Rostocker Dokumentenserver
Dieses Werk wurde Ihnen durch die Universitätsbibliothek Rostock zum Download bereitgestellt.
Für Fragen und Hinweise wenden Sie sich bitte an: digibib.ub@uni-rostock.de

Johann Albrecht Bauriedel

Theoretisch-praktischer Commentar über die Pandekten

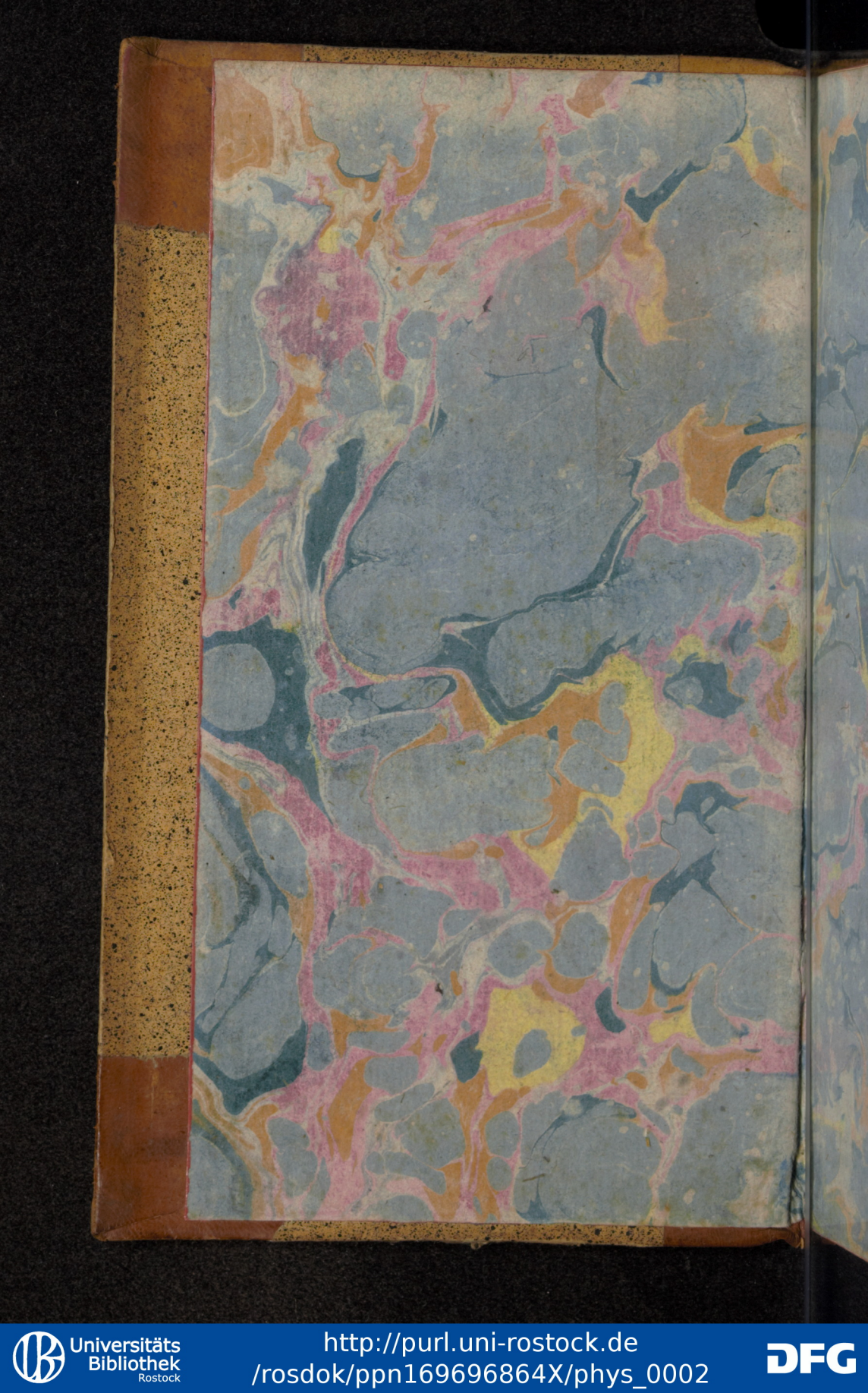
Erster Band

Bayreuth: bei Johann Andreas Lübecks Erben, 1789

http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X

Band (Druck) Freier Zugang

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0001
DFG


Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0002
DFG


Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0003
DFG

K. f. 636 (1)
K. f. 636 (1)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0004
DFG

Theoretisch-praktischer

Commentar

über

die Pandekten

nach Anleitung des Hellfeldischen Lehrbuchs

worinnen die schwersten Gesetze hinlänglich erklärt, eine Menge Beispiele angeführt, viele Rechtsfälle untergelegt und in den wichtigsten Controversen die Gründe und Gegengründe der angesehensten Rechtslehrer ausführlich auseinander gesetzt sind

von

Johann Albrecht Bauriedel.

Erster Band.

Bayreuth,
bei Johann Andreas Lübecks Erben.
1789.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0007
DFG

Ex libris
Ferd. Kammerer, Dr.

Ex
Bibliotheca
Academiae
Rostochiensis

Ihro Exellenzen

dem

Reichsfreyhochwohlgebohrnen Freyherrn

Herrn

Friedrich Karl von Seckendorf

Herrn zu Markt-Sugenheim, Ezelheim, Hürfeld, Rüdern, Duzenthal, Deutenheim, Wohnfurth, Rheinhardswinden, auf Unterleinleiter, Obern- und Unternzenn, Rockenbach, Rosenbach, Weingartsreuth, Ebnet ꝛc. ꝛc. Hochfürstl. Brandenburg. Onolz- und Culmbachischen wirklichen Minister und Geheimden Rath, dirigirenden Minister bei der geheimen Landesregierung oberhalb Gebürg', Kammer- und Landschafts-Präsidenten, dann Oberbergdirektorn in den Hochfürstl. Bayreuthischen Landen, perpetuirlichem Curatorn der Friedrich-Alexanders Universität, Ritterhauptmann der unmittelbaren Reichsritterschaft in Franken, Orts am Steigerwald, des erneuerten Hochfürstl. Brandenburgischen rothen Adler-Ordens Gros-Creuz, dann des Kaiserl. St. Joseph-Ordens Commandeur und des Churpfälzisch. Löwen-Ordens Ritter ꝛc.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0009
DFG

und dem

Reichsfreyhochwohlgebohrnen Freyherrn

Herrn

Karl Friedrich Reinhard

von Gemmingen

Herrn zu Guttenberg, Bonfeld, Huiffenhard, Altenberg, Niedersteinach, Tiefenbrunn, Kaelbersteshausen, Wollenberg ꝛc. ꝛc. Hochfürstl. Brandenburg-Onolz- und Culmbachischen wirklichen Minister und Geheimden Rath, Präsidenten des Hochfürstl. Höf-Regierungs-Justiz-Raths Collegii zu Ansbach, dann Geheimen Referendar, Ritterhauptmann der unmittelbaren Reichs-Ritterschaft in Franken, Orts am Ottenwald, des erneuerten Hochfürstl. Brandenburgischen rothen-Adler-Ordens Gros-Creuz, ingleichen des Hochfürstl. Badenschen Ordens-Ritter ꝛc.

ehrfurchtsvoll

geweiht.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0011
DFG

Vorrede.

Ich lege hier dem geneigten Leser über die mit Recht allgemein beliebten Hellfeldischen Pandekten meinen Commentar vor, welcher eine kurze aber doch vollständige Erläuterung des heutigen Privatrechts enthält. Warum ich mich vorzüglich der Kürze befleisigt habe, das wird der Leser eben so leicht finden als daß ich diesen ersten Band noch um ein merkliches zu erweitern im Stande gewesen wäre.

Wenn man in einer so delikaten Sache, als die gegenwärtige ist, seine Meinung laut und mit unbefangenem Gemüthe herausfagt, so hat man gemeiniglich Widersprüche genug zu erwarten. Auch ich werde daher nicht damit verschont bleiben. Aber das will ich mir erbitten, wenn ich etwa in einem oder dem andern Punkt nicht Grund genug gehabt haben sollte, von dieser oder jener Meinung abzugehen, daß man mich gründlich widerlege. Ich werde jede solche Belehrung und Zurechtweisung mit Dank erkennen und zu seiner Zeit benutzen. Gallsüchtige Recensenten hingegen erhalten von mir keine Antwort.

Bei

Bei einem so weitläuftigen Werk sind Druckfehler nicht ganz zu vermeiden; der geneigte Leser wird daher diejenigen, welche noch außer den Bemerkten stehen geblieben seyn möchten, selbst verbessern.

Uebrigens soll es mich unendlich erfreuen, wenn das Publikum, für welches mein Werk bestimmt ist, finden wird, daß ich durch meine Arbeit nicht ganz unnütz gewesen bin. Der zweyte und letzte Band, erscheinet zur künftigen Michaelis-Messe gewiß.

Erlang, den 21. April,
1789.

Bauriedel.

PRAE-

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0014
DFG

PRAECOGNOSCENDA.

Pandecten können erklärt werden 1) nach der Etymologie, 2) nach dem Inhalt.

I. Nach der Etymologie sollen sie ein Buch seyn, in welchem alle, oder doch die mehresten brauchbaren Rechte enthalten sind. Es erhellet dies 1) ex L. 2. §. 1. C. de veteri iure enucleando und ex L. 3. §. 1. eod. wo es heist: *omne quod utilissimum erat*, 2) giebt es auch das Wort Pandecten selbst, denn dies kommt her a voce graec: πᾶν und δέχομαι omnia colligo s. comprehendo. Auser dem Namen: Pandectae, heisen sie auch Digesta a digerere i. e. plura in vnum colligere. Beide Worte hat nicht Justinian erfunden, vor ihm schon sind 5 Bücher vorhanden gewesen, die man Digesta nannte. Conferatur de origine et etymol. et praest. Pandect. in Eberh. Ottonis Thesibus. Man allegirt die Pandecten durch D. und II. woraus durch einen künstlichen Abschreiber die Allegation durch ff. entstanden.

II. Nach dem Inhalt sind die Pandecten Auszüge aus den Schriften der brauchbarsten Rechtsgelehrten, die grösstentheils nach Ordnung des Edicti perpetui in gewisse Titel und Bücher abgetheilt sind. Justinian, als er seinen Codicem edirte verbot alle Gesetzbücher und nahm nur die libros interpretum aus. Bei der Definition ist zu bemerken, a) daß sie nur aus excerpten bestehen, von welchen die Schriften selbst bis auf wenige Fragmente verlohren gegangen sind. Wie sie verlohren gegangen, weiß man nicht; man muthmaset, Tribonian habe sie verbrennen lassen, welches aber nicht wahrscheinlich ist. Es haben verschiedene Juristen Verzeichnisse von den einzelnen Stellen in den Pandecten machen, und also die Schriften der alten Ictoren wieder daraus zusammenziehen wollen.

Hommel gab zu dem Ende seine Palingenesiam librorum iuris veterum. 3. Tom. in 8. Lipſ. 1767 heraus und

man versprach sich viel davon. Seit dem aber ein Rechtsgelehrter (in Giesen) die Fehler des Werks aufdeckte, wird es nicht mehr geachtet.

b) Ist zu merken, daß die Pand. nur auf die brauchbarsten Rechtsgelehrten von Hadrians Zeiten an eingeschrenkt sind.

Conferatur Guill-Grotius de vitis Ictorum, quorum in D. extant nomina.

Häll. Beiträge zur Jurist. Gelehrtenhistorie. Tom. I. pag. 250.

Die Pand. sind in 50. Bücher, diese wieder in 433 Titel und 2158 §§. eingetheilt, und überhaupt sind darinnen 9132 LL. enthalten.

Obs. In den Pand. ist gar keine systemat. Ordnung. Böhmer in Göttingen hat Willens gehabt sie in ein System zu bringen. Allein, da seit 18 Jahren alles stille davon ist, möchte das Werk wohl schwerlich mehr zu erwarten seyn.

Die Glossatoren theilen sie 1) in Digestum vetus, welches a libro Imo vsque ad Titulum II. Libri XXIVti inclusive geht. 2) In Digestum fortiatum (wovon man keine etymolog. Erklärung weis a Tit. III. Libri XXIVti usque ad finem libri XXXmi. 3) In Digestum novum a Tit. 1. Libri XXXI. usque ad finem Libr. L.

Was die Compendien der Pand. anlangt, so sind sie: *principia totius iuris privati;* denn sie enthalten weit mehr als röml. Privatrecht. Es kommt a) viel darinnen aus den Institutionen vor b) viele leges Codicis c) Dispositiones ex iure Novell. z. E. Die Successions - Materie. d) ex iure canonico. z. E. Die Lehre de iure iurando etc. e) vieles aus den deutschen Reichs - und Landesgesetzen.

Die vorzüglichsten Compendien sind von Lauterbach, Just Henning Böhmer, van Eck (einem Holländer) Ludovici, Heineccius und Hellfeld. Letzteres, über welches unsere Erläuterungen die Stelle eines Commentars vertreten sollen, hat den Vorzug 1) daß der Auctor hauptsächlich auf den usum fori gesehen, 2) die besten praktischen Schriftsteller benutzt hat und 3) ungemein deutlich ist.

Die übrigen Schriften, die zur Erklärung dienen, kann man in 3. Classen theilen. In die

I. Classe gehören diejenigen Schriftsteller, die zur Erklärung und kritischen Beurtheilung des Textes gebraucht werden

den und secundum ordinem Pand. geschrieben haben. Dahin gehören:

1) Brünnemann: Commentar. in D. Witteb. 1731. Dieser hat die 50. Bücher vollständig durchgearbeitet. Ein ganz praktisches Werk.

2) Anton. Fabri Rationalia in D. 5. Tom. in Fol. 1504. Edit. II. Genev. 1669. II. Tom. Dies Werk umfaßt nur die 19 ersten Bücher, kostet gewöhnlich 20 Fl. — Er war Praesident in Savoyen.

3) Schilteri exercitationes ad D. s. praxis iuris romani in foro Germanico. Edit. opt. Francof. et Lipſ. 1713. Die von 1733 ist schon nicht so gut. Schilter ist übrigens Madator unter den Commentatoren, und Restaurator iuris germanici. Lebensgesch. Er wurde 1632 zu Bezau im Meisnischen gebohren, studirte zu Leipzig und Jena. War in Jena D. und hernach Vice - praesident; gieng von da nach Göttingen, und endlich einiger Verdrieslichkeiten wegen nach Strasburg, wo er auch gestorben ist.

4) Voëtii Commentarius ad P. Hagae Comit. 1534. 2. T. Fol. Die neuere Edit. Halae 1776. 6. Tom. 8. ist weit accurater, als die ältere. Dieser Commentar ist wieder ein vortrefl. Werk über alle 50. Bücher. Voetius hat freilich nicht von L. zu L. commendirt, aber er hat ein zusammenhängendes Raisonnement. Uebrigens stund dieser Rechtsgelehrte als Professor zu Leiden, und ist auch zu Anfang dieses Seculi daselbst gestorben.

5) Noodtii Commentar. in Libr. 27. D. (incluſ. des 27. Buchs) Er steht mit in Noodts sämtl. Werken, davon etliche Editionen erschienen. Die beste Edition ist die Leydner. In Ansehung der Kritik ist Noodt gewiß einer der brauchbarsten.

6) Huberi praelectiones ad Inst. et Pand. Die neuste Edit. ist vom Jahre 1749. von Rivino. Die Praelectiones gehen über alle 50 Bücher, und es ist nicht zu läugnen, daß sich Huber überhaupt so wohl um die Pand. als das I. N. verdient gemacht hat. Aber das Werk ist doch um deswillen nicht unter die Besten zu zählen, weil man von vielen Materien gar kein Wort findet. Von seiner Lebensgeschichte ist noch zu merken: daß er in Friesland 1670 geboren und 1697 gestorben ist. Er war in Padua schon im 24sten Jahre Prorector. So viele gelehrte Kämpfe er zu kämp-

fen hatte, so las er doch täglich früh von 6 bis Abends 8 Uhr ruhig seine Collegia fort.

7) Georg. Adam. Struvii Syntagma Iuris Civilis secund. ord. D. cum notis Petri Mülleri Norimb. 1738. Dies ist die beste und allein brauchbare Edition. Das Werk ist so vollständig, daß man keine Materie darinn vermissen wird. Nur Schade, daß es so gar ungleich ausgearbeitet ist. Manches ist nämlich vortreflich, manches aber mittelmäsig und schlecht; denn er lies sehr viele Materien durch junge Studierende bearbeiten.

Struv ist zu Magdeburg gebohren. Zuerst wurde er Beisizer im Schöppenstuhl zu Halle. 1648 bekam er einen Ruf nach Jena und wurde Präsident. Er starb im 76sten Jahre seines Alters, als er eben bei Gericht sas. Seine letzten Worte waren: So gezieмt es sich für einen Jenenser zu sterben. Er hinterließ einen Sohn, Namens Burkhard Gotthelf, der ihn fast übertraf.

8) Lauterbachii colleg. theoretico practicum. Tüb. 1741 3 Tom. in 4. und Ed. nov. ibi. 1784. Es ist ein gutes Werk, aber in einer fatalen Methode geschrieben, nämlich nach dem methodo causarum. Schüz hat hieraus das berühmte Lauterbachische Compendium Pandectarum gezogen. Darüber haben so viele andere Juristen commentirt, daß ein dicker Quartant daraus entstanden ist. Die Noten der Juristen sind gesammlet und unter dem Namen: thesaurus iuris civilis bekannt.

9) Samuel Stryck vsus modernus D. Er besteht aus 3 Quartanten und ist vielmals edirt, aber keine Edit. ist besser, als die in seinen operibus praestantioribus zu Halle 1748. mit eingedruckt ist. Das Buch ist ein Orakel aller Advokaten. Es ist auch ganz practisch, doch merkt man, daß die letztern Bände nicht von ihm edirt sind. Wir haben auch von ihm cautelas Testamentorum et contractuum. Letztere aber sind schon von seinem Sohn, Johann Samuel.

Er ist 1640. in der Brignizer Mark gebohren und 1710 gestorben. Er docirte zu Frankfurt, Wittenberg und endlich als Ordinarius mit dem Geheimd. Raths-Titel zu Halle mit so vielem Ruhm, daß es zum Sprichwort wurde: vbi Stryck, ibi Academia. — Die

II. Classe begreift diejenigen Schriftsteller, die als commentatores zu betrachten sind und nach einer selbst gewählten Ordnung geschrieben haben. Hieher gehören:

1) Cujacii opera XI. Tom. in Fol. Paris. 1615. Dies ist die beste Edition. Die Neapolitan. Ausgabe von 1724 ist sehr selten zu haben. Cuiacius war ein Franzos und 1533 zu Toulouse gebohren. Er lernte lateinisch und griechisch für sich, studierte Anfangs Theologie, gieng nachher zur Jurisprudenz über und starb 1590.

2) Donellii et Duareni opera. Wenn auf dem Titel steht: Libri XXVIII; so ist von ihren Commentariis die Rede.

3) Bynkershoekii Opera. — Die

III. Classe enthält diejenigen, die zu allerlei practischen Materien in den D. zu gebrauchen sind. Die vorzüglichsten sind:

1) Pufendorfii observationes iuris vniversi. 4 Tom. in 4. Ein vortreffliches Werk. Der Auctor ist ein Mann von der gröbsten Einsicht. Die Herausgeber der neusten Juristischen Bibliothek haben mit diesem sonst so theuern Werk den Anfang gemacht, und anno 1787 waren schon 3 Bände davon edirt.

2) Strubens rechtliche Bedenken. Es sind 5. Tomi davon vorhanden, Struben aber hat nur 4. edirt. Sie sind sehr schätzbar.

3) Leyseri Meditationes ad D. XI. Tom. inclusive des Registers, das von Ienichen herrührt und vortreflich ist. Die älteste Edition von 1717 ist die Beste. Die nachherigen sind fehlerhaft und manche nicht complet. Dies Buch ist vor allen zu empfehlen, denn es enthält ganz ausserordentliche Rechtsfälle und hat einen sehr angenehmen Stil. Leyser starb zu Wittenberg als Ordinarius. Er war fast immer kränklich, um so mehr muß man sich über seine Arbeit wundern. Seine Hauptidee war die Auctorität des Carpzovs zu stürzen. Herr Appellat. Rath Höpfner fügte 1740 zu Leysers Meditationen den 12 Band hinzu, er ist aber des Geldes nicht werth. Was Leysern zu schlecht zu drucken schien, ist darinnen enthalten.

Mit ihm müssen combinirt werden:

4) Wernheri observat. selectae. 3 Tom. in Fol. Das Buch ist gar nicht wie ein Commentar über die Pand. geschrieben, sondern es sind Observationes über allerhand Materien,

jedoch nach Ordnung der Pand. rangirt. Kein Jurist kann dies Buch entbehren.

Wernher ist zu Rothenburg an der Tauber gebohren. Er war Professor zu Wittenberg, wurde 1729. Reichs-Hofrath zu Wien und starb 1742. Er hatte ein ungemeines Gedächtnis. (In Erlang privatisirt noch ein Verwandter von ihm, der eine ausgebreitete Kenntnis in der Jurisprudenz hat).

5) Iust. Henning. Boehmer: Exercitationes ad D. 6. Tom. Goett. 1745. Eine Sammlung von Dissert. nach Ordnung der Pand. von seinem Sohn edirt.

6) Freyherrn v. Cramers Observationes iuris universi.

7) Hommelii Rapsodia quaestionum in foro quotidie obvenientium nec tamen legibus decisarum. Enthält eine Menge sinnreicher Fälle, doch fehlt hie und da Gründlichkeit.

Unter denjenigen, die von legibus obstantibus und kritischen Streitigkeiten handeln, sind die vorzüglichsten:

1) Samuel. Cocceji ius controversum. Francof. 1767.

2) Berger resolutiones legum obstantium. Witteb. 1716. in 8.

3) Georg. Adam. Struvii evolutiones controversiarum.

4) Walchii introductio in controvers. iuris civilis. Ien. 1776. in 8.

LIBRI

LIBRI I.

TIT. I.

De Iustitia et Iure.

Dieser Titel ist in Gebauers Diss. de Iust. et Iure am besten erklärt.

§ 1.

Ius ist nach dem L. 11 und 12. D. h. t. ein vieldeutiges Wort.

1) bedeutet es so viel als legem, z. E. es ist iuris, wer 5 Ducaten an Werth stiehlt, wird an den Galgen erhöht i. e. die Gesetze befehlen es. 2) facultatem agendi. Man übersetzt es alsdenn mit Befugnis Facultas est ea qualitas moralis homini competens ad aliquid habendum l. agentum salvis legibus. z. E. qui iure suo utitur, neminem laedit. 3) complexum legum eiusdem generis. So z. E. sagt man: ich studiere Ius civile, ius publicum etc. 4) locum, ubi ius dicitur, also den Gerichtsplatz. In dieser Bedeutung kommt es hauptsächlich vor in dem Titel: de in ius vocando. Der Römer sagte z. E. ambula mecum in ius. 5) Iuris prudentiam, z. E. er versteht sein Ius gut. So wird das Wort in diesem Titel genommen. 6) id, quod apud magistratum geritur. Hier wird ius dem iudicio entgegen gesetzt. In iure agere, heist: coram magistratu agere; in iudicio agere aber heist: coram iudice pedaneo agere. 7) potestatem. z. E. in dem Titel: de his, qui sunt sui l. alieni iuris i. e. suae l. alienae potestatis. 8) sententiam z. E. es ist ihm Recht geschehen. 9) titulum z. E. ich besitze dies Buch titulo emti, i. e. iure emti - titulo donati i. e. iure donationis. 10) privilegium. z. E. der Professors-Sohn hat das Recht, die Doktorwürde umsonst zu verlangen. 11) Vortheile, Gerechtsame z. E. Liv. qui optimo iure rex Romae creatus esset i. e. mit den herrlichsten Gerechtsamen, Vortheilen. it. Cicero apud Verr. III, 6: vt eodem iure essent, quo fuissent.

§. 2. In den Fällen, wo ius für Gesetz oder Befugnis genommen wird, gilt die Regel: ius et obligatio sunt correlata. Also: ubi lex, ibi obligatio, oder ubi facultas agendi, ibi obligatio. Da nun obligatio und ius so genau verbunden sind, so entsteht die Frage: was ist obligatio? R. In L. 3, D. de obl. et act. und in Princ. I. de obligat. stehen die Definitiones legales. Sie haben aber den Fehler, daß nicht obligatio überhaupt definirt wird, sondern nur einzelne Species derselben. Man definire daher so: obligatio est *necessitas agendi moralis*. Moral. Nothwendigkeit ist vorhanden, wenn ich durch Vorstellung guter und böser Folgen zu einer Handlung bestimmt werde. Das oppositum ist necessitas absoluta s. physica, wenn die Nothwendigkeit uns dergestalt fesselt, daß wir das Gegentheil gar nicht thun können. Diese geht uns hier nichts an. Die Motive zu einer moralischen Nothwendigkeit geben uns die Gesetze. Daher die Regel: omnis obligatio est ex lege, non sine lege. Lex autem non obligat sine ratione. Die Ratio ist entweder ein factum obligatorium, oder das ist nicht. Im letztern Fall heist die Verbindlichkeit: obligatio immediata s. nativa z. E. daß der Sohn im Nothfall den Vater ernähre; die Verbindlichkeit Steuern und Abgaben zu entrichten, ingleichen die obligat. ad exhibendum gehört hieher. Im erstern Fall ist das factum licitum, hieraus entsteht: obligatio mediata s. dativa z. E. wenn ich Schulden gemacht habe, daß ich zahle; oder illicitum, woraus gleichfalls obligatio mediata s. dativa entspringt. Die Facta illicita sind: 1) dolus, 2) culpa, 3) delicta et quasi - delicta.

Noch ist zu merken: obligatio distinguenda est ab expletione obligationis v. g. in Tit: de Scto Macedoniano; die Verbindlichkeit bleibt, obgleich die Erfüllung für gegenwärtig wegfallen kann.

§. 3. Wir haben verschiedene Eintheilungen der Verbindlichkeit. 1) nach Verschiedenheit des Grundes, wovon im vorigen §. gehandelt worden.

2) ratione originis; vid. §. 35.

3) ex quantitate; Davon h. l.

Es ist nämlich die Verbindlichkeit so groß, daß der Verbundene entweder durch Zwangsmittel zur Beobachtung angehalten werden kann; diese heist: obligatio perfecta erzwing-

zwingbare Verbindlichkeit. z. E. Schulden zu bezahlen; oder das ist nicht; obligatio imperfecta z. E. daß ich Wohlthaten vergelte.

Die obligationes imperfectae gehören an und für sich nicht in die Rechtswissenschaft, sondern in die Moral, es sey denn, daß sie in perfectas verwandelt worden. Dies kann geschehen:

1) Facto hominis z. E. per pactum. Dahin gehört die Regel: quae ab initio sunt honestatis, ex post necessitatis fiunt. L. 17 §. 3. D. commodati.

2) per legis dispositionem z. E. das Allmosengeben ist an und für sich obligatio imperfecta; aber an vielen Orten ists befohlen etwas zu geben, weil das Betteln abgestellt ist. Darauf bezieht sich die Regel: quod tibi non nocet alteri vero prodest, ad id potes compelli. It. ich habe einen Prozeß und brauche Documente zum Beweis, die ein anderer in Händen hat. Sie mir zu ediren, ist nur unvollkommene Verbindlichkeit; aber im Iure Rom. ist sie in obligationem perfectam verwandelt worden.

Conferatur Richter de obligatione ex honestate iur. ciuil. auctoritate perfecta. Lipſ. 1751.

§. 4. Mit der Materie von der Verbindlichkeit ist genau verwandt die Lehre vom Gesetz. Das Wort lex hat eine dreifache Bedeutung.

1) In sens. lat. wird es genommen für; jede Regel, wodurch moralische Handlungen der Menschen bestimmt werden. z. E. Die Wahlcapitulationen kann man in dieser Bedeutung Gesetze nennen. Sie werden auch pacta bisweilen leges genennt.

2) In sens. strict. heist lex: eine Regel, welche durch Vorschriften des Regenten die Unterthanen in ihren Handlungen vollkommen bestimmt. Ein eigentliches Gesetz muß also a) Vorschriften des Regenten enthalten, b) die Unterthanen in ihren Handlungen bestimmen und c) perfectam obligationem produciren.

3) In sens. strictiss. hies bei den Römern lex: ein in den Comitien gemachtes Gesetz.

Wir halten uns hier an die zwote Bedeutung des Worts. Wahre Gesetze differiren demnach.

1) *a consilio*; consilium non perfectam producit obligationem ei, cui datur.

2) *a dogmate*; denn dogma ist ein nach Maasgabe der Gesetze aufgeführtes Lehrgebäude, nicht lex selbst.

3) *a pacto*; denn obgleich pacta perfectam obligationem produciren, so sind sie doch in Ansehung der Entstehungsart von den Gesetzen weit unterschieden.

4) *a suasionibus*; diese sind: regulae honestatis ad id comparatae, ne quis in persequendo iure suo nimis pertinax sit; kurz, wenn der Gesetzgeber wünscht, daß ich diese oder jene Handlung unterlassen möchte, doch so, daß mir kein äuserer Zwang bevorsteht, wenn ich sie unternehme. Die beiden erstern L. L. die der A. anführt, enthalten keine eigentliche Suasiones, aber in L. 1. §. 3. D. de periculo et commodo rei vend. ist dies Beispiel: Wenn ich Wein verkauft habe, und der Käufer hohlt ihn nicht zu rechter Zeit ab, ich aber brauche die Gefäse; so soll ich den Wein ausschütten dürfen. Nun die Suasion: thut es aber der Verkäufer nicht — laudandus est.

5) *a commendationibus*; quae sunt motiva ad legem observandam propter utilitatem eius proposita. Also beinahe das nämliche, was Suasionen sind, nur daß mir im Unterlassungsfall eine äusere Unbequemlichkeit bevorsteht. z. E. L. 22. §. 13. C. de iure deliberandi preißt Iustinian das beneficium inventarii an. Einige Icti glaubten, das alte beneficium deliberandi wäre dadurch abgeschaft, welches aber nicht ist.

6) *a propositionibus enunciativis*, hae sunt, quae id, quod in lege expositum est, explicant atque illustrant — worinn mich also der Gesetzgeber mit dem Plan des Gesetzes bekannt macht. z. E. es hiese im L. man soll kein Dorf niederlegen und nun die propos. enunciativa: denn es entsteht daraus Armuth und Volksabnahme. Hieher gehören auch die Definitiones legales, sie sind keine Gesetze, wir können sie folglich verändern und auch ganz verwerfen.

7) *a propos. assertivis*, hae sunt, quibus legislator mentem suam declaravit, at nil disposuit. Exemplo esse possunt: L. 217. §. 1. de V. S. et L. 1. §. 2. de beneficio deliberandi.

8) *a*

8) *a propos. exemplificativis*, wenn der Gesetzgeber durch ein Beispiel zeigt, was sein Wille sey. z. E. L. 2. C. de R. E. V.

§. 5. Ein wahres Gesetz muß allezeit perfectam obligationem produciren. Hier entsteht die Frage: was für Zwangsmittel finden bey der Beobachtung bürgerl. Obligationen statt? Rsp. Sie sind verschieden, lassen sich aber auf 4. Genera reduciren.

Das 1te besteht in richterl. Anweisung nach den Gesetzen. Dahin gehören die richterlichen Inhibitiones, Mandata und Praecepta executiva. Conferatur Zoller de praeceptis, quae dantur a iudice eorumque differentia. Lipſ. 1774.

Das 2te in Vernichtung solcher Handlungen, die wider die Gesetze sind. z. E. im Gesetz ist verordnet 7 Zeugen zum Testament zu nehmen. Das Zwangsmittel dabei ist die poena nullitatis.

Das 3te in Entziehung dessen, was mir nach den Gesetzen nicht gebührt. z. E. ich werde aus dem Haus geworfen, welches ich mir ungerechter Weise angemaßet habe.

Das 4te in wirklicher Strafe. Strafen sind Uebel, die wegen moralischer Uebertretung eines Strafgesetzes zugefügt werden. Strafgesetze sind diejenigen, worinn der Uebertreter mit der Strafe ausdrüklich bedroht wird. Sittliche Uebertretung eines Gesetzes heist Delictum.

§. 6. Nur diejenigen Handlungen sind Gegenstände der Gesetze, welche erzwungen werden können. Nun aber sind die Handlungen der Menschen entweder innere, oder äusere. Innere Handlungen sind auf keine Weise erzwingbar, folglich können sie auch nie ein Gegenstand der Gesetze seyn. z. E. alle res intellectus, Glaubenssachen, Zutrauen ꝛc. Daher die Regel: Gedanken sind Zollfrei. Aber äusere Handlungen sind erzwingbar, und folglich ein Gegenstand der Gesetze, jedoch nur in so ferne sie nicht absolute ab internis dependiren. Diese Einschränkung hat man wohl zu merken. z. E. Der Bilderdienst ist eine äusere Handlung. Kann aber der Regent Jemand zwingen, ihn auszuüben? Nein! denn diese äusere Handlung hängt ganz allein von meiner Ueberzeugung (also von einem actu interno) ab.

§. 7.

§. 7. — 8. Q. Sind der Gegenstand der Gesetze nur freiwillige i. e. solche Handlungen, wo beides das Thun und Lassen in unserer Gewalt steht?

Rsp. Die Regel ist: ad impossibilia nulla datur obligatio. L. 185. D. de R. I. und sie gilt bei allen Arten der unmöglichen Handlungen, dergleichen es folgende giebt:

1) Actiones in se seu absolute impossibiles, die in einem wahren Widerspruch mit den menschlichen Kräften stehen. z. E. Du sollst eine Reise in den Mond thun; aus Steinen Brod machen.

2) Secundum quid impossibiles. Diese sind entweder in Beziehung auf die Kräfte des Menschen unmöglich; hier heißen sie naturaliter impossibiles. z. E. von einem Kind zu verlangen, daß es mit einer Hand einen Centner aufhebe; oder in Beziehung auf die Gesetze, hier werden sie moraliter impossibiles genennt. z. E. Du sollst deinen Freund ermorden.

Zusatz: Gesetze gehen überhaupt nur auf solche Handlungen, die der Mensch mit Verstand und Willen unternimmt. Fehlt einer von beiden, so ist die Handlung nicht frei. Daher trift die Verbindlichkeit der Gesetze solche Menschen nicht, die den Gebrauch ihres Verstandes oder Willens nicht haben. z. E. infantes, furiosos, summe ebrios, nämlich bei letztern, durante furore, ebrietate. Wiewohl bei dem ebrio zu merken, daß er von der imputatione facti nicht frei ist, wenn er hat voraus wissen können, daß er qua talis so handeln würde.

Conferatur. Bauriedel. Diss. de moralitate eiusque gradus imputatione. Erlang. 1788.

§. 9. Alle unsere äusern Handlungen also, in so ferne sie frei und willkürlich sind, sind den Gesetzen unterworfen. Es ist mithin kein Unterschied, die actiones mögen sacrae, oder profanae seyn. z. E. die Umgänge bei den Katholiken sind actiones sacrae. Sie dependiren allerdings von dem Willen des Landesherrn, er kann sie folglich bestimmen in so ferne sie nicht von actionibus internis dependiren (§. 6.) und verbieten.

§. 10. Bishieher haben wir das Wort ius in der Bedeutung gehabt, daß es so viel als moralische Befugnis zu handeln

deln anzeigte. In diesem §. zeigt es aber complexum legum eiusdem generis an. In dieser Bedeutung wird es verschiedentlich eingetheilt. I. Ratione principii cognoscendi ius est l. naturale l. positivum.

1) Ius naturale — Das durch den richtigen Gebrauch der Vernunft aus der Natur eingesehen werden kann.

Obs. Das Wort natura wird h. l. für den Begrif eines Dinges überhaupt genommen.

2) Ius positivum (willkürliches Recht) welches nur aus dem Willen eines Oberherrn eingesehen werden kann. Z. E. Daß zu einem gültigen Testament sieben Zeugen erforderlich sind.

§. 11. Die Römer sagten, alles Recht rührt von der Natur, von der Vernunft und den Gesetzen her. Daher die Eintheilung: in ius naturale, Gentium et Civile. §. 1. 2. Inst. de Iure N. et G. Sie hatte den Zweck, daß dadurch die Auctores Iuris angezeigt würden. Das Wort Natur hies bei den alten Römern so viel als instinctus naturalis. Bei Menschen und Thieren findet der Trieb sich zu vertheidigen und Sobolem zu procreiren statt. Daher sezten sie die Regel fest

I. Quicquid in omni animali reperitur, de hoc, quin iustum sit, dubitari non potest et dicitur esse *iuris naturae*.

Die zweyte Regel:

II. Quicquid communi consensu hominum iustum habetur, neque tamen reperitur in bestiis, id non est iuris naturae sed *Gentium*. e. g. pacta sunt servanda.

Obs. So oft man daher im Corp. Iuris den Ausdruck: Ius gentium findet, versteht man darunter, was wir Ius naturae nennen.

III. *Ius civile* war bei ihnen: Ius, quod quisque populus sibi constituit; also nichts anders, als was wir Ius positivum nennen.

§. 12. Das Recht, welches Bürger in einer Gesellschaft mit einander gemein haben, heist in sens. lat. Ius civile. Es kann aber solches vermittelst der Vernunft aus dem Begrif der Gesellschaft schon hergeleitet werden; dann heist es: Ius civile universale, weil es in allen Staaten gilt; oder dies

dies ist nicht, sondern es ist nur von diesem oder jenem Staat als gültig angenommen worden — Ius civile particulare.

§. 13. Ius Civile also ist das Recht, welches Bürger in einem Staat mit einander gemein haben. Civitas — eine Gesellschaft freier Menschen, die sich unter einem Oberhaupt zu ihrem Nutzen und zu ihrer Sicherheit vereiniget haben. In jedem Staat aber muß man sich einen gedoppelten nexum gedenken. 1) den nexum des Regenten und der Unterthanen gegen einander; hieraus fließt das Ius publicum (Staatsrecht) 2) den nexum der Unterthanen untereinander selbst; Ius privatum (das Privatrecht), wo lediglich auf das Mein und Dein gesehen wird. Beides kann, wie sich von selbst versteht, universale oder particulare seyn.

§. 14. Ius wird ferner eingetheilt:

II. Ratione effectus in praeceptivum et permissivum. Jenes gebietet oder verordnet, daß etwas geschehen oder unterlassen werden soll, z. E. bei Theuerungen soll kein Getraide aus dem Lande geführt werden. Dieses erlaubt z. E. dem Ehemann den Adulterum auf der Stelle zu tödten. Wohl zu merken! er kann es unterlassen, wenn er will; aber kein Dritter darf ihn mit Gewalt abhalten oder strafen, wenn ers thut. In Ansehung seiner ist also keine vollkommene Verbindlichkeit da, aber in Ansehung des Dritten. — Einige Icti bezweifeln das ius permissivum. Cocceji z. E. sagt: est contradictio in adiecto, denn alle Gesetze sollen perfecte obligiren. Rsp. Nach der Schärfe genommen hat Cocceji Recht, man sollte es lieber unter dem Ausdruck der Privilegien oder Ausnahmen von gewissen Gesetzen fassen. Allein wir können es doch certo sensu statuiren, denn ratione tertii involvirt es doch allemal eine Zwangsverbindlichkeit. Das Testamentmachen ist ein ius permissivum, aber nur secundum quid tale; denn der Actus selbst ist mir zwar überlassen, aber der modus condendi nicht, ich muß sieben Zeugen dazu nehmen, wenn es gültig sein soll. — Noch ist zu merken: Viele Juristen sagen: regulariter sey eine verbotene Handlung nur strafbar, nicht null, wenn nicht das Gesetz ausdrücklich die poenam nullitatis darauf setzt. So z. E. distinguirt Grotius. Rsp. Wenn auch die Handlung nur verboten ist, so hab ich doch keine facultatem die Handlung zu begehen.

geben. Z. E. Der Landesherr verbietet, man soll keine Wolle an Ausländer verkaufen, ich aber thue es doch; so ist die Handlung ipso iure null, weil mir die Befugniß dazu durch das Verbot des Landesherrn benommen war. Es schadet auch nichts, daß C. 25. † de Iureiurando steht: *interdum* contractum non dirimit. Denn eben das *interdum* zeigt eine Ausnahme von der Regel an. Solche Ausnahmen müssen ausdrücklich in den Gesetzen stehen, wenn man sich darauf berufen will. Man findet auch viele in den LL. besonders in der Lehre de matrimonio ab favorem matrimonii. Z. E. So ist es Regel, man soll sich ohne Aufgebot nicht trauen lassen. Ist es aber geschehen, so wird deshalb die Ehe nicht getrennt, die Personen werden nur, wenn nicht etwa ein Contradictor kommt, bestraft. Eben so ist es mit der Verordnung: sich nicht coram alio parocho trauen zu lassen.

§. 15. Beim Iure permissivo erlauben die Gesetze etwas, entweder so, daß sie eine gewisse Form vorschreiben, unter welcher die Handlung unternommen werden soll, oder das ist nicht. Im letztern Fall haben wir das Ius permissivum absolutum, im erstern Secundum quid tale. Wie ich z. E. mein Eigenthum benutzen soll, darüber ist mir keine Form vorgeschrieben. Aber verschenken darf ich nicht über 500 Solidos ohne gerichtliche Insinuation. Die Doctores machen daher den Unterschied: inter actus facultatis et meae facultatis. Hier hängt die Ausübung ganz von meiner Willkür ab, es ist mir überlassen, an, quomodo et quando ich handeln will. Z. E. Das Bauen auf meinem fundo; ob ich einen Brunnen graben will ꝛc. Davon die Regel: dergleichen Handlungen können nie praescribirt werden. Dort aber wird zur Ausübung die Bewilligung eines andern erfordert. Z. E. Bei der Triftgerechtigkeit und den Servituten überhaupt, welche der Praescription unterworfen sind.

§. 16. Das Ius N. praeceptivum wird wieder besonders eingetheilt und zwar nach den allgemeinen oder besondern Verhältnissen. Es setzt nämlich bald ein besonderes Verhältniß z. E. ein pactum voraus; dann heißt es Ius N. praeceptivum hypotheticum. Z. E. Daß ein Coniux dem andern Liebe erweise, dies supponirt das factum obligatorium nuptia-

nuptiarum; Bald aber nur das allgemeine, das unter allen Menschen statt findet; hier heist es Ius N. praecept absolutum. Z. E. neminem laede.

§. 17. Die Frage, welche in diesem §. zu Grunde liegt, nämlich: ob das N. Recht auch in statu civili noch gelte? hat keine Schwierigkeit. Die Antwort ist: Allerdings! denn das Wesen des Menschen bleibt in statu civili wie zuvor.

§. 18. Q. Wie können die L. naturales durch die L. civiles geändert werden?

Rsp. 1) *tollendo*; — legi omnem vim adimere heist tollere.
2) *mutando*; — mutare i. e. tollere legem aliamque substituere. Z. E.
Wonach dem I. N. bellum vtrinque iustum statt findet, wie z. E. in dem Tit. si quadrupes pauperiem etc.
Da müssen die bürgerlichen Gesetze eine Aenderung machen; und haben sie auch gemacht.
3) *determinando*; — i. e. daß die natürlichen Gesetze näher bestimmt werden. Hoc sit

A) addendo:
a) durch mehrere Motive. Dieß sind bestimmte Strafen, Belohnungen, die uns die L. civiles angeben.
b) Die formalia von rechtlichen Geschäften können näher bestimmt werden, z E. bei Testamenten.
c) obligationes imperfectae können zu perfectis bestimmt werden, z. E. daß ich dir meine Urkunde gebe.

B) detrahendo:
a) nach dem I. N. sollen die Bürgschaften der Weiber gelten; das Ius positivum verbietet sie.
b) nach dem *I. N.* können alle Menschen Grundstücke acquiriren; in gewissen Districten die Juden nicht; Privatpersonen können Feuda etc.

§. 19. *Ius positivum* ist der Innbegrif derjenigen Gesetze, welche man nur ex voluntate superioris erkennen kann; also müssen Iura positiva (wenn sie verbinden sollen) den Unterthanen bekannt gemacht werden. Daher der iuristische Satz: obligatio dependet a promulgatione legis etc.

Pro-

Promulgatio — est actus quo ad notitiam legis perducuntur, qui eadem tenentur. Sie geschiehet mit Worten und heist die ausdrückliche Promulgation, es sey nun per affixionem i. e. durch den Anschlag an Kirchen, Rathhäusern und schwarzen Tafeln, oder per proclamationem i. e. der mündlichen Bekanntmachung z. E. ex rostris sacris oder durch Herolde, wie in England gebräuchlich ist. Einige Juristen nehmen auch die promulgationem tacitam an, wenn z. E. der Regent dies oder jenes stillschweigend genehmigte; allein diese ist dem Sprachgebrauch nicht gemäs. —

§. 20. Dieser §. enthält: zwey Abschnitte. Er handelt

I. de requisitis promulgationis L.

1) vt lex *congruo loco* ad notitiam perveniat. *congruo loco* i. e. am gewöhnlichen Ort, z. E. auf Universitäten am schwarzen Brett.

NB. Bey Landesgesetzen ist es aber nicht nöthig, daß sie in allen Dörfern und Flecken promulgirt werden müssen. conferatur Leyser spec. 7. med. 1 et 2. Der Grund, den er anführt, ist aus der Kammergerichtsordnung.

2) *congruo tempore*; hierunter versteht man eine solche Zeit, wo die Promulgation gewöhnlich ist.

3) muß sie in einer verständlichen Sprache geschehen.

Wenn diese Requisita nicht beobachtet werden, können sich die Unterthanen mit der Ignorantia invincibili schützen.

II. de effectibus promulgationis L.

1) daß ein solches Gesetz die Unterthanen verbindet und zwar gleich von der Zeit an, da die Promulgation geschehen. Doch ist eine Ausnahme, wenn der Gesetzgeber selbst einen andern terminum a quo bestimmt hat. Dies findet statt, wenn Münzen verschlagen werden. Einige Icti wollen behaupten: erst nach zwey Monaten verbänden die Gesetze, ex Nov. 66. Capitulo I. Es steht auch wirklich die Zeit in der Nov. aber nur von einem einzelnen Fall, und nicht von allen und jeden Gesetzen. Ex quo sequitur: die Nov. 66. gehört nicht zur Regel, sondern zur Ausnahme. So bestimmt ja auch die Nov. 38. drey Monate als Ausnahme.

2) Lex promulgata semper loqui praesumitur i. e. observantia Legis praesumitur, donec contrarium probetur.

Demjenigen der hier dies läugnet, liegt der Beweis ob: denn seine negatio hat die versteckte Behauptung: das Gesetz sey abrogirt worden.

3) Ignorantia legis rite promulgatae non praesumitur.

Jedoch wenn einer causas probabiles von der Unwissenheit anführen kann, so wird er zum iuram. purgatorio gelassen.

4) Ignorantia legis rite promulgatae non prodest, i. e. Vortheile, die jemand aus Unwissenheit der Rechte verabsäumt hat, sind verlohren, und man kann sich auf eine solche Unwissenheit nicht berufen, um zu seinen Vortheilen zu gelangen. *Prodest* bezieht sich auf acquirere volentes: Conferatur L. 7. de iuris et facti ignorantia.

