

IUS COMMUNE

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte

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

XX

Herausgegeben von DIETER SIMON
und MICHAEL STOLLEIS



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main
1993

JANUSZ SONDEL

Elemente des römischen Rechts in den Kodifikationsprojekten des Kulmer Rechts

Die Verleihung des Kulmer Lokationsprivilegs¹ im Dezember 1233 stellt für die Rechtsgeschichte ein Ereignis dar, dessen Folgen auf einer ganz anderen Ebene zu betrachten sind als vergleichbare Fälle von Stadtlokationen aus jener Zeit. Dieses Privileg steht nicht nur am Anfang der Geschichte von Thorn und Kulm, sondern es schuf auch die Grundlagen, auf denen sich später das *Jus Culmense* als ein gesondertes System des Magdeburger Rechts herausgebildet hat. Im Bereich der Regelung von Rechtsverhältnissen in Altpolen spielte es eine wesentliche Rolle, da es in der Gerichtspraxis einer Reihe von Städten angewandt wurde, mehr noch, das königliche Assessorgericht als die oberste polnische Instanz für die städtischen Angelegenheiten sich seiner in der Rechtsprechung bediente.

Entscheidende Bedeutung für die Verbreitung des Kulmer Rechts hatte ein von Kasimir Jagiellończyk am 26. Juli 1476² verliehenes Privileg, in dem er dieses Recht als das auf dem Gebiete des König-

¹ Siehe G. KISCH, Die Kulmer Handfeste, 2., erw. Auflage Sigmaringen 1978. Dieses Privileg erhielten Kulm und Thorn vom Hochmeister der Kreuzritter Hermann von Salza und dem preußischen Landmeister Hermann Balk; am 1. 10. 1251 wurde es – da das Original verbrannt war – vom Landmeister Eberhardt von Seyne erneuert, vgl. Z. ZDRÓJKOWSKI, Prawo chełmińskie. Powstanie, rozwój i jego rola dziejowa [Das Kulmer Recht, seine Entstehung und Rolle in der Geschichte], in: Dzieje Chełma i jego regionu [Geschichte der Stadt Chełmno und ihrer Region], hg. von M. BISKUP, Toruń 1968, S. 484–535; DERS., Prawo chełmińskie, jego geneza, rozwój, rozprzestrzenienie oraz jego rola w dziejach polskiej jurysprudencji i myśli prawniczej [Das Kulmer Recht, seine Herkunft, Entwicklung, Verbreitung und Rolle in der Geschichte der polnischen Jurisprudenz und Rechtsdoktrin], in: Palestra 21 (1977), Nr. 12, S. 15–23; DERS., Zarys dziejów prawa chełmińskiego [Abriß der Geschichte des Kulmer Rechtes], 1233–1862, Toruń 1983; I. Kwiatkowska, Bemerkungen über das Culmer Strafrecht vom XVI. Jahrhundert, in: Mětské právo v 16–18 století v Evropě, Univerzita Karlova Praha, 1962, S. 157–169; F. EBEL, Kulmer Recht – Probleme und Erkenntnisse, in: 750 Jahre Kulm und Marienwerder, hg. von B. JÄHNING und P. LETKEMANN, Münster 1983, S. 9–29.

² Nach dem sogenannten dreizehnjährigen Krieg und nach der Inkorporation des kreuzritterlichen Ordensstaats durch Polen.

lichen Preußen ausschließlich geltende anerkannte.³ Auf diese Weise erreichte der polnische König für die Gebiete die endgültige Unifizierung des Gerichtsrechts, woraus er das gesamtständische Rechtssystem schuf. Durch die Entscheidung Kasimirs konnte aber die bisherige Unordnung in den Rechtsverhältnissen nur in beschränktem Maße beseitigt werden. Denn mangels einer Kodifikation stieß die Anwendung des Kulmer Rechts in der Praxis auf zahlreiche Hindernisse, um so mehr, als die vorhandenen früheren Verzeichnisse sich in einer Reihe von Punkten unterschieden. Daher ist es ganz selbstverständlich, daß Bestrebungen in Gang kamen, das bisherige *Jus Culmense* zu revidieren und zu kodifizieren. Trotz der intensiven Unterstützung durch die polnischen Könige blieben Resultate jedoch zunächst aus. Erst das *Jus Culmense Correctum* von 1566, die sogenannte Heilsberger Revision, darf als ein erster Erfolg betrachtet werden. Allerdings wurde sie weder vom König bestätigt, noch erhielt sie die Billigung des preußischen Generallandtages. Nichtsdestoweniger wurde sie in Ermland praktiziert, und zu Anfang des 18. Jh.s ließ sie Johann Georg Kunigk unter dem Titel „*Jus Culmense Correctum una cum processu pro Diocesi Varmiensi*“ im Druck erscheinen.⁴

Dieser erste mißlungene Versuch bedeutete jedoch keine Unterbrechung der Arbeiten an der Kodifizierung des Kulmer Rechts. Die Heilsberger Revision diente als Grundlage einer neuen Bearbeitung von 1580, des *Jus Culmense Emendatum*, der sogenannten Neumarkter Revision.⁵ Auch dieser Kodifikationsentwurf erfüllte die darauf ruhenden Hoffnungen keinesfalls. Wie die frühere Heilsberger Revision beseitigte er weder die Widersprüche in der Gerichts-

³ Vgl. *Iura Municipalia Terrarum Prussiae et leges ad eas terras privatim pertinentes*, 1578, S. 29: „*Omnia jura Pruthenicalia, Maydemburgensia, Pomerania ac feodali in quibus alias tempore magistri et ordinis consistebant et ipsis regulabantur, ab ipsis removens, abrogantes et perpetuo abolentes, loco omnium jurium praedictorum unum jus Culmense, quo districtus Culmensi gaudet et fruitur, ipsis et eorum posteris, juxta eius veram naturam, substantiam, qualitatem et conditionem, de consensu omnium praelatorum et baronum nostrorum, conferimus et largimur perpetuo et in aevum. Quo jure judicari inter se debent et expediri, omnesque causas et controversias eorum juxta tenorem juris Culmensis praedicti, secundum quod in suis capitulis punctis et consuetudinibus scriptum et declaratum exstitit, decident et determinabunt.*“ Siehe auch M. K. HARTKNOCH, *Alt- und Neues Preussen oder Preussischer Historie zwey Theile, Franckfurt und Leipzig 1684*, S. 582–583.

⁴ *Brunsbürgae* 1711.

⁵ Siehe J. W. BANDTKIE, *Jus Culmense cum appendice privilegiorum et jurium selectum municipalium et dissertatione historica-juridica, Varsaviae* 1814.

praxis beider Teile Preußens (d. h. des Königlichen Preußen und des Herzogtums Preußen),⁶ noch stellte er den Adel zufrieden, der meinte, der Entwurf sichere nur die Interessen der Bürger.⁷ Daher wurde auch diese Revision vom preußischen Generallandtag nicht angenommen. Der König, der sie ebenfalls nicht bestätigte, drängte schon 1581 darauf, neue Kodifikationsarbeiten aufzunehmen. Trotz der fehlenden offiziellen Sanktion fand das *Jus Culmense Emendatum*, das in Neumarkt bearbeitet und daher Neumarkter genannt wurde, breite Anwendung in einer großen Zahl polnischer Städte – zweifelsohne aufgrund der Tatsache, daß es ins Polnische übertragen wurde. Die Übertragung wurde von Paweł Kuszewic aus Kulm angefertigt. Obwohl nicht einwandfrei, erreichte diese Arbeit im Verlauf von 80 Jahren drei Auflagen,⁸ ein Faktum, das von einem großen Bedarf an polnischen Texten der Neumarkter Revision zeugt.

Auch nach diesem erneuten Fehlschlag gingen die Arbeiten an der Kodifizierung des Kulmer Rechts weiter. Ihren Niederschlag fanden sie 1594 in einer neuen Bearbeitung, der sogenannten Thorner Revision (*Jus Culmense Revisum*). Die Wege der Städte und des Adels hatten sich allerdings inzwischen getrennt, wie die gesonderte adelige Kodifikation in Gestalt des *Jus Terrestris Nobilitatis Prussiae* (1598) belegt.⁹ Zwar berieten die preußischen Stände noch vor dem Erlaß dieser Korrektur auf dem Landtag in Thorn im Jahre 1594 gemeinsam über den Text der vorbereiteten Kodifikation, doch die Unterschiedlichkeit der Interessen der einzelnen sozialen Gruppen verhinderte einen Kompromiß. Daher muß die Thorner Revision als ein Zeugnis des Stadtrechts anerkannt werden. Obwohl gewisse Abweichungen zugunsten des Adels in ihrem Text zu finden sind, war sie das Werk der Städtevertreter: des Doktors der Rechte Gregor Heese, Bürgermeister von Marienburg, und Heinrich Lemkes (vel Lebmkę), der schon an der Neumarkter Revision mitgearbeitet hatte.

⁶ Der 2. Thorner Frieden (1466) verleibte Polen einen Teil des Ordensstaates unter dem Namen Königlich-Preußen ein und überließ dem Orden den restlichen, östlichen Teil mit Königsberg als Hauptzentrum unter dem Namen Kreuzritterpreußen als polnisches Lehen.

⁷ Vgl. M. HANOW, *Jus Culmense ex ultima revisione oder Das vollständige Culmische Recht, mit nöthigen Anmerkungen, Beylagen, Register und einer vorgesetzten kurzen Historie*, 2. Aufl., Danzig 1767, § 85.

⁸ Poznań 1623, Warszawa 1646, Poznań 1697.

⁹ Siehe *Volumina Legum*, Bd. 6, Petersburg 1860, S. 270–282.

Ihrer Bearbeitung legten Lemke und Heese den Text der Neumarkter Revision zugrunde, nahmen aber weitgehende sachliche und formale Änderungen vor. Mehrere nicht mehr gültige Vorschriften wurden beseitigt, die beibehaltenen Bestimmungen durch eine große Zahl von neuen, auf justinianische Quellen gestützte Vorschriften ergänzt. Es wurde auch ein neues Buch hinzugefügt, das ausschließlich dem Strafrecht, getrennt in Prozeß- und materielles Recht, gewidmet war. Das ganze übrige Material wurde geordnet und im Rahmen der Bücher in Titel gegliedert, die sich wie früher in capita, die den Artikeln entsprachen, teilten. Trotz der großen Bemühungen beider Kodifikatoren, die ihre Arbeit möglichst schnell abschließen wollten, brachte der preußische Landtag von 1594, der für die Analyse der Kodifikation bestimmt war, keine Resultate. Auch in der Folge kam es zu keiner Diskussion über den vorbereiteten, jetzt *Jus Culmense Revisum* oder Thorner Revision genannten Entwurf, geschweige denn zu dessen gesetzlicher Bestätigung. Er hat jedoch in der Gerichtspraxis von Danzig und anderen Städten des nördlichen Teils des Königlichen Preußen Anwendung gefunden.¹⁰

Das *Jus Culmense Revisum* wurde, wie die früheren Revisionen, in deutscher Sprache bearbeitet und in dieser Version mit einem Kommentar, einer umfangreichen historischen Einleitung und Beilagen zweimal herausgegeben.¹¹ Diese Ausgaben enthielten den Abdruck der wichtigsten das Kulmer Recht und das System des Königlichen Preußen betreffenden Rechtsakte von Michael Hanow unter dem Titel: „*Jus Culmense ex ultima revisione* oder das vollständige Culmische Recht mit nöthigen Anmerkungen, Beylagen, Register und einer vorgesetzten kurzen Historie“. Bisher wurde allgemein angenommen, daß nur deutsche Texte dieser Revision vorhanden seien; eine lateinische Übersetzung des *Juris Culmensis Revisi* ist jedoch, wie ich letztens feststellen konnte, in der Handschrift 983 der Jagellonischen Bibliothek¹² enthalten.

Die unter solch großen Schwierigkeiten entstandenen Kodifikationsprojekte des Kulmer Rechts wurden also, wie gesagt, formal niemals öffentlich sanktioniert. Dies verhinderte jedoch nicht, daß sie

¹⁰ Vgl. J. H. HAUENSTEIN, *Repertorium Juris Pruthenici nimirum municipalis Culmensi emendati, correcti et revisi, ut et juris terrestres terrarum Prussiae singulari studio collectum, combinatum et sub competentes titulos redactum*, Gedani 1730, Ad Lectorem praefatio.

¹¹ Danzig 1745, Danzig 1767.

¹² Universitätsbibliothek Kraków Ms. 983.

auf dem Gebiete Polens vor dessen Teilung praktisch ausgewertet wurden. Die Zahl der insgesamt auf diese Rechte gegründeten Städte überstieg 220, die der Dörfer einige Tausend.¹³ Inwieweit aus der justinianischen Kodifikation bekannte Institute und Rechtsgrundsätze inhaltlich einbezogen wurden, ist demnach nicht lediglich ein Problem einer Sammlung von Vorschriften theoretischen Charakters, sondern der Quellen des angewandten Rechts. Die Antwort auf die Frage nach der Bedeutung romanistischer Einflüsse auf deren Inhalt bildet daher einen wesentlichen Beitrag zur Klärung des generellen Problems, welche Bedeutung dem römischen Recht in Altpolen zukam.

