effectum quod naturaliter per Cyn. (Cinum) in l. (C. 1, 3, 56); vgl. oben § 13 und Anm. 141.

Seine Meinung findet sich besonders ausgeprägt in einem Ausspruch zu der Authentica Ingressi, nach C. 1, 2, 13 (Nr. 41)¹⁵²:

Praeterea dico quod mors civilis nunquam aequiparatur naturali nisi in casibus a iure permissis, ut in glo. (glossa) no. XVI q. j. c. placuit¹⁵³.

Ein Beispiel dafür ist in C. 1, 2, 1 zu finden. Es geht dabei um die Gültigkeit eines nicht formvollendeten letzten Willens in articulo mortis¹⁵⁴:

... quaero, quid si est in actu moriendi civiliter per ingressum monasterij. Rn.: non est idem, per hanc l. per reg. (regulam) quod civilis mors et naturalis non aequiparantur.

Praeterea, aut quis moritur civiliter et necessario quoad deportationem vel damnationem in metallum, et non habet locum haec lex, ut dixi supra... aut moritur voluntarie per ingressum monasterii, et tunc cessat ratio huius legis, quia aliud potest velle.

Beides sind keine Fälle a iure permissi, in denen „mors civilis et mors naturalis aequiparantur“. Für den ersten Fall gilt, daß ein Testament irritum wird, für den zweiten ist die Notlage nicht vorhanden, denn die Fähigkeit, einen rechtserheblichen Willen zu haben, bleibt bestehen und spätere Verfügungen über die Güter sind möglich:

Sed per auth. id inducitur, quod ingrediens monasterium disponat de rebus suis¹⁵⁵.

Aus der Kommentierung zu C. 5, 16, 24 ist noch zu entnehmen, daß mors civilis die Straffälle mit und ohne Freiheitsverlust betreffen kann, daß aber die Wirkungen unterschieden werden¹⁵⁶:

Donatio inter coniuges confirmatur morte naturali, vel civili, ex qua libertas perditur. secus si perditur civitas libertate manente, quia tunc mors naturalis expectatur.

¹⁵² BARTOLI in XII libros Codicis Commentarium (Basileae 1562), S. 46; ebenso BARTOLUS super Auth. Collat. IV gl. distrahuntur (Institutiones S. 154).

¹⁵³ Gemeint ist die glossa ordinaria des JOHANNES TEUTONICUS zum Decretum Gratiani: c 8 C XVI q 1 (ed. Venetiis 1584, Sp. 1457): gl. mortuus: hic vides quod ingressus religionis aequiparatur morti naturali. unde quod iuris est circa dotem vel donationem propter nuptias in morte naturali, idem est in hac morte, id est, in ingressu religionis: ut (C. 1, 3, 56) et sicut donatio causa mortis firmatur morte naturali, ita similiter confirmatur morte civili, ut (C. 5, 16, 24) Jo. et hoc teneas per regulam, quod in solis casibus civilis mors aequiparatur morti naturali ubi hoc in iure cautum invenitur.

¹⁵⁴ BARTOLUS Codex a.a.O. S. 23 Rdnr. 40.

¹⁵⁵ BARTOLUS Codex a.a.O. ebendort.

¹⁵⁶ BARTOLUS Codex a.a.O. S. 482.

§ 15 *Baldus*

Baldus¹⁵⁷ de Ubaldis, wahrscheinlich 1327 in Perugia geboren, studierte sehr früh und wurde schon 1344 – 17jährig – durch Bartolus promoviert.

Zu mors civilis ist bei Baldus eine Abhandlung bei der *Lex Deo nobis* (C. 1, 3, 54 [56]) wichtig, in der er sowohl die Meinung des Dinus, wie die des Petrus Bellapertica vereint¹⁵⁸:

Quod pactum de lucranda dote conceptum in casu mortis habet locum per ingressum religionis. Idem ergo operatur professio quod mors. Item idem operatur mors civilis quod naturalis . . . contra hoc op(ponitur) quod mors civilis non equiparatur naturali. So(lutio) dicit Cy. (Cinus) aut ex civili et naturali morte resultat idem effectus circa rem de qua agitur. tunc equiparantur ut hic. nam per ingressum sicut per mortem solvitur matrimonium . . . sed si non representant eundem effectum tunc non equiparantur ut in contrariis secundum Dy. (Dinum).

Pet. (Petrus de Bellapertica) solvit aut post civilem mortem frustra esset expectare naturalem, et tunc equipollent ut (D. 1, 5, 15). aut expectare mortem naturalem non est frustra puta propter cessionem diei et transmissionem in fideicommisso conditionali et hoc casu non equipollent . . .

Et utraque solutio est bona et quasi eadem. nam aut mors civilis infert in causa ex qua agitur sicut hic inferebat in matrimonio dissolvendo. et tunc equiparantur naturali ut hic: quia si infert in causa ergo infert in effectu. si autem mors civilis non infert in causa puta deportationis non infert fideicommisso: nec habet quicquam commune cum eo, hoc casu non equiparatur naturali.

Die Lösung des Petrus erscheint für beide Fälle abgestellt auf die (den Effekt) bewirkende causa: Beide erscheinen ihm gleichwertig, da nur die causa den effectus bewirkt, man also ebensogut auf causa, wie auf effectus abstellen kann. Diese Lösung ist ganz zweifellos beeinflusst von der aristotelischen Ontologie, in die das Begriffspaar causa – effectus gehört¹⁵⁹. Das ausdrückliche Abstellen auf die causa ist bei Baldus neu.

¹⁵⁷ Er war bis zu seinem Tode im öffentlichen Lehramt, wechselte oft den Ort und starb im Jahre 1400. Er wurde auch in kirchlichen Fragen als Berater herangezogen und schrieb Gutachten über das Schisma. SAVIGNY, Geschichte V S. 208 ff.

¹⁵⁸ BALDUS DE PERUSIO super toto Codice I (Venetiis 1519).

¹⁵⁹ Die Philosophie des Aristoteles ist in der Argumentation des Baldus besonders stark berücksichtigt; seine Kenntnis des Aristoteles ist jedoch gegenüber seinen Vorgängern kaum erweitert. Zu den philosophischen Grundlagen in den Schriften des Baldus vgl. N. HORN, Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren: Baldus, in: *Ius Commune* Bd. I (Frankfurt 1967) S. 104 ff. (besonders 120 f.). Die Auffassung des Baldus im Hinblick auf den Zusammenhang causa — effectus wird besonders präzisiert durch die Formulierung zu D. 12, 2, 2: cessante causa efficiente cessat effectus.

In bezug auf *mors civilis* entstanden auch in späterer Zeit keine neuen Gedanken mehr, das Problem war zwar vielleicht nicht systematisch erledigt, jedoch uninteressant geworden: Johannes de Imola, Paulus de Castro, Alexander Tartagnus griffen auf die genannten: Dinus, Cinus, Bartolus und Baldus zurück und referierten deren Gedankengänge. Bei anderen findet sich der Begriff nicht mehr oder kaum erwähnt, so bei Philippus Decius und Jason de Mayno.

Bei der Behandlung von *deportatio* und *Klostereintritt* war *mors civilis* in systematisch-theoretischen Erörterungen zu finden. Um zu klären, an welchem Ort in der praktisch angewandten *Jurisprudenz mors civilis* stand, soll jetzt ein knapper Aufriß der entsprechenden Rechtsinstitute gegeben werden, wobei auch die ständig zum Vergleich herangezogenen Konstruktionen in das vorgegebene Material des überlieferten Rechts hinein berücksichtigt werden sollen.

B. Der Umkreis praktischer Anwendung der *mors civilis*

§ 16 *Deportatio* – *Bannitio*

Über das Verhältnis von *deportatio* und *bannitio* wurde schon in der *accursischen* Glosse nachgedacht¹⁶⁰. Der Vergleich lag auf der Hand, da es sich in beiden Fällen um Strafen handelte, die mit einem solchen Rechtsverlust verknüpft waren, daß im allgemeinen der Aufenthalt im Land nicht mehr gestattet war. Dabei war *deportatio* in *insulam* ein für das geltende Strafrecht *obsoletes* Institut des römischen Rechts, für das jedoch quellenmäßige Rechtsregeln vorhanden waren. Ihre Anwendung auf das *Bannrecht* entspricht der auch sonst im 13. Jahrhundert geübten rechtswissenschaftlichen Methode, die in den römischen Quellen vorgefundenen Begriffe in Verbindung zum geltenden Recht zu setzen.

Bann war nach den italienischen Statuten des 13. Jahrhunderts fast immer *Contumazial-Bann* bei Nichtstellung des Angeklagten nach mehrmaliger Ladung oder *Strafbann*¹⁶¹. *Gandinus*¹⁶² zitiert zunächst die Glosse¹⁶³. Die

¹⁶⁰ Glosse zu *Institutionen* 1, 12, s. o. Anm. 119.

¹⁶¹ H. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, Bd. I (Berlin und Leipzig 1907), S. 150 ff., dort Näheres zur Ausübung der Gerichtsgewalt und aktenmäßigen Beurkundung der verschiedenen Arten von *Bannsprüchen*. *Banna mortualia sive perpetualia*, die keine Lösungsmöglichkeit zuließen, wurden gesondert von den *banna pecuniaria*, die durch Zahlung einer Geldstrafe zu lösen waren, beurkundet.

¹⁶² *Gandinus* lebte im 13. Jahrhundert, geboren zwischen 1235 und 1250 in *Crema* (vgl.

nächsten Fragen betreffen die Möglichkeit der ungestraften Tötung des Gebannten, eine Frage, für die kein Vergleichstatbestand bei der Erörterung der *deportatio* zu finden war, *argumenta a similitudine* folglich nicht angewandt werden konnten.

Bartolus betrachtet einen mit Geldbuße lösbaren Bann als *poena medicinalis* und nicht als Kapitalstrafe¹⁶⁴, also der *deportatio* auch nicht ähnlich. Über *banniti* und *exbanniti* hat er je einen *tractatus* verfaßt¹⁶⁵, sowie eine *quaestio* mit dem Anfang *Lucanae*¹⁶⁶, die er selbst gelegentlich zitiert; zum Teil ist der Text in den verschiedenen Teilen wörtlich gleich.

Bartolus lehnt *argumenta a similitudine* zwischen *bannitio* und *deportatio* ab¹⁶⁷:

1. Der *praeses provinciae* und der *magistratus* dürfen nicht deportieren. Das ist zu entnehmen aus D. 32, 1, 3 und, als *argumentum e contrario*, auch aus D. 48, 22, 7, 10.

Der Schluß *a maiore ad minus* lautet: wenn schon der *praeses provinciae* nicht deportieren darf, dann erst recht nicht der *Podestà* eines Stadtstaates¹⁶⁸.

2. Verurteilung zur *deportatio* war nicht möglich in *absentia*: *bannitio* aber auch als Abwesenheitsbann bei *contumacia*. Die prozeßrechtliche Änderung ist dem Bartolus hier gleichbedeutend mit einer sachlichen Änderung.

3. Der *deportatus* verliert das *ius civium Romanorum*; würde der Richter den *bannitus* dazu verurteilen, so überschritte er damit seine nur ein Territorium umfassende Banngewalt, das Urteil gälte demnach nicht.

H. KANTOROWICZ, a.a.O. I, S. 5 ff.), gestorben jedenfalls nach 1310 (KANTOROWICZ, a.a.O. II [1928] S. 435), und war in vielen Städten Richter. Er schrieb u. a. einen *tractatus de maleficiis*, zum ersten Mal 1287, dem zahlreiche Bearbeitungen folgten, die ersten noch von ihm selbst. Kritische Edition von KANTOROWICZ a.a.O. Bd. II S. 1 ff.

¹⁶⁵ KANTOROWICZ a.a.O. Bd. I S. 130 f. Frage 1.

¹⁶⁴ BARTOLUS zu D. 48, 1, 2 (a.a.O. Dig. Nov. S. 785: de publicis iudiciis): simile dicere si per statutum civitatis, ut solet fieri, exbannitus a centum libris supra potest offendi impune, eritne poena capitalis? certe non, quia imponitur ut delictum purget, et emendet solvendo poenam. et sic est poena medicinalis, non mortalis.

¹⁶⁵ BARTOLUS, Comm. in institutiones et eiusdem tractatus XXXIX, Basel 1562, S. 618/620.

¹⁶⁶ A.a.O. (Anm. 165), S. 476 ff. Die Schlußnote gibt die Jahreszahl MCCCCXLII an, wobei es sich ganz sicher um eine falsche Zahl handelt, da Bartolus 1357 gestorben ist. Möglicherweise muß ein C gestrichen werden, so daß die 1342 hieße. Dies ist einigermäßen wahrscheinlich.

¹⁶⁷ Benutzt ist die *solutio*, a.a.O. (Anm. 165) ab S. 478.

¹⁶⁸ Dem steht nicht entgegen, daß Verurteilung zum Tode, die strengere Strafe, für den Stadtstaat möglich war. Dazu vgl. Bartolus zu D. 48, 19, 2, gl. constat. (Dig. nov. S. 905).

4. Der deportatus wird infamis, der bannitus nicht.
5. Den deportatus kann nur der princeps restituieren, den bannitus das Gericht.
6. Den bannitus kann man nach dem Recht mancher Statuten ungestraft töten, den deportatus nicht¹⁶⁹.

Bartolus beweist danach, daß der bannitus in allem mehr dem relegatus ähnele. Jedoch besteht manch andere Ähnlichkeit mit dem deportatus: deportati und banniti können nicht de iure civili agere, auch ihre actiones nicht abtreten, da dem Zessionar dieselbe exceptio entgegenstände wie dem Zedenten¹⁷⁰. Der bannitus kann auch nicht durch einen procuratur klagen, da dieser nur das Recht des Vertretenen ausübt¹⁷¹.

Der exbannitus kann, soweit Statutenrecht in Frage kommt, kein Testament machen und nicht Testamentserbe sein: insofern ist er wiederum dem deportatus ähnlich¹⁷².

Die Frage der rechtlichen Einordnung des bannitus im Zivilrechtssystem war ganz sicher für die Praxis wichtig, sofern direkte oder fernere Rechtsfolgen den Statuten nicht zu entnehmen waren, denn dann hätte auf im Corpus Iuris enthaltene Rechtsfolgen verwiesen werden müssen. Hier dient die Fragestellung jedoch augenscheinlich mehr der Einordnung des „geltenden“ Rechts unter die mittelalterliche gelehrte Systematik, ein durchaus scholastischer Zug.

Die Frage nach mors civilis wird bei der Bearbeitung von bannitio im Verhältnis zu deportatio niemals gestellt. Das ist begreiflich, wenn man be-

¹⁶⁹ Zum „impune occidi potest“ vgl. oben Anm. 164. Bartolus spricht dem bannitus den Gebrauch des ius gentium zu: also kann er auch einen contractus pacis, ihn nicht zu töten, eingehen. Bartolus greift dann jedoch auf die ratio legis der Tötungserlaubnis zurück, die geschaffen sei, um den schweren Verbrechen zu steuern. Er setzt den bannitus gleich mit hostis civitatis. Hostes sind die „transfugae, qui in numero hostium se transferunt“ (D. 4, 5, 5 pr.). Man darf sie ungestraft töten; Voraussetzung und Rechtsfolge werden allerdings auch ohne weiteres vertauscht: sind die exbanniti nicht nach Statutenrecht ungestraft zu töten, so sind sie keine hostes (Bartolus zu D. 4, 5, 5, § qui deficiunt; Dig. vet. S. 343). Wer den hostis tötet, hat jedoch dolus bonus, es ist demnach ohne die exceptio doli mali fürchten zu müssen, möglich, einen contractus pacis mit dem exbannitus nur zu fingieren und ihn dann, ohne die Strafe aus dem Vertrag zu verwirken, zu töten. D. 4, 3, 1, 3 dient dem Bartolus vielfach als Beleg für dolus bonus (Tractatus S. 477).

¹⁷⁰ Bartolus distinguert danach, ob es eine cessio ex lucrativa causa sei oder nicht. Nur der ersteren stünde die exceptio entgegen (Tractatus a.a.O. S. 620).

¹⁷¹ A.a.O.: quia ipse idem exbannitus agere videtur.

¹⁷² So Dinus, zitiert bei BARTOLUS, Tractatus S. 619 Rdnr. 12: Dy. dicit quod si ei offeruntur bona quod aequiparatur deportato.

denkt, welche Schwierigkeiten die Konstruktion der mors civilis schon allein im Verhältnis zu den oft nicht passenden Rechtsfolgen der deportatio überwinden mußte. Aber man kann daraus mit einiger Vorsicht schließen, daß es sich bei mors civilis wirklich nur um eine Bezeichnung gelehrten Rechtes handelte, die zur Zeit des Bartolus keine Aufnahme in die Gerichtspraxis gefunden hatte¹⁷³.