Z. E. ich habe eine Erbschaft gethan, bin aber so mit Legaten beschwert, daß mir beinahe nichts bleibt. Ich zahle alle Legate, und nachher sagt mir einer, daß ich hätte die quartam Falc. abziehen sollen. Ich darf jetzt nicht meine Ignorantiam iuris vorschützen und kann also die condict. indebiti nicht anstellen.

§. 21. NB. Reg. Lex non revocatur ad praeterita. L. 7. C. de Legibus, h. e. ein Gesetz kann nicht auf Fälle applicirt werden, die vor dem Gesetz existirten.

Excipe ab hac regula:

1) si lex novam dispositionem haud continet, sed iam existentem declarat — Da kanns also revocirt werden.

Z. E. In Inst. et Pand. wurde schon verordnet, daß usurae nicht ultra alterum tantum genommen werden sollen. Im codice steht aber doch, daß nur von praeteritis useris die Rede sey — per renovationem legis etc.

2) Wenn der lex etwas verbietet, das schon vorher iure naturali et civili verboten war, so kann er ebenfalls ad praeterita gezogen werden.

3) Wenn das gemeine Beste es erfordert, daß nämlich ein Gesetz ad casus praeteritos gezogen werde; so geschiehts. Dies kommt oft im Westphäl. Frieden vor.

§. 22 — 24. Der Gesetzgeber des positiven Rechts ist entweder Gott oder ein Mensch; daher die Eintheilung in ius divinum et humanum. Jenes verbindet entweder alle und jede Menschen auf dem ganzen Erdboden, dann heist es:

ius

ius divinum positivum universale, und hieher rechnet Grotius die Gesetze de gradibus prohibitis, oder nur einige z. E. die Juden — ius divinum positivum particulare.

Obs. Ein ius divinum positivum universale giebt es nicht, weil man die allgemeine Promulgation desselben nicht erweisen kann.

Conferatur. Meisters Abhandlung: num detur ius divinum positivum universale. Goett. 1742.

(§. 23.) Ius divinum positivum particulare ist dasjenige, das nur dem jüdischen Volk zu Vorschriften gegeben wurde. Es betrift entweder cultum Dei externum, dann heist es Ius ceremoniale; oder gewisse negotia forensia, z. E. die Polizei, daher es ius forense, Polizeirecht oder Polizeigesetz genennet wird.

Obs. 1. Daß uns das Ceremonialgesetz nicht mehr verbinder, darüber sind alle Rechtslehrer einig.

2) Das *ius forense* verbindet uns nur in sofern als wir es beybehalten haben; so z. E. hauptsächlich in der Lehre de gradibus prohibitis und in der Ehescheidung. Warum sonst nicht? —

Ratio 1. Im N. T. haben wir die deutlichsten Stellen daß es aufgehoben sey.

Conferatur. *Bechthold* dilucidationes theologicae, Giesen 1781. Dieser Theolog behauptet; durchgängig alle Polizeigesetze Mosis sind aufgehoben, denn die Schrift wisse nichts von dem Unterschied, den die Theologen machen. So auch Michaelis in seinem mosaischen Recht, und in seiner Erklärung von den Ehegesetzen Mosis. Götting. 1768.

(§. 24.) *Humanum* — Dasjenige Recht, welches von einem menschlichen Obern herrührt.

1) In Deutschland hat die Gesetzgebende Gewalt der Kaiser, jedoch nicht ohne consensu der Reichsstände. Potestas legislatoria Imperatoris ist also kein ius reservatum, sondern communicatum. Der Kaiser hat zwar alle Majestätsrechte, aber nicht solitarie. Einige nur ex consensu statuum imperii, diese heißen communicata. Die übrigen aber heißen reservata. Z. E. Das Recht zu nobilitiren etc.

2) In Absicht auf einzelne deutsche Lande dürfen auch alle und jede deutsche Reichsstände Gesetze geben. Aber wo Landesstände sind, da haben diese auch die Concurrenz bei der Gesetzgebung. Jedoch haben die Landesstände blos eine votirende — und nicht eine entscheidende Stimme — votum deliberativum, non decisivum.

Imo interdum — possunt sagt der A. Hierinn liegt die Frage:

Können die Landesstände Gesetze machen, die den Reichsgesetzen zuwider sind? Rsp.

Die Reichsgesetze sind entweder fundamentales i. e. welche die Staatsverfassung des deutschen Reichs und was dahin gehöret, betreffen. Z. E. die goldene Bulle; Hier wird die Frage verneinet; oder privatae, die die Staatsverfassung nicht betreffen; Hier bejahen einige, andere verneinen. Wir glauben, schlechterdings können die Reichsgesetze auch hier nicht durch Landesgesetze, auch nicht von einzelnen Reichsständen selbst umgeworfen werden. Ratio: weil sie consensu aller Reichsstände gemacht worden. Jedoch giebts Ausnahmen.

Die Reichsstände dürfen die Reichsgesetze ändern.

1) Wenn darinn die clausula salvatoria enthalten ist, dies ist die clausul; daß das Reichsgesetz den Landsgesetzen und Gewohnheiten nicht derogiren soll.

Sie steht in dem neuesten Reichsabschied 1654 und in mehrern Legibus.

2) Wenn das Reichsgesetz kein lex directe praeceptiva l. prohibitiva ist.

3) Wenn ein Reichsstand wider das Reichsgesetz protestirt hat, und seine Protestation angenommen wenigstens nicht verworfen worden. Doch giebt Herr Hofrath Reichardt dies nicht zu.

§. 25. Obligatio dispescitur:

III. ratione originis 1) in obligationem mere naturalem, 2) mere civilem und 3) mixtam.

1) obligatio mere naturalis est ea, quae per legem naturalem tantum constituta est. Z. E. Die Verbindlichkeit ex pacto nudo, ex fideiussione, ferner Spielschulden zu bezahlen ꝛc.

2) mere

2) mere civilis — quae per legem positivam tantum constituta est. Z. E. Die Verbindlichkeit ein Rechtskräftiges Urtel, wenn es auch falsch gesprochen ist, für recht zu erkennen ꝛc. oder wie bey den Römern: Die Verbindlichkeit pacta metu extorta zu befolgen.

3) mixta — quae per legem naturalem et positivam simul constituta est. Z. E. Die Verbindlichkeit den Kauf zu erfüllen.

Conferatur. Westerbergs diss. de causis obligationum Dies ist das beste Scriptum hierüber.

§. 26. Der natürlichen Verbindlichkeit kann per legem civilem alle Wirkung benommen seyn; und ist dies, so heist sie obligatio inefficax s. reprobata. Z. E. Die Verbindlichkeit Spielschulden zu bezahlen — der Weiberbürgschaft. Ein Kennzeichen davon ist: wenn eine solche bezahlte Schuld per condictionem indebiti wieder zurückgefordert werden kann. Wenn nun aber dies der Fall nicht ist, so heist die obligatio, entweder efficax s. plena, wenn die Bezahlung vermittelst einer Klage urgirt werden kann; oder minus plena, quae nec probata, nec reprobata est. Hievon merken wir uns die Regel: prodest quidem ad excipiendum et res alterius retinendas, non vero ad agendum.

In der Regel sind alle natürliche Verbindlichkeiten, wenn sie perfectae sind, auch efficaces et plenae. Obligatio inefficax et minus plena gehört zur Ausnahme: Der Unterschied ist erheblich; denn wer eine Ausnahme braucht, der hat das onus probandi.

Aequitas kommt in I. R. in dreyfacher Bedeutung vor:

1) steht es entgegen dem — stricto iuri. Ius strictum seu summum ist das was mit dem buchstäblichen Verstand eines Gesetzes, oder Vertrags übereinstimmt. Aequitas also, das oppositum — was mit dem mente legis l. alius dispositionis übereinstimmt.

In dieser Bedeutung und in keiner andern ist die Regel wahr;

summum ius, summa iniuria i. e. wenn der Ictus blos auf den Buchstaben des Gesetzes sieht, und nicht dem menti legis nachgeht, so muß öfters ius summum, summa iniuria seyn.

2) wird aequitas zuweilen dem iusto entgegen gesetzt i. e. Iustum et aequum werden öfters als opposita gefunden. Aequitas — h. l. was mit leg. nat. imperfectis übereinstimmt; iustum, — was mit leg. natur. perfectis oder gar mit legibus positivis übereinstimmt. So z. E. hat ein Armer leg. natur. imperfectam zu fordern, daß ihn seine Anverwandten nicht enterben.

3) es wird auch zuweilen dem civiliter iusto entgegen gesetzt. Civiliter iustum was mit legibus mere civilibus übereinstimmt. Z. E. war es bey den Römern civiliter iustum pacta metu extorta zuerfüllen; der Praetor hat das der Billigkeit zuwider erachtet, daher kam er aequitati i. e. iuri naturali perfecto zu Hülfe.

§. 27. Ius wird auch pro iurisprudentia genommen; so hier. Die Legal-Def. steht in der Note. Nach dem Autor ist Iurisprudentia habitus remedia etc. Uns scheint sie nicht richtig. Denn sie ist 1) angustior suo definito — wegen des Ausdrucks: leges applicandi. Ein Rechtsgelehrter muß pacta, Testamente, kurz alle rechtliche Verordnungen anzuwenden wissen 2) Die Defin. definirt nur media wie ich zur Sache gelangen kann, und nicht die Sache selbst, dies ist ein Fehler. Ich muß das Definitum definiren. Also besser;

Iurisprudentia est scientia determinandi iura et obligationes in negotiis obviis.

Das Subiect, das diese Wissenschaft besitzt, wird Iureconsultus genennt.

Mittel darzu:

1) Die Kenntniß und Wissenschaft der Gesetze, jedoch nicht der Gesetze allein, sondern aller Verordnungen woraus Rechte und Verbindlichkeit fließen.

2) Die Fertigkeit die Gesetze auf vorkommende Fälle anzuwenden.

Das erstere heist bey den Alten: habitus interpretandi und das letztere: habitus applicandi.

Leguleius, qui verbis legum non attenta mente legislatoris pertinaciter inhaeret. So definiren die Alten das Wort. Z. E. Cicero.

Rabula — qui leges, quarum superficiariam tantum habet cognitionem applicare tamen conatur.

Die

Die neuern Juristen verstehen zum Theil auch denjenigen darunter; der die Gesetze boshaft verdreht:

Empiricus. der nur etwas ex usu erlernt hat.

Iureperitus — der nur Theorie, aber keine praxin hat.

Conferatur. Manzel de Pseudo iure consultis et Ioh. Iac. Mosers Vorrede von brauchbaren Rechtsgelehrten — vor seinem Lexico Ictorum befindlich.

§. 28. *Applicare legem* — i. e. vorkommende Rechtsfälle nach den Gesetzen beurtheilen oder sie mit einander vergleichen. Diese Vergleichung geschieht in der Absicht um zu bestimmen, welche Iura et obligationes in casu obvio statt finden. Diese Bestimmung macht die Iurisprudenz aus.

Praesupponitur:

1) eine deutliche Erkenntnis und Wissenschaft der Gesetze §. 29. seq.

2) eine genaue Erkenntnis des facti, worauf ich den legem appliciren will, nebst allen dazu gehörigen Umständen. Minima circumstantia valet ad rem. S. variare potest rem. L. 52. §. 2. ad Leg. Aquiliam steht: in causa ius est positum.

Auch der Lex 18, De poenis verweist uns darauf das factum genau kennen zu lernen. Mehr davon §. 39.

§. 29. Deutliche Kenntnis und Wissenschaft der Gesetze erlangt man durch Interpretation.

Interpretari legem i. e. determinare sensum legis obscurae.

Die Erklärung der Gesetze also ist:

1) Determinatio eine Bestimmung. Determinare heist clariorem reddere.

2) Diese Bestimmung des Sinnes ist entweder in den Worten des Gesetzes ausgedrückt, oder nicht, er kann aber doch anders woher eingesehen werden. Im ersten Fall heist der Sinn: sensus litteralis z. E. wenn dabey steht: ob das Wort in sensu latiori oder strictiori zu nehmen sey, im zweiten Fall: mens legis. So handelt z. E. der L. II. C. de rescindenda emt. vendit. nur vom Käufer; die Dispositon des Gesetzes gilt aber auch vom Verkäufer, vom Tausch und andern Geschäften, wie aus andern Gesetzstellen erhellet. Conf. L. 17. D. de legibus. L. 6. §. 1. de V. S.

§. 30. Sensus legis obscurae i. e. ein solcher Sinn der nur meditando eruirt werden kann. Cessante ergo obscuritate cessat quoque interpretatio. Lex ut ut dura, tamen sequenda est. Conferatur. L. 12. §. 1. qui et a quibus. Leyser geht von dieser Meynung ab und sagt: strenge Gesetze müsse der iudex mitigiren. L. 8. C. sagt aber nur man soll kein ängstlicher Verfolger der Worte seyn.

Benigna interpretatio ist diejenige, wo man den Sinn des Gesetzes für wahr annimmt, der mit dem leg. nat. am meisten übereinkömmt, oder doch von der Strenge am weitesten entfernt ist. Diese aber steht dem Richter nur alsdenn frey, wenn das Gesetz mehrere Erklärungen leidet, und eine so wahrscheinlich als die andere ist. L. 3. D. de his, qui in test. debentur etc. et L. 9. de regulis iuris. Hier heist es: Semper in obscuris, quod minimum est sequimur.

§. 31. Wenn die Interpretation vom Gesetzgeber selbst herrührt, so heist sie *legalis* und hat vim legis; wird sie aber von einem andern z. E. von einem Rechtslehrer gegeben, so wird sie doctrinalis genennt, weil sie nicht willkührlich, sondern nach den Regeln der Auslegungskunst geschieht.

§. 32. Legalis fit aut verbis, authentica, aut factis s. tacite. Beyde haben vim legis. Aber bey der authentica merke:

1) Daß es gleichviel sey, ob die authentica von dem auctore oder dem nachfolgenden Regenten geschehe.
2) Die Interpretatio muß aber allemal so geschehen, daß der Interpres die Intention erklärt, welche der Gesetzgeber gehabt hat. Dies muß vorzüglich gemerkt werden, ob praxin; sonst ists declaratio.
3) Ein Richter muß zu dieser authent. Erklärung nicht eher seine Zuflucht nehmen, bis die Dunkelheit des Gesetzes so gros ist, daß man durch keine andere Erklärung einen gewissen sensum eruiren kann, sonst ist die authent. Erklärung unnöthig und vergeblich, und man bekommt sonst einen Verweis. —
4) Die authent. Erklärung ist die beste und im Zweifel allemal der usuali vorzuziehen.

Die beste: quilibet enim verborum suorum optimus interpres.

Die

Die facta sind: 1) scientia et 2) silentium. Wenn der Regent weis, daß dies die Erklärung ist und schweigt dazu, so giebt er zu erkennen, daß er sie für die rechte halte.

§. 33. Usualis interpretatio ist diejenige, die durch den Gebrauch eingeführt und von dem Regenten stillschweigend genehmiget worden. Gemeiniglich heist diejenige usualis, nach der in foris gesprochen wird.

Observantia iudicialis (Gerichtsgebrauch) überhaupt alles, was im Gericht gebräuchlich, herkömmlich ist.

Die observ. iudicialis betrift

1) Die formalia processus.
Z. E. ist es ein Gerichtsgebrauch, daß eine citatio an einen honoratiorem schriftlich und versiegelt geschickt werde.

2) *sensum legis.* Dieser besteht darinn:
Daß in Gerichten ein gewisser Sinn eines dunklen, undeutlichen Gesetzes als berichtigt angenommen und darnach gesprochen wird. Dieser muß allemal per res iudicatas beurtheilt werden. Diese res iudicatae heißen praeiudicia, in so ferne man sie anwendet, um ähnliche Fälle darnach zu entscheiden. Diese praeiudicia, haben ein grosses Ansehn in allen streitigen Materien. Z. E. In der Zeugschaft der Weiber bey codicillen.

Praxis heist sie, wenn res iudicatae von allen, wenigstens von den mehresten collegiis vorhanden sind. Z. E. ein Verschollener wird pro mortuo erklärt, wenn er 70 Jahr zurückgelegt hat. Einen legem haben wir nicht, der das sagt, aber die praxis will es so.

Der Gerichtsbrauch gilt nicht indistincte; wir haben also folgende Fälle zu bemerken:

1) Er widerspricht vielleicht einem klaren Gesetz; h. e. gilt er nichts, quicquid enim valet de genere, valet quoque de specie.
2) Er widerspricht keinen von den vorhandenen Gesetzen; da gilt er.
3) Es ist über den Fall gar kein Gesetz vorhanden(da gilt er wieder und heist observantia interpretativa.

Conferatur Struben in seinen rechtlichen Bedenken. Tom I. n. 68.

Ad Not: Von dem Gerichtsbrauch ist unterschieden communis doctorum opinio. Denn ersterer setzt doch res iudicatas voraus, aber letzere nicht; sondern sie gehört blos zur Theorie und ist blos in den Schriften der Rechtslehrer zu finden. Man kann auch hier die stillschweigende Einwilligung der Regenten nicht behaupten, weil diese blos bei dem, was im Gericht vorgeht, praesumirt werden kann, und es keinem Regenten zu zumuthen ist, daß er die Schriften der Rechtslehrer durchstudiere. Doch hat sie den Nutzen, daß derjenige, so communem doctorum opinionem für sich hat, nicht zu den Kosten condemnirt werden kann, denn er wird nun nicht mehr pro temere litigante erklärt.

§. 34. Die Doctrinalerklärung betrift entweder den sensum litteralem; in diesem Fall heist sie: interpretatio grammatica s. verbalis; oder den mentem legis, hier wird sie logica genennt.

Mit der grammatica, muß man zuerst den Versuch machen, wenn man ein Gesetz erklären will; und folglich schreitet man zur interpr. logica nicht eher, bis genugsamer Beweis vorhanden ist, daß verba legis et mens legis nicht mit einander übereinstimmen.

§. 35. Die Grammatische Erklärung kann in gedoppelter Hinsicht nothwendig seyn, denn entweder soll durch sie die Dunkelheit der Worte gehoben werden. z. E. was Schwerdmagen, Spillmagen sey? da heist sie: verbalis; oder man will verstümmelte, verzogene, aus einander gerissene Worte wieder herstellen, hier wird sie interpretatio critica genennt. Ein notables Beispiel ist uns hier der L. 34. §. 4. D. de iure iurando, wo es heist: neque patrono, neque patri hoc iusiurandum calumniae remittitur. Dies widerspricht aber andern Legibus und der reverentiae die ich dem Vater schuldig bin, offenbar. Daher ist die Haloandr. emendatio: *aeque ac* vortreflich. Er sagt, ein Abschreiber, der nicht Latein verstund, las statt aeque - neque, und substituirte ersteres für letzteres; so harmonirte das Gesetz wieder mit den übrigen.

Subsidia zu der interpr. verbal. sind:
1) loca parallela. Diese findet man in der Glosse.
2) versiones graecae — besonders der Institutionum.

3) Die

3) Die juristischen Lexica. Das beste ist unstreitig des Brisson de verbor. significationibus. edit. opt. Hallae 1743. Dann Vicarti vocabularium Iuris in 8. Ducker de latinitate veterum Ictorum. Lugdun. Batavorum 1711. in 8. ein vortreffliches Buch. Richter de Significatione adverbiorum. Strauchii Lexicon particularum Iuris. Calvini Lexicon iuridicum.

Was die interpr. criticam betrift, so giebt der Auctor die Regel: ad hanc Ictus temere haud accedat.

Also erst wenn es die Noth erfordert:

1) wenn es aus Handschriften, und alten guten Editionen sichtbar ist, daß in der vulgata Fehler sind.

2) wenn ein absurdum heraus käme, so kann man schliesen, daß Fehler da sind. Diese zu entdecken dienen die guten Handausgaben, wie z. E. des:

Taurellii — zu Florenz 1553. ist die beste. Zu Göttingen ist die Gebauerische Edit. neuerdings herausgekommen. Man zieht aber die des Taurellii vor. Des Contii, Russardi, Charondae etc. sind auch gut.

Conferatur. Cornelii van Eck tractatus de VII. Legibus damnatis. Leipzig 1681.

Cavendum porro erit, Icto, ne violenter sed modeste emendet.

Violenta emendatio est ea, quae fit. addendo, omittendo, et substituendo.

Modesta emendatio hat folgende Gradus:

1) wenn man blos die Interpunction verändert — wenn der Text so dunkel ist. z. E. wie in L. 13. §. 1. de pignoratit. actione.

2) wenn man untersucht, ob sich etwa Glossen mit in den Text hineingeschlichen haben.

3) wenn man die Buchstaben verändert, nicht aber die ganzen Worte.

4) wenn man die Worte so ändert, daß man andere zerreist, und andere zusammensetzt. z. E. Nec esset — soll heisen: necesset.

§. 36. Interpretatio logica beschäftigt sich mit dem mente legis. — Dies ist derjenige, der nicht aus den Worten, aber doch sonst eingesehen werden kann. Hinc regula:

Legis

Legis potestas (i. e. mens) ex genuina eius ratione cognosci debet.

ratio legis (der Grund des Gesetzes — denn Esprit des loix begreift mehr) — alles, woraus man abnehmen kann, warum ein Gesetz gegeben worden.

Also liegt

1) Darinn die causa impulsiva d. i. der Grund, woraus man einsehen kann, warum das Gesetz gerade zu dieser Zeit und zu keiner andern gemacht worden. Man nennt sie auch rationem extrinsecam seu occasionem.

2) causa finalis, ob quam lex est lata. Dies heißt ratio intrinseca oder ratio legis stricte sic dicta. z. E.

Wir haben einen legem, daß derjenige, so auf die Reparatur der Häuser Geld leiht, ein pignus qualificatum tacitum aufs Haus haben soll. Occasio — war ein Erdbeben zu Rom; ratio intrinseca, daß die Stadt nicht in einen Ruin begraben werden möchte.

Hierzu gehört Rechtsgeschichte. —

Regeln:

1) Cessante legis ratione, cessat lex seu eius dispositio. Soll aber diese Regel wahr seyn, omnis ratio legis cessare debet, primaria et secundaria etc. z. E. der Lex, daß die Ehen unauflöslich sind, gilt noch, obgleich primaria ratio huius legis bei uns Protestanten wegfällt, nämlich daß die Ehe ein Sacrament sey.

2) Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio — wo der Grund des Gesetzes statt findet, da findet auch die Verordnung des Gesetzes statt. z. E. 1772. wurde der lex gegeben, daß man kein Getraid aus dem Lande schaffen darf. Der Grund war: dem Mangel abzuwehren, der Theurung vorzubeugen. Also — darfst du auch kein Mehl ausführen.

§. 37. Die Logische Interpretation hat den mentem legis zum Gegenstand. Ist nun der mens legis weitläuftiger, als die Worte, so hat stets die extensive Interpretation statt, i. e. das Gesetz wird auf mehrere Fälle extendirt, als in den Worten desselben ausgedrückt sind. z. E. der Lex Rhodia de iactu verordnet, daß, wenn meine Sachen auf dem Schiff ausgeworfen worden sind, um das Schiff zu erleichtern und zu erhalten, ich entschädiget werden soll von allen denen

denen, die mit mir auf dem Schiffe waren. Dies ist sehr billig und der mens huius legis wird daher auf viele Fälle extendirt. z. E. wenn ich bei Feuersgefahr mein Haus niederreissen lasse, wenn der Feind im Anzug ist, und die Vorstädte werden demolirt ꝛc. Wenn aber der Sinn des Gesetzes verbis angustior ist i. e. sich auf wenigere Fälle erstreckt, als in den Worten ausgedrückt sind, so muß das Gesetz restrictive erklärt werden z. E. Einem Unmündigen ist verboten, daß er ohne Vorwissen des Vormunds keinen Contract abschliessen soll. Die ratio legis ist offenbar: daß er keinen Schaden leide. Gesetzt nun, er bekommt 100 Rthlr. geschenkt; hier leidet er nichts, die ratio legis fällt weg, folglich muß auch das Gesetz selbst restringirt werden. Conferatur L. 8. §. 24. D. de transactionibus.

Endlich ist noch der Fall gedenkbar, daß sich der Sinn des Gesetzes nicht weiter erstreckt, als die Worte (mens legis cum verbis eius pari passu ambulat). Hier wollen die ICti, daß die interpretatio declarativa statt finden soll. Allein nach unserer Einsicht findet vielmehr die Interpretatio logica statt und die declarativa fällt ganz weg.

Argumentari heißt: rechtliche Wahrheiten, welche in den Worten des Gesetzes nicht stehen, aus dem Grund des Gesetzes folgern. Wenn man aus Rechtsgründen, die in L. positivis enthalten sind, argumentirt, so geschieht dies entweder von dem Grundsatz des Gesetzes auf einen ähnlichen Fall. Dies heißt: Analogia Iuris, seu argumentum legis; oder: a simili ad simile, Argumentum Iuris.

§. 38 — 39. Prudentia *legislatoria* soll diej. seyn, welche nicht leges iam latas, sondern iam ferendas betrift, sed omnis iurisprudentia praesupponit leges latas, also findet sie nicht als eine Species Iurisprudentiae statt.

Wenn man die Jurisprudenz in Deutschland in Ansehung ihrer Quellen betrachtet, so entstehen daraus verschiedene Abtheilungen. Die Quellen sind hier alle Verordnungen, woraus Rechte und Verbindlichkeiten entspringen. Daher: so verschieden die Gesetze sind, so verschieden ist die Jurisprudenz. Aus den göttlichen Gesetzen leitet man folglich eine Iurisprudentiam divinam - aus menschlichen, Iurispr. humanam her. Diese ist nun wieder l. domestica, l. peregrina; diese l. romana l. canonica.

Eben

Eben so in Ansehung des Gegenstandes. Sind die Gegenstände die Rechtssachen selbst (dies sind alle Sachen, wobei es auf Rechte und Verbindlichkeiten ankommt) so befindet man sich im Gebiet der theoretischen Rechtsgelahrtheit und diese ist wieder so verschieden, als die Rechtssachen selbst. Daher kommen die verschiedenen Eintheilungen im 39pho.

Ist aber der Gegenstand der modus expediendi causas iuridicas, so wird die Jurisprudenz die practische genennt, und diese ist entweder iudicialis, wenn der Richter dabei concurrirt, oder extraiudicialis, wenn er, wie z. E. bei einem testamento privato, nicht mit zu Werke geht. Die Iudicialem theilen die Rechtslehrer ein, in contensiosam und voluntariam. Diese letztere Unterabtheilung ist aber so weit hergeholt, daß sie sich über deren Erklärung selbst verwirrt haben.

§. 40. Zur Applicatione legis ist erforderlich eine genaue Kenntnis des facti und aller damit verbundenen Umstände. Diese zu erlangen haben wir drey Mittel:

1) Das Eingeständnis dessen, von dessen facto die Rede ist. *Propria confessio* est optima probatio, besser: *relevat abonere probandi.*
2) Der Beweis,
3) und die Vermuthung.

§. 41. Die Kenntnis des facti kann man sich durch sich selbst und durch andere Personen erwerben. Im erstern Fall heißt sie notitia facti immediata, im zweyten mediata.

In der Regel muß der Richter immer immediatam facti notitiam sich zu verschaffen bemühen. Aber inzwischen muß auch die mediata statt finden.

1) wenn immediata salvo decoro nicht möglich ist. z. E. die Jungfrauen-Visitation.
2) wenn er die erforderliche Wissenschaft nicht hat, sich von der Kenntnis des Factums zu überzeugen, z. E. ob der Bau nach allen Regeln der Baukunst aufgeführt sey. Hier muß er artis peritos zu Hülfe nehmen. Die artis periti aber müssen seyn.
   a) *iurati* (vereidet), weil sie Zeugen vorstellen. Testi vero non iurato non creditur. v. c. Medici, chirurgi, Baumeister Geometrae etc. NB. Wenn aber dergleichen Per-

Personen überhaupt schon vereidet sind, so brauchen sie hier nicht besonders wieder vereidet zu werden.

b) müssen diese Kunstverständigen auch ihren Bericht mit Gründen unterstützen; denn er soll den Proceß nicht entscheiden, sondern nur den Richter instruiren, daß dieser zu decidiren im Stande seyn möge. Oefters dissentiren die artis periti, wenn sie nun ihre Gründe nicht beyfügten, wie wollte man herauskommen?

§. 42. Leges kann man appliciren auf facta praeterita, und auch *futura*. Bey letztern geschieht es entweder in der Absicht, um Schaden abzuwenden, oder dies ist nicht. Ist die Absicht Schadensabwendung, so heist die Wissenschaft: Iurisprudentia cautelaris s. heurematica, (a Icto quodam sic dicto, dessen Buch Schilter zu Strasburg, 1686. edirt hat). Wo aber dies der Fall nicht ist, heist sie Iurisprud. consultatoria.

Hier werden die Rechtsregeln cautelae genennt.

Cautela est regula de negotiis civilibus rite et secure ordinandis. z. E. wenn der Jud einen Eid halten soll. Da hat man so viel cautelen zu beobachten, daß man dafür erschrickt. Es muß ein Rabi dabei seyn, die Hände auf sein Gesetzbuch gebunden seyn, sein Gesicht muß er gegen Morgen kehren ꝛc. Ferner: einige Icti streiten, ob die clerici sich verbürgen können? — Man hat daher die Cautel, daß man ihn schwören lasse.

Die Cautelen sind entweder cautelae licitae, die man anwendet, um sein Vermögen in Sicherheit zu erhalten, oder illicitae, die man anwendet, um einen zu betrügen.

In Ansehung der erlaubten Cautelen ist Stryk sehr gut zu gebrauchen, obgleich sein Werk beinahe gänzlich Compilation ist. Ferner gehören hieher:

Siegels vorsichtiger Wechselgläubiger.

Boehmer. Tract. de actionibus.

Estors Unterricht von Abfassung der Urtel und Bescheide.

Caepolla hingegen giebt in seinem tractatu cautelarum sehr gefährliche. Er sagt z. E. wenn du einen Zeugen verwerfen willst, so gieb ihm vorher ein Paar Ohrfeigen, so bekommst du die exceptionem inimicitiae gegen ihn.

§. 43. Gesetze obligiren nur Unterthanen, die den allerhöchsten Befehl des Regenten gehorsam beobachten müssen. Wer im Bezirk des Staats sich befindet, ist ein Subditus; also

also obligiren die Gesetze den Regenten selbst nicht sec. reg. princeps legibus solutus est. L. 39. D. de Legibus. Excipe tamen, es müste denn seyn, daß der Princeps sich pacto verbindlich gemacht hätte, unter seinen Gesetzen zu stehen. Unsere Illustres unterwerfen sich in Deutschland in causis privatis allen Privat - Gesetzen sowohl einheiml. als fremden; ingleichen sowohl den deutschen Reichsgesetzen, als Landesgesetzen. — Unterthanen ohne Unterschied sind den Gesetzen unterworfen. Dieser Satz ist I. R. propositio verissima.

Conferatur. L. 10. C. de legibus. Freylich die Texte im I. Canonico stimmen damit nicht überein; denn da ist der Grundsatz: die Geistlichkeit soll der weltl. Obrigkeit gar nicht unterworfen seyn, sondern umgewandt. Bei uns ist ein solcher Grundsatz nie recipirt worden.

§. 44. Subditi heisen alle diejenigen, welche der Oberherrschaft des Regenten unterworfen sind. Die Subditi sind entweder membra civitatis, dann heisen sie cives; oder nicht, peregrini. Diese haben doch in dem Staat ein domicilium constituirt, dann heisen sie incolae, auch Suburbicarii, denn sie wohnten sonst nur in den Vorstädten und waren nach der damal. Art Krieg zu führen, schlecht gesichert; oder nicht, hier besitzen sie entweder Güter im Staat, dann werden sie forenses genennt, oder auch diese nicht, dann heisen sie advenae.

Unser Auctor nennt letztern: temporarium, und also müssen die drey erstern perpetui seyn. —

Die *Cives* et incolae sind allen Gesetzen unterworfen, weil letztere doch einen beständigen Wohnsitz im Staate haben. Die *forenses* sind nur in Absicht auf die Güter, welche sie besitzen, den Gesetzen des Staats unterworfen. Die *Advenae* aber sind nur in 4 Fällen den Gesetzen des Orts unterworfen. z. E. ein Kaufmann, nämlich:

1) *in contrahendo.* Er muß seinen Contract, den er schliest, nach den Gesetzen des Orts beurtheilen lassen.
2) *in delinquendo.* z. E. wer in Chursachsen adulterium begeht, hat den Kopf nach den Gesetzen verlohren. Nach der Regel: qui consentit in antecedens, consentire debet in consequens.

Jedoch ist dieser Satz nur alsdenn wahr, wenn einer das delictum an dem nämlichen Ort begeht, wo er zur Strafe

Strafe gezogen wird. Kann er von dem Ort entwischen, so kann er nicht mehr nach jenen Gesetzen gerichtet werden. Denn ein auswärtiger Richter ist nicht angewiesen, nach den Gesetzen eines fremden Orts oder Landes zu richten. Nach welchen Gesetzen aber soll der Delinquent bestraft werden? Resp. dist. Das Delictum ist entweder ein strafbares delictum nach dem Iure communi. Hier wird es nach dem Iure comm. bestraft; oder nicht, da wird es gar nicht bestraft. Ex rat. supra allata. Conferatur Meisteri peinl. Processs. pag. 685. und des Hrn. geh. Raths Boehmers diss. de delictis extra iudicium commissis etc.

3) *in condendo testamento.*

4) *in succedendo.* wenn einer eine Erbschaft bekommt. z. E. In Jena muß einer erst Civis Ienensis werden, wenn er seine Erbschaft antreten will.

Conferatur Schott de vi legum civilium in subditos. Lips. 1772.

§. 45. 46. Finis iurisprudentiae wäre kurz dieser: ut in casu quolibet obvio definire possimus, quid sit iustum und damit gut. Allein die Examinatores verfallen mehrentheils auf die im §. 46. enthaltenen Eintheilungen, also müssen wir sie mitnehmen.

Der Endzweck also soll seyn: *iustitia. Subiectivisch* betrachtet ist sie eine Fertigkeit den Gesetzen gemäs zu handeln. *Obiectivisch*: convenientia actionum cum lege. Distinguendum; convenientia betrift, entweder nur actiones externas, dann heist sie: particularis, und nur diese ist der Endzweck derselben; oder auch internas, da heist sie: universalis. Diese ist nicht der Zweck der Iurispr. denn den Menschen innerl. zu bessern, dazu ist der Ictus zu wenig.

Iurisprudentia porro est.

1) l. *cummutativa* — est ea, quae se exserit in contractibus et rebus cum aliis gerendis;

2) l. *distributiva.* est ea, quae se exserit in honoribus, muneribus et poenis distribuendis.

Die Distinction will blos sagen, daß bei der commutativa kein Ansehen der Person statt finde, obgleich bei der distributiva.

In der Regel soll bei der Ausübung der Gerechtigkeit kein Ansehen der Person statt finden. Doch giebts Ausnahmen.

1) in praemiis et honoribus distribuendis.
2) in oneribus imponendis. z. E. onera sordida s. humilia dürfen honoratioribus nicht aufgelegt werden. z. E. Strassenputzen, Schildwache stehen.
3) in poenis infligendis. Dist. inter poenas legibus determinatas. Hier darf der Richter kein Ansehen der Person statt finden lassen; et poenas arbitrio iudicis relictas. Hier kann er allerdings auf die Person Rücksicht nehmen.

Aus dieser Regel ist der Begrif von der iustitia cummutativa entstanden; und aus den Ausnahmen bildeten die Scholastiker den Begrif von der iustitia distributiva.

Conferatur. Gebauer de iust. et Iure §. 5. et Leyser spec. 1. medit 3. et Heineccii praelectiones ad Grotium Libro I. Cap. I.

Iustitia nach dem Grotius, ist die convenientia actionum cum legibus und zwar entweder cum legibus perfectis, hier heist sie: expletrix; oder cum legibus imperfectis, attributrix.

Tit. II. hat bei uns keinen Nutzen mehr, weil Rechtsgeschichte ohnehin von jedem besonders studiert werden muß.

LIB. I. TIT. III.

De Legibus, Senatusconsultis et longa consuetudine.

§. 82. Ein Gesetz ist entweder ausdrücklich promulgirt worden, dann heist es lex scripta, und der Innbegriff: ius scriptum, ius nimirum pro complexu legum genommen; oder das ist nicht; dann heist es lex non scripta, ius non scriptum, auch ius consuetudinarium, (Gewohnheitsrecht.)

Lex scripta ist also nicht in grammatl. sondern in technil. Bedeutung zu nehmen, nämlich, daß man darunter zu verstehen hat, jedes ausdrücklich promulgirte Gesetz, ob dieser lex schriftlich aufgezeichnet sey oder nicht, thut nichts.

Lex

Lex non scripta — ist dasjenige Gesetz, das nicht expresse promulgirt worden.

Wenn ius scriptum wirklich zu Papier gebracht worden, so nennen es die Rechtslehrer Ius scriptum in specie; wenn dies aber nicht ist — Traditum (das Herkommen). Wir werden aber in der Folge sehen, daß das Herkommen vielmehr zu den speciebus iuris scripti gehöre.

§. 84. Ius non scriptum s. consuetudinarium wird auch consuetudo und observantia in sensu latiori genennt.

Consuetudo ist überhaupt ein habitus determinato modo agendi per crebram repetitionem acquisitus, oder wie andere wollen: Ius pedetentim et tacito consensu principis acquisitum.

Des Herrn Auctoris Definit. giebt uns blos den Begrif, wie man eine consuetudinem erlangt, nicht aber was sie selbst sey.

Eine solche Gewohnheit ist an und für sich nicht verbindlich, folglich auch nicht Gesetz. Ritus zeigt blos feierl. actus an. z. E. 7 Zeugen beim Testament. *Consuetudo* — geht blos auf die Iura. z. E. Enkel succediren in stirpes, aber secundum consuetudinem können sie auch in capita succediren. zum Exempel. † Caius



Die Bestimmung zu einem Gesetz ist zweierlei: 1. voluntas imperantis tacita. Hier wird es: *consuetudo* seu lex non scripta. 1. tacitus consensus collegii principem repraesentantis. Dahin gehören die Observanzen.

Sie differiren so: consuetudo gründet sich auf die stillschweigende Einwilligung des Regenten; die Observanzen auf die stillschweigende Einwilligung eines collegii. Consuetudo iuridica ist also diejenige Gewohnheit, welche durch Stillschweigen oder Approbation des Regenten zum Gesetz wird.

1) durch Stillschweigen — wenn der Regent die Handlungen weiß und nicht contradicirt.

2) Durch approbation — wenn er dergleichen Handlungen erfährt und sie billigt. Pract. Anmerk. Consuetudines sind ein Beweis des Mangels von der Cultur einer Nation, ein Beweis, daß sie erst im Entstehen sey ꝛc. — Gut ists für einen Staat, wenn consuetudines bald in leges scriptas umgeschaffen werden.

Conferatur. Gundlings Gedanken von dem Gewohnheitsrecht.

§. 86. Requisita iuris consuetudinarii: (Ist ein solches Recht, welches einerlei Würkung mit einem lege scripto hervorbringt.)

1) Plures actus — mehrere Handlungen bei welchen das Gewohnheitsrecht ausgeübt worden. Ratio, damit es glaublich wird, der Regent habe das Gewohnheitsrecht erfahren.

Die Zahl ist in unserm I. R. nicht bestimmt; daher entstund ein dissensus inter Ictos. Coccej glaubt 2 — 3 wären genug.

Boehmer in seinem Iure eccles. glaubt dies auch. Berger und andere ingleichen. Gundling aber, allegato loco, Noodt und Voetius in ihren commentariis behaupten, es würden mehrere actus erfordert. Wir treten der Meinung derjenigen bei, welche behaupten, 2 actus seyen hinlänglich, *Ratio:*

1) L. 12. D. de testibus. Darinn liegt die Regel: Pluralis elocatio duorum numero contenta est: i. e. wenn das Gesetz in Plurali redet, und die Zahl nicht bestimmt, sind 2 genug.

2) Man kann sonst gar nicht zur Gewißheit kommen.

3) Wer 2 Actus bewiesen hat, hat die Praesumtion für sich daß mehrere vorgefallen sind. (Herr Hofrath Elsaesser glaubt, daß 2 hinlänglich seyn können. Daß sie es aber nicht immer sind, bestättigt die Erfahrung. z. E. wenn die Handlungen so beschaffen sind, daß der andere einen Beweis gegen mich führen kann.)

Die actus aber müssen seyn

a) *continui* i. e. per contrarios intermedios non interrupti.

b)

b) *uniformes.* i. e. actus die zu einem genere gehören. Ratio, actus difformes machen keine Zahl aus, indem ein jedes als eine besondere Handlung anzusehen ist.

c) *actus sint tales*, ex quibus alteri ius acquiri potest. Also sind actus irrationabiles (i. e. solche, die der Vernunft und den L. naturalibus zuwider sind) nicht zum Beweis eines Gewohnheitsrechts zu gebrauchen.

d) publice et ex opinione necessitatis suscepti. *publice* i. e. ita peracti, ut ad omnium notitiam pervenire potuissent.

Ex opinione etc. i. e. daß man nicht geglaubt aus freyen Willen so zu handeln, sondern geglaubt, es sey Pflicht und Schuldigkeit so zu handeln.

II. Diuturnitas temporis i. e. daß das Gewohnheitsrecht eine lange Zeit beobachtet worden und gedauert haben muß; weil sonst nicht leicht glaublich ist, daß es der Fürst tacite genehmiget habe.

Wie lang? Nach dem *Iure Romano* ist die Zeit dem *arbitrio iudicis* überlassen, aber nach dem I. Canonico und Saxonico ist sie genau bestimmt. Sie ist nämlich da, das tempus praescriptionis, 30—40 Jahr, nach dem I. Canonico. Allein mit Ungrund, denn hier brauchen wir keine Verjährung.

III. Die stillschweigende Bewilligung des Regenten; diese wird gefolgert, vermuthet, wenn die übrigen Requisita vorhanden sind.

— [Non necessario requiritur] i. e. es ist nicht schlechterdings nothwendig, daß über das Gewohnheitsrecht gestritten, und in den Processen obsiegende Urtheile erhalten worden. Dies merkt man deswegen, weil es angesehene Icti ex L. 34. D. hoc Tit. beweisen wollten; denn dieser Lex giebt nur einen Rath, daß derjenige, der ein Gewohnheitsrecht behauptet, vor allen sich darum bekümmern soll, ob nicht schon das Gewohnheitsrecht durch rechtskräftige oder in den Processen obsiegende Urtheile erstritten worden, weil so der Beweis leichter zu führen ist.

§. 87. Consuetudines gründen sich auf tacitam voluntatem imperantis. Tacita voluntas praesumitur ex factis, facta vero non praesumuntur; ergo muß ein Ge-

wohnheitsrecht von dem, der es behauptet bewiesen werden. Es versteht sich von selbst, daß der Beweis nicht nöthig ist, wo die Sache notorisch ist.

Qu. I. quid probandum sit. Rsp.

1) Die *Requisita consuetudinis*. Davon haben wir die Regel: per quod consuetudo introducitur, per idem illa quoque probatur. Doch dürfen eben nicht alle und jede Requisita bewiesen werden, quia probatis extremis praesumuntur intermedia. Also

a) *plures actus* schlechterdings, und zwar solche actus, die keinen Mangel an den supra allatis requisitis haben.

b) diuturnitas temporis, daß das ius consuetudinarium per tempus praescript. beobachtet worden.

Qu. II. quomodo probandum sit. Rsp.

Hier hast du zwey Regeln:

1) Es müssen die Handlungen, in welchen das Gewohnheitsrecht ausgeübt und beobachtet worden, einzeln angeführt und einzeln bewiesen werden. Z. E. 1715 hat Herr N. N. sein Schloß gebaut, bei welchem die Bauern frohnen musten. 1750 wieder, 1763 wieder. (Hier fehlen die meisten Advocaten und verlieren darüber den Proceß.)

Der Auctor sagt in der Note: Exceptionem habet Leyser — Sie ist diese: wenn man überhaupt beweisen kann, daß ein Recht per consuetudinem introducirt sey, und die consuetudo probanda davon eine Species ist. Z. E. im Mecklenburgischen ist überhaupt das Sachsenrecht eingeführt, per consuet. also auch die successio der Halbgeschwister.

2) Der Beweisführer muß zeigen, daß von dem ersten actu consuetudinis angerechnet, bis zur Zeit des Beweises, das Tempus praescriptionis verlaufen sey. Man muß also die Zeit genau angeben.

III. Die Beweismittel, wodurch ein ius consuet. bewiesen werden kann, sind

1) Die Urkunden; vorzüglich res iudicatae, wenn man dergleichen haben kann. Wenn aber die Urkunden etwas beweisen sollen, so müssen einzelne Actus, in welchen das Gewohnheitsrecht ausgeübt worden, darinn enthalten seyn. Daher beweist nichts:

a) *Simplex*

a) *Simplex iudicis atteſtatum* — ein Zeugnis des Richters, worinn er nur überhaupt bezeugt, (ohne einzelne Fälle anzuführen.) daß etwas conſuetudinis ſey. Denn der Richter hat nur fidem in dem, was in Actis enthalten und in Gerichten vorgekommen iſt. Herr Regierungsrath Elsäſſer glaubt inzwiſchen doch, daß ein Teſtimonium iudicis generale einen halben Beweis mache und daß die Praeſumtion, die er für ſich hat, wenn gegen ihn ſonſt keine Exception ſtatt findet, den Eid eines Zeugen erſetze.

b) Die generelle Ausſage der Zeugen.

2) Die Zeugen. NB. Dieſe machen wieder nur ein Beweismittel, wenn ſie einzelne Fälle bezeugen.

3) Meint Hellfeld mit Wernhern in der Note t: auch iuramentum ſuppletorium — der Eid der geſchworen wird, ad ſupplendum defectum probationis. Er kann bisweilen ſtatt finden; aber nicht leicht wird er zugelaſſen; denn wenn die Gewohnheit ihre Richtigkeit hat, ſo kann es nicht an andern Beweismitteln fehlen, man braucht alſo nicht zu ſchwören.

Conferatur Struben in ſeinen rechtlichen Bedenken. T. 4. p. 163.

Kämmerich de probatione conſuet. et obſervantiae. Ienae 1732.

§. 88. II. Ius ſcriptum: Dazu gehören unter andern die ſtatuta univerſitatum.

Univerſitates (perſonarum) ſind alle Geſellſchaften, welche eine vom Regenten gebilligte Abſicht — und um deßwillen Landesherrliche Beſtättigung erhalten haben. Z. E. Univerſitäten, Stadträthe, Kirchen, Klöſter, Handwerker, Dorfgemeinen, Ritterorden ꝛc.

Species davon ſind collegia et corpora. Gemeiniglich verſteht man unter collegiis — univerſitates minores; und unter einem corpore — eine Verbindung von mehrern collegien. Z. E. Das corpus academicum, evangelicorum etc.

Univerſitates ſunt l. ordinatae ſenſu ſtricto — wo einige Glieder Direction und Iurisdiction über andere haben; ſo Hellfeld; l. non ordinatae, das oppoſitum Z. E. eine Dorfgemeine. Der Schulz hat keine Iurisdiction über andere.

Doch der Ausdruck universitas ordinata wird von andern Rechtslehrern in einer weitläuftigen Bedeutung genommen, nämlich für diejenige, die eine bestimmte Verfassung und Einrichtung hat.