Die Darstellung der Problematik romanistischer Einflüsse in den aufeinander folgenden Kodifikationsprojekten des Kulmer Rechts wie auch der Rolle, die das römische Recht im Hinblick auf das Jus Culmense spielte, bedarf eines Kommentars. Es ist unmöglich, Bereich und Bedeutung seiner Einwirkung zu bestimmen, ohne die Umstände zu berücksichtigen, die bewirkten, daß die im antiken Rom ausgearbeiteten Institute und Rechtsgrundsätze in ganz anderen sozialökonomischen Verhältnissen ihre Anwendung fanden. Dies betrifft übrigens nicht nur das Preußen des 16. Jahrhunderts, sondern fast ganz Europa und später auch zahlreiche Überseeeländer. Ohne Zweifel sind die Ursachen der besonderen Popularität des römischen Rechts in dessen spezieller Eignung, sich den lokalen Bedürfnissen und Verhältnissen anzupassen, zu finden. Dank dieser Eigenart wurde das Recht, das ursprünglich sowohl von Päpsten wie auch von Kaisern als Waffe im Kampf um die Vorherrschaft in der christlichen Welt benutzt wurde, mit der Zeit bedeutend erweitert und beeinflusste so wesentlich die endgültige Gestalt der Rechtssysteme einzelner Länder.

Die aus der Übernahme des römischen Rechts fließenden Vorteile wurden vor allem durch das Bürgertum erfaßt, das unter den Bedingungen der wachsenden Kapitalakkumulation und des lebhaften internationalen Handels an der Beseitigung von feudalen Barrieren und an der Schaffung einer gemeinsamen Grundlage für verschiedene lokale Angelegenheiten interessiert war. Daher ist es kein Zufall, daß das römische Recht größtenteils durch das Magdeburger Recht rezipiert wurde und sich in dieser Gestalt dank der großen

¹³ Siehe Z. ZDRÓJKOWSKI, Abriß (Anm. 1), S. 71. Außerdem können wir das Kulmer Recht auch in der Ukraine, in Litauen und sogar in Siebenbürgen antreffen.

Beweglichkeit der Kaufleute nicht nur in deutschen Städten, sondern auch in Polen, in Litauen und selbst in der östlichen Ukraine verbreitete. Es ist also klar, daß es auch Preußen erreichte und auf das Jus Culmense einwirkte: Der schon im ersten Kodifikationsprojekt zu beobachtende Einfluß wurde, wie selbst eine oberflächliche Lektüre der aufeinander folgenden Revisionen bezeugt, mit der Zeit immer breiter.

Mit diesem Problem beschäftigten sich bereits, vor allem an der Wende vom 17. zum 18. Jahrhundert, einige Abhandlungen, von denen nur geringe Reste erhalten geblieben sind. Das verhältnismäßig große Interesse am römischen Recht rührte daher, daß im Falle einer Lücke oder einer Unklarheit in den Vorschriften des Jus Culmense das sächsische Recht und das Magdeburger Recht¹⁴ angewandt wurden und, wenn auch diese unzureichend schienen, man gemäß ihren Grundsätzen zum römischen Recht griff.¹⁵

Die Feststellung dieser Tatsache finden wir in der Äußerung von Martin Kromer, der in seiner enzyklopädischen Beschreibung Polens „Polonia sive de situ, populis, moribus, magistratibus et Republica regni Polonici libri duo“, 1578, ausdrücklich betont:

„Utitur omnis ferme Prussia, Ducalis iuxta ac Regia, iure municipali, quod Culmense vocatur, quod tamen non satis certum est in hanc usque diem: eruitur id quidem e tenebris et colligitur, sed nondum in lucem prodit. Solae Elbingensis, Brunsbergensis et Fraumbergensis civitates Lubecensi amplexae sunt, vel secum fortassis attulere. Et quoniam utrumque id paucis capitibus continetur, in caeteris recurritur ad Saxonicum et Magdeburgense indeque etiam ad Romanum, quibus de rebus neque Culmensi aut Lubecensi, neque Magdeburgensi et Saxonico iure, neque plebiscitis civitatum aut constitutionibus regis cautum est.“¹⁶

Kromer, Doktor beider Rechte der Universität Bologna, war längere Zeit Bischof im Ermland und kannte die in Preußen angewandte

¹⁴ Vgl. Kulmer Handfeste: „Statuimus autem in eisdem Civitatibus Iura Magdeburgensia in omnibus sententiis in perpetuum observari... (Iura Municipalia Terrarum Prussiae et leges ad eas Terras pertinentes, 1578); siehe auch Lib. I, Tit. 1, cap. 1 Juris Culmensis Revisi: „Da man die Stadt Culm zum ersten besetzte, da gab man ihren Einwohnern Magdeburgisch Recht...“

¹⁵ Vgl. Glossa 2 ad Speculum Saxonum: „Ubi autem ista [iura] deficiunt recurrendum est ad leges et canones“ (Lib. II, Art. 36; siehe auch Lib. III, Art. 44 – Glossa).

¹⁶ S. 133–134, Kraków 1901.

Rechtspraxis aus eigener Anschauung; er muß als glaubwürdiger Zeuge gelten.¹⁷

In gleicher Weise wurde diese Äußerung auch von Arthur Duck, dem im 17. Jahrhundert lebenden Verfasser der Abhandlung „De usu et autoritate juris civilis Romanorum in dominiis Principum Christianorum libri duo“¹⁸ behandelt. Auch er konnte die Bedeutung, die das römische Recht innerhalb der gesamten preußischen Rechtsordnung besaß, nicht übersehen.

Denselben Standpunkt hat auch Valentin Schlieff eingenommen, der in seinen interessanten Ausführungen unter dem Titel „Quaeritur an Jus Culmense revisum germanicum a Gregor Hesio J.U.D. et Prae Cos. Mariaeburgensi in Libros et Capita digestum pro vero Jure Culmensi, quod in iudiciis observari debeat habendum sit“¹⁹ seine Überzeugung äußerte, daß „omnes causas iuris privati, qui nec in privilegio Culmensi, aut veteri Jure Culmensi, nec in statutis, tractatibus, privilegiis regis aut etiam statutariis placitis, omnium Civitatis ordinum continentur quotidiane praxi ex Jure Civili Romano, Saxonico et vicinis aliis iuribus decidantur“.

Ähnlich sahen das Problem die Bürger Preußens, gleich ob im Königlichen Preußen oder im Herzogtum. Dies bezeugen die dem König 1572 vorgelegten Forderungen der Städte. Man liest darin, daß die Lösung der rechtlichen Probleme im gemeinen geschriebenen Kulmer, sächsischen und kaiserlichen Recht zu suchen ist, wenn ein Streit zwischen dem König und den Preußischen Ständen irgendwelcher rechtlicher Auffassungen wegen entsteht oder wenn Vorschriften oder Brauch diesbezüglich lückenhaft sind:

¹⁷ Vgl. auch Petri Royzii Maurei Alcagnicensis, Regii Jurisconsulti, Decisiones De Rebus in sacro Auditorio Lithuanico ex appellatione judicatis, Cracoviae 1563 – Epistula:

„... ad alterum vero jus, quod attinet, id est Theutonicum, partim Saxonicum, partim Magdeburgense, quo omnes tuae ditionis civitates, Prussiaque ipsa tota, non postrema Polonici Regni portio utitur: negare non possumus Romani Juris scientiam esse pernecessariam, id quippe eum illud quod proprium habent, sive Saxonicum sive Magdeburgense nurium plerum est, tanquam commune usurpant, litigatoribusque reddunt ...“

¹⁸ Lib. II, cap. 2, § 16.

¹⁹ Excerpta ex actis in causa iniuriarum inter Dn. Joannem Kratzer act. et Joan. Ern. Schmieden convent. coram officio Dni Vice Praesidis A. 1671 ventilata – Biblioth. PAN, Gdańsk, Ms. 1836, Bl. 93–94.

„... so aus gemeinen geschriebenen, Culmischen, Sächsischen und Kaiserlichen²⁰ Recht zu nehmen ...“²¹

Die Verweisung auf das römische Recht im Falle, daß verbessertes Kulmer oder sächsisches Recht unzureichend sind, findet man in der zitierten Abhandlung ein zweites Mal:

„... in allen auch Fiscal-Sachen das verbesserte Culmische Recht, und wenn solches auch nicht zulänglich, die Sächsischen und Kaiserlichen Rechte beobachtet.“²²

Auch im Herzogtum Preußen wurde anläßlich der anstehenden Arbeiten an der Kodifikation des Rechts für diesen Teil Preußens auf dem Landtag 1559/1560 die Notwendigkeit hervorgehoben, die Regel anzunehmen, daß überall dort, wo das Kulmer Recht schweige oder nicht klar sei, zuerst zum sächsischen Recht und dann zum kaiserlichen Recht zu greifen sei. Mehr noch, als im Herzogtum Preußen die Schaffung einer Rechtssammlung konzipiert wurde, erklärte der preußische Adel im Beschluß des Landtages, nur das römische Recht solle die Grundlage der ganzen Reform bilden.²³ Es ist anzunehmen, daß die Ansichten des Adels durch die Konzeption der in der Verehrung des römischen Rechts erzogenen deutschen Juristen beeinflußt wurden.

Die Rolle des römischen Rechts nur auf dessen subsidiären Charakter im Falle von Lücken oder Unklarheiten im Jus Culmense beschränken zu wollen, wäre indes ein Irrtum. Es hat auf die Terminologie wie auf den Inhalt einer Reihe von Bestimmungen, die in den aufeinander folgenden Kodifikationsprojekten des Kulmer Rechts (Jus Culmense Correctum von 1566, Jus Culmense Emendatum von 1580 und Jus Culmense Revisum von 1594) enthalten sind, einen direkten Einfluß ausgeübt. Natürlich ist hier zu bemerken, daß die authentischen Texte dieser Revisionen in deutscher Sprache angefertigt und erst mit der Zeit ins Lateinische übersetzt wurden. Man sollte aber aus diesem Umstand keine zu weitgehenden Schlüsse ziehen. Im Falle der Neumarkter Revision (Jus Culmense Emendatum) hatten z. B. beide – übrigens in nicht großen Zeitabständen

²⁰ Also römischen!

²¹ Siehe G. D. LENGNICH, Geschichte der Preussischen Lande – Königlich Polnischen Antheils, Bd. III, Dantzig 1724, S. 18.

²² LENGNICH (Fn. 21), S. 19–20.

²³ Siehe A. HORN, Die Verwaltung Ostpreussens seit der Säkularisation 1525–1875, Königsberg 1890, S. 51.

angefertigten – sprachlichen Versionen dieselbe Bedeutung.²⁴ Die Tatsache, daß eine Reihe von lateinischen Handschriften erhalten blieb und nur ein deutscher Text auffindbar war, scheint auf eine weit größere Verbreitung der ersteren hinzuweisen. Abgesehen davon ist hervorzuheben, daß sich der Einfluß des römischen Rechts hierin nicht nur auf die äußere, terminologische Seite des Problems beschränkt. Denn im Bereich des Privatrechts ist leicht zu erkennen, daß viele Institute, auch wenn zu deren Bezeichnung deutsche Termini verwendet wurden, auf römische Art und Weise gestaltet wurden. Andererseits finden wir auch in der vollständig deutschsprachigen Thorner Revision verhältnismäßig viele lateinische Termini, ein Phänomen, das, nebenbei bemerkt, auch in anderen Quellen des Kulmer Rechts zu beobachten ist.

Geht man zu ausführlichen Betrachtungen zum Thema der Bedeutung des römischen Rechts für das Jus Culmense über, muß man feststellen, daß diese in verschiedenen Bereichen zum Ausdruck kommt. Denn unabhängig von seinem subsidiären Charakter bildete das römische Recht auch das *tertium comparationis*, auf das sich die Verfasser der Revisionen bewußt oder unbewußt beriefen. Dies kommt nicht nur in unmittelbaren Erwähnungen des *ius commune* oder des *ius commune scriptum*, also des römischen Rechts,²⁵ zum Ausdruck, sondern auch in mehrmaligen deutlichen Hinweisen auf die im Jus Culmense auftretenden Unterschiede gegenüber dem römischen Recht. Manchmal hoben die Kodifikatoren mit Nachdruck hervor, daß irgendein für letzteres charakteristisches Institut hier keine Anwendung finde.

Als Beispiel kann die aus der vorigen Revision übernommene Bestimmung cap. 62 Buch IV des Juris Culmensis Emendati dienen, die, von der Vollstreckung gegenüber dem zahlungsunfähigen Schuldner handelnd, eine für das zu behandelnde Problem wesentliche Bemerkung enthält:

„... nec quisquam eum *jure nostro* per bonorum cessionem omni debito solet liberare.“²⁶

²⁴ Vgl. G. SCHRÖDER, Collectanea von Culmischem Recht, Biblioth. PAN, Gdańsk, Ms. 1836, Bl. 3.

