III.

Der nasciturus.

Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtssubjekt
im fränkischen Recht.

Von

Herrn Dr. jur. et Dr. phil. **Alexander Coulin**

in Berlin.

Das römische Recht behandelt auf allen Stufen seiner Entwicklung den nasciturus als *mulieris portio vel viscerum*, nur den Erwerb bestimmter Rechte hält es dieser dogmatischen Fiktion eines möglichen künftigen Rechtssubjekts offen. Ganz anders das deutsche Recht; fassen wir einmal *exempli gratia* die diesbezüglichen Bestimmungen der fränkischen Volksrechte näher ins Auge, wiewohl auch die anderen Volksrechte ähnliche Normen erkennen lassen.

Im salischen wie im ribuarischen Rechte wird die Tötung des *infans in utero matris* gleich der des *infans ante quod nomen habeat* mit C sol gebüßt¹⁾; rein äußerlich betrachtet ist dieser Betrag die Hälfte des Wergeldes des erwachsenen freien Franken.²⁾ Sind diese C sol nun ein Wergeld? Beim *infans ante quod nomen habeat* liegt es sicherlich nahe, an ein solches zu denken; man könnte sich den geminderten Betrag des Wergeldes so erklären, daß das neugeborene Kind im Rechts- und Volksleben eine untergeordnete Stellung im Verhältnis zum erwachsenen wehrfähigen Mann einnimmt und daß diese Bewertung im Wergeld ihren Ausdruck findet; eine gewiß ansprechende, manchmal gehörte Auffassung, die die Buße von C sol als reichlich hoch erscheinen läßt. Am neunten Tag nach der Geburt findet bei den Franken die Namengebung statt; wenn nun die Bedeutung für den Staat das ausschlaggebende Moment bei der Normierung des Wer-

¹⁾ Sal. XXIV, 4, SC.V, 3, Rib. XXXVI, 10. — ²⁾ Sal. XLI, 1, SS. 2, Recap. A 26, Rib. VII, Cham. IV.

geldes bildet, dann ist es schwer verständlich, wie von der Namengebung an der *infans usque ad decimum annum plenum* das dreifache Wergeld des erwachsenen freien Mannes, etwa seines Vaters, mit *DC sol* haben soll.¹⁾ Da regen sich doch Zweifel, ob der angegebene Gesichtspunkt für die Normierung des Wergeldes des *infans ante et post quod nomen habeat* bestimmend ist. Nun wissen wir, daß das Wergeld des *Romanus possessor* im salischen Recht und das des *advena Romanus* im ribuarischen Recht ebenfalls auf *C sol*²⁾ normiert ist; nach Brunners ansprechender Deutung³⁾ ist der Römer nicht im Wergeld zurückgesetzt, sondern er bekommt das volle Wergeld des erwachsenen freien Franken abzüglich der Magsühne, die nicht verfallen kann, da er in keinem Sippeverband steht. Von der Geburt bis zur Namengebung beträgt nun das Wergeld des freien Franken *C sol*; erst mit der Namengebung erlangt er nach der herrschenden Ansicht die volle Rechtsfähigkeit⁴⁾, vielleicht bedarf aber diese Auffassung einer Revision; liegt es nicht nahe, von dem Wergeld des sippelosen Römers auf das Wergeld des *infans ante quod nomen habeat* zu schließen und die Erhöhung des Wergeldes nach der Namengebung mit der Aufnahme in den Sippeverband bei oder mit dem Akte der Namengebung in Verbindung zu setzen? Man wird diese Deutung nicht leicht widerlegen können. Vor der Namengebung ist der *infans* wie der Römer gestellt, d. h. er ist voll rechtsfähig, steht aber nur im Familienverband; in diesen tritt er nicht kraft seiner Geburt, sondern durch die im ältesten Recht in der Willkür seines Vaters stehende Aufnahme in den Busen. Diese Aufnahme tangiert nicht seine allgemeine Rechtsfähigkeit, sie bringt ihm aber das Mitgliedschaftsrecht des Familienverbandes und tilgt seine subjektive Rechtlosigkeit gegenüber der engeren Familie, äußerlich kommt dies darin zum Ausdruck, daß er von diesem Moment an nicht mehr von den Eltern getötet oder ausgesetzt werden darf und daß er im Schutze des Hauptes der Familie steht, dem er unter-

¹⁾ Sal. XXIV, 1 (und) 2, SC. VII, 1. — ²⁾ Sal. XLI, 6, Cap. VI, 1 § 2, Recap. B 26, Rib. XXXVI, 3. — ³⁾ RG. II, 614, Heusler, DVG. 38, Schröder, DRG. 354, 22. — ⁴⁾ Brunner, RG. I, 102, Schröder, DRG. 282.