§. 89. *Universitates* haben einen Endzweck, der vom Regenten gebilligt ist, und daher auch gewisse Rechte, welche auf Beförderung und Erhaltung ihres Endzwecks abzielen. Diese heißen:

Iura collegialia (Gesellschaftsrechte). Dahin gehört

1) Das Recht, gemeinschaftliche Güter zu haben, weil ohne diese bei Univers. nichts anzufangen ist.
2) Das Recht, einen gemeinschaftlichen Verwalter dazu zu bestellen.
3) Das Recht, ein gemeinschaftliches Siegel zu führen.
4) Das Recht, einen Syndicum zu constituiren. Denn Universitaeten dürfen nicht in eigener Person processiren
5) Das Recht zu strafen. Ja sie dürfen auch mit einer gewissen Art von Selbsthülfe die Strafen eintreiben. Z. E. Ein solches Mittel ist, daß sie denjenigen von der Univers. ausstossen können, der die Strafe nicht erlegt.
6) Das Recht statuta zu machen.

Qu. I. Was sind Statuten? Rsp.

Statuta 1) überhaupt — heisen Gesetze, die nicht im ganzen Staat gelten. So Z. E. bisweilen Sachsenrecht heisen statuta, weil sie nicht im ganzen Reiche gelten.
2) solche Rechte, welche vermittelst eines Vertrags von der Gesellschaft selbst errichtet und festgesetzt sind.
3) solche Verfügungen, wo nur die Mitglieder etwas unter sich Vertragsweise abschliessen — Und hier kann das Wort ius — nicht statt finden. Merke: statuta — welche als Gesetze angesehen werden wollen, bedürfen allemal eine Landesherrliche Bestättigung; aber als pacta nicht.

§. 90. Qu. II. de quibus causis statuere liceat? Rsp.

1) Nur in solchen Sachen, worüber die Universitäten pacisciren können, also nur in denen, die sie angehen. Z. E. wäre es lächerlich, wenn der hiesige Stadt-Magistrat das Statut machen wollte, wenn in Zukunft die collegia angehen sollen.

2) Sie

2) Sie dürfen nicht wider das Verbot der Gesetze seyn. Z. E. Ein Handwerk wollte das statut machen, es sollte kein Mitmeister einen Hundsfott auf sich sitzen lassen.
3) Sie dürfen auch nicht zum Nachtheil des Staats gemacht werden.

Qu. III. Welche Personen obligiren die Statuten? welche nicht?

Hellfeld sagt: obligant tantum consentientes, die ihre Einwilligung zum Statut gegeben. Aber wohl zu merken: es müssen auch antecedenter consentientes darunter verstanden werden i. e. diejenigen, welche bei Errichtung des Statuts überstimmt worden sind; um deswillen, weil ein jedes Mitglied der Gesellschaft bei dem Eintritt in dieselbe sich gefallen läst, daß plurima vota gelten sollen. So viel überhaupt von den Statuten. Insbesondere ist von den Statuten der Städte zu bemerken, daß sie cives, incolas et suburbicarios verbinden, aber nicht forenses, oder dritte Personen.

Man findet in vielen Städten, daß die Suburbicarii nicht die Privilegia und Freyheiten haben, wie die Einwohner der Stadt; aber wenn sie unter der Iurisd. der Stadt stehen, so werden sie auch durch die Gesetze der Stadt verbunden. Stadtrecht geht soweit als Weichbild i. e. der Bezirk von der Stadt. Will jemand von den Statuten der Stadt frey seyn, so muß er also exemtionem a Iurisdictione derselben beweisen.

§. 91. IV. De modo condendi statuta. Dieser modus ist eben derselbe wie Universitates ihre concluſa machen. Es müssen folglich:

1) alle Mitglieder von der Gesellschaft dazu convocirt seyn.
NB. In der Regel darf der Senat allein keine Statuta machen; die Viertels-Männer müssen doch wenigstens in großen Städten dabei seyn, weil ein einziges membrum non convocatum das concluſum reſcindiren kann.
2) Müssen von convocatis omnibus wenigstens $\frac{2}{3}$ Theile erscheinen.
3) Von den erschienenen müssen plurimi conſentiren.

§. 92. V. De valore statutorum. Valor statuti est valor pacti, i. e. es hat eben die Kraft, wie ein pactum; daraus folgt, daß es ohne Landesherrliche confirmation gelten muß.

Herr Regierungsrath Elsaesser sagt, ja! aber nur in so ferne es nicht lex seyn soll; denn sonst würde eine Stadt das Recht haben, wie ein Imperans, Gesetze zu machen. Also muß in einigen Fällen confirmatio principis da seyn. Denn der Landesherr hat entweder das Recht, Statuta zu machen, einer Universitati expresse ertheilt — wie z. E. der Fall bei allen Akademien statt findet — hier ist die Landesherrliche Bestättigung nicht nöthig, weil antecedenter consentirt worden; oder das ist nicht, hier ist die Bestättigung in zwey Fällen wesentlich erforderlich:

1) wenn sie auch contra tertium einen Effect produciren sollen,

2) wenn ein Gesetz vorhanden ist, welches auf solche dringt.

Obs. Consilii ist es immer, auch im obigen Fall die Statuta confirmiren zu lassen, denn sie werden vom Landesherrn besser geschützt.

Qu. Ob die Statuten auch außer dem Territorio verbinden?

Rsp. Es ist ein Unterschied zu machen zwischen statutis personalibus, realibus et mixtis.

1) Statuta *personalia* sunt, quae statum hominis definiunt et de habilitate l. inhabilitate aliquid statuunt. z. E. ob einer nobilis, ehrlich oder infam sey, es sey nun in Hinsicht auf den Erwerb, Besitz, die Transferirung der Güter, oder nicht in dieser Hinsicht. z. E. Ein Statut, welches das Alter einer Person bestimmt, die ein Testament machen darf; ein Statut, welches verordnet, wer das Vermögen haben soll, das von einem Conjuge hinterlassen worden, der ohne Erben starb; welche Personen für graduirte angesehen werden sollen, und welche nicht.

2) — *realia* sunt, quae res in territorio statuentis sitas concernunt, nullo habito respectu ad personas, z. E. in Hamburg und Lübeck, daß niemand über unbewegliche Güter frey disponiren soll.

3) — *mixta*, quae concernunt actus in loco statuenti subiecto gestos. z. E. Statute, welche einige Solennia testamentorum bestimmen — wie ein Wechsel ausgestellt werden soll. ꝛc.

Nun die Regel: Die Statuta realia gelten nicht extra territorium; personalia, nach der Schärfe genommen, eben so wenig; aber per indirectum ob ius retorsionis; und mixta

gelten

gelten extra territorium: Jedoch mit der Einschränkung: es wäre denn, daß ein auswärtiger Regent ein solches Statut in seinem Land zu befolgen ausdrücklich verboten hätte.

Z. E. 1) Du hast mir in Leipzig einen Wechsel ausgestellt, so verbindet dich dieser dein Wechsel auch in Lübeck.

Ferner du hast hier ein gültiges Testament gemacht, das muß an allen Orten gelten.

2) Ein zu Erlang legitime creirter Doctor passirt überall pro Doctore legitimo.

Doch gilt in Churſachsen kein Notar, der nicht dorten wieder dazu gemacht ist; dies macht der lex prohibitiva.

§. 93. Die Kraft und Würkung eines Statuts kann wegfallen

1) einmal durch die Widerrufung des Gesetzgebers. Ein Gesetz wird aber entweder in totum widerrufen; dies heist *abrogatio* legis, oder nur in tantum, *derogatio*.

Noch ist zu merken: daß die Aufhebung und Widerrufung eines Gesetzes sowohl per legem scriptam als non scriptam geschehen kann.

Conferantur. Z. E. L. 32. §. 1. h. T. Dieser bejaht, daß ein lex durch ein Gewohnheitsrecht aufgehoben werden könne.

L. 2. C. quae sit longa consuetudo n. 2. zu Ende — dieser lex scheint ersterem gerade entgegen zu seyn: Es heist daselbst: consuetudo non vilis auctoritatis; verum non usque adeo sui valitura memento, ut aut rationem vincat aut legem.

Conferatur. Conradi diss. de consuetudine legem script. vincente.

Einige glauben der L. 2. C. wäre zu verstehen, von legibus posterioribus. Allein der alleg. Conradi hat mit vieler Wahrscheinlichkeit bewiesen, daß dieser L. von den alten heidnischen Gebräuchen zu verstehen sey.

2) Status mutatione i. e. wenn sich die Umstände so verändern, daß das Gesetz nicht mehr passend ist. Z. E. Pater et filius paciſci nequeunt past nicht mehr bei uns, weil sie nicht mehr unam personam ausmachen.

Minime vero per solum non usum;

Qu. Was ist zu einer consuetudine abrogativa erforderlich? Rsp. Distinquendo inter actus commissivos, aus

aus diesen entsteht consuetudo abrogativa; et ommissivos aus diesen nicht.

Z. E. Wir haben das Gesetz: Vormünder sollen jährlich Rechnung ablegen. Nun aber wäre einem länger als ein Jahr keine Rechnung abgefordert worden: ist jetzt das Gesetz aufgehoben? Rsp. Minime! Aus dem Nichtgebrauch kann man nicht so schliessen, denn

1) Es kann an Gelegenheit gefehlet haben, das Gesetz auszuüben.
2) Es kann der Nichtgebrauch bisweilen in einer Negligence der Richter liegen. Die Leges aber, die nicht gebraucht worden, sind l. leges permissivae, diese werden durch den Nichtgebrauch nicht aufgehoben; l. praeceptivae; Wenn hier der Gesetzgeber weis, daß sein Gesetz nicht beobachtet wird, und er schweigt beim non usu, so wird es eo ipso aufgehoben.

LIB. I. Tit. IV.

De constitutionibus Principum.

§. 94. Constitutiones principum (Verordnungen). Constitutio principis est principis qua talis declaratio. Conferatur. Koch (Giesens.) de const. principum. Ienae 1755.

Princeps constituit aut regulam, ex qua quilibet subditus accipit ius et obligationem: h. c. heist sie constitutio generalis, (allgemeine Fürstliche Verordnung;) aut non, dann heist sie: Specialis (besondere) §. 98. die den Begrif der Privilegien in sich hat.

Hellfelds Eintheilung ist in den Gesetzen gegründet, und man findet sie in den mehresten Compendien; doch schickt sie sich nicht recht zu den Subdivisionen, wie wir bald mit mehrern sehen werden.

§. 95. Die Constitutiones generales lassen sich unter folgende Rubriken bringen:

1) Der Landesherr setzt proprio motu ein neues bisher noch nicht vorhanden gewesenes Recht fest, dies heist dann: *Edictum* s. lex edictalis, lex nimirum in perpetuum valitura.

tura. Hieher gehören z. E. die Münzedicte von 1763. Wenn er aber

2) von bereits vorhandenen Gesetzen gegenwärtig nur eine genauere Bestimmung und Anwendung auf vorkommende Fälle macht, so ist zu distinguiren: Die Fürstliche Verordnung wird nämlich erlassen

a) entweder in der Absicht, causam litigiosam zu decidiren, diese heist *Decretum*. Wobei noch zu bemerken: wenn dadurch die causa principalis (quae est causa per libellum in iudicium deducta) selbst entschieden worden, so heist die Verordnung: Decretum definitivum s. decretum in specie; wenn sie aber nur auf ein punctum incidens, das ist auf einen solchen Streitpunct gerichtet ist, der bei Gelegenheit der Hauptsache zum Proceß gedieh en war, so heist sie interlocutio s. decretum interlocutorium.

b) oder: auf Anfragen, Nachsuchen und Bitten der Unterthanen, hier wird sie Rescriptum genennt.

Obs. 1) Bei Decretis stellt der Princeps die Person eines Richters vor. Er spricht nicht qua princeps, sondern qua iudex nach seinen eigenen schon vorhandenen Gesetzen.

2) Bei den Decretis müssen integra acta ad principem eingeschickt werden; bei den rescriptis hingegen ist es genug, wenn nur eine kurze Species facti dem Principi vorgelegt wird.

Die Rescripta principum hatten wieder verschiedene Veranlassung. Bald wurden sie auf Bitten der Privatpersonen, bald auf Bitten der Obrigkeiten, oder einer Stadt oder Provinz erlassen. Im ersten Fall heißen sie annotationes s. subnotationes. Die Benennung kommt daher: die Römer hatten die Gewohnheit, die Resolution gleich am Rande oder am Ende der Bittschrift anzuhängen. Im 2ten Fall, wenn sie auf Bitten der Obrigkeiten erlassen wurden, so hießen sie Epistolae, weil sie in Form der Briefe abgefaßt waren, wie aus Plinii epistolis hinlänglich zu ersehen ist. Endlich erlies man sie auch auf Bitten einer ganzen Stadt, einer Universitaet oder Provinz; und hier wurden sie Sanctiones pragmaticae genennt, weil die römischen Kaiser, ehe sie dem petito deferirten, mit ihren Räthen darüber deliberirten, welche für erfahrne Männer angesehen wurden.

Confo-

Conferatur. Boehmer de sanctionum progmaticarum indole. In seinen Exercitationibus Tom. I. et Schulting de Rescriptis. Rom. Imperatorum.

§. 96. De vi obligandi constitutionum generalium.

1) In Ansehung der Edicte ist es kein Zweifel, da sie allgemeine, neue Gesetze sind, so derogiren sie legibus anterioribus, vorausgesetzt, daß sie allgemein promulgirt sind. Haec omni dubio carent. Aber

2) welche Kraft haben Decreta und Rescripta?

In unsern C. I. haben wir 2. L. dissentientes. Sie sind:

a) der L. 12. C. de Legibus von Iustinian.

b) L. 2. C. eod. Tit. ist noch älter.

Im L. 12. steht, daß wenn der Kaiser ein Rescript erlassen hätte, so sollte es nicht nur Recht schaffen in der einzelnen entschiedenen Sache, sondern in allen übrigen von der Art.

Der L. 2. sagt das Gegentheil, nämlich daß wenn die constitutiones ein Recht machten für die Partheyen, so sollten sie nur für diese Partheyen gelten. Das ist der Dissensus. Um diese Leges zu conciliiren, muß man die Regel annehmen, daß Decreta und Rescripta ein allgemeines Recht machen. Ratio:

1) L. 12. C. ist neuer, praeferenda igitur est anteriori und

2) Princeps iustus in distribuendo iure semper idem censendus est — wie er in einem Fall Recht spricht, so ist zu vermuthen, daß er in allen sprechen werde.

Jedoch daß wir dem L. 2. nicht alle Kraft benehmen, so statuiren wir Ausnahmen:

1) wenn die Decreta nur quaestionem facti betreffen, so können sie nicht allgemeine Decreta seyn.

2) wenn sichs aus den Umständen ergiebt, daß der Fürst in dem Fall etwas ausserordentliches habe verordnen wollen.

§. 97. *De requisitis rescriptorum.* Diese betreffen zum Theil die Materialia. Dahin gehört:

I. Ut preces in veritate nitantur i. e. derjenige der das Rescript ausgewürkt hat, muß den Fürsten nicht mit Unwahrheit hintergangen haben; denn sonst wäre das Rescript ex erronea voluntate conditum. Erronea voluntas vero

est

est nulla. Daher die clausul bei den Römern: Si preces tuae veritate nitantur.

Conferatur. L. 7. C. de diversis Rescriptis. Diese clausul ist bei uns nicht mehr nöthig und fällt folglich weg; denn wir richten uns nach den I. Canon. und da soll sich die clausul tacite verstehn.

II. Gegen ein solches Rescript findet statt exceptio

1) Subreptionis, die Einrede, die Umstände welche der Impetrant angeführt, seyen nicht wahr: und
2) Obreptionis — die Einrede, daß der Impetrant wahre Umstände ausgelassen habe. Bei der erstern darf ich nicht beweisen, als excipiens aber bei der letztern, weil ich affirmire. So in der Theorie. —

In der Praxi ist der Rath gegeben, daß man lieber gleich den Beweis von beiden übernehme; sonst erlangt man keine Abänderung vom Rescript. Und bei dem Kammergericht ists ohnehin schon Observanz. Zum Theil betreffen sie aber auch die Formalia, und dahin gehört:

1) Annotatio temporis, i. e. das Jahr, der Monat und Tag muß ausgedrückt seyn.
2) Subsignatio et subscriptio. Der Princeps selbst, oder ein Minister, Curator, Kanzler muß unterschrieben seyn.
3) Insinuatio in originali.

§. 98. Constitutiones speciales sind Verordnungen, woraus nicht jeder Unterthan Rechte und Verbindlichkeiten erhält. Sie verbinden entweder nur gewisse Personen oder eine ganze Klasse von Bürgern; dann heisen sie Mandata — Beispiele davon sind hier das Duell - und Conto - Mandat; oder es wird durch sie eine Ausnahme von den gemeinen Rechten gemacht. Privilegium.

Nach den gemeinen Rechten nämlich hat ein Bürger so viel Rechte und Freyheiten, als der andere. Diese Gleichheit kann aber dem Staat bisweilen nachtheilich, und der Absicht desselben hinderlich seyn; deswegen sieht sich der Fürst genöthigt eine Ausnahme von den gemeinen Rechten zu machen und also nur dem und jenem diese Freyheit zu gestatten.

Hier haben wir folgende Fälle zu merken:

1) Die Ausnahme geschieht nicht zum Besten einer gewissen Person, sondern zum Besten der Sache, und zwar dergestalt

stalt, daß diese Disposition nicht etwa nur einmal, sondern immer gilt. Dies nennen die Rechtslehrer: Beneficium legis. z. E. nach dem Iure communi ist jeder Erbe, der die Erbschaft antritt, die Schulden des Erblassers zu bezahlen verbunden. Nun die Ausnahme: wer aber ein Inventarium machen läßt, zahlt nicht weiter, als die Kräfte der Erbschaft reichen. Dies heist: beneficium inventarii und ist ein privilegium, welches intuitu causae gemacht worden und also nicht einem, sondern allen und jeden zusteht, die davon Gebrauch machen wollen.

2) Bisweilen wird auch ein ganzes Genus personarum auf immer von dem gemeinen Recht eximirt. Dies heist alsdann ein Ius singulare. So ist z. E. nach der Regel jeder Bürge zu bezahlen schuldig, wenn der Hauptschuldner nicht mehr zahlfähig ist. Ausnahmen sind: z. E das SCtum Vellejanum, nach welchem die Weibspersonen nicht zu zahlen verbunden seyn sollen, wenn sie sich schon verbürgt haben; ingleichen die Soldaten sollen ihre Kinder im Testament praeteriren können.

3) Der dritte Fall ist endlich dieser, daß nur eine Person oder eine besondere Sache eximirt wird. Hier haben wir zu distinguiren: die Verordnung wird entweder so gemacht, daß die Person, in Ansehung aller und jeder künftigen Handlungen von der Art, von dem Zwang des gemeinen Rechts frey seyn soll, oder nur für ein einzigesmal; im ersten Fall haben wir den Begrif von einem Privilegio in specie. z. E. Der Landesherr macht mich Steuerfrey, giebt mir die Erlaubnis fremde Biere einzulegen ꝛc. im 2ten Fall heist die Verordnung: Constitutio personalis. Cfr. L. 2. D. h. t. Hier ist die Ausnahme: wenn ich ein Mädchen heirathen darf, die mit mir Geschwisterkind ist.

Wird nun diese Verordnung zu Gunst einer gewissen Person gemacht, so heist sie: constitutio favorabilis, im Gegentheil: odiosa. z. E. singularis aggravatio poenae i. e. wenn der Regent sich bewogen sieht einen Verbrecher über die Gewohnheit hart zu bestrafen. Bei der constitutione personali favorabili kann nun die Ausnahme antecedenter oder subsequenter geschehen. Antecedenter i. e. ante legis transgressum, hier heist sie Dispensatio z. E. daß ich heirathen darf, ohne mich vorher proclamiren zu lassen. Subsequenter i. e. post transgressum legis. z. E.

Der

Der Herr Maritus wäre extra gegangen. Hier werden z. E. die Acten cassirt, ehe noch die Strafe dictirt ist, dies heist: Abolitio; oder nach dictirter Strafe, so ist noch der Unterschied zu gedenken: die Strafe wird entweder ganz erlassen, dies heist: Aggratiatio; oder nur zum Theil: Mitigatio.

§. 99. Generalia Privileg. iura.

1) Non sunt ad exemplum trahenda i. e. wenn einer ein Privilegium erlangt hat, so können andere nicht darauf provociren. z. E. ich hätte mir das Moratorium ausgewürkt ꝛc.

Rat. 1) sie erregen das Vorurtheil, von den nexibus publicis frey zu werden.

2) sie sind dem Finanzwesen und der Kammer überaus schädlich, besonders wenn sie realiter ertheilt werden.

2) Qu. Ob die Interpretatio extensiva bei Privilegiis statt finde?

Wir haben 3 Gesetze, die sich zu contradiciren scheinen.

a) L. 191. D. de Regulis Iuris — verordnet, es dependire die Interpretation eines Privilegii vom Principe.

b) L. 3. D. h. t. heist es: beneficia principis quam benignissime interpretari debemus. Das erklären viele so: extensive.

c) L. 2. §. 16. D. ne quid in loco publico: da steht ganz deutlich: sie sollen stricte erklärt werden.

Distingue:

1) wenn von der authent. Erklärung die Rede ist, dependirt sie vom Principe wie in L. 191.

2) wenn aber von der interpretatione doctrinali die Rede ist, so muß wieder distinguirt werden.

1) Das Privil. gereicht entweder einem tertio zum Nachtheil: Hic restrictiva interpretatio adhibenda est. z. E. das Privilegium eines Lohgerbers im Niedersächsischen, der vom Principe die Erlaubnis hatte, sich in einer gewissen Stadt ein Haus zu bauen, wo er Platz fände. Er baute es oberhalb der Stadt an einen Bach hin, dessen Wasser die Städter bisher auf verschiedne Art gebrauchten, nun aber nicht mehr brauchen konnten, weil es durch den Gerber getrübt worden war. Sie verlangten, daß er sein Haus abbrechen und unten hinsetzen sollte, er aber be-

rief sich auf sein Privilegium, bis es vor den Fürsten kam, der dann sein Privileg. natürlich bei so bewandten Umständen restrictive erklärte.

Hierher gehört der L. 2. §. 16. ne quid in loco publico.

2) Oder es gereicht dem Tertio nicht zum Nachtheil; Hier findet extensiva interpretatio statt; jedoch nicht in allen Fällen, sondern wenn die gehörigen Requisita interpr. extensivae da sind. Und dies ist: wenn ohne ausgedehnte Erklärung das Privileg. alle Kraft verliehren würde.

Hierher gehört der L. 3. D. h. t. z. E. der Fürst concedirte mir die Jagdgerechtigkeit, die niedrige hätte ich aber schon, so muß ich dies Privileg. extensive erklären.

§. 100. Die Privilegia werden ferner in realia, personalia und mixta eingetheilt.

1) Reale ist dasjenige, welches einer Sache verliehen worden, und das aus dem Privilegio erlangte Recht auf der Sache ruhet. z. E. Der Fürst hat meinem Haus Steuerfreyheit, meinem Landguth Jagdgerechtigkeit ꝛc. Braugerechtigkeit ꝛc. gegeben. Diese dauern, so lange die Sache dauert, folglich gehen sie auch mit der Sache auf jeden Besitzer über.

2) Personale, welches nur der Person verliehen worden; folglich nur auf der Person ruhet. z. E. Der Fürst hat dir, für deine Person, Steuerfreyheit ertheilt. Diese sterben mit dem Tod der Person ab. Jedoch geniessen an einigen Orten die Wittwen noch die Privilegia der Männer lebenslang. z. E. Pastors = Wittwen.

3) Mixta sind diejenigen, die einer für sich und seine Erben bekommen hat. Sie sind ein Aggregat von mehreren Privilegiis personalibus.

§. 101. Die Effectus privilegiorum sind mehrentheils effectus legum. Also

1) Privilegia non revocantur ad praeterita. Die Privilegia sind also denen nicht nachtheilig, die schon ein erworbenes Recht haben.

2) Die Privilegia verbinden alle Unterthanen, nämlich in so ferne, daß sie den Privilegirten in Ausübung seines Privil. nicht stöhren sollen. Also

3) schlie-

3) Schliesen die Privilegia ein ius prohibendi in sich. Hellfeld glaubt:

Ius prohibendi sey dasjenige Recht, alle die von dem exercitio der Freyheit auszuschliesen, die das Privilegium nicht haben. Allein hier wären die Worte inania. Das Ius prohibendi muß mehr bedeuten und zwar

a) daß vorherige Privilegia aufgehoben seyn sollen.
b) daß der Fürst dies Privilegium keinem andern ertheilen wolle.

§. 102. Nicht die Privilegia, sondern die constitut. personales sind in odiosas et favorabiles einzutheilen. Denn constitutio personalis ists, daß der Dieb an den Galgen gehenkt werde, nicht aber ein Privilegium.

Die Privilegia werden bald vermittelst eines Vertrags acquirirt, bald ertheilt sie der Fürst aus eigener Bewegnis, hier heisen sie privilegia gratiosa, dort conventionalia. Wenn die conventionalia umsonst ertheilt werden, heisen sie lucrativa, im Gegentheil onerosa.

§. 103. Qu. 1) Wer Privilegia ertheilen könne?

Qu. 2) Welchen das Recht nicht zustehe?

Ad quaest. 1. nota. Privilegia sunt exemtiones a Iure communi; wer also ein Privilegium giebt, der disponirt über die Gesetze: also nur der kann Privilegia geben, der das Ius leges ferendi hat; also in Deutschland nur der Kaiser in Absicht auf das ganze deutsche Reich. Dies Recht ist ein ius reservatum des Kaisers (wobei er consensum statuum imperii nicht nöthig hat.) Jedoch dürfen die kaiserlichen Privilegia nicht den Reichsständischen Rechten unmittelbar zuwider seyn. Daraus folgt:

Wenn die kaiserl. Privilegia einem Reichsstand nur per consequentiam oder mittelbar zuwider sind, sind sie nicht verboten. Conferatur Mosers Abhandlung über die Wahl-Capitulation Iosephi II. Libr. 1. capit. 9.

2) Darf auch jeder Reichsstand in seinem Territorio Privilegia ertheilen.

3) Jeder, dem der Kaiser das Recht committirt hat.

Ad quaest. 2. — das Recht hat nicht

1) Der Erbprinz.

Leyser sagt: wenn der Erbprinz ein Privilegium zu geben versprochen hat, muß ers halten, wenn er zur Regierung kommt. Dies ist sehr wahrscheinlich.

2) Fürstensöhne, die nicht zur Regierung kommen — appanagiati. Wenn diesen zum Unterhalt ein gewisses Geld ausgesetzt worden, so heissen sie: appanagiati in specie, wenn ihnen aber ein Stück Land angewiesen wird, paragiati.

3) *Status imperii* in terris *mediatis* i. e. quas possident, non tamquam status, kurz: in denen Landen, wo ihnen die Landeshoheit nicht zukommt.

4) Landesherrschaften.

§. 104. Wenn ein Regent jemanden ein Privilegium ertheilt, so ist er dadurch nicht eingeschrenkt, andern das Privilegium auch zu ertheilen.

Rat. 1) weil *Privilegium concedere et iuri idem privilegium concedenti renunciare* zwey verschiedene Dinge sind, i. e. in der Concession des Privilegii liegt nicht, daß er sich seines Rechts Privilegia zu ertheilen begeben habe.

2) Man kann von keinem Privato praesumiren, daß er seinem iuri habe renunciren wollen; vielweniger von einem Landesherrn, daß er sich seiner iurium regalium begeben wolle.

Excipe:

a) wenn sich der Fürst pacto obligirt hat, daß er sein Privilegium nicht weiter ertheilen wolle, oder wenn es Ausschliessungsweise ertheilt worden.

b) Wenn es die Natur des gegebenen Privilegii nicht leidet. z. E. der Fürst hat mir ein Monopolium ertheilt.

§. 105. Wenn nun ein und ebendasselbe Privilegium mehrern Personen concedirt worden, so gilt die Regel: Privilegiatus contra aeque privilegiatum non utitur iure suo, h. e. Ein Privilegiatus kann einem aeque privilegiato legitimum exercitium privilegii sui nicht verbieten. Die falsche Erklärung von der Regel ist: daß ein Privilegiatus sich seines Privilegii in keinem Fall, welcher einen aeque privilegiatum angeht, bedienen könne. Wir sagen: allerdings kann er es, nur mit der Einschränkung: wenn es nur ohne Beeinträchtigung oder Stöhrung von des andern privilegio ge-

geschehen kann. z. E. Caius und Titius bekommen das Privilegium Karten zu machen. Caius kommt herunter, kann sein Gewerb nicht mehr treiben. Nun möchte er aber ein Spielchen machen, Qu. Wo muß er die Karten nehmen? Rsp. Nicht beim Titio; denn er beeinträchtigt ihn nicht, wenn er die Karten wo anders nimmt. Ein anderes Beispiel sey:

Caia und Tullia hatten sich für einander verbürgt. Nun aber sagte die Caia: ich habe ein Privileg. nämlich das Sctum Vellej. daß ich meine Bürgschaft nicht halten darf; Tullia sagt: ei, das hab ich auch: so heben wir nach der Regel ꝛc. die beiden Privilegia auf. Rsp. quod non! Ihr habt die Regel falsch erklärt.

Jedoch, anders ists, wenn die Privilegia in *Collision* kommen i. e. si privilegiorum concurrentium unum alteri impedimento est, quo minus quilibet suo iuri frui possit. qu. quid hic est Iuris?

Rsp. Die Privilegia, die in Collis. kommen sind entweder einerley. Hier ist die Regel: daß sich keiner (in dem Fall) seines Privilegii bedienen kann; hier gilt also das ius commune. Ponamus: ein Minderjähriger borgt Geld bei einem andern Minderjährigen und wendet das Geld schlecht an. Der minderjährige Gläubiger klagt nun wider den Schuldner: dieser excipirt, daß es nicht gut verwendet worden, er bediene sich der Restitut. in integrum. Der Gläubiger sagt — ja ich komme in Schaden — ich bediene mich derselben auch. Hier sind zwey Privilegia *in collision* und werden dadurch beide aufgehoben. Conferatur. L. 6. §. 11. de Minoribus.

Excipe, es müste denn seyn, daß der eine de lucro captando, der andere de damno evitando stritte; hier kann sich der letztere seines Privilegii bedienen. Oder 2) von verschiedener Art. Hier gilt die Regel; Fortius privilegium praefertur debiliori.

Fortius ist

a) einmal das Privilegium desjenigen, der mehr begünstigt ist. So z. E. sind die Privilegia reipublicae fortiora, als die der Weibspersonen, minorum etc.

b) Das Privilegium minoris ist fortius, als das Privilegium foeminarum et filiorumfamilias.

c) fortiora sind auch privilegia derer, die gedoppelt privilegirt sind. z. E. es ist einer Filiusfamilias und minor zugleich.

Doch gilt auch hier in diesem letzten Fall die Ausnahme: wenn der eine de lucro captando und der andere de damno evitando streitet, so hat der letztere den Vorzug.

§. 106. 107. Qu. Wie die Privilegia aufgehoben werden und wegfallen können?

Rsp. Die Ratio kann

I. in dem Privilegio selbst liegen. Hier sind folgende Fälle zu merken:

1) Die Privilegia temporaria fallen lapsu temporis weg.
2) Die Privilegia personalia fallen mit dem Tod des Privilegiati weg. Es ist gleich viel, ob einer natürlich stirbt, oder civiliter mortuus wird.
3) Die Privilegia realia gehen nur durch den gänzlichen Untergang der Sache verlohren, z. E. die Mühle zu N. hatte die Zwangsgerechtigkeit als ein Privilegium erhalten; nun führt eine Wasserfluth die ganze Mühle weg, so ist auch das Privilegium verlohren.
4) Die Privilegia cum dignitate conjuncta fallen mit dem Verlust der Dignitaet weg. z. E. der Herr Pastor hatte die Braugerechtigkeit ꝛc.

II. In der Person, und zwar so wohl in der Person des Privilegirten, (§. 110.) als des Concedentis, wenn nämlich letzterer das Privilegium widerruft.

Qu. In welchen Fällen kann der Fürst Privilegia widerrufen?

Rsp. Es ist ein Unterschied zu machen, zwischen privilegiis gratiosis et onerosis s. conventionalibus. Was die erstern anlangt, so glaubte Hellfeld, der Princeps könne sie immer widerrufen, und die seiner Meinung beitreten, sagen: die Privilegia seyen wie leges zu betrachten, diese könne der Fürst immer ändern, weil er sich dadurch die Hände nicht habe binden wollen. Hommel, Wernher und andere bestreiten diese Meinung aus dem Grund: ein Privilegium gratiosum sey wie eine Donation zu betrachten; die Donationen aber sind unwiderruflich, folglich auch diese Privilegia. Allein alles Disputiren in abstracto ist hierüber vergebens. Man muß in concreto auf die Worte

Worte sehen, mit welchen das Privilegium verabfast ist. Sind sie Vertragsmäsig abgefaßt, so ist das Privilegium unwiderruflich; stehen aber die Worte darinnen, bis auf weitere Verordnung, dann ists evident genug, daß sich der Fürst das Ius revocandi vorbehalten habe.

In Ansehung der conventionellen und oneroso titulo erworbenen Privilegien statuirte Hellfeld ebenfalls die Widerruflichkeit,

1) Wenn der Nachfolger in der Regierung durch den Vertrag seines Vorgängers nicht verbunden wird, d. h. wenn er ein successor singularis ist.

Wir halten uns vom Gegentheil überzeugt aus folgenden Gründen:

a) denn jeder Regent stellt den Staat im Ganzen vor; wer also mit dem Regenten paciscirt, paciscirt mit dem Staat; wird der Regent verbunden, auch der Staat; und wird der Staat verbunden, so ruht diese Verbindlichkeit auch mit auf dem Successore singulari. Conferatur. Mosers Staatsrecht.

b) Hiermit stimmt auch die Praxis im ganzen Reich überein. Conferantur Kloks Consilia. Tom. I. et II.

2) Wenn sonst eine andere rechtmäsige Ursache vorhanden ist. (davon wird §. 108. die Rede seyn.)

§. 108. Zu den sub n. 2. angeführten causis iustis gehört:

1) *necessitas l. utilitas reipublicae.*

Dies ist ausgemacht. Salus publica suprema lex est. Es kommt hinzu: daß dieser Fall bei jeder Landesherrl. concession stillschweigend ausgenommen ist.

Dies trift oft bei Ertheilung der Monopolien zu, ob gleich auch manchmal viel Misbrauch dabei vorgeht. Deswegen merke man:

a) daß das Privilegium würklich zum Verderben des Landes gereichen müsse, wenn der Fürst es soll revociren können.

b) Es muß gerichtlich erörtert werden, ob dem auch würklich so sey, was man vorgiebt. Der Princeps darf nicht etwa nur vorgeben, daß es schädlich sey. Conferatur Struben in seinen rechtlichen Bedenken ꝛc.

c) Der Privilegiatus muß entschädigt werden; jedoch nur in Absicht auf den wahren Schaden, nicht in Absicht auf den entgangenen Gewinn — Lucrum cessans non praestatur.

Ratio: kein Bürger darf sich mit dem Schaden des ganzen Staats bereichern.

§. 109. 2) Abusus privilegii — dieser besteht in einer zweckwidrigen Anwendung des Privilegii, sive gratiosi s. conventionalis. Sed NB. Der Abusus muß sich auf einen dolum gründen, sonst wird ein tummer abusus blos bestraft. Hellfeld in Fine §phi sagt: *denegare nequit.* Dies ist falsch. Wenn der andere den modum nicht erfüllt, so hab ich kein ius recedendi, sondern agendi, ut impleat modum. So siehts bei den Verträgen aus. Pacta ineuntur: ut serventur, non ut discedere queas pro lubitu.

§. 110. In der Person des Privilegiati kann
3) Der Grund liegen. Das Privilegium fällt weg,
a) *renunciatione.* Dies hat keinen Zweifel.
b) *non usu.* Dies ist controvers.

Qu. Ob durch einen blosen Nichtgebrauch Privilegia verlohren gehen können?

(Es ist die Rede nicht davon, wenn ein anderer das Privilegium in Besitz genommen, und nun der Privilegiatus es verliehrt; das ist extra dubium, daß man es so per praescriptionem verliehren könne.)

Rsp. wir haben dreyerley Meinungen. Einige statuiren

1) In zehn Jahren giengen sie verlohren. Dies glaubt Herr von Pufendorf. Er bezieht sich auf den L. 10. D. de Nundinis. Allein diese Meinung findet keinen Beifall. Die Verordnung paßt blos auf die Jahrmärkte, nicht aber auf alle Privilegia.

2) Andere sagen: per non usum XXX. annorum. So Leyser und Reinhardt mit Hellfeld, und zwar aus zwey Gründen:

a) weil man von dem, der sich seines Privilegii nicht bedient, vermuthen müsse, daß er es nicht mehr haben wolle.

b)

b) ex c. 6. x. de Privilegiis. Allein dieser lex ist nicht für die Meynung dieser beiden Rechtslehrer; denn es ist nicht von dem bloßen *non usu* die Rede. Der Bischoff war ja in Possessione und hatte per praescriptionem acquisitivam das Privilegium der Zehendfreyheit acquirirt; und die dreyßig Jahre sind nur in facto gegründet.

3) Andere behaupten, daß die Privilegia per solum non usum in der Regel nicht verlohren giengen; es müßte denn ein ausdrücklicher Lex, wie von den nundinis da seyn. Dies ist die richtigste Meynung. Denn jede Handlung, welche eine Folge von einem unbezweifelt zuständigen Recht ist, ist merae facultatis. Actus merae facultatis aber werden nie praescribirt.

LIB. I. TIT. V.

De statu hominum.

§. III. Ius apud veteres dispescitur in ius 1) personarum, 2) rerum et 3) actionum.

Ius personarum bedeutet diejenigen Befugnisse, die ein Mensch seines Zustandes wegen hat. Nimmt man aber das Wort ius, pro iurisprudentia, so heist Ius personarum der Theil der Jurisprudenz, der von den Befugnissen handelt, die ein Mensch wegen seines Zustandes hat.

Status hominis est iuridice, qualitas, a qua dependent iura et obligationes.

§. 112. Der Mensch hat diese Qualitaet entweder von Natur, das ist sein status naturalis, oder er hat sie dem Staat zu verdanken, status civilis, welcher wieder sehr verschieden seyn kann.

Die Römer haben diese Species auf 3. reducirt, und wir behalten sie bei, ob sie gleich die Eintheilung nicht erschöpft:

Sie theilten aber statum civilem ein

1) in statum libertatis. Dieser ist der vornehmste, weil man keinen andern statum haben kann ohne diesen;

2) in statum civitatis — der besteht darinn, daß jemand Bürger in civitate quadam ist.

3) in statum familiae — daß jemand ein Mitglied einer gewissen Familie ist.

NB. Dem Patrifamilias wird dieser status per excellentiam in specie beigelegt.

§. 113. Persona 1) idem est, ac homo. So zuweilen in der Jurisprudenz z. E. bei der Eintheilung in physische und moralische Personen.

2) homo, qui certo statu gaudet. Diesen Begriff verbinden die heutigen Juristen mit dem Wort persona. Conferatur *Hertius* (Giesens.) de uno homine plures personas sustinente, in opusculis suis Volum. 1. zu finden. In dieser Bedeutung kann ich drey Personen zugleich, — so viel Personen vorstellen, als ich status habe.

Hommel in rhapsodia, observat. 286.

3) in sensu strictiss. — *homo, qui statu civili gaudet.* Diesen Begriff hatten die römischen Icti. Das oppositum ist hier:

Rsp. Unter den rebus werden bei den Römern auch Menschen verstanden, d. i. solche, die keinen statum civilem haben, l. qui sine capite sunt.

§. 114. Homines secundum statum naturalem dispescuntur.

1) ratione nativitatis in natos et pascituros. Natus est is, qui ab utero matris plene separatus est; nascturus, qui ab utero matris nondum plene separatus est. Die wurden nach dem altrömischen Recht als ein pars viscerum maternorum gehalten i. e. nicht für Menschen, sondern für einen Theil des schwangern Leibs angesehen. Dies Principium kam von den Stoikern her. Sie glaubten, so lange der Mensch nicht gebohren ist, ist er noch nicht beselt, folglich kein Mensch. Allein dies Principium, das sehr üble Folgen hatte, wurde nach und nach abgeschaft; man hat also iure novo den nascituris menschliche Rechte verstattet. Daher das Principium: Nascturus pro iam nato habetur quoties de commodo eius sermo est.

Daraus folgt:

1) nascturis ergo nulla laesio nec mors inferri debet.

Conferatur L. 2. D. de mortuo inferendo.

2) Es

2) Es genieſt auch die Mutter gewiſſe Rechte, die ſich auf favorem naſcituri beziehen. Z. E. Daß ſie mit keiner Strafe belegt werden kann, die ihrer Leibesfrucht ſchaden könnte; nach der Regel: calamitas matris naſcituro nocere non debet.

3) Daß den naſcituris ihre iura bis zur Geburt in ſalvo gelaſſen werden müſſen. Kommt aber das Kind als mortuus auf die Welt, ſo nimmt man dieſe fiction an, als ob man ihm nie hätte dieſe Rechte zugeſtehen wollen, als ob man ihm nie hätte die Erbſchaft oder ſonſt ein commodum deferiren wollen. Darauf kommt viel an. Denn nun wird nicht der nächſte Verwandte des Kindes Erbe, welches geſchieht, wenn es nur einen Augenblick gelebt hat. Das Beſchreien der vier Wände iſt ein ſicheres Kennzeichen; eine mäßige Bewegung iſt hinlänglich.

Rat. Praeſumitur vita, mors non praeſumitur;

Conferatur L. 3. D. ſi pars hereditatis petatur etc. Nach dieſem lege müſſen drey Theile von der Erbſchaft den naſcituris aufgehoben werden.

Nati 1) ratione formae ſunt l. monſtroſi l. non monſtroſi.

1) Monſtroſi ſunt, qui capite humano deſtituuntur. Man zählt dreyerley Arten: 1) die ein brutum vorſtellen. 2) Die keinen Kopf haben. 3) Die alle menſchliche Glieder, aber einen thieriſchen Kopf haben. Dieſe ſollen nach den L. XII. Tab. getödtet und in die Tiber geworfen werden. Ausgemachter iſts, daß ſie keine menſchlichen Rechte haben. Non monſtroſi — qui habent caput humanum. Dieſe haben alle menſchliche Rechte, und wenn ſie auch ein portentum ſeyn ſollten. *Portentum* ſ. *oſtentum* qui caput quidem habet humanum, alia autem corporis parte laborat conformatione.

§. 115. Nati 2) ratione vitae ſunt l. vivi 1) dieſe genieſſen die Rechte, die ihnen aufbehalten worden 2) ſie transmittiren ſie auf ihre Erben. Dies iſt ein ſehr erheblicher Umſtand; l. *mortui* (Todgebohrne) His iura ad nativitatem usque ſuſpenſa non cenſentur delata i. e. die Rechte, die ihnen aufbehalten worden, werden als nicht aufbehalten betrachtet. Alſo können Todgebohrne keine Rechte auf ihre Erben transmittiren, nach dem Sprichwort: todte Hand nimmt

nimmt kein Erbe. Conferatur Eisenhardt in seinen deutschen Sprüchwörtern ꝛc.

Qu. Wie kommt man bei dem Streit aus, ob das Kind tod oder lebendig zur Welt gebohren sey?

Rsp. Es finden Beweis und Vermuthungen statt.

I. Beim Beweis muß man auf den Unterschied acht geben, ob das Kind vorhanden sey oder nicht. Im ersten Fall, muß ocularis inspectio mit Zuziehung der Aerzte und Chirurgorum vorgenommen werden. Die Medici wissen das aus vielen Versuchen. Z. E. der bekannten Lungenprobe, welche unsre hiesigen Medici und fast alle neuere gänzlich verwerfen.

Im 2ten Fall — findet der Beweis durch Zeugen statt. Dieser ist ein natürlicher. Z. E. Die Amme sagt: sie habe es gesehen; oder künstlicher, wenn solche Umstände angegeben werden, woraus man zuverlässig schliessen kann, daß das Kind gelebt habe.

Ferner gehört auch hieher die Eides delation; diesen Eid legen die Erben des Mannes der Mutter auf.

II. Vermuthungen. Es wird vermuthet, wenn es iusto tempore gebohren worden, i. e. im siebenden Monath a tempore conceptionis an.

§. 116. Nati 3. ratione modi nativitatis sind entweder aus einer rechtmäsigen Ehe erzeugt, oder nicht. Im ersten Fall heißen sie legitimi (ehliggebohrne) im zweyten illegitimi (unehliggebohrne) Kinder.

I. Was die erstern anlangt, so sind sie entweder in rechtmäsiger Ehe empfangen, oder doch wenigstens darinn gebohren. Eins von beiden ist genug; wenn sie nur in matrimonio putativo gezeugt oder gebohren sind. Matrimonium putativum, die vermeintliche Ehe, ist diejenige, welche bona fide zwischen denjenigen eingegangen worden, die sie eigentlich nicht eingehen konnten.

Auch diejenigen sind legitimi, die gleich nach der Trauung gebohren werden, wenn sie nur der Vater pro legitimis erkennt, oder die Mutter den Vater de paternitate überführt. Die Mutter muß also das onus probandi übernehmen, rat.

a) quia nemo deliquisse praesumitur.

b) Iura

b) Iura praesumunt tantum: patrem esse, quem iustae nuptiae demonstrant, non vero praesumunt, patrem esse, quem sponsalia demonstrant.

Partus septimestris muß für legitim gehalten werden, wenn nämlich seit dem Trauungstag, 182 Tage vorbei sind. Man braucht sich gar auf keine Untersuchung einzulassen. Der L. 12. D. h. t. ist klar und Hippocrates statuirte es schon.

Partus decimestris — a morte patris pro legitimo praesumitur. Hier dissentiren aber die Aerzte eben so sehr, als die Rechtsgelehrten. Heister, einer unsrer angesehnsten Medicorum, behauptet, der dreyzehnte Monat müsse noch gelten. Hellfeld folgt dem Leyser und nimmt eilf Monate an. Wir glauben mit andern Rechtslehrern demohngeachtet bei den Gesetzen stehen bleiben zu müssen. Diese sagen deutlich, daß nur partus decimestris für legitim gehalten werden kann, ex rat. 1) L. 13. D. de suis et legitimis heredibus, wo es heist: partus post decem menses non admittitur ad hereditatem.

2) Ex L. 4. C. de posthumis heredibus instituendis.

Die Dissentientes führen die Novell. 139. an; aber dort ist von einem ganz andern Fall die Rede.

Conferatur Puttmann de partu undecimestri. Lipsi. 1739.

II. Was nun aber die Unehliggebohrnen betrift, so gehören zu ihnen

1) incestuosi
2) adulterini
3) Spurii — qui ex stupro nati sunt
4) Vulgo quaesiti — aufgelesene oder Findelkinder — ex fornicatione cum meretrice nati. Meretrix est, quae plures promiscue admittit.

Hierbei noch die Frage: Ob die Geburt der Braut für legitim zu achten oder nicht?

R. Einige behaupten, ein solches Kind wäre schlechterdings illegitim z. E. Bienemann de sponsae partu spurio Goetting. 1753. Andere sagen, in zweyen Fällen müsse eine Geburt für legitim gehalten werden.

1) Ob contumaciam sponsi. Conferatur Pufendorf Tom. I. observ. 210.