²⁵ Siehe A. DUCK, De usu et autoritate ... (Fn. 18), Lib. I, cap. 2 § 6 (S. 30): „... quotiens de jure communi loquuntur, intellegitur de Romano.“ Vgl. I. MALINOWSKA-KWIATKOWSKA, Il concetto di „ius commune“ nella giurisprudenza della vecchia Polonia, in: Studi in onore di Edoardo Volterra, t. III, Milano 1971, S. 421 ff.

²⁶ Siehe auch Jus Culmense correctum Lib. IV, cap. 56.

Auf diese Weise wurde die im römischen Recht zulässige Möglichkeit ausgeschlossen, den Gläubigern das gesamte Vermögen zur Befriedigung ihrer Ansprüche durch den Schuldner freiwillig auszuliefern. Damit vermied dieser die Vollstreckung in die Person und geriet nicht in Infamie, außerdem stand ihm das sogenannte *beneficium competentiae* zu, d. h. die Möglichkeit, einen Teil des Vermögens, der ihm zum notwendigen Unterhalt dienen würde, für sich zu behalten.

Natürlich weist die zitierte Bestimmung darauf hin, daß deren Verfassern die Kenntnis der Institute des römischen Rechts nicht fremd war, wobei sie, die Möglichkeit der subsidiären Anwendung vor Augen, diese eben im genannten Bereich ausschließen wollten.

Abgesehen aber von derartigen Bemerkungen, die übrigens auch im *Jus Culmense Revisum* zum Ausdruck kamen,²⁷ ist in der letztgenannten Revision auch eine Bestimmung zu finden, die beweist, daß die oben angegebene Regel über die subsidiäre Anwendung des römischen Rechts nicht lediglich theoretische Bedeutung hatte. Cap. 7, Buch III, Tit. 8 beruft sich in ausdrücklicher und keine Zweifel zulassender Weise auf das römische Recht.

„Obwohl die Blindheit ein Defectus, so sollen doch die Blinden darum von Verschaffung oder Disposition ihrer Güter nicht verstoßen seyn; sondern da derselben Testament kräftig seyn soll, so muß über die gedachten sieben Zeugen noch der achte erfordert werden, welcher des Blinden letzten Willen auffassen, und dem Testatori, wie auch den andern Zeugen vorlesen soll, und dieses muß eine publica persona oder Notarius seyn, nach dem römischen Rechte.“

Aus den angeführten Quellen geht klar hervor, daß die Verfasser der Revisionen das römische Recht kannten und sich in einzelnen Artikeln indirekt oder ausdrücklich darauf beriefen, indem sie auf eine andere Regelung mancher Probleme hinwiesen. Es ist übrigens nicht verwunderlich, da in allen Kommissionen *doctores utriusque iuris* wie Kristoph Jonas, Stanislaus Hosius, Georg Kleefeld, Peter Kostka, Heinrich Lemke, Gregor Heese und Heinrich Rhode saßen. Neben einer deutlichen Übernahme mancher Institute weisen auf deren romanistische Ausbildung auch die von ihnen gebrauchten technischen Termini hin, die wir auch in beiden deutschen Texten finden.²⁸

²⁷ Siehe Lib. II, Tit. 23, cap. 6.

²⁸ Zum Beispiel im *Jus Culmense Revisum*: *Jus Publicum* (Lib. I – Rubr.),

Unabhängig von den terminologischen Questionen hat das römische Recht einen weit größeren sachlichen Einfluß ausgeübt. Ich versuche, dies am Beispiel des Obligationenrechts darzustellen. Denn diesem Gebiet hat das römische Recht sein Gepräge am nachdrücklichsten verliehen. Dies läßt sich vor allem im Jus Culmense Revisum bemerken. Sein viertes Buch stützt sich größtenteils auf die justinianischen Quellen und weniger auf die vorangegangenen Revisionen, obwohl auch darin die Übernahme vieler römischer Grundsätze und Institute leicht auszumachen ist. Es sind hier auch gewisse typisch römische technische Termini, unter anderem aus dem Bereich der Schadensersatzhaftung zu finden. Abgesehen von der Er-

privilegium (Lib. I, Tit. 2, cap. 3 u. 5; Lib. I, Tit. 5, cap. 4–5), publica persona (Lib. III, Tit. 8, cap. 7), notarius (Lib. II, Tit. 5, cap. 9; Lib. III, Tit. 8, cap. 7), De processu judicario in causis civilibus (Lib. II – Rubr.), procurator (Lib. II, Tit. 1, cap. 8), actus (Lib. II, Tit. 6, cap. 1), res iudicata (Lib. II, Tit. 2, cap. 5), terminus (Lib. II, Tit. 11, cap. 4; Lib. II, Tit. 18, cap. 4 u. 9; Lib. II, Tit. 22, cap. 7; Lib. II, Tit. 24, cap. 1; Lib. III, Tit. 10, cap. 3; Lib. V, Pars I, Tit. 9, cap. 3; Lib. V, Pars I, Tit. 12, cap. 1), acta (Lib. V, Pars II, Tit. 18, cap. 3), instrumenta (Lib. II, Tit. 19, cap. 3; Lib. V, Pars II, Tit. 18, cap. 3), exceptiones (Lib. II, Tit. 11, cap. 3; Lib. V, Pars I, Tit. 10, cap. 2), exceptio rei judicatae, solutionis, transactionis (Lib. II, Tit. 11, cap. 3), juramentum (Lib. II, Tit. 20, cap. 3), appellationes (Lib. II, Tit. 22, cap. 4), judex primae instantiae (Lib. II, Tit. 23, cap. 1), in inferiori aliqua instantia (Lib. II, Tit. 25, cap. 4), in termino executionis (Lib. II, Tit. 25, cap. 4), executor (Lib. II, Tit. 23, cap. 7), cessio bonorum (Lib. II), modum in exsequendo excedere (Lib. II, Tit. 23, cap. 8), per modum objectionis seu exceptionis (Lib. V, Pars I, Tit. 3, cap. 1), ex officio (Lib. V, Pars I, Tit. 3, cap. 1; Lib. V, Pars I, Tit. 4, cap. 1; Lib. V, Pars I, Tit. 10, cap. 1), extraordinarie (Lib. V, Pars II, Tit. 7, cap. 10), curator (Lib. II, Tit. 10, cap. 4), communio bonorum (Lib. III, Tit. 8, cap. 21), reciproca donatio (Lib. III, Tit. 8, cap. 22), creditor (Lib. II, Tit. 1, cap. 8; Lib. II, Tit. 23, cap. 4–5; Lib. II, Tit. 24, cap. 3; Lib. III, Tit. 4, cap. 7–8; Lib. III, Tit. 10, cap. 3; Lib. III, Tit. 10, cap. 7 u. 9–10; Lib. IV, Tit. 7, cap. 6; Lib. IV, Tit. 11, cap. 3), interesse (Lib. II, Tit. 2, cap. 6; Lib. IV, Tit. 4, cap. 7), pacta (Lib. II, Tit. 12, cap. 2), debitor (Lib. II, Tit. 23, cap. 1; Lib. II, Tit. 23, cap. 5 u. 7–8), De contractibus (Lib. IV – Rubr.), commodatum (Lib. III, Tit. 5, cap. 1; Lib. IV, Tit. 2), commodatarius (Lib. III, Tit. 5, cap. 1; Lib. IV, Tit. 2), in solidum (Lib. IV, Tit. 11, cap. 3), sequester (Lib. IV, Tit. 3, cap. 6), beneficium divisionis (Lib. IV, Tit. 11, cap. 3), alienator (Lib. IV, Tit. 12, cap. 3), (Verjährung) continua (Lib. III, Tit. 2, cap. 1), vitium rei affectae (Lib. III, Tit. 2, cap. 3), bonae fidei possessor (Lib. III, Tit. 5, cap. 1), De dominio rerum (Lib. III – Rubr.), De ultimis voluntatibus et successionibus (Lib. III – Rubr.), testator (Lib. III, Tit. 8, cap. 5 u. 7), testamenta (Lib. III, Tit. 8, cap. 6 u. 11), legitima (Lib. III, Tit. 8, cap. 11–15 u. 24), legata (Lib. III, Tit. 8, cap. 14), legatarii (Lib. III, Tit. 10, cap. 3; Lib. III, Tit. 10, cap. 7 u. 10), pro rata portione (Lib. II, Tit. 24, cap. 3; Lib. III, Tit. 8, cap. 14), jus repraesentationis (Lib. III, Tit. 9, cap. 1), ab intestato (Lib. III, Tit. 9, cap. 6), in capita (Lib. III, Tit. 9, cap. 15), inventarii beneficium (Lib. III, Tit. 10, cap. 2 u. 8), Crimen laesae Majestatis (Lib. III, Tit. 9, cap. 17), De delictis et poenis eorum (Lib. V, Pars II – Rubr.), De processu criminali (Lib. V, Pars I – Rubr.), per inquisitionem (Lib. V, Pars I, Tit. 3, cap. 1), famosi libelli (Lib. V, Pars II, Tit. 20, cap. 3).

wählung der „negligentia“ im Zusammenhang mit den Handlungen des Auftragnehmers im Buch II, Cap. 48 oder des Depositärs im Buch IV, Cap. 3 der Neumarkter Revision ist hierbei vor allem auf die Bestimmung der erforderlichen Sorgfalt als „diligentia quam suis rebus“ im zweiten der zitierten Artikel hinzuweisen. Diese bildnerische Darstellung des Haftungsmaßstabes ist für die justinianischen Quellen charakteristisch,²⁹ aus denen sie übernommen wurde. Ihrem Einfluß sind auch die in den Revisionen des Kulmer Rechts häufig auftretenden Begriffe „dolus malus“³⁰ und „bona fides“³¹ zuzuschreiben. Zu erwähnen ist auch der „casus fortuitus“³² als ein Geschehen, für das der Schuldner in einigen Obligationen nicht haftet. Mit dem römischen Grundsatz „contractus enim legem ex conventione accipiunt“³³ stimmt auch die in cap. 6, Buch IV der Neumarkter Revision zu findende Feststellung: „ex conventionis lege servabitur“ überein.

Zu nennen ist hier auch die Rezeption des charakteristischen römischen Instituts der „obligatio alternativa“, die dem Schuldner eine Wahl zwischen zwei Obligationsgegenständen erlaubte, wobei ihn die Leistung eines der beiden befreite. Zwar finden wir in keinem der betrachteten Texte des Kulmer Rechts eine solch deutliche Feststellung, aber über das Vorhandensein der Wahlschuld erfahren wir indirekt aus cap. 8, Buch II, Tit. 10, der von den Folgen der „plus petitio“ handelt. Wie aus diesem Text hervorgeht, liegt eine solche Überschreitung des Rechtsanspruchs auch dann vor, wenn jemand den alternativ verpflichteten Schuldner wegen einer Sache anklagt, ohne dessen Wahlrecht zu beachten:

„... wenn der Schuldner zwey Dinge auf seine Wahl oder Willkühr versprochen hat, als 20 Floren oder ein Pferd, und der Kläger das eine ohn Unterscheid klaget.“³⁴

Die Einwirkung des römischen Rechts ist auch im Hinblick auf das im Jus Culmense auftretende mündliche Leistungsversprechen, das als „stipulatio“ oder „sponsio“ bezeichnet wird, zu bemerken. Zwar

²⁹ D. 23,3,17 pr.; D. 10,2,25,16; D. 17,2,72; D. 18,6,3.

³⁰ Jus Culmense Emendatum Lib. II, cap. 68; Lib. IV, cap. 11, 18 und 21.

³¹ Jus Culmense Emendatum Lib. III, cap. 11.

³² Jus Culmense Emendatum Lib. III, cap. 63.

³³ D. 16,3,1,6.

³⁴ I. 4,6,33d: „... Ideo autem plus petere intellegitur, quia in eo genere stipulationis promissoris est electio, utrum pecuniam an hominem solvere malit: qui igitur pecuniam tantum vel hominem tantum sibi dare oportere intendit, eripit electionem adversario et eo modo quidem meliorem condicionem fecit, adversarii vero sui deteriolem.“

finden wir in beiden früheren Revisionen weder ihre Bestimmung noch Erfordernisse; verhältnismäßig viel Material liefert uns jedoch Tit. 10, Buch IV der Thorner Revision: „Von wörtlicher Verpflichtung“. Abgesehen von der Übereinstimmung einer solchen Rubrik mit den entsprechenden Rubriken der justinianischen Institutionen³⁵ oder Digesten³⁶ ist hier auf eine deutliche Hervorhebung der Dialogform im cap. 1 eod., des verpflichtenden Charakters und der Eintragbarkeit dieses Versprechens hinzuweisen, was bestimmt von römischen Einflüssen zeugt:

„Wenn einer dem andern etwas zu geben oder zu thun mit wortlicher Verpflichtung zusaget und der ander solches annimmt, so ist derselbige solchem nachzukommen verbunden und obligiret. Thut er solches nicht, so mag ihn der andere mit Rechte darum besprechen und verklagen.“³⁷

Dasselbe ist auch im Hinblick auf die Bestimmungen des cap. 2 über die „Erfordernisse des Versprechensgegenstands“ und über den „Zwang als Mangel der Willenserklärung“ festzustellen:

„Es sollen aber solche Gelöbnisse in ehrlichen, aufrichtigen und möglichen Dingen geschehen: sonst sie zu Rechte nichtig und kraftlos sein. . . Würde auch jemand untreulich gefangen, und ihm ein Gelöbniß abgedrungen, er darf es nicht leisten, so er schwören kann, daß ihm solch Gelöbniß untreulich abgedrungen ist.“

Diesem Artikel gemäß waren, wie es im römischen Recht der Fall war,³⁸ ausschließlich die Versprechen gültig, die ehrliche und mit dem Recht übereinstimmende wie auch erfüllbare Sachen betrafen, auch die Versprechen, die, wie sich aus dem letzten Satz ergibt, freiwillig ohne Zwang geleistet wurden.