worfen ist. Bis zur Aufnahme bestehen nur Rechte der Familie gegen den infans, z. B. Erbrechte; wird er nämlich von einem außerhalb der engeren Familie Stehenden getötet, dann haben die Erben Anspruch auf die sich als Nachlaßforderung¹⁾ qualifizierende Erbsühne. Der infans hat also schon vor der Namensgebung und vor der Aufnahme in den Busen Rechtsfähigkeit; denn ein Nichtrechtssubjekt hinterläßt keine Nachlaßforderung. Beim infans in utero matris scheint die Annahme, daß es sich bei der Buße von C sol um ein Wergeld handelt, nicht ohne weiteres gerechtfertigt. Zunächst könnte man annehmen, daß die beiden infantes hier zufällig wegen der Gleichheit der Bußen ohne inneren Grund zusammengestellt sind und daß es sich etwa um eine Buße für die *procuratio abortus* handle. Dieser letzteren Annahme widerspricht aber die Tatsache, daß dieses Delikt schon mit einer Buße von 62½ sol bedroht ist²⁾ und der Unterschied zwischen den beiden Bußen daher schwer erklärlich wäre. Man könnte ferner an eine Strafandrohung wegen Kindestötung denken, aber auch diese Annahme ist von der Hand zu weisen, da ja in der mit unserer Stelle verbundenen oben erörterten Bestimmung bereits ein Rechtsschutz statuiert ist. Moderne Parallelen versagen also vollständig. Nun wird das auf DC sol normierte Wergeld der *mulier ingenua postquam coeperit habere infantes*³⁾ auf DCC sol erhöht, wenn sie während der Gravidität getötet wird.⁴⁾ Würde der nasciturus wie im römischen Recht auch hier nur als *portio viscerum* behandelt, dann wäre diese Erhöhung sinnlos, sie bekommt nur Sinn und Bedeutung, wenn man die hinzutretenden C sol als Buße für die Tötung des infans betrachtet; diese Summe hat aber als Teilsumme von den DCC sol denselben rechtlichen Charakter wie die Gesamtsumme, sie ist Wergeld.⁵⁾ Damit darf man aber auch die Bußen für die Tötung der beiden Arten von infantes innerlich einander gleichstellen. Die weitere Entwicklung des fränkischen Rechts rechtfertigt diese Auffassung; in

¹⁾ Sal. LXII, 1, Cap. II, 3, Rib. LXVII, 1. — ²⁾ Sal. XIX, 2 ad 2. —

³⁾ Sal. XXIV, 6, SC. VII §§ 2 u. 3, Rib. XII, 1. — ⁴⁾ Sal. XXIV, 3, Recap. A 29, Recap. B 32, Rib. XXXVI, 10 Satz 2. — ⁵⁾ Im Ergebnis übereinstimmend: Behrend, *Lex Salica* 2 41, 40 und die dort Zitierten.

einer Extravagante und in einem Zusatzkapitular zur *lex Salica* wird nämlich die Buße für die Tötung des *infans in utero matris* auf *DC sol* festgesetzt¹⁾, es ist dies dieselbe Buße, die nach der *lex Salica* das Wergeld des *puer infra X annos*²⁾ darstellt. Nicht nur die Gleichheit der Zahlen, sondern auch schon die Höhe des ersten Betrages stellt es außer Zweifel, daß dem *infans in utero matris* ein Wergeld zugesprochen wird; weiter ergibt sich aber aus der Gleichheit der Zahlen, daß der Unterschied, der im älteren Recht zwischen dem Wergeld der beiden *infantes* und des *puer* gemacht wurde, nicht auf einem Unterschied in der Rechtsfähigkeit beruhte, sondern anderswo zu suchen ist. Nun wissen wir aus der *lex Ribuaria*³⁾, daß der gesamte Wergeldanspruch, Erb- wie Magsühne, zu einer den nächsten Erben des Getöteten zustehenden Nachlaßforderung geworden ist⁴⁾; demzufolge verfällt die Magsühne auch ohne Rücksicht auf den Sippeverband und die Zugehörigkeit zu demselben; damit entfällt auch der Grund für die Unterscheidung zwischen *infans* und *puer* im Wergeldtarif, nachdem die mit der Namensgebung verbundene Aufnahme in den Sippeverband in dieser Hinsicht irrelevant geworden ist. Für das ältere Recht folgt aber aus dieser Tatsache, daß auch in ihm die Aufnahme in den Sippeverband die allgemeine Rechtsfähigkeit nicht tangierte. Dieselbe Veränderung des Wergeldes beobachten wir im jüngeren Volksrecht bezüglich der *puella*. Das alte Recht hatte im Wergeld des *infans* keine Unterscheidung nach dem Geschlecht des *infans* getroffen, für beide Geschlechter betrug es *C sol*.⁵⁾ In einem Zusatzkapitular findet sich für die *mulier gravis* in *verbo regis*, si *infans puella* est qui excutetur ein Wergeld von *MMCCC sol*⁶⁾, wäre sie nicht in *verbo regis*, dann betrüge das Wergeld den dritten Teil, d. h. *DCCC sol*, diese Summe setzt sich aus dem Wergeld der *femina postquam coeperit habere infantes* mit *DC sol*⁷⁾ und einem Betrag von *CC sol* zusammen, diese