§ 17 Exkommunikation

Die excommunicatio maior, die von der communio fidelium trennt, hatte dieselbe Funktion wie der Bann; sie war sein Gegenstück auf kanonischem Gebiet. Soweit sie von der communio fidelium trennt, sind ähnliche Rechtsfolgen denkbar wie beim Bann. Auch Züge der aquae et ignis interdictio sind vorhanden, von der man weiß, daß sie durch die deportatio ersetzt worden ist. Deportatio, Bann und excommunicatio werden deshalb oft miteinander verglichen.

Bartolus lehnt eine Ähnlichkeit ab, da die excommunicatio eine poena medicinalis sei¹⁷⁴. Andererseits bestimmt das kanonische Recht, daß der Exkommunizierte von actus legitimi zurückzuweisen sei¹⁷⁵. Was unter actus legitimi zu verstehen sei, war jedoch nicht klar und ist bis heute streitig¹⁷⁶.

¹⁷³ Bartolus vergleicht den bannitus auch mit dem servus poenae (Tractatus S. 478): für eine Ähnlichkeit spricht, daß nach der Auth. sed hodie zu C. 5, 16, 24 und nach D. 48, 19, 29 ein zum Tode Verurteilter auch gegenwärtig noch servus poenae werde. Wenn Titius exbannitus und zum Tode verurteilt werde, so sei er also auch servus poenae. Dagegen spricht, daß das Urteil unter einer Bedingung stehe und deswegen keine capitis deminutio bewirke. Im übrigen könne heute kein Überlebender nach der Auth. sed hodie servus poenae sein: der in absentia Verurteilte überlebe aber. Auch hier ist mors civilis in die Beurteilung der Rechtslage nicht einmal vergleichsweise eingefügt.

¹⁷⁴ Bartolus zu D. 48, 22, 1 zitiert (jedoch hier unter dem Gesichtspunkt der poena capitalis) c 14 in VI^{to} V, 11: Cum medicinalis sit excommunicatio, non mortalis... (Dig. nov. S. 785).

¹⁷⁵ Excommunicatus a legitimis actibus removeri debet (c 14 in VI^{to} V, 11; vgl. E. EICHMANN, Acht und Bann im Reichsrecht des Mittelalters (Paderborn 1909) S. 66; s. auch R. WEIGAND, Zur Exkommunikation bei den Glossatoren, SZ, kan. Abt. LXXXVII (1970) S. 396 ff., S. 405. Die kanonischen Quellen sind zitiert nach der Ausgabe E. FRIEDBERG, Corpus Iuris Canonici, Bd. I und II (Leipzig 1879).

¹⁷⁶ Vgl. E. EICHMANN, a.a.O. S. 66 und P. HINSCHIUS, Das Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten in Deutschland Bd. V (Berlin 1893, unveränderter Neudruck Graz 1959) S. 556 f. Anm. 6. Hinschius hält dafür, daß nur Handlungen, die der Mitwirkung von Behörden, Notaren usw. bedurften, gemeint seien. Sein stärkstes Argument ist Paul III.: Eius qui 1535, wo actus legitimi den Prozessen und Notariatsurkunden an die Seite gestellt werden. Diese Argumentation ist jedoch teilweise unhistorisch, da dieser Text viel jünger ist und teilweise nur einfach auf logische Erkenntnis gegründet, die jedoch durchaus nicht der histo-

Aus D. 50, 17, 77 ist die regula 50 in VI¹⁰ entstanden:

actus legitimi conditionem non recipiunt neque diem.

Die Regel kann als immerhin kanonische, wenn auch nicht rechtsgültige, Quelle zur Auslegung herangezogen werden, läßt jedoch immer noch offen, welche *actus legitimi* gemeint waren.

Das Edikt Friedrichs II. von 1226¹⁷⁷ enthält eine Achtformel, also das weltliche Gegenstück zur Exkommunikation. Es zählt andere Folgen der *actus legitimi* auf. Die Erwartung, hier gleiche Interpretationen zu treffen, ist bei der im 13. Jahrhundert bereits entwickelten Differenzierung von kanonischem und weltlichem Recht nicht unbedingt gerechtfertigt.

Petrus Jacobi¹⁷⁸ formuliert so:

Item nulla communitas . . . et talis excommunicatus assimilabitur illi cui aque et igni interdictum est seu solebat interdici . . . loco cuius interdictionis successit hodie deportatio. sed quod ille excommunicatus assimuletur illi cui aque et igni interdici solet est intelligendum quod nullus debet cum eo participare: . . . equiparantur enim excommunicatus et bannitus . . .

attamen testamentum per excommunicatum factum valet: quia et ea que per eum in iudiciis fiunt vel aguntur valent . . . item . . . deportatus ammittit civitatem seu ea que sunt de iure civili . . . nec habet heredem nisi fiscum . . . item si episcopus cognascat de causa ipse poterit invocare brachium seculare si sibi necesse fuerit . . .

Damit sind Gemeinsamkeiten und Unterschiede herausgestellt. Beachtenswert ist der Hinweis auf die Möglichkeit der Anrufung des weltlichen Arms durch den Bischof.

rischen Wahrheit zu entsprechen braucht. F. KOBER, *Der Kirchenbann* (Tübingen 1857) S. 105 ff. (427) hält Verträge mit Exkommunizierten für gültig, wenn auch für unerlaubt und sündhaft. Allerdings schließt er von der Gültigkeit der Ehe auf andere Verträge. Jedoch scheint dieser Schluß nicht ganz korrekt, da der Sakramentscharakter der Ehe überwiegt, dieses Sakrament aber auch Ungläubigen zukam. Vgl. dazu DURANTIS, *Speculum* zu IV 4 de spons. et matr. 1, 8 (Venetiis 1501 bei De Tortis) . . . *hoc sacramentum est commune, et eis qui sunt in ecclesia et eis qui sunt extra.*

¹⁷⁷ MGH Const. II (ed. L. WEILAND, Hannover 1896) S. 139 Nr. 107: . . . *item privavimus eos omnibus legitimis actibus, ita quod non habeant ius testandi, testificandi alienandi et succedendi . . . , nec capiendi ex causa donationis . . . et quo ipso iure perpetuo sint infames. Restitution eines Geächteten stellte Rehabilitation ad omnes actus legitimos dar.*

¹⁷⁸ (PIERRE JAYME). Er gehörte zu den Ultramontani und schrieb sein Hauptwerk: *Aurea practica libellorum*, 1311. Vgl. SAVIGNY, *Geschichte* VI S. 37 ff. Hier benutzt: ed. Lugduni 1501, p. CXXXV Sp. 2.

Für Vertragsabschlüsse führt die Glosse zum Decret¹⁷⁹ aus, daß der Gegner dem Exkommunizierten nicht verpflichtet bleibt, wenn der Vertrag vorher geschlossen war.

Bei nachfolgendem Vertragsschluß setzt Hostiensis¹⁸⁰ für die Gültigkeit der Verpflichtung voraus, daß der andere Teil von der Exkommunikation nichts wußte, ändert aber später seine Meinung dahin ab, daß eine Obligation trotzdem entstünde, jedoch nur eine Naturalobligation.

Durantis hält die Zession der actio eines Exkommunizierten für möglich; für diese Meinung hat er zahlreiche Nachfolger. Johannes Andreae¹⁸¹ aber läßt alle Verträge nach *ius gentium* zu, indem er mit dem *deportatus* gleichsetzt.

Er schreibt ausdrücklich¹⁸²:

pro quamvis excommunicari et tunc fingitur civiliter mortuus.

Diese Gleichsetzung hindert jedoch niemals die Vertragsfähigkeit nach *ius gentium*, da ja auch der völlig Unfreie, der Sklave, diese hat.

Panormitanus¹⁸³ unterscheidet die *species excommunicationis* nach den *species communionis*¹⁸⁴. Er widerspricht der früheren Meinung des Hostiensis und führt aus, daß *excommunicati* Verträge *iuris gentium* schließen könnten, denn die *excommunicatio* sei *ius positivum*, die das nicht hindern könne¹⁸⁵.

¹⁷⁹ Zu c 4 C XV qu. 6 (a.a.O. Sp. 1421) *ver. constricti sunt: numquid teneor ei solvere: videtur quod non, quia qualitercumque possumus debemus vexare malos, ut cessant a malo . . . et excommunicatis in nullo casu excommunicabimus nisi in his, quae spectant ad correctionem eorum.* Die glossa ordinaria zum Dekret war vor 1215 beendet, vgl. SCHULTE, Quellen II S. 173.

¹⁸⁰ Gestorben 1271.

¹⁸¹ Er lebte von 1270 bis 1348 und war ein sehr berühmter Jurist. Vgl. SCHULTE, Quellen III S. 205 ff.

¹⁸² c 10 in VI^{to} I, 14, Titel: *De officio et potestate iudicis delegati* (JOHANNES ANDREA, Novella in Sextum, unveränderter Neudruck der Ed. Venetiis 1499, Graz 1963 S. 90).

¹⁸³ Er begann seine Lehrtätigkeit 1421 und starb 1453. Sein eigentlicher Name war Nicolaus de Tudeschis. Vgl. SCHULTE, Quellen III S. 312.

¹⁸⁴ Zu X, V, 11, *De sent. exc.*, Rubrica . . . : *tot sunt species excommunicationis, quot sunt species communionis* (Commentaria in Quartum et Quintum Decretalium. lib., ed. Venetiis 1617).

¹⁸⁵ c 34 X, V, 11 *de sent. exc.*: Inno (Innocenz) hic et communiter moderniores tenent oppositum (gegen Hostiensis), dicentes contractum validum, et pro hoc iste textus, qui loquitur indistincte (ohne Unterschied zu machen, ob der andere Teil scienter oder ignoranter in bezug auf die Exkommunikation kontrahierte). Item contractus est de iure gentium, excommunicatio vero de iure positivo . . . *virtus contractus non debet impediri pro hoc, quia communitio cum excommunicato non prohibetur simpliciter, sed sub certa poena, et ideo satis est quod poena committatur, et hoc argumentum sufficeret tenendo opinionem* . . .

Die Tendenz ging demnach dahin, den Exkommunizierten in seinen Rechten weniger stark zu beschränken.

Die Legisten haben auch Exkommunikation und Bann verglichen, so Bartolus, der nur als Beispiel angeführt sei¹⁸⁶. Der *excommunicatus* war *separatus a communione fidelium*, der *deportatus* war *separatus a communione civium*. Daß auch hier Contumazialverfahren möglich waren, war ein weiterer Grund, die Ähnlichkeit der Rechtsinstitute zu betonen.

Bartolus schreibt:

Sed certum est quod licet excommunicato celebrare omnem contractum¹⁸⁷.
Solum enim esse in iudicio ei interdicatur.

Diese Theorie der unbeschränkten und unbeschränkbareren Vertragsfähigkeit scheint nach allem von den Legisten ausgegangen zu sein, deren Autorität wohl auch die spätere Abmilderung der ursprünglich strengeren Folgen der *excommunicatio* zuzuschreiben ist. Eine Anwendung von *mors civilis* auf die *excommunicatio* ist jedoch bei den Legisten ebensowenig zu finden wie bei der Erörterung der *bannitio*. Die Erwähnung bei Johannes Andreae ist zum einen sehr spät und zum anderen zu kurz, um daraus weitere Schlüsse ziehen zu können.

§ 18 *Eintritt in ein Kloster*

Ort der Abhandlung ist fast stets die *Authentica Ingressi* zu C. 1, 2, 13. Der Apparat des Jacobus de Ravanis, der seinerseits auf die Glosse zurückgreift, sie jedoch in verschiedenen Punkten erweitert, ist übernommen und nur geringfügig geändert von Bartolus; auch Baldus hat noch dieselben Fragestellungen.

a) Die am meisten untersuchte Frage war die nach dem Übergang des Eigentums der ins Kloster eintretenden Professoren.

Dabei wurde die Theorie der *dedicatio* vertreten, die sich aus der *Authentica Ingressi* entwickeln ließ. Es handelt sich dabei jedoch schon um eine mittelalterliche Redaktion des ursprünglichen Textes. In der zugrunde liegenden Novelle 5 c. 5 heißt es nur

... Ingredientem ... sequuntur omnino res: licet non expressim, quia introduxerat eas dixerit. et non erit dominus earum ulterius ullo modo.

¹⁸⁶ Quaestio Lucanae (Tractatus S. 476): *Exbanniti aequiparantur excommunicatis.*

¹⁸⁷ Tractatus S. 477 oben.

Der Rechtstitel, nach dem das Kloster erwarb, war dabei nicht genannt. Die Erörterungen darüber waren auch später noch sehr weitläufig.

Als feststehend galt, daß der Mönch kein Eigentum für sich mehr haben konnte. Behielt er sich beim Eintritt ins Kloster solches vor, so konnte der Eintritt ungültig sein, falls es in Form einer *conditio* geschah; wenn nur ein *pactum appositum* vorlag, war nur dieses nichtig, der Eintritt gültig. Ebenso wurde nachträglicher Vorbehalt gewertet. Dies entspricht im ganzen der mittelalterlichen und bis Bartolus fortentwickelten Theorie der Teilnichtigkeit, die sich an der Parömie „*utile per inutile non vitiatur*“ und ihrem *contra*¹⁸⁸ orientiert und stets Teilbarkeit in gültige und ungültige Vertrags- teile und Abtrennbarkeit nach zeitlichem Abschluß oder nach geringerer Wichtigkeit voraussetzt.

Das Kloster konnte Eigentum erwerben wie ein Erbe, dann träfe das „*ac si mortuus esset*“ beim Kloster einfach zu. Dafür sprach die Regelung in Nov. 123 c. 38, daß das Kloster bei vorheriger Güterverteilung Anspruch auf mindestens einen Kindsteil hatte. Dagegen sprach aber schon die Schuldenhaftung des Erben, die das Kloster natürlich von sich abzuwenden trachtete. Die Theorie, daß das Kloster die Güter wie ein *pater arrogans* erwürbe, war dem Kloster vorteilhafter und setzte sich durch.

Die *dedicatio expressa* galt als *causa*, wohl nicht als Titel für den Eigentums- erwerb: sie bestand darin, daß man „*se et sua*“ dem Kloster übergab, wäh- rend „*se cum sua*“ als *tacita dedicatio* interpretiert wurde. Unterschiedliche Rechtsfolgen der beiden gedachten Konstruktionen konnten zutage treten, wenn der *ingressus* selbst aus irgendwelchen Gründen ungültig war, denn die *dedicatio expressa* galt für sich, wie ein abstraktes Rechtsgeschäft, während die Rechtsfolgen der *tacita dedicatio* von der Gültigkeit des *ingressus* un- trennbar waren.

b) Eine schwierige Rechtsfrage in diesem Zusammenhang war auch, ob das Kloster die Erbschaft bekäme, die seinem Mitglied zufiel, wenn sie unter der Bedingung vermacht war, daß er sie einem Substituten auszuliefern habe, falls er ohne Kinder stürbe. Hier kam es auf den Titel des Klosters an. Da es seinen Erbteil *loco filii* erhielt, konnte es auch *fili* *loco* stehen. Andererseits hatte der Mönch das Kloster nicht in seiner *potestas*, sondern er verhielt sich zu ihm wie ein arrogierter *filius* zu seinem *pater arrogans*. So hatte die Lösung ein *pro* und ein *contra*, beide durch Heranziehung dafür nicht gedachter Normen römischen Zivilrechts unterstützt.

¹⁸⁸ Aus D. 45, 1, 1, 5 entnommen und schon bei Azo zum *Brocardum* entwickelt.

Bartolus versucht im Anschluß an Richard Malumbra die Lösung dadurch, daß er die Bedingung, unter der der Substitut eingesetzt war, für ungültig erklärt¹⁸⁹: sie schade dem favor ecclesiae. Demnach durfte der Mönch die Erbschaft behalten und sie fiel dem Kloster an.

c) Auch die Frage, ob der Mönch liber oder servus sei, warf Probleme auf, die nur durch umständliches Distinguieren zu lösen waren, denn er hatte von beiden Elementen etwas: Er mußte gehorchen wie ein servus und durfte doch auch testis oder arbiter sein, was nur einem Freien zukam. Auch findet sich ausdrücklich erwähnt, daß servitus durch Eintritt in ein Kloster aufgehoben würde¹⁹⁰.

d) Ob der minor XXV annis ohne Erlaubnis durch ein decretum tutoris seine Sachen ins Kloster einbringen durfte, war eine Frage, die Grund gab, die Regeln über mors anzuwenden: Ohne decretum tutoris durfte er von Todes wegen verfügen, folglich auch ins Kloster einbringen. Diese reichlich an den Haaren herbeigezogene Lösung mißfällt dem Bartolus¹⁹¹:

Haec ratio non videtur bona, quia minor posset alienare moriendo. hoc contingit per mortem naturalem, quae de necessitate contingit et praevent. sed hic iste ingressus de voluntate procedit;

jedoch blieb das Problem des gebundenen Willens das gleiche. Die Lösung mußte also dogmatisch auf einem anderen Weg gefunden werden. Bartolus läßt die Handlung des minor von Gesetzes wegen gültig sein¹⁹²:

Dico tamen quod isto casu minor alienare potest: ratio est, quia facit illud quod quilibet paterfamilias faceret, si maior esset. et hoc casu in istis spiritualibus reputatur maior . . . hoc etiam probatur, quia alienatio fit per illam legem, per quam potest facere minor sine decreto, quasi non ipse, sed lex faciat . . .

Also erfolgte auch der Güterübergang durch Gesetz selbst, ein decretum tutoris wäre ebenso nutzlos wie überflüssig gewesen.

¹⁸⁹ BARTOLUS Codex a.a.O. zu C. 1, 1, S. 47 Rdnr. 53: Richar. Malum. idem tenet ratione tali. istud fideicommissum seu conditio reprobat, et pro non adiecta habetur, non quod monasterium habeatur loco filii, sed quia est impedimentum vitae contemplativae. nam si vivens bona restituere cogetur, si decesserit sine liberis ex se natis, compelleretur ad contrahendum matrimonium, et removeretur a voto religionis et castitatis, ideo Imperator tale gravamen habuit pro non adiecto.

¹⁹⁰ Nov. 5 c. 2: . . . et arripiantur in libertatem.

¹⁹¹ Codex a.a.O. S. 47 Rdnr. 48.

¹⁹² Codex a.a.O. S. 47 Rdnr. 48.

e) Auch die Frage, ob der ususfructus erhalten blieb, war für das Kloster wichtig. Um zu wissen, ob er weiterbestand, mußte erkannt werden, ob der Mönch nach der *professio capite minutus* war, da in diesem Fall der ususfructus untergegangen wäre. Das wurde verneint, da das Klosterleben der Übergang in eine bessere *conditio* war, eine *capitis deminutio* also nicht vorliegen konnte. Allerdings ist dabei unberücksichtigt gelassen, daß *capitis deminutio* nach römischen Quellen auch für den Übergang zu einer besseren *conditio* gebraucht wurde¹⁹³.

Der ususfructus wurde von den meisten Autoren dem Kloster für die Lebenszeit des Mönches zugesprochen. Als Rechtsgrund wurde der Erwerb des ususfructus durch den Haussohn für den Vater angesehen¹⁹⁴, dies galt jedoch auch im römischen Recht nur für die Lebzeit des Sohnes und wurde dementsprechend konstruiert.

f) Daß der Mönch nach der *professio* nicht mehr testieren könne, war allgemein anerkannt, da er ja nicht mehr *dominus* war. Zuerkannt wurde ihm eine Möglichkeit, seine Güter zu verteilen in Anwendung der *Nov. 123 c. 38*¹⁹⁵.

§ 19 Eintritt in einen Bettelorden

Die Regel des Franciscus, die ihren Ordensangehörigen jegliches Eigentum, auch in *communi*, untersagte, stellte die Juristen vor größere Rätsel als der *ingressus monasterii* vorher.

Bartolus schreibt in seinem *Liber minoricarum I, prooemium*¹⁹⁶:

... cuius vitae tanta est novitas, quod de ea in corpore iuris civilis non reperitur autoritas¹⁹⁷ ...

¹⁹³ Vgl. Paul., D. 4, 5, 3, 1: *Emancipato filio et ceteris personis capitis minutio manifesto accidit* ...

¹⁹⁴ *Arg. C. 3, 33, 17, 1.*

¹⁹⁵ *Etiam sic liceat ei, postquam monasterium ingreditur, suam facultatem in proprios dividere filios* ...

¹⁹⁶ Bartoli *Comm. in Institutiones et eiusdem tractatus XXXIX* (ed. s. Ann. 150) S. 560 ff. Der *Liber minoricarum* ist in vier Bücher eingeteilt.

¹⁹⁷ Ergänzend: *Lib. min. I Dist. I c. 1 (a.a.O. S. 561)*: *Aliquis status inter seculares homines ob aliquam causam nullo iure institutionis est inventus. nam homines liberi, cuius status est integer, habere possunt in proprio et in communi. quidam tamen sunt quorum status propter poenam minutus est, ut deportati in insulam, qui licet ea, quae iuris civilis sunt, perdant, tamen quae iuris gentium sunt, retinent, et ex his causis possunt sibi acquirere et actiones habere. ... quidam sunt servi poenae, et sic eorum status in totum perimitur, et sic perdunt omnia, tamen pro alimentis potest sibi legari, et ipsemet potest per se vel per alios iudicis officium implorare, ut sibi solvatur. ... tamen fratres praedicti pro nulla re tempo-*

Dies zeigt, wie schwierig es war, den völlig neuen Sachverhalt, nach dem jedes Eigentum unmöglich war, unter bekannte Rechtsregeln zu subsumieren. Die römischrechtliche Lehre von den *status personae* erscheint als nicht mehr ausreichend, um dem Phänomen eine begreifbare juristische Grundlage zu geben.

Zur Lösung der auftretenden Probleme war die Konstruktion der *mors civilis* willkommen, und es wurde nicht gezögert, sie anzuwenden, also die durch Eintritt in einen Bettelorden sich ergebenden Rechtsfolgen mit denen des natürlichen Todes gleichzusetzen.

Die Eigentumsverhältnisse an ehemaligen Gütern der Bettelmönche waren die wichtigsten rechtlichen Probleme auf. Innocenz IV. schreibt dazu¹⁹⁸:

Dicunt quidam quod bona eius debent haberi pro derelicto: et sic occupanti conceduntur . . . per totum. vel in causa caduci sunt . . .

Alii dicunt quod debent pervenire ad succedentes ab intestato, quia ex quo professus est mortuus fingitur. Alii dicunt quod non sit tamen monachus monasterii quod ingreditur, sed etiam episcopi. quando monasterium ergo non potest bona eius habere pervenient ad episcopum.

Cinus¹⁹⁹ führt als Meinung des Jacobus de Ravanis und des Petrus de Bellapertica aus, daß die Bettelmönche auf keinen Fall succedierten. Andere aber würden Nachfolge erlauben:

Non ut possideant, sed ut vendant et pecuniam convertant in vestes, libros et alimenta.

Jacobus de Arena will die Sache als der *Ecclesia Romana* erworben betrachten, die soweit *caput ordinis sei* (die Konstruktion ist dem Verhältnis *pater – filius* angenähert). Cinus hält jedoch nicht viel davon:

De hoc non multum gauderent fratres si Ecclesia Romana haberet aliquid²⁰⁰.

rali possunt esse in iudicio . . . cum ergo sit vitae tanta singularitas, non mirum si eorum occasione singularia dubia oriantur.

¹⁹⁸ C. in praesentia = c 8 X, II, 19 de probationibus (SINIBALDUS FLISCUS [Innocenz IV] *Comm. in V Libros Decretalium*, Frankfurt 1570, unveränderter Neudruck Frankfurt 1968). Von ihm schrieb noch Johannes Andreae ab, eod. Rdnr. 19 des Neudrucks, S. 116 der Ausgabe: JOANNIS ANDREAE *Novella Comment. in Secundum Decretalium* (unveränderter Neudruck der Ed. Venetis 1581, Torino 1963). Er gestattete jedoch im Gegensatz zu Innocenz, daß die Erbschaft dann anfallen könne, wenn sie verkauft würde und an ihrer Stelle der Kaufpreis zum Lebensunterhalt der Mönche diene.

¹⁹⁹ *Lex Deo nobis*, C. 1, 3, 56 (a.a.O.).

²⁰⁰ Möglicherweise liegen dieser etwas maliziös anmutenden Aussage die Spannungen zwischen Klerus, Bettelorden und Papst zugrunde, die im 13. Jahrhundert zu recht heftigen Auseinandersetzungen und Parteinahmen, vor allem in Frankreich, führten. Dazu vgl. W. SCHLEYER, *Anfänge des Gallikanismus im 13. Jahrhundert* (Berlin 1937).

Dieser Streit währte bis zu der päpstlichen Regelung durch Papst Clemens V. (1305–14)²⁰¹, in der klargestellt wurde, daß die Bettelorden außer dem Lebensnotwendigen und Erlaubten (hier nur *ususfructus* und kein Eigentum) nichts haben und empfangen könnten und im übrigen ihrer Regel strikt verpflichtet wären. Ähnlich hatte es auch schon bei Bonifaz VIII. gelautet²⁰².

Bartolus hielt die Bettelmönche für *incapaces*, eine Verpflichtung ihnen gegenüber, sei es aus Testament, sei aus Legat, für ungültig, da sie ein *impossibile* darstelle²⁰³. Sie erbten auch nicht als Intestaterben²⁰⁴.

Die Güter des Bettelmönches konnten durch Testament hinterlassen werden, das Gut fiel den Erben bei Klostereintritt an. Nach dem Effekt waren *mors civilis* und *naturalis* hier gleich²⁰⁵:

... *haeredes instituti in testamento talis sic ingredientis capient ipsius haereditatem statim, non expectata morte naturali, licet in ingredientibus alias religiones consueverit dubitari... Ratio quia ibi civilis mors quo ad abdicacionem bonorum ab eo habet omnino eundem effectum quem habet mors naturalis, ergo idem ius...*

Ebenso argumentiert Baldus zur *Auth. Ingressi*²⁰⁶. Er ist jedoch der Meinung, daß nach Klostereintritt

(*secundum omnes*) *bona vacant... eo genere vacationis quo per mortem naturalem: unde aquiruntur venientibus ab intestato et proprius loquendo non sunt bona vacantia sed hereditas iacens secundum doc. et ita tenet Jaco(bus) But(rigarius) bona enim non dicuntur vacantia. (Letzterer leitet diese Folge jedoch aus einem anderen Grund her)... unde fiscus est post omnes successores.*

Baldus neigt mehr dazu, zur Erklärung des status der *mendicantes* die *similitudo mortuorum* zu Hilfe zu nehmen. Dies ist besonders ausgeführt für die Frage, ob der Bettelmönch den anderen (*Intestat-*)Erben oder Sub-

²⁰¹ c. 1: *Exivi de paradiso, Clem. V, 11 (6. Mai 1312): ... quia igitur in successionibus transit non solum usus rei, sed et dominium suo temporae in heredes, fratres autem praefati nihil sibi in speciali acquirere, vel eorum ordini possunt etiam in communi: declarando dicimus quod successionem huiusmodi, quae etiam ex sui (sua) natura indifferenter ad pecuniam, et etiam ad alia mobilia et immobilia se extendunt, considerata sui puritate voti nulla tenes sunt capaces...*

²⁰² c. 3 *Exiit. in VI^{to}, V, 11.*

²⁰³ Die ihnen gegenüber Verpflichteten sind deshalb auch in *foro conscientiae* befreit und nicht *naturaliter* obliert.

²⁰⁴ *Lib. IV Min. Dist. I c. 1 (Inst. a.a.O. S. 561).*

²⁰⁵ *A.a.O. Dist. II, c. 2.*

²⁰⁶ *A.a.O. (s. Anm. 158) Bl. XIX Rdnr. 19.*

stituten im Wege steht. In seiner *repetitio* zur *Auth. Ingressi* schreibt Baldus (*in fine*)²⁰⁷:

Sed ingrediendo hunc ordinem renunciat precise omnibus mundanis et est magis precisa renunciatio que fit in seculo ista quam faciunt fratres minores: ergo multo fortius habetur pro mortuo et aliis succedentibus non obstat.

Der freiwillige Verzicht auf alles Weltliche ist nach Baldus die Konstruktionshilfe für die weitgehende Unfähigkeit, Rechte zu haben.

Aus den vergleichbaren Formen des zu den betreffenden Zeiten in der Praxis angewandten Rechts war deutlich zu sehen, wo *mors civilis* schließlich vorkommt, nämlich in der tiefergehenden Erörterung gelehrten Rechts, die Erscheinungen auf ihre rechtliche Konstruktion hin untersucht: Als Argument wird jedoch *mors civilis* in der Untersuchung, welche Rechtsfolgen eintreten, nicht benutzt. Erst wenn die Rechtsfolgen festgestellt sind, kann von *mors civilis* gesprochen werden, denn man orientiert sich am *effectus*.

Aus der vorliegenden Untersuchung über die Glossatoren- und Kommentatorenzeit ergibt sich, daß eine generelle Theorie der *mors civilis* als Rechtsunfähigkeit nicht erdacht war, daß das Nichtvorhandensein natürlicher und dem *ius gentium* zugehörig gedachter Rechte gerade besondere Schwierigkeiten machte. Der Gedanke, daß das *ius gentium* dem Zugriff der einzelstaatlichen Gesetzgeber nicht zugänglich sei, war dabei maßgebend. Entziehung von Rechten sowie der Fähigkeit sie auszuüben begegnete dagegen nicht denselben gedanklichen Schwierigkeiten, wenn sie einzelstaatlicher Gesetzgebung zugeordnet waren.

Obwohl man erkannte, daß nicht Eigentum, sondern höchstens *ususfructus* oder *usus* für den Menschen lebensnotwendig sei, fiel es doch schwer, die Inkapazität, Eigentum zu haben, rechtslogisch zu erklären. Die mittelalterliche Theorie ist insoweit über die des römischen Rechts nicht hinausgedrungen: Dort gab es verschiedene Inkapazitäten für jeweils spezielle Berechtigungen, die nach unserem heutigen System teils unter Rechts-, teils unter Geschäftsfähigkeit einzuordnen wären und mit der Statuslehre verbunden waren. In der Anwendung der Statuslehre auf neuartige Tatbestände hat die mittelalterliche Theorie das römische Recht nicht einmal erreicht.

²⁰⁷ A.a.O. Bl. XX Rdnr. 29.

IV. „LA MORT CIVILE“ IN DER FRANZÖSISCHEN GESETZGEBUNG²⁰⁸

§ 20 *Der Begriff in der Neuzeit*

Der französische Code Civil enthielt²⁰⁰ zur Zeit seiner Entstehung Bestimmungen über „la mort civile“, aus denen, mit Bezugnahme auf den etwas später publizierten Code pénal²¹⁰ hervorging, wann mort civile eintrat und welche Wirkungen dadurch entstehen sollten.

Die in Art. 25²¹¹ beschriebenen Wirkungen der mort civile bedeuteten einen Ausschluß von der Beteiligung an bestimmten Rechten der Gesellschaft: Dies war sowohl Folge als auch Voraussetzung der mort civile, denn sie trat ein bei Verurteilung „à des peines dont l'effet est de priver celui qui est condamné, de toute participation aux droits civils ci-après exprimés.“ Vermögensrechtliche Verfügungen wurden dem von mort civile Betroffenen unmöglich gemacht, da sein Vermögen an die Intestaterben fiel; erben oder beschenkt werden konnte er nicht mehr; einzig „pour cause d'aliments“ konnte er schenkweise etwas erwerben. Gewisse Funktionen, die eine Teilnahme am zivilen Leben voraussetzten, konnte er nicht ausfüllen und folglich nicht Zeuge oder tutor sein und auch nicht vor Gericht auftreten. Weiterhin konnte er keine Ehe mit zivilrechtlich gültigen Folgen schließen, ein

²⁰⁸ Der Stoff dieses Kapitels wird sehr ausführlich in der Berliner Dissertation von F. WEITHASE, Über den bürgerlichen Tod als Strafrechtsfolge (1966) behandelt, die bisher leider nur vervielfältigt erschienen ist und mir erst bei Abschluß dieser Arbeit durch Zufall bekanntgeworden ist; es wurde noch nirgends auf sie hingewiesen. Meine Ergebnisse stimmen mit denen von Weithase, namentlich bei der Darstellung der äußeren Rechtsgeschichte, auf weite Strecken überein; die Arbeit von Weithase stützt sich auf wesentlich mehr Material, worauf ich hier mit Nachdruck hinweisen möchte; meine Sammlung sollte nur beispielhafte Stellen bringen. Unterschiede ergeben sich jedoch an einigen wichtigen Punkten hinsichtlich der dogmatischen Einordnung und der historischen Herleitung bestimmter Ansichten zur mort civile. Dies mag daran liegen, daß Weithases Betrachtung erst mit den Kommentatoren einsetzt und der hier im II. und III. Kapitel gewonnenen Grundlagen entbehrt. Ich habe mich daher entschlossen, der Abrundung der Darstellung und der gleichmäßigen Verteilung der Gewichte halber, dem Kapitel seinen jetzigen Umfang zu belassen. Nur so ließ sich zeigen, daß in der späteren Geschichte der mort civile die römische Statuslehre durch den auf ihr beruhenden Begriff der *capacité* nachwirkt und eine Voraussetzung der gedanklichen Konstruktion dieses Instituts bildet.

²⁰⁰ Im ersten Buch, II. Kapitel, Section II unter dem Untertitel: „De la Privation des Droits civils par suite des condamnations judiciaires“.

²¹⁰ Art. 18: Les condamnations aux travaux forcés à perpétuité et à la déportation emporteront mort civile.

²¹¹ S. unten Anm. 291.

Ergebnis der in der Revolution durchgesetzten Auffassung der Ehe als rein zivilrechtlichem Kontrakt. Seine Rechtspersönlichkeit war, soweit das durch Erbgang möglich ist, auf die Erben übergegangen²¹².

Die in Art. 25 CC ausführlich normierten Rechtsfolgen und ebenso die in Art. 22 CC umschriebenen Voraussetzungen für *mort civile* zeigen deutlich, daß in diesem Begriff nun ein anderer rechtlicher Inhalt enthalten war, als man den Abhandlungen der Glossatoren und Kommentatoren entnehmen konnte. Während dort *mors civilis* keine eintretende Rechtsfolge durch sich selbst erklärte, sondern nur bei sich bietender Gelegenheit zur systematisierenden Einordnung von Rechtsfolgen, die sich aus von diesem Begriff völlig unabhängigen Rechtsvoraussetzungen herleiteten, benutzt wurde, ist *la mort civile* nun ein selbständiger Rechtsgrund für den Verlust von Berechtigungen und Fähigkeiten geworden.

Die veränderte Bedeutung des Begriffs unter dem bekannten Namen ist nicht allein der Redaktion des Code Civil zuzuschreiben. Diese übernahm vielmehr das bisher, vor allem im 18. Jahrhundert, in Frankreich gebrauchte Recht zu großen Teilen. Man kann der Verwendung des Begriffs *mort civile* im Code Civil ohne weiteres entnehmen, daß in Frankreich, wenigstens in dem der Kodifikation vorangehenden Jahrhundert, *la mort civile* ein gängiger Begriff mit eigener rechtlich relevanter Bedeutung war. Dasselbe ergibt sich aus der Literatur des 18. Jahrhunderts über *mort civile*.

Einer Anwendung des Begriffs, wie ihn die Glossatoren oder Kommentatoren verstanden, hätte zunächst entgegengestanden, daß die Gesetzesautorität der überlieferten Normen des römischen Rechts für die Gesetzgeber des Code Civil nicht mehr vorgegeben war. Es konnten also auch keine vorgegebenen Rechtsnormen durch die ihnen zugehörigen Rechtsfolgen den Begriff in seiner Anwendbarkeit umgrenzen. Zum anderen wäre einfach nicht denkbar, wie ein rein scholastischer Denkweise angehörender Begriff ohne praktische Anwendung die Jahrhunderte hätte überdauern sollen.

Ein gewisser Wandel in der Bedeutung des Begriffs *mors civilis* muß daher schon zu Beginn seines Gebrauchs in der Praxis stattgefunden haben. Der schlagwortartige Charakter der Wortverbindung erklärt leicht, daß sie, einmal für bestimmte Tatbestände benutzt, immer weitere Verbreitung fand. Dabei geriet die ursprüngliche, scholastischer Denkweise entstammende Spe-

²¹² Nach der im französischen Recht seit Jahrhunderten gültiges Recht ausdrückenden Parömie: „*Le mort saisit le vif*“ ist die erbende Person sofort in den Besitz der ihr anfallenden Rechte gesetzt.

zifizierung mehr oder weniger in Vergessenheit. Der Wortinhalt selbst gab vor allem der juristischen Literatur des 18. Jahrhunderts Gelegenheit, dem Begriff neue Bedeutung beizulegen. Der juristische Inhalt ist sodann dem Wortsinn gefolgt und von der Anwendbarkeit auf römischrechtliche Quellen, die in Frankreich ohnehin nur in den Ländern des *droit écrit* als gültige Rechtsquelle zur Verfügung gestanden hätten, freigeworden. Soweit römisches Recht als *ratio scripta* aufgefaßt wurde, konnten allerdings römische Rechtsinstitute im übrigen Frankreich bei der Erörterung der *mort civile* verwendet werden und wurden es auch.

Die *capacité* und der *état civil* der ihr unterworfenen Personen wurde durch „*mort civile*“ im Laufe der Jahrhunderte in unterschiedlichem Umfang gemindert. Dies galt für zu lebenslänglicher Strafe Verurteilte wie für Klosterleute nach Ablegung der feierlichen Gelübde. Dabei ist nicht auszuschließen, daß gewisse Unterschiede in der Beurteilung des Umfangs der *mort civile* durch lückenhafte Kenntnisse der zeitgenössischen Autoren von den Wirkungen der *mort civile* erst entstanden sind.

Man kann jedoch davon ausgehen, daß der Verlust der Eigenschaft, Mitbürger zu sein, und der Fortfall der damit verbundenen Rechte stets eine wesentliche Voraussetzung der *mort civile* war. In der frühen Zeit der Übernahme der *mort civile* in das französische Rechtsleben bildete die dem ban zugrunde liegende Idee des Ausschlusses aus der Gemeinschaft ebenso die Voraussetzung für die gedankliche Möglichkeit einer solchen Konstruktion, die das Bürgerrecht und damit den rechtlichen Schutz der Gemeinschaft verlorengehen ließ, wie später die Idee des *Contrat social*, den man als von dem – dadurch rechtlich schutzunwürdigen – Verbrecher gekündigt ansah. Diese spätere Konstruktion basiert auf der französischen Lehre vom *état civil* des *personnes*, bei der zumindest Elemente der römischen Statuslehre verwendet wurden, nach welcher der *status personae* jederzeit modifizierbar war.

§ 21 *Verbreitung in anderen europäischen Ländern*

Die Verbreitung des Begriffs *mors civilis* (*mort civile*) bis in die neueste Zeit findet sich vor allem in Frankreich, während er in den übrigen europäischen Ländern nur am Rande erscheint²¹³, in manchen Fällen vom fran-

²¹³ Vgl. dazu E. RIEZLER, Art. Ehre im RVergl. Handwörterbuch (Schlegelberger) Bd. 2 (Berlin 1929) S. 758 ff.: Belgien (S. 763/64): Beeinflussung durch den Code Civil. Aufhebung durch Gesetze vom 8. 6. 1850 und vom 31. 5. 1854; Italien: Stillschweigende Auf-

zösischen Recht beeinflußt. Aufgehoben wurde die Institution in allen europäischen Ländern einschließlich Frankreichs ungefähr gleichzeitig um die Mitte des 19. Jahrhunderts. Da eine selbständige Entwicklung dieses Begriffs nur für Frankreich verfolgt werden kann, beschränkt sich die vorliegende Untersuchung auf das französische Recht.

In deutschen Rechtsquellen taucht *mors civilis* fast überhaupt nicht auf. In den *Constitutiones ineditae* Kursachsens von 1572, Art. 35, findet sich der Begriff einmal: „Also sol es auch gehalten werden, wan der Mann in die Reichsacht oder in die Landvestunge ercleret oder sonst civiliter mortuus est etc.“²¹⁴. Die kursächsischen Konstitutionen unterscheiden sich von den Rechtsaufzeichnungen der übrigen Territorien durch ihren gelehrten Stil²¹⁵, der bedingt war durch die besonderen in Sachsen herrschenden Gerichtsverhältnisse²¹⁶; die *constitutiones ineditae* haben jedoch niemals Gesetzeskraft erlangt. Schon aus dieser Quelle allein ergibt sich, daß der Begriff *mors civilis* in Deutschland nur akademischen Rang hatte und wenn überhaupt, dann höchstens für gelehrte Abhandlungen benutzt wurde. In den für Laien aufgezeichneten Rechtsbüchern findet er sich dagegen nicht.

Als „bürgerlicher Tod“ kommt der Begriff vor im bayerischen StGB von 1813, Art. 7 und 8. Die Abhängigkeit vom französischen Recht ist in diesem Fall evident²¹⁷. Der bürgerliche Tod wurde durch Gesetz vom 18. November 1849 in Bayern abgeschafft. Für seine Aufrechterhaltung erhob sich in der bayerischen Deputierten- und Reichsratskammer nicht eine Stimme²¹⁸.

hebung durch Fehlen der gesetzlichen Strafbestimmung, die *mors civilis* zuließe in Verbindung mit Art. 1 des *Codice civile*, dazu BRUNIALTI, Art. *Morte civile* in *Encicl. Giurid. Ital.* vol. X. parte 3 S. 522 ff.; England: Civil death war dem englischen Recht bekannt und als Folge der felony bis in die neueste Zeit theoretisch, wenn auch nicht praktisch anwendbar. Vgl. dazu F. POLLOCK, *Principles of contract*, 13. Aufl. (London 1950) S. 67 n. 37 gegen ANSON, *Principles of English Law of Contract*, 16. Aufl. (1923). In der 21. Aufl. (1959) ist über den Streit nichts mehr zu finden. Zum englischen Recht vergl. auch SCHIRRMEISTER, *Das bürgerliche Recht Englands* (1906) S. 8 ff. In manchen deutschen Staaten wurde *mors civilis* nach Maßgabe des CC eingeführt, vgl. WEITHASE, a.a.O. S. 75 ff.

²¹⁴ Quellen zur neueren Privatrechtsgeschichte Deutschlands, ed. W. KUNKEL, H. THIEME, F. BEYERLE Bd. 1 (Weimar 1938), S. 313.

²¹⁵ Vgl. KUNKEL a.a.O., Einleitung S. XXXV.

²¹⁶ KUNKEL a.a.O. S. XL ff., der auch die Fundstelle angibt. In Hessen wurde der bürgerliche Tod 1841, in Baden 1845, in Rheinpreußen 1848 (1850), in Oldenburg 1849 abgeschafft (WEITHASE a.a.O. S. 104 f.).

²¹⁷ Vgl. hierzu eingehend F. WEITHASE a.a.O. S. 79 ff., der auch feststellt, daß der bürgerliche Tod in Deutschland keine historischen Vorbilder hatte (S. 83). Über die Einführung des bürgerlichen Todes in anderen deutschen Einzelstaaten vgl. WEITHASE a.a.O. S. 87 ff.; über seine Abschaffung ders. a.a.O. S. 104 ff.

²¹⁸ Vgl. E. J. PARAQUIN, *Die franz. Gesetzgebung* (München 1861), Tit. II S. 14 ff. (15).

Ebenso finden sich Bestimmungen über den bürgerlichen Tod im preußischen ALR, II 11 §§1199–1205, jedoch nur für Klosterleute. In Preußen wurde der bürgerliche Tod abgeschafft durch Art. 10 der Verfassungsurkunde von 1850.

Aus dem Fehlen des Begriffs *mors civilis* bzw. bürgerlicher Tod kann nicht geschlossen werden, daß es in Deutschland die entsprechenden, dem Begriff in Frankreich zugeordneten Rechtsfolgen nicht gab. Schon nach dem Sachsen-spiegel (I, 25 § 3) und dem Schwabenspiegel (§ 27) waren Klosterleute unfähig zu erben. Der Rechtssatz hat sich auch weiterhin durchgesetzt.

Das Rechtsinstitut der Verbannung, ebenso wie das der Gütereinziehung findet sich ebenso wie in Frankreich in deutschen Rechten in mannigfacher Differenzierung. Es gab Bezeichnungen von Achtfolgen, die einer *mors civilis* sehr nahe kamen²¹⁹, der Begriff selbst wurde jedoch nicht benutzt.

§ 22 Anwendungsbereiche für *mort civile* im französischen Recht seit dem 13. Jahrhundert

In den älteren französischen Rechtsquellen, den privaten Sammlungen des 13. Jahrhunderts²²⁰, findet man den terminus *mort civile* ebensowenig wie in den *Coutumes* der offiziellen Redaktion. In letzteren sind strafrechtliche Bestimmungen selten; ein etwa vorhandener strafrechtlicher Teil ist meist knapp gehalten. Auch die Urteilssammlungen des älteren Rechts, wie *Les Olim*, enthalten in ihren knappen Schilderungen den Begriff nicht.

In der *Summa de legibus Normannie*²²¹ ist allerdings schon zu finden, daß es zwei Arten zu sterben gäbe²²²:

„Cedere autem possunt homines dupliciter in Normannia: aut religionem subeundo, et sic descendit hereditas ad eorum heredes . . .“

und weiter²²³

„ . . . ita quod mundo mortuus reputetur.“

²¹⁹ Die Blume von Magdeburg II, 1, 88: „Di wile man in die ochte ist, so hot man in dem gerichte vor tot“; das kleine Kaiserrecht 1, 30, für Ladungsungehorsam: „ . . . wen der kaiser ruft im enantwurt der nit, der hat sich gemacht tode“ (zitiert nach H. STUTS, Bann und Acht und ihre Grundlagen im Totenglauben [Berlin 1959] S. 136).

²²⁰ Eine Aufzählung der verschiedenen Quellen findet sich bei P. VIOLLET, *Histoire du Droit Civil Français*, 3. ed. (Paris 1905) S. 192 ff. (177 ff.).

²²¹ Ed. E. J. TARDIF, *Coutumiers de Normandie T. II* (Rouen-Paris 1896). Die *Summa* entstand in zwei Teilen um 1200 und um 1220 (vgl. P. VIOLLET a.a.O. S. 192 [177]).

²²² A.a.O. cap. XXXII, 2 (S. 107).

²²³ A.a.O. cap. XXXII, 10 (S. 108).

Ebenso finden sich zum Tatbestand des Klostereintritts schon frühzeitig Urteile, die die Erbfolge betreffen²²⁴. Im *Droit coutumier* erhielt die Erbschaft regelmäßig nicht das Kloster, sondern die Angehörigen erbten: Klosterleute konnten ihre Güter nicht mitnehmen.

Bei der Untersuchung der Ausbreitung des Begriffs *mort civile* darf man nicht außer acht lassen, daß *mort civile* sowohl im Rahmen des Strafrechts als auch bei der Reaktion des weltlichen Gesetzgebers auf den Klostereintritt vorstellbar war. Anwendbarkeit des Begriffs und Gestaltung rechtlicher Folgen sind in gegenseitiger Abhängigkeit zu denken und haben in beiden Fällen durch die juristischen Autoren große Förderung erfahren²²⁵.

Die Erörterungen der Kommentatoren zu „ban“, „deportatio“ und „ingressus religionem“ zeigen den Weg an, auf welchem *la mort civile* in die französische Praxis und Gesetzgebung eingedrungen sein dürfte²²⁶. Die am gelehrten Recht geschulten Kommentatoren der französischen *Coutumes* haben mit dazu beigetragen, daß *mors civilis* auf in den *Coutumes* vorkommende Tatbestände anwendbar wurde. Dies läßt sich jedenfalls für den bekanntesten Verfasser von Kommentaren zu den *Coutumes*, Charles Dumoulin (Carolus Molinaeus) nachweisen²²⁷.

²²⁴ Als Beispiel sei angeführt ein *Arrêt de l'Echiquier de Normandie* (*Recueil des Jugements de l'Echiquier de Normandie au XIIIe Siècle*, ed. L. DELISLE (Paris 1864) S. 4: ... „*Judicatum est quod filia Rogeri Verneii habeat asisinam suam de hoc unde pater eius fuit saisitus quando ivit ad religionem* ...“.

²²⁵ Vgl. FARÉ, *Les vœux monastiques et leurs effets civils dans l'ancien droit et le droit moderne* (Paris 1902) S. 143. So auch WEITHASE a.a.O. S. 39 u. 42.

²²⁶ Weitere Zitate aus dem 16. Jh., die Weithase, a.a.O. S. 7—16, anführt, bestätigen deutlich die hier vertretene Meinung: *mors civilis* findet sich in Zusammenhang mit allen von Glosse und Kommentatoren behandelten Instituten des römischen Rechts, so bei *servitus poenae*, *deportatio* und *civitatis amissio*, selbst bei *excommunicatio* (a.a.O. S. 9).

²²⁷ Dumoulin (1500—1566) kommentierte fast alle *Coutumes*, insbesondere die *Coutume* von Paris, die er als zentral für alle *Coutumes* ansah. Von diesem Kommentar wurde der erste Titel fertig. Dumoulin verfolgte den Plan einer generellen Kodifikation unter Zurückführung der verschiedenartigen *coutumiären* Regelungen auf eine gemeinsame Wurzel. Diese Ideen sind zwar nicht zur Durchführung gekommen, hatten jedoch entscheidenden Einfluß auf die Neuredaktion der *Coutumes* nach 1560 (vgl. hierzu P. VIOLLET a.a.O. S. 224 [205 ff.]). Dumoulin bearbeitete die vorliegenden Texte originell und unter Benutzung nicht nur legistischer, sondern auch kanonistischer *termini*: *Commentarium in consuetudines Parisiensis*, Tit. I de Fiefs (1539) (*Opera quae extant omnia*, T. I, Lutetiae Parisiorum 1612), § 1 Gl. IX in ver. „*pendant ladite main*“ (a.a.O. Sp. 237 n. 41): ... „*ut si cliente bonis ademptis deportato, patronus feudum morte civili clientis apertum prehenderit, ... deinde cliens ... plenam et integram restitutionem consecutus fuerit: quia tunc ipso iure civiliter reviviscit et recuperat bona ... et consequenter ipso iure resolvitur manus iniectio, per patronum facta ex capite mortis civilis.*“ Dumoulin beruft sich für diese Interpretation auf C. 9, 51, 1 und 13, D. 2, 4, 10, 6 und D. 28, 2, 29, 5 sowie die Meinung des Baldus.

Die Ordonnances der Könige²²⁸ benutzten *mort civile* ohne eine Definition zu geben, demnach als bereits eingeführten Begriff.

Eine der ersten Erwähnungen von *mort civile* findet sich in der Ordonnance Heinrichs II. von 1556²²⁹. Später handelte die Ordonnance Criminelle Ludwigs XIV. vom 26. 8. 1670²³⁰ ausführlicher über *mort civile*, beschränkte sich jedoch auf den Fall des Contumazurteils. Die Ordonnance von 1556 gibt wenig Anhaltspunkte dafür, wann und unter welchen Voraussetzungen eine Verurteilung zu *mort civile* überhaupt hat stattfinden können. Man kann aus ihr entnehmen, daß der zu *mort civile* Verurteilte sich jedenfalls außerhalb des Königreichs oder an einem zugewiesenen Ort aufzuhalten hatte und, wenn er anderswo und innerhalb des Reiches ergriffen wurde, nach Korsika geschafft werden sollte. In dieser Rechtsfolge ist *mort civile* dem ban an die Seite gestellt, ohne daß unterschiedliche Rechtsvoraussetzungen aufgestellt sind. Über die Rechtsfolgen der *mort civile* erfährt man wenig: Wird einmal *mort civile* in Verbindung mit „confiner“ genannt, so daß man letzteres als Kennzeichen der *mort civile* ansehen könnte, so stehen weiter unten beide Begriffe mit „oder“ verbunden nebeneinander. „Confiner“ soll vermutlich, wie ergänzend aus Äußerungen gleichzeitig lebender Autoren zu entnehmen ist, die *mort civile* mit den in der Ordonnance genannten Strafen gleichsetzen²³¹, die Rechtsfolge nicht im technischen Sinn bezeichnen.

²²⁸ Königliche Ordonnances dienen zunächst der Reform der öffentlichen Verhältnisse für jeweils abgegrenzte kleinere Sachgebiete. Die Materialien der Redaktion waren öfters den cahiers de doléances der Generalstände entnommen. Die so entstandene Gesetzgebung enthielt zahllose kasuistische Einzelregelungen ohne grundsätzlich neues Recht zu schaffen. Erst Ludwig XIV. schuf in den Grandes Ordonnances einen neuen Gesetzestypus, der jeweils umfassend gewisse Materien regelte. Zweck der Grandes Ordonnances war nicht unmittelbar eine Rechtsreform, sondern Feststellung und Neuformulierung des Rechts aufgrund der überlieferten Rechtsquellen. Eingehende Studien zur französischen Gesetzgebung bei W. WILHELM, *Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich*, Ius Commune Bd. I (Ffm. 1967) S. 241 ff. (242, 243); vgl. auch VAN KAN, *Les efforts de codification en France* (Paris 1929).

²²⁹ Ord. von 1556, ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. XIII (Paris 1828) S. 467 ff., no. 362. „... et après avoir trouvé que plusieurs malfaiteurs et délinquans en nostre royaume et terre de notre obéissance sont souvent par nos juges ordinaires, baillis et sénéchaux et par nos cours souveraines condamnés les uns à mort civile confinés en quelque lieu de nostre royaume, autres bannis, perpétuellement d'icelui, lesquels, toutes fois, evadent souvent des lieux où ils ont été confinés et les bannis retournent en nostre royaume . . . avons dit, statué ordonné que ceux qui seront trouvés par nos cours souveraines et autres juges de nostre royaume atteints et convaincus de cas méritant mort civile ou d'être confinés, bannis perpétuellement ou à temps de notredit royaume seront condamnés en ladite île de Corse à toujours ou à temps . . .“.

²³⁰ Art. 29 Tit. XVII (Isambert a.a.O. t. XVIII S. 410).

²³¹ Z. B. Guy Coquille, zitiert bei Weithase a.a.O. S. 8. Weithase erklärt jedoch *confination* technisch als *mort civile* selbst (a.a.O. S. 7).

Wichtiger noch als der materielle Inhalt der Ordonnance dürfte sein, daß als Träger der Gerichtsbarkeit, die u. a. zu *mort civile* verurteilen konnte, hier nur die Gerichte des Königs angegeben werden: „*nos cours souveraines; nos baillis et sénéchaux*“. Letztere waren die Träger der königlichen *haute justice*. Die Verweisung außerhalb des Königreiches war nur den königlichen Gerichten möglich. Für einen minderen Bann wurde der Begriff *mort civile* auch später niemals gebraucht.

Die Theorie, die sich vor allem bei französischen Forschern findet²³², *mort civile* sei als „*idée d'une punition exemplaire*“, von der Justiz entwickelt worden, um damit mittels der Fiktion einer Todesstrafe eine Lücke zu schließen, nämlich die Straflosigkeit des vor Gerichtsverhandlungen und Strafantritt Geflohenen zu hindern, hält einer kritischen historischen Betrachtung nicht stand. Richtig daran ist, daß die erstarkende Königsmacht in Frankreich mehr und mehr die Strafgewalt an sich zog und die ursprünglich privater Disposition unterliegenden Klagen zu öffentlichen Anklagen machte, sowie, daß die Strafen selbst sehr viel strenger wurden. Die mit der Erklärung zu *mort civile* erzielte Rechtsfolge ist jedoch keine königsrechtliche Neuschöpfung aus prozeßrechtlichen Bedürfnissen²³³, sondern allenfalls ein neuer Name für eine oder mehrere alte Institutionen.

Bis zum ersten Auftauchen des Begriffs *mort civile* in der französischen Gesetzgebung hatte sich das Strafverfahren in einem jahrhundertlang fortschreitenden Prozeß stark gewandelt. Für den Fall, daß der Verbrecher sich der Verhandlung und der Strafe oder nur der letzteren entzog, hatte sich seit frühesten Zeiten auch bei nicht handhafter Tat ein *Contumazialverfahren* mit anschließendem *ban* entwickelt²³⁴.

²³² A. RENAUD, *La mort civile en France* (Paris 1843), S. 9, 10: „*c'était la terreur attaché à une exécution publique, qui devait avertir le peuple que la loi avait un bras vengeur, prêt à frapper quiconque oserait la braver*“.

²³³ Die Meinung Weithases, im 16. Jahrhundert sei *mort civile* die zusammenfassende wissenschaftliche Bezeichnung für die nicht zum Tode führenden Kapitalstrafen gewesen (a.a.O. S. 11 ff.), die der *deportatio* nachgebildet waren, sieht die rechtlichen Verhältnisse nicht ganz klar. Man muß, wie sich aus der Erörterung des Bartolus zum Verhältnis von *bannitio* und *deportatio* deutlich ergibt (s. oben S. 64), davon ausgehen, daß die Strafen, auch wenn dafür gelegentlich neue Namen auftauchen, in den betreffenden Rechten bereits vorhanden waren und die römischrechtlichen Normen nur bei Ähnlichkeit zur genaueren Definition herangezogen wurden. Direkte Nachbildungen des römischen Rechts kann man keinesfalls unterstellen. Für eine direkte Rechtsnachbildung ergeben auch die herangezogenen Quellen nichts.

²³⁴ Die beiden Verfahren — Ladungsungehorsam und Urteilsungehorsam — folgten zwar ursprünglich verschiedenen Regeln; die Unterschiede sind jedoch mehr graduell als systematisch. Für die vorliegende Untersuchung kann deshalb von einer genauen Differenzierung

Die Ausbildung des Contumazialverfahrens erfolgte in mehreren Stufen²³⁵, ausgehend vom reinen Ungehorsamsverfahren, das sich in den fränkischen Rechtsbüchern zeigt, und in welchem die Strafe wegen der Säumnis erfolgte, über ein Verfahren, in welchem das Urteil aufgrund der Säumnis mit Hilfe von Geständnisfiktionen erlassen wurde, zu einem Contumazialverfahren, in welchem das Urteil trotz der Säumnis nach Beweisaufnahme als Sachurteil erging²³⁶.

Der Contumazialbann wandelte sich entsprechend dieser prozessualen Entwicklung von einem Mittel zur Ausübung indirekten Zwanges zum Erscheinen vor Gericht zu einem Mittel der Bestrafung. Das Element der Strafe war zunächst nur insoweit im Bann enthalten, als er nach Ablauf einer gesetzten Frist definitiv geworden war, während später die Strafe in den Vordergrund trat. Der Ungehorsam (*despit*)²³⁷ erschien anfänglich als materieller Verstoß, wobei zunächst der verletzte Tatbestand, um welchen Klage erhoben wurde, gleichgültig blieb. In der späteren Entwicklung im Laufe des 13. Jahrhunderts nahm das Bannurteil „*seine causa in sich auf*“²³⁸, der Bann wurde verschieden gewertet je nach dem Tatbestand, der ihm zugrunde lag. In Zivilsachen trat er immer mehr zurück, während er in Strafsachen zum

abgesehen werden. Eine eingehende Darstellung findet sich bei H. MITTEIS, Studien zur Geschichte des Versäumnisurteils, besonders im französischen Recht, SZ, Germ. Abt. Bd. XLII (1921) S. 137 ff. Die bei F. RICHER, *Traité de la mort civile* (Paris 1755) S. 45 und A. RENAUD (a.a.O. S. 9) zu findende Meinung, aus den Kapitularien Karls des Großen ergebe sich der Satz: „*in causa capitali nemo absens damnatur neque absens per alium accusatorem accusari potest*“ ist schon durch die der übrigen Gesetzgebung Karls des Großen widersprechende Tendenz so unglaubwürdig, daß die Unehchtheit der zitierten Stelle ins Auge springt. Es handelt sich um eine Stelle aus *Benedictus Levita*, lib. III, c. 204 (MGH, Leges II b, ed. G. H. PERTZ [Hannover 1837] S. 115), die von Richer und Renaud als *Cap. de Charlemagne Lib. VII cap. 146* zitiert ist. Die drei Bücher der Fälschungen des *Benedictus Levita* wurden in früherer Zeit an die Sammlung des Ansegisus angehängt und nahmen auf diese Weise an der Autorität dieser Sammlung teil. *Benedictus Levita* schöpfte aus verschiedenen Quellen, auch direkt aus dem römischen Recht. Diese Stelle hat unmittelbare Ähnlichkeit mit D. 48, 19, 5. Zu *Benedictus Levita* vgl. H. G. GENGLER, *Germanische Rechtsdenkmäler* (Erlangen 1875), S. 160 ff.

²³⁵ Vgl. H. MITTEIS, Studien S. 139 ff. (140).

²³⁶ Vgl. H. MITTEIS, Studien S. 141. Diese Entwicklung ist als schematische Skizze *cum grano salis* zu verstehen. Selbst im 18. Jahrhundert kamen noch Verurteilungen aufgrund Verdachts (*souppçon*) vor, während damals lebende Autoren darüber stritten, ob die Flucht ein dringendes Indiz der Schuld darstelle. Hierzu findet sich Genaueres bei ED. HERTZ, *Voltaire und die französische Strafrechtspflege* (Stuttgart 1887) S. 68 f.; die Schilderung der französischen Strafgerichtsbarkeit ist jedoch leider bei Hertz etwas tendenziös.

²³⁷ Vgl. H. MITTEIS, Studien S. 157.

²³⁸ H. MITTEIS, Studien S. 164.

Todesurteil wurde²³⁹, wobei Strafgrund nicht mehr despit war, sondern die Tat selbst: der Verbannte wurde „dampnez dou feit“²⁴⁰ oder „justicié selonc le mesfet pour quoi il est banis“²⁴¹.

Die Verurteilung zum Tode mittels der Bannstrafe bedurfte, um logisch haltbar zu erscheinen, der Vermittlung einer Schuldpräsumpion, die sich einmal an die Flucht als Geständnisfiktion knüpfen konnte²⁴², zum anderen in einer allgemeinen Schuldpräsumpion²⁴³ bestand²⁴⁴. Die weitere Entwicklung des Contumazialverfahrens knüpfte an das Eremodicium an. Gegen den abwesenden Angeklagten fand eine Beweisaufnahme statt, aufgrund derer er verurteilt wurde²⁴⁵. Diese Art des Verfahrens entsprach dem Vorgehen des in Anlehnung an das kanonische Recht immer mehr aufkommenden Inquisitionsprozesses und bildete das dieser Prozeßart angemessene Versäumnisverfahren: Ziel des Verfahrens war Ermittlung des wahren Sachverhaltes. Die Funktion der Partei wurde in diesem Verfahren so weitgehend beschränkt, daß sie nur noch darin bestand, bei der Beweisaufnahme an-

²³⁹ H. MITTEIS, Studien S. 164: BRACON: contumacia condemnat ad mortem (Twise II S. 330).

²⁴⁰ Li Livres de Jostice et de Plet, ed. RAPETTI (Paris 1850) S. 113: ... „s'il ne vient, l'en doit forbenir; et s'i est pris enprès en la suite dou forbennissement, il es dampnez dou fet“. Bei Geltendmachung echter Not (assoines) innerhalb der Frist kann diese Folge noch abgewendet werden.

²⁴¹ Vgl. PHILIPPE DE BEAUMANOIR, Coutumes de Beauvaisis, ed. SALMOND (Paris 1899); weitere Belege bei H. MITTEIS, Studien S. 165 f.

²⁴² Vgl. Etablissements de St. Louis, I c. 88: „Se aucuns estoit en prison pour soupeçon de murtre ou de larrecin ou d'aucun grant meffait dou l'en doutast qu'il deüst prendre mort, et il s'en alast de la prison, il en seroit ausin bien corpables come s'il aüst fait le fait et come se il l'aüst queneü (connu); et si en seroit penduz, tout ne l'aüst pas fait“. Vgl. dazu auch die Statuten von Montpellier von 1221 (H. MITTEIS, Studien S. 169 Anm. 2): „habito ipse pro legitimi citato, pro convicto vel confesso criminis vel iniurie habeatur“. Beaumanoir ordnet diese Fiktionswirkung unter die dem kanonischen Recht entnommenen Präsumpionen systematisch ein. Die Präsumpion erscheint in engem Zusammenhang mit der Notorietät (vgl. H. MITTEIS, Studien S. 170).

²⁴³ Z. B.: die Ancienne Coutume de Bretagne behandelt jeden défaut als Flucht und kommt so auf dem Weg der Fiktion zu einer allgemeinen Schuldpräsumpion: c. 108: „...quar qui deffaut en crime il sembl que il soit fuitif . . .“.

²⁴⁴ Die aus dieser Stufe der Rechtsentwicklung überlieferten Urteile sind, wenn sie auch bis in das 15. Jahrhundert hinein vorkommen, selten und oft nicht ohne politischen Hintergrund. (Z. B. der Prozeß gegen Johann ohne Land; vgl. H. MITTEIS, Studien S. 173 ff. [174 Anm. 2]; ders., Politische Prozesse S. 84 ff.)

²⁴⁵ Le Grand Coutumier, ed. LABOULAYE et DARESTE (Paris 1868), S. 802 ff.; vgl. H. MITTEIS, Studien S. 176 und die dort weiter zitierten Rechte. Es handelt sich dabei vor allem um Stadtrechte. So kennen die Rechte der oberitalienischen Städte (z. B. Verona 1187; Pisa 1164; Padua 1281) das Eremodialverfahren mit Beweisaufnahme trotz Abwesenheit. Möglicherweise hat sich hier ein Stück eines älteren Fremdenprozesses erhalten.

wesend zu sein²⁴⁶; selbst dies war jedoch für den Fortgang des Prozesses nicht notwendig. Abwesenheit gab ohne weiteres einem Versäumnisverfahren Raum. Die Ordonnance von Villers-Cotterets (1539) fixierte diesen Zustand endgültig, indem sie das bisher extraordinäre Inquisitionsverfahren für alle, außer geringfügigen Delikten vorsah.

In diesem Stadium der Entwicklung wurde ganz eindeutig gegen die (auch damals bekannte) Regel des römischen Rechts²⁴⁷: „ne absentes damnentur“ verstoßen. Da keine Fiktionen die Verurteilung des Abwesenden mehr stützten, war dieser Verstoß nunmehr offenbar und wurde auch in Frankreich von den Juristen der Zeit bemerkt²⁴⁸, was jedoch die Rechtsausübung nicht änderte.

Erst in diesem prozeßrechtlichen Stadium läßt sich die Anwendung der Bezeichnung *mort civile* für den als Sachurteil ausgesprochenen Bann feststellen. *Mort civile* gehört demnach zu einem Sachurteil in *causa capitali*²⁴⁹.

Die Verurteilung des *contumax* zu Kapitalstrafen wurde im Laufe der Zeit auch in den Ländern des *droit écrit* üblich, wie aus der Ordonnance criminelle von 1670²⁵⁰ deutlich zu ersehen ist. Die königlichen Ordonnancen

²⁴⁶ Zuerst bildet sich dieses Prinzip in der Normandie heraus; vgl. H. MITTEIS, Studien S. 215.

²⁴⁷ Vgl. P. S. 5, 5a, 9; D. 48, 17, 1 pr.; D. 48, 19, 5 pr.

²⁴⁸ JEAN IMBERT, *Pratique judiciaire* (ca. 1550) hält die definitive Verurteilung eines *contumax* für unzulässig. Er konstruiert das fiktive Geständnis wieder in das *Contumazialverfahren* hinein (vgl. H. MITTEIS, Studien S. 177 Anm. 1). Es sei nur am Rande bemerkt, daß Imbert den Begriff *mors civilis* in dem genannten Werk niemals benutzt. Man konnte demnach wohl auch andere Worte für die betreffende Rechtsfolge, die Imbert sicherlich nicht übergehen konnte, gebrauchen. Auch F. Weithase bemerkt, daß der Begriff *mort civile* von den humanistisch gebildeten Bearbeitern des 16. und 17. Jahrhunderts meist gemieden werde (a.a.O. S. 11).

²⁴⁹ Das hat auch F. Weithase (a.a.O. S. 24 ff., S. 26) erkannt. Unschlüssig ist jedoch die von ihm vertretene Meinung (a.a.O. S. 31), daß eine Entwicklung aus der germanischen Institution der Friedlosigkeit sich deshalb, weil es sich bei dem *Contumazialurteil* des französischen Rechts nicht um ein Ungehorsamsurteil handele und auch noch weitere Rechtsfolgen ungleichartig seien (besonders: Verwirkung des Lebens) nicht herleiten lasse. Diese Betrachtung erfolgt unter falschen Voraussetzungen. Der *Contumazialbann* war zwar im 15. Jahrhundert zu einem reinen Sachurteil geworden, war es jedoch nicht von Anfang an. Friedlosigkeit und ban sind außerdem nicht unbedingt gleichzusetzen. Die Annahme einer gemeingermanischen Friedlosigkeit ist (vgl. STUYS a.a.O., § 14 ff.) unhistorisch. Der *Contumazialbann* muß als ein mit dem Friedlosigkeitsgedanken nicht unter allen Umständen fest verknüpftes Rechtsinstitut betrachtet werden. Der Ableitung der *mort civile* vom ban steht daher ein gedankliches Hindernis nicht derart im Wege, wie F. Weithase angenommen hat. Gleichwohl dürfte das Ergebnis richtig sein. Der Versuch einer Ableitung der *mort civile* aus einem anderen Rechtsinstitut kann niemals völlig gelingen (s. dazu oben Anm. 233 a. E.).

²⁵⁰ ISAMBERT, a.a.O. t. XVIII, S. 410 ff.

regelten das Recht für das gesamte Königreich. Die von *mort civile* begleitete Strafe war in der *Ordonnance criminelle* nicht mehr nur der Bann, sondern ein ganzer Fächer von Strafen: *mort*, *galères perpétuelles*, *bannissement à perpétuité du royaume*²⁵¹. Diese Strafen waren die in Frankreich vorhandenen Kapitalstrafen. Der zu ihnen Verurteilte erlitt, sofern er in *contumaciam*²⁵² verurteilt worden war, vom Tag der Exekution an die *mort civile*, sofern er sich nicht innerhalb von fünf Jahren dem Gericht gestellt hatte oder ergriffen wurde oder innerhalb von fünf Jahren gestorben war²⁵³. Die Exekution erfolgte in *effigie*²⁵⁴ oder in anderer Weise bildlich.

Die bildliche Vollstreckung des gegen die Person gerichteten Strafurteils war einerseits bedingt durch die Heimlichkeit des Verfahrens, bei dem nicht einmal mehr die Urteilsverkündung öffentlich war²⁵⁵ und andererseits durch die für eine Kapazitätsentziehung erforderliche Publizität. Die öffentlich ausgesprochenen Bannurteile der Rechtsbücher bedurften einer solchen Vollstreckung nicht und kannten sie auch nicht. Ob die Verurteilten nach einer Exekution in *effigie* seit Beginn dieser Vollstreckungsart *mort civile* genannt wurden, läßt sich nicht mit letzter Sicherheit feststellen²⁵⁶. Man kann aber annehmen, daß sich die Einführung der beiden Institutionen in etwa zeitlich deckte²⁵⁷. Die gemeinsame Erscheinung des bildhaft verständlichen Begriffs und der bildhaften Vollstreckungsmethode ist sicher kein Zufall.

²⁵¹ Ord. von 1670, Art. 29, Tit. XVII: „celui qui aura été condamné par contumace à mort, aux galères perpétuelles, ou qui aura été banni à perpétuité du royaume, qui décédera après les cinq années sans s'être représenté, ou avoir été constitué prisonnier, sera mort civilement du jour de l'exécution de la sentence par contumace.“

²⁵² Für die Meinung Weithases, a.a.O. S. 30, *mort civile* sei durch dieses Gesetz auch für kontradiktorische Urteile angeordnet worden, gibt das Gesetz selbst keinen Anhaltspunkt. Die von Weithase (a.a.O. Anm. 121) zitierte Meinung Domats zeigt nur, daß zu seiner Zeit die Quellenkritik noch nicht ausgebildet war (s. dazu unten Anm. 258).

²⁵³ Hiermit weicht dieses Gesetz bewußt von der früheren Ord. von 1639 (Art. 5) ab, in welcher die Kinder der zum Tode Verurteilten vom Erbrecht ausgeschlossen waren, wenn sie nachher geboren wurden. Dies galt auch, wenn die Ehe erst nach der Verurteilung geschlossen wurde . . . „même par les sentences de nos juges rendues par défaut . . .“. Eine Anknüpfung an die Exekution ist in dieser *Ordonnance* nicht vorhanden.

²⁵⁴ Ord. von 1670, Art. 17 Tit. XVI: „les seules condamnations de mort naturelle seront exécutées par effigie; et celles de galères, amende honorable, bannissement perpétuel, . . . écrites seulement dans un tableau sans aucune effigie. Et seront les effigies, comme aussi les tableaux, attachés dans la place publique . . .“.

²⁵⁵ A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France* (Paris 1882) S. 151 f.

²⁵⁶ Die Exekution in *effigie* kann alte Wurzeln sowohl in volksrechtlichen als auch in religiösen Quellen haben; ihre Fixierung im 17. Jahrhundert läßt jedoch mehr auf bewußte Rechtsschaffung schließen.

²⁵⁷ Auch F. WEITHASE (a.a.O.) hat dazu nichts Genaueres entwickelt.

Eine Anknüpfung von *mort civile* an kontradiktorische Urteile ist für den Anfang nicht nachweisbar und wird auch noch im 18. Jahrhundert von Richer²⁵⁸ nur sehr zögernd behandelt. Möglicherweise ist der Grund dafür in der Unbestimmtheit des Strafkatalogs überhaupt zu suchen²⁵⁹. Bei der Todesstrafe nahm noch Pothier²⁶⁰ an, daß *mort civile* nur im Fall, daß sie nicht vollstreckt werden konnte, eintrat. Bei der Galeerenstrafe war dagegen ein kontradiktorisches Urteil mit anschließender Erklärung zu *mort civile* denkbar und kam auch vor.

§ 23 *Confiscation und mort civile*

Was die Frage einer Exekution und des Beginns der *mort civile* noch im 18. Jahrhundert umstritten machte²⁶¹, war die vermögensrechtliche Folge der *contumacia*: der Güterverlust. *Confiscation des biens*, im Lehnrecht abgeleitet aus dem Rückfallrecht der Güter an den Lehnherrn, für das Strafrecht jedoch auf anderen Quellen beruhend, war in den meisten *Coutumes* Frankreichs eine Folge der *contumacia*. Nur wenige *Coutumes* kennen sie nicht, auch ihnen ist sie – ersichtlich später – wenigstens für den Fall des *crimen laesae majestatis* hinzugefügt worden. „*Qui confisque le corps confisque les biens*“, die in Art. 183 der neuen *Coutume* von Paris kodifizierte *Parömie*, ist in vielen *Coutumes* zu finden und hat, nachdem das Königtum die Strafgewalt an sich gezogen hat, auch in die königliche Gesetzgebung als selbstverständlicher Rechtssatz Eingang gefunden²⁶². Diese *Confiscation des biens*, zunächst²⁶³ als Mittel indirekten Zwangs gedacht und sodann zur Befriedi-

²⁵⁸ F. RICHER, a.a.O. S. 46 ff.

²⁵⁹ Vgl. hierzu WARNKÖNIG-STEIN, Geschichte des französischen Strafrechts und Processes, 2. Aufl. (Basel 1875) S. 613. Eine gesetzliche Ordnung der Strafen gab es nicht, selbst die Wissenschaft behandelte sie nur beiläufig und beispielsweise. Die Strafen waren in Frankreich bis zur Revolution arbiträr.

²⁶⁰ POTHIER, *CEUVRES*, Nouvelle Ed. par M. SIFFREIN, t. IX (Paris 1821) S. 419.

²⁶¹ Vgl. F. RICHER, a.a.O. S. 182 ff.

²⁶² Vgl. die declaration von 1535: „... pour la désobéissance et contumace ... au moyen de quoy ils ont été bannis et leurs biens pris saisis et les aucuns d'iceux à nous déclarés confisque ...“

²⁶³ Die Fronung, d. h. provisorische Konfiskation der Güter eines Abwesenden, bestand schon zur Zeit der Karolinger. Durch sie wurde einerseits ein indirekter Zwang gegen den Säumigen ausgeübt, zum anderen sollte der Kläger dadurch nach Ablauf der Lösungsfrist Befriedigung erhalten. Vgl. dazu H. MITTEIS, Studien S. 137 ff., S. 150 und ders., Politische Prozesse des früheren Mittelalters (Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften 1927) S. 21, bes. Anm. 5. Vgl. das Capitulare Ludwigs des Frommen von 816, MGH, Capitularia I (ed. BORETIUS, Hannover 1883), Nr. 134, S. 268: *Cuiuscumque hominis*

gung des Geschädigten verwendet, wurde örtlich und temporär verschieden gehandhabt. Der Zeitraum, welcher verstreichen mußte, um die Confiscation zu eröffnen, und um die vorläufige Besitzeinweisung endgültig zu machen, war nicht überall gleich. Auch die Verwendung der Güter differierte. In manchen Rechten war die alte Wüstung in Brauch, in manchen wurde diese nur bildlich durchgeführt. Auf dem Gebiet des Vermögensrechts war die Vollstreckung vielfältig, jedenfalls aber immer offensichtlich.

Aus dem Fehlen des Begriffs *mort civile* in älteren Quellen und seinem späteren Auftauchen in königlichen Ordonnancen des 16. Jahrhunderts, die ihn ohne jegliche Klärung oder Definition verwendeten, muß man schließen, daß hiermit nur einer älteren Institution ein Name gegeben wurde, der keiner weiteren Erklärung bedurfte. Dies einmal, weil er aus sich heraus verständlich war, zum anderen, weil er dem Sprachgebrauch der Menschen, die mit dieser Gesetzgebung umzugehen hatten, nicht ungewöhnlich erschien. Die Verbindung zwischen *ban* und *mort civile* ist leicht zu ziehen, wenn man beachtet, daß *mort civile*, wie der *ban*, die Folge eines Abwesenheitsurteils war, das eine Kapitalstrafe aussprach. Bei beiden erfolgte Confiscation des *biens*, bei beiden war der Aufenthalt innerhalb des Königreiches untersagt, was darauf hindeutet, daß die Rechte eines Bürgers als entzogen gelten mußten.

Zu beachten ist jedenfalls, daß bei allen Quellen und Autoren Einigkeit darüber besteht, daß *bannissement* nur dann mit *mort civile* verbunden war, wenn es „*hors du royaume*“ erfolgte und also durch königliche Gerichte erlassen war. Dies würde das Aufkommen des Begriffs in einer Zeit, in welcher ein starkes Königtum seinen Anspruch auf Verfolgung aller Straftaten durchgesetzt hatte, verständlich machen und andererseits die Nichterwähnung der *mort civile* in den *Coutumes* erklären.

Vergleiche von *deportatio* und *ban* finden sich bereits bei den Kommentatoren, wo auch *deportatio* und *mors civilis* zusammen erörtert werden. Die Quelle des Ausdrucks im französischen Recht ist unzweifelhaft in der gelehrten Literatur zum römischen Recht zu suchen. Man kann das stärkere Aufkommen des Begriffs *mort civile* im 16. Jahrhundert vielleicht in Zu-

proprietas ob crimen aliquod ab eo commissum in bannum fuerit missa, et ille re cognita ne justiciam faciat venire distulerit annumque ac diem in eo banno esse permiserit, ulterius eam non acquirat, sed ipsa fisco regis societur. Debitum vero, quod is cuius ea fuit solvere debuit, per comitem ac ministros eius iuxta estimationem damni de rebus mobilibus que in eadem proprietate inventae fuerint his quibus idem debitor fuit exsolvatur. Quod si rerum mobilium ibidem inventarum quantitas ad compositionem non sufficerit, de immobilibus suppleatur, et id quod superfuerit, sicut dictum est, fiscus regis possideat.

sammenhang mit der Hugenottengesetzgebung und der Notwendigkeit, gegen die Emigration einzuschreiten, sehen. Die damaligen Gesetze sprachen nur ban und confiscation aus, spätere Interpreten sahen jedoch darin schon die Erklärung zu mort civile.

§ 24 *Mort civile in der Lehre des 17. und 18. Jahrhunderts*

Über Confiscation und ban hinaus hat das Aufkommen des Begriffs mort civile in Gesetzgebung und Praxis späterhin noch weitere Bedeutung gehabt. Mort civile berührt direkt den état de personne und nimmt die droits de cité. Diese Definition findet sich in dem 1694 entstandenen Werk Domats: *Les loix civiles dans leur ordre naturel*²⁶⁴: „... on appelle mort civile l'état de ceux qui emportent la confiscation des biens. Ce qui fait que cet état est comparé à la mort naturelle parce qu'il retranche de la société et de la vie civile ceux qui y tombent et les rend comme esclaves de la peine qui leur est imposée“²⁶⁵. Und in umgekehrter Folge findet sich diese Argumentation wieder bei der Erörterung der societas²⁶⁶:

„La mort civile fait le même effet à l'égard de la société que la mort naturelle. Car la personne étant hors d'état d'agir et ses biens confisqués, il est à l'égard de la société comme s'il étoit mort“²⁶⁷. Bemerkenswert dabei ist, daß die Güterkonfiskation als Merkmal für die Kapitalstrafen herausgehoben wird und daß die Wirkungen der mort civile dann mit den Folgen der Eigentumslosigkeit erklärt werden²⁶⁸.

Weiter ausgeschmückt findet sich eine Definition in Richers breitem Werk über la mort civile²⁶⁹: „(la mort civile) c'est la proscription absolue d'un

²⁶⁴ Benutzt wurde die ed. Paris 1766. Das Buch gilt als eine der ersten systematischen Zusammenfassungen des damals geltenden Rechts sowohl der Länder des droit écrit wie derer des droit coutumier. Es ist zu einer wesentlichen Grundlage des Code Civil geworden, dessen drei erste Entwürfe darauf beruhten (vgl. dazu H. CHARMATZ, *Geschichte der Vertragstypen im Schuldrecht* [Brünn u. a. 1937] S. 138). Zur Charakterisierung Domats vgl. auch P. VIOLLET a.a.O. S. 242 ff. (222). Verlust der droits de cité nimmt auch bereits Guy Coquille an (vgl. F. WEITHASE a.a.O. S. 8).

²⁶⁵ Livre préliminaire tit. II, sect. II sommaire no. 12.

²⁶⁶ Livre I tit. X sect. V. c. 15.

²⁶⁷ Argum. D. 17, 2, 65, 15.

²⁶⁸ F. Weithase erklärt den Zusammenhang zwischen Konfiskation und mort civile (a.a.O. S. 11) damit, daß die Coutumes, soweit sie confiscation de corps vorschreiben, damit mort naturelle und weitere Strafen meinen, die man zusammenfassend dann mort civile nannte; nach der coutumiären Parömie folge confiscation des biens der confiscation de corps nach. Diese Meinung widerspricht der hier entwickelten Auffassung deshalb nicht, weil die übrigen mit confiscation verbundenen Strafen Abwesenheitsstrafen waren.

²⁶⁹ F. RICHER a.a.O. 1074 Seiten; hier: S. 159.

citoien; c'est le retranchement qu'on en fait de la société civile; c'est un membre qu'on lui arrache; c'est l'état d'un homme sur le front duquel on imprime une infamie publique; c'est l'état d'un citoien avec lequel on défend, tout commerce, tout engagement, toute alliance, c'est l'état d'un homme qu'on retranche du catalogue des vivants; enfin c'est l'état d'un homme que la société est avertie de ne point connoître pour tel, de le regarder comme étant déjà dans la classe des morts, et qu'on réduit à n'avoir ni patrie ni famille“.

Die Idee des retranchement de la société, bereits bei Domat ausgesprochen, basiert auf der Idee des Contrat social, geschlossen pour l'avantage commun, der ohne weiteres zuließ, die Mitglieder der Gesellschaft, die ihre Kräfte zum Schaden, nicht zum Nutzen der Gesellschaft einsetzten, aus ihr zu verstoßen²⁷⁰.

²⁷⁰ Die Idee des Gesellschaftsvertrages, Contrat social, zu finden bereits bei den Vorklassikern, hat als logische Hilfskonstruktion Jahrhunderte überdauert und ist im Zeitalter des Vernunftrechts vor allem durch Hobbes und Locke zu neuer Blüte gelangt. Diese Lehre ist nicht historisch, sondern als „Lehrfabel widerspruchsfreier Rechtsbegründung“ (F. WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967 S. 268) zu verstehen. Der rechtlose Zustand des Krieges aller gegen alle wird bei Hobbes durch den Unterwerfungsvertrag der Gesellschaft mit dem Herrschenden beendet und zum Zustand des Friedens, in welchem erst Freiheit denkbar ist. Der Entschluß, sich zu unterwerfen, ist zwar unwiderruflich: Das durch den Herrschenden angeordnete Exil jedoch als möglich gedacht. Der ins Exil gesandte Untertan ist dem Herrscher nicht mehr untertan und nimmt folglich auch an der Freiheit der Bürger nicht teil (HOBBS, Leviathan Kap. XXI, zit. nach „Der Herrschaftsvertrag“ ed. W. HENNIS und H. MAIER, Politica Bd. 16 [1965] S. 147).

Locke läßt im Gegensatz zu Hobbes auch die freiwillige Lösung vom Gesellschaftsvertrag zu, sofern die Unterwerfung nicht ausdrücklich geschehen ist. Das gewaltsame Exil ist ihm um so eher denkbar, als die Gesellschaft gerade dadurch gekennzeichnet ist, daß sie einen gemeinsamen Richter über die einzelnen Mitglieder anerkennt (Two Treatises on Government [1690], Book II, chap. VII; vgl. „Der Herrschaftsvertrag“ a.a.O. S. 169 ff.). Verstöße einzelner gegen das Ziel des allgemeinen Rechtsfriedens, das allen Gesellschaftsvertragstheorien zugrunde liegt, lassen deren Bestrafung und auch die Exilierung zu.

Äußerst prägnant formuliert finden sich diese Gedanken bei J. J. ROUSSEAU, Du Contrat social (1762), Livre II, chap. V: „... tout malfaiteur, attaquant le droit social, devient par ses forfaits rebelle et traître de la patrie; il cesse d'en être membre en violant ses lois... il a rompu le traité social, et par conséquent qu'il n'est plus membre de l'état... il en doit être retranché par l'exil comme infracteur du pacte, ou par mort comme ennemi public...“. Die durch traité social begründete liberté civile ist bei Rousseau begrenzt durch die volonté générale (Livre I, chap. VIII; „La sainteté du contrat social et des lois“ sind „des dogmes positifs“. Wer nicht daran glaubt, kann als „insociable“ verbannt werden (Livre IV chap. VIII).

Zur rechtstheoretischen Begründung der Verbannungsstrafe ist wohl auch Montesquieu heranzuziehen, der sich in seinem Werk „De l'Esprit des Lois“ (1748) für jeweils die Verbrechen spiegelnde Strafen erklärt (Livre XII chap. IV): Die jeweiligen Vergehen sollen mit dem Entzug der Vorteile geahndet werden, die die Gesellschaft mit den verletzten Rechten sonst verbindet.

Der Charakter der *mort civile* als Fiktion, die den natürlichen Tod nachahmen sollte, erlaubte nach Richer nicht, dem *civilement mort* die Fähigkeit zuzusprechen, Verträge nach *ius gentium* abzuschließen²⁷¹. Das brachte dem Zeitalter des Naturrechts gewisse Schwierigkeiten und war im übrigen streitig²⁷².

Erst die Ordonnance des Kanzlers D'Aguesseau²⁷³ von 1747 machte dieser Zweifelsfrage wenigstens für das Gebiet der Substitutionen ein Ende²⁷⁴, indem sie bestimmte, daß diese gleich wie bei *mort naturelle* eröffnet wurden.

Die Wirkungen der *mort civile* auf den *état des personnes* wurden nunmehr als *incapacités* bezeichnet. Nach Pothier²⁷⁵ „(perdent) les morts civils... tous les droits qui sont soit du droit civil, soit du droit des gens“²⁷⁶. Sie konnten nicht testieren²⁷⁷, nicht durch Testament erwerben, nicht erben, nicht vererben, keine Verträge schließen, nichts erwerben, nur, da sie ja trotz aller Strafe lebend waren, „*aliments*“ erwerben: „*parce que tous ceux qui ont la vie naturelle en sont capables*“. Weiterhin war ein Auftreten vor Gericht nicht möglich. Die Ehe wurde bezüglich ihrer zivilrechtlichen Folgen gelöst, nachgeborene Kinder galten als unehelich. Zu einer nachträglichen Ehe-

Montesquieu und Rousseau, letzterer beeinflusst von Hobbes und Locke, waren die für die politische Philosophie des 18. Jahrhunderts in Frankreich wichtigsten Denker; ihre Ideen wurden sowohl in der Revolution, als auch noch bei der Schaffung des Code Civil verwertet (vgl. hierzu STEN GAGNÉR, Studien zu einer Ideengeschichte der Gesetzgebung [Uppsala 1960] S. 79 ff. [insbesondere S. 80 Anm. 1]).

²⁷¹ Vgl. F. RICHER a.a.O. S. 80: „La mort civile est une fiction qui doit, ... imiter la nature. Ainsi il en doit être de la vie et de la mort civile comme de la vie et de la mort naturelle. Un homme qui n'est pas tout-à-fait mort est un homme tout-à-fait vivant.“

²⁷² Vgl. dazu WARNKÖNIG-STEIN, a.a.O. S. 616 und F. WEITHASE a.a.O. S. 47, S. 49 ff.

²⁷³ Vgl. über ihn P. VIOLET a.a.O. S. 246 ff. Die Gesetzgebung D'Aguesseaus wirkte, obwohl nur für einzelne Rechtsgebiete und mit bewußter Auslassung streitiger Materien, welche in den Gebieten des *droit coutumier* und des *droit écrit* verschieden behandelt wurden, durchgeführt, in starkem Maße rechtsvereinheitlichend (dazu: H. REGNAULT, *Les ordonnances civiles du chancelier D'Aguesseau* (Paris 1929) S. 90 ff.).

²⁷⁴ Art. 24: Dans tous les cas où la condamnation pour crime emporte mort civile, elle donnera lieu à l'ouverture des fideicommiss, comme la mort naturelle.

²⁷⁵ Zu Pothier vgl. P. VIOLET a.a.O. S. 251 ff.; sein Werk über die Obligationen diente dem letzten Entwurf zum Code Civil als Grundlage (H. CHARMATZ a.a.O. S. 145). Seine Arbeiten sind stark systematisierende Zusammenfassungen des damals geltenden Rechts.

²⁷⁶ POTHIER a.a.O. t. IX S. 408. Die gleichen Ausführungen finden sich in seinem Kommentar zu den *Coutumes d'Orléans*, ed. Paris 1776, Introduction S. 13 ff.

²⁷⁷ Daß ein Unterschied zwischen den verschiedenen *capacités*, die er behandelt, besteht, erkennt Pothier (a.a.O. S. 105). Die *capacité*, die auf dem *état civil* beruht, muß vorliegen, während das Testament entsteht und sobald es durch den Tod des Erblassers Rechtsfolgen zeitigt, während bei anderen *capacités* nur der Zeitpunkt, in welchem testiert wird, Beachtung findet.

schließung fehlte die *capacité*, die Ehe galt, mit Ausnahme ihrer kirchenrechtlichen Folgen, als nul²⁷⁸.

Pothiers Ausführungen über la mort civile stellen hierfür die letzte systematische Arbeit vor dem Code Civil dar und sind deshalb von Wichtigkeit, weil sie den Stand der zu mort civile entwickelten Lehre zeigen, von dem der Code Civil dann ausging. Man erkennt, daß die systematische Gliederung der verlorengehenden *capacités* einen direkten Zusammenhang mit dem römischen Recht aufweist. Besonders deutlich wird dies für die Frage der Testierfähigkeit und der Fortgeltung des vorher gefertigten Testaments²⁷⁹: im römischen Recht stand die Testierfähigkeit nur einem römischen Bürger offen. Bei einer Statusänderung, die die *civitas* nahm, war eben diese Eigenschaft verlorengegangen und das Testament daher nicht mehr gültig²⁸⁰. Auch bei der Anwendung der mort civile auf die Todesstrafe ist der Einfluß des römischen Rechts zu erkennen²⁸¹. Die Aberkennung der Möglichkeit, Verträge jeglicher Art zu schließen, ist jedoch nicht mehr unter dem Gesichtspunkt der Anknüpfung an römisches Recht zu betrachten, sondern eine Folge der Fortentwicklung des Schuldrechts zu einem einheitlichen Vertragsgedanken hin.

§ 25 Eintritt in ein Kloster

Mort civile trat, wie oben bereits erwähnt, auch beim Eintritt in ein Kloster nach Ablegung der feierlichen Gelübde ein²⁸². Dies jedenfalls war öffentliche Meinung im 18. Jahrhundert, wenn man auch damals bereits begann, mort civile wegen der mit dem Gebrauch dieses Wortes bei Strafurteilen verbundenen verächtlichen Folgen auf Klosterleute nicht mehr anzuwenden. Der Kanzler D'Aguesseau hatte deswegen bereits vermieden, die Bezeichnung mort civile für die „religieux profès“ zu gebrauchen²⁸³.

Der Ursprung der Anwendung der mort civile für die religieux profès dürfte leicht zu finden sein. Wie die Ausführungen in Kapitel III²⁸⁴ ergeben,

²⁷⁸ Vgl. dazu RICHER a.a.O. S. 225 ff.

²⁷⁹ Vgl. D. 28, 1, 4; D. 28, 1, 6 pr.; ergänzend Ulp. 20, 10 und PS 3, 4 a, 1 ff.

²⁸⁰ D. 28, 1, 8, 1 u. 2.

²⁸¹ Vgl. D. 48, 19, 29: Qui ultimo supplicio damnantur, statim et civitatem et libertatem perdunt. itaque praeoccupat hic casus mortem . . .

²⁸² Vgl. u. a. POTHIER, Coutumes d'Orléans a.a.O. t. I S. 14 f.

²⁸³ POTHIER, Œuvres a.a.O. t. IX S. 408: „L'ordonnance de 1747 distingue ces deux sortes de mort civiles. Elle ne conserve ce nom, qui, dans nos mœurs, a quelque chose de flétrissant, qu'aux derniers, c'est-à-dire à ceux qui ont encouru la mort civile par quelque crime grave; et elle nomme les religieux profès incapables d'effets civils.“

²⁸⁴ S. oben § 18.

wurde vielfach diskutiert, ob die *professi mors civilis* erlitten hätten. Die Bearbeiter des römischen Rechts lehnten dies ab mit den entsprechenden vorteilhaften erbrechtlichen Folgen für das Kloster und den nachteiligen Folgen für die übrigen Erben. Im Gebiet des *droit écrit* blieb es bei dieser Regelung bis zum Edikt von Chateaubriant (1532)²⁸⁵.

Im Bereich der *Coutumes* war jedoch fast überall feste Regel, daß die tote Hand nichts erbt, womit verhindert wurde, daß Kirche oder Klöster ihren Besitz allzu stark ausweiten konnten. Obwohl Anspielungen auf Tod und Todesähnlichkeit des Klostereintritts in den *Coutumes*, wenn auch nicht häufig, vorkamen²⁸⁶, findet sich dort niemals der Begriff *mort civile* für die *religieux profès* gebraucht. Auch in Urteilen, die Religiöse betreffen, ist von *mort civile* wörtlich nicht die Rede, wenn auch die *incapacités*, die durch den Klostereintritt entstanden waren und mit der Ablegung der drei feierlichen Gelübde begründet wurden, einzeln aufgezählt wurden. Die durch die feierlichen Gelübde freiwillig auferlegten Beschränkungen (Armut, Gehorsam, Ehelosigkeit), konnten zwar nicht direkt maßgeblich für die Entziehung ziviler Rechte sein, haben jedoch bewirkt, daß die weltlichen Gesetzgeber die Beschränkung damit zusammenhängender Rechte und *capacités* daran knüpften. Dagegen konnte die Kirche vor allem in Frankreich, dessen erstarkendes Königtum schon frühzeitig die Einwirkung der Kirche auf die weltliche Gesetzgebung erfolgreich bekämpft hatte, auch durch Erteilung von Privilegien für einzelne Orden nicht angehen²⁸⁷. Die Diskussion über *mort civile* der *religieux* ist aber gerade wegen dieses weltlich-kirchlichen Gegensatzes, der immerhin Erbrecht und Eigentum zum Gegenstand hatte, bis in das 18. Jahrhundert hinein lebhaft gewesen und hat so zur Verbreitung des Begriffs *mort civile* beigetragen²⁸⁸.

²⁸⁵ ISAMBERT a.a.O. t. XII S. 559. Das Edikt betraf zwar nur die Dauphiné, die juristischen Autoren betrachteten es aber so, als sei dadurch la *mort civile* für die Religiösen auch im Gebiet des *droit écrit* eingeführt worden. Vgl. dazu E. CHÉNON, *Histoire générale du Droit Français public et privé*, Bd. II (Paris 1929) S. 18.

²⁸⁶ Vgl. die bereits zitierte *Summa de legibus Normannie*: cap. XXV, 1 und 8. . . . „*tanquam mundo mortuus reputatur*“. Dazu P. VIOLLET a.a.O. S. 886 f. (829) mit ausführlichen Quellenangaben.

²⁸⁷ Das Privileg der Zisterzienser (Cîteaux) wurde, ebenso wie die Privilegien anderer Orden, vom weltlichen Gesetzgeber nicht anerkannt. Instruktiv ist dazu der *procès-verbal* über die alte *Coutume* von Paris (1510) in: BOURDOT DE RICHEBOURG, *Coutumier Général* ed. Paris 1724, Bd. III S. 24. Vgl. auch den *procès-verbal* über die alte *Coutume* von Meleun (1506) a.a.O. S. 431.

²⁸⁸ Vgl. dazu E. CHÉNON a.a.O. S. 19, 20; A. FARÉ, *Les vœux monastiques et leurs effets civils dans l'ancien droit Français* (Paris 1900); E. LOUIS, *Des effets de la „professio mona-*

Für den Code Civil war dieser Zweig der *mort civile* nicht mehr von Wichtigkeit: Da die Klostersgelübde zivilrechtlich nicht mehr anerkannt wurden, entfiel die Beschränkung der *capacité* durch Ablegung der feierlichen Gelübde ersatzlos²⁸⁰. Der Eintritt in ein Kloster war nur noch ein synallagmatischer Vertrag, ohne Bedeutung für den *état de personne*.

§ 26 *Mort civile im Code Civil*²⁹⁰

Das Ergebnis der gesetzgeberischen Beratungen über *mort civile* wurde in den Art. 22–33 CC normiert²⁹¹. Die Änderungen zum bisher vorgefun-

stica“ *quant aux droits de patrimoine* (Paris 1896); E. DURTELLE DE SAINT-SAUVEUR, *Recherches sur l'histoire de la mort civile des religieux* (Rennes 1910).

²⁸⁰ Zunächst durch Gesetz vom 19. Februar 1790, das jedoch nicht alle die Religiösen betreffenden Rechtsfragen abschließend regelte. 1793 und 1794 wurden weitere Gesetze über die Trennung von Kirche und Staat erlassen; vgl. P. VIOLETT a.a.O. S. 310 (285) f.; F. WEITHASE a.a.O. S. 53.

²⁹⁰ Der endgültigen Fassung des Code Civil waren vier Entwürfe vorangegangen, die nicht Gesetz wurden. Den ersten drei Entwürfen Cambacérès lag hauptsächlich das bereits zitierte Werk Domats zugrunde; der fünfte und letzte Entwurf verwertet wiederum die in den drei ersten Entwürfen geleisteten Vorarbeiten. Domat kann der Systematik und Terminologie nach zu den frühen Vertretern des Vernunftrechts gezählt werden. Pothier, dessen Einfluß erst für die letzte Redaktion des Code Civil spürbar wurde, ist ein ausgesprochener Exponent der romanistischen Richtung in Frankreich. Vgl. zur Entstehungsgeschichte des Code Civil H. CHARMATZ a.a.O. S. 129 ff.; VAN KAN a.a.O.; PH. SAGNAC, *La législation civile de la révolution française (1789–1804)*, Paris 1898, S. 47 ff., S. 392; zuletzt W. WILHELM, *Gesetzgebung und Kodifikation in Frankreich im 17. und 18. Jahrhundert*, *Ius Commune* Bd. 1 (Frankfurt 1967) S. 241 ff. Die Entstehung der Vorschriften über *mort civile* in den einzelnen Phasen der gesetzgeberischen Beratung ist bei F. WEITHASE a.a.O. S. 59 ff. sehr ausführlich dargestellt. Da die vorliegende Arbeit die gedanklichen Hintergründe herausstellen will, verzichtet sie auf diese Einzelheiten.

²⁹¹ Art. 22–33:

22. Les condamnations à des peines dont l'effet est de priver celui qui est condamné, de toute participation aux droits civils ci-après exprimés, emporteront la mort civile.

23. La condamnation à la mort naturelle emportera la mort civile.

24. Les autres peines afflictives perpétuelles n'emporteront la mort civile qu'autant que la loi y aurait attaché cet effet.

25. Par la mort civile, le condamné perd la propriété de tous les biens qu'il possédait; sa succession est ouverte au profit de ses héritiers, auxquels ses biens sont dévolus, de la même manière que s'il était mort naturellement et sans testament.

Il ne peut plus ni recueillir aucune succession, ni transmettre, à ce titre, les biens qu'il a acquis par la suite.

Il ne peut ni disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit par donation entre-vifs, soit par testament, ni recevoir à ce titre, si ce n'est pour cause d'aliments.

Il ne peut être nommé tuteur, ni concourir aux opérations relatives à la tutelle.

Il ne peut être témoin dans un acte solennel ou authentique, ni être admis à porter témoignage en justice.

denen Rechtszustand sind insofern erheblich, als die Idee, bei mort civile handele es sich um eine Fiktion, die in jeder Hinsicht den natürlichen Tod nachahmen müsse, aufgegeben wurde. Man hielt statt dessen die natürlichen Rechte des zwar verurteilten, aber lebendigen Menschen auf die Bestreitung seines Lebensunterhalts gegenüber der vollständigen Fiktion für vorgreiflich. Eine incapacité, à titre onéreux zu erwerben, bestand folglich nicht mehr. Der Verurteilte war in der Lage, mit Hilfe seiner Phantasie und seiner Körperkraft, sein Leben zu bestreiten. An dieser Stelle zeigt sich der Einfluß naturrechtlichen Denkens im Code Civil²⁹², das im übrigen bei den Beratungen nach 1800 meist der damals vorherrschenden konservativen Auffassung weichen mußte.

Wie der, von manchen für überflüssig gehaltene, jedoch im Hinblick auf das noch nicht kodifizierte Strafrecht von den Gesetzgebern für notwendig erachtete Art. 22 CC zeigt, sollte mort civile davon abhängig sein, daß man den Betroffenen mit einer Strafe belegte, welche die Teilnahme an den im folgenden näher benannten droits civils abschnitt. Da die zivilen Rechte, welche entzogen wurden, in den nachfolgenden Artikeln des Code Civil aufgeführt wurden, hätte man es ebensogut mit einem terminus wie z. B. „privation des droits civils“ bewenden lassen können, ohne an dem kodifizierten Recht etwas zu ändern. Man hätte dagegen mit einer konkreten Angabe der jeweils entzogenen Rechte die Rechtsfolgen klarer erfassen können²⁹³. Dagegen wurde jedoch eingewendet, „le mot mort civile est universellement étendu“²⁹⁴, es sei deshalb wichtig, diesen Ausdruck beizubehalten, der so häufig benutzt werde „et porte avec elle une idée dont l'effet est utile à la société“²⁹⁵.

Il ne peut procéder en justice, ni en défendant, ni en demandant, que sous le nom et par le ministère d'un curateur spécial, qui lui est nommé par le tribunal où l'action est portée. Il est incapable de contracter un mariage qui produise aucun effet civil.

²⁹² Vgl. JOUANNEAU ET SOLON, Discussions du Code Civil dans le conseil d'Etat, t. I (Paris 1805 = an. XIII) S. 67: M. Tronchet dit que la capacité d'acquérir dérivant du droit naturel, elle ne peut être refusée au mort civilement . . . (peut être refusée au mort civilement) . . . vgl. auch S. 75 und S. 90 Anm. Die Denkweise der Gesetzgeber zum überkommenen Recht läßt sich gut aus einem Beitrag des M. Röderer entnehmen (Jouanneau etc. a.a.O. S. 69): „Les difficultés viennent ici de ce qu'on oublie que la mort civile n'est qu'une fiction, dont la loi doit régler les suites comme elle le croit convenable“.

²⁹³ Argument von M. Portalis in der Diskussion des Conseil d'état, vgl. JOUANNEAU etc. a.a.O. S. 72: . . . „totes les difficultés . . . viennent de ce qu'on emploie le mot equivoque de mort civile, au lieu de spécifier la privation plus ou moins étendue des effets civils, qu'on veut faire résulter de la condamnation aux diverses peines.“

²⁹⁴ Cambacérès, JOUANNEAU etc. a.a.O. S. 73.

²⁹⁵ Cambacérès, JOUANNEAU etc. a.a.O. S. 75.

Dieser Effekt bestand darin, daß die Strafe augenfällig die vorher allen Franzosen zugestandenen Rechte des Art. 8 CC entzog²⁹⁶ und so die Verachtung der Gesellschaft gegenüber demjenigen, der die ihm von ihr bestimmten Rechte brach, zum Ausdruck brachte. Mit dieser Aufrechterhaltung des alten Begriffs ist dasselbe „retranchement de la société“ beabsichtigt, das vorher bei Richer so emphatisch zum Ausdruck gekommen ist²⁹⁷ und seine Begründung in der Idee vom Contrat Social ist unverkennbar dieselbe geblieben, wie sie es 50 Jahre vorher war. Die Bestimmungen über mort civile führten gerade wegen dieser sich konservativ zeigenden Gesinnung zur Ablehnung des Entwurfs in der Diskussion des Tribunats²⁹⁸. Erst nach der Erneuerung des Tribunats und seiner Verminderung auf 50 Mitglieder konnten, nach der Diskussion im Jahre XI (1803), die Bestimmungen über mort civile Gesetz werden²⁹⁹.

Der Code Civil schuf im übrigen Klarheit über den Beginn der mort civile im Fall kontradiktorischer Verurteilung (Art. 26) und Verurteilung par contumace (Art. 27–31). Mort civil trat danach erst fünf Jahre nach der Vollstreckung des Urteils in effigie ein. Die Güter des Contumax wurden verwaltet. Da die staatliche Konfiskation nach der Revolution abgeschafft war, fielen die Güter des mort civil nicht an den Staat, sondern an seine Erben, jedoch nur an die Intestaterben, weil das Testament durch mort civile ungültig geworden war. Für die nachher erworbenen Güter war jedoch ein Erbe nicht vorhanden: wer civilement mort war, konnte keinen gesetzlichen Erben mehr haben, und auch die gewillkürte Erfolge war ihm verschlossen. Der Staat erwarb deshalb diese Güter à titre de déshérence (Art. 33)³⁰⁰, konnte jedoch zugunsten der Hinterbliebenen darüber disponieren³⁰¹.

²⁹⁶ „Tout Français jouira des droits civils.“

²⁹⁷ RICHER a.a.O. S. 159; vgl. oben Anm. 269.

²⁹⁸ Vgl. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, Handbuch des Französischen Civilrechts, 6. Aufl. Bd. 1 (Heidelberg 1875), S. 23 f.; PH. SAGNAC a.a.O. S. 54; F. WEITHASE a.a.O. S. 65.

²⁹⁹ Die Rede des Tribuns Gary sei hier als Beispiel für die nunmehr zustimmende Meinung des Tribunats eingefügt (zit. nach RENAUD a.a.O. S. 3 Anm. 1): „On s'est demandé sur cet art. (Art. 22), s'il devait y avoir une mort civile. Mais comme on reconnaissait de toutes parts la nécessité d'exclure de la participation aux droits civils, ceux contre lesquels certaines condamnations seraient prononcées, on s'est bientôt accordé sur le nom qu'on donnerait à cette exclusion, et il a été reconnu que les termes de mort civile consacrés par l'ancienne législation française, et par les lois de tous les peuples civilisés étaient les plus propres à caractériser le retranchement de la société contre les coupables.“

³⁰⁰ Vgl. dazu JOUANNEAU etc. a.a.O. S. 128.

³⁰¹ Schon bald nach der Schaffung des Code Civil schien jedoch, vor allem im Hinblick

§ 27 *Capacité und Rechtsfähigkeit*

Betrachtet man die vom Code Civil in den Art. 22–33 geschaffene Rechtslage unter dogmatischen Gesichtspunkten, so findet man eine kasuistische Regelung, die nicht ohne weiteres das zugrunde liegende Prinzip erkennen läßt³⁰². Der von *mort civile* Betroffene verliert verschiedene Rechte: Er kann keine zivilrechtlich gültige Ehe schließen, nicht erben, nicht testieren, kein Zeuge sein, nicht ohne Curator vor Gericht auftreten. Er verliert darüber hinaus sein bisheriges Eigentum – neues kann er gültig (nur nicht schenkweise) erwerben – und seine Ehe ist aufgelöst.

Interpretiert man die erstgenannten Beschränkungen mit einem Entzug der *capacité*, d. h. der Fähigkeit, mit rechtlich relevanter Wirkung handeln zu können, so handelt es sich im zweiten Fall um direkte Eingriffe in vorher bestehende und von der Rechtsordnung anerkannte, dem einzelnen innerhalb ihrer zustehenden Berechtigungen, also um einen Eingriff in sein rechtliches Vermögen. Der von der Rechtsordnung zuerkannte, der Disposition des einzelnen unterliegende, Bereich von Rechten ist vom *état civil* des einzelnen, seinem status, abhängig und mit dem Verlust dieses status zerstört. Auf diesem Verlust beruht der Eingriff in Eigentum und Ehe ebenso wie der Verlust der übrigen *capacité civile*. Der *état civil* ist „das personale Fundament alles rechtlichen Könnens“³⁰³. Dieses Prinzip ist allerdings für das Eigentum wegen der hinzugekommenen naturrechtlichen Ideen nicht konsequent durchgeführt: Eigentumserwerb durch Kauf und ähnliche Kontrakte, die dem Naturrecht zugerechnet werden, ist möglich: Die *capacité*, über

auf die von den Folgen der *mort civile* mitbetroffenen Familie, diese Institution nicht mehr tragbar. *Mort civile* wurde deshalb abgeschafft und durch *dégradation civique* und *interdiction légale* ersetzt. Dies geschah für die Deportierten durch Gesetz vom 8. Juni 1850, Art. 3: „En aucun cas, la condamnation à la déportation n'emporte la mort civile: elle entraîne la dégradation civique“; im übrigen durch Gesetz vom 31. Mai 1854, Art. 1: „la mort civile est abolie“. Der Verlust der *capacité* zu schenken und zu testieren sowie unter diesem Titel zu erwerben, ist durch die neuen Beschränkungen allerdings nicht geändert worden. Ein vorher errichtetes Testament ist ungültig. Für die Deportierten können jetzt Sonderbestimmungen für den Ort ihrer Deportation getroffen werden, die jedoch für die an anderem Ort befindlichen Güter die Verfügungsfähigkeit nicht wieder herstellen.

³⁰² F. Weithase vertritt sogar die Auffassung, im Code Civil sei es zu einer völligen Konzeptionslosigkeit des bürgerlichen Todes gekommen (a.a.O. S. 52). Diese Ansicht Weithases beruht darauf, daß er *civitas amissio* und Annäherung an die *servitus poenae* als unterschiedliche Prinzipien, die nur zeitlich aufeinanderfolgend der *mort civile* zugrunde liegend gedacht wurden, auffaßt. Der Theorienstreit darüber, wieweit die Folgen der *mort civile* gingen, dürfte im 18. Jahrhundert aber vorwiegend auf den Einfluß naturrechtlicher Ideen zurückzuführen sein.

³⁰³ G. HUSSERL, *Rechtssubjekt und Rechtsperson*, AcP Bd. 127, S. 129–209 (S. 200).

dieses Eigentum auch zu testieren, fehlt jedoch wiederum, weil die *capacité* zu testieren³⁰⁴ entzogen ist.

Das französische Recht hat die subjektiven Rechte des einzelnen durch seine jeweilige *capacité* bestimmt, die vom *état civil de personne* abhängig ist. Dieser ist definiert als „l'ensemble des qualités constitutives de leur individualité juridique“. Die Abhängigkeit von der römischrechtlichen Statuslehre ist hierbei unverkennbar: eine weitergehende Abstraktion bei der Bestimmung des Privatrechtssubjekts als im römischen Recht kennt das französische Recht nicht. Der *état civil* läßt, wie im römischen Recht, Differenzierungen des rechtlichen Könnens zu, ohne daß dabei dogmatische Schwierigkeiten zu überwinden wären.

Die im deutschen Recht des BGB dem rechtlichen Können zugrunde gelegte Rechtsfähigkeit ist gegenüber der *capacité* des französischen Rechts eine weitergehende Abstraktion³⁰⁵, die es erforderlich macht, eine juristische Handlungsfähigkeit hinzuzudenken, um den Bereich des rechtlichen Könnens auszuschöpfen. Diese abstrakte Konstruktion, die jedem einzelnen die Fähigkeit zuordnet, subjektive Rechte zu haben und personaler Zurechnungspunkt in bezug auf Verpflichtungen zu sein, die sich als Vermögensbelastungen darstellen, läßt nicht zu, diese Qualität einzelnen natürlichen Rechtssubjekten in unterschiedlichem Maße zuzuerkennen. Die Rechtsfähigkeit ist vielmehr allen gemeinsam³⁰⁶, unterschiedlich sein kann nur die rechtlich relevante

³⁰⁴ Entsprechend der *testamenti factio activa* des römischen Rechts.

³⁰⁵ F. FABRICIUS, *Relativität der Rechtsfähigkeit*, München-Berlin 1963, S. 34, geht davon aus, daß der Begriff der Rechtsfähigkeit durch generalisierende und systematisierende Abstraktion gewonnen sei. Sein geschichtlicher Überblick (S. 31—42) ergibt, daß die Wurzeln des Begriffs im verantwortlich Handeln-Können des Subjekts liegen. Anerkannte Rechtslehrer, unter anderen Fabricius, haben jedoch immer wieder versucht, das Merkmal des Handeln-Könnens in den Begriff der Rechtsfähigkeit aufzunehmen, wodurch eine dem französischen Recht ähnliche Gestaltung einer abstufbaren Rechtsfähigkeit erreicht würde.

³⁰⁶ Dies entspricht nicht nur der Logik des Gesetzes, sondern auch ethischen Ansichten des Gesetzgebers: vgl. *Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich*, Bd. I, 2. Aufl. (1896) S. 25: „Die Rechtsordnung erfüllt, indem sie die Rechtsfähigkeit des Menschen ohne Rücksicht auf seine Individualität und ohne Rücksicht auf seinen Willen, anerkennt, ein Gebot der Vernunft und der Ethik. Neben der Vorschrift des § 3 bezeugt der Gesamtinhalt des Entwurfs diese von dem Rechtsbewußtsein der Gegenwart geforderte und als selbstverständlich betrachtete Anerkennung.“ Als Urheber dieser Gedanken ist von Hermann Conrad IMMANUEL KANT nachgewiesen worden (Einleitung in die *Metaphysik der Sitten* XXII; zitiert bei FABRICIUS a.a.O. S. 37). Die Rechtsstellung des Menschen in der bürgerlichen Gesellschaft wird mit dem natürlichen Recht der Freiheit, das die Würde des Menschen ausmache, und der Gleichheit der Menschen begründet. Dementsprechend definiert Siebert (SOERGEL-SIEBERT, *Kommentar zum BGB* 10. A., Anm. 10 vor § 1) den Begriff „natürliche Rechtsperson“ als „rechtliche Menschenwürde haben und haben sollen“.

Handlungsfähigkeit. Im Zusammenhang mit der allen Individuen zukommenden Rechtsfähigkeit sind jedoch allein durch die Handlungsfähigkeit Eingriffe in den Rechtskreis des einzelnen, wie das französische Recht sie durch *mort civile* anerkannt hat, nicht möglich. Die Konstruktion der Handlungsfähigkeit, die in unserem bürgerlichen Recht durch verschiedene Geschäftsfähigkeiten zum Ausdruck kommt, dient nur dazu, die Mängel des tatsächlichen Könnens auszugleichen. Soweit Eingriffe als Beschränkung des rechtlichen Könnens möglich wären, widersprächen sie der Logik des Gesetzgebers, der mit der Handlungsfähigkeit lediglich die vorrechtlich gegebenen Modifikationen des tatsächlichen Könnens (d. h. der Willensbildung) berücksichtigen wollte.

Im Unterschied dazu hat das französische Recht den *état civil* von der Nationalität³⁰⁷ abhängig gemacht und gesteht folglich die volle *capacité* den nicht der Nation angehörenden Fremden nur aufgrund ausdrücklicher Anerkennung zu. Die tatsächliche Quelle der Rechtsmacht des einzelnen, nämlich die durch die Bürger des Staates autorisierte Rechtssetzungsbefugnis, ist damit eindeutiger zum Ausdruck gekommen, als es bei der Postulierung einer allen Menschen gleichermaßen zukommenden Rechtsfähigkeit möglich war.

³⁰⁷ Die *droits d'aubaine* mit ihrem erkennbaren Ursprung aus dem alten Fremdenrecht sind in den *Code Civil* aufgenommen worden und noch heute in dem Relikt des Art. 11 CC enthalten.