Natürlich waren die Normen über die Stipulation auf dem Grunde des justinianischen Rechts bedeutend weiter ausgebaut, was sich aus deren großer praktischer Bedeutung ergab. Die Thorner Revision wertete diese indes nur geringfügig aus, anders als bei den unstrittig größeren Rückgriffen in dem den realen Kontrakten gewidmeten Teil und vor allem beim Darlehen und bei der Hinterlegung.

³⁵ I. 3,15, De verborum obligatione.

³⁶ D. 45,1, De verborum obligationibus.

³⁷ Vgl. I. 3,15 pr.: „Verbis obligatio contrahitur ex interrogatione et responsu, cum quid dari fieri nobis stipulamur.“ D. 45,1,2 pr.: „Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt.“

³⁸ I. 3,19,1: „At si quis, quae in rerum natura non est aut esse non potest, dari stipulatus fuerit, . . . inutilis erit stipulatio.“ I. 3,19,24: „Quod turpi ex causa promissum est, veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet.“

Die realen Kontrakte sind in den früheren Revisionen mehrmals angesprochen, doch gaben sie, wie bei der Stipulation, keine Bestimmung dieses ersten Kontrakts an, sondern schenkten speziell den Prozenten, besonders dem Kampf mit dem Wucher, ihre Aufmerksamkeit. Das *Jus Culmense Revisum* handelt über das Wesen und die Erfordernisse des Darlehens sehr ausführlich, indem es in diesem Bereich den römischen Quellen treu folgt, was im Inhalt der meisten Artikel und besonders im cap. 1, Tit. 1, Buch IV zu sehen ist:

„Das Leihen und Entleihen, davon allhie gehandelt wird, bestehet in den Dingen, die gewogen, gezählet oder gemässen werden: (als Metall, Specerey, Geld, Getrayde, Wein, Gewand, und dergleichen,) welche des Entleihers eigen werden, daß er sie nach seinem Willen gebrauchen mag. Derowegen denn auch der Entleiher nicht eben das geliehene Ding, sondern ein anders in gleicher Gestalt, Werth und Güte, wie auch Gewicht, Zahl und Maasse, wie er es empfangen, wieder zahlen soll.“

Dem obigen Text gemäß durften ausschließlich nur die vertretbaren Sachen, d. h. die durch Gewicht, Zahl oder Maß bestimmbaren und im Rahmen derselben Gattung ersetzbaren Dinge den Gegenstand der Leihe bilden. Folglich wurden sie zum Eigentum des Darlehensnehmers, der verpflichtet war, Gegenstände derselben Gattung und in derselben Menge und Qualität zurückzugeben.

Eine solche Auffassung des zitierten Artikels beweist eine starke Einwirkung der Grundsätze des römischen Rechts, welches das Darlehen ausschließlich auf Sachen „*quae pondere, numero mensurave constant*“ zuließ. Im Hinblick auf ihren Charakter erfolgte der Übergang des Eigentums auf den Darlehensnehmer und im Ergebnis die Möglichkeit der Rückgabe anderer Gegenstände im Rahmen der gleichen Gattung.³⁹

Damit steht das in cap. 8 eod. der Thorner Revision behandelte Problem des Risikos bei Verlust der Sache in Verbindung:

„Da nun ein Gut, welches zu obgedachter Gestalt geliehen ist, ehe es wider gegeben ist, umkäme, verbrennete, oder sonst Schaden nehme; so ist der Schade dessen, der es entlehnet: Sintemal er das Eigenthum daran erlanget, und mit anderm dergleichen Gut die Zahlung thun kan.“

³⁹ I. 3,14 pr.: „... mutui autem obligatio in his rebus consistit, quae pondere numero mensurave constant, ... Quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem res, sed aliae eiusdem naturae et qualitatis reddantur.“ D. 12,1,3: „... non licet debitori deteriozem rem, quae ex eadem genere sit reddere.“

Den Auffassungen der römischen Juristen gemäß trug der Darlehensnehmer die Folgen des Verlustes oder der Beschädigung der Sache als deren Eigentümer. Folglich lastete auf ihm weiterhin die Leistungspflicht, die keinen Änderungen unterlag.⁴⁰

Es ist hier die Tatsache zu betonen, daß die Einwirkung der römischen Quellen auf das *Jus Culmense Revisum* nicht nur im Hinblick auf Grundmerkmale des Darlehens zu sehen ist, sondern auch eine Reihe von besonderen *Questitonen*, wie z. B. die Folgen des Schuldnerverzugs betrifft. Eine von ihnen behandelt *cap. 2 eod.*:

„Würde bei Leihung solcher Dinge eine gewisse Zeit und Frist zur Zahlung angestellt, so mag der Leiher solches vor der Zeit nicht fordern; der Entleiher aber mag vor der Frist die Zahlung wohl leisten. Wäre aber keine Frist benennet, so muß die Zahlung geschehen, wenn es der Leiher fordert.“

Es ist hier die ausdrückliche Rezeption entsprechender römischer Regeln zu beobachten, denen zufolge der Darleiher – wie im zitierten Artikel – die Rückgabe des Darlehens vor der festgesetzten Frist nicht fordern, der Schuldner dagegen die Zahlung auch vor dem Ablauf des Termins leisten durfte. Deutlich wird das durch die bekannte *Parömie* zum Ausdruck gebracht: „*diei adiectio pro reo est, non pro stipulatore!*“ War aber der Termin nicht genau festgesetzt, hatte der Gäubiger das Recht, die Schuld zu jeder Zeit zurückzuverlangen.⁴¹

In geringerem Maße haben die Verfasser der *Thorner Revision* die römischen Quellen hinsichtlich des zweiten genannten Problems, mit dem sich *cap. 3 eod.* befaßt, herangezogen:

„... so ist der Entleiher allen Schaden, Nachtheil, Abgang und Unkosten, so des Verzugs halber herkommen, nach Erkenntniß zu zahlen schuldig.“

Denn von den verhältnismäßig zahlreichen dem römischen Recht bekannten Konsequenzen des Schuldnerverzugs haben sie eigentlich nur eine, und zwar die Pflicht gewählt, die durch den Verzug angerichteten Schäden zu ersetzen.

Meines Erachtens ist es unberechtigt, einen Einfluß dieses Rechts auf die Bestimmungen des Buchs IV, *Tit. 1, cap. 4–5* über die Ver-

⁴⁰ I. 3,14,2: „... et si quidem qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu quod accepit amiserit, ... nihilo minus obligatus permanet.“

⁴¹ Vgl. D. 50,17,14; D. 45,1,41,1.

zinsung der Darlehensgewährung und des Wuchers anzunehmen. Es wäre übertrieben zu behaupten, die in cap. 4 vorgesehene Bestimmung des Prozentsatzes – 8 1/3 von 100 – bilde das Überbleibsel der Bestimmungen der Zwölf Tafel-Gesetze, die eben solche Prozente zuließen. Andererseits ist es aber nicht auszuschließen, daß die Gegenüberstellung von prozentlosen und prozentualen Darlehen auf eine bestimmte Zeit eben in diesem Artikel schlechthin eine Übertragung der römischen Freund- und Handelsdarlehen auf den Boden des Kulmer Rechts ist. Dagegen sind die rigorosen Bestimmungen des Jus Culmense Revisum wie auch die der früheren Revisionen über den Wucher eher der Einwirkung des kanonischen als des römischen Rechts zuzuschreiben.

Ebenfalls eines Kommentars bedürfen die durch die Thorner Revision übernommenen Grundsätze, die das Problem der den Familiensöhnen erteilten Darlehen regelten. Davon handelt Buch IV, Tit. 1, cap. 6–7:

„Kindern oder jungen Leuten, die noch nicht zu ihren rechten Jahren kommen, und unter ihrer Eltern oder Vormünder Gewalt seyn, soll niemand ohne Vorwissen der Eltern oder Vormündern etwas leihen. Thut er das, so sollen es die Eltern, oder Vormünder, oder auch das Kind und Jüngling selber zu gelten nicht schuldig seyn ...“

Unzweifelhaft ist das Erfassen dieses Problems wie auch dessen allgemeine Entscheidung der Einwirkung des römischen Rechts, vor allem der Fragmente aus den justinianischen Digesten zu verdanken, die das „Senatus consultum Macedonianum“⁴² behandeln. So hat auch M. Hanow⁴³ dieses Problem gesehen. Man darf hierbei nicht außer acht lassen, daß das Jus Culmense aus dem römischen Recht übernommene Normen anders auffaßte, als dies im alten Rom der Fall gewesen war. Insbesondere wäre hier die entsprechende Behandlung der väterlichen Gewalt, die im 16. Jh. schon zu einem Relikt mit einem beschränkten Anwendungsbereich wurde, unannehmbar. Daher ist der Ausdruck „unter ... Gewalt seyn“ nur als „von den Eltern erhalten werden“ zu verstehen. Ein weiterer Unterschied besteht in der Beschränkung des Verbots, Darlehen zu er-

⁴² D. 14,6,1 pr.: „Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt: ... placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri.“

⁴³ M. HANOW (Fn. 7), S. 148, Anm. 7.

teilen, auf Personen, „die noch nicht zu ihren rechten Jahren kommen“. Im römischen Recht befreite das Erreichen des bestimmten Alters, selbst das Erlangen einer hohen Stellung im Staat nicht von bestimmten Verboten. Doch trotz dieser und anderer Unterschiede, von denen es viele gab, unterliegt es keinem Zweifel, daß das Motiv selbst, derartige Vorschriften einzuführen, wie auch ein ausdrücklicher Ausschluß der Zulässigkeit von Darlehen auf Rechnung des künftigen Erbes,⁴⁴ also das Hervorheben des Moments einer für den Erlaß des SC Macedonianum entscheidenden Bedeutung, auf den Einfluß des römischen Rechts zurückzuführen sind.

Zu derselben Annahme zwingen die Bestimmungen der Thorner Revision zum „commodatum“, dessen Wesen Buch IV, Tit. 2, cap. 1 bestimmt:

„Wenn einer dem andern aus gutem Willen etwas leihet, zu einem besonderen Gebrauch vergeblich und ohne bedingten Lohn, also, daß der Entlehner nach vollendetem Gebrauch eben dasselbe wieder geben soll; so ist der, dem es geliehen, dasselbe Gut mit besten Fleiße, als ob es sein eigen wäre, zu bewahren schuldig, und so aus seinem geringsten Unfleiß oder Versäumniss, dasselbe Gut geärgert, beschädiget oder verlohren würde, so ist er solchen Schaden nach Erkenntniß zu erstatten schuldig. Was aber über solchen seinen gebürlichen Fleiß unversehens durch Zufall geschieht, daran ist er nicht gehalten.“

Wie der angeführte Artikel bestimmt, besteht die Leihe in der unentgeltlichen Überlassung einer Sache zum Gebrauch mit der Pflicht, diese nach Ende des Gebrauchs zurückzugeben. Der Entleiher war verpflichtet, größte Sorgfalt anzuwenden und haftete für den angerichteten Schaden, nicht aber für Zufall. Die Konkretisierung dieser allgemeinen Grundsätze bilden die weiteren Artikel, vor allem cap. 2, das besagt, daß die Rückforderung der Sache vor dem vereinbarten Termin unzulässig war:

„Niemand mag sein Gut, das er einem anderen worzu geliehen, ehe fordern, ehe es der andere darzu, als es ihm geliehen, gebrauchet hat ...“

Wie aus dem anderen Text folgt, war dies nur in Ausnahmefällen möglich, bei Vertrauensbruch, Vernichtungs- oder Diebstahlsgefahr, eigener Bedürfnisse des Kommodanten und ähnlichem.

Die nächsten beiden Artikel weisen dann auf die Pflicht zur Rückgabe der nicht verschlechterten Sache (cap. 5) wie auch auf die damit

⁴⁴ Cap. 7: „Und wo etwas hierwider geschähe, soll es nichtig und kraftloß sein.“

verbundene Notwendigkeit hin, die Sache ihrer Bestimmung gemäß zu gebrauchen (cap. 4):

Cap. 5: „Geliehen Gut soll ein Mann zu rechter Zeit wieder geben, so gut, als er es empfangen hat; ist es aber durch seine Schuld und Verwehrlosung ärger worden, so gilt er den Schaden ...“⁴⁵

Cap. 4: „Wer das geliehene Gut an andern Oertern und anderer Gestalt, oder längere Zeit, denn es ihm geliehen, ohne des Leihers Wissen und Willen gebraucht hätte, der ist wegen des Misbrauchs allen Schaden, Abgang und Nachtheil zu erstatten schuldig.“

Als eine Verletzung der Pflichten des Entleihers wird also der Gebrauch der Sache in einer anderen Ortschaft oder auf eine andere als die im Vertrag festgelegte Weise, wie auch durch eine längere Zeit, als es der Kommodant erlaubte, gehalten. Folglich belasteten die sich daraus ergebenden Schäden und Verluste den Entleiher.

Alle diese charakteristischen Merkmale des behandelten Vertrags entsprechen dem römischen „commodatum“, was davon zeugt, daß das Kulmer Recht eben nach seinem Vorbild sein eigenes Institut gestaltet hat. Zwar fehlt in der justinianischen Kodifikation der Text, der die Merkmale diese Kontrakts so ausführlich aufzählt, wie man es im zitierten cap. 1 sieht, es lassen sich aber leicht die Quellen zeigen, die die Grundlage entsprechender Formulierungen der Thorner Revision bilden.⁴⁶

In noch größeren Maße hat das römische Recht auf die Bestimmungen dieser Revision über die Hinterlegung eingewirkt. Manche der sich im entsprechenden Tit. 3, Buch IV („Von befohlenem oder vertrautem Gut“) befindenden Artikel erwecken den Eindruck, als wenn sie aus den justinianischen Digesten fast wörtlich übernommen wären.

Insbesondere bezieht sich das auf cap. 1 eod., das besagt, daß der Deponent sowohl das Eigentum als auch den Besitz behält; darüber

⁴⁵ Vgl. D. 13,6,3,1: „Si redditā quidem sit res commodata, sed deterior redditā, non videbitur redditā, quae deterior facta redditur, nisi quid interest praestetur ...“

⁴⁶ Zum Beispiel I. 3,14,2: „... is qui utendum accepit sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare iubetur nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterit eam rem custodire: sed propter maiorem vim maioresve casus non tenetur, si modo non huius culpa is casus intervenerit...“; D. 13,6,5,7–8: „... nam si tibi equum commodavero, ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis.“ § 8: „Quin immo et qui alias re commodata utitur, non solum commodati, verum furti quoque tenetur“ u.s.w.

hinaus betont es den unentgeltlichen Charakter des Hinterlegungsvertrages:

„Wem etwas zu verwahren gegeben wird, der hat weder desselben Eigentum noch Besitz. Er soll es aber so fleißig bewahren als das seine, und doch kein Geld oder Belohnung darum nehmen.“

Die weiteren Merkmale der Hinterlegung zählt dagegen cap. 2 auf, indem es vor allem die auf dem Depositär lastende Pflicht betont, die Sache mit all ihren Früchten und Nutzen auf jedes Verlangen des Deponenten zurückzugeben. Es wird dabei das Recht, die Sache zu behalten, selbst dann ausgeschlossen, wenn der letztere die Hypothek auf seinem ganzen Vermögen aufstellte. Den Schutz der Interessen des Deponenten sichert auch die weitere Bestimmung des zitierten Artikels, aus der folgt, daß ihm das Vorzugsrecht vor allen anderen Gläubigern im Falle des Todes des Depositärs zusteht.

„Wem etwas zu verwahren gegeben wird, soll dasselbe seinem Herrn, dem es gehöret, zu jeder Zeit, wenn es gefordert wird, wieder zu geben schuldig seyn, mit allem was dazu gehöret, oder was es vielleicht in der Verwahrung getragen, und solches alles ohne rechtlichen Proceß. Wäre auch der, so es abgelegt, etwas schuldig demjenigen, bey welchem es abgelegt, und hätte ihm auch dafür alle seine Güter verpflichtet, so soll er ihm gleichwohl auch solches Praetexts halber das abgelegte Gut nicht hemmen, noch zu seiner Bezahlung ziehen ...“

Es ist charakteristisch, daß außer den angeführten Grundsätzen in der Thorner Revision auch die für das römische Recht so typischen Hinterlegungsarten auftreten wie Nothinterlegung und Sequesterhinterlegung. Über das erstere handelt Buch IV, Tit. 3, cap. 3:

„So jemand in gefährlichen Aufläuffen, Feuer- und Wassersnoth, einem andern etwas vertrauet und zu verwahren giebet, und der Annehmer solches hernach vorsätzlich verleugnen und hinterhalten würde, wird er dessen wie recht überwiesen, soll er das Gut doppelt wieder geben, oder so viel Erstattung thun, und von der Obrigkeit nach Gelegenheit der Sache gestrafet werden.“

Laut dem zitierten Text kam das „depositum necessarium“ unter den Umständen der drohenden Gefahr zustande, und da der Deponent dann nur eine beschränkte Freiheit zur Wahl des Depositärs hatte, bewirkte die Hinterlegung einer solchen Verwahrung die Strafe in Gestalt der Leistung des doppelten Wertes der Sache.

Ebenfalls nach den römischen Vorbildern bestimmte die Thorner Revision in cap. 6 die charakteristischen Merkmale des Sequesterde-

positums, indem sie sich hier sogar des lateinischen Terminus „sequester“ bediente:

„Wann sich einer, zween, oder mehr über einem Dinge oder desselben Besitz nicht vergleichen können, mögen sie es bey jemand aus Gutwilligkeit ablegen bis zum Abtrage der Sache. . . Bey welchem aber etwas sequestriret oder abgelegt wird, derselbe bekommt desselben Dinges Besitz, also daß er, da ihm jemand Eintrag thun wollte, rechtlich dasselbe wehren könne. Er soll aber nach verrichteter und geendeter Sache dasselbe demjenigen, wem es rechtlich zuerkannt, oder sonst durch eine Vergleichung zuständig wird, abzutreten und zu übergeben schuldig seyn.“

Wie aus dem angeführten Artikel folgt, kam das Sequesterdepositum dann zustande, wenn eine strittige Sache zur Verwahrung übergeben wurde, die der Verwahrer (sequester) nach der Entscheidung des Streitigen dem Sieger übergeben sollte. Bei dieser Art des Kontraktes erlangte er, anders als bei der gewöhnlichen Verwahrung, den Besitz der Sache und konnte zu dessen Schutz entsprechende Rechtsmittel in Anspruch nehmen.

Der Vergleich obiger Bestimmungen mit den Quellen des römischen Rechts läßt nicht den geringsten Zweifel, daß die Rechtskonstruktion des Verwahrungskontraktes der justinianischen Kodifikation entnommen wurde. Denn abgesehen von wenigen und unwesentlichen Ergänzungen des Kulmer Rechts haben wir es hier mit einer fast wörtlichen Konzeption der sich darauf beziehenden Fragmente aus Digesten zu tun. Dies bezieht sich sowohl auf die so charakteristischen Merkmale des Depositums wie „Behalten des Eigentums und des Besitzes durch den Deponenten“,⁴⁷ „Unentgeltlichkeit des Kontraktes“,⁴⁸ „Pflicht der Wiedergabe auf jede Forderung samt den Früchten und Nutzen“,⁴⁹ „Ausschluß der Retention“,⁵⁰ wie auch auf

⁴⁷ D. 16,3,17,1: „Rei depositae proprietas apud deponentem manet: sed et possessio, nisi apud sequestrem deposita est: nam tum demum sequester possidet . . .“

⁴⁸ D. 13,6,5,2: „ . . . nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur.“

⁴⁹ D. 16,3,1,22: „Est . . . apud Iulianum . . . scriptum eum qui deposuit statim posse depositi actione agere: hoc enim ipso dolo facere eum qui suscipit, quod repositi rem non reddat.“ D. 16,3,1,24: „Et ideo et fructus in hanc actionem venire et omnem causam et partem, dicendum est . . .“

⁵⁰ C. 4,34,11 pr.: „Si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis accipit titulum, eas volenti ei qui deposuerit reddere ilico modis omnibus compellatur nullamque compensationem vel deductionem vel doli exceptionem opponat, quasi et ipse quasdam contra eum qui deposuit actiones personales vel in rem vel hypothecarias praetendens, cum non sub hoc modo depositum accipit, ut non concessa ei retentio generetur . . .“

die Regelungen des „depositum necessarium“ (drohende Gefahr, Strafe in duplum)⁵¹ und des Sequesterdepositums (strittige Sache, die Pflicht der Herausgabe der Sache an den Sieger, der Übergang des Besitzes auf den sequester usw.).⁵²

Der nächste Kontrakt, der im Zusammenhang mit dem behandelten Problem der romanistischen Elemente im Kulmer Recht zu beachten ist, ist das Pfand. Sein Wesen und Entstehungsziel bestimmt cap. 1, Buch IV, Tit. 4 folgendermaßen:

„Was der Schuldener dem Gläubiger zur Versicherung des abgeliehenen Geldes oder Gutes einstellt, das heisset ein Pfand, und geschieht an beweglichen oder unbeweglichen Gütern. Wem nun so ein Pfand eingestellt, der mag es behalten, bis ihm die ganze Schuld bezahlet ist, er muß es aber bewahren, wie ein fleißiger Hausvater, und wie sein eigen Gut, sonst stehet er den Schaden und Gefahr. Wenn aber ausserhalb solcher Versäumniß und Nachlässigkeit das Pfand verschlimmert oder gar verlohren würde, so darf der Gläubiger keinen Schaden tragen, und mag gleichwohl von dem Schuldener seine Schuld fordern, jedoch muß er es beweisen, daß es ohne seine Schuld umkommen.“

Die Analyse des Inhalts dieses Artikels begründet die Einsicht, daß das Wesen des Pfands in der Auffassung der Thorner Revision dem römischen „pignus“ voll entspricht. Auch hier ist es schwer, irgendein einzelnes Fragment zu zitieren, das die charakteristischen Merkmale diese Kontrakts so ausführlich aufzählen würde, wie es cap. 1 tut: Diese ergeben sich unzweifelhaft aus verschiedenen Überlieferungen, die davon handeln.

Dies betrifft vor allem Probleme wie den Pfandzweck, also die Sicherung der Schuld,⁵³ das Erfassen sowohl beweglicher wie unbeweglicher Sachen,⁵⁴ vor allem auch die Bestimmung der Haftung des Pfandgläubigers nach dem Muster des „boni et exacti patris fami-

⁵¹ D. 16,3,1,1: „Praetor ait: Quod neque tumultus neque incendii neque ruinae neque naufragii causa depositum sit, in simplum, earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, ... in duplum iudicium dabo.“

⁵² D. 16,3,17 pr.: „... apud sequestrem non nisi plures deponere possunt: nam tum id fit, cum aliqua res in controversiam deducitur.“ Siehe auch cit. D. 16,3,17,1.

⁵³ Vgl. I. 4,6,7: „... Inter pignus et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest: nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur.“ Siehe auch D. 20,1,5.

⁵⁴ D. 50,16,23,2; D. 20,1,9,1; D. 12,2,13,5; D. 32,38 pr.; D. 39,2,44,1; D. 39,5,35,1 u.s.w.

lias⁵⁵ und deren Ausschluß im Falle des „casus fortuitus“, ohne daß die Schuldforderung davon berührt würde.⁵⁶

Die Einwirkung römischer Quellen zeigt sich auch in Detailfragen dieses Bereichs:

– in der Unmöglichkeit der Verpfändung durch eine unberufene Person:

„Niemand mag fremd Gut, daran er weder Eigentum noch rechtlichen Besitz hat, oder das ihm sonst vertrauet ist, einem andern für Geld oder Schuld verpfänden und versetzen ...“ (cap. 2 eod.)⁵⁷

– in der Zulässigkeit der Bestellung des „subpignus“:

„Der Schuldener, so ein Pfand für eine gewisse Summa eingesetzt, mag die Verbesserung ferner versetzen und verpfänden, jedoch daß er die vorige Verpfändung ausdrücklich nahm kündig mache, und daß dadurch dem ersten Gläubiger an seiner habenden Pfandesgerechtigkeit nichts benommen wird, welcher allezeit den Vorzug haben soll, am Hauptstuhl und Interesse, und darnach die Verbesserung dem andern Creditori folgen. So mag auch der Gläubiger das Pfand, so ihm eingesetzt, wiederum verpfänden einem andern ...“ (cap. 7)⁵⁸

– der Erlaubnis, eine Sache mehrmals zu verpfänden:

„Wird jemanden ein Pfand, so wie recht ist, vor eine Schuld eingesetzt, und mit schriftlichen Urkunden, oder in Gerichtstellen bewähret; und der Schuldener versetzt solch Pfand hernach einem andern, gibt ihm auch des Pfandes wirklichen Besitz, ist die Frage: Ob dieser letzte dem ersten nicht möchte vorgezogen werden? Hierauf gehet das Recht, weil der erste Gläubiger eine Pfandesgerechtigkeit zum ersten bedungen, und also in der Zeit dem andern vorgehet, so hat er auch billig des Vorzugs zu genießen, und mag von dem andern an seiner Verforderung und Pfandesgerechtigkeit nicht gehindert werden; es wäre denn, daß der andere Creditor dem ersten seine Schuld vollkommen erlegen, und also Pfand an sich nehmen wollte, so muß der erste Gläubiger damit zufrieden seyn“ (cap. 8).

Im Zusammenhang mit der obigen Regel der Zulässigkeit mehrerer Verpfändungen desselben Gegenstandes steht die Frage der eventu-

⁵⁵ Vgl. D. 13,7,14: „Ea igitur, quae diligens pater familias in suis rebus praestare solet, a creditore exiguntur.“

⁵⁶ I. 3,14,4: „... Et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet: quam si praestiterit et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse nec impediri creditum petere.“

⁵⁷ C. 8,15,6: „... et per alium alienam rem invito domino pignori obligari non posse certissimum est.“

⁵⁸ D. 44,3,14,3: „Et si mihi pignori dederis et ego eandem rem alii pigneravi ...“

ellen Befugnisse des ersten Gläubigers, zugunsten dessen der Schuldner das Pfand bestellte, im Verhältnis zum anderen Pfandnehmer, der die Sache in seiner tatsächlichen Gewalt hat.⁵⁹ Dieses Problem wurde durch die Thorner Revision im Geiste der aus dem römischen Recht übernommenen Regel: „*prior tempore potior iure*“ entschieden,⁶⁰ wobei der spätere Gläubiger – auch laut den in der justinianischen Kodifikation enthaltenen Grundsätzen – in die Befugnisse des Ersten eintreten durfte, wenn er die Pfandschuld bezahlt hatte.⁶¹

Ein weiterer Beleg der römischen Einflüsse ist die deutliche Feststellung nach der Parömie „*indivisa est pignoris causa*“,⁶² daß das Pfand erst nach der völligen Bezahlung der Schuld erlischt.

„Wenn die Schuld gänzlich gezahlet, so ist damit das Pfand gefreyet, und soll dem Schuldener wieder gegeben werden; es wäre denn, daß der Gläubiger ferner Zuspruch zum Schuldener hätte, dieselbe Schuld belangende, da mag er derenthalben das Pfand bis zur endlichen Entrichtung an sich halten...“ (cap. 9)

Man kann mehr Beispiele solcher Analogien, die sich aus der Auswertung des römischen Rechts durch die Verfasser der Thorner Revision ergeben, anführen. Manche von ihnen sind sehr deutlich, wie z. B. die Bestimmung des cap. 4, die dem Vermieter hinsichtlich des Zinses ein gesetzliches Pfandrecht an den in sein Gebäude eingebrachten Sachen des Mieters erteilt,⁶³ andere, etwa die Art der Bestellung des Pfandes (*ibidem*), etwas problematisch. Da sich sowohl die einen wie die anderen auf unwesentlichere Punkte beziehen, beschränke ich mich nur auf Andeutungen. Sie haben übrigens keine größere Bedeutung, da der Einfluß des römischen Rechts bei der Regelung der grundlegenden Merkmale des Pfands nicht in Frage gestellt werden kann.

Dieselbe Erkenntnis drängt sich auch hinsichtlich der konsensualen Kontrakte, insbesondere des wichtigsten, des Kaufvertrags, auf. Die Thorner Revision widmet ihm verhältnismäßig viel Raum, obwohl

⁵⁹ Vgl. D. 20,4,12,10 (in fine): „... nam et in pignore placet, si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiolem esse priorem.“

⁶⁰ C. 8,17,3.

⁶¹ Vgl. D. 20,4,12,9: „... Et omnino secundus creditor nihil aliud iuris habet, nisi ut solvat priori et loco eius succedat.“

⁶² Vgl. D. 21,2,65 pr.

⁶³ D. 20,2,2: „... non solum pro pensionibus, sed et si deteriorem habitationem fecerit culpa sua inquilinus, quo nomine ex locato cum eo erit actio, invecta et illata pignori erunt obligata.“

sich die meisten der Entscheidungen auf solche Probleme wie den freien Handel zwischen den Bewohnern der preußischen Gebiete und des Kronlandes, Verkauf von Erbgrundstücken, Freiheit des Handels, Befugnisse der Geistlichen und der Bürger zum Kauf von Landgütern und des Adels zum Kauf von Häusern in Städten, also auf die Probleme beziehen, hinsichtlich derer Betrachtungen zum Thema eventueller Einflüsse des römischen Rechts gegenstandslos wären. Nichtsdestoweniger finden wir auch hier einige Artikel, in deren Formulierungen romanistische Elemente deutlich zu erkennen sind. Als solche sind die Hervorhebung des konsensualen Charakters des Kaufs und die Auffassung von den Pflichten der Partner dieses Kontrakts in Buch IV, Tit. 5, cap. 6 anzusehen:

„Wenn ein Kauf zwischen zween oder mehr Personen bewilliget, abgredet, und beschlossen ist, so ist der Verkäufer dem Käufer das gekaufte Gut zu leisten schuldig, in aller massen, wie es ihm verkauft. Dagegen ist der Käufer das bedungene Geld dem Verkäufer alsbald zu geben schuldig; es wäre denn zwischen ihnen des Kaufgelds und der Lieferung halber anders behandelt oder verwilliget.

Unabhängig vom zitierten cap. 6 zeugt die Formulierung auch weiterer Bestimmungen aus diesem Bereich davon, daß diese auf die in der justinianischen Kodifikation enthaltenen Grundsätze gestützt wurden. So gibt Buch IV, Tit. 5, cap. 8 den typisch römischen Grundsatz an, nach dem der Käufer mit dem Risiko des zufälligen Warenverlustes oder der Verminderung des Warenwertes belastet wird, wenn keine Schuld seitens des Verkäufers vorlag:

„Wenn der Kauf geschlossen, und von allen Theilen bewilliget, fället alle der Nutzen von der Zeit an von dem gekauften Gute auf den Käufer, wie dagegen auch alle Gefahr des Schadens und Verderbens, so dem gekauften Gute zukommen möchte, auf ihn transferiret wird, es wäre denn, daß der Verkäufer in Lieferung des Gutes säumig gewesen, oder gefährlich damit umgegangen, und an der Beschädigung schuldig, alsdenn soll der Schade ihm und nicht dem Käufer zuerkannt werden.“

Dieser vom Standpunkt der Rechtmäßigkeit aus ziemlich ungewöhnliche Grundsatz läßt sich für das römische Recht durch historische Belange erklären, die für das Kulmer Recht natürlich nicht die geringste Bedeutung haben. Daher ist seine Einrückung in cap. 8 ausschließlich der Einwirkung der römischen Quellen zuzuschreiben.⁶⁴ Dasselbe gilt übrigens für das Problem der Übernahme der

⁶⁴ Vgl. D. 18,6,8 pr.: „... nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet.“

Nutzungen der Sache nach Vertragsabschluß, die – wie der Text feststellt – dem Käufer zufallen.⁶⁵ Der einzige Unterschied, der im Vergleich zu den römischen Quellen festzustellen ist, ist der umgekehrte Gedankengang. Denn nach der Thorner Revision trägt der Käufer die Gefahr des zufälligen Untergangs als Folge der Tatsache, daß ihm die Nutzungen zustehen. In den angeführten justinianischen Quellen erhält die Nutzungen, weil er das „periculum“ trägt. Dies ist jedoch eher nebensächlich.

Die Verfasser der Thorner Revision rezipierten aus dem römischen Recht nicht nur allgemeine Grundsätze, sondern auch die Entscheidungen spezieller Probleme, wie cap. 10 eod. beweist:

„So ein Gut Zween oder mehr unterschiedlich nach einander verkauft ist, so soll dasselbe dem folgen und bleiben, dem es zu seinen Händen wirklich geliefert ist worden, ob gleich der Kauf der letzte ist. Hätte aber der Verkäufer von dem ersten Käufer Geld empfangen . . . , so soll der erste Käufer billig vorgehen, ob schon das Gut einem andern von dem Verkäufer geliefert ist . . .“

Das dargestellte Problem des Vorzugsrechts im Falle des Verkaufs derselben Sache an zwei verschiedene Personen wurde hier zugunsten des Käufers entschieden, der in den Besitz des Ware kam, obwohl er den Vertrag später abgeschlossen hatte. Wenn aber der Verkäufer das Geld vom ersten Käufer erhalten hatte, hatte dieser ein stärkeres Recht auf die Sache, selbst dann, wenn diese einem anderen übergeben wurde. Diese Lösung entspricht vollständig den römischen Quellen, denen sie – wie Hanow⁶⁶ betont – entnommen wurde.

Es ist auch sehr wahrscheinlich, daß unter dem Einfluß römischer Quellen das Problem der Haftung des Verkäufers bei Eviktion in der Thorner Revision geregelt wurde, obwohl die Zusammenstellung entsprechender Texte zu keinen so eindeutigen Feststellungen wie

⁶⁵ Vgl. I. 3,23,3: „. . . Sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet: nam et commodum eius esse debet, cuius periculum est.“

⁶⁶ M. HANOW (Fn. 7), S. 161, Anm. 44; besser entspricht aber dem Inhalt dieses Artikels C. 32,15 pr. § 1 als die von Hanow angeführten Quellen: „Quotiens duobus in solidum praedium iure distrahitur, manifesti iuris est eum, cui priori traditum est, in detinendo dominio esse potioem. Si igitur antecedenti tempore possessionem emisse ac pretium exsolvisse apud praesidem provinciae probaveris, obtentu non datorum instrumentorum expelli te possessione non patietur.“

in früheren Fällen führt. Diese Problem behandelt Buch IV, Tit. 5, cap. 12 (in fine):

„... Wird ihm denn darüber das erkaufte Gut abgewonnen, so erhohlt er sich des Kaufgeldes an seinem Verkäufer, samt den Gerichtskosten und erlittenen Schäden...“

Wenn also dem Käufer eine Sache als Eigentum eines Dritten durch gerichtliches Urteil entzogen wurde, durfte dieser vom Verkäufer die Rückgabe des Geldes samt Schadensersatz und eventuellen Prozeßkosten verlangen.

Noch deutlicher, wenn auch in ähnliche Weise, ist die Eviktion in Buch IV, Tit. 12, cap. 3 geregelt. Wir lesen hier:

„Wenn jemand dem andern ein Gut, wasserley das sey, verkauftet, oder in andere Wege auf ihn bringet, und dasselbe Ding wird hernachmals bey ihm besprochen, so ist derselbe der es erstlich alieniret hat, schuldig, wenn er dazu gefordert wird, zu sagen, mit was Titul und Recht er es gehabt, oder wie er darzu gekommen. Hätte er es denn mit unrechtem Titul gehabt, und das Gut wird dem letzten Besitzer durch ein Recht abgesprochen, so ist er schuldig demselben sein Geld, oder was er sonst von ihme dafür empfangen, gänzlich zu erstatten, und wieder zu geben. Hätte auch der erste Alienator dem, wem er etwas verkauft, oder sonsten zugebracht, sonderlich die Vertretung und Gewähre zugesaget, so soll er nicht allein das Geld, wie vor gedacht, sondern auch alle auf dieselbe Sache gelaufene Schäden und Unkosten zu erstatten schuldig seyn.“

Im römischen Recht waren diesem Problem zwei Titel (in den Digesten und im Codex) gewidmet, was dessen große praktische Bedeutung beweist. Unter den dort enthaltenen Bestimmungen sind auch diejenigen zu finden, die, wie es scheint, die Grundlage der Formulierung des Schlußfragments der zitierten cap. 12 und cap. 3, Buch IV, Tit. 12 bildeten. Insbesondere ist hierbei auf C. 8,44,6 hinzuweisen, wo in einem solchen Falle selbst ohne früheren Vertrag die Haftung des Verkäufers anerkannt wird, und auf C. 8,44,9, wo der Schadensersatz für den Käufer bei Eviktion auf „*quanti tua interest*“ bestimmt wird. Noch präziser – und deswegen dem Wortlaut der Thorner Revision noch mehr angenähert – faßt dieses Problem D. 21,2,70 auf: Hier wird der Verkäufer im Falle der Eviktion nicht nur zur Zahlung des Preises, sondern auch zum vollen Ersatz des vom Käufer erlittenen Vermögensnachteils verpflichtet.

Schwer wäre es, die Formulierung von Buch IV, Tit. 5, cap. 11 auf einen Text der justinianischen Kodifikation zurückzuführen.

„Wer ein Pferd oder ander Vieh verkauft, und einen Gebrechen, welcher den Gebrauch desselben verhindert, oder das Thier ärger macht, wissentlich und vorsätzlich verschweiget, der muß das Thier und Viehe wieder nehmen, wenn es ihm in gebührender Frist, das ist in einer Monatszeit, wiedergekehret wird, und muß dem Käufer sein Geld wiedergeben... Es stehet auch in des Käufers Gefallen, ob er das gekaufte Viehe behalten, und die Verringerung an dem Kaufgelde suchen wolle, also daß der Verkäufer ihm so viel des Kaufgeldes zurück gebe, als das Viehe an seinem Werth geringer ist.“

Die Übernahme des römischrechtlichen Grundsatzes, den Kontrakt im Falle eines bestimmten Mangels des Tieres aufzulösen oder den Kaufpreis zu verringern, unterliegt hier keinem Zweifel.⁶⁷ Detailprobleme, die manchmal ziemlich wesentlich sind, beispielsweise der Frist, in welcher der Käufer mit einer solchen Forderung auftreten kann, sind in beiden Rechten allerdings unterschiedlich geregelt. Dies ändert aber keinesfalls etwas an der Tatsache, daß der Einfluß des römischen Rechts auf die Thorner Revision im Bereich wesentlicher Merkmale des behandelten Kontrakts sehr bedeutend war.

In geringerem Maße ist er dagegen bei einem anderen konsensualen Kontrakt, und zwar der Miete, bemerkbar. Die Thorner Revision spricht eigentlich nur über die Miete von Sachen, worunter bloß Haus und Boden zu verstehen sind, die übrigen beiden Arten dieses Kontrakts werden lediglich auf eine sehr allgemeine Weise angedeutet. Daher müssen auch die Betrachtungen der romanistischen Elemente in diesem Bereich einen beschränkten Charakter haben. Übrigens ist die Verfolgung der romanistischen Einflüsse hier im Hinblick auf die Art der Interpretation einzelner Artikel in dem diesem Problem gewidmeten Titel 7, Buch IV ein wenig erschwert. Zwar zählt bereits cap. 1 die Grundpflichten der Parteien auf, also die Zugänglichmachung des Hauses und seine Erhaltung in tauglichem Zustand durch den Vermieter einerseits, die Zahlung der Miete durch den Mieter andererseits, doch sind sie so formuliert, daß sich daraus kein konsensualer Charakter des Kontrakts ergibt, der das wesentliche Merkmal der römischen „*locatio – conductio*“ bildet. Andererseits findet man auch hier Artikel, bei denen sich römische Einflüsse erkennen lassen, beispielsweise das über die Kündigung durch den Vermieter unter gewissen Umständen handelnde cap. 3:

⁶⁷ Vgl. D. 21,1,38; C. 4,58,2 u. a.

„Der Mietsmann ist vor bestimmter Zeit auszuziehen schuldig, wenn dem Hausherrn so eine unversehene beweßliche Noth vorfiele, daß er selber ausserhalb dem Hause nicht wohnen könnte. Imgleichen wenn die Besserung so nöthig, daß das Haus ohne dieselbe nicht stehen oder unterhalten mag werden. Ferner wenn der Mietsmann den Zins nicht zahlet oder das Haus merklich einwohnet und verärgert...“

Dies entspricht streng den Bestimmungen der in C. 4,65,3 überlieferten kaiserlichen Konstitution, woraus dieses caput abgeschrieben wurde.⁶⁸

Dasselbe läßt sich auch im Hinblick auf cap. 5, das die Erben des Vermieters zur Einhaltung eines bestehenden Mietvertrag verpflichtet, feststellen:

„Stirbet ein Mann, der dem andern sein Haus, Erbe, oder was anders auf bestimmte Zeit oder Jahre vermietet hat, seine Erben sind solche zu halten schuldig, und mögen den Mietsmann vor der verflössener Zeit nicht austossen.“

Ein solcher Grundsatz war auch dem römischen Recht bekannt,⁶⁹ unter dessen Einfluß die entsprechende Formulierung wahrscheinlich Eingang in das Jus Culmense Revisum gefunden hat. Wenn aber in diesem Falle auch anzunehmen wäre, daß dies infolge einer selbständigen Entwicklung des letzteren eingetreten sei, so unterliegt es keinem Zweifel, daß die Bestimmung des Verschuldensgrades des Mieters im cap. 2 römischer Herkunft ist:

„Wer ein Haus oder ander Erbe in der Miete hat, der soll es mit solchem Fleiß bewahren, wie ein fleißiger Hausvater bey seinem eigenen zu thun schuldig ist...“

Die Präzisierung der Haftung des Mieters als Anwendung der Sorgfalt eines sorgsamem Hausvaters stellt eine Übernahme des Haftungskriteriums aus dem römischen Recht dar, das den Grad des subjektiven Verschuldens des „conductor“ eben auf eine solche bildhafte Weise bestimmt.⁷⁰

⁶⁸ C. 4,65,3: „Diaetae, quam tu conductam habere dicis, si pensionem domino insulae solvis, invitum te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus esse necessariam eam probaverit aut corrigere domum maluerit aut tu male in re locata versatus es.“

⁶⁹ C. 4,65,10: „Viam veritatis ignoras in conductionibus non succedere heredes conductoris existimans, cum, sive perpetua conductio est, etiam ad heredes transmittatur, sive temporalis intra tempora locationis heredi quoque onus contractus incumbat.“

⁷⁰ I. 3,24,5: „... Qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumentum mercedem

Eine Reihe romanistischer Elemente ist auch in den Artikeln der Thorner Revision über die Gesellschaft zu sehen. Vor allem bezieht sich das auf die Regelung von Beiträgen und Gewinntheilung. Die Bestimmungen in Buch IV, Tit. 8, cap. 2 lauten folgendermaßen:

„Wann auch jemandem von der Gesellschaft wegen seine Arbeit, Mühe und Fleiß, oder auch sonderlicher Erfahrungheit in Handlung über seine eingelegte Summa ein Vortheil im Gewinn gegönnet, oder auch gänzliche Befreyung des Verlustes eingewilliget und bedungen, so soll also gehalten und ihme nachgekommen werden. Auch kann die Gesellschaft also bedungen werden, daß einer allein Geld einleget, der ander die Mühe und Arbeit gegen gewissen Gewinn leistet, welches auch kräftig ist. Wenn aber den Schaden einer allein, der ander den Nutzen tragen soll in Fällen, da sie beyderseits Gelder eingeleget, und die Handlung mit gleicher Mühe und Arbeit fortstellen, so ist solche Bedingung zu Rechte unkräftig. Sind aber keine gewisse Antheile bedungen, so gehet Gewinn und Verlust gleich nach eines jeden eingelegten Hauptsummen.“

Der obige Text stellt also auf eine mit römischen Grundsätzen übereinstimmende Weise fest, daß die Gesellschaft zulässig ist, in der einer der Gesellschafter im Hinblick auf die geleistete Arbeit oder auf die erworbene Erfahrung einen höheren Gewinn oder eine vollständige Befreiung von Verlusten erhalten soll.⁷¹ Auch entstammt den römischen Quellen die im zitierten caput enthaltene Bestimmung, daß der Beitrag eines Kontrahenten in der Arbeitsleistung bestehen kann.⁷² Das Gleiche läßt sich bestimmt auch von der nächsten Bestimmung sagen, die die sog. „societas leonina“, d. h. die Gesellschaft ausschließt, in der ein Gesellschafter ausschließlich Verluste zu tragen hatte, während der andere Gewinne einstrich. Eine solche Gesellschaft war im römischen Recht ungültig,⁷³ was auch durch das Jus Culmense Revisum übernommen wurde. Wenn schließlich kein Vertrag über die Verlust- und Gewinntheilung voraus-

aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus pater familias suis rebus adhibet.“

⁷¹ Vgl. D 17,2,29,1: „Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit ...“

⁷² D. 17,2,5,1: „Societas autem coiri potest et valet etiam inter eos, qui non sunt aequis facultatibus, cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei par comparisonem patrimonii deest ...“

⁷³ D. 17,2,29,2: „Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare: et nos consentimus talem societatem nullam esse ...“

gegangen war, wurde angenommen, daß die Parteien proportional zu ihren Beiträgen beteiligt sein sollten.⁷⁴

Neben dem angeführten Artikel beeinflußte das römische Recht auch den Inhalt des cap. 3 eod.:

„Es soll ein jeder Gesellschafter in Sachen gemeiner Gesellschaft und Handlung den Fleiß, Vorsorge und Bewahrung der Güter, die ihm zu verwalten befohlen, anwenden, als er bey seinem eigenen Gut und Haabe thun soll. Thut er das nicht, und wird über ihn erwiesen, er muß den Schaden, der durch seinen Unfleiß und Versäumnis verursacht, tragen und erstatten...“

Die Haftung der Gesellschafter wurde hier zweifellos gemäß dem von römischen Juristen ausgearbeiteten charakteristischen Sorgfaltskriterium „quam suis rebus adhibere solet“⁷⁵ bestimmt.

Dieser Einfluß kommt dagegen im Hinblick auf die Folgen des Todes des Gesellschafter nicht so deutlich zum Ausdruck, obwohl er auch hier vorhanden ist. Mit diesem Problem befassen sich zwei Artikel der behandelten Revision, und zwar cap. 7:

„Wenn einer von der Gesellschaft mit dem Tode abgeht, so ist die Gesellschaft getrennet, und mögen seine Erben darzu nicht gezwungen werden; vielweniger sind die übrigen Gesellschafter, des Verstorbenen Erben, da sie bey der Gesellschaft bleiben wollen, anzunehmen schuldig...“

und cap. 8:

„Die Erben des Verstorbenen Gesellschafter sind schuldig, wenn die Gesellschaft geendet, alles das zu vollziehen, was ihre Vorfahren oder Eltern gelobet und verschrieben haben.“

Den Bestimmungen des cap. 7 gemäß erfolgte im Falle des Todes eines Gesellschafter die Auflösung des Kontrakts, was den durch das römische Recht in diesem Bereich anerkannten Regeln völlig entsprach.⁷⁶ In Übereinstimmung mit diesem Recht wurde dann das Problem der eventuellen Teilnahme der Erben des Verstorbenen an der Gesellschaft entschieden, obwohl der dort angesprochene Fall der seit vielen Generationen mit bestimmten Familien verbundenen Gesellschaften in der justinianischen Kodifikation nicht behandelt ist.

⁷⁴ Vgl. D. 17,2,29 pr.

⁷⁵ Vgl. D. 17,2,72: „... sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet...“

⁷⁶ D. 17,2,59 pr.: „Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati.“

Cap. 8 verpflichtet wiederum die Erben des Gesellschafters, alles zu erfüllen, was jener versprach. Eine solche Bestimmung der Pflichten des Erben findet man auch in D. 17,2,40⁷⁷ – eine Regelung, die auf den Inhalt des angeführten Artikels bestimmt einwirkte.

Das letzte Problem betrifft das Recht des Kontrahenten, aus der Gesellschaft vor dem bestimmten Termin auszutreten. Die römischen Juristen stellten die Ungültigkeit eines Vertrags fest, kraft dessen der Gesellschafter auf sein Recht auf Auflösung des Kontrakts verzichtete. Sie entschieden also dieses Problem im Geiste ganz anderer Regeln, als dies dann die Thorner Revision in Buch IV, Tit. 8, cap. 9 tat.

Mit einer geringen Zahl romanistischer Elemente haben wir es dagegen im Bereich des letzten der konsensualen Kontrakte, des Auftrags, zu tun. Das Kulmer Recht – wie der Inhalt aller drei Revisionen beweist – schenkte dem Auftrag nicht viel Aufmerksamkeit. Etwas Material zu diesem Thema ist im Prinzip im Rahmen der Bestimmungen über die Prozeßvertretung zu finden.

Man darf aber nicht über die übrigen Institute des Obligationenrechts hinweggehen, weil deren endgültige Ausbildung im Jus Culmense zweifelsohne durch römische Quellen beeinflusst wurde. Dies betrifft vor allem den Vergleich, die Bürgschaft und die Bezahlung als eine Art der Schulderrfüllung.

Das Wesen des erstgenannten Instituts wird in Buch IV, Tit. 13, cap. 1 bestimmt:

„Verträge geschehen, wenn Leute über einer zweifelhaften Sache, darüber sie ins Recht gerathen, oder künftig gerathen sollen, sich miteinander dergestalt vergleichen, daß ein Theil dem andern seiner Zusprüche halben etwas giebet oder zusaget erläßt oder inne hält.“

Den Einfluß der römischen Quellen hat bereits Hanow bemerkt. Besser als die von ihm angeführte Quellenstelle entspricht dem Inhalt dieses Artikels jedoch D. 2,15,1, die das Wesen des Vergleichs in gleicher Weise bestimmt.⁷⁸

So hat das Kulmer Recht aus den römischen Quellen⁷⁹ die Regel übernommen, daß der Gegner nicht verpflichtet ist, den Streit

⁷⁷ D. 17,2,40: „Heres socii quamvis socius non est, tamen ea, quae per defunctam inchoata sunt per heredem explicari debent . . .“

⁷⁸ M. HANOW (Fn. 7), S. 188, Anm. 132–133. Vgl. D. 2,15,1: „Qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta neque finita transigit. Qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitam liberalitate remittit.“

⁷⁹ D. 12,6,23,3: „ . . . Potuit autem quis, si quidem ante litem contestatam transegerit,

aufzunehmen, wenn nach Vergleichsabschluß dieselbe Sache dem Gericht erneut eingereicht wurde:

„... will darnach ihrer einer die Sache wieder anheben vor Gerichte, der ander ist ihm nicht schuldig zu antworten...“ (Buch IV, Tit. 13, cap. 3).

Es ist dabei charakteristisch, daß in beiden Rechten nicht die Ungültigkeit einer solchen Klage, sondern nur das Recht des Gegners, den Streit zu vermeiden, festgestellt wird. Zwar erwähnt das Jus Culmense das nicht ausdrücklich, aber es ist klar, daß die Befugnis nur im Wege der Prozeßeinrede, von der in den Digesten die Rede ist, ausgeübt werden konnte.

Zur Bürgschaft lesen wir in Buch IV, Tit. 11, cap. 2 folgendes:

„Setzet ein Mann Bürgen für Geld auf einen beniemten Tag zu zahlen, und bezahlet es nicht; so soll man erst zusprechen dem Selbstschuldigen, so ferne man ihn haben mag; kann man ihn denn nicht haben, so soll man den Bürgen ansprechen, der soll das halten, was er gelobet hat.“

Dieser Artikel beinhaltet eine Regel, die sich im römischen Recht mit Mühe durchsetzte und erst in den justinianischen Novellen formuliert wurde.⁸⁰ Für den Bürgen stellt sie eine wesentliche Erleichterung dar, da der Gläubiger verpflichtet war, zuerst den Hauptschuldner zu verklagen; erst wenn dieser nicht erreichbar oder nicht zahlungsfähig war, konnte er sich an den Bürgen wenden.

Von einem solchen „beneficium excussionis sive ordinis“ spricht auch cap. 3, das übrigens genau diesen Terminus verwendet – ein zusätzliches Argument, das für die justinianische Herkunft der hier enthaltenen Bestimmungen spricht:

„Wer für eines Mannes Schuld gelobet, der ist solches zu halten schuldig. Es muß aber der Creditor oder Gläubiger zu Rechte erstlich den Principalem besprechen, und wenn derselbe nicht zahlhaftig befunden, so ist denn der Bürge dem Debitori zu antworten und zu zahlen schuldig; es wäre denn, daß sich der Bürge als Selbstschuldner obligiret und verbunden. Denn auf den Fall kann der Bürge des Beneficii Excussionis oder der Erstbesprechung nicht geniessen...“

Neben dem erwähnten „beneficium“ können wir aber im angeführten Artikel eine Reihe anderer romanistischer Elemente ausmachen.

volenti litem contestari opponere doli exceptionem.“

⁸⁰ Nov. 4, cap. 1: „Si quis crediderit et fideiussorem ... acceperit, is non primum mox adversus ... fideiussorem ... accedat, neque neglegens debitoris intercessoribus molestus sit, sed veniat primum ad eum qui aurum accepit debitumque contraxit.“

Dazu ist auch die Bestimmung zu rechnen, daß im Falle einer Mehrzahl von Bürgen eine anteilige Haftungsbeschränkung zulässig war:

„... wenn sich ihrer viele vor einen anderen zu zahlen verschreiben und versprechen, und in der Gelobung ausdrücklich bedungen, daß ein jeder nicht höher als auf seine Portion, und nicht für die ganze Summa haften will; alsdenn kann der Gläubiger von einem jeden nicht mehr als sein Antheil fordern...“⁸¹

Dagegen konnte der Gläubiger im Falle einer Gesamthftung der Bürgen einen von ihnen nach seinem Ermessen verklagen,⁸² doch stand dem beklagten Bürgen im Verhältnis zu den anderen das „beneficium divisionis“ zu:

„Geloben aber ihrer viele für eine Summam sämmtlich, alsdenn sind sie dem Creditori alle in solidum verhaftet und obligiret, also daß der Gläubiger einen jeden, welchen er will, für die ganze Summa besprechen mag. Dieweilen sie aber alle sämmtlich gelobet; so stehet dem Bürgen das Beneficium divisionis offen, das ist der Bürge mag zu Rechte begehren, daß der Creditor seine Anforderung theile, und einen jeden Mitbürgen vor sein Antheil bespreche...“⁸³

Dies betraf aber nur die Fälle, in denen die übrigen Bürgen zahlungsfähig waren, worauf übrigens auch die römischen Quellen ausdrücklich hinwiesen.⁸⁴ Widrigenfalls haftete der verklagte Bürge für die ganze Schuld:⁸⁵

„Welches Beneficium den Bürgen zu Rechte zuläßig, doch also, woferne die andern Mitbürgern zahlhaftig seyn. Können aber oder vermögen die Mitbürgen solches ihr Antheil nicht zu zahlen, so ist der übrige für die ganze Summa in solidum verbunden, die er auch zu zahlen schuldig ist...“

Die Einwirkung des römischen Rechts ist auch im Bereich der anderen im zitierten Artikel behandelten Punkte, vor allem im sog.

⁸¹ Vgl. D. 46,1,51 pr.: „Inter eos fideiussores actio dividenda est, qui solidum et partes viriles fide sua esse iusserunt. Diversum erit verbis ita conceptis: solidum aut partem virilem fide tua esse iubes? Tunc enim ab initio non nisi viriles partes singulos debere conveniet.“

⁸² I. 3,20,4: „Si plures sint fideiussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum teneantur. Itaque liberum est creditori a quo velit solidum petere.“

⁸³ Vgl. I. 3,20,4: „Sed ex epistula divi Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sint litis contestata tempore partes petere...“

⁸⁴ C. 8,40,3,2: „... ubi sunt omnes idonei, in portionem obligatio dividitur.“

⁸⁵ I. 3,20,4: „Ideoque si quis ex fideiussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc ceteros onerat“; C. 8,40,3,2; vgl. C. 8,40,3,2.

„beneficium cedendarum actionum“ zu sehen, auf Grund dessen der leistende Bürge das Recht hatte, vom Gläubiger zu verlangen, daß dieser ihm alle Klagen und Prozeßbefugnisse, die er gegenüber dem Schuldner hatte, übertrage:

„Der Gläubiger aber ist zu Rechte schuldig, dem Bürgen, der gezahlet hat, seine Action und Recht zu cediren, und zu übergeben, damit er sich an dem Principal Schuldner, und den Mitbürgen zu erholen habe.“⁸⁶

Hervorzuheben ist hier auch das Problem der Haftung des Erben des Bürgen. Davon ist in cap. 4 die Rede:

„Wo ein Mann Bürge wird und stirbet, so dürfen seine Erbnehmer für ihn alsbald nicht gelten, sondern der Principal Schuldner, oder seine Erbnehmer sollen um die Bezahlung besprochen werden. Im Fall er oder sie nicht vermögen zu zahlen, alsdenn sollen des Bürgen Erbnehmer um die Bezahlung gemahnet und verfordert werden, soweit sich des Bürgen Erbschaft erstreckt, woferne sie diesselbe sub beneficio Inventarii angenommen haben.“

Wie in den vorigen Fällen wurde dieses Problems nach den aus dem römischen Recht übernommenen Grundsätzen entschieden. Dies gilt nicht nur für die im ersten Teil des Textes hervorgehobene Pflicht, die richtige Reihenfolge der Klagen zu beachten, sondern auch für die Feststellung, daß die Pflichten des verstorbenen Bürgen dessen Erben belasteten.⁸⁷

Bei der Behandlung der Schulderfüllung ist festzustellen, daß die Revisionen des Kulmer Rechts, vor allem die Thorner Revision, nur die Bezahlung regelten und die übrigen lediglich ganz allgemein andeuteten.⁸⁸ Trotz der Nichtbeachtung des römischen Rechts in diesem Bereich kann man aber nicht sagen, daß das Jus Culmense hier den Weg einer selbständigen Entwicklung einschlug. Eine solche Absicht ist im Lichte der keine Zweifel erweckenden Schlußfolgerungen, die sich bei einem Vergleich der die „solutio“ betreffenden Artikel der Thorner Revision mit den entsprechenden römischen Quellen aufdrängen, auszuschließen. So lesen wir in Buch IV, Tit.15, cap. 1:

„Wer einem andern etwas zu zahlen schuldig, soll dasselbe thun auf angesetzte Zeit und Termin nicht ehe oder langsamer mit guter gang-

⁸⁶ Vgl. Nov. 4, cap. 1: „... tunc fideiussor ... exequatur litem, et debitor exigatur contra eum, quem fidedixit... , a creditore actionibus sibi cassis.“

⁸⁷ I. 3,20,2: „Fideiussor non tantum ipse obligatur, sed etiam heredem obligatum relinquit“; vgl. D. 46,1,4,1.

⁸⁸ Zum Beispiel datio in solutum – Jus Culmense Emendatum Lib. IV, cap. 48.

barer Münze, und soll die Bezahlung thun völlig und nicht Stückweise; es wäre denn etwas anders beredet. Wäre auch im Contract ein gewisser Ort benennet, soll an demselben, und sonst nirgend die Zahlung geschehen . . . Wollte aber der Gläubiger die Zahlung nicht annehmen, und der Schuldener wäre die Schuld gerne loß, und wolte gerne fernern Schaden vermeiden, so mag er dasselbe Geld bey dem Richter abzählen, versiegeln und ablegen: So kann er um dasselbe ferner nicht besprochen werden.“

Eine solche Regelung bedeutet gegenüber den kasuistischen Vorschriften der Neumarkter Revision einen wesentlichen Fortschritt. Zweifelsohne erfolgte dies in der Anlehnung der angeführten Bestimmungen an die römischen Quellen, die mehrmals die Pflicht betonen, die Leistung am entsprechenden Ort und in der entsprechenden Zeit zu erbringen, wie sie auch die Möglichkeit vorsahen, das für den Gläubiger bestimmte Geld im Gericht zu hinterlegen, wenn dieser die ihm vom Schuldner angebotene Zahlung nicht annehmen wollte.⁸⁹

In Übereinstimmung mit dem römischen Recht wurde auch das Problem der Beweislast im Falle eines Streites über die Erbringung der Leistung geregelt, das den Kodifikatoren sicherlich bei der Lektüre des Justinianischen Gesetzbuches auffiel. Darauf scheint der Vergleich des nächsten Artikels (Buch IV, Tit. 15, cap. 2) mit entsprechenden römischen Texten⁹⁰ hinzuweisen:

„Verklaget ein Mann den andern vor Gerichte um Schuld nach todter Hand, oder von sein selbst wegen . . .; spricht der Beklagte dagegen, daß dieselbe Schuld bezahlet sey, das soll er beweisen, wie recht ist . . .“

Dasselbe ist auch im Hinblick auf die zwei folgenden Artikel festzustellen, nämlich auf Buch IV, Tit. 15, cap. 3:

„Wird einem Mann Geld gelobet zu eines andern Mannes Hand, und läst er den Selbstschuldiger von wegen des andern Mannes Gelöbniß ledig, so ist der Selbstschuldiger auch frey und ledig von dem, der die Gelübde von einem andern empfangen hat . . .“

und cap. 4:

„Wenn ein Schuldener wegen unterschiedlicher Schulden einem verhaftet, so stehet es in des Schuldenes Willkühr, welche Schuld er durch

⁸⁹ C. 8,42,9: „Sed ita demum oblatio debiti liberationem parit, si eo loco quo debetur solutio, fuerit celebrata.“ C. 4,32,19 pr.: „Acceptam mutuo sortem cum usuris licitis creditori post testationem offer ac, si non suscipiat, consignatam in publico deponere, ut cursus usurarum legitimarum inhibeat . . .“ u. a.

⁹⁰ C. 8,42,25: „Solutionem adverventi probationis onus incumbit: quo facto chirographum condicere potest.“

die Zahlung wolle gemindert, oder aufgehoben seyn lassen. Derowegen soll er ausdrücklich die Schuld benennen, dafür die Zahlung geschehen. Thut er das nicht, sondern zahlet so ingemein, so mag der Gläubiger die Zahlung annehmen, auf welche Schuld er will, jedoch also daß er solches der meist beschwerlichsten Schuld zuschreibe, auf welche er selber auf solchem Fall vor allen andern Zahlung thun würde.“

Die Bestimmungen des cap. 3 sind auf das auch dem römischen Recht bekannte Institut der Schuldübernahme zu beziehen. Jedenfalls bestimmt es – wie römische Quellen⁹¹ – deren Tilgung im Falle, daß ein Dritter zahlt. Cap. 4 wiederholt dagegen die mehrmals in der justinianischen Kodifikation angeführten Grundsätze, die das Problem der Anrechnung einer Zahlung bei mehreren Forderungen regeln. Ihrem Wortlaut gemäß galt hier der Wille des Schuldners, wurde keine Erklärung abgegeben, durfte der Gläubiger die Anrechnung nach seinem Ermessen vornehmen, war jedoch verpflichtet, vor allem besonders beschwerliche Schulden zu berücksichtigen.⁹²

Als Ergebnis der Ausführungen darf festgehalten werden, daß das römische Recht wesentlich die endgültige Gestalt des Kulmer Obligationenrechts beeinflußte. Dies gilt sowohl für die Kontrakte wie auch für die meisten Institute aus diesem Bereich – eine Erkenntnis über die Rezeption römischer Grundsätze durch das Jus Culmense, vor allem durch dessen Thorner Revision.

⁹¹ C. 8,42,17: „Manifesti iuris est tam alio pro debitore solvente quam rebus pro numerata pecunia consentiente creditore datis tolli comparatam obligationem.“

⁹² D. 46,3,1 und pr. eod.: „Quotiens quis debitur ex pluribus causis unum debitum solvit, est in arbitrio solventis dicere, quod potius debitum voluerit solutum, et quod dixerit, id erit solutum: . . . quotiens vero non dicimus, in quod solutum sit, in arbitrio est accipientis, cui potius debito acceptum ferat, . . .“ D. 46,3,3: „Haec res efficiet, ut in duriorum causam semper videatur sibi debere accepto ferre . . .“