¹⁾ Extr. A 5 § 1, Cap. I c. 11 § 5, vgl. Cap. I c. 11 § 7, wo irrtümlich der einfache Betrag steht. — ²⁾ XXIV, 1, SC. VII § 1. — ³⁾ Rib. LXVII, 1. — ⁴⁾ Vgl. Schröder, DRG.⁵ 355, 32 und die dort angeführte Literatur. — ⁵⁾ Sal. XXIV, 4, SC. V, 3. — ⁶⁾ Cap. I c. 11 § 8. — ⁷⁾ Vgl. S. 133 Note 3.

CC sol darf man aber ohne weiteres als Wergeld der puella¹⁾ ansprechen; auch hier verliert also die Namengebung ihre Bedeutung für das Wergeld. Im selben Zusatzkapitular findet sich ein Wergeld für die mulier gravida mit DCCCC²⁾; zweifellos ist darin das Wergeld der mulier mit DC sol enthalten; die übrigen CCC sol sind das Wergeld der puella, das hier nach dem Tarif der Additio³⁾ berechnet ist.

Das altfranzösische Recht hat im Gegensatz zum Sachsen-spiegel⁴⁾ Spuren dieser volksrechtlichen Institute treu bewahrt. Es behandelt die Tötung der mulier gravida noch als delictum sui generis; dem encis oder ocis, d. h. ferir fame enceinte, et elle meurt dou coup et lui et l'enfant, wird noch eine besondere Stellung im Strafrecht angewiesen⁵⁾; auch das kanonische Recht behandelt die Tötung des nasciturus in Fortbildung deutscher Rechtsideen als homicidium, wenn auch in ihm der infans in utero matris unter dem Einfluß des mosaischen Rechts diesen vollen Rechtsschutz erst nach der sechsten Woche, wenn die anima rationalis in ihn eingegangen ist, genießt.⁶⁾ In der altfranzösischen Periode läßt sich immerhin ein Schwinden der germanischen Rechtsgedanken konstatieren und ein Verkennen der vorhandenen Spuren wahrnehmen, und doch läßt eine Stelle bei Beaumanoir erkennen, daß auch die einer früheren Periode der Rechtsentwicklung angehörige, von uns bereits im fränkischen Volksrecht beobachtete Idee der vermögensrechtlichen Rechtsfähigkeit des nasciturus am Ende des 13. Jahrhunderts, wenn auch den Zeitgenossen nicht mehr erkennbar, noch fortlebt. Nach Beaumanoir behält die kinderlose mulier praegnans les eritages de son baron par la reson de sa grossece pour ce que la garde des enfans sousaagiés appartient a li. Wird nun das enfes mors nes, so muß sie zwar nach allgemeinen erbrechtlichen Grundsätzen die inzwischen verwaltete eritage den plus prochains parens herausgeben, aber il ne pueent

¹⁾ Extr. A 5 § 2, SC. VI, 4, Rib. XIII. — ²⁾ Cap. I c. 11 § 6. —

³⁾ Sal. XXIV, 5 ad 4. — ⁴⁾ SaSpLdR. I, 33 beruht auf einer viel späteren Rechtsentwicklung; über diese vgl. Schröder, DRG.⁵ 232, 1 i. f. —

⁵⁾ Établissements de Saint-Louis I, 27, Abrégé Champenois 128. 133, Livre des Droiz 251. 252, Coustumes d'Anjou et du Maine selon les rubriques du Code 1366, u. a. m. — ⁶⁾ Vgl. hierüber v. Liszt, StrR.¹⁷ 329.