2) Wenn

2) Wenn ob mortem sponsi l. alium casum fortuitum die Ehe nicht vollzogen werden kann.

Und dies ist denn auch die richtige Meinung. Beweis: Cap. 12. † qui filii sint legitimi. Dazu kommt noch: in Dubio soll immer die gelindeste Meinung angenommen werden, ex L. 35. D. de re iudicata.

Conferatur Eisenhardt de nato ex sponsa — und Struben im rechtlichen Bedenken, p. 3. p. 456.

§. 117. Homines porro 3) ratione status dispescuntur in masculos et foeminas.

Giebt es Hermaphroditen, (von Hermaphroditen hat Herr Geheimder Hofrath Delius in Erlang ein einziges Beispiel in dem fränkischen Magazin ꝛc.) so ist die Regel: er soll sich zum praevalirenden Geschlecht halten, ex L. 10. D. h. t. Es muß aber die Besichtigung vorgenommen werden, ehe er sich für ein Geschlecht erklären kann.

Masculi et feminae haben in der Regel einerlei Rechte. Doch giebts Ausnahmen:

I. In die feuda können 1) nur masculi succediren, 2) nur masculi können Ehrenämter verwalten, 3) ratione patriae et maritalis potestatis haben sie wieder einen Vorzug.

II. Aber auch die feminae haben Praerogativa.

a) ex Senatusconsulto Velleiano, dürfen sie die Bürgschaft nicht zahlen.
b) Ignorantia iuris feminis non nocet.
c) ratione dotis,
d) ratione pubertatis et
e) in iure criminali, bei gewissen Strafen haben sie Vorzüge.

Conferatur Bruckmann de sexus differentia.

f) Ferner ist das Hebammen-Amt ein sehr wichtiges Amt; denn von ihrer Aussage hängt oft Tod und Leben ab.
g) Ferner von einem Facto kann eine Frau eben so gut urtheilen, als ein Mann; ihr Zeugnis ist also eben so gut, wie seines.

§. 118. In statu civili ist der Mensch nach dem Naturstande entweder der eigenthümlichen Gewalt eines andern unterworfen, oder nicht. Im ersten Fall heist er bei den Römern

mern: Servus (ein Sklave), im zweyten homo liber (ein freyer Mensch). War ein solcher Mensch nie der eigenthümlichen Gewalt eines andern unterworfen, so hies er ingenuus (freygebohren); war er aber von der Sklaverei entlassen, so hies er libertus oder libertinus (ein Freygelassener). Nämlich libertus, in Beziehung auf seinen Patron, libertinus, in Beziehung auf den Staat.

§. 119. De *servis*. Servi sunt res dominicae alterius potestati subiectae.

In Ansehung ihres Status bei den Römern Die dominica potestas war überhaupt ius, quod domino in servum competit. Zur nähern Bestimmung des Begrifs muß man inter ius Romanum antiquum et recentius distinguiren.

I. Nach dem Iure antiquo hatte der dominus 1) das Imperium 2) das dominium. Ersteres involvirte das ius puniendi. Dies ius war unbegränzt, es erstreckte sich bis auf ius vitae et necis; Der Eigenthumsherr konnte den Sklaven vermöge dieses Rechts selbst hinrichten, wenn er es verdient hatte. Pro lubitu durfte er ihn nicht umbringen. Vermöge des Dominii hatte er

1) Das ius alienandi servos.
2) Das ius vindicandi servos — wenn der servus Z. E. entlaufen war.
3) Das ius de omnibus eorum actionibus disponendi.
4) Das ius acquirendi per servos.

Nach der Regel: quicquid servus acquirit, id domino acquirit.

II. Nach dem Iure recentiori ist die unbegrenzte Strafgerechtigkeit nicht geblieben, sondern ob abusum iurium

1) ihnen das ius vitae et necis genommen worden. Constant. M. nahms ihnen. Ja es wurden nicht einmal andere harte Strafen, (saevitia) sondern nur
2) modica castigatio erlaubt. Conferatur § 2. Inst. h. t.

Qu. I. Wie kann einer ein Servus werden?

Rsp. 1) Per nativitatem. Wer von einer Sklavin gebohren wurde, hies *Verna* und war eo ipso Sklave, nach der Regel: partus sequitur ventrem.

2) Ex iure Gentium (das ist nach unsern Begriffen das Naturrecht). Denn nach dem Kriegsrecht wurde statuirt, daß ein Gefangener Sklave würde. Sein eigener Name war: Mancipium.

3) Ex

3) Ex iure civili, und zwar
a) per venditionem, wenn ein freyer Mensch, der über zwanzig Jahr alt war, sich freywillig in die Knechtschaft verkauft und wirklich von dem lucro participirt hatte.
b) in poenam — zur Strafe wegen eines begangenen Verbrechens. Servitus poenae bestund darinn: daß Verbrecher, welche ad poenam capitalem condemnirt waren, vorher, ehe sie exercirt wurde, pro servis declarirt wurden. Unter Iustiniano ist sie schon aufgehoben worden.

§. 120. II. Von dem heutigen Zustand der Servorum. Dieser ist ganz verschieden von dem Zustand der Servorum romanorum. Unsere Leibeigenen haben gar nichts ähnliches mit ihnen, als dies einzige, daß sie an Ort und Stelle bleiben müssen. Daher passen die römischen Gesetze nicht auf sie. Die heutigen Servi werden eingetheilt in homines proprios (Leibeigene) und Servos conductitios (Dienstbothen.) Homines proprii sunt homines ita in dominio existentes, ut fundum invito domino derelinquere non possint.

Erläuterung:
1) Existunt in dominio
a) weil sie mit den fundis veräußert werden können.
b) weil sie der dominus vindiciren kann, wenn sie entlaufen. Dies ius vindicandi heißt teutsch: das Besatzungsrecht. Daher heißen die Leibeigene: glebae adscripti.
2) Die Leibeigenen sind gleichwohl Menschen, ja sogar Personen; denn
a) sie haben iura personarum, ob sie solche gleich nicht in allen Fällen gegen den Leibherrn brauchen können. Haben sie iura, so folgt daraus:
α) Daß sie nicht laedirt,
β) nicht getödtet werden dürfen. Jedoch haben die Leibherrn das ius morosos coercendi — Den Dienstzwang i. e. eine Befugnis, die Leibeigene mittelst Gefängnis oder auch anderer Strafen zu zwingen, daß sie ihre Dienste versehen. Ja, wenn der Leibeigene sein Gut nicht recht anbauet, kann er abgeäußert werden.

γ) Leibei-

7) Leibeigene acquiriren in der Regel alles für sich, außer dem, was sie ex pacto l. lege dem Leibherrn zu geben schuldig sind. Wie viel sie geben müssen, muß aus ihren legibus particularibus (diese heißen: Eigenordnungen) ersehen werden:

Gewöhnlich ists an vielen Orten:

1) Daß sie zinnsen und frohnen müssen. Frohnen muß auch der Bauer, aber nicht seiner Person wegen, sondern seines Bauernhofs wegen.

Die Zinnsen sind verschieden.

2) Daß sie dem domino das *maritagium* i. e. pecuniam pro consensu domini in matrimonium hominis proprii solvendam — praestiren müssen.

3) Daß sie das mortuarium oder Hauptrecht entrichten müssen.

Mortuarium besteht darinn, daß sie dem Leibherrn von jeder Erbschaft etwas geben müssen. Es betraf manchmal das beste Stück der Erbschaft, manchmal auch nur einen Kapaun, oder sonst was.

8) Leibeigene haben das ius testamenti factionis — wenn nicht ein anderes in den Landesgesetzen verordnet ist. Herr v. Selchow versichert in I. Germ. p. 318. daß sie in allen Orten dies ius haben, außer im Osnabrückischen und den benachbarten Orten. Pottgieser in loco allegato zeigt, wie sie dies ius erlangt haben.

Qu. II. Wie kann ein Mensch ein Leibeigener werden?

Rsp. Leibeigen wurde man ehehin durch die Geburt, durch einen Vertrag, oder ein Gesetz.

1) Durch die Geburt. In den alten Zeiten hatte man die Regel: das Kind gehört zur ärgern Hand. Also waren die Kinder in allen Fällen Leibeigene. Heut zu Tag gehts nach der Mutter.

2) durch einen Vertrag. Ein solcher Vertrag wurde addictio — die Ergebung in die Leibeigenschaft genennt. Sie konnte ausdrücklich und stillschweigend geschehen. Ausdrücklich; Z. E. so setzten unsere Vorfahren oft ihre Person ins Spiel ein: Ein solcher Mensch nun, der das Spiel verlohren hatte, war sogleich ein Leibeigener. Manchmal geschah es auch aus Devotion, daß man sich den Klöstern addicirte. Stillschweigend i. e. wenn einer solche Handlungen unternahm, woraus die Ergebung in die Leib-

eigenschaft geschlossen werden konnte, z. E. wenn er eine Leibeigene heirathete. Daher das Sprichwort: tritst du mein Huhn, wirst du mein Hahn. Oder es begab sich einer an solche Orte, wo das Sprichwort galt: die Luft macht eigen — wie ehehin in Schwaben und der Pfalz zum Theil.

Conferantur Eisenhardts Grundsätze des deutschen Rechts in Sprüchwörtern. p. 75.

3) Durch ein Gesetz. So wurden sonst muthwillige Banquerouteurs Leibeigene.

§. 121. II. Servi conductitii — sind freye Leute, welche sich zu häuslichen Diensten pacto verbindlich gemacht haben.

1) Sie sind freye Leute, und

2) weil ihre servilis conditio pacto herkommt, so kann der Herr auch nicht mehr verlangen, als was consuetudinis ist. Was aber ein solcher servus conductitius noch außerdem acquirirt, das acquirirt er für sich

3) Hat der Herr ein ius castigandi servos conductitios ad operas praestandas; jedoch nur *modice* i. e. ut ne famae, ne *valetudini* noceatur. Denn sonst kann der Servus eine Iniurienklage gegen seinen Herrn anstellen. Im letzten Fall findet actio locati gegen den Herrn statt: tendit ea, ad impendia laeso praestanda damnumque restituendum.

§. 122. *Rustici* sunt homines quoad personam liberi, ast quoad fundos, quos colunt l. inhabitant, servilis conditionis.

Also der Bauer ist in Ansehung seiner Person

1) frei; aber intuitu fundi

2) vilioris conditionis — denn da muß er frohnen und zinnsen, wie ein Servus.

Einige Icti behaupten: alle Bauern wären dem Ursprung nach leibeigen gewesen, nachher hätte man sie frei gelassen. Allein dies Principium ist nicht allgemein wahr; denn wo wir in den alten Zeiten Leibeigene finden, sind sie auch heute noch, wo wir keine finden, sind auch keine gewesen. Conferatur Selchowii Ius German. §. 341.

§. 123. Operae (Frohnen) sind überhaupt Arbeiten, welche mit Leibeskräften zum Besten eines andern praestirt werden müssen.

Sie

Sie werden 1. ratione obiecti in reales et personales eingetheilt. Reales sind diejenigen, welche die Bauern als Besitzer ihrer Güter dem Herrn zu leisten schuldig sind. Das Obiect also ist der Besitz des Guts. Personales — das oppositum; also diejenigen, welche nicht in dieser Rücksicht, sondern lediglich ob domicilium geleistet werden müssen.

2) Ratione modi in Spann- und Handfrohnen. Jene heißen auch Zug- und Pferdfrohnen und werden mediantibus iumentis geleistet. Diese aber werden sine iumentis et solo corporis labore geleistet, z. E. die Dresch- und Jagdfrohnen, das Botengehen, die Wachdienste u. a. m. Die Spannfrohnen müssen in der Regel diejenigen thun, die so viel Güter besitzen, daß sie iumenta halten können. Die Handfrohnen müssen diejenigen thun, die nicht so viel besitzen, daß sie davon iumenta halten können. Z. E. die etwa nur ein Haus, einen Garten haben.

3) Ratione finis, praestantur aut ad usum oeconomicum, aut non. Im ersten Fall heissen sie: operae ordinariae z. E. das Pflügen ꝛc. im zweyten extraordinariae z. E. die Baufrohnen, Wach- und Jagddienste.

4) Ratione quantitatis et qualitatis. Dies ist die wichtigste Eintheilung. Es ist entweder ein Vertrag oder Gesetz vorhanden, in welchem die Frohnen auf eine gewisse Zahl und Art, oder auf Orte eingeschrenkt sind, oder nicht. Priori casu heissen sie, operae determinatae (gemessene), posteriori, indeterminatae (ungemessene Frohnen). Die gemessenen können

a) quoad numerum eingeschrenkt seyn, z. E. der Bauer frohnt vierzehn Tage und fährt das Jahr nur dreymal auf den Markt.

b) quoad locum, z. E. blos die alten Aecker zu bestellen, die Neubrüche aber nicht

c) quoad modum, z. E. blos einspännig oder zweyspännig zu frohnen.

Was die ungemessenen Frohnen betrift, so ist die Frage: Ob die Bauern in dubio dazu verbunden sind, oder nicht? zu untersuchen.

Conferatur Estor in tract. de praesumtione contra rusticos in causis operarum.

Dieser Gelehrte behauptet: daß der Herr die Praesumtion habe, in dubio ungemessene Frohnen von den Unterthanen fordern zu können, und zwar aus dem Grund:

Die Bauern wären ehedem Leibeigen gewesen, als Leibeigene hätten sie alle Dienste praestiren müssen, mithin müsten sie noch ungemessen frohnen, nisi probetur contrarium.

Ihm hat sich entgegen gesetzt Hauptschild, und zwar mit Recht. Die Meinung des Estors kann nicht angenommen werden. Denn seine Hypothese ist nicht allgemein richtig, wenigstens kann es in der Geschichte nicht erwiesen werden, daß alle Bauern Leibeigene waren. Und gesetzt sie wäre wahr, so ist die daraus gezogene Folge falsch. Denn einmal

1) sind die Bauern doch jetzt freie Leute, mithin haben sie die Praesumtion für sich, daß sie auch von den operis frei sind.

2) Haben ja nicht einmal alle Leibeigene ungemessene Frohnen.

Distinguendum ergo:

Der Bauer gesteht entweder, daß er zu einer gewissen Art von Frohnen verbunden sey; Hier ist ganz sicher in dubio die Praesumtion wider den Bauern, und läugnet ers, so hat er das onus probandi, aus dem Grundsatz: restrictio est facti, et non praesumitur, sed debet probari; oder das ist nicht, sondern er läugnet schlechterdings, er sey nicht zur Jagd- oder Dreschfrohn verbunden.

Qu. Quid iuris?

Rsp. Eine allgemeine Regel läst sich nicht geben.

Daher muß man

1) auf leges und pacta sehen, ob man nach diesen nichts heraus bringen kann. Man schlage also das Erb- oder Frohnregister nach; und wenn keines da ist, so mache man schleunig eines.

2) Wenn keine Erbregister oder keine Leges da sind, so sieht man auf die Observanz, die bei andern Bauern gewöhnlich ist; haben andere Herrn das Recht, so geht die praesumtion wider den Bauern: *praesumitur id, quod plurimum fit.*

3) Wenn auch die Observanz nichts bestimmen sollte, so kommts auf den Besitz an.

Anmer-

Anmerkung: Zuweilen ist es per pactum ausgemacht, daß die Bauern statt der Frohnen ein gewisses Geld erlegen. Das heist Dienstgeld.

Zusatz: Das Dienstgeld ist, wenn nicht ausdrücklich per pactum anders verabredet worden, widerruflich, i. e. wenn es auch lange gewöhnlich wäre, daß die Bauern das Dienstgeld entrichtet hätten, so kann der Herr seine Frohnen doch wieder in natura fordern. Warum aber das? Rsp. Ein solches pactum muß in dubio nur als ein Pacht angesehen werden, es versteht sich also nur auf ein Jahr, alle Jahr also kann der Herr abgehen. Und dann kommt noch hinzu, daß nicht zu vermuthen ist, daß sich der Herr seines Iuris habe begeben wollen. Dann zeigts auch das nomen Dienstgeld selbst, opponirt — dem Erbzinns.

Conferatur Struben in rechtlichen Bedenken, part. 4. Nr. 17.

§. 126. II. Nach dem Statu civitatis werden die Menschen eingetheilt in cives et peregrinos. Cives sind diejenigen, welche den statum civitatis haben; peregrini, die ihn nicht haben.

Die Rechte die vom statu civitatis dependiren heissen: ius civitatis. Ius civitatis Romanae s. Ius Quiritium hat entweder eine Beziehung auf den statum publicum; hieraus entsteht das Ius civium romanorum *publicum*. Dahin gehört 1) Das Ius comitiorum s. suffragiorum 2) Das Ius honorum et munerum publicorum. Oder es hat nur Beziehung auf den Privat-Zustand; woraus das Ius civium romanorum *privatum* entsteht. Dies betrift entweder die Person eines römischen Bürgers, oder nur sein Vermögen. Im ersten Fall entstehen:

1) Das ius connubii,
2) Die Iura familiae; im andern Fall aber:
1) Das ius testamenti factionis,
2) Das ius quiritarium,
3) Das ius usucapionis.

Vor den Zeiten des Antonins (dies ist Caracalla) hatten selbst nicht alle römische Unterthanen ius civium romanorum. Unter diesem Antonin aber ist zum Gesetz worden, daß alle Bürger des römischen Staats, das ius civium romanorum

haben sollen. Folglich wären nur davon ausgeschlossen 1) peregrini 2) servi.

§. 127. Der Begrif des heutigen status civitatis ist noch derselbe, nur in einzelnen Fällen weicht er ab, die im Iure Germ. abzuhandeln sind. Doch merke: Ius civium hodie est triplex. Wir haben

1) civitatem universalem — Diese begreift alle Bürger im deutschen Reich.
2) civitatem provincialem. Diese besteht aus den Bürgern, die einem Landesherrn unterworfen sind und sich in einer Provinz befinden. Beide Stücke müssen wohl gemerkt werden. Denn oft betrachten sich Unterthanen von einem Landesherrn als cives und peregrinos.
3) civitatem municipalem. Diese machen diejenigen Bürger aus, welche unter einerlei Gerichtsobrigkeit stehen. Daher kommts, daß viele in einem Ort ja in einem Haus als cives und peregrini wohnen können.

§. 128. Capitis deminutio (die Hauptminderung) ist so verschieden, als der status civilis.

1) Der Verlust des status libertatis ist capitis deminutio maxima.
2) Der Verlust des status civilis — capitis deminutio media und
3) Der Verlust des status familiae — minima.

I. Was die maximam betrift, so kommt sie dem Begrif nach allerdings noch bei uns in Deutschland vor, nur der Würkung nach nicht.

Dem Begrif nach in dem Fall, wenn ein freier Mensch ein Leibeigener wird. Nicht der Würkung nach, denn der capitis deminutus wurde e persona res;

II. Die media kommt nicht nur dem Begrif, sondern auch der Würkung nach noch bei uns vor.

1) Dem Begrif nach, bei allen drei Civitatibus die wir in Deutschland haben, a) *quoad civitatem universalem* — wenn einer in die Reichsacht erklärt wird, b) *quoad civitatem provincialem* — wenn einer des Landes verwiesen wird, besonders wenn die Verweisung mit dem Staupenschlag (fustigatione) geschieht. c) *quoad civitatem municipalem* — wenn jemand nur aus den Gerichten verwiesen wird. Z. E. Wenn einer auf Universitäten relegirt

relegirt wird, so heist es nur: de agro nostro te describimus.

2) Der Würkung nach; denn der capitis deminutus verliehrt das Bürgerrecht, das ist cap. dem. media auch bei uns. Capitis deminutus verliehrt hodie zwar das ius testamenti factionis, connubii et contractuum nicht; (denn diese iura sind nach unsrer heutigen Verfassung keine eigentlichen Bürgerrechte, weil sie jedem Fremden auch verstattet werden) aber diejenigen, die in die Acht erklärt worden, verliehren alle Rechte, sogar die iura humanitatis, mithin auch diese. Die Geächteten haben bei uns gerade den Zustand, den diejenigen bei den Römern hatten, qui hostes iudicati sunt,

Conferatur Not. x) *aliquando bimembris tantum occurrit* i. e. in manchen Orten wird die capitis deminutio nur in maiorem und minorem eingetheilt. Allein das thut nichts, maior bedeutet maximam und mediam zugleich und minor — die minimam.

Conferatur Noodt in tract. probabilium I. Civilis libr. 4. c. 12.

LIB. I. Tit. VI.

De his, qui sunt sui l. alieni Iuris, i. e. potestatis.

§. 129. *Familia* kommt in dreyerlei Bedeutungen vor. Es heist:

1) zuweilen soviel als hereditas. Z. E. iudicium familiae herciscundae.

2) *complexus* eorum, qui a communi stipite dependent. Z. E. die Familie der Karolinger i. e. die Abkömmlinge von Karl dem Grosen.

3) *Societas patris* matrisque familias atque eorum, qui in illorum potestate sunt. Also die Gesellschaft die der Hausvater mit seinen Kindern und Gesinde ausmacht. Es gehört also dazu

a) Societas connubialis b) paterna et c) herilis. Doch wird schon eine Familie genennt, wenn nur zwey von diesen Gesellschaften da sind.

Diese dritte Bedeutung gilt hoc loco.

Die Qualitaet also, daß man ein Mitglied von einer Familie ist, ist der Status familiae. Per excellentiam wird er dem Vater beigelegt.

Nach dem Familienzustand werden nun die Menschen verschiedentlich eingetheilt: Der Mensch steht nämlich sub potestate domestica eines andern, oder er ist ganz frei davon. Im erstern Fall heist er: homo alieni iuris, im letztern: sui iuris s. potestatis. Homo alieni iuris steht entweder: sub dominica potestate, dann heist er: Servus (wovon im vorhergehenden Titel gehandelt worden); oder sub potestate patria, wie z. E. der filiusfamilias. Wenn ich der patriae potestati nicht mehr unterworfen bin, so kann ich doch noch sub cura stehen. Ein solcher ist noch nicht sui iuris, bis er sein 25. Jahr erreicht hat. Erhalt ich aber a principe veniam aetatis, so kann ich alle die Handlungen unternehmen, wozu ich einen Curatorem nöthig gehabt hätte.

§. 130. Die Eintheilung der Menschen nach ihrem Alter gehört eigentlich nicht hieher, sondern in den statum naturalem; doch wollen wir sie hier mitnehmen.

Vor dem siebenten Jahre heissen masculi und foeminae infantes. Nach Verlauf dieses Jahres heist der masculus, ehe er $10\frac{1}{2}$ Jahr und die foemina, ehe sie $9\frac{1}{2}$ Jahr erreicht hat, infantiae proprior, und nach Verlauf dieser Jahre, pubertati propior. Pubes wird der masculus im 14ten Jahr; die foemina im 12ten Jahr viripotens. Hat der Pubes das 25ste Jahr erreicht, so heist er maior s. maiorennis (volljährig); vorher wird er minor s. minorennis (minderjährig) genennt. Der masculus wird im 18ten und die foemina im 14ten plene pubes; vorher heissen sie minus plene puberes.

Obs. In Sachsen sind 21, in andern Ländern noch wenigere zur Majorennitaet bestimmt.

So theilten die Glossatoren ein; aber Eberhardt Otto in comment. ad D. nimmt an: Infantiae proximus sey so viel als ein Mensch, der acht Jahr alt ist, und Pubertati proximus, qui anno distat a Pubertate. Allein kein Lex bestimmt hierüber etwas, wir müssens also unausgemacht lassen.

NB.

NB. Wenn unsere Gesetze von Puberibus sprechen, so verstehen sie in der Regel minus plene puberes. Doch giebts Ausnahmen. Denn in der Lehre von der Adoption ist unter der Pubertate die plena zu verstehen. Ferner, wem alimenta bis zu seiner Pubertate vermacht worden, der soll sie bis zum 18 Jahr bekommen, mithin: usque ad plenam pubertatem.

§. 131. Von dem Unterschied der Menschen nach ihrem Alter, hängen nun verschiedene rechtliche Grundsätze und iura ab.

1) Diese Grundsätze: daß den impuberibus ein iudicium imperfectum, den Puberibus aber perfectum, ast valde lubricum beigelegt wird.

Davon dependirt:

a) daß pacta impuberum nichts gelten.

b) daß die sponsalia impuberum nicht verbinden. Welches gar anders bei Puberibus. Denn bei diesen sind sie gültig, ob sie gleich ob lubricum iudicium, eine Restitutionem in integrum suchen können, wenn sie eine Laesion beweisen können.

c) daß die Impuberes noch sub tutela, Puberes aber sub cura stehen.

§. 132. In gewissen Fällen ist Iure Rom. der Zustand der Kinder vom Zustand der Servorum unterschieden, in gewissen Fällen aber auch wieder nicht.

I. Unterschieden sind sie

In Beziehung auf den Staat. Denn in dieser Beziehung sind die Kinder als ingenui et liberi zu betrachten, die eben so gut, wie die Väter, munera et honores verwalten können; aber nicht die Knechte, die hoc respectu pro rebus oder gar pro nullis et mortuis zu achten sind.

II. Gleich sind sie,

1) In Beziehung auf den Vater. Denn da sind sie beide res mancipi i. e. Sachen, die nur ein röm. Bürger besitzen konnte, und welche das kostbarste von dem, was sie besitzen konnten, ausmachten.

2) So existirten ferner beide in dominio patris et domini.

Diese Principia werden von Gebauer geläugnet. Conferatur Dissertat. eius de patria potestate. Er behauptet darinn, daß sie blos eine richterl. Gewalt über ihre Kinder hatten, und keine eigenthümliche. Allein Herr Gebauer läug-

ner dies mit Ungrund, denn die Römer konnten doch ihre Kinder verkaufen, welches genug von der eigenthüml. Gewalt zeugt. Gesetzt aber, daß sie auch kein völliges dominium wie über ihre Servos hatten, so ist doch falsch, daß sie nicht mehr als eine richterliche Gewalt über sie gehabt haben sollen.

Aus diesen principiis folgt, daß

1) Vater und Sohn nach dem I. R. für eine Person zu halten.
2) daß zwischen Vater und Sohn keine Klage und auch
3) keine Verbindlichkeit statt fand; mithin kein pactum (z. E. die Schenkung.) kein contract zwischen ihnen errichtet werden konnte.

Jedoch dies Principium: Pater et Filius pro una persona habentur, findet nur in Privatsachen, die keine Beziehung auf den Staat haben, statt; in Beziehung auf den Staat ist Filius keine res, sondern civis et ingenuus.

§. 133. 134. Patria potestas est (sec. I. R.) ius quod *patri* in liberos competit. Daraus folgt, daß die Mutter nach dem röm. Recht keine väterl. Gewalt habe: matri quidem honos et reverentia competit, neutiquam vero potestas. Conferatur L. 4. C. de patr. potestate. Distinguendum inter Ius antiquum et recentius.

1) Nach dem Iure R. antiquo involvirte die patria potestas *Imperium* et *dominium*. Der Hausvater stellte in seiner Familie das vor, was der Regent in civitate sua vorstellte. Deswegen wird er in auct. classicis häufig Princeps familiae, imperans genannt, es wird ihm maiestas beigelegt, wie Ulpianus sagt.

Daraus folgt: andere Rechte sind aus dem Imperio, andere aus dem Dominio herzuleiten.

I. Aus dem Imperio fließt

1) Ius puniendi liberos. Dies ius erstreckte sich auch bis auf das Ius vitae et necis. Dies war die facultas legitima capitalia liberorum delicta iuste puniendi. Daß der Vater nur Capital-Verbrechen mit dem Tode bestrafen durfte, sieht man daraus, weil einer, der gelindere Verbrechen oder Vergehungen mit dem Tode bestrafen wollte, aufs empfindlichste von der Obrigkeit heimgesucht wurde.

So

So erzählt z. E. Suetonius, daß ein Vater, der seinen Sohn wegen Faulheit tödtete, gesteinigt wurde.

2) Ius liberis in Testamento tutores dandi.

3) Ius pupillariter substituendi i. e. dem Kind einen Erben zu setzen, im Fall es unmündig ohne Erben sterben sollte.

II. Aus dem Dominio.

1) Ius liberos vendendi

2) Ius noxae dandi liberos, i. e. Kinder, die einen Schaden zugefügt haben, dem laeso zur Entschädigung zu übergeben.

3) Ius vindicandi liberos.

4) Ius acquirendi per liberos. Denn nach dem altrömischen Recht hatten die Kinder kein Eigenthum. Es galt die Regel: quicquid filius acquirit, id patri acquirit. Und so gar von dem peculio, das der Vater dem Sohn gab, hatte er das dominium völlig und konnte es zurück nehmen.

§. 135. 2. Nach dem I. R. recentiori ist die patria potestas von den Kaisern *ob statum monarchicum increscentem* eingeschrenkt worden. Dies ist der einzige Grund, den wir angeben können. Die Einschrenkungen, welche gemacht worden, betreffen aber: zum Theil das Imperium, zum Theil das Dominium. Was ersteres betrift, so wurde

1) das ius puniendi liberos in so ferne eingeschrenkt, daß dem Vater das ius vitae et necis völlig genommen wurde. Zu welcher Zeit dies geschah, ist nicht wohl zu bestimmen. Doch der L. 3. C. de P. P. sagt uns: daß die patres schon damals nur modicam castigationem hatten und übrigens die Kinder bei schweren Verbrechen der Obrigkeit übergeben musten.

2) Das ius liberis tutores dandi und

3) pupillariter substituendi sind geblieben.

In Ansehung des Dominii sind folgende Einschrenkungen gemacht worden:

1) Das ius vendendi liberos hat der Vater ex lege 2. C. de patre qui filios distraxit, nur alsdann, wenn a) von einem neugebohrnen Kinde die Rede ist, und er sich b) in der äuserstен Armuth befindet.

2) Das ius noxae dandi ist ganz aufgehoben worden.

3) Das ius acquirendi per liberos ist einigermasen geblieben.

§. 136

§. 136. *Peculium* heist: ein abgesondertes Gut und man versteht darunter: bona quae homo alieni iuris a rationibus patrisfamilias seu domini separata habet.

Peculium ist das diminutivum von pecunia und heist also: pusillum patrimonium.

Das Peculium ist entweder intuitu militiae, oder alio modo acquirirt worden; daher die Benennungen: peculium militare und pegnaum.

Ersteres betrachteten die Römer 1) intuitu militiae sagatae i. e. desjenigen Dienstes, welcher dem Staat mit Waffen geleistet wird — peculium castrense z. E. der Sold, die Equipage, die Beuten, die Geschenke ꝛc. 2) oder intuitu militiae togatae i. e. des Dienstes, der dem Staat durch Künste und Wissenschaften geleistet wird — quasi castrense. z. E. Dahin zu rechnen: die Kosten, die ein Vater auf das Studieren seines Sohnes wendet; zu Reisen, Büchern, Promotionen; it. was sich ein Filius durch Informiren, Advociren u. d. gl. erwirbt.

Letzteres wurde entweder per patrem oder aliunde acquirirt. 1) per patrem i. e wenn es entweder unmittelbar vom Vater herrührt, oder des Vaters wegen auf das Kind gekommen — profectitium. z. E. was ein Vater seiner Tochter zur Mitgift, seinem Sohn zur Anhülfe giebt; oder ich schenke dem Sohn etwas, weil ich dem Vater nichts zu schenken getraue. 2) aliunde; z. E. was ein Kind von seiner Mutter, Grosmutter ꝛc. bekommt — adventitium.

Rechtsregeln:

1) Beide das castrense und quasi castrense gehören dem Kinde pleno iure zu, der Vater kann also weder den usumfructum, noch die Administration verlangen.

2) Das profectitium kann der Vater dem Sohn wieder nehmen, wenn er will.

3) Vom adventitio steht dem Vater in der Regel die Nutzung und Administration zu. Hat der Vater beides, so heist es: peculium adventitium ordinarium s. regulare; hat er keines von beiden; so heists — extraordinarium s. irregulare.

§. 137. Patria Potestas hodierna ist eine Vermischung des röm. und heutl. Rechts. Conferatur Renz mixtura Iuris

ris Romani et Germanici in materia Patriae potestatis conspicua.

Patria potestas est igitur ius educandi liberos coniunctum cum quibusdam effectibus civilibus. Des Herrn Autoris Defin. ist nicht richtig, denn

1) ist das ius castigandi eos überflüssig, weil es schon aus dem iure educandi fließt; und
2) fliesen mehrere iura aus der patria potestate, als das ius fruendi utendique eorum peculio.

Sie besteht also

1) *in iure educandi liberos.* h. e. facultas liberorum actiones ita dirigendi ut status illorum reddatur perfectior.

Das ist die patria Potestas in Iure naturali et germanico.

2) *in effectibus quibusdam civilibus.* Hierunter verstehe: die iura potestatis Rom. in so ferne sie de Iure novo übrig geblieben.

Im §. wird docirt, daß die patria potestas hodie beiden Eltern zusteht. Dies ist richtig in Absicht auf die Erziehung, weil die Kinder ein to suum beider parentum sind; aber nach dem Iure communi ist es nicht richtig, nach diesem kommen die effectus civiles blos dem Vater zu. z. E. das ius tutores dandi, pupillariter substituendi u. s. f.

Ratio. Das I. R. legt sie blos dem Vater bei, und wir haben kein einziges allgemeines deutsches Gesetz, das diese Iura der Mutter zusprächе. Wir müssen folglich, da wir keine Abänderung erweisen können, es bei dem I. R. lassen.

§. 138. Verschiedene einzelnen Rechte fliesen wieder aus dem Iure educandi und den effectibus civilibus, die umständlich auseinander gesetzt zu werden verdienen.

I. Aus den effectibus civilibus entspringt

1) Das Ius usufructus, welches dem Vater auf das peculium liberorum zusteht.
2) Das Ius tutores dandi. Es ist zwar wahr, die Mutter kann auch einen Vormund setzen, aber nur, wenn sie das Kind zum Erben einsetzt und dann kann es jeder. Dem Vater allein kommt also dies ius zu, contra Hellfeld.
3) Das Ius pupillariter substituendi.

II. Aus dem Iure educandi entspringt

1) Das

1) Das Ius vindicandi liberos. Dies wird zwar in dem allegirten L. lediglich dem Vater zugeschrieben, aber es kommt auch der Mutter zu.

Conferatur Aerodius in tractatu de Iure patrio.

2) Das Recht Ehrerbietung und Dienst von den Kindern zu fordern. Die Dienste sind dreyerley:

a) operae *artificiales* s. fabriles - quae notitiam praesupponunt in arte; wenn z. E. der Junge schon ein Handwerk erlernt hat. Davon die Regel: diese können die Eltern nur so lange praetendiren, als die Kinder in ihrem Brode stehen.

b) *oeconomicae* - quae usum oeconomicum praestant. z. E. die Tochter steht der Mutter im Haushalten bei; und endlich

c) *officiales*, quae ex sola reverentia fluunt. z. E. daß Kinder beiderlei Geschlechts den Eltern in Krankheiten beistehen. Davon die Regel: Beide letztere Dienste können die Eltern beständig fordern.

3) Ius disciplinae domesticae i. e. ius castigandi liberos. Dies erstreckt sich bis dahin, daß ihre Aeltern sie ins Zuchthaus bringen können, wenn gelindere Mittel nicht fruchten wollen.

Qu. Ob dies die Eltern für sich können, oder ob sie es publica auctoritate thun müssen?

Rsp. Leyser allegato loco ist der Meinung, daß der Vater schlechterdings es privata auctoritate thun könne. Allein indistincte kann diese Meinung nicht angenommen werden, sondern nur alsdenn, wenn der Vater blos der correction wegen auf einige Zeit sein Kind dahin thun will; aber eines Verbrechens wegen, zur Strafe, muß es publica auctoritate und mit Zuziehung der Obrigkeit betrieben werden.

4) Die Befugnis, Religion und Lebensart der Kinder zu bestimmen, fliest ebenfalls aus dem iure educandi. Von der Religion versteht sichs jedoch nur von Kindern, die noch nicht ad annos discretionis gekommen sind, denn da können sie sich selbst eine Religion nach gefallen wählen.

Ueber die annos discretionis haben sich die Protestanten und Catholici bis auf den heutigen Tag noch nicht vereinigt. Die Catholici schlugen vor, Kindern von 10 — 14 Jahren müsse die Wahl überlassen werden, die Evangelici sagten,

16

16 Jahr; die Catholici gaben nach bis auf das 15. Jahr, aber die Protestanten haben noch nicht darein gewilligt.

5) Das Recht, so wohl gerichtliche als ausergerichtliche Handlungen der Kinder zu dirigiren, als auch selbst zu expediren.

Diese Rechte haben beide Eltern, aber doch so, daß in dissensu, patris voluntas vorzuziehen ist.

Und dies aus zwei Gründen.

1) weil dem Vater mehr Verstand und Ueberlegung zu zutrauen.

2) weil dem Vater maritalis potestas zukommt. Sind also die Eltern von unterschiedner Religion, so müssen die Kinder in der Religion unterrichtet werden, die der Vater haben will, nisi aliter conventum sit. Diesen Satz agnosciren die Catholici et Protestantes in Deutschland ohne Widerrede. Conferatur *Fabri* Staats = Kanzlei part. 53 pag. 117. Ja wenn auch der Vater tod wäre, so werden die Kinder doch in seiner Religion erzogen, ex praesumta eius voluntate.

§. 139. De modis patriam potest. acquirendi. Patria autem potestas acquiritur triplici modo: aut per nativitatem §. 139. aut per legitimationem §. 140. aut per adoptionem. (Tit. VII.)

I. *Per iustas nuptias.*

Iustae nuptiae sunt, legibus convenienter initae. Dieser modus acquirendi P. P. per iustas nuptias ist ein modus regularis. Die übrigen beiden modi sind nur subsidiarii und finden nur alsdenn statt, wenn der erste modus nicht mehr statt finden kann. Hier haben wir die Regel: Pater est, quem iustae nuptiae demonstrant i. e. Derjenige wird als Vater vermuthet, aus dessen rechtmäsiger Ehe das Kind erzeugt worden. Diese Vermuthung ist sehr vernünftig und gründet sich auf die Rechtsregel: Nemo deliquisse praesumitur.

Diese Praesumtion nun gilt:

1) *Pro patre*, qua praesumtio fortissima. Daher: assertio matris nullius momenti est. Denn die Mutter, die behaupten wollte, daß das Kind nicht von ihm ist, ist ja eine offenbare Verbrecherin, persona infamis und hat daher gar keinen Fidem. Conferatur L. 3. D. de Testibus.

Ja

Ja das Vorgeben der Mutter gilt nichts, und wenn sie es auch sub doloribus partus behauptet hätte, denn sie ist in periculo mortis.

Die peinl. Halsgerichtsordnung artic. 31. behauptet: Ein Delinquent, wenn er unter den Foltern und Torturen auf einen anderen bekennte, soll keinen Fidem haben. Ja wenn sie so gar iureiurando ihr Vorgeben bestättigen sollte, so gilts doch nicht. Denn nach unsern Principiis kann der Eidschwur in praeiudicium tertii nichts würken. Der Fall wäre hier, ergo etc. Endlich verschlägts auch nichts, wenn die Mutter des Ehebruchs schuldig befunden worden wäre; denn es ist keine Folge, wie leicht einzusehen Conferatur L. 11. §. 9. D. ad legem Iuliam de adulteriis. Hier heists: wenn eine Mutter des adulterii mit einem dritten überwiesen worden wäre, so soll doch ein solcher partus pro legitimo gehalten werden. Potest enim esse filius patris, wenn er mit der Mutter inzwischen cohabitirt hätte.

2) *Contra patrem*, zum Vortheil der Mutter und des Kindes, wenn der Vater etwa läugnen sollte, daß das Kind von ihm wäre. Denn die Praesumtion hat favorem partus legitimi für sich. Es kann aber auch der Fall vorkommen, daß ein Kind lieber pro illegitimo erklärt werden will, in diesem Fall, muß das Kind beweisen und wird leicht beweisen können ab favorem partus legitimi, es darf dem natürl. Vater nur den Eid deferiren.

§. 140. Ein anderer Modus acquirendi P. P. ist:

II. *Legitimation* — est actus, quo ex dispositione iuris efficitur, liberos illegitimos pro legitimis habendos esse.

Im Spho heist es: die Legitimatio gründe sich auf eine fictionem iuris.

Fictio iuris ist eine Verordnung der Gesetze, wo ein offenbar falsches factum für wahr angesehen wird. z. E. Nasciturus pro iam nato habetur quoties de eius commodo sermo est; item: daß der adoptivus pro filio vero gehalten werden soll.

Fictio iuris muß nicht mit der Praesumtione iuris verwechselt werden.

Der Unterschied ist der:

Was

Was man fingirt, von dem weiß man, daß es offenbar falsch ist; was man praesumirt, muß man aus einer juristischen Wahrscheinlichkeit für wahr annehmen.

Bei der Legitimation nimmt man zwei Fictiones an.

1) Daß ein unehlig gebohrnes Kind für ein legitimes gehalten werde. Man darf nicht mehr sagen: Ja! man weiß schon, was es eigentlich für ein Kind wäre, sondern man muß sagen: Est legitimus; non censendus tantum, sed est. Legitimatio simplex.
2) Daß die Eltern des legitimirten Kindes tempore conceptionis l. nativitatis sich in iusto matrimonio befunden hätten. Diese Fictio bezieht sich lediglich auf die Legitimationem per subsequens matrimonium und wird retrotractiva genennt. Doch halten angesehene Rechts-Lehrer mit Boehmern dafür, daß diese Fiction völlig ungegründet und unnöthig sey. Conferatur Boehmeri ius eccles. Protest. L. IV. Tit. 17. §. 14. seq.

§. 141. Wenn man die ächten Principia der Legitimation behält, so kann man auch diese doppelte Fiction gar wohl entbehren. Man muß nur den gehörigen Unterschied zwischen dem römischen und canonischen Recht nicht übersehen:

1) Nach dem römischen Recht ist das ächte Principium: Legitimatio est beneficium patri ad acquirendam patriam potestatem concessum. Folglich kommt die Legitimation nur den Vätern zu statten, die bei Erzeugung der Kinder kein Delictum begangen haben, weil Delinquenten nach dem I. R. keiner Wohlthaten fähig sind. Also können l. R. nur legitimirt werden: liberi naturales i. e. qui ex concubinatu procreati sunt. Also nicht spurii, nicht vulgo quaesiti, nicht incestuosi, auch nicht adulterini; Ratio: weil sie ex delicto patris gezeugt sind.
2) Nach dem Iure Canonico ist das ächte Principium: Favor matrimonii. Daher gilt die Regel: Wo tempore legitimationis die Ehe statt findet zwischen Eltern, die ein solches unehliches Kind gezeugt haben, da findet auch die Legitimation statt. Also:
   a) bei liberis naturalibus,
   b) bei spuriis und gewissermasen auch

c) bei adulterinis. Denn es ist im Iure Canonico nicht schlechterdings verboten, daß der Adulter die Adulteram nicht heirathen darf.

Conferatur Brokes tract. partum adulterinum per subsequens matrimonium succedere.

v. Pufendorf observ. Tom. I. observ. 163.

§. 142. Zur Legitimation ist erforderlich:

1) so wohl die Einwilligung der Eltern

2) als auch der Kinder, welche legitimirt werden sollen, weil das Kind, das legitimirt wird, per legitimationem in patriam potestatem legitimantis kommt und folglich aus einem homine sui iuris, homo alieni iuris wird.

Die Einwilligung der Eltern ist erforderlich, weil die Kinder per legitimationem heredes necessarii werden.

Merke das Rechts Principium:

Quotiescunque de alicuius singulari praeiudicio agitur, toties eius consensu est opus.

§. 143. De variis modis legitimationis. Wir haben in den Gesetzen drei modos.

I. Legitimatio per oblationem curiae. Dies war überhaupt ein Stratagem der Römer.

Curia bedeutet hier den Senat in den röm. Municipal-Städten. Dieser hat, wie der Senat zu Rom negotia publica zu besorgen. Die Senatores heisen Decuriones, daher der Senat selbst Decurionum ordo.

Legitimatio per oblationem Curiae est igitur actus, quo liberi ex illegitimo coitu procreati, curiae offeruntur, hocque facto tam curiae subiiciuntur, quam iura legitimorum aliaque commoda nanciscuntur. Diese oblatio curiae rührt vom Kaiser Theodosio her. Der Lex constitutionis ist: L. 3. Cod. de naturalibus liberis. Die Veranlassung dazu war diese: Die Decuriones durften sich nie von ihrer curie entfernen, sie durften kein pactum eingehen, nicht auf dem Lande wohnen, und wenn einer starb, muste er einen grosen Theil seines Vermögens der Curie geben, und hatten auch sonst noch grosen Aufwand. Wegen dieser Beschwerden, nun machte der Kaiser die löbliche Verordnung, daß wer ein unehliches Kind der Curie widmen würde, der sollte dadurch alle Rechte der Legitimation erhalten.

II. Legitimatio per subsequens matrimonium besteht darinn, daß, wenn Eltern auf eine unrechtmäßige Weise ein Kind mit einander gezeugt haben, nachher einander auf eine rechtmäßige Weise heirathen, per hoc subsequens matrimonium, das Kind legitimirt seyn soll. Diese Legitimatio giebt dem Kinde alle Rechte, auch die Rechte der Successiion und nicht blos maculae abstergendae beneficium. Sie haben alle Rechte, nur in die R. K. Gerichte dürfen sie nicht. Der L. 5. Cod. de natural. liberis, sagt uns, daß Constant. M. diese Verordnung gemacht habe, um den Concubinat abzuschaffen. Das Kennzeichen derselben ist jetzt die priesterl. Trauung. Sonst nahm die Mutter einen Mantel um, und die Kinder musten während der Trauung darunter kriechen, daher sie Mantelkinder genennt wurden.

III. Legitimatio per rescriptum principis d. i. wenn der Fürst auf eine gebetene Legitimation rescribirt und den illegitimum in dem Rescript pro legitimo declarirt.

Nov. 47. Cap. 2. et Nov. 89. cap. 9. handelt davon und zeigt, daß Iustinian diesen modum, aber nur in subsidium eingeführt habe i. e. wenn der vorige modus per subsequens matrimonium nicht mehr statt findet.

Es versteht sich von selbst, daß die Legitimatio per oblationem curiae hodie wegfällt und folglich nur noch die zwei übrigen modi bleiben.

§. 144. De effectibus legitimationis.

Sie sind anders in Ansehung des Vaters, anders in Ansehung des Sohnes. In Ansehung des Vaters ist die Wirkung: Acquisitio patriae potestatis. In Ansehung des Kindes: daß es das Ius Successionis und die Iura familiae bekommt. Jedoch nicht indistincte. Es ist ein Unterschied zu machen zwischen der Legitimatione per subsequens matrimonium und per rescriptum principis. Was die Legitimationem per subsequens matrimonium anlangt, so ists auser allem Zweifel: die Kinder haben das Ius successionis. Doch hat Leyser ein Beispiel in contrarium, nämlich, daß die Legitimation nicht rückwärts wirkt, wenn der Vater ante legitimationem per subsequens matrimonium schon rechte Kinder hat, so sind diese primogeniti, obgleich die legitimati älter an Jahren sind. Bei der Legitimatione per rescriptum

principis aber ist es noch streitig, wenn tempore legitimationis schon liberi legitime nati vorhanden sind.

Conferatur Carpzov parte 2. constit. 6. defin. 27.

Dieser angesehene Rechtslehrer behauptet mit andern, daß sie das Ius successionis nur unter folgenden requisitis haben:

1) wenn der Vater bei dem Principe ausdrücklich um das Ius successionis gebeten.
2) Wenn diese Bitte verwilligt worden mit der clausul: non obstantibus liberis legitimis succedat tamen legitimatus.
3) Die Legitimi müssen den Pflichttheil erst vorausbekommen, dann mit den Legitimatis succediren.

Allein in der angeführten Novelle 89. steht nichts hievon. Ayerer zu Göttingen hat in diss. de rescripto principis legitimationi plenissimum effectum tribuente licet liberi legitimi exstent, diese Meinung auch schon anno 1746. impugnirt.

Wir treten der Meinung des Herrn v. Pufendorfs in observat. 241. Tom. I. bei, welcher sagt, daß liberi illegitimi et per rescriptum principis legitimati, als legitimati kein ius successionis haben.

Denn

1) ein Vater, der schon rechtmäßige Kinder hat, soll nicht adoptiren dürfen, damit er ihre Erbschaft nicht schmälere. Conferatur L. 17. §. 3. de adoptionibus, hier ist par ratio, ergo.
2) wenn ehliche Kinder vorhanden sind, soll der Vater derselben, den unehlichen samt der Mutter nur unicam unciam zuwenden dürfen. Conferatur L. 2. C. de natural. liberis.
3) Iustin. sagt nicht ohne Raison in der Nov. 89. c. 12. daß er in solchen Fällen nicht legitimiren wolle, wo schon legitime nati vorhanden sind.

§. 145. Auser diesen Effectibus kommt nach dem heutigen Recht noch einer hinzu. Er ist der: ut macula nativitatis eluatur.

Es ist eine uralte Gewohnheit in Deutschland, daß Kinder von unehlicher Geburt unbilliger Weise verachtet werden. Vid. die Kammergerichtsordnung — das Ius Canonicum. Diese Schande soll von ihnen genommen werden. Daher geschiehts oft, daß Kinder blos dieses Effects wegen legitimirt

mirt werden. Die Legitimatio ist folglich hodie l. minus plena, welche nur die Würkung hat, daß das Kind von dem Schandfleck der unehlichen Geburt befreyet wird; l. plena, welche auch die übrigen effectus producirt.

Unterschied:

1) plena erfordert allemal consensum patris, minus plena kann non consentiente, ja sogar invito patre geschehen.
2) minus plena geschieht allzeit per rescriptum principis, ast plena non semper, etiam per subsequens matrimonium.
3) minus plena kann bei allen Arten von illegitimis statt haben; plena aber nicht.

§. 146. Legitimati bekommen alle Vorzüge der ehlichen Geburt, jedoch nur salvo iure tertii quaesito.

Daraus folgt:

1) Daß legitimati nicht in die feuda succediren können. Das Gegentheil behauptet

Greineisen, de success. in feuda filiis per subsequens matrimonium legitimatis non deneganda. Allein wider ihn dient folgendes:

a) Es ist nicht zu praesumiren, daß der Stifter der Lehen, habe die Unehlichen für successionsfähig erklären wollen.
b) haben wir den klaren Text in den libris Feudorum, welcher diese Meinung bestättigt.
c) Es kommt hinzu, daß wir eine Menge deutsche Landesgesetze haben, in welchen den legitimatis die successio feudalis abgesprochen wird, und kein einziges deutsches Gesetz, in welchen sie ihnen zugesprochen würde.
d) Schon im 16. Saecul. hat man anerkannt, daß nach den deutschen Rechten legitimati in feuda nicht succediren können.

2) Daß den Primogenitis durch die Legitimation kein Nachtheil an dem Iure Primogeniturae zugefügt werden darf. Und wenn der Vater gleich nach dem Tode seiner Frau die Maitresse heirathet, so wird sein mit dieser, als Maitresse gezeugter Sohn, ob er gleich früher zur Welt kam, doch nicht Primogenitus, sondern der mit seiner Frau in rechtmäsiger Ehe gezeugte Erstgebohrne, hat dies Ius Primogenitu-

genituras als ein ius quaesitum, das ihn jener per legitimationem nicht nehmen kann.

NB. Dieser Fall ist auch bei Prinzen wohl zu merken.

3) Die Legitimati bekommen auch kein Ius in die Familien-Fideicommiss-Güter. Denn wenn der Stifter eines Fideicommissi familiae keine Erben hinterläst, so haben die Agnaten das erste ius darauf. Dies dürfen Legitimati nicht schmälern.

§. 147. Legitimatio befreit von dem Schandfleck der unehlichen Geburt. Sie macht also eine Ausnahme und ist mithin eine Art von Privilegien. Daraus folgt: daß nur diejenigen per rescriptum legitimiren können, welche Privilegia ertheilen können. Also

1) Der Kaiser im ganzen Reich, und zwar l. immediate wenn er selbst ein Rescript erläst; l. mediate per comites Palatinos. (Kaiserliche Pfalz- oder Hofgrafen.) Comites Palatini sunt, qui ab imperatore constituti sunt ad id, ut eius auctoritate varia imperatoris reservata exerceant. Diese creiren also Doctores (die man Bullendoctores nennt, machen Notarien und legitimiren Spurios.

Es sind aber viele Reichsstände, die es nicht leiden, daß Kaiserliche Pfalzgrafen in ihren Landen legitimiren dürfen, sine consensu principis s. domini territorialis. Conferatur Griebner allegato loco §. 8. et Voltaire observat. Iuris Tom. I. pag. 52. Dieser zeigt besonders, daß dies in den Preusischen Landen durchaus nicht angehe.

2) Haben auch das Ius legitimandi per rescriptum die Reichsstände in ihren Landen. Aber ob so ein Legitimatus auch auser Land dafür gehalten werden müsse, ist noch eine Frage, welche behauptet wird §. 93. wo de statutis personalibus die Rede ist. Die minus plenam legitimationem kann ein Fürst auch invito patre ertheilen, denn der natus verliert dadurch nichts. Er kann sie auch ertheilen allen Liberis illegitimis, sie mögen Spurii, adulterini oder incestuosi seyn.

LIB. I. TIT. VII.

De adoptionibus, emancipationibus et aliis modis, quibus Patria Potestas solvitur.

§. 148. III. Adoptio (Annehmen an Kindesstatt — Wahlkindschaft; daher Adoptans-Wahlvater, adoptivus-Wahlkind) — ist der dritte modus acquirendi P. P. *Adoptio* est actus solennis, quo in filium filiamve assumitur, qui natura talis non est. So definirt Hellfeld; allein durch die Worte: qui natura talis non est, wird die Definition angustior suo definito; denn ich kann auch filium meum legitime talem sed emancipatum wieder adoptiren.

Derjenige, der an Kindesstatt angenommen wird, ist entweder sui iuris, dann heist die Handlung: Arrogatio; oder nicht sui iuris, sondern filius s. filiafamilias, Adoptio in specie. In genere heist adoptio: legitima in locum filii aut nepotis assumtio.

§. 149. Die Iura adoptionis sind aus zwey principiis herzuleiten:

1) Daß die adoption eine subsidiarische Art die P. P. zu erlangen ist.
2) Adoptio imitatur naturam. Was das erste Principium betrift, so folgt daraus:
   a) Es dürfen die nicht adoptiren, die schon leibliche Kinder haben. Hoc elucet ex LL. in not. allegatis.
      Rat. Damit das Erbtheil der rechtmäsig gebohrnen Kinder nicht geschmälert werde. Das Dubium, daß ein Vater doch auch einen Fremden zum Erben einsetzen dürfe, ist leicht zu widerlegen. Denn wenn sich die Kinder gut aufführen, so geschieht es so leicht nicht, daß ein Vater seinen Kindern ganz Fremde vorziehen wird, aber bei legitimatis und adoptivis würde dies leicht geschehen.
   b) Nur diejenigen dürfen adoptiren, qui liberos naturales sperare non possunt i. e. qui propter vitium, quod tamen sanabile est, procreare non possunt. Also vitium sanabile muß es seyn.
   c) Dahin gehören auch Spadones. Conferatur §. 9. Inst. h. t.

Spado hat eine gedoppelte Bedeutung

1) zeigt das Wort alle diejenigen an, die keine Kinder zeugen können, also auch die Castraten. Diese Bedeutung ist h. l. nicht anzunehmen.

2) heist Spado, qui integras partes genitales habet, sed ad tempus friget. Dieser darf adoptiren, denn er ist nicht absolut unfähig Kinder zu zeugen. Kaltblütigkeit kann curirt werden.

Was das zweite Principium: Adoptio imitatur naturam, betrift, (§ 4. Inst. h. t. so beruht es auf einer Fictione iuris. Da wird nun wie bei allen Fictionibus iuris, die Erdichtung so eingerichtet, daß der Natur nicht widersprochen wird. Daraus folgt:

1) daß nur diejenigen adoptiren können, die der väterlichen Gewalt fähig sind.

2) Daß Weibspersonen nicht adoptiren können; es sey denn in dem einzigen Fall, daß sie aus Gnaden das Recht vom Fürsten erlangt hätten, und ihnen solches ertheilt würde in solatium liberorum amissorum. So der Auctor nach dem §. 10. D. de Adoptionibus.

Allein hier im §. liegt doch ein Irrthum des Tribonians; nämlich, wenn der Fürst einer Weibsperson erlauben will, daß sie adoptiren darf, so kann er es, sie mag Kinder verlohren haben oder nicht. Denn Leo hat selbst Jungfrauen zu adoptiren erlaubt, doch wohl nicht in solatium liberorum amissorum?

Qu. Dürfen denn hodie die Weibspersonen adoptiren? Im §. heists ja! Sie dürfen, weil sie hodie auch väterliche Gewalt haben können. Allein sie haben blos das ius educandi und nicht P. P. in sensu romano; aber demohngeachtet treten wir dieser Meinung bei. Denn nach dem Iure novo kommen die mehresten Adoptiones so vor, daß man dadurch keine P. P. bekommt, mithin können auch Weibspersonen adoptiren. Doch ist es gut, wenn sie zum Fürsten gehen, und die Adoption confirmiren lassen, damit dem adoptivo die Erbschaft nach ihrem Tod nicht streitig gemacht werde.

§. 150. Adoptio imitatur naturam. Daraus folgt:

1. diejenigen dürfen nicht adoptiren, von denen zu vermuthen, daß ihnen affectio paterna fehle.

2) Nicht

2) Nicht diejenigen, qui adoptivum filium habere nequeunt. Daher
   a) nec tutor pupillum
   b) nec pauper divitem.
   c) Auch diejenigen, die einmal einen Menschen adoptirt, ihn hernach emancipirt haben, dürfen ihn nicht zum zweitenmal adoptiren.
   d) Auch Castraten nicht, weil es unmöglich ist, daß sie Kinder gezeugt haben können. Adoptio imitatur naturam.
   e) Deswegen auch Impuberes nicht.
   f) Auch Jüngere dürfen Aeltere nicht adoptiren.
   Denn wer adoptiren will, muß 18. Jahr älter seyn, als das Wahlkind. Der Grund liegt in der römischen Sitte, weil sich die Römer nicht vor dem 18. Jahre zu verheirathen pflegten.
3) Nicht auf ein oder zwei Jahre darf man adoptiren, sondern auf immer.

§. 151. Die Wirkungen der Adoption sind anders auf Seiten des Wahlvaters; anders auf Seiten des Wahlkindes.

1) Auf Seiten des Wahlvaters war sie nach dem altrömischen Recht indistincte: Patria potestas. Allein nach dem neuern Recht ist ein Unterschied gemacht worden zwischen der Arrogation und Adoption. Bei jener blieb die Wirkung, wie sie war; bei dieser aber besorgte Iustinian, daß durch sie die Kinder erblos werden könnten, wenn nämlich der Wahlvater die Kinder wieder frei lassen sollte. Deswegen verordnete er L. 2. C. h. t. daß der Wahlvater nur in dem Fall die väterliche Gewalt über das Wahlkind haben sollte, wenn ein Descendent von seinem Ascendenten adoptirt würde — und hier heist die Wahlkindschaft: adoptio plena; wenn aber ein Extraneus adoptiren würde, so soll die väterliche Gewalt dem leiblichen Vater verbleiben, damit das Wahlkind auf alle Fälle gesichert sey und den leiblichen Vater beerben könne — Adoptio minus plena. Dadurch aber machte Iustinian, daß die Adoptiones äuserst selten wurden. Denn wozu sollte einem Wahlvater jetzt die Adoption helfen, wenn er durch sie die väterliche Gewalt nicht mehr bekam?

2) Auf Seiten des Wahlkindes. Da bestund die Wirkung darinnen: daß das Wahlkind die Iura familiae et successionis bekommt, in so ferne sie der Vater geben kann.

§. 152. Wahlkinder bekommen per adoptionem die iura familiae et successionis, in soferne sie der Vater ertheilen kann. Daraus folgt:

1) Wahlkinder bekommen nicht den Adel des Wahlvaters. NB. nach den deutschen Rechten, denn nach dem römischen Rechten bekommen sie ihn. Der römische Adel bestund nur darinn, daß die Vorfahren in großen Ansehen stunden.

Conferatur Knorrs Diss. de differentia Iuris R. et germanici in nobilitate adoptiva, Halae 1722.

2) Wahlkinder haben keine Succession in die Familien-Fideicommissa. Denn diese sind gestiftet worden, in der Absicht, daß der splendeur der Familie soll erhalten werden. Und dann kann auch nicht praesumirt werden, daß der Fideicommittens auf diese gedacht habe.

3) Wahlkinder succediren auch nicht in die feuda. Conferatur II. feudorum §. 26. adoptivus.

4) Haben sie auch nicht das Ius retractus gentilitii — i. e. es besteht darinn, daß sie, wenn Familiengüter veräusert werden sollen, das Vorrecht haben.

5) Auch nicht die besondern Rechte, welche in den Handwerks-Statuten den Kindern der Handwerker ertheilt sind. Z. E. ein Meisterskind muß umsonst in die Lehre genommen werden; dies Recht hat ein adoptivus nicht. Dies gilt auch bei andern Statuten. Z. E. Professors-Söhne müssen umsonst in Doctores creirt werden.

6) Es können auch die Adoptivi nicht praetendiren, daß sie in das Erbbegräbnis des Adoptantis begraben werden. Es versteht sich von selbst, daß nichts einzuwenden ist, wenn alle Interessenten zufrieden sind.

§. 153. De modis arrogationis et adoptionis.

I. De modo arrogationis. Hier gilt die Regel: daß sie vom Regenten autorisirt werden muß, wenn sie gelten soll. Zur Zeit der römischen freien Republik, muste die arrogation in Comitiis frei und öffentlich und nicht anders vorgenommen werden: nisi populus auctor fieret. Dies ist nun statu reipublicae mutato weggefallen. Die Imperatores, die die Rechte

Rechte des Volks an sich zogen, verordneten, daß die arrogation per rescriptum principis authorisirt werden müsse. So ists noch hodie. Und zwar auf eine gedoppelte Art. Die Arrogatio kann entweder vom Kaiser oder von einem Reichsstand; und zwar vom Kaiser unmittelbar oder mittelbar per Comites palatinos authorisirt werden. In Sachsen kann sie auch coram iudice competente authorisirt werden. Vid. not. 9.

II. De modo adoptionis in specie. Bei dieser fand der ritus emancipationis statt. Dieser bestund darinn: daß der leibliche Vater sein Kind an den Wahlvater feierlich verkaufte. Dieser Ritus ist vom Iustinian selbst aufgehoben worden. Daher ist hodie der Modus der: daß adoptio apud magistratum geschehe und zwar actis intervenientibus, so daß sie protocollirt und gerichtlich niedergeschrieben werde.

Competente — bedeutet dieses, daß die Adoption bei einer solchen Obrigkeit geschehe, die eine specielle Concession hat, die Adoptiones zu confirmiren. Denn die Confirmatio adoptionis gehörte nicht mit zur Iurisdiction, daher war eine besondere Concession nöthig.

Conferatur L. 36. §. 1. D. h. t. Hodie kann die Adoption bei jeder Obrigkeit geschehen, die die Iurisdiction hat.

§. 154. I. *Adoptirt* können werden:

Filiifamilias non contradicentes i. e. es ist genug, daß er nur nicht widerspricht, er braucht nicht zu consentiren.

II. Arrogirt können werden:

Nur expresse consentientes. Denn da ist ein wichtiges Praeiudiz für den der arrogirt werden soll. Er verliert den statum sui iuris.

Daher können nicht arrogirt werden:

Impuberes — sec. Ius Rom. antiquum.

Antonius Pius aber hat die Arrogationem impuberum erlaubt, jedoch unter den schwersten Bedingnissen. Diese sind:

a) Es soll causae cognitio von der Obrigkeit angestellt werden, nämlich, an arrogatio honesta sit, expediatque pupillo? Da wurde auf die Lebensart des arrogantis, auf sein Vermögen gesehen.

Conferatur L. 17. §. 2. D. h. t.

b) Es

b) Es muſten die Anverwandten des Wahlkindes um Rath gefragt werden, der Tutor und ſo ferner.

c) Pater arrogator muſte eine caution leiſten:

1) daß der Wahlvater des Wahlkindes Vermögen reſtituiren wolle.

α) wenn etwa das Wahlkind intra impubertatem verſterben ſollte;

β) ſi forſan pupillus adepta pubertate non ratihabuerit arrogationem i. e. zeigen konnte, daß ihm die arrogation nicht zuträglich ſey; da muſte ihn der Wahlvater emancipiren. videatur L. 32. et 33. h. t.

2) Daß der Wahlvater dem Wahlkind den vierten Theil von ſeinem eignen Vermögen geben wolle, in dem Fall, wenn er ihn iniuſte emancipiren oder exherediren ſollte. Dieſer vierte Theil heiſt: Quarta divi Pii. Conferatur §. 3. Inſt. h. t.

§. 155. Vinnius und Voetius in comment. ad D. wollen behaupten: die Adoptiones wären hodie bei uns gar nicht mehr im Gebrauch, unſere Wahlkinder wären bloſe Alumni.

1) Alumnus iſt ein, privata auctoritate, und in der Abſicht übernommenes Kind, um es zu ernähren. Daraus ſchon erhellet, daß ihre Meinung falſch ſey. Ein Alumnus hat keine iura ſucceſſionis. Conferatur Struvii iurisprudentia heroica — wo man viele Beiſpiele von Adoptionen der Illuſtrium findet.

2) Einige glauben auch, die Arrogation ſey nicht mehr in Gebrauch; allein auch dieſe Meinung iſt falſch.

3) Einige ſagen, obgleich nicht viel Beiſpiele mehr vorhanden ſind, ſo ſind die adoptiones doch noch im Gebrauch, weil es jedem frei ſtehet, wenn er adoptiren will. Nur muß ſich der Wahlvater genau nach dem röm. Recht richten. Und dies iſt die wahre Meinung. Conferantur Eiſenhardi Rechtshändel. part. 3. nr. 3.

§. 156. De modis finiendi patriam poteſtatem. Sie ſind folgende:

1) Mors naturalis. Durch dieſen kann ſie wegfallen. Diſt. Es ſtirbt entweder der Sohn, da hört ſie ganz auf, weil kein Object mehr da iſt, an dem ſie exercirt werden könnte;

te; oder der Vater. H. c. stand das Kind unmittelbar unter väterlicher Gewalt, so hört die väterliche Gewalt wieder auf; oder auch zugleich mittelbar unter einem andern; im letztern Fall hört sie nicht auf, sondern das Kind fällt in die väterliche Gewalt eines andern zurück.

2) Capitis deminutio. Hier ist wieder zu distinguiren: Wenn sie den Vater betrift, so ist die Regel: Patria potestas solvitur ob quamcumque capitis deminutionem; betrift sie aber den Sohn, so geht die väterliche Gewalt nur ob maximam et mediam verlohren.

3) Abdicatio — freiwillige Begebung derselben. Diese kann geschehen, entweder durch die Emancipation (dieser Fall wird im folgenden §. erklärt); oder durch die Adoption. Doch ist nach dem Neu-Justinianäischen Recht ein Unterschied zu machen zwischen der adoptione plena und minus plena. Bei ersterer kann man nicht sagen: solvitur P. P.; denn sie wird nur von dem leiblichen Vater auf den Wahlvater transferirt; bei letzterer geht die väterliche Gewalt, wie oben gelehrt worden, gänzlich nicht verlohren.

4) *Ipso iure* i. e. sine facto ideo suscepto, ut nimirum P. P. solvatur. Das Ipso iure — ist also allemal ein Effect von unmittelbarer Verordnung der Gesetze — und findet h. l. statt:

a) wenn der Sohn zu einer gewissen Würde gelangt z. E.

α) Dignitas patriciatus — bedeutet h. l. die Patricios neuerer Zeit, die sub Const. M. aufgekommen. Sie waren primarii imperatoris ministri, quibus tanquam patribus utebantur. Sie waren noch über die Consuls und Praetores erhaben. Porro;

β) Magistratus majores — sind diejenigen, die das völlige imperium hatten — und majora auspicia i. e. auspicia magis rata, majoris ponderis. z. E. Aediles, Consules, Praetores,

γ) ingleichen die Bischöffe. Diese Stellen haben die Päbste oft den Kaisern vorgerückt und gesagt, daß es hier Iustinian selbst gesagt, es schicke sich nicht, daß patres ecclesiastici unter eines andern väterlichen Gewalt stünden. Allein hodie sind (z. E. Wernher in observ. 169. Tom. 3. et part. 2. obs. 244). die meisten Icti einig, daß sola dignitas nicht frei mache.

5)

5) Per usurpationem i. e. emancipationem tacitam. Das Kind z. E. trennt sich vom Vater, fängt seine eigene Wirthschaft an und der Vater läst es geschehen. Boehmer in diss. de statu liberorum sui iuris factorum — läugnet dies; Walch in controvers. I. civ. affirmirt es.

§. 157. *Emancipatio* ist eine Handlung, wodurch Kinder von der P. P. frei gelassen werden. Sie ist dreierlei Art, und geschieht entweder nach Vorschrift der L. XII. Tabularum, hier heist sie: Emancipatio vetus s. legitima. Das Wort *legitimum* bedeutet in sensu strictiori allemal, was den L. XII. Tab. gemäß ist; überhaupt aber was den Gesetzen gemäß ist. Oder sie geschieht nach Vorschrift der neueren Gesetze, und zwar entweder nach der Vorschrift des Anastasii — hier heist sie: Anastasiana; oder Iustiniani — Iustinianaea.

§. 158. 159. I. Emancipatio *vetus* hat in dem Modo bestanden: daß die Kinder durch einen Scheinkauf freigelassen werden. Kinder waren res, wie also Servi frei werden konnten, so konnten auch die Kinder frei werden.

Per trinam mancipationem i. e. emtionem venditionem. Merke: die trina emancipatio war nur bei Filiis erforderlich, bei filiabus aber und nepotibus war una genug. Conferantur Heineccii Inst. §. 168. h. t.

II. Emancipatio *anastasiana*, est ea, quae fit per rescriptum principis. Der Vater declarirt es in einer Schrift dem Fürsten und dieser rescribirt darauf. NB. Bei Einführung dieser, wurde die vetus abgeschaft.

III. Emancipatio *Iustinianaea* est ea, quae fit sine rescripto principis, sed sola patris declaratione coram magistratu.

§. 160. Zur Einwilligung in die Emancipation ist des Vaters consensus erforderlich ex ratione: meum quod est, sine voluntate mea meum esse non definit. Aber auch die Einwilligung des Sohnes; weil er die iura *familiae* dadurch verliehrt.

Doch giebts Ausnahmen und zwar

1) eine Ausnahme die die Eltern betrift. Es kann ihnen per Emancipationem die P. P. zur Strafe genommen werden. Qu. In welchen Fällen?

Rsp.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0108
DFG

Rsp. α) si pater filias prostituit i. e. wenn der Vater Hurenwirthschaft mit seinen Töchtern treibt.

β) si liberos exposuit — wenn Eltern ihre Kinder ausgesetzt haben.

Expositio liberorum est derelictio infantum loco l. tempore periculoso facta. Diese hat die Folge, daß wenn ein solches Kind von andern erzogen wird, so haben die Eltern weder P. P. noch Erbrecht auf sie, wenn es zu etwas gekommen.

γ) si parentes incestas nuptias contraxerunt.

2) Eine Ausnahme die die Kinder betrift, wenn nämlich Kinder sich undankbar gegen die Eltern beweisen. Es muß aber praegnans ingratitudo seyn, i. e. die die Enterbung verdient.

§. 161. Die heutige Emancipation geschieht

1) ausdrücklich: wenn die Eltern ihre Kinder expressis verbis frei sprechen und loslassen. Der Fall kann bei Processen, bei grosen wichtigen Handlungen, wenn Vater und Sohn in Compagnie treten, vorkommen. Doch pflegt es selten zu geschehen. Conferatur Leyser spec. 21. med. 3 und 5.

2) stillschweigend: wenn die Eltern ihren Willen per facta a verbis distincta declariren.

Ferner theilt man die Emancipation ein in universalem, wenn die Kinder ganz frei gelassen werden, und particularem, wenn man sie nur quoad hunc l. illum actum frei spricht.

Was die particularem betrift, so ist zu merken: der Vater will z. E. mit seinem Sohn einen Contract schliesen, ihm ein Grundstück abkaufen, er bestellt ihm also einen Vormund und bestättiget ihn blos zu diesem Kauf.

Universalis aber geschieht per institutionem separatae oeconomiae — wenn die Kinder ihre eigene Haushaltung und Wirthschaft anfangen. Dies ist mos germanorum antiquissimus und wird daher von den berühmtesten Ictis: emancipatio germana genennt

Conferatur Thomasii diss. de quasi emancipatione Germanorum.

Aber

Aber eigentlich ist die institutio separ. oeconomiae kein emancipatio, weil sie a) privata auctoritate geschieht und auch b) wider der Eltern Willen geschehen kann.

Quomodo vero fit institutio separatae oeconomiae?

Rsp. Anders bei Töchtern; hier nicht anders als per nuptias, denn es wäre contra decorum, wenn Mademoiſ. Y. für sich allein wirthschaften wollte; anders bei Söhnen.

Hier:

1) wenn sie volljährig sind. Viele Juristen streiten darwider. z. E. Stryck in usu moderno h. t. §. 19. und behauptet, die Maiorennität sey nicht nöthig. Allein es kommt darauf an: wenns der Vater zugiebt, darf auch der Minderjährige seine eigene Wirthschaft anfangen, wo aber nicht, nun so darf er auch nicht.
2) wenn die Kinder auser Vaters Brod sind. z. E. der Herr Sohn Magister wird. Ja, wenn Mägden verheirathet waren, und Wittwen werden, so kommen sie wieder in P. P. wenn sie nichts zu leben haben.
3) wenn sie einen festen Wohnsitz haben. Daher ist es nicht genug, daß sie, etwa, wie Handwerkspursche auf der Wanderschaft, nur aus der Eltern Kost und Brod sind. Also nicht.
   a) *Boethi* i. e. die Handwerkspurschen in der Fremde.
   b) Lohnsoldaten auch nicht. Conferatur Wernher Tom. 3. p. 3. observ. 341.

§. 162. Innhalt: Der Autor behauptet: die Iura familiae et successionis gehen bei uns durch die emancipationem nicht verlohren, um deswillen, weil der Grund von diesem Verlust bei uns wegfällt; denn der Grund habe bestanden in imaginaria servili conditione, worin die Kinder der Römer per emancipationem versetzt worden. Daher löse die emancipation hodie die väterliche Gewalt nur in so ferne auf, als sie den Kindern zur Last gereiche, nicht aber in so ferne, als sie ihnen zum Vortheil gereiche. z. E. daß die Kinder die Eltern beerben, und die Erbschaft transmittiren können.

Wir treten dieser Meinung nicht indistincte bei. Wahr ist es wohl bei der deutschen Emancipation i. e. institutione separatae oeconomiae; aber nicht bei der römischen. Der Grund, den Hellfeld angiebt, ist zwar aus den Gesetzen, aber

er

er ist kein wahrer Grund. Denn Kinder, die emancipirt werden, leiden nur capitis demin. minimam, nicht maximam, welche sie leiden müsten, wenn ihre conditio servilis würde. Conferatur L. ult. D. de capite minutis.

Daher muß man so urtheilen: Es fallen zwar hodie viele Effecte von der capitis deminutione weg, aber doch nicht alle. Emancipirte Kinder acquiriren nicht, wie die Sui, die Erbschaft der Eltern ipso iure; dies ist ein Effect der capitis demin. minimae.

Conferatur Georg Ludw. *Boehmer* diss. de discrimine suorum et emancipatorum in successione intestati novo iure non sublato. Sie steht in seinen Electis I. civ. im 1 Band n. 5. Dies ist seine Sammlung der Dissertationen.

LIB. I. TIT. VIII.

De rerum divisione et qualitate.

§. 163. *Res* bedeutet bei den Ictis, omne id, quod in bonis esse potest, noch näher: alles was dem Menschen nüzlich seyn und sein Patrimonium vermehren kann. Res also, begreift sowohl Sachen die in patrimonio sind, alle würklich in Besitz habende Sachen, Grundstücke, Mobilien, — auch ausenstehende Schulden; als auch Sachen, die extra patrimonium sind, z. E. liegende Erbschaften, res derelictae, sacrae etc.

Pecunia (das oppositum von re) iuridice denotat id, quod vere et actu in patrimonio est. Kurz, so viel als: Patrimonium.

§. 164. Res sind entweder Sachen, worauf jemand ein Recht zusteht, dann heisen sie res alicuius; oder sie sind solche, worauf noch niemand ein Recht zusteht — res nullius (herrenlose Güter). Die res alicuius sind nach römischem Begriff l. in domino deorum l. hominum; daraus entstund die Eintheilung in res divini iuris et humani iuris.

Die Res divini iuris theilten sie wieder ein, in sacras, sanctas et religiosas. Von den rebus sanctis sagt jedoch

Iustinian selbst, daß sie nur quodammodo res divini iuris wären.

Die Res humani iuris sind entweder in iure omnium hominum, dann nennten sie sie res communes: z. E. Wasser, Luft, der Ocean überhaupt betrachtet; oder sie gehören einem Staat, einem ganzen Volk zu, dann heisen sie res publicae: z. E. Flüsse, Ufer, Häven; oder einer Universitati personarum — res universitatis: z. E. das Rathhaus, die Gemeinäcker, Gemeinwiesen; oder endlich nur einzelnen Personen — res singulorum: z. E. unser Privatvermögen.

§. 165. De rebus divini iuris.

I. *Res sacrae.* (§. 8. Inst. h. t.) sunt, quae Deo rite consecratae sunt. *Rite*, i. e. publica auctoritate. Das wesentliche also von einer re sacra ist: die Consecration. Diese begreift eigentlich zween Handlungen in sich. Die erste ist:

1) Dedicatio, quae erat actus, quo res Diis relinquebatur. Diese Dedication geschah nun von dem Eigenthümer der Sache, die res sacra werden sollte. Die zweyte ist:

2) Consecratio ipsa: diese bestand in vielen feierlichen Gebräuchen, welche zur Absicht hatten, die Qualitaet einer rei sacrae einer Sache mitzutheilen, und, daß sie das Eigenthum der Götter werden sollte, zu bewürken. Conferatur *Brissons tractat. de formulis, Libr. I. cap. 191.* Edit. opt. ist die von *Bach.* Consecratio geschahe per Pontificem.

II. Res religiosae sunt sepulcra. Die Gräber waren den Diis manibus gewidmet. Unterschieden sind sie von rebus sacris darinn:

1) Res sacrae werden tales per consecrationem; religiosae, per illationem mortui legitimam — daß ein Todter auf eine rechtmäsige Art dahin gebracht worden war; — nur der Kopf, die Asche war hinlänglich einen Ort religiös zu machen.

Zur legitima illatione wurde erfordert:

a) locus purus, i. e. wo noch kein Todter begraben lag; quem religio nondum occupavit.

b) locus suus; denn wenn jemand seinen Todten in loco alieno begrub, so konnte er gezwungen werden, ihn wieder wegzuschaffen.

2) Res sacrae tales fiunt publica auctoritate; (z. E. die consecratio per Pontificem) ad res religiosas sufficit privata auctoritas.

III.

III. Res sancta (in genere) res haud violanda, i. e. deren Verletzung mit einer ungewöhnlichen harten Strafe belegt wird.

Diese sanctitatem leiteten die Römer

1) aus dem dominio deorum her, und in diesem Fall hies sie: Sanctitas interna, die Sache selbst aber: res sancta in specie. Dahin rechneten sie die Moenia urbis, welche gewissen Schutzgöttern gewidmet waren. Von diesen behauptet Iustinian, daß sie divini iuris wären. Wer die Mauern überstieg, wurde mit dem Tod bestraft; denn die Römer glaubten, wer die Mauern beschimpft, beschimpft die Schutzgötter selbst.

2) Ex alio fundamento. Dies war Sanctitas externa, und wurde nicht nur Sachen, z. E. den Zwingern (Pomoeniis) und Stadthoren, sondern auch Personen, z. E. den Eltern, Obrigkeiten (Magistratibus) und Gesandten beigelegt.

§. 166. Usus hodiernus.

I. Wir statuiren noch res sacras, aber in anderer Bedeutung. Res sacrae enim sunt, quae cultui divino *immediate* inserviunt. Wie z. E. unsere Kirchen, Altäre, Kelche, Patelen ꝛc.

II. Religiosas. Von diesen sagt Hellfeld: quae piis usibus destinatae sunt. Hierunter muß man solche verstehen, die, z. E. die Religion oder die Armuth zu unterstützen bestimmt sind, z. E. Schulen und Armenhäuser.

III. Sanctas. Diese haben wir noch in dem Begrif der sanctitatis externae. Die Protestanten läugnen alle sanctitatem internam contra Catholicos. Die Sanctitatem externam aber, legen wir sowohl den Sachen als Personen bei. Z. E. den Residenzen, coemeteriis. Unsere Kirchhöfe kamen erst im 7. — 8. Saec. auf. Ferner den Gesandten, allen Gerichtsobrigkeiten, den Priestern, in würklicher Verrichtung ihres Amtes, den Schildwachen. Schon bei den Römern trugen die Gesandten ein gewisses Kraut, das Eisenkraut, um sie zu kennen. Die heutigen haben dies hie und da noch. Sie hatten besondere Häuser, mit der Ueberschrift: Burgfriede. Dies ist ebenfalls bei uns geblieben.

Res ecclesiasticae heisen Sachen, die das Eigenthum einer Kirche, aber nicht zum unmittelbaren Gebrauch beim Gottesdienst bestimmt sind, z. E. die Kirchengüter, Capitalien,

lien, Pfarrhäuser. Die Administration derselben hat der Imperans, er administrirt sie aber nur mediante Consistorio. Sie sind eigentlich das patrimonium der Kirche. Die Revenüen derselben, z. E. Zehenden, die Peterlinge oder Eigenthumsleute, Leibeigene der Kirche, sunt l. dotalia, die gleich anfangs bei der Kirche da waren; l. non s. communia, die post illationem dotis hinzukamen; Sie heissen ottonismi, von den Ottonen, welche sehr freygebig gegen die Kirchen dachten.

§. 167. Hier müssen wir

I. die alten heidnischen Grundsätze der Römer de rebus sacris etc. betrachten. Sie sind folgende:

1) daß sie statuirten, sie wären das einzige Eigenthum der Götter,
2) daß sie nicht in commercio hominum,
3) daß sie res nullius (sc. hominis) wären.

II. Die Grundsätze de rebus sacris et religiosis in der ersten christlichen Kirche:

Daß die alten heidnischen Principia beibehalten worden — sagt Hellfeld; Allein es muß heissen: sie sind in statu corruptae ecclesiae wieder eingeführt worden. Dies gieng von der Zeit Constant. M. an. In der ersten christlichen Kirche wuste man nichts davon, sie hatten gar keine Tempel. Da aber die heidnischen Principia wieder aufkamen, wurde die Veräusserung der rerum sacrarum et religiosarum nicht mehr gestattet, ausser in casu necessitatis (um Schulden zu bezahlen) und pietatis — wenn es die Unterstützung der Armuth erforderte. Z. E. In Hungersnoth, die Armen zu speisen, im Krieg, die Gefangenen zu erlösen.

Conferatur L. 14. C. de sacrosanctis ecclesiis; dieser enthält die Constitution des Kaisers Leonis, daß die Kirchengüter im Fall der Noth veräussert werden dürfen, und die Nov. 7. ist die allgemeine Verordnung Iustinians.

III. Die Grundsätze, welche die Protestanten von dergleichen Sachen haben: Wir statuiren:

Daß diese Sachen kein privatives Eigenthum Gottes sind. Es wäre absurd, wenn wir behaupten wollten, der Altar, wäre ein Tisch, der dem lieben Gott auf eine ausschliessende Weise gehörte.

Wem

Wem gehört aber das Eigenthum dieser Sache? Rsp. Der Kirche, i. e. der Gesellschaft, die sich eines gemeinschaftlichen Gottesdienstes wegen vereinigt hat.

Daraus folgt: daß das Eigenthum einer Kirche der Gemeinde gehöre, die sie erbaut hat.

Jedoch dürfen diese res nicht temere (i. e. ohne rechtmäsigen Grund) ad profanos usus angewendet werden. Usus profanus ist, der nicht den Gottesdienst zur Absicht hat. Warum? Rsp. Nicht ob superstitionem, sondern weil es dem Zweck zuwider wäre.

§. 168. Res sacrae et religiosae sind nach unsern Protestantischen Principiis, nicht von jedem commercio hominum ausgenommen. Daraus folgt:

1) sie können gewissermaßen veräusert —
2) secularisirt werden. Sensu stricto: Secularisatio est actus, quo ex re ecclesiastica fit secularis. Jedoch darf dies nicht geschehen temere, ohne rechtmäsigen Grund. Rechtmäsige Gründe oder Ursachen sind aber nur zwey:
   a) Necessitas. Diese ist bei Veräuserung der Kirchengüter schlechterdings erforderlich.
   b) Evidens ecclesiae utilitas. So werden bisweilen Kirchengüter, z. E. Pfarrwiesen, wenn sie Ueberschwemmungen ausgesetzt sind, ob evidentem ecclesiae utilitatem verkauft, und das Geld zu einem eisernen Kapital gemacht.

Man macht auch noch den Unterschied zwischen der Secularisatione voluntaria et involuntaria. Erstere ist diejenige, welche mit Einwilligung der Kirchenvorsteher geschieht. Hier ist erforderlich, was bei Veräuserung der Güter des Unmündigen erfordert wird; nämlich:

1) muß causae cognitio angestellt und
2) ein Decretum magistratus ecclesiastici gegeben werden.

Dies heist: Solennitas ecclesiastica s. Canonica.

Letztere, die involuntaria, geschieht ohne Einwilligung der Kirchenvorsteher. Und dies war seit einiger Zeit der Fall bei der Secularisation der Klöster, welche Iosephus II. fortsetzte, so sehr sich auch Pius VI. anfangs dagegen sträubte.

Man hält auch die Veräuserung der Kirchengüter für rechtmäsig, wenn sie solo consensu Principis geschehen; allein rathsam ist es doch nicht, sich blos auf die Einwilli-

gung des Principis zu verlassen, denn es findet dagegen die Exceptio Sub—et Obreptionis statt.

§. 169. I. Zu den rebus humani iuris gehören:
1) Res *communes* — quae in communione omnium hominum existunt, e. g. Oceanus, aer, aqua.

Communio adest, si plures in una eademque re ius habent. Ist dies ein Recht, über eine Sache nach Willkühr zu disponiren, so heist sie: Communio positiva s. condominium. (Hievon ist die Rede nicht hier, bei den rebus communibus.)

Besteht es aber darinn, daß keiner dem andern von dem Gebrauch der rei communis ausschliessen kann — communio negativa. Diese res negativae communes können nun pro parte occupirt werden. Daher haben wir Theile des Meeres, die occupirt sind, und solche die es nicht sind. Occupirt ist der Dänische Sund, der Venetianische Meerbusen, der Kanal zum Theil. Es giebt auch partes aëris occupatas. Daher die Regel: Cui Solum est, illi quoque competunt particulae aëris, quae supra solum sunt. Z. E. Die Luft in meinem Hof, in meinem Zimmer. Wenn daher der Nachbar über meinen Hof herein einen Erker bauen, wenn ein Bedienter, während dem ich nicht zu Hause bin, bei meiner Tochter in meinem Zimmer frische Luft schöpfen will, brauch ichs nicht zu leiden.

§. 170. II. *Res publicae* — sind solche, die einem ganzen Staat oder Volk zugehören. Nach dem römischen Recht finden wir den Begrif so bestimmt, daß nicht nur proprietas, sondern auch der usus dem Volk allgemein zugehörte. Dies hat aber nur in statu populari statt gefunden; in statu monarchico, hat sich der Imperans, als Repraesentant, den usum rerum publicarum zugeeignet. So z. E. der Kaiser das ius piscandi — die Aufsicht über die öffentlichen Wege. So auch bei uns die Reichsfürsten. Daher sind die res publicae zweyerlei Art, entweder solche, wovon der Gebrauch den Unterhanen überlassen worden: res publicae in specie. Z. E. Piscatio; oder solche, wo das nicht ist. Da gehören nun diese res etc. zu den Fürstengütern.

Die Fürstengüter theilt man wieder ein in solche, die der Fürst, als Fürst und in solche, die er als Privatperson hat.

Diese

Diese heißen Bona patrimonialia (Chatoul=Güter). Jene sind entweder der alleinigen Disposition der Fürsten unterworfen und bestimmt: ad dignitatem principis sustinendam; hier heissen sie: Res fiscales (Domainen=Tafel=Kammergüter); oder sie sind bestimmt, die Lasten des Staats damit zu bestreiten, z. E. fürstliche Räthe damit zu besolden ꝛc., die Landmiliz zu unterhalten ꝛc. Aerarium (Landschafts=oder Reichs=Güter.

§. 171. III. *Res universitatis*, sind diejenigen Sachen, welche einer universitati personarum zugehören. Sie sind zweyerlei Art; entweder solche, wovon der Nutzen den einzelnen Gliedern der Universität überlassen worden; hier heissen sie: Res universitatis in specie. Z. E. Der Brunnen auf den Märkten — forum publicum — die Gemein=Triften; oder nicht von der Beschaffenheit, sondern sind zur Bestreitung gemeiner Ausgaben der Gesellschaft bestimmt. Darüber disponiren blos die antistites universitatis und diese heissen Patrimonium universitatis. z. E. der Geschos der Bürger, hievon werden die Straßen gebessert, die Mauern reparirt etc.

Wie die Nutzung den membris universitatis zustehe, dies bestimmen besondere Gesetze, Statuten und Gewohnheiten.

In dubio fortior ratio est prohibentis, quam disponentis, i. e. derjenige, der sich einer Nutzung eines solchen Guts anmast, hat weniger Recht, als derjenige, welcher widerspricht.

§. 172. IV. *Res singulorum*, i. e. solche Sachen, die einzelnen Individuis im Staate zustehen: z. E. mein Vermögen. Hellfeld theilt blos res singulorum in corporales et incorporales, allein man kann alle Sachen so eintheilen.

1) Res *corporales* sunt res, quae tangi possunt — so findet man die Definition im C. I. und soll heissen, res, quae in sensus incurrunt. Es kommt die Erklärung her von den Stoikern, die alle Sinnen auf einen und zwar auf tactum reducirten.

2) Res incorporales, welche nicht in die Sinne fallen, und wovon man sich also nur eine Vorstellung im Verstande machen muß.

Dazu gehören:

a) Iura, h. l. Befugnisse. Das Exercitium Iurium kann zwar sinnlich gemacht werden, aber nicht das Ius ipsum. Z. E. die Triftgerechtigkeit.

b) Actiones, (Klagen) weil sie von den Römern zu den Iuribus gezählt werden.

c) Nomina, i. e. debita et activa et passiva (Schulden und Schuldforderungen). Es giebt Sachen, die gewissermaßen ad res corporales und gewissermaßen ad res incorporales gezogen werden müssen. Z. E. pecunia numerata. Dist. Man kann bei dem Geld auf die Materie sehen; hoc respectu, pecunia est res corporalis; und auch auf den valorem desselben; hoc respectu, pecunia refertur ad res incorporales, quia est quantitas. Quaelibet vero quantitas est incorporalis; das was darauf steht, ist blos das signum valoris, nicht der valor selbst.

§. 173. Res corporales können entweder salva earum substantia, von einem Ort zu dem andern geschaft werden; hier heissen sie: res mobiles (bewegliche Sachen, Fahrnis, fahrende Habe); oder dies ist nicht; dann heisen sie: res immobiles (liegende Güter)

Hiebei eine Anmerkung: Man hat wohl darauf zu sehen, daß res mobiles und immobiles eine Unterabtheilung von rebus corporalibus sind. Folglich ists nicht genug, wenn ich sage: ich verschreibe alle meine beweg- und unbewegliche Güter. Ich muß sagen: Alle mein Haab- und Gut, beweg- und unbeweglich. Unter dem Ausdruck: Haab, sind auch res incorporales mit begriffen.

Res immobiles können entweder ihrer Natur nach nicht salva substantia bewegt werden; dann heissen sie: res naturaliter immobiles s. soli: v. g. aedes h. l. aedificia - area i. e. locus in urbe sine aedificio-praedia: das sind alle unbewegliche Güter, die entweder Früchte, oder eine den Früchten gleich zu achtende Nutzung abwerfen: z. E. Pachtgeld. Oder sie sind zwar ihrer Natur nach beweglich, aber nach den Gesetzen so anzusehen, als ob sie unbeweglich wären — civiliter immobiles. Diese letztern statuiren die Gesetze aus zwey Gründen:

1) ob cohaesionem, i. e. wenn eine bewegliche Sache in eine unbewegliche so eingepaßt ist, daß sie einen Theil von der unbe-

unbeweglichen ausmacht. Z. E. Fenster, Thüren in einem Hause, Läden, Oefen ꝛc. Nach der Regel: Partis eadem est ratio ac totius — oder dem sächsischen Sprüchwort: was Erd, Heerd, Wand, Band, Nied- und Nagelfest ist. Z. E. die Ziegel auf dem Dache — das ist pars aedium.

2) ob destinationem et usum.

a) *destinatio* ist — wenn eine bewegliche Sache in der Absicht zur unbeweglichen angeschaft worden, daß sie beständig dabei bleiben soll. L. 17. §. 7. D. de actionibus emti et venditi. Z. E. Die Kufen im Bräuhaus, die Betten im Gasthof ꝛc. Also was angeschaft worden, daß es nur eine Zeitlang dabei bleiben soll, gehört nicht dazu.

b) usus — würkliche Anwendung einer solchen Sache zu ihrem bestimmten Gebrauch.

NB. Beides ist erforderlich, wenn eine Sache civiliter immobilis seyn soll. Z. E. Betten in einem Gasthofe, wenn destinatio und usus bewiesen werden kann, sind mein, wenn ich den Gasthof gekauft, geerbt habe. So auch die Brau-Instrumenta.

In fine §phi heist es: Es giebt auch Sachen, die an sich zwar beweglich sind, aber certo respectu für unbeweglich angesehen werden. Es sind dies diejenigen beweglichen Sachen, die schwer von einem Ort zum andern zu transportiren sind. z. E. eine Bibliothek, ein Waarenlager, so auch eine Apotheke. Als unbeweglich werden sie angesehen hoc respectu, daß der Besitzer eben sowohl von Cautions-Bestellungen befreyt ist, als derjenige, der unbewegliche Güter hat. Dies ist wichtig.

§. 174. Res incorporales können nicht in mobiles et immobiles eingetheilt werden, weil sie nicht in die Sinne fallen. Jedoch kommen Fälle vor, wo es die Umstände erfordern, daß res incorporales zu einer von beiden Gattungen gerechnet werden müssen. Z. E.

1) bei Successionibus. So in Sachsen; wenn eine Frau stirbt, muß das ganze Vermögen in zwey Classen, in beweg- und unbewegliche Sachen getheilt werden, weil der Mann nur heres mobiliaris ist; die Frau aber oder die übrigen Verwandten die immobilia erben,

2) bei alienationibus et oppignorationibus — da müssen ja die Iura et obligationes zu einer von beiden Gattungen gerechnet werden.

Es kommt darauf an, mit welcher Classe sie in Verbindung stehen, dies kann gesagt werden:

a) wenn ein ius auf einer gewissen Sache haftet. Z. E. Die Erbgerichtsbarkeit haftet auf den praediis nobilium — also cohaeret. Nun gehört also die Erbgerichtsbarkeit, wenn eine Theilung gemacht werden soll, zu den rebus immobilibus. Du hast aber deine Uhr bei mir versetzt, ich hab ein ius darauf; dies ius haftet auf einer re mobili, also wird auch das ius dahin gerechnet.

b) wenn res mobilis l. immobilis dadurch erlangt werden kann. Dies sind die actiones; per actiones enim res possumus consequi. Z. E. Die actio mutui muß zu den rebus mobilibus gerechnet werden.

Res sunt porro l. dividuae, quae dividi possunt in partes; vel individuae, quae non etc. et quidem l. naturaliter l. civiliter. Z. E. ein Brillant.

Conferatur Lyncker de individuitate rerum — ein herrlicher Tractat über diese schwere Lehre.

Servitutes, pignora, sunt Individua. Dies ist wichtig; denn nun darf ich von meinem Pfand nichts hergeben, bis mir der letzte Heller bezahlt worden.

Qu. Wohin ist das Erbegeld zu rechnen?

Erbegeld ist das — was jemand statt seines Erbtheils an unbeweglichen Gütern entrichtet werden muß.

Rsp. distinst. Das Erbegeld ist entweder betagt, i. e. dessen Bezahlung gleich gefordert werden kann (der Jurist sagt hier: cuius dies venit); oder unbetagt, (cuius dies nondum venit), das oppositum, wo eine gewisse Zeit bestimmt worden. Im ersten Fall wird es zur Klasse der mobilium, im andern Fall zur Klasse der immobilium gerechnet, weil es nicht erhoben werden kann.

§. 175. Ius rerum bedeutet alle Befugnisse, die ein Mensch nicht seines Zustandes, sondern eines andern Grundes wegen hat. Ein Ius rerum steht nun entweder einem Possessori, qua tali schon zu, oder gegenwärtig noch nicht. Im ersten Fall heist es ius possessionis; im zweyten aber ist zu distinguiren, zwischen dem Iure rei nullius und alicuius.

Auf

Auf jene steht uns das Ius occupandi zu; bei dieser ist abermal zu unterscheiden: Ius competit in rem, i. e. der unmittelbare Gegenstand des Rechts ist eine Sache, folglich kommt es auf die Person, bei welcher sich die Sache findet, nicht an; dies heist ius reale s. ius in re (ein dingliches Recht); aut competit in personam, i. e. der Gegenstand des Rechts ist eine Person, welche uns etwas zu geben oder zu leisten verbunden ist — Ius ad rem s. ius personale (ein persönliches Recht) Z. E. Es hat mir einer auf mein ehrliches Gesicht 100 Rthl. geborgt, er hat also ein Recht auf mich, auf meine Person. Der Gegenstand also seines Rechts ist nicht meine Bibliothek, lediglich ich.

Der Hellfeldische Begrif von dem Iure reali ist viel zu unbestimmt — und auch der vom Iure personali ist angustior suo definito, denn nicht alle iura personalia gehen ad factum praestandum, sondern auch ad praestationem rei.

§. 176. I. *Ius in re* s. *reale*, (ein dingliches Recht) est facultas (moralis) quemcunque a re quadam excludendi. Z. E. auf dies Buch hab ich ein ius reale, ergo etc.

Ius reale hat also die Eigenschaften:

1) ut rem a quocunque revocare possimus. Es ist eben das, was uns die Rechtsregel lehrt: ubi rem meam invenio, ibi vindico.
2) ut hoc ius contra quemcunque rei possessorem exercere liceat.
3) Daher entsteht immer aus diesem iure reali, actio realis, quae contra quemcunque instituï potest.

§. 177. II. *Ius personale* s. ad rem, (ein persönliches Recht) est facultas, (moralis) quae in personam competit, ut nobis aliquid praestet, quod ex statu non debetur. Davon bemerken wir folgende Eigenschaften:

1) Ius personale oritur semper ex *obligatione*. Die bekannte Rechtsregel: ius et obligatio sunt correlata — ist besonders und allemal richtig, bei dem Iure ad rem. (§. 2.)
2) Ius personale inhaeret certae personae i. e. Der Gegenstand von dem Iure personali ist immer eine gewisse bestimmte Person. Qu. Welche? Rsp. Die, die gegen mich Verbindlichkeit hat.
3) Ius personale personam haud egreditur, i. e. es kann nicht gegen alle und jede exercirt werden, sondern nur gegen

gen die bestimmte Person, die der Gegenstand von meinem Rechte ist.

4) Ius personale setzt eine Beziehung unter zwey und mehreren Personen voraus, die nicht ex statu herrührt. Ex statu wenn sie herrührt, so ist das ius kein personale seu ad rem mehr, sondern ein ius personarum, welches hier nicht verwechselt werden darf. Fragen wir: woher rührt es denn? so ist die Antwort: die Folge wirds lehren, daß es ex pacto mutui und andern dergleichen pactis herrühren kann.

5) Ius personale producit actionem personalem, quae tantum contra certam ac determinatam personam institui potest.

§. 178. Ius *reale* hat verschiedene Species. Wie viel? R. darüber ist ein Streit. z. E.

1) Der in der Note allegirte Born, statuirt nur eine einzige, nämlich dominium. Dies aber theilt er wieder sehr verschieden ein.

2) Struv. in Iurispr. forensi Libro II. statuirt drey Species, nämlich a) dominium. b) possessionem. c) et pignus.

3) Hellfeld statuirt vier Species, vid. §.

4) Schaumburg in seinen Pandecten h. t. und viele andere behaupten fünf Species und setzen zu den vieren des Hellfellds, noch possessionem hinzu.

6) Hommel (Ferd. Aug.) diss. qua probatur, V. Species Iuris in re nec semper tales esse nec solas. Lipsi. 1736.

Hellfelds Meinung, ist hier von den jetzlebenden Rechtslehrern beinahe einstimmig angenommen worden und sie ist auch die richtigste, wie wir gleich mit mehrern hören werden.

Ius reale est facultas, quemcunque a re quadam excludendi. Diese Facultas, ist entweder mit dem Recht verbunden über die Sache zu disponiren, oder nicht. Hieher gehört: das Ius hereditarium s. hereditas, i. e. ein Recht, alle andere von der Erbschaft auszuschliesen, aber noch kein Recht, darüber zu disponiren, bis ich sie angetreten habe. Im erstern Fall aber, darf ich entweder über die Substanz der Sache selbst disponiren, oder nur über die fructus s. consectaria. Ist jenes, so heist die Species iuris realis: Dominium (Eigenthums-Recht); ist dieses, so läst sich noch ein Unterschied gedenken: Das Recht steht mir entweder blos zu zur Si-

Sicherheit — Pignus (Pfandrecht), oder um Nutzen von der Sache zu percipiren — Servitus (Dienstrecht).

Dies sind die vier Species iuris realis und mehrere giebt es nicht. Ein Hauptkarakter jeder Speciei ist wieder, daß aus ihr eine Actio realis, die contra quemcunque tertium angestellt werden kann, entspringen muß.

1) Aus dem Dominio, euspringt die Reivindicatio und Actio publiciana.
2) Aus der hereditate, die hereditatis petitio und Iudicium familiae herciscundae.
3) Aus der Servitute, die Actio confessoria und negatoria.
4) Aus dem Pignore, die Actio hypothecaria.

§. 179. Possessio ist also keine wahre Species des Iuris realis. Dies beweisen folgende drei §phi.

Possessio h. t. est rei detentio.

Rem detinere heist: facultate physica de re quadam disponendi pollere.

Facultas physica ein Vermögen, über eine Sache nach Willkühr zu disponiren, ohne Rücksicht, es geschehe mit oder ohne Recht. So sagt man z. E. der Dieb hat über den mir gestohlnen Wein das physische Vermögen, nicht aber das moralische. Und von jedem, der das physische Vermögen über eine Sache hat, sagt man in Iure: rem possidet.

1) Possessio, secundum hanc notionem, consistit in facto (non in iure) Conferantur allegata notae primae in §.
2) Es kommt bei diesen allgemeinen Begrif nicht darauf an, ob einer mit Recht oder ohne Recht eine Sache besitze.
3) Possessio kann eigentlich nur von rebus corporalibus gesagt werden.

§. 180. Possessio 1) ratione finis dispescitur ita: Possessio est rei detentio. Detinet aliquis rem, aut cum animo rem sibi habendi i. e. in der Absicht, um ein Recht, daß wir in Ansehung der Sache zu haben behaupten, auszuüben. z. E. ich besitze mein Haus in der Absicht, um das Eigenthum darüber zu haben: Possessio proprie et stricte sic dicta; aut non. Hier wird der Besitz genennt: *nuda detentio* und der Besitzer, *nudus detentor*, i. e. der die Absicht gar nicht hat, ein Recht über die Sache auszuüben, die er im Besitz hat. NB. Es ist im Iure gleich viel, ob einer die Absicht nicht hat, oder nicht

nicht haben kann. z. E. ein Dieb ist eigentlich von der gestohlenen Sache weiter nichts, als nudus detentor.

Diese Possessio proprie et stricte sic dicta wird entweder cum animo dominium habendi exercirt; dann heist der Besitz: Possessio civilis; oder das ist nicht, so heist er: Possessio naturalis. z. E. dergleichen ist der Besitz eines usufructuarii, eines Pachters, eines Pfandgläubigers, eines Commodatarii und Depositarii.

Anmerkungen:

1) Von dem Possessore civili wird nur gesagt: proprio nomine possidet; von dem possessore naturali: alieno nomine possidet.
2) Blos vom Possessore civili sagt man: possidet; vom naturali: in possessione est. Conferatur L. 10. §. 1. de acquirenda l. amittenda possessione.

§. 181. Possessio cum animo dominium rei habendi, setzt ein dominium voraus; also ist Possessio civilis eine Folge vom dominio. Doch aber giebts Ausnahmen. Es kommen Fälle vor, wo das dominium einer Sache ungewiß ist, wo zwei, drei, vier Eigenthümer sind, wo er gar nicht gewiß zu bestimmen ist ꝛc. In solchen Fällen nun verordnen unsere Gesetze, daß der Besitzer einstweilen als Eigenthümer angesehen werden soll, i. e. so lang, bis der wahre Eigenthümer kommt und sein dominium beweist.

Dies Recht heist: dominium interimisticum und der Besitzer hat es aus zwei Gründen:

1) Quia, qui possidet, iuste possidere censetur.
2) Quia interest reipublicae, ne dominia rerum sint incerta.

Folgen von dem dominio interimistico.

1) Der Besitzer bekommt alle Rechte, die das Eigenthum ertheilt; doch aber vorausgesetzt, daß er bonae fidei possessor sey, welches immer vermuthet wird.

Er hat also das Recht, die fructus zu percipiren, die Sache zu veräusern, zu dilapitiren u. s. f.

2) Niemand darf den Besitzer in der Ausübung seines eigenthüml. Rechts stöhren.

turbare i. e. impedire, quo minus aliquis quiete possessione sua frui possit.

3)

3) Vielweniger darf ihm jemand seinen Besitz nehmen, gänzlich entziehen, i. e. *deiicere*, welches also sehr verschieden ist von turbare.

4) Wenn es geschieht, so soll sowohl der deiiciens, als auch derjenige, qui deiectionis conscius est, zur Wiedererstattung des Besitzes verbunden seyn.

In dieser letzten Propositon liegt der Beweis, daß Possessio keine Species Iuris realis sey. Denn ex fundamento, me rem possedisse, kann ich nur klagen contra deiicientem et deiectionis conscium, ich kann aber nicht contra tertium klagen, ex L. 7. D. de vi et vi armata.

Einige Icti glauben, die Spolienklage könne nach dem I. Canonico contra quemcunque angestellt werden, quod vero non. Dies hat dargethan:

Boehmer in Iure eccles. Protest. Lib. II. Tit. XIII. §. 10. seq.

Schlußfolge:

Das Ius possessionis ist also kein Recht, welches man contra quemcunque exerciren könnte; folglich ists kein Ius reale.

Conferatur Cocceji Ius controvers. h. t. quaestione Ima.

§. 182. 1. Die Iura dominii interimistici l. possessionis, stehen blos dem Possessori civili, und nicht dem Possessori naturali zu; Ratio: Possessor naturalis hat den Besitz nicht in der Absicht, um das dominium zu haben; hat er dies nicht, so giebt er zu, oder muß wenigstens zugeben, daß er kein Eigenthumsrecht habe; hat er dies nicht, so hat er auch kein dominium interimisticum.

2) Ein eigentlicher Besitz findet nur bei rebus corporalibus statt, denn possessio besteht in detentione etc.

3) Aber doch wird de rebus incorporalibus *quasi* possessio statuirt, weil sie im *exercitio iuris cuiusdam* besteht, welches sinnlich wahrgenommen werden kann.

Zusatz: Es wird daher Possessio auch ratione obiecti eingetheilt. Obiectum est aut res corporalis, possessio vera; aut incorporalis, quasi possessio seu analogica.

Der IX. Tit. wird billig übergangen, weil er er keinen Nutzen hat, da das erhebliche hin und wieder in der Folge hinlänglich erklärt wird.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0125
DFG

LIB. II. TIT. I.

De Iurisdictione.

Conferatur Noodtii tract. de iursdict. et imperio — er steht mit in den operibus Noodtii Tom. I. Leyden 1691.

Herrn v. Pufendorfs (zu Celle) tract. de Iurisdict. german. Lemgo 1740.

§. 184. *Iurisdictio* in sensu proprio et stricto, est *potestas* magistratui etc. competens, causas controversas civiles cognoscendi et decidendi. — So definirt Hellfeld und dieser Begrif ist völlig richtig.

Erläuterung: Iurisd. in sensu proprio et strictiori schrenkt sich

1) blos auf Streithändel ein.

2) blos auf causas civiles, i. e. solche Sachen, welche blos das Mein und Dein unter Privatpersonen betreffen; also das Recht, Verbrechen zu strafen, oder zu untersuchen, heist I. Romano nicht Iurisdiction — sie nannten dies vielmehr Quaestionem. L. 7. §. 4. de pactis. L. 1. §. 9. de novi operis nunciatione.

3) Die Iurisdictio besteht in einer Befugnis, causas controversas zu cognosciren und decidiren.

a) cognitio causarum besteht darinn

α) daß sich der Richter auf beiden Seiten die Argumenta vorlegen läst.

b) Decisio besteht darinn, daß er bestimmt, welche Rechte und Verbindlichkeiten im vorliegenden Fall statt finden.

§. 185. Iurisdictio in sensu generaliori etc. die Definition steht im Spho und ist richtig. Sie betrift also

1) causas iustitiae — dies sind alle Sachen, wo es drauf ankommt, daß iura et obligationes singulorum, nach den vorhandenen Gesetzen bestimmt werden sollen.

2) Sie erstreckt sich auf causas iustitiae cuiuscunque generis, i. e. nicht nur auf Streithändel, sondern auch auf solche die

die keine sind, also litigiosas et non litigiosas, civiles etsp. z. E. Testamente zu confirmiren.

3) Besteht die Iurisdiction in einer potestate statuendi.

statuere, i. e. decernere, qui ⌣ intuitu causae iuri convenienter fieridebeat.

4) Sie ist eine potestas statuendi cum effectu — sie muß Befolgung würken.

§. 186. Folgen:

Alle Gewalt, welche eine Obrigkeit auser solchen (in §. 184. angegebenen) Streithändeln ausübt, gehört nicht zur Iurisdiction.

Also nicht:

1) Iurisdictio voluntaria, quae in causis non litigiosis exercetur.

2) Iurisdictio criminalis.

3) Ist auch Notio von der Iurisdictione unterschieden.

Notio bedeutet Befugnis, Streithändel zu erörtern, aber nicht nach eignem Urtheil, sondern nach der Vorschrift eines andern zu entscheiden. Diese Notionem hatte der Iudex Pedaneus des Praetoris.

a) Wer notionem hat, darf nicht ex suo, sondern ex iudicio alieno decidiren.

b) Iurisdictio ist eine unmittelbar vom Regenten ertheilte Gewalt, notionem konnte auch ein Praetor ertheilen ꝛc.

§. 187. Imperium est potestas coercendi immorigeros. Hoc divisum erat apud Romanos in imperium mixtum et merum.

Aber es ist beinahe völlig ungewis, worinn dieser Unterschied bestanden sey. Uns scheint er der zu seyn: Imperium aut est illud, cui inest iurisdictio; hoc, quia quasi immiscetur iurisdictioni, dicitur *mixtum*. Conferatur L. 3. h. t. et. L. 1. §. 1. de officio eius, cui mandata est iurisdictio. Aut sine iurisdictione est, h. c. dicitur *merum*.

Wir haben einen Schwall von diversen Meinungen, was merum imperium gewesen. Die gemeinste Meinung, die auch Hellfeld hat, ist die, daß es so viel als iurisd. criminalis gewesen. Allein Menke hat diese Meinung schon längst refutirt.

Conferatur Menks program. merum imperium non esse iurisdictionem criminalem — in opusculis suis etc. Halae. 8. p. 455.

Eine Species kann wohl die heutige Criminal-Iurisdict. davon gewesen seyn, aber sie erschöpft das merum imperium nicht.

Zwischen dem mero und mixto imperio war auch der Unterschied:

a) *Mixtum* hatte ein magistratus, qua talis; *merum* competebat magistratui ex speciali concessione.

b) *Mixtum* bestund nur in modica castigatione; *merum* hatte mehrere und härtere Zwangsmittel.

§. 188. Mixtum und merum imperium sind zwar verbunden; jedoch sind sie an sich unterschieden. Alia enim sunt iurisdictionis; dazu gehört nur causae cognitio et decisio; alia imperii; dazu gehört die Potestas exsequendi — die Hülfsvollstreckung.

Exsequi heist: einen mit Zwangsmittel anhalten, dasjenige zu befolgen, was die Obrigkeit ausgesprochen hat.

Daraus ist klar: daß mixtum imperium auch dazu bestimmt ist: ad tuendam iurisdictionem. Vid. L. ult. §. ult. D. de officio eius cui est mandata iurisdictio.

In der Regel also hat ein jeder, der die Iurisdiction hat, auch das imperium mixtum. Doch giebts Ausnahmen. Deswegen wird nun Iurisdictio eingetheilt in plenam; wo die Obrigkeit nicht nur zu cognosciren und decidiren, sondern auch zu exsequiren befugt ist; et minus plenam, wo die Befugnis der Exsecution nicht mit verbunden ist. z. E. Es giebt Stadträthe, die die Sachen untersuchen und darinn sprechen können, aber zur Hülfsvollstreckung müssen sie das Amt imploriren.

§. 189. Omnis Iurisdictio competit ex concessione imperantis. Hieraus folgt:

1) daß es von dem Regenten abhängt, ob und wie er die Iurisdiction verleihen will, nämlich an seine Unterthanen, an die Obrigkeit.

2) daß, wenn der Regent einem die Iurisdiction verliehen, sich es doch allemal so versteht, daß sie ihm subordinirt seyn und von ihm dependiren soll, nämlich wenn z. E. der Prin-

Princeps einem die Gerichte giebt, so behält er sich immer dabei vor, daß der die Acten abfordern ꝛc. kann. Conferatur Pütter in opusculis tractatus de concurrente iurisdictione p. 340. Dies ist hiezu eine vortrefliche Schrift.

3) darf auch kein Magistrat die ihm verliehene Iurisdiction auser den Grenzen seines Bezirks exerciren; denn auser denselben hat ihn der Princeps nicht zur Obrigkeit constituirt.

4) die Verleihung der Iurisdiction ist nicht extensive zu interpretiren, sondern wenn eine solche Verleihung indefinite geschehen, so muß Iurisdictio inferior praesumirt werden. *indefinite.* i. e. ohne Bestimmung der Art, der Iurisdiction. Jedoch dieser Satz ist vielem Zweifel unterworfen. Struben hat bewiesen, daß, wenn die Verleihung einer Iurisdiction in einem Lehenbrief stehe, die hohe und niedere Gerichtsbarkeit darunter verstanden werden müsse. Conferantur Strubens rechtliche Bedenken part. 4. p. 122. et Boehmer in observ. ad Carpzovium quaest. 109. observ. III.

Die Gründe des Struben sind folgende:

a) Man findet in den Lehenbriefen die Formel, wenn sie die hohen Gerichte nicht involviren soll, daß sich solche der Landesherr ausdrücklich reservirt habe.

b) Der Ausdruck: mit den Gerichten — ist ein genereller Ausdruck, der begreift ja alle Species.

Die Regenten wenden zwar ein: es ist nicht zu praesumiren, daß ein Regent sich seines Rechts begeben habe, so auch hier. Allein Struben sagt sehr artig: so könnten wir auch sagen, es ist nicht vom Kaiser zu vermuthen, daß er sich gegen die Fürsten seiner Rechte begeben habe.

5) Ein schlechter Besitz kann niemand bei der Iurisdiction schützen; es ist also erforderlich: Titulata possessio, quae iusto titulo nititur.

Ratio: Weil die Iurisdiction ein ius regale principis ist; eines solchen iuris ist ein Subditus, qua talis, nicht fähig; so giebt ihm auch der Besitz die Praesumtion nicht.

Excipe: es müste denn seyn, daß der Besitz eine possessio immemorialis wäre, i. e. der so lange gedauert, daß niemand vorhanden ist, der sagen könnte, es sey je anders gewesen. Dies ist in iure ein modus acquirendi.

Conferatur Hommelii rhapsodia. observ. 553. wo letzteres verneinet wird.

§. 190. I. De personis ius dicentibus. Diese kann man betrachten, entweder nach dem Iure Romano oder hodierno.

1) Was das Ius romanum betrift, so sind die Rechtsprechenden Personen entweder solche, welche immediate ab imperante constituirt worden; diese nennt man: Magistratus ius dicentes, die vornehmsten Species waren die Praetores; oder solche, welche nicht immediate a superiore reipublicae constituirt worden, sondern a magistratu ius dicente; dies sind Iudices — seu iudices pedanei; weil sie nicht in tribunali sasen, sondern pedibus terram attigerunt. Es waren ihrer etliche 1000. So bald nun eine nöthig war, so wählten sich die Partheien einen, oder der Praetor constituirte ihn. Iudex pedaneus est is, qui a magistratu ius dicente in causa quadam speciali ad plenariam causae cognitionem eiusque secundum formulam praescriptam decisionem constitutus est.

2) Was das ius hodiernum betrift, so sind iudex und Magistratus — Synonima. Beide Worte zeigen einen solchen an, der die Iurisdiction *exercirt*. Conferatur Knorr de usu practico doctrinae de praetore et iud. pedaneo. Hal. 1756.

II. De modo ius dicendi. Was diesen betrift, so ist zu distinguiren: aut magistratus dato iudice pedaneo eique formula praescripta ius dicebat; das hies: ordinaria cognitio, denn dieser modus fand in der Regel statt; aut non, sed magistratus ipse ius dicebat non dato iudice pedaneo; das hies: extraordinaria cognitio. Diese fand statt in causis moram non ferentibus. z. E. bei Interdictis.

III. De actibus ad Iurisdictionem pertinentibus. Die Actus sind l. tales, qui coram magistratu expediuntur. Hier sagte man: Actus qui fiunt in iure, das heist: es sind Handlungen die coram magistratu vorgehen; l. non, sed tales, qui coram iudice pedaneo l. ab ipso expediuntur; Actus, qui fiunt in iudicio, i. e. welche von oder coram iudice pedaneo verrichtet wurden.

§. 191. Iurisdictio aut iure administrationis concessa est; quae dicebatur *administratoria* et ab imperante dependebat;

debat; aut iure proprietatis, quae *patrimonialis* dicta est (die Erbgerichtsbarkeit.)

Erbgerichtsbarkeit ist also diejenige, die auf die Erben übergeht und zu dem Ende verliehen worden. Sie haftet:

1) auf den Gütern, in praediis nobilium etc. Daher geht sie auf jeden Besitzer, Erben und Käufer über, und zwar so, die Person sey, wer sie will, auch eine Frau.
2) Daher haben hodie die Universitates in exemplum nobilium die iurisdictionem patrimonialem bekommen. z. E. Domkapitel, Academien, Stadträthe.

Die Iurisdictio patrimonialis ist deutschen Ursprungs. Hellfeld nimmt mit Heineccio die Hypotese an, unsere Bauern seyen ehemals Leibeigene gewesen, und aus deren Verwandlung sey die Iurisdictio patrimonialis entstanden. So wie ehemals dem Leibherrn die potestas dominica zugestanden sey; so blieb die Iurisdictio patrimonialis. Allein, wenn auch in einem und dem andern Fall diese Hypothese zu erweisen wäre, so ists doch allgemein nimmermehr wahr. Denn wäre es wahr, daß die Iurisdictio patrimonialis auf diese Weise entstanden wäre, so müste folgen: daß an den Orten, wo noch Leibeigenschaft ist, keine Iurisdictio patrimonialis statt fände; sed falsum est posterius, ergo et prius.

Sie hat mehr als eine Veranlassung.

1) Viele haben sie durch Beleihung und Kauf erhalten. Conferatur Leyser Specim. 29. medit. 4.
2) Auch daher entstund sie vielfältig, daß die Gutsbesitzer die zu ihrem Gut gehörigen Personen als ihre Familie ansahen; daher haben sie auch lites in familia, qua Patres, decidirt, woraus nach und nach eine Gerichtsbarkeit entstanden, die sich auf die Erben fortpflanzte und deswegen die Erbgerichtsbarkeit genennt wird.

§. 192. Qu. Welche Personen und Sachen der Erbgerichtsbarkeit unterworfen sind?

Rsp. 1. Personen — sind die Subditi in dem Gerichtsbezirk. Diese Subditi haben in Ansehung der Sachen entweder unter sich Streit; hier sind die Sachen, über welche von den Subditis gestritten wird, nothwendig der Erbgerichtsbarkeit unterworfen, und die Subditi klagen also bei dem Gerichtsherrn; oder mit dem Domino Iurisdictionis patrimonialis.

Hier ist der Gerichtsherr entweder der Beklagte; hier gehört die Sache nicht dem Gerichtsherrn, weil er nicht seinem eigenen iudicio unterworfen ist. Hier gilt also die Regel: Actor sequitur forum rei. Forum rei ist entweder das gerichtliche Amt oder die fürstliche Kanzlei und Regierung. Also dahin müssen sich die Subditi wenden, wenn sie den Gerichtsherrn verklagen wollen. Ist der Gutsherr amtssäßig, so gehört er unter das Amt; Ist er schriftsäßig, so gehört er unter die höhern Gerichte. Oder der Kläger; Hier ist das regulare: daß der Gerichtsherr die Klage bei seinem eigenem iudicio anstellen darf.

Qu. Aus welchen Gründen?

Rsp. Man giebt gemeiniglich zwei an, die aber nicht hinlänglich sind, nämlich:

1) weil die iurisd. patrimonialis aus der dominica potestate entstanden sey. So sagt auch Hellfeld. Allein es ist schon dargethan worden, daß nicht jede Iurisd. patrimonialis aus der dominica potestate hergeleitet werden kann. Andere sagen:

2) weil doch der Gerichtsherr seine Erbgerichte nicht leicht selbst exercirt, daraus könne man schliesen, daß es nicht gewöhnlich sey, daß der Gerichtsherr vor seinem eignen iudicio klagen dürfe. Allein, exercirt sie auch der Gerichtsherr nicht, so exercirt sie doch der Gerichtshalter, und die Gerichtshalter sind mandatarii des Gerichtsherrn, qui pro una persona habentur; daher ist es eins. Man muß also distinguiren:

1) inter ius Saxonicum; da ist es richtig, daß der Gerichtsherr vor seinem eignen Gericht seine Unterthanen verklagen darf. So ists im Magdeburgischen — so in der Mark — es sind überall besondere leges da, die dies bestimmen: daß der Gerichtshalter, wenn der Gerichtsherr die Unterthanen belangt, nicht nur untersuchen sondern auch entscheiden soll. Videatur die alte Churfächs. Proceßordnung. Tit. II. §. 3.

2) extra Saxonicum; a) da ist an den mehresten Orten kein anderes Fundament zu finden, als die Observanz. Folglich, wenn nur der Gerichtsherr in dubio die Observanz beweisen kann, so hat er das Recht.

b) Muß

b) Muß eine solche Observanz immer stricte erklärt werden, denn sie ist offenbar dem iuri communi zuwider.

Vid. L. ult. Cod. ne quis in sua causa iudicet.

Jedoch haben Gerichtsherrn allemal die Befugnis (contra Leyser. specim. 68. medit. 4.) in den Fällen, wo sie Kläger sind, die Untersuchung anzustellen und zu decidiren. Es ist zwar rathsam, daß sie die Acten an auswärtige Gerichte schicken, aber nicht nothwendig, (Wiewohl Elsaesser behauptet affirmativam) denn es ist doch allemal zu praesumiren, daß iurisdictio patrimonialis *plena* sey; ist sie plena, so muß der Erbgerichtsherr decidiren können. Doch, wie gesagt, rathsam ist es, weil der Bauer die Sache durch Appellationes etc. weitläuftig machen kann.

§. 193. Iurisdictio 2) ratione causarum dispescitur. Diese Eintheilung findet zwar nicht statt, wenn Iurisdictio in sensu stricto genommen wird, aber doch in sensu generaliori (§. 185.) Hic Iurisdictio exercetur aut in causis litigiosis — quae vocatur *contentiosa*, (die streitende Gerichtsbarkeit,) in Sachen, wo actor und reus concurriren; aut in causis non litigiosis, *voluntaria*, (die willkührliche Gerichtsbarkeit.) Z. E. Ich und du, wir haben einen Kauf geschlossen, gehen zur Obrigkeit und lassen ihn confirmiren.

Diese Eintheilung haben die Glossatoren erfunden. Der Unterschied ist der:

1) *Contentiosa* — hat zur Absicht, daß eine Sache decidirt werden soll; also erfordern die actus hiebei immer causae cognitionem:

2) *voluntaria* hat zur Absicht, daß der Richter in einer Handlung seine Auctoritaet interponiren oder selbige confirmiren soll. (Der Nutze ist der: wenn eine Handlung confirmirt ist, so hat sie publicam fidem und mehrere Gültigkeit)

Die Actus sind zweyerlei Art:

1) solche, die causae cognitionem erfordern; diese heissen: actus *mixtim* voluntariae cognitionis. Z. E. Wenn ein Richter ein Decretum de non alienando ertheilen; wenn er einen Vergleich über Alimenten, über eine Erbschaft confirmiren soll. Hierbei die Anmerkung: de alimentis praeteritis darf ich sine iudice transigiren, aber nicht de

alimentis futuris. Ratio: es liegt dem Staat daran, daß ich als Bürger ihm in Zukunft nicht zur Last falle.

2) Solche die praeviam cauſae cognitionem nicht erfordern — actus *mere* voluntariae iurisdictionis. Z. E. Wenn ein Teſtament confirmirt werden ſoll. So auch: die Confirmation eines Kaufs, einer Hypothek nach dem Iure communi.

Conferantur Claproth. primae lineae iurisprudentiae extraiudicialis pag. 7. ſeq.

§. 194. Der Unterſchied dieſer actuum mere et mixtim voluntariae iurisdictionis:

1) Actus mixtim voluntariae iurisdictionis können nur a magiſtratu competente verrichtet werden, das iſt aber nicht bei den actibus mere voluntariae iurisdictionis, welche bei jedem Richter verrichtet werden können. Z. E. ein Teſtament kann ich überall confirmiren laſſen.

Aber im erſten Fall iſt die Urſache:

a) cauſae cognitio erfordert den Gerichtszwang.

b) accedit, daß der iudex competenz allein davon inſtruirt iſt, ein anderer nicht.

Qu. Welcher iudex iſt competens?

Reſp. Wenn von perſönlichen Rechten die Rede iſt, ſo iſt es der iudex domicilii, dem z. E. der Unmündige in Anſehung ſeiner Wohnung unterworfen iſt; wenn aber von dem iure fundorum die Rede iſt, der iudex rei ſitae.

2) Actus mixtim voluntariae iurisdictionis müſſen in loco iudicii verrichtet werden, die actus mere voluntariae iurisdictionis nicht ſchlechterdings.

Die Römer hatten zwey Ausdrücke, die wir wohl unterſcheiden müſſen.

1) *cognitio* — dies ſagt man nur von magiſtratibus maioribus.

2) *notio* — vom iudice. Mit der notione iſt nur die Befugnis verbunden die Sache zu unterſuchen; aber mit der cognitione auch die deciſio rei und zwar ex propria auctoritate.

Der Praetor übergab dem iudici pedaneo immer die formel nach welcher er ſprechen muſte; wollte er aber die Sache

Sache ganz allein ausmachen, so hieſſe dies, quod cognoscat extra ordinem.

Imperium ſetzt die Aufrechterhaltung der Iurisdiction des Richters voraus.

3) Actus mere voluntariae iurisdictionis können quocunque tempore verrichtet werden, diebus feriatis et non feriatis; bei den actibus mixtim voluntariae iurisdictionis iſt dies aber nicht. Dieſe müſſen ob cauſae cognit. diebus feriatis expedirt werden.

4) Die Actus mere voluntariae iurisdictionis darf der iudex in propria cauſa expediren, aber die actus mixtim voluntariae iurisdictionis nicht. Das erſtere aber iſt nicht indiſtincte wahr, ſondern nur wahr,

a) wenn er keinen Vortheil aus der Handlung zu erwarten hat,

b) wenn er andere Perſonen nicht ſich obligiren will. Denn in dieſen Fällen muß er den actum von einem collegio oder vom Superiore authoriſiren laſſen.

Conferatur Claproth alleg. loco. p. 9. §. 13.

§. 195. Die Iurisdictio erſtreckt ſich entweder auf Verbrechen und andere Sachen, die keine Verbrechen ſind; hier heiſt ſie: omni moda Iurisdictio (die obere und niedere Gerichtsbarkeit); oder auf eines von beiden, und zwar entweder blos auf Verbrechen — criminalis, ſuperior, ſ. alta (die hohe Gerichtsbarkeit); oder lediglich auf Sachen, die keine Verbrechen ſind — civilis ſ. inferior (die Niedergerichte, Vogthei.)

Noch iſt der Unterſchied zu bemerken: daß man häufig nur diejenige Gerichtsbarkeit die höhere nennt, welche über crimina minora cognoſcirt; wo dies iſt, müſſen alſo cauſae criminales minores mit zu den niedern Gerichten gerechnet werden.

Qu. Was ſind aber cauſae criminales maiores et minores?

Rſp. In den alten Zeiten wurden unter den maioribus diejenigen verſtanden, die auf Hand und Hals giengen.

Hodie geben die ICti zu, man habe keine Regel, die in abſtracto beſtimme, was zu den maioribus und minoribus cauſis zu zählen, oder was in jedem Fall paſſend ſey.

Quid faciendum?

1) Man sehe auf pacta, 2) Herkommen und 3) Gesetze des Landesherrn.

In dubio maiores causae sunt sequentes:

1) diejenigen, bei welchen Leibes- oder Lebensstrafe statt findet.
2) perpetua relegatio.
3) Lebenslängliche Gefängnisstrafe.
4) Wo Geldstrafe über 10. Rthl. statt findet.

Conferatur v. Pufendorf. tract. de iurisd. germ. libr. I. Sect. II. Cap. I. et Meisters peinlicher Proceſſ. part. I. pag. 26.

Hellfeld geht von dem, was wir hier docirt haben ab, allein, die vier Fälle die er angiebt und zur hohen peinlichen Iurisdiction rechnet, gelten nur, wenn von dem Recht der Bestrafung die Rede ist, die ein Landesherr in andern territoriis hat.

1) Mord, bedeutet alle homicidia, sowohl dolosa als culposa.
2) Brand, bedeutet das crimen incendii.
3) Großer und gewaltsamer Diebstahl — der über 5. Dukaten beträgt — ist gros; der mit gewaltsamer Erbrechung oder mit tödlichem Gewehr verübet worden, — ist gewaltsam — furtum qualificatum.
4) Oberhurerei, alle delicta carnis atrociora, adulterium, Sodomiterei ꝛc.

Utraque etc. i. e. sowohl die Iurisdictio criminalis als civilis kann in plenam et minus plenam eingetheilt werden.

Plena heist sie, wenn die potestas exequendi damit verbunden ist.

Minus plena, das oppositum.

Mit der Iurisdictione criminali plena ist in der Regel der Blutbann verbunden.

Blutbann — est potestas exequendi causas criminales.

Doch giebts Ausnahmen. Z. E. Die Hallische Academie hat die Iurisdictionem criminalem, aber nicht den Blutbann.

§. 196. Ratione causarum wird die Iurisdiction ferner eingetheilt in ecclesiasticam et secularem.

Eccle-

Ecclesiastica est ea, quae competit in causis ecclesiasticis.

Sie erstreckt sich:

1) auf causas ecclesiasticas in specie sic dictas, i. e. Sachen, die durch Kirchengesetze bestimmt sind, z. E. die Ehsachen, die Sachen, die Begräbnisse betreffen,

2) auf causas personales clericorum et personarum ecclesiasticarum, i. e. auf Sachen, wo der Beklagte ein clericus oder doch persona ecclesiastica ist. Z. E. Herr Pastor ist mir schuldig.

Uebrigens hat Hellfeld in diesem §. das System des Thomasii angenommen. Es war kurz dieses: Die geistliche Gerichtsbarkeit stünde dem Imperanti so gut, als jede andre Iurisdiction zu. Der Unterschied wäre blos dieser, daß die Principes sie durch consistoria exerciren liessen. Allein im Iur. Canon. werden wir hören, daß dies System allgemein verlassen wird, weil es den Protestanten nachtheilig wäre.

Conferatur Preuschens Abhandlung, daß ein katholischer Landesherr in Ehe- und Kirchensachen seiner evangelischen Unterthanen zuerkennen nicht schuldig sey. in 4. Giesen 1754 und 1755.

§. 197. Die Iurisdiction wird endlich auch ratione modi habendi in ordinariam et extraordinariam eingetheilt. Ordinaria heist diejenige, welche einem der Regel nach zusteht. Der Regel nach, i. e. nach der im Land gemachten Einrichtung und Verfassung der Gerichte. Der Richter heist hier iudex ordinarius, z. E. der Amtmann des Dorfs in seinem Gerichtsbezirk.

Extraordinaria s. delegata, diejenige, welche wider die gesetzte Einrichtung und Verfassung im Lande ist. Z. E. Die Studirende tumultuiren und nun wird eine Commission vom Landesherrn niedergesetzt. Hier heist der Richter: iudex delegatus s. commissarius.

§. 198. Enthält zwey Punkte:

1) Wer das Recht hat iurisdictionem extraordinariam zu ertheilen?

Rsp. Derjenige, von dem die ganze Disposition über die Gerichte im Lande abhängt, d. i. der Princeps und die collegia, die den Principem repraesentiren, letztere sind die höchsten Gerichte im Lande.

2) Aus

2) Aus welchen Gründen diese Iurisdictio extraordinaria jemand ertheilt werden könne?

Rsp. An und vor sich läst sich kein Grund angeben, z. E. in abstracto. Aber wenn jede Sache im Lande schon ihren ordentlichen Richter hat, und folglich keinen mehr nöthig hat, so müssen besondere Umstände vorhanden seyn, wenn eine Abänderung gemacht werden soll. Daraus folgt:

a) Der Fürst kann nicht pro lubitu commissarios abschikken, wenn dadurch ein Eingrif in die Erbgerichtsbarkeit geschieht. Die Nobiles leiden es auch nicht, wenn es der Fürst pro lubitu thun will, er litte ja an seinem iure quaesito.

b) Der Fürst kann es nicht, wenn den Partheien dadurch ihr ius primae instantiae entzogen wird.

c) Endlich nicht, wenn schon lis pendens ist, i. e. schon anhänglich vor Gericht.

d) Es muß folglich iusta causa da seyn, wenn der Fürst einen Commissarium abschicken will.

Hier ist zu distinguiren: Es sind entweder beide Partheien einig, daß sie ihre Sachen per Commissarium ausmachen lassen wollen; so ist auch consensus partium hinlänglich; oder dies ist nicht. Hier kann die iusta causa zu suchen seyn:

I. in utilitate publica. Hier ist der Fürst berechtigt proprio motu sogleich einen Commissarium zu constituiren, und zwar:

1) ob metum armorum in tumultu,
2) ad Scandalum publicum evitandum,
3) wenn sonst die Sache nicht füglich bei dem ordentlichen Richter verhandelt werden kann, z. E. er ist krank, abwesend ꝛc.

II. In Interesse partium. Z. E. Der ordentliche Richter ist ein Verwandter oder intimer Freund von der einen Parthei, bestochen, ꝛc. Hier wird ein Commissarius quoad instantiam partis constituirt.

§. 199. Enthält drey Punkte. Es handelt:

1) Von der Legitimation der Commissariorum. Jeder Commissarius ist verbunden, sich zu legitimiren, weil er ein iudex extraordinarius ist; irregularia non praesumuntur

muntur. Diese Legitimation geschieht durch das *Commissoriale*, quod est rescriptum continens potestatem ex concessa iurisdictione.

a) Bei der ersten Citation wird eine Abschrift vom commissoriali beigelegt.

b) Beim ersten Termin wird das commissoriale in Original beigelegt.

2) Von der Gewalt eines Commissarii.

a) Diese ist stricte zu interpretiren.

b) Alle Handlungen eines Commissarii sind nichtige Handlungen, wenn er die Grenzen seiner Gewalt überschritten.

Conferatur I. Can. capit. 22. 32. 37. 40. *extra* de officio et potestate iudicis delegati.

Uebrigens sind die Grenzen der Gewalt eines Commissarii zu beurtheilen:

α) aus dem commissariali. Mehrentheils wird den commissariis blos die Untersuchung der Sache aufgetragen.

β) aus der Natur der aufgetragenen Sache; was nothwendig mit dem negotio commisso verbunden ist, das zu thun, ist der Commissarius in der Regel berechtigt.

3) Von der Subordination eines Commissarii. Die Concession der Gerichtsbarkeit versteht sich allemal mit Subordination, Abhängigkeit vom Fürsten. Also versteht sich es auch, daß ein Commissarius dem committenti subordinirt sey. Daraus folgt:

a Commissario kann ad committentem appellirt werden.

Conferatur Homel in rhapsodia. p. 239.

§. 200. Der Fürst kann eine und auch mehrere Personen constituiren. Mehrere, hoc fit: 1. definite i. e. additis clausilis, quae modum procedendi determinant; 1. indefinite — das oppositum. Hic valet regula: commissarii *coniunctim* censentur dati, i. e. sie sollen alle zugleich procediren. Daraus folgt:

1) Was geschieht, muß nomine omnium geschehen.

2) Es ist nichtig, was von einem und dem andern geschieht.

3) mortuo uno, cessat reliquorum potestas.

Wenn

Wenn definite concommissarii gesetzt werden, so geschieht dies entweder mit der Clausul: samt oder sonders ꝛc. i. e. daß entweder alle Commissarii oder auch einer und der andere sich der Sache unterziehen darf. Mithin findet die Praevention statt; oder mit der Clausul: samt und sonders ꝛc. i. e. daß zwar alle Commissarii die Commission übernehmen sollen, jedoch, wenn einer oder der andere verhindert worden wäre, die übrigen fortfahren können.

§. 201. Die Iurisdiction wird ferner in Ansehung ihres Umfangs in universalem et particularem eingetheilt.

1) *Universalis* ist diejenige, welche sich praesumtive auf alle und jede Gegenstände in dem Gerichtsbezirk erstreckt.

praesumtive, i. e. der Vermuthung nach, donec probetur contrarium.

2) *Particularis* ist diejenige, welche sich nur auf gewisse Gegenstände in dem Gerichtsbezirk erstreckt. z. E. die akademische Iurisdiction.

Particularis kann auf viererlei Art gedacht werden. Sie kann particularis seyn:

1) ratione personarum — wenn mir die Iurisdiction in einem andern Gerichtsbezirk über gewisse Personen zu steht. z. E. die Iurisdictio militaris allhier.

2) ratione causarum — die sich auf gewisse Sachen in dem Gerichtsbezirk eines andern Richters erstreckt. z. E. Iurisdictio criminalis.

3) ratione utriusque obiecti et personarum et causarum. z. E. Iurisdictio forestalis.

Die Forstgerichte erstrecken sich

a) auf die Jagd ꝛc.

b) aber auch auf die Personen, die zur Jagd gehören.

4) ratione loci — die nur auf einen gewissen Ort in dem Gerichts-Bezirk eines andern Richters sich erstreckt. z. E. Iurisdictio ad sepes (das Zaun- und Pfalgericht) das sich nur bis an die Mauern oder Zäune eines gewissen Praedii sich erstrekt. Ingleichen Iurisdictio ad vias (die Strafengerichte) die sich blos auf die Landstrafen erstrecken. Delinquirt einer in via publica, so ist er dem iudici universali unterworfen; delinquirt er aber in aedificio suo s. intra sepes, so ist der Zaunrichter da. So kann auch ein Strafenrichter seyn. Delinquirt aber einer nur über dem

Grabe

Grabe der Strase oder Chaussée, so ist wieder der iudex universalis da.

§. 202. In Ansehung des exercitii theilen die Rechtslehrer die Iurisdiction ein, in competentem et prorogatam. Allein dies sind keine contrarie opposita. Sie muß vielmehr so eingetheilt werden:

Das exercitium iurisdictionis kommt entweder dem Richter in einer gewissen Sache zu, oder nicht zu. Im ersten Fall ist er Iudex competens (der gehörige Richter) und die Gerichtsbarkeit selbst heist, Iurisdictio competens; im zweiten Fall aber — incompetens, derjenige Richter, unter welchem der Beklagte in dieser Sache nicht steht.

Competens und incompetens kann auf dreierley Art gedacht werden. Incompetens:

1) *ratione districtus*, wenn der Iudex nicht über den Bezirk gesetzt ist, in welchem der actus iurisdictionis zu expediren ist.
2) ratione personarum — wenn dem Richter nicht die Person unterworfen ist. z. E. Der Stadt-Magistrat hat wohl competentem iurisdictionem über die Stadtbürger, aber nicht über die Studiosos.
3) ratione causarum — i. e. wenn die streitige Sache nicht vor den Richter gehört, von dessen Iurisdiction die Rede ist. Wenn von Ehesachen etwas unter zwei Bürgern vorfällt, so ist der Stadt-Magistrat iudex incompetens, das Consistorium competens.

Die Incompetentia wird gehoben per prorogationem s. *propagationem* iurisdictionis.

Prorogare, i. e. eine Sache der Iurisdiction eines Richters unterwerfen, der an sich keine Iurisdiction in der Sache hat.

Iurisdictio prorogata est ea, quae extra terminos suos exercetur, quae non incompetens, sed competens dicitur.

§. 203. Dieser §. enthält die Species prorogationis. Die Prorogatio geschieht nämlich entweder auf unmittelbare Verordnung der Gesetze, dann heist sie: necessaria (wovon im folgenden §pho die Rede ist); oder die Partheien selbst wollen sich in diesem Fall einem andern Richter unterwerfen — voluntaria. Wird hier die Unterwerfung mit

Worten

Worten erklärt, so heist sie expressa. Es kann aber auch seyn, daß einer wissentlich coram iudice incompetente auf die Citation erscheint und litem contestirt, in welchem Fall die Prorogation: tacita — die stillschweigende genennt wird.

§. 204. Prorogatio *necessaria* fit immediate per legem et occurrit in *reconventione* (der Widerklage.) quae est mutua rei contra actorem in eodem iudicio instituta actio. Z. E. Es käme ein Bürger von Nürnberg und verklagte mich bei den hiesigen Gerichten, er ist mir aber auch schuldig; ich verklage ihn also gleich wieder bei dem nämlichen Richter.

Die Widerklage hat also das besondere Recht, daß der Beklagte vor dem nämlichen Gericht wiederstehen muß, wo er geklagt hat. Der Nürnberger muß also bei den hiesigen Richter den Proceſs aushalten. Der Grund ist hier eine in den Gesetzen gebilligte Regel. Quem iudicem quis pro se agnoscit; eum quoque contra se agnoscere debet. Conferatur L. 14. C. de sententiis et interlocutionibus. Doch muß hier zwischen dem Sächsischen und Ausersächsischen Recht distinguirt werden.

1) Nach Sachsenrecht, distingue tamen, ist erforderlich, daß causa conventionis et reconventionis connexa seyn muß.

Connexae causae sunt, si cognitio unius causae dependet a cognitione alterius l. saltim alterius cognitionem faciliorem reddit. Dergleichen Sachen sind, die ex eodem contractu entstehen; z. E. beim contractu mandati stellt der mandatarius oft eine Widerklage gegen den mandantem an. So auch actiones, die in einer Urkunde ihren Grund haben. Eben dies ist auch nach dem Lübeckischen Recht erforderlich.

2) Nach Ausersächsischen Recht ist diese Connexitas causae nicht erforderlich.

§. 205. De effectibus reconventionis.

1) Effectus prorogationis necessariae, i. e. daß man einem an sich nicht gehörigen Richter wider Willen unterworfen wird. Z. E. Der Nürnbergische Bürger im vorigen Beispiel. Dieser Effect findet so gar statt, wenn der Kläger ein forum privilegiatum hat. Z. E. Ein Clericus verklagt mich.

2) Effectus

2) Effectus simultanei processus, i. e. daß conventio- und reconventio in einem Proceß verhandelt werden können. Dies ist ausser Sachsen sehr mühsam.

Doch giebts Ausnahmen, nämlich Fälle, wo dieser Effect nicht statt findet. Reconventio ist daher entweder propria, wo der effectus simultanei processus statt findet; oder impropria, wo der effect nicht statt findet, sondern die reconventio nicht eher angestellt werden kann, als bis die conventio zu Ende ist.

Sie findet statt:

1) wenn die Landesgesetze es ausdrücklich verordnen: z. E. im ganzen Herzoglichen Sachsen, aber in Churſachsen, Altenburg und Gotha, ist sie abgeschaft.
2) Wenn causa conventionis praeiudicialis, i. e. von der Beschaffenheit ist, daß von Entscheidung der Vorklage, die Entscheidung der Wiederklage abhängt: z. E. ein Mädchen gäbe einen in puncto stupri an — und er wollte jetzt, eine Iniurien-Klage gegen sie deswegen anstellen. Dies geht nicht an, bis die erste Klage des Mädchens aus ist. Warum? weil von der Entscheidung derselben, erst die Entscheidung der letztern abhängt.
3) Wenn beide Sachen eine ganz verschiedene Proceßart erfordern: z. E. die eine erforderte processum ordinarium und die andere executivum.

§. 206. Die Prorogatio voluntaria ist nach dem römischen Recht jedem erlaubt; hodie ists streitig ob sie erlaubt sey oder nicht. Einige läugnen sie schlechterdings:

1) Weil die Grenzen der Iurisdiction publica auctoritate bestimmt wären, diese aber könnten privato nisu nicht geändert werden;
2) Weil durch die prorogation ein Eingrif in die Iurisdiction eines fremden Richters geschehe;
3) weil dem Landesherrn das ius de non evocando zusteht, i. e. das Recht, das alle Reichsstände haben, daß ihre Unterthanen nicht vor fremde Gerichte gezogen werden dürfen.

Andere hingegen behaupten, daß sie schlechterdings erlaubt sey:

1) weil doch keinem Privato verwehrt sey, einen Schiedsrichter anzunehmen. — Ein wichtiger Grund.

2) Weil doch das ius romanum bei uns in Deutschland eingeführt wäre und wir keinen legem in iure Germanico hätten, der eine Abrogation bewies;
3) Weil es extra dubium ist, daß man bei der Reconvention die prorogation gestattet.

Hellfeld macht den Unterschied:

Die Partheien unterwerfen sich entweder durch die prorogation einem gewissen Richter, mit dem sie unter einem Landesherrn stehen; hier ist die prorogatio voluntaria erlaubt; oder einem auswärtigen fremden Richter, hier ist sie hodie unerlaubt, propter ius de non evocando der Reichsstände; Wir haben in Deutschland hie und da viele Statuten, wo sie gänzlich verboten ist.

§. 207. Prorogationes voluntariae sind also erlaubt, doch mit mancher Einschränkung:

1) Der Iudex muß als prorogatus die Art von Iurisdiction haben, die zur Entscheidung der Sache erforderlich ist.

Das nämliche gilt auch bei der Reconvention, mit welcher eine prorogatio necessaria verbunden ist. Daher die Regel: De quacunque causa iudex cognoscere non potest per modum conventionis, de eadem cognoscere non potest per modum reconventionis.

2) Sachen, denen durch ein gewisses Privilegium ein bestimmter Richter gegeben worden, die können durch die Prorogation nicht vor einen andern Richter gezogen werden. Nam causae datum est privilegium, non personae.

Nun aber stehen im (§. 2.) Ausnahmen:

1) wenn der Streit blos das factum possessionis betrift. Hier ists extra dubium, daß causae ecclesiasticae auch vor einem weltlichen Gerichte können verhandelt werden. Z. E. Streitigkeiten über die Zehenden, sind causae ecclesiasticae; aber wenn der Streit blos die Frage betrift: ob der Pastor bisher im Besitz desselben gewesen sey, — so kann die Sache allerdings selbst bei einem weltlichen Richter verhandelt werden.
2) Wenn eine Sache, die für das geistliche forum gehört, incidenter bei einem weltlichen Richter vorkommt. Allein, diese Exception scheint uns nicht am rechten Orte zu stehen. Zwar haben wir die Rechtsregel: iudex causae

sae principalis cognoscit quoque de causa incidente — und sie ist richtig; aber bei den causis ecclesiasticis können wir sie nicht anwenden. Denn wenn die causa ecclesiastica bei einem andern Richter incidenter vorkommt, so betrift sie entweder das possessorium: hier kann der weltliche Richter cognosciren; oder das petitorium; hier niemals. Beweis: ex Iur. Canon. capit. V. x. qui filii sint legitimi, et capit. 3. de ordin. cognit. causae ecclesiasticae, dann auch die capitulatio caesarea selbst.

3) Wenn ein privilegium Iurisdictionis blos zum Faveur einer gewissen Person ertheilt worden ist, so ist es extra dubium, daß sich die Person pro lubitu einem fremden Richter per prorogationem unterwerfen könne. Quilibet enim suo favori renunciare potest. Daraus folgert aber Hellfeld, daß auch ein Clericus dies könne, und dies ist streitig. Das Ius Rom. erlaubts, das Ius Canon. verbietet es, aus dem Grund: weil das privil. Iurisdictionis nicht in favorem singulorum, sed omnium gemacht sey.

a) Mit Hellfeld nehmen viele ansehnliche Icti, außer Schiltern und Ludwig; auch Boehmer in Iur. Eccles. Prot. Lib. II. Tit. II. p. 42. Stryck de cautelis etc. Sectione I. §. 40. Berger, Ziegler und andere — die Prorogation an.

b) Die gegenseitige Meinung ist die: daß die Geistlichen nicht prorogiren dürfen, es geschehe denn mit Erlaubtnis des Consistorii. Conferatur Wernher in observ. Parte VI. obs. 340.

Herr v. Cramer in tract. de iurisd. prorogata §. 39. et Thomasius in notis ad D. h. t. und diese Meinung ist gegründeter.

Rationes:

1) In Proceßsachen, die die Geistlichen betreffen, geht das Ius Canon. vor.

2) Weil die Verordnungen des Iur. Canonici in diesem Stück weder der Vernunft, noch der Religion, noch der Verordnung unserer Kirche widersprechen.

Wenn aber ein Geistlicher einmal in die prorogation bewilligt hat, so kann er sie selbst nicht wieder anfechten, obgleich das Consistorium.

§. 208. Die Iurisdiction steht einem entweder aus unmittelbarer Verleihung des Regenten zu und wird auch in den Grenzen, die der Superior dem Richter bestimmt hat, ausgeübt, dann heist sie: propria; oder dies ist nicht — non propria. Dies kann sie seyn: 1) weil sie nicht unmittelbar vom Regenten, sondern von einer Obrigkeit verliehen worden; hier heist sie: mandata: Z. E. Iurisdictio Syndici, Actuarii etc. 2) Weil sie über die bestimmten Grenzen hinaus exercirt worden — prorogata.

Obs. 1) Hieher gehört also die Iurisdictio prorogata, welche sonst von den Rechtslehrern der competenti fälschlich opponirt worden.

2) Der Iudex mandatus exercirt die Iurisdiction in allen vorkommenden Fällen; der delegatus nur in einem einzelnen, nämlich in diesem Fall und sonst in keinem.

Iurisdictio mandata est igitur ea, quam quis nomine et mandato eius, qui Iurisdictionem immediate a superiore concessam habet, exercet.

Qu. An Iurisdictio mandari possit?

Rsp. Nach dem römischen Recht: mandari potest in allen Fällen; Quod elucet ex Titulo D. cui mandata est Iurisdictio.

Nach dem Iure hodierno müssen wir einen Unterscheid machen zwischen der Iurisdictione patrimoniali et administratoria. Patrimonialis potest mandari; weil die Erbgerichtsbarkeit öfters Personen besitzen, die nicht fähig sind Richter zu seyn. Daher kommts, daß die Erbgerichtsherren immer Gerichtshalter haben.

Die Administratoria aber kann

1) nicht in totum, sondern nur

2) bei einer oder der andern Handlung einem andern übertragen werden.

So trägt, z. E. der Amtmann seinem Actuario bisweilen eine Testamentsbestättigung auf.

3) Der Auftrag aber muß an eine vereidete Person geschehen.

Qu. An commissario potestas subdelegandi competat?

Rsp. Quod non! in Regula hat er das Recht nicht, weil dergleichen Rescripta, in Rücksicht auf persönliche Qualitaeten ertheilt werden.

Excipi-

Excipitur:

1) wenn beide Partheien damit zufrieden sind. Volenti non fit iniuria.

2) Wenn der committens die Subdelegation ausdrücklich oder tacite erlaubt hätte.

Tacite — wenn er solche facta unternimmt, woraus sein consensus geschlossen werden kann:

a) Si commissarius in illustri dignitate est constitutus. Ratio: weil der Fürst weis, daß solche hohe Personen dergleichen Aufträge nicht selbst verrichten.

b) Wenn die Commission einem ganzen Collegio aufgetragen worden, und das Collegium nicht füglich das negotium ganz expediren kann.

c) Wenn einem Erbgerichtsherrn eine Commission ist aufgetragen worden. Da versteht sichs, daß er die Sache durch die Gerichtshalter expediren lassen kann, weil bekannt ist, daß er seine eigene Gerichte durch ihn administriren läst.

§. 209. Hier kommen noch einige Edicta data ad tuendam iurisdictionem vor: Als das Edictum:

1) *de albo corrupto.*

album erat tabula lignea nativi coloris, in qua atris litteris scriberetur edictum. So wie z. E. unser schwarzes Brett.

corrumbere album heist nun: maculare, turbare, mutare, s. auferre etc. album. Wegen des albi corrupti war das Iudicium (Klage) auf 500 aureos (Dukaten) zuerkannt. Diese Klage war popularis, i. e. quae a quolibet ex populo institui poterat. Weil jeder aus dem Volk ein Interesse hat, daß Magistratus bei Ansehen bleiben. Dies fällt bei uns weg, und sollte ein ähnliches factum vorfallen, so hätte die poena extraordinaria statt.

2) Das zweyte Edictum ad tuendam Iurisdictionem ist im folgenden Titel enthalten.

LIB. II. TIT. II.

Quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur.

§. 210. Die römischen Obrigkeiten mißbrauchten ihr Recht, Edicte zu machen, hauptsächlich darinn, daß sie neue unbillige Rechte aus Partheylichkeit verordneten, ihre Edicte oft veränderten und dadurch Confusion verursachten. Dagegen ist nun dies Edict, welches sehr alt ist und schon zu Ciceronis Zeiten existirte. Es hat zwey Capita. Das erste handelt:

I. De magistratu novum ius statuente. Innhalt: Diejenige Obrigkeit, welche ein unbilliges Recht verordnet, soll selbiges auch nachher wider sich gelten lassen.

Die Worte sind die:

ut magistratus, qui quid novi iuris etc. ius novum, i. e. ius iniquum (Conferatur L. 3. h. t.)

statuerit — i. e. decreverit ita, ut decretum habuerit effectum, daß würklich dadurch jemand ist beleidigt worden. Conferatur L. 2. D. h. t.

Quandoque postea: i. e. wenn in der Folge die Obrigkeit, welche das Edict proponirt hat, ihr Amt niedergelegt hat;

eodem iure uterentur: i. e. paterentur, ut idem ius sibi dicatur, quod ipsi (sc. magistratus) aliis dixerunt.

Das zweyte Kapitel handelt:

II. De litigatore iniquum ius impetrante. Innhalt: daß derjenige streitende Theil, der ein unbilliges Recht ausgewürkt hat, selbiges auch wider sich gelten lassen soll. Ratio: quia iniuria non est pati, quod feceris.

Vel is, qui etc. i. e. qui *postulatione sua* ius iniquum *impetraverit*. Merke: auf sein Nachsuchen muß er es erlangt haben. Wenn die Obrigkeit es proprio motu gethan, kann dies Cap. nicht statt finden.

Eodem iure adversus eos decerneretur, i. e. daß nicht nur der Beleidigte, sondern auch jeder andere, der mit dem Impetrante Streit bekommt, das unbillige Recht wider ihn soll auswürken oder brauchen können.

§. 211.

§. 211. De usu hodierno huius tituli. Manche ICti behaupten:

1) Der Titel habe keinen Nutzen mehr, weil unsere Obrigkeiten keine Edicte mehr machen dürften, so könnten sie auch nicht mehr iniquum ius statuere. Allein mit Recht sagt Hellfeld, es kommen demohngeachtet viele Fälle vor, wo eine Sache von dem arbitrio iudicis dependirt, da kann er partheiisch seyn, und folglich kann das Edictum auf ihn applicirt werden.

2) Wir haben viele streitige Rechtsmaterien, da kann der iudex leicht die falsche ergreifen, ergo etc. z. E. bei den Fristen. Wenn mir der iudex weniger Fristen vergönnt, als einem andern, der mit mir in pari causa ist, so kann ich gegen ihn auf das Edictum provociren.

§. 212. Der Grund von diesem Edict ist nichts anders, als das ius talionis. Auf eben diesem Grund beruhet auch die Lehre von dem iure retorsionis. Hievon die Definition:

Wenn fremde Gesetze, welche in einem auswärtigen Land oder Ort zum Nachtheil der Fremden gegeben worden, gegen die Unterthanen dieses Landes oder Orts wieder angewendet werden.

Also zwei Requisita sind zu merken:

1) Die Retorsion wird angewendet gegen Fremde, qui non sunt de nostra civitate, sive de universali, provinciali sive municipali §. 127.

2) Daß die Fremden schädliche Gesetze gegen die Auswärtigen haben müssen, i. e. solche Gesetze, da die Fremden den Einheimischen nachgesetzt werden, in Fällen, wo beide einerlei Rechte haben sollten.

Es ist nicht genug zum Iure retorsionis, daß im fremden Lande andere Gesetze obtiniren, als bei uns, weil ich ja nicht sagen kann, daß dies eine Laesion für mich ist, daß Fremde andre Gesetze haben, als wir in unserm Lande.

Conferatur Bauer de vero fundamento, quo inter civitates nititur retorsio iuris — et

Oldenburg diss. de retorsione iurium praecipue in causis cambialibus. Goetting. 1781.

Exempel:

1) de iure praelationis in concursu. Dies ist im Bayreuthischen: die einheimischen Creditores kommen zuerst und dann erst die extranei. Hier findet also das ius retorsionis statt.

2) de iure retractus — im Preussischen z. E. — da findet es wieder statt. Aber in dem folgenden nicht; denn das 3te Exempel im Spho de Gerada — ist hier nicht richtig angeführt. Es obtinirt in Sachsen und besteht darinn: daß ich in die Schmuckshinterlassenschaft der Weibspersonen, z. E. der Ringe, Perlen ꝛc. nicht succedire. Dieser Lex ist nicht in odium extraneorum gemacht, folglich findet das ius retorsionis nicht statt.

§. 213. Bei der Retorsion werden die Ausländer nur nach ihren eigenen Gesetzen gerichtet. Jedoch kann nicht retorquirirt werden:

1) sine concessione et permissione imperantis. Mehrentheils giebt aber der Landesherr hiezu seine Erlaubnis antecedenter, dann ists genug zum exercitio des iuris retorsionis, wenn der Fall vorkommt. z. E. Ist an einem Ort der Lex, 5 Fl. Abzugsgeld von 100 zu nehmen, so steht dabei, daß es bei einem, der dahin ziehen will, erlaubt seyn soll, eben so viel abzuziehen, als dort gewöhnlich ist.

§. 214. Die Retorsio findet nicht statt in Fällen:

1) Wenn der Landesherr einem vor dem andern hat ein Vorrecht ertheilen wollen; folglich kann nicht retorquirt werden, gegen den, der ein Moratorium sich ausgewürkt hat. *Moratorium* ist ein Privilegium, wodurch ein durch Unglück verarmter Schuldner von seinen Gläubigern eine Zeitlang nicht belangt werden darf.

1) Also ist dazu erforderlich, daß einer durch Unglücksfälle arm geworden;

2) Daß einer Spem de meliori hat;

3) Daß einer Caution ausstellen muß ꝛc.

§. 215. Das Ius retorsionis findet auch nicht statt gegen Auswärtige:

1) wenn sie ein delictum in unsern Landen begangen haben. z. E. in Chursachsen stund ehehin der Kopf auf dem adulterio — hier nicht; also darf iene Strafe auf sie nicht appli-

applicirt werden, wenn sie das adulterium in den hiesigen Landen begehen.

Conferatur Lex 3. D. de officio praesid.

§. 216. Qu. Ob die fremden schädlichen Gesetze auch gegen uns applicirt seyn müßen, wenn wir das ius retorsionis exerciren wollen?

Rsp. Nein, es ist nicht erforderlich, sondern genug, wenn das Gesetz nur allgemein ist gegeben worden, wie z. E. in den preuß. Landen von den Abzugsgeldern. Der Grund dazu ist: laesio imminens. Aber in Churſachsen ist ein Lex in contrarium.

Conferantur Carpzov. defin. forens. part. 3. const. 38. §. 8.

LIB. II. TIT. III.

Si quis ius dicenti non obtemperaverit.

Dieser Titel ist ganz auser Usu und würde hier übergangen, wenn er nicht von den mehresten Ictis falsch interpretirt worden wäre.

§. 217. *Si quis ius dicenti non obtemperaverit etc.* Die Erklärung siehe im L. 1. §. 1. D. h. t. *Si quis non facit, quod est extremum in iurisdictione etc.* Die mehresten Icti erklären dies so, als wenn es so viel hiese: sich der Execution der Obrigkeit widersetzen. Allein es heist nur: Der richterlichen Sentenz nicht gutwillig Folge leisten. Ratio: die Execution gehörte ja bei den Römern nicht zur Iurisdiction, sondern zum Imperio, mithin, extremum iurisdictionis, so viel als nicht gutwillig der Sentenz folgen. —

Quanti ea res est — heist: der non obtemperans soll so viel bezahlen, als der Richter will, sagt Heüfeld; allein es heist vielmehr: den Werth der Sache, welche zu praestiren er condemnirt worden, bezahlen. Die Klage aber soll nur intra annum statt finden, weil die actiones praetoriae gemeiniglich nur annales sind. Sie soll auch nicht gegen die Erben statt finden, weil sie eine actio poenalis ist. Actio popularis war sie auch nicht, sondern stunde blos dem victori zu. Der Titel ist nicht mehr in usu.

LIB. II. TIT. IV.

De in ius vocando.

§. 218. — 220. Nach dem römischen Recht muß man die zwei Fälle wohl unterscheiden, nämlich:

1) ob jemand zum 1stenmal vor Gericht gerufen worden; da fand vocatio in ius statt; oder:

2) ob iemand zum 2ten und 3ten oder folgenden mal gerufen worden war; darauf erfolgte: Citatio.

Unterschied:

1) Die vocatio in ius geschahe privata auctoritate, nämlich von dem actore, der sagte: ambula mecum in ius, er mochte mich finden wo er wollte. Hingegen die Citation geschah publica auctoritate: z. E. per praeconem.

2) Durch die citation wurde man besonders vor den iudicem pedaneum gerufen; durch die vocationem in ius ad tribunal magistratus.

3) Die citation konnte so wohl ad actorem als reum ergehen; die vocatio in ius aber blos ad reum.

Bei der Vocatione in ius ist zu merken:

1) Der Reus gieng entweder auf öffentlicher Straße; hier muste er der Regel nach verbaliter in ius gerufen werden. Doch aber, wenn er die Verbal - Vocation nicht befolgen, auch keine Caution machen wollte, dann fand die Real-Vocation statt, daß er nämlich mit Gewalt obtorto collo dahin geschleppt wurde.

Gundling behauptete: die Real - Vocation hätte nur bei Delictis statt gefunden; allein im Plauto, Terentio, Flacco und andern Auctoribus finden wir Beispiele genung, daß sie allgemein war. Es bewies dies auch: Godofredus in fragmentis L. 12. Tab. Tit. VII. L. 4.

2) Oder er blieb zu Hause; so wurde er per Edictum citirt. Und wenn er sich nun nicht sehen lies, so durfte man ihn nicht im Hause aufsuchen um ihn realiter citiren zu können. Conferantur L. 19 et 21. D. h. t.

Doch fand alsdann gegen ihn die missio in possessionem bonorum statt.

Requisita ad realem vocationem:

1) Testium

1) Teſtium advocatio. Dieſe geſchahe durch einen dreimaligen tactum auriculorum; ſo bald er ſagte: licet atteſtari.
2) Der Kläger muſte auch auf Zeit und Perſon Rückſicht nehmen.
   a) Zeit: z. E. bei öffentlichen feierlichen Handlungen durfte er nicht geſchleppt werden: z. E. bei funeribus.
   b) Perſon: z. E. Manche Perſon durfte gar nicht, manche nur nach Erlaubnis der Obrigkeit, manche nur, wenn ſie einwilligte, violenter vocirt werden. z. E. parentes et patroni, nur auf Erlaubtnis — honeſtae matronae, nur wenn ſie einwilligten, ganz ohne Zwang — Magiſtratus, gar nicht.

§. 219. 220. Die Vocationes in ius ſind ſchon bei den Römern ſub Maximiliano et Diocletiano abgekommen; um ſo mehr ſind ſie bei uns auſer uſu. — Unterſchied:
1) Bei den Römern war noch dies beſondere: daß in dem Proceſs die vocatio in ius, der erſte actus war; hodie bei uns — actio.
2) hodie omnes citationes fiunt publica auctoritate, non privata; non ſunt ignominioſae, uti apud Romanos.

§. 221. *Citatio.* (nach dem I. hodierno) Ladung oder Vorladung — iſt die Verkündigung des richterlichen Befehls, daß jemand, einer vor Gericht zu verrichtenden Handlung wegen, vor Gericht erſcheinen ſoll.

NB. Der Kläger wird nicht citirt, ſondern ihm wird nur notificirt: daß die Citation geſchehen und ein Termin gegeben worden ſey, bei welchem er zugegen ſeyn könne.

Citatio alſo und richterliche Decreta differiren.

Decretum ſimplex iſt eine ſolche Verordnung, daß die Verrichtung einer Handlung vor Gericht geſchehen ſoll. Hier darf ich noch nicht vor Gericht erſcheinen. Darinn iſt alſo Citatio von dem Decreto ſimplici unterſchieden.

§. 222. Die Citationes ſind ratione modi ſehr verſchieden. Der modus citationis iſt entweder derjenige, qui in regula obtinet; dann heiſt die Citatio — ordinaria; oder ein ſolcher, welcher eine Ausnahme von der Regel macht: extraordinaria ſ. ſubſidiaria. Letztere iſt nun bisweilen cum apprehenſione reali verbunden, wenn z. E. die Port de Chaiſe

gleich

gleich mit kommt; hier heist sie realis, ist aber eigentlich nur ein Mittel zu bewirken, daß die Citation nicht fruchtlos wird, und hat nur statt in causis criminalibus. Bisweilen aber wird sie nur in loco publico mit Worten publicirt — verbalis s. publica.

Doch findet sie auch in civilibus statt:

1) z. E. in Wechselsachen. Dies vorzüglich in Chursachsen.
2) Wenn ein Schuldner schon der Flucht verdächtig ist.
3) Wenn einer einen grosen Ungehorsam gegen die Obrigkeit bezeigt.

§. 223. Citatio verbalis s. publica aut est *oralis*, quae fit per praeconem; aut *scripta*, quae dicitur: citatio edictalis. Die Edictal-Citation ist diejenige, die durch einen öffentlichen Anschlag in drei verschiedenen Orten und Gerichten geschieht. Der Hauptcharakter ist also: daß sie in trium dominorum diversorum territoriis, und zwar mit, oder ohne Abkanzlung geschieht. Dies muß beobachtet werden; und wenn auch ein Fürst mehrere status formirte, so gelten sie h. l. nur für einen.

Die edictal-citationes finden nur

1) in subsidium statt, i. e. wenn die ordinaria keinen Effect bewürken kann. Sie ist
2) ignominiosa — sagt Hellfeld. Jedoch nicht in allen Fällen, sondern
   a) nur alsdenn, wenn sich der citandus verbirgt.
   b) wenn er die Insinuation der ordinariae nicht zuläst.
   c) wenn einer ex causa vituperabili abwesend ist: z. E. ein Ehemann mit einem Weibsbild fortläuft.

Schimpflich ist sie nicht in folgenden Fällen:

1) wenn der Schuldner ungewiß ist.
2) wenn der Richter, unter dem sich der citandus aufhält, die Citation nicht insinuiren will, ob er gleich darum requirirt worden.
3) wenn ohne Verschulden des citandi die ordinaria nicht füglich geschehen kann.

§. 224. Citatio ordinaria iterum est:

1) oralis. Diese findet statt: in causis summariis, i. e. in Sachen, wo der Proceß ohne Formalitäten gemacht wird. Jedoch müssen vornehme Personen auch in causis sum-

summariis schriftlich citirt werden. Beweis: L. 17. §. 1. Cod. de dignitatibus.

Dies ist auch dem Gerichtsgebrauch heute noch gemäß. Wenn einem Professor, z. E. die Citation hodie nicht versiegelt geschickt wird, braucht er sie nicht anzunehmen.

2) scripta. Diese findet in causis ordinariis statt.

Anmerkungen:

a) Der Richter muß den creditoribus, die er kennt, eine citationem specialem schicken und nur diejenigen, so er nicht kennt, darf er edictaliter citiren.

b) Aber eine Sottise ists, wenn der Richter den ausbleibenden creditoribus ein ewiges Stillschweigen auflegen will; Rat. er kann es nicht; actionem et ius behält der Gläubiger; nur diesmal, bei diesem Concurs, kann er nichts praetendiren.

c) Ausgeschlossen wird der Gläubiger erst nach zehn Tagen; wenn nämlich die Liquidationen zu Ende sind.

§. 225. Die Citation ist in allen Arten von Processen nothwendig, weil sie auf die Vertheidigung des Beklagten abzweckt — ne inauditus condemnetur.

Die Rechtslehrer aber streiten, ob sie ein Substantiale Processus sey, oder nicht. Die Frage soll unten erörtert werden. Hier nur so viel: der ganze Streit ist pure Logomachie. In Sensu logico — ist sie kein Substantiale; — in sensu iuridico — allerdings. Merke daher:

Sie kann nicht einmal in notoriis unterlassen werden.

Notorium heißt:

1) quod in conspectu omnium factum est,

2) quod tam certum est contra leges, ut plane defendi non possit. Wenn einer z. E. den andern auf der Straße attaquirt und plötzlich erlegt hat, so muß er doch citirt werden; denn

a) gewisse vorher vorgefallene Umstände können sein Verbrechen mitigiren.

b) minima circumstantia valet ad rem, s. variare potest rem.

§. 226. Requisita citationis:

1) Eine Citation muß erlassen werden, a iudice competente; denn, was iudex incompetens thut, ist null. Doch aber beob-

beobachtet man in praxi den Unterschied: Die Incompetentia iudicis ist entweder unbezweifelt; hier bleibt der citatus impune zu Haus; oder sie ist noch ungewiß und zweifelhaft; hier ist es rathsam, daß der Citatus erscheint, aber die incompetentiam iudicis vorschützt, damit er sich seines Rechts nicht begiebt.

Hieraus folgt: daß in jeder Citation *nomen iudicis citantis* stehen muß. Dieser ist unten zu finden. Manchmal setzt der iudex nur seinen eigenen Namen, manchmal das nomen officii, manchmal beides hin. Die Commissarii mehrentheils das nomen proprium, Amtleute, das nomen officii u. s. w.

§. 227. 2) Die Citatio muß allemal in der Absicht erlassen werden: der *Citatus* soll einen *actum in iudicio expediren*. Daraus folgt:

a) Der actus muß *regulariter* in der Citation ausgedrückt seyn. Jedoch versteht sich das nur in causis civilibus, und in ordentlichen Processen, die nicht blos disciplinarisch sind; in causis criminalibus pflegt das nicht zu geschehen, sondern: um ein Vernehmen oder einen Vorhalt zugewärtigen. In Wechselsachen wird auch die Ursache nicht hinein gesetzt.

b) Dem citato muß ein spatium deliberandi et praeparandi gelassen werden. Wie viel? — dies bestimmt die Proceß-Ordnung. In Sachsen sechs Wochen drei Tag; bei uns eine monatliche Frist. Läst der Richter dem citato das spatium etc. nicht, so kann er die exceptionem termini nimis angusti vorschützen.

c) Derjenige, der in einer Sache vor Gericht citirt worden, ist nicht schuldig, sich in eine andere Sache einzulassen; Ratio: denn es ist nicht genug, daß ein Beklagter in iudicio ist, sondern man muß ihm auch Zeit zur Praeparation und nöthigen Instruction lassen. z. E. mein Kläger wollte bei dieser Gelegenheit mir gleich einige Wechsel vorzeigen.

§. 228. 3) Citatio fieri debet legitime.

Legitime — darunter ist die gesetzliche Verabfassung und Einhändigung zu verstehen.

A) *Con-*

A) *Conceptio* (die Verabfassung). Dazu gehören, auser dem, was wir schon davon gehabt haben, nachfolgende Punkte:

α) Es muß nomen citandi drinnen stehen — und zwar mit seinem gehörigen Ehrentitel; denn denegatio titulorum honoris, est iniuria.

Es kommt aber auch noch auf den Unterschied an: der Citandus ist entweder eine einzelne Person — da ist nichts zu erinnern; oder es werden mehrere auf einmal citirt. Hier ist wieder zu distinguiren: Diese mehrere machen entweder ein collegium oder eine Universitatem aus: z. E. eine Academie, ein Handwerk — hier muß die Citation nomine collectivo abgefaßt seyn. z. E. Die Gemeinde zu Bayersdorf, das ehrsame Schneiderhandwerk zu ꝛc.; oder das ist nicht; da ist erforderlich — wie Hellfeld sagt — daß singulorum nomina ausgedrückt werden. Allein es ist besser, an jede einzelne Person, wenigstens das erstemal, eine Citation zu erlassen. Die folgendenmale citirt man denn freilich: Caius et Consorten etc. Andere Richter pflegen die Citation Patentsmäsig abzufassen: z. E. Zu praesentiren:

1) Caio. 2) Tullio. 3) Sempronio etc.

Jeder muß dann die Citation unterschreiben, damit der Richter sieht, daß sie jedem praesentirt worden. Allein diese Art ist nicht die beste, weil man dagegen die Exception machen kann, daß einem dadurch die Zeit der Vorbereitung wäre benommen worden.

β) Es muß auch in der Citation stehen, nomen impetrantis, i. e. dessen, der die citation ausgewürkt hat; damit ich weis, mit wem ichs zu thun habe.

γ) auch die Sache, wegen welcher ich erscheinen soll: z. E. Demnach Caius wider den Sempronius eine Klage in Schuldsachen erhoben ꝛc. Aber es muß dagegen die Abschrift von dem Klaglibell auch die Beilagen des Klaglibells dem citando vorgelegt werden.

δ) Locus comparitionis. Jedoch die ordentlichen Richter pflegen nur zu setzen: an gewöhnlicher Gerichtsstelle zu erscheinen ꝛc. Wenn aber commissarii citiren, so müssen sie den locum genau bestimmen, damit der citatus weis: an locus sit tutus et honestus.

ε) Dies

a) Dies, i. e. tempus, h. l. tempus actui in iudicio expediendo statutum. Dies determinatur ita: Es besteht das tempus entweder in einer Frist (Spatio temporis); hier heist sie: dilatio, seu dies intra quem; oder in die certo; Terminus (ein eigentlicher sogenannter Termin.)

§. 229. B. Insinuatio (die Einhändigung) hat ebenfalls verschiedene Requisita:

I. Sie muß geschehen sub auctoritate iudicis competentis, i. e. h. l. desjenigen, in dessen Gerichtsbezirk sich der citandus befindet. Also nicht genug, daß der iudex competens sey, ratione personae et causae; sondern er muß es auch seyn, ratione des Bezirks, wo dem citato die citation eingehändiget werden soll. Denn wo dies nicht ist, so thut er einen Eingrif in die Iurisdiction eines fremden Richters. Z. E. Einem Studioso soll eine Citation eingehändigt werden, er hat sich aber aus dem Staub gemacht und ist nach Forchheim gegangen; dort darf sie nicht mehr insinuirt — sondern es müssen an den dortigen Richter litterae requisitoriales (Compasbriefe a compaciscendo) geschickt werden. Und zwar entweder so, daß man die Citation zu dem Requisitionsschreiben beilegt: Hier muß sie offen (i. e. unversiegelt) beigelegt werden; oder dies ist nicht: Hier muß man dem iudici requisito die contenta angeben, um die Citation abfassen zu können.

In beiden Fällen wird von dem iudice requirente,

1) der iudex requisitus um die Insinuation der Citation ersucht, unter der Formel: in subsidium iuris (zur Hülfe Rechtens). Es soll dies so viel bedeuten, daß mans nicht befehle oder fordere, sondern darum bitte, weil man sonst nicht in der Iustiz fortfahren könne.
2) Verspricht der iudex requirens in ähnlichen Fällen gleiche Willfährigkeit: Z. E. Man wolle sich zum Reciproco andurch verbindlich gemacht haben.
3) Bittet man auch um Nachricht: daß die Citation richtig insinuirt worden; deswegen, weil sonst der citatus nicht füglich des Ungehorsams beschuldigt werden kann, wenn er aus bleibt. Dies geschieht gewöhnlich in einem Antwortschreiben. Hieraus ergiebt sich ein neuer Unterschied der Citation.

Sie

Sie ist nämlich: 1. mediata, quae fit alterius iudicis auxilio interveniente; 1. immediata: das oppositum — die der iudex unmittelbar selbst insinuiren läst. Quoties citantus iudicis citantis iurisdictione subest, toties citatio immediata locum habet. Und es verschlägt nichts, ob er der Iurisdiction des citantis mittelbar: oder unmittelbar unterworfen ist.

Mittelbar — wenn er noch unter einem Unterrichter steht; unmittelbar — wenn er keinen Unterrichter unterworfen ist. Z. E. ein Bürger in Erlang steht mittelbar unter der hohen Landesregierung, denn er hat noch einen Unterrichter hier, den Stadt-Magistrat.

Folgen:

1) Können die höchsten Reichsgerichte alle Reichsunterthanen unmittelbar citiren.

Excipe:

Doch contradiciren viele Reichsstände. Conferatur Schilter, exercit. 7. §. 10.

2) Können auch die höchsten Landes-Collegia, welche den Principem repraesentiren, unmittelbare Citationes erlassen. Z. E. Die Oberappellationsgerichte.

3) Können ja Commissarii in territorio Committentis unmittelbar citiren. Ratio a) weil der Commissarius eben das Ansehen hat, als der Comittens, b) accedit, weil auch die Commissarii von den höchsten Reichsgerichten nach der Observanz immediate citiren.

§. 230. II. Die Citation muß dem Citando insinuirt werden. Wenn aber mehrere zu citiren sind, so ist dabei zu bemerken: sie machen entweder ein Collegium oder eine Universitatem aus; hier wird die Citation dem Vorsteher des Collegii oder der Universitaet insinuirt: z. E. dem Richter der Dorfgemeinde ꝛc.; oder sie machen keine Universitatem aus; hier ist die Regel: daß sie singulis citandis insinuirt werden muß. Doch aber macht man hievon eine Ausnahme,

1) wenn plures procuratorem communem haben. Da bekommt sie der Procurator. Deswegen nöthigt man die Litisconsorten, gleich Anfangs bei dem Proceß daß sie einen gemeinschaftlichen Procuratorem constituiren sollen. Die Zwangsmittel sind:

a) Strafdrohungen zu 5—10 Thaler.

b) auch die Drohungen, daß, wenn sie keinen constituiren, das Gericht einen auf ihre Gefahr setzen werde.

2) wenn plures heredes noch eine ungetheilte Erbschaft besitzen; hier ist es hinlänglich, wenn die Citation in dem gemeinschaftlichen Erbhaus abgegeben wird. Doch halten die ICti dies nur für einen sächsischen Gerichtsgebrauch. Wir können also nicht überall drauf bauen.

§. 231. III. Sie muß in faciem insinuirt werden. In faciem — unter die Augen, i. e. sie muß der Person selbst gegeben werden, nicht der Frau, nicht den Kindern. Doch merke: Citatio in faciem ist nur möglich, wenn der Citandus gegenwärtig ist. Im entgegengesetzten Fall müssen wir sehen, ob er Ehehalten (domesticos) hat, oder nicht. Hat er domesticos — dies sind diejenigen: qui in convictu citandi sunt atque sub eo, tamquam familiae capite vivunt — so wird die Citation diesen übergeben und hier heist sie: Citatio ad domum.

Observ. Bloßen Verwandten, die, z. E. nur auf Besuch da sind, oder einem Pachter ꝛc. darf sie nicht insinuirt werden; und Kindern nur, wenn sie erwachsen sind.

Hat er aber keine domesticos, so hat die Citatio ad valvuas s. aedes statt, i. e. sie kann öffentlich an die Thüre oder Läden angeschlagen werden. Der Gerichtsbote, der hier die Citation überbringen soll, thut aber wohl, wenn er, bei dem actu des Anschlags, aus der Nachbarschaft einen Zeugen dazu nimmt.

In Sachsen gilt auch die Insinuatio ad fundum bei Vasallen, die in territorio praedia haben. Conferatur Hommel in rhapf. obf. 375.

Anmerkung:

Wenn die Citatio nicht ad faciem insinuirt worden und der Citatus läugnet den Empfang, so mus er es beschwören. Beschwört ers, so hat die Citation ihre Kraft verlohren, und er muß von neuem citirt werden.

§. 232. IV. Sie mus legitimo loco et tempore insinuirt werden.

Legitimus locus — ubi quis domicilium suum habet. Dies ist wichtig.

Legi-

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0160
DFG

Legitimum tempus bestimmt, daß die Citation nicht insinuirt werden darf:

a) bei Verwaltung eines öffentlichen Amtes, oder
b) wenn einer in einer öffentlichen feierlichen Handlung begriffen ist. Z. E. in nuptiis celebrandis.

Merke: Hellfeld statuirt: die Citatio sey nicht ungültig, wenn sie in die feriato bewürkt worden.

Adde: wenn dies ein dies feriatus — in feriis humanis ist, so ists richtig; aber wenn er in feriis divinis ist; so dissentiren viele, z. E.

Conferatur *Brunnemann*, *Lauterbach* in Diss. de feriis §. 18. et L. 2. C. de feriis. Da heists: reliquae causae lites quiescant etc.

In L. 11. §. 1. eod. Tit. steht: daß am Sonntag horrida vox Praeconis silescat. Dies geht offenbar auf die Citation.

Die Gegner sagen aber wieder: es werden ja auch die Edictal-Citationen von den Kanzeln abgelesen — der L. 11. C. handle nur von den mündlichen Citationen, und nicht von heutigen Insinuationen.

— Wir glauben: es sey besser und vernünftiger, man unterlasse die Insinuation völlig in feriis divinis, weil doch allemal die Andacht durch unangenehme Nachricht gestöhrt werden kann.

§. 233. Die Insinuatio citationis legitime factae muß bewiesen werden. Es fragt sich derohalben: wie sie zu erweisen? Rsp. Es sind drey Fälle zu unterscheiden:

1) Wenn sie durch einen geschwornen Gerichtsboten geschehen ist, so wird der Beweis per relationem nuncii geführt.
2) Wenn sie, wie bei den höchsten Reichsgerichten, per notarium publicum geschehen ist, so macht der Notarius eine Urkunde darüber und diese gilt als ein öffentliches Instrument.
3) Wenn sie aber durch eine andere Person geschah, so muß diese als Zeuge darüber abgehört werden.

Obs. In Sachsen ists gewöhnlich, daß der Actuarius eine Registratur über die Relationes nunciorum halten muß. Außer Sachsen schreibts der Bote am Ende der Citation hin.

Anmerkungen:

1) Wenn die Insinuation der Citation gar nicht bewiesen werden kann, so hat die Citation keine Kraft, wenn ich auch nicht läugnen kann, daß sie mir von ohngefähr zu Händen gekommen ist, denn eine solche ohngefähre Behändigung derselben, kann gar keine Insinuation genennt werden.
2) Conferatur Regul: omnia fiunt sumtibus impetrantis.

§. 234. Die Citationes ergehen nur an den Citandum, nicht an den Kläger der sie auswürkt. Jedoch bekommt der Impetrans eine Nachricht von der erlassenen Citation, und zwar:

1) entweder durch eine Abschrift von der Citation, wie in vielen Ländern gewöhnlich ist, so wird auf diese Abschrift die Relatio insinuationis vom Gerichtsboten geschrieben; oder
2) durch eine besondere Notification, wie in Sachsen. Dies heist der Gedenkzettel, quae est schedula, qua iudex impetrantem certiorem reddit de citatione emissa et termino praefixo.

Diese Notification ist von der Citatione sehr unterschieden.

1) Sie braucht nicht per nuncium iuratum überschickt zu werden;
2) auch nicht per requisitionem alterius iudicis insinuirt zu werden. Z. E. ein Bürger von Nürnberg hat einen Erlanger Universitaets-Bürger verklagt, der Bürger wird citirt, und dies wird dem Nürnberger gleich notificirt; es kann aber durch jede Person geschehen, denn es ist kein actus iurisdictionis.
3) Findet bei derselben auch nicht exceptio termini nimis angusti statt; ratio: denn der Kläger muß schon praeparirt seyn, also braucht ihm kein spatium praeparationis gelassen zu werden. Hellfeld behauptet endlich:
4) Die Unterlassung derselben, zöge keine Nullitaet des Processes nach sich, denn der Kläger müsse sich selbst erkundigen. Allein dagegen ist einzuwenden: es ist doch einmal durch den Gerichtsgebrauch eingeführt, daß dergleichen Notificationes ertheilt werden, der Kläger verläst sich drauf, man soll sie also geben.

§. 235.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0162
DFG

§. 235. Citatio legitime insinuata verbindet den Citatum, daß er derselben Folge leiste. Doch nicht indistincte; denn die Citatio ist entweder arctatoria oder monitoria.

1) *Arctatoria* — hier ist der Citatus perfecte obligirt, der Citation Folge zu leisten. Sie ist wieder von gedoppelter Art:
   a) *Peremtoria* — wenn bei dem Ausbleiben des Citati in der Sache fortgefahren wird, und er sich folglich an dem actu expediendo versäumt. Z. E. es heist darinnen: Beklagter solle erscheinen, und sich auf die Klage sub poena confessi et convicti einlassen.
   b) *Dilatoria* — wenn der Citatus, im Fall des Ausbleibens, blos in die Kosten condemnirt wird, übrigens aber ad eundem actum expediendum eine neue Citation bekommt.

2) *Monitoria* — diese hat nur vim moniti et consilii, wodurch dem Citato bekannt gemacht wird, daß eine Handlung im Gericht vorgehe, die seine Iura betrift. Ob er erscheinen wolle oder nicht, wird seiner Ueberlegung überlassen.

Der Unterschied ist also der: wer bei der arctatoria ausbleibt, verfällt in Strafe, bei der monitoria nicht.

Nach dem iure communi sind die erste und zweite Citationes, dilatoriae; aber in Landesgesetzen ist das vielfältig abgeändert; z. E. in Churſachsen, im Altenburgischen und auch jezt in den Weimarischen Landen ist gleich die erste peremtorisch. Sonst aber nach dem Iure communi ists erst die dritte. Jedoch kann auch die erste gleich peremtoria citatio seyn, si trinum terminum continet, i. e. wenn sie die Frist, die zu einer Citation erforderlich ist, dreymal in sich begreift. Z. E. in Concurs-Sachen ist es sehr gewöhnlich, daß man so sub poena praeclusi citirt und trinum terminum anhängt.

1) So wie jetzo die Citationes eingetheilt werden, so lassen sich auch die Decreta eintheilen.
2) Die Unmündigen pflegt man nicht gerne sub poena praeclusi zu citiren, sondern lieber bei Geldstrafen; denn sonst suchen sie, oder ihr Vormund, die Restitutionem in integrum.

Conferatur Struben in seinen rechtlichen Bedenken, Tom. II. et v. Pufendorf in observ. Tom. I. obs. 131.

§. 236. Effectus citationum porro sunt:

1) Daß die praescription dadurch interrumpirt wird; denn die praescription gründet sich auf silentium et negligentiam; dies kann aber demjenigen nicht beigelegt werden, der Citationes bewürkt.

2) Daß das Obiectum litis ein obiectum litigiosum sey.

Litigiosum est omne obiectum, de quo lis est mota. Also die Sache, worüber eine Klage erhoben worden, die Klage selbst ist ein litigiosum. Dies muß in dem Zustand bleiben, in welchem es jetzo ist, bis zu dem Ausgang des Streits.

3) Daß die Litispendenz und die Praevention daraus entsteht.

a) *Litispendentia*, (Rechtshängigkeit) si lis in iudicio caepta; sed nondum finita sit. Es hat dies die Würkung: ut, ibi finienda, ubi caepta est, neque ad aliud iudicium trahi possit.

Die Litispendenz entsteht aber nach dem Iur. Rom. nicht aus der Citation, sondern aus der Litiscontestatione;

Conferatur Lex 30. D. de iudicio.

Aber nach dem I. Canon. schon aus der Citatione, darnach hat sich Hellfeld gerichtet.

b) *Praeventio* — est prior iurisdictio concurrentis in certa quadam causa occupatio. Es kommt hier darauf an, (wenn nämlich zwey Klagen zu gleicher Zeit angestellt werden) welche von beiden Citationen früher insinuirt worden. Auf die frühere Ausfertigung der Citation kommt nichts an.

Z. E. In Deutschland, das Reichshofrathsgericht in Wien und das Reichskammergericht in Wetzlar haben concurrentem iurisdictionem. Welches iudicium nun zuerst die Citation erläßt und insinuirt, das kann das andere ausschließen.

Unterschied:

a) Die Praevention praesupponirt plures iudices concurrentem iurisdictionem habentes; die Litispendentia nicht.

b) Die Litispendentia hat den Endzweck, zu bewürken, daß die Partheien den iudicem nicht verlassen dürfen, bei dem einmal die Sache anhängig ist; aber die Praevention

vention hat den Endzweck, daß andere iudices durch sie von der Sache ausgeschlossen werden.

4) Die Citation hat auch den Effect, daß die iurisdiction dadurch fortdauernd gemacht wird,
   a) auf Seiten der Partheien. Diese müssen einmal bei dem iudicio bleiben, wenn sie auch ihren Gerichtsstand verändern, so müssen sie den litem pendentem doch in ihrem vorigen iudicio fortführen.
   b) auf Seiten des Richters. Dies gilt vorzüglich bei Commissariis.

   Conferatur Moser, in seinen Reichshofraths conclusis. 1745.

§. 237. Wie eine Citation ihre Kraft und Würkung verliehren kann:

1) Wenn ein terminus circumducirt wird, i. e. wenn beide Theile nicht erscheinen, sondern ausbleiben; ratio: denn keiner kann den andern der Nachlässigkeit beschuldigen.
2) Wenn der impetrans ausbleibt; weil vermuthet wird, daß er auf die Citation renuncire. Deswegen kann der Citatus absolutionem ab instantia bitten, i. e. daß er von der Verbindlichkeit freigesprochen werde, den Proceß, so wie ihn der Kläger angefangen hat, zu prosequiren.
3) Wenn die Citation nicht gehörig abgefaßt oder insinuirt worden.

   Doch dieser Fehler fällt weg, wenn der Citatus auf eine fehlerhafte Citation gleichwohl erscheint, und sich in der Sache einläßt.

Die folgenden drey Titel sind blos zum Nachlesen.

LIB. II. TIT. VIII.

Qui satisdare cogantur l. iurato promittant, l. suae promissioni committantur.

§. 242. Der Vocatus muste Iure Rom. entweder gleich mit vors Gericht gehen oder Caution stellen, daß er zu gewisser Zeit erscheinen wolle. Diese Caution ist zwar nicht

mehr gewöhnlich; aber es kommen doch hodie andere Arten der Caution vor, davon wir jetzt handeln müssen.

Cavere, heist einem Schaden verhüten — iuridice: aliquem securum reddere propter metum obligationis non adimplendae.

Cautio (Vorstand) est praestatio, quae aliquem securum reddit propter metum non adimplendae obligationis. Requisita: Wenn jemand Caution von mir fordert,

1) so muß ich ihm was schuldig seyn,
2) es muß eine Unsicherheit vorhanden seyn, daß ich die Verbindlichkeit nicht erfüllen werde.
3) Auf so vielfältige Art jemand gegen die Unsicherheit sicher gestellt werden kann, auf so vielfältige Art lassen sich Cautiones gedenken.

Die Caution wird entweder mit Worten geleistet, oder auf eine andere Art und nicht mit Worten allein: im ersten Fall heist sie: Cautio verbalis, im zweiten: realis. Erstere wird entweder mit blosen Worten geleistet, dann heist sie: nude promissoria; oder sie wird mit einem Eid bestärkt: iuratoria. Geschieht die Cautio realis durch unsere Person, so heist sie: Cautio per arrestum; durch unser Vermögen: pignoratitia (Vorstand durch Pfand); geschieht sie aber durch eine andere Person, dann heist sie: Cautio fideiussoria s. satisdatio stricte sic dicta.

§. 244. I. Gebrauch der Caution beim Proceß nach dem Iure Romano recentiori.

1) Der Kläger müste Caution stellen,
   a) de lite tempore debito contestanda. Tempus debitum waren zwey Monate von der Zeit der angebrachten Klage;
   b) de lite usque ad exitum continuanda;
   c) de impensarum nomine, i. e. daß er die Kosten bezahlen wolle, Falls er succumbiren würde. Die Kosten waren der zehnte Theil von der im Klaglibell verlangten Summe.
2) Der Beklagte hatte in keinem Fall Caution zu bestellen, sondern er praestirte blos cautionem de iudicio sisti, i. e. den Vorstand, sich vor Gericht zu stellen und allda die Sentenz des Richters zu erwarten.

3) Der

3) Der Procurator s. defensor muste,

a) Cautionem rati praestiren, i. e. den Vorstand der Genehmhaltung, nach welchem ein angeblicher Anwald dafür zu stehen verspricht, daß sein Principal mit Allem zufrieden seyn werde, was er in seinem Namen thut, Er muste aber auch

b) Cautionem iudicatum solvi praestiren, i. e. quod condemnatus omnia solvere velit, in quae condemnatus esset. Beides muste er an Eidesstatt angeloben.

§. 245. II. Gebrauch der Caution nach dem heutigen Recht.

1) Der Kläger leistet

a) die Cautionem de expensis, i. e. daß er dem Beklagten alle Kosten erstatten wolle, wenn er als ein Streitsüchtiger erfunden und dazu condemnirt würde.

b) daß er vor Gericht stehen wolle, wenn der Beklagte mit einer Wiederklage gegen ihn einkommen würde — also Cautionem de reconventione.

(* Diese Caution wird hodie sehr gemisbraucht. Man verlangt sie fast durchgängig, und stellt nachher doch keine an, weil kein Fundament dazu vorhanden ist. Daher sollte man billig darauf sehen, daß Beklagtem die Cautio de reconventione nicht eher zugestanden wird, bis er ein caput reconventionis angegeben hat.)

c) Die Cautionem de prosequenda lite, i. e. den Vorstand, daß Kläger seine Klage fortsetze und nicht liegen lasse. Doch ist diese Caution nur zufällig und wird nicht eher praestirt, als bis Kläger ungehorsam gewesen.

2) Vom Beklagten gilt die Regel: Reus in regula non cavet. Jedoch kann auch er nach Umständen dazu verbunden seyn.

a) Wenn er fugae suspectus ist. Hier wird die Cautio de iudicio sisti von ihm verlangt und will er sie nicht stellen, so kann auch wohl die Cautio per arrestum statt finden.

b) Wenn er das Vermögen zu dissipiren anfängt, muß er die Cautionem iudicatum solvi bestellen und kann er sie nicht stellen, so findet die Sequestration statt, welche

darinn besteht, daß seine Güter einer dritten Person zu Administration übergeben werden.

3) Der Procurator bestellt bei uns blos die Cautionem rati, i. e. er cavirt, id quod interest zu praestiren, wenn der Principal seine Facta nicht genehmigt.

Bei dem Quanto cautionis sieht man entweder auf die Caution überhaupt; hier dependirt das Quantum von dem arbitrio iudicis, pro conditione causae et personae, z. E. 100—200 Rthl. sind schon viel. 1000 Rthl. da muß schon ein ausserordentlicher wichtiger Proceß seyn; oder insbesondere auf die Cautionem de reconventione; Hier ist die Regel: der Richter muß sich bei der Bestimmung nicht nach dem Obiect der Wiederklage, sondern nach der Größe des Schadens richten, welchen der Beklagte leiden würde, wenn er den Kläger vor seinem eigenen iudicio belangen müsse.

Ueber 50—60 Rthl. pflegt man nicht leicht zu bestimmen — in geringen Sachen auch wohl 20 ꝛc. Ratio: weil die Cautio pro reconventione keine Cautio iudicatum solvi ist.

§. 246. Cautio hat viele species. Qu. quaenam species cautionis sit adhibenda? Rsp. Je grösser die Unsicherheit, desto stärker die Caution; ferner: die Art ist die beste, welche am meisten Sicherheit giebt. Allein dies ist nicht bestimmt genug. Also, der Streit betrift entweder bona; so kann auch am besten per bona Sicherheit gemacht werden. Deswegen findet in der Regel hier Cautio fideiussoria et pignoratitia statt. Diese heissen in Iure cautiones idoneae; oder causam criminalem; hier findet nur Cautio per arrestum statt: denn Güter geben hier keine hinlängliche Sicherheit.

Erstere erkennen wir hodie elective, i. e. so, daß einem die Wahl zusteht, ob er fideiussoriam oder pignoratitiam cautionem haben wolle. Jedoch ist noch ein Unterschied zu machen. Der Gegenstand der Caution läst sich entweder bestimmen: z. E. 60 Rthl. — da bleibts bei der Wahl; oder nicht bestimmen — hier wird satisdatio str. s. d. vorgezogen, weil ein tüchtiger Bürge für alles haften kann und muß. Doch ist eine Ausnahme: wenn der Richter das Quantum praeter propter überschlagen und bestimmen kann.

§. 247.

§. 247. Ausnahmen: in subsidium, s. ubi insecuritas non est magna, cautio verbalis locum habet.

Also:

1) wenn derjenige der caviren soll arm ist.

Wer nicht Pfand geben, und auch keinen Bürgen stellen kann, der ist arm und muß cautionem iuratoriam praestiren.

Die Armen müssen:

1) entweder ihre Armuth bescheinigen. Das beste Mittel hiezu sind Attestata iudicis; doch kann die Bescheinigung auch auf andere Art geschehen, z. E. per testes.

2) oder den Armeneid schwören, daß sie nämlich nicht in den Umständen seyen, die zur Realcaution erforderlich sind. Man pflegt diesen Eid auch zu fordern, wenn sie schon per testes bescheinigt haben, daß sie arm sind.

Ferner sind zur iuratorischen Caution hinzu zu lassen: *Illustres*, qui sententiae in senatu dicendae ius habebant: z. E. consules, praefectus urbis, — praetorii etc. Also Personen, die in hohen Ehrenämtern und Würden stehen. Allein dies wird hodie in iudiciis nicht geachtet, Dignitaeten allein geben keine Sicherheit, sondern es kommt darauf an, ob sie ein salarium fixum haben. Haben sie es nicht, so müssen sie cautionem iuratoriam bestellen.

Nude promissoria cautione caviren:

1) fiscus,
2) respublica.

Fiscus enim semper praesumitur locuples.

§. 248. Cautionem dürfen nicht bestellen:

1) Personen, von welchen die Erfüllung ihrer Verbindlichkeit leicht zu erlangen, oder in die sonst ein gegründetes Zutrauen zu setzen ist. Dies sind:

a) solche, die in einem nicht gar zu geringen Salario fixo stehen. Daher — Gnaden-Pensionen befreien nicht von der Cautions-Verbindlichkeit, denn sie sind widerruflich.

b) Diejenigen, welche unter der Iurisdiction des Richters eigenthümlich-unbewegliche Güter besitzen.

Dieser Gerichtsbrauch gründet sich auf den L. 15. h. t. Allein dieser Gerichtsbrauch (der hodie obwaltet) ist nicht dem Iuri romano gemäs, sondern kommt aus einer falschen Interpretatione dieses Legis her. Conferatur L. 26.

L. 26. §. 6. C. de episcopali audientia et Noodt. comment. in D. h. t. — Doch findet er hodie demohngeachtet statt: Wir haben daher die Regel: Possessionatus non cavet. Soll aber die Regel gelten, so mus der Possessionatus:

α) unbewegliche Güter unter der Iurisdiction des Richters besitzen, wo sein Proceß anhängig ist. Die mehresten Icti nehmen an, wenn er nur in territorio solche unbewegliche Güter besitzt, so sey dies schon hinlänglich — und es ist auch recht.

β) eigenthümlich muß er sie besitzen, i. e. iure dominii. Da ists gleich viel, qualecunque dominium habeat. Also diejenigen machen keine Caution, die unbewegliche Güter besitzen:

αα) iure pleno dominii.

ββ) auch diejenigen Weiber nicht, die das dominium dotale haben;

γγ) auch der Maritus nicht, der das domin. utile vom dote der Frau hat.

δδ) diejenigen, die einen Kramladen, eine Apotheke, oder Bibliothek besitzen, denn diese werden respectu cautionis praestandae für unbeweglich angesehen, weil sie schwer zu transportiren sind.

εε) vasalli et emphiteutae — weil sie das dominium utile haben.

ιι) die unbetagte Erbgelder haben, welche für unbeweglich angesehen werden.

Anmerkungen:

1) Ein Possessionatus ist nicht schuldig Caution zu machen:
a) wenn auch seine Güter verschuldet wären.
b) wenn sie auch schon in Anspruch genommen wären.

Wenn sie verschuldet sind, so ist doch 1) nicht zu vermuthen, daß er davon gehe. 2) Es ist gemeiniglich nicht liquid wie viel einer schuldig ist. Ists nicht liquid, so kann man bei der Caution nicht auf Beweis und Gegenbeweis interloquiren.

2) Ferner, sagt Hellfeld, es sey hinlänglich, wenn einer nur eine gegründete actionem realem *ex dominio l. hereditario iure ad rem immobilem consequendam* hätte. Elsaesser stimmt hiermit überein; vorausgesetzt, daß es bestimmt sey: die actio sey so viel werth als das Cautions-quantum beträgt.

beträgt. Bei der hereditatis petitione aber muß schon de mortuo die Rede seyn: denn 1) mein Oncle kann ein Testament machen, 2) mein Vater kann verlumpen. Andere Rechtslehrer widersprechen aber dieser Meinung. Denn in dem L. 15. de regulis iuris etc. sey kein hinlänglicher Grund enthalten, weil in dem L. 15. D. h. t. steht: daß derjenige würklich unbewegliche Güter besitzen müsse, der von der Caution frei seyn will. Und das habere videtur — kann auf mancherlei Art erklärt werden.

3) Es wird auch nicht erfordert, daß ein Possessionatus seine Güter verpfänden müsse, wenigstens in Sachsen nicht. —

Fälle, wo die Befreiung von der Caution nicht statt findet.

1) bei solchen, die schon im Concurs sind; denn da gehört das Vermögen schon den Gläubigern.
2) bei solchen, die keine Immobilia, wohl aber viele Mobilia und Pretiosa haben.
3) bei solchen, die eine bloße Hofnung Immobilia zu erben haben. Denn Du kannst ja eher sterben als der Erblasser.
4) bei denen, die ein Pfandrecht oder ius usufructus haben. Denn das Pfandrecht fällt ja sogleich weg, wenn die Schuld bezahlt ist — und der Usufructus ist eine servitus personalis, wie bald kann der Usufructuarius sterben, so ist sie weg.

§. 249. Das Ius cautionum ist ein ius partium litigantium und zum faveur der Partheien eingeführt. Daraus folgt:

1) daß der iudex die Caution nicht ex officio auflegt, sondern, daß darum nachgesucht, daß sie geboten werden müsse.
2) daß der Proceß dadurch nicht null wird, wenn keine Caution gestellt wird.
3) Wenn aber Caution gestellt wird, so muß der Richter quantum et modum bestimmen.

NB. Die folgenden 2. Titel sind bei uns nicht mehr in usu.

LIB. II. TIT. XI.

Si quis cautionibus in iudicio sistendi causa factis non obtemperaverit.

§. 252. Wenn eine Citation erlassen worden, so erscheinen entweder beide Theile; so geht der Proceß fort; oder dies ist nicht; sondern es bleiben entweder beide Theile aus — terminus est circumductus; oder nur einer, so heißt er contumax — ungehorsam. Contumax enim est is, qui actum a iudice competente iniunctum negligit, quum tamen eum exsequi posset.

Contumacia (Ungehorsamsbeschuldigung) est neglectus faciendorum in iudicio. Das Wort leiten einige her: a contemnere, andere wahrscheinlicher: a tumore animi.

Sie setzt voraus:

1) obligationem perfectam in iudicio aliquid faciendi;
2) sie kann auf viererlei Art begangen werden:
   a) non comparendo — wenn einer z. E. gar nicht erscheint.
   b) non expediendo — z. E. ich soll mich auf die Klage einlassen, und bin stummer als ein Fisch.
   c) non recte expediendo — wenn ich zwar den actum expedire, aber lange nicht so, wie ich soll, nach der Regel: non fieri et non legitime fieri unum idemque est.
   d) non edendo, non restituendo.

§. 253. Die Contumacia wird entweder dolose oder culpose begangen. Culpose — wenn ich zwar in der Absicht ausgeritten bin, meinen Termin in N. coram iudicio abzuwarten, habe mich aber unter Wegs versäumt: dolose; hier ist entweder dolus bekannt, oder nicht. Im ersten Fall haben wir Contumaciam veram und die Regel ist: eiusmodi Contumax nec appellat, nec in integrum restituitur; im zweiten Fall aber nur praesumtam i. e. der Richter hält mich nur pro contumace, aber er declarirt mich nicht dafür, weil er nicht weis, ob nicht legitima impedimenta da waren.

§. 254. Der Ungehorsam der Partheien ist eine unerlaubte Handlung, weil er contemtum iudicis et legum involv-

volvirt. Daher bestimmen die Gesetze einem solchen 1) Strafen, 2) sie bestimmen auch in welcher Mase die Strafen statt finden.

Diese Strafen finden nicht statt, wenn die Zeit, die ad negotium s. actum in iudico expediendum bestimmt war, noch nicht verlaufen ist. Diese Zeit wird eingetheilt in Terminum fatalem et non fatalem.

1) Terminus fatalis oder schlechthin: Fatale — die Nothfrist ist diejenige, bei deren Versäumniß der Ungehorsame ipso iure sein Recht verliehrt, die Handlung zu verrichten, die er verrichten konnte und sollte. Dergleichen sind, z. E. die Beweisfristen, das Decendium appellationis etc.

Ipso iure, i. e. er darf nicht erst des Ungehorsams überführt werden.

Von den fatalibus haben wir überdies noch die Regel: currunt de momento in momentum.

2) Terminus non fatalis — eine solche Zeit, wo die Versäumniß und Strafe derselben nicht eher statt findet, als bis man Ungehorsamshalber beschuldigt werden kann und worden ist. Hier haben wir zwei Regeln:

a) Ubi nullus accusator, ibi nulla contumacia.

b) Accusatione nondum facta ad actum neglectum datur regressus, i. e. so lange der Gegner die Ungehorsamsbeschuldigung nicht angebracht hat, kann der Contumax den actum immer noch expediren.

Cautel: Man muß daher beim Proceß genau Acht geben, daß man, wenn sich der Gegner versäumt, die Ungehorsamsbeschuldigung, so bald der Termin verstrichen ist, anbringt.

Uebrigens sind die Termini non fatales entweder dies fixi oder termini intra quem.

1) Dies fixi — z. E. wenn es in der Citation heist: den 24sten Dieses, soll Caius sich vor dem hiesigen Iudico einfinden. Dieser Termin dauert bis die Session zu Ende ist. Und dies bestimmen Landesgesetze, oder der Gerichtsbrauch. In manchen Orten dauert die Session von 9 — 12. Uhr a. m. und von 2 — 5 Uhr p. m. So lang diese Session dauert, kann ich den actum noch expediren, und es steht nicht entgegen, wenn ich auch zu recht — früher Tages-Zeit citirt worden wäre, denn die Formel: zu recht früher Tageszeit — rührt aus dem alten Gerichtsbrauch

brauch der Deutschen her. Früh wurde Gericht gehalten, Nachmittags poculirt.

2) Dies intra quem — dies ist ein Zeitraum, der aus mehreren Tagen besteht, und bis zum gänzlichen Ablauf der Frist dauert. Der Citatus kann noch den letzten Tag, zuweilen auch noch den Tag nach der Frist kommen. Zuweilen, i. e. wenn der letzte Tag des Termins ein dies feriatus ist. Die Frist fängt an a die insinuationis und der dies insinuationis wird nicht mit gerechnet.

Zusatz: Jedoch giebts Ausnahmen von dieser Regel:

1) Bei manchen Actibus muß man expresse Vormittags erscheinen, z. E. bei Eidschwüren. Es ist allgemeine Observanz, daß Iuramenta Vormittags geschworen werden müssen, weil man überhaupt zu früh zu einer so wichtigen Handlung geschickter ist.

2) Wenn die Stunde bestimmt ist. Doch dürfen dies nur die Commissarii, nämlich die Stunden bestimmen. Ordentliche Richter dürfen es nicht.

§. 255. Nimmt der Richter die Strafen des Ungehorsams selbst, so heisen sie: poenae contumaciae publicae; nimmt sie aber ein streitender Theil von dem andern, privatae. Die Erstern bestehen mehrentheils in Geldstrafen, z. E. 1 Rthlr. und haben die Absicht, das Ansehen des Richters zu beschützen. Sie finden statt, wo der Iudex etwas ex officio gebieten kann. Letztere bestehen entweder in Erstattung der Kosten — dies ist die poena contumaciae generalis, weil sie bei jedem Ungehorsam statt findet — oder in einem Praeiudiz, daß der Ungehorsame in Absicht auf die zu verrichtende Handlung empfindet, diese heist: poena contumaciae specialis, weil sie nur bei Citationibus peremtoriis statt findet.

Wenn einer auf eine monitorische Citation ausbleibt, so findet keine Strafe des Ungehorsams statt, weil sie nicht perfecte obligirt.

§. 256. — 258. Die Strafen des Ungehorsams sind anders vor — anders nach der Litiscontestation.

I. Vor der Litiscontestation — und zwar

A) auf Seiten des Klägers. (§. 256.) Er muß

1) die Unkosten ersetzen,

2) Kann

2) Kann der Beklagte um absolutionem ab instantia bitten. (§. 237.)

3) Kann der Beklagte Cautionem de prosequenda lite fordern. Die wirkliche Bestellung dieser Caution kann er jedoch nicht eher fordern, als bis der Kläger eine neue Citation ausgewirkt hat. Conferatur Wernher Parte II. observ. 437.

4) Kann der Beklagte auch gewissermasen Entbindung von der ganzen Klage fordern, wenn nämlich der Kläger in der Contumacia beharrt.

B) Auf Seiten des Beklagten. (§. 257.) Was hier

1) das römische Recht betrift, so hatten die Partheien entweder nicht miteinander stipulirt; hier konnte der Praetor die missionem in bona geben, per L. 10. D. de V. S. oder sie hatten stipulirt. Hier war die Stipulatio aut certa, aut incerta. War sie certa, so fiel das Promissum in commissum, die Summe war verfallen, und der Kläger konnte die Condictionem certi anstellen, weil es stipulirt war, was der Ausbleibende geben sollte. War sie aber incerta, so konnte id quod interest verlangt werden.

2) Nach dem heutigen Recht muß der Beklagte die Kosten ersetzen, wenn er dilatorie citirt war. War er peremtorie citirt, so ist ein Unterschied zu machen zwischen Sächsisch- und Ausersächsischem Recht. Bei uns wird lis pro negative contestata gehalten, der Kläger zum Beweis seiner Klage gelassen und weiter fortgefahren.

obs. a) Vortheilhaft ist diese Strafe für den Kläger, denn der Beklagte ist aller Exceptionen verlustig, quia lis pro negative contestata habetur.

b) Beschwerlich ist sie für ihn, weil er das ganze onus probandi übernehmen muß.

Nach Sachsenrecht, wenn der Beklagte peremtorisch, i. e. sub poena confessi et convicti citirt worden, so wird das Endurthel über ihn gesprochen und der Proceß ist aus.

II. Nach der Litiscontestation. Der ungehorsame Theil war hier entweder dilatorie citirt, so trift ihn die poena contumaciae generalis, i. e. er wird zu den Kosten condemnirt; oder peremtorie — hier findet das Generale statt: der Ungehorsame empfindet einen Nachtheil in Absicht

auf die Handlung, die er expediren sollte. z. E. Caius ist citirt einen Eid zu schwören und kommt nicht ꝛc.

Regel: Ueberlege, wie der Actus expediendus zum Vortheil des Gehorsamen und Nachtheil des Ungehorsamen ausfallen könnte; und darnach formire Dein Petitum.

§. 259. Bei terminis non fatalibus findet die Strafe nicht eher statt, als bis die Ungehorsams-Beschuldigung geschehen ist. Dazu ist nöthig:

1) der Kläger muß erst selbst das verrichten, was ihm zu verrichten obliegt: Z. E. Der Beklagte soll eine Handschrift recognosciren, der Kläger muß sie also zuerst produciren. Wo dies nicht ist, dolus cum dolo, culpa cum culpa compensatur.
2) Der Ankläger muß dociren, daß dem Beklagten die Citation richtig insinuirt worden. Außer Sachsen schreibt der Bote seine Relation auf die Abschrift ꝛc. Daraus docirt er.
3) Der Ungehorsame muß auch formaliter angeklagt werden, i. e. in Form Rechtens.
4) Der Kläger bittet um die Strafe, mit welcher der Ungehorsame belegt werden soll.

Conferatur *Mevius*, parte III. D. 390. dieser behauptet, daß die Strafe specifice angeführt werden müsse.

Leyser spec. 33. coroll. 1. das Gegentheil. Nach unserer Meinung hat

Mevius Recht; denn die poena contumaciae privatae gehört mit zu den iuribus partium.

5) Auf die Ungehorsamsbeschuldigung muß eine Sentenz gesprochen werden. Dies geschieht aber außer Sachsen nicht.

Qu. Muß denn der contumax vor der Strafe noch gehört werden? Rsp

Es kommt auf den Unterschied an: Er soll entweder in poenam contumaciae generalem condemnirt werden; Da hört man ihn nicht, er muß sich so der Strafe unterwerfen, denn sie importirt ohnehin nicht viel; oder in poenam contumaciae specialem. Hier aber muß er gehört werden, weil vielfältig die Strafe important ist, und vielleicht doch eine Einrede statt hat.

§. 260

§. 260. Was kann von den Strafen des Ungehorsams befreien? Rsp.

1) Legitima impedimenta (Ehehaften). Ehe, i. e. in den alten deutschen Rechten so viel, als: gesetzlich — also gesetzliche Hindernisse, und zwar solche, um welcher willen einem die Versäumnis, einer im Gericht zu expedirenden Handlung, nicht beigemessen werden kann: Sie sind zweierlei:

1) Solche, bei welchen mir weder dolus, noch culpa vorgeworfen werden kann: z. E. ich bin krank geworden.

Diese Hindernisse befreien ab omni poena contumaciae. Der Außenbleibende ist also auch nicht schuldig, die Kosten zu ersetzen, denn der Schade, der dem andern Theil daraus erwachsen, beruht auf einem casu fortuito, quem alter sentire nequit.

2) Solche, bei welchen zwar einem nicht dolus, aber doch culpa vorgeworfen werden kann.

Hier fällt zwar die poena contumaciae specialis weg, aber die generalis bleibt. In der Sache verliehrt der Ausbleibende nichts, die Kosten aber muß er tragen.

Ein legitimum impedimentum ferner ist facti, also muß es derjenige beweisen, der es vorgiebt.

Jedoch ein *rigoureuser* Beweis ist nicht erforderlich, eine leichte Bescheinigung, i. e. ein summarischer Beweis ist hinreichend. Daraus folgt, daß zur Bescheinigung gebraucht werden können,

a) testimonia: z. E. attestata medicorum und zwar unbeschworen,

b) eine eidliche Bestärkung ist schon genug.

LIB. II. TIT. XII.

De Feriis, dilationibus et diversis temporibus.

§. 261. Von den Strafen des Ungehorsams befreit auch

2) daß der Termin in dies feriatos gefallen. Daher hier von den Ferien.

I. *Feriae* sind Zeiten, in welchen Gerichte, die in Activität sind, in der Regel, keine Handlung vornehmen. Dadurch unterscheiden sich die Ferien vom Iustitio.

Iustitium ist eine Zeit, wo die Gerichte außer aller Activitaet sind. Diese Iustitia entstehen tempore calamitatum: e. g. belli, pestis.

1) Bei den Ferien werden die gerichtlichen Handlungen nur suspendirt, bei dem Iustitio cessirt die Administration der Gerichte völlig.
2) Bei den Ferien lauft die Praescription fort, aber bei dem Iustitio nicht.

§. 262. Die Ferien sind entweder des Gottesdienstes, oder eines weltlichen Geschäfts wegen eingeführt; im ersten Fall heissen sie: feriae divinae, z. E. Sonn- Fest- und Bußtage ꝛc. im zweyten Fall feriae humanae. Erstere fallen entweder jährlich auf einen gewissen bestimmten Tag, wie z. E. das neue Jahr, Lichtmeß ꝛc. dann heissen sie: feriae statae; oder dies ist nicht, wie z. E. Ostern, Pfingsten ꝛc. feriae mobiles. Letztere (die humanae) sind entweder propter agriculturam angeordnet, wie z. E. die Erndteferien, die Weinlese — dann heissen sie: rusticae; oder des Kommerzes wegen — urbanae, und dahin gehören die Messen und Jahrmärkte.

Sowohl die Feriae divinae als humanae werden in ordinarias et extraordinarias eingetheilt. Erstere sind diejenigen, welche alle Jahre hindurch gefeiert werden; letztere — nur bei ausserordentlichen Vorfallenheiten: z. E. das Friedensfest.

Die Computation der feriarum divinarum und humanarum differirt so: Die computatio feriarum humanarum fängt des Nachts um zwölf Uhr an und dauert wieder bis Mitternacht um zwölf Uhr; die Computatio feriarum divinarum, dauert a Vespere ad Vesperem.

§. 263. I. De ordinatione feriarum.

Diese dependirt vom Regenten, weil die ganze Verfassung und Einrichtung der Gerichte von ihm dependirt. Conferatur L. 4. C. h. t.

Jedoch in den ältern Zeiten bei den Römern haben die Pontifices und Magistratus die Ferien angeordnet. Dies erhellet ex:

L. 26. §. 7. D. ex quibus causis Maiores etc.

Nachgeordnete Obrigkeiten dürfen keine Ferien anordnen.

Jedoch

Jedoch dürfen sie bei ausserordentlichen Zufällen ihre Gerichte aussetzen: Z. E. Bei Einquartirungen ꝛc.

II. De renunciatione feriarum — ob nämlich die Partheien auf die Ferien renunciren können? Was

1) die ferias humanas betrift, so können die Unterthanen allerdings darauf renunciren und den Richter bitten, daß er den Termin, z. E. in den bevorstehenden Erndteferien, wo sonst kein Gericht gehalten wird, diesmal halten lasse; denn sie sind zum Faveur der Partheien eingeführt, quilibet vero favori suo renunciare potest. Aber deutlich müssen sie renunciren, sonst wird die Renunciation nicht vermuthet. Z. E. Die Partheien bitten den Richter: er möchte die Sache bald beendigen. Nun giebt der Richter den Termin auf die Ferien; die eine Parthei kommt, die andere nicht, so kann diese nicht contumacirt werden, denn es ist nicht deutlich gebeten worden.
2) Was aber die ferias divinas betrift, so können die Partheien nicht darauf renunciren und wenn es auch mit Einwilligung des Richters geschähe; denn die feriae divinae sind in iure praeceptivo et prohibitivo gegründet. Z. E. Du sollst den Sabbath heiligen — ihn nicht entweihen.

§. 264. Wir haben in der Definition von den Feriis den Umstand mit einfliessen lassen, daß in der Regel, nur keine gerichtliche Handlungen von den Gerichten vorgenommen werden, die in Activitaet sind. Also giebts wohl Ausnahmen? Rsp. Ja! Daher die gedoppelte Frage im §pho.

Qu. Welche Handlungen können in feriis expedirt werden? welche nicht? Rsp.

I. Expedirt werden können, sagt Hellfeld:

1) Actus mere voluntariae iurisdictionis. Er beweist dies ex L. II. h. t. Allein von den Feriis divinis handelt vielmehr der L. II. Cod. h. t. wo es heist: reliquae vero causae l. lites quiescant.

Aus diesem L. weil das Emancipiren und Manumittiren erlaubt wäre, statuiren einige ICti, so müsten auch alle actus mere voluntariae Iurisdictionis erlaubt seyn. Allein das ist nicht — lites sind diesen actibus opponirt, denn sie sind nicht alle favorabiles et pii actus, also sind sie auch nicht alle erlaubt.

2) causae publicae — die den Staat betreffen. Allein es ist hier wieder entweder von den feriis divinis die Rede; hier ist die Meinung nicht richtig. Beweis: L. 7. C. in fine h. t. und L. 8. C. eod. — Oder von feriis humanis; da ist die Meinung im L. 5. C. h. t. gegründet.

3) causae moram non ferentes; quia necessitas caret lege. Dies ist per se: Z. E. Testamente Sterbender; Alimentations-Sachen eines der Hunger sterben will — können an feriis divinis vorgenommen werden.

II. Expedirt können aber nicht werden:

1) diejenigen actus, die causae cognitionem l. sententiam erfordern. Hieher gehören:
   a) actus causarum contentiosarum.
   b) actus mixtim voluntariae iurisdictionis.

§. 265. De Dilationibus.

II. *Dilatio* (Frist) ein Zeitraum, binnen welchem eine gerichtliche Handlung zu bewürken ist. Sie sind:

1) legales (gesetzliche Fristen) quae immediate per leges constitutae sunt,
2) iudiciales, quae a iudice constitutae sunt,
3) conventionales, (gewillkührte) quae ex pacto partium litigantium constitutae sunt.

§. 266. Alle Fristen haben dies mit einander gemein, daß die Partheien darinn verrichten müssen, was ihnen obliegt. Doch können sich Fälle ereignen, wo ihnen dies nicht möglich ist. Qu. Wie muß man sich da verhalten? Rsp. *Nova* petenda est *dilatio*. NB. Diese wird stilo hodierno genennt: prorogatio — also die Verlängerung einer noch nicht ausgelaufenen Frist. Der Gesuch hierum, wird: Dilations Gesuch — Fristbitte genennt. Die Ertheilung der Prorogation wird in den Gesetzen dem Arbitrio iudicis überlassen, jedoch so, daß sie der Richter nicht abschlagen darf, wenn sie ex iusta et probabili causa gebeten wird. Conferant. L. 4. C. h. t. L. 36. de iudiciis. Jedoch soll der Richter sie

1) nicht ultra numerum legitimum ertheilen (§. 268).
2) Er muß auf die Art der Frist Rücksicht nehmen. Sie sind l. legales, l. iudiciales, l. conventionales.
   a) Legales sind entweder solche, die eine Prorogation admittiren — dahin gehören, z. E. die Beweisfristen; oder

oder solche, die keine admittiren: Z. E. Das fatale rei iudicatae s. non prorogabile: z. E. der zehentägige appellationstermin, hier darf der Richter keinen Tag zugeben.

Jede Frist ist in dubio ein fatale prorogabile. Non prorogabilia sind nur diejenigen, wo die Gesetze ausdrücklich verbieten, daß der iudex kein arbitrium haben soll.

Conferatur Wernher part. 7. Obs. 216.

Bei den fatalibus non prorogabilibus ist das einzige Mittel sich zu retten, wenn sich einer versäumt hat, daß er die Restitutionem in integrum sucht.

b) *Iudiciales* — diese können allemal prorogirt werden.

c) *conventionales* — sagt Hellfeld, non facile prorogari possunt. Anders also nicht, als wenn iusta causa vorhanden ist, i. e. wenn die Regel applicirt werden kann: die pacta gelten nur rebus sic stantibus. Sonst entzöge der Iudex einem sein Ius quaesitum.

3) Der Gegentheil muß noch kein Ius quaesitum aus dem Ablauf der Frist erlangt haben. Qu. Wenn aber hat denn der Gegner ein Ius quaesitum?

Rsp. Distinguendum est inter terminum fatalem (Nothfrist), da hat der Gegner ein Ius quaesitum gleich mit dem Ablauf des fatalis; Ergo kann der Iudex keine Prorogation mehr ertheilen; et non fatalem; da hat der Gegner kein Ius quaesitum, so lange er noch keine Ungehorsamsbeschuldigung ad acta gebracht hat; folglich kann der Iudex noch Prorogation ertheilen.

§. 267. De modo impetrandi prorogationem. Dazu gehören drey Stücke:

1) *tempestiva petitio*, i. e. ubi prorogatio a iudice concedi et parti adversae *denunciari* potest. Das Letztere ist besonders zu merken, nämlich, daß sie noch dem Gegner bekannt gemacht werden muß; sonst muß der Gegner wenigstens die Kosten restituiren, denn er ist Schuld daran, daß ich sie vergeblich gemacht habe.

2) *Iustae causae allegatio et demonstratio.* Es ist nicht genug sie anzugeben, sie muß auch bescheinigt werden. Was übrigens legitima impedimenta sind, das sind auch iustae

causae. Daher sind iustae causae dem Arbitrio iudicis überlassen: Z. E. adversa valetudo, tempestas etc.

Die Allegatio iustae causae muß in jedem Fall bestimmt werden, die Demonstratio derselben ist nicht überall nothwendig. Regel: Je öfter Prorogatio gebeten wird, je stärker muß iusta causa demonstrirt werden.

3) Concessio prorogationis sit l. expresse: Wenn der Iudex eine Genehmigung giebt und darinn die Prorogation ertheilt. Vor Ablauf oder nach Ablauf derselben, kann sie ertheilt werden.

Aber NB. du must nur tempestive darum einkommen, das übrige kümmert dich nichts, wenn sie der Richter giebt; Vel tacite.

1) wenn der Richter die Fristbitte ad acta legt,
2) wenn der Richter ganz und gar auf die Fristbitte schweigt.

Einige zweifeln hieran; allein: qui tacet, quum loqui poterat et debebat, consentire videtur. Dies ist ihre Widerlegung.

§. 268. Prorogationes dürfen nicht ultra numerum legitimum vom Richter bewilliget werden. Qu. Quot? Rsp. Die Zahl ist dem Arbitrio iudicis ebenfalls überlassen. Doch aber schreiben die Gesetze vor: Ein Richter soll die Multiplication der Prorogation möglichst zu vermeiden suchen. Es ist dies sehr vernünftig, und wird in Sachsen am besten beobachtet. In der praxi pflegt man nach dem iure communi über drey nicht zu bewilligen. Andere sprechen vier und es ist einerlei. Wir rechnen nur die erste nicht dazu, vier Fristen sind es wohl, aber nur drey Prorogationes. Bei Personen, die restitutionem in integrum haben, wie z. E. die Kirchen, die Minderjährigen ꝛc. gestattet man aber vier.

1) Bei der ersten verlangt man keine Bescheinigung (Demonstration). Ja in iure communi verlangt man mehrmalen keine.

2) Bei der dritten aber soll der Richter causae cognitionem anstellen und das Iuramentum calumniae schwören lassen. Ja schon bei der zweyten soll causae cognitio angestellt werden.

Vid. Recessus imperii novissimus §. 50. p. 43.

Anmer-

Anmerkungen:

1) Es schadet nichts, wenn Prorogationes ertheilt worden sind absque his solennibus legalibus. (das Iuramentum calumniae et causae cognitio.) Ratio: es ist zu vermuthen, daß der Richter, der diese solennia unterlassen hat, von der Wahrheit des Impedimenti so schon überzeugt war.

2) Es verliehrt eine Prorogation ihre Kraft nicht, wenn sie ex falsa causa ertheilt worden.

Berger in oeconomia iuris Lib. IV. Tit XVII. not. 8. behauptet, ex L. 3. §. 3. de Carbonian. Edicto, daß eine solche erschlichene Prorogatio nichts gelten könne, und er mag wohl recht haben. Sed aequior sententia in foro praefertur. Man nimmt an, es sey vielmehr der Richter Schuld, daß er nicht causae cognitionem angestellt hat, mithin kann die Prorogatio ihre Kraft nicht verliehren, weil um des Advocaten-Trugs willen, der arme Client seinen Proceß nicht verliehren kann.

III. De diversis temporibus.

Tempus Iure Romano est l. continuum; dasjenige, wozu man alle Tage ohne Unterschied zählet; l utile; dasjenige, wozu lediglich Gerichtstage, mithin solche, in welchen dasjenige verrichtet werden kann, was zu verrichten ist, gezählet werden. Hinc anni continui et utiles, dies et menses. Die Jahre wurden bei den Römern eben so berechnet, wie bei uns; hingegen die Monate sind iuridice 30 Tage. Die Tage werden a media nocte ad mediam noctem gezählet.

Ad not. 4. §phi. Computatio temporis est l. *civilis*, si coeptus temporis tractus pro completo habetur. Hinc annus coeptus habetur pro completo. Z. E. Bei honoribus et muneribus. L. 8. D. eod. Ein junger Mensch, wenn er das 25. Jahr angefangen hat, wird ad honores et munera gelassen, l. naturalis, si integrum temporis tractum absolutum esse requiritur.

Computatio civilis wird zugelassen, si status alicuius melioratur; naturalis, si deterior fieret.

LIB. II. TIT. XIII.

De edendo.

Edere heist manchmal so viel als: mittheilen. Hier kommt eine dreyfache Art von Editionen vor.

1) De editione actionum. — Hier heists: bekannt machen, orientiren. Es geschah dies gleich vor dem Tribunali selbst.

2) De editione documentorum. — Hier heists herausgeben, die Urkunden hergeben, daher das Iuramentum edendorum; daß ich nämlich die Urkunden 1) nicht habe 2) nicht in andere Hände gespielet habe 3) auch nicht weis wo sie sind.

3) De editione rationum ab argentariis — daß die Wechsler ihre Rechnungen ediren sollen. Dies hat Hellfeld ganz weggelassen.

I. Editio actionum est declaratio, qua aliquis actiones experiri velit.

1) Iure Rom. edirte der Actor seine Klage dem Reo. Conferatur L. 1. D. h. t. Der Modus dieser Edition war sehr verschieden.

2) Iure hodierno übergiebt der Kläger sein Klaglibell beim Richter, Magistratui etc. und der Richter giebt dem Beklagten die Abschrift bei der Citation.

§. 271. Libellus kann erst erklärt werden, wenn wir Actionem definirt haben.

Actio — Hievon haben wir eine Legal-Definition. Sie findet sich: Princ. Inst. de actionibus, und L. 5. D. de obligat. et action. und lautet also:

Est ius persequendi in iudicio, quod sibi debetur. Viele Rechtslehrer halten sie für falsch; allein es ist nichts unrichtiges darinnen. Der Kläger will:

a) ein Recht, das er erstreiten will; dies nennen die Römer ius, quod persequimur. Es ist aber auch dazu erforderlich:

b) ein Recht, daß ich klagen darf — ius persequendi.

Ein Recht haben und deswegen klagen dürfen, — das ist der Begrif von der Actione bei den Römern. Es sind dies zwey verschiedene Dinge, die nicht immer beisammen sind. Z. E.

z. E. ex pacto darf ich nicht klagen, ob ich gleich ein Ius daraus erlangt habe.

Wenn die Facultas agendi würklich ausgeübt wird, so wird sie ein Remedium Recht zu erlangen, und so definirt man h. z. T. actionem. Wir stellen uns also die Klage in actu secundo vor, die Römer in actu Imo. Conferantur Riccii vindiciae iuris. Capit. 12.

Die Klage kann entweder mündlich angestellt werden, dann heist sie actio viva voce proposita; oder per litteras — Libellus, also der schriftliche Vortrag einer Klage vor dem gehörigen Richter mit einer derselben gemäsen Bitte.

Andere nennen die actionem viva voce propositam (wie Hellfeld in der Note s. erinnert) libellum nuncupativum; allein dies ist eben so viel, als ein lederner Schleifstein.

§. 272—273. Eintheilung der Klagen:

I. Ratione iuris, quod persequimur. Dies Ius ist entweder ein Ius possessionis — dann heist die Klage: Actio possessoria; oder nicht — petitoria. Die petitorische Klage kann nun

1) ein Ius personarum, i. e. ius, quod ex statu debetur, betreffen; hier heist sie: Actio praeiudicialis. Sie ist von gedoppelter Art:
   a) behauptet der Kläger, daß ihm ein gewisser status zukomme: Actio praeiudicialis affirmativa; bisweilen aber spricht er:
   b) dem Beklagten einen gewissen statum ab: Actio praeiudicialis negativa.
2) Ein Ius rerum; hier ist sie dreifach. Sie betrift nämlich:
   a) l. ius in re s. reale: actio realis s. rei vindicatio in s. generaliori — ubi nimirum rem immediate persequor sine respectu personae.
   b) l. ius ad rem s. personale: actio personalis s. condictio in sensu generaliori — ubi persona immediate mihi iungitur sine respectu rei.
   c) l. ius ad utrumque simul: actio mixta, v. g. hereditatis petitio.

Obs. mit der Actione mixta muß nicht verwechselt werden, die Actio in rem scripta, welche eine actio personalis ist und nur die besondere Eigenschaft hat, daß sie contra quemcunque

que angestellt werden kann. Z. E. Actio noxalis, Paulliana, Actio ad exhibendum, quod metus causa etc.

§. 274—75. Ius personale kann auf verschiedenen Gründen beruhen. Es kommt mir zu,

1) *immediate ex lege*; dann heist sie Actio dativa: Z. E. Die Actio de edendo, quanti minoris etc. Z. E. Der Vormund kauft für sich ein Haus, zahlt es aber mit dem Gelde seines Pupillen. Nun sagen die Gesetze: das Haus soll dem Pupillen gehören — Actio dativa — und wenn die Gesetze dies nicht verordneten, so würde der Vormund wie ein Dominus mit dem Hause umgehen.

2) *interveniente facto obligatorio*; hier heist sie: Actio nativa. Diese entspringt:

a) entweder ex facto licito, e. g. ex pacto; so ist zu unterscheiden: sie gründet sich:

α) auf eine Anfangs vorhanden gewesene Verbindlichkeit — Actio directa.

β) auf eine Verbindlichkeit, welche nachher hinzukam, und auf Indemnisation geht — Actio contraria.

b) oder ex facto illicito; so ist wieder zu unterscheiden: sie betrift:

α) entweder Satisfactionem publicam, i. e. eine Strafe, welche der Staat von dem Delinquenten fordert — hier heist sie: Accusatio; oder

β) Satisfactionem privatam. Hier geht sie

αα) entweder auf Entschädigung: Actio rei persecutoria, z. E. condictio furtiva;

ββ) oder auf Strafe, die dem Laedenti zugefügt werden soll: Actio poenalis: z. E. in iure Rom. actio dupli, tripli, it. Actio furti;

γγ) oder auf beides zugleich: Actio mixta, z. E. actio de vi bonorum raptorum.

§. 276. II. Ratione obiecti. Der Gegenstand ist hier:

1) entweder eine Universitas iuris; hier heist sie: Actio universalis, z. E. hereditatis petitio.

2) oder species (wenn mir, z. E. einer mein Haus abstreiten will.) Hier heist sie Actio specialis. Hier muß ich specifice dies Haus verlangen.

3) oder Genus — Actio generalis, z. E. Actio tutelae, pro socio etc.

Der

Der Gegenstand ist ferner:

1) etwas ganz bestimmtes, dann heist die Klage: Actio certi (sc. obiecti) — ein