demander a la fame ce qu'ele leva ou tans de sa grossece des levees de l'eritage, car ele avoit cause de bonne foi au lever pour la reson de l'enfant qui estoit en son ventre, qui estoit oirs du mort et devoit estre.¹⁾ Beaumanoir behandelt diesen Fall in der Lehre der teneure de bonne foi und stellt ihn zusammen mit den Erwerbstiteln pro emptore, pro donato etc.²⁾ Nun liegt hier eine garde vor, die Witwe hat keinerlei Ansprüche an die eritage, sie ist aber verpflichtet, die eritage für den nasciturus ordnungsmäßig zu verwalten und sie ihm nach Beendigung der garde samt Früchten herauszugeben.³⁾ Die von Beaumanoir versuchte Erklärung, bezüglich deren es dahingestellt bleiben mag, ob er etwa an l 2 D 41,¹⁰ dachte, gibt keinen Anhalt für die Tatsache, daß der Witwe die gesamten Früchte, die während der Gravidität gezogen wurden, mit dem Moment der Totgeburt zufallen. Um mit Paulus zu reden: sie hatte nur custodia rerum et observantia, aber keine possessio⁴⁾; anders liegt es ja bei den Fällen, mit denen Beaumanoir den vorliegenden Fall zusammenstellt, dort ist possessio vorhanden und bezüglich der Früchte der titulus pro suo gegeben. Hier will die Witwe gar nicht die Früchte für sich, sondern für den nasciturus erwerben. Wäre der postumus lebendig zur Welt gekommen, dann hätte er die geernteten Früchte als Mobilien auf seine Mutter vererbt.⁵⁾ Entkleidet man den Fall des romanistischen Gewandes, das er bei Beaumanoir bekommen hat, dann hat die Witwe Gewere zu treuer Hand — nicht etwa zu rechter Vormundschaft; denn es liegt garde, nicht bail vor —; die Nutzungen werden für den nasciturus, der die ideelle Gewere an der eritage hat, gezogen, für sich kann sie die Früchte gar nicht ziehen. Und doch kann der gesamte Fruchterwerb, den sie vom Tod des Mannes bis zur Totgeburt des nasciturus gemacht hat, von den plus prochains parens des Mannes nicht vindiziert werden, nur die eritage muß sie herausgeben⁶⁾; sie ist also rechtlich so gestellt, wie wenn etwa ihr lebendes Kind männlichen Ge-

¹⁾ Beaumanoir 617. — ²⁾ Beaumanoir 612 u. Chap. XX per totum. — ³⁾ Beaumanoir 516. 630. 638. — ⁴⁾ l 3 § 23 D 41,². — ⁵⁾ Beaumanoir 618. 494. — ⁶⁾ Beaumanoir 494. 617.

schlechts gestorben wäre und sie es beerbt hätte. Den Schlüssel für dieses Rätsel bietet das alte Recht: der nasciturus ist Vermögensrechtssubjekt, in seinen Nachlaß findet Erbfolge statt. Das Bewußtsein für dieses in starker Rückbildung begriffene Rechtsinstitut ist im Volke nicht mehr vorhanden; aber wie eine untergehende Sonne sendet es noch einmal seine goldenen Strahlen in eine Welt, aus der es entschwindet.

Was hat nicht alles im älteren Recht ein mehr oder weniger großes Stück Persönlichkeit empfangen: einerseits überirdische Wesen, andererseits Tiere; aber dem pecus¹⁾ des ersten Zusatzkapitulars der lex Salica versagt man sie, so handgreiflich sie auch zutage tritt. Für den römischen non perfecte natus mag diese Auffassung ihre Berechtigung haben, aber das altdeutsche pecus läßt sich nicht in die spanischen Stiefel einer romanisierenden Jurisprudenz zwängen; dazu sind die fundamentalen Anschauungen der Völker, deren Leben die beiden Rechte entsprossen sind, zu verschieden.

IV.

Der Sachsenspiegel und das Wormser Konkordat.

Von

Herrn Referendar **Fritz Salomon**

in Berlin.

Mit der gegenwärtigen Mitteilung beabsichtige ich nicht, in der von Dietrich Schäfer in seiner Abhandlung „Zur Beurteilung des Wormser Konkordats“ (Abhandl. d. Berl. Ak., Berlin 1905) angeregten Diskussion über die staatsrechtliche

¹⁾ pecus heißt der nasciturus in Cap. I c. 11 §§ 4, 5 u. 10, ohne daß man hierin einen Beweis für seine Nichtrechtsfähigkeit erblicken könnte. Zum Ausdruck vgl. Thonissen, L'organisation judiciaire etc. (1882) 324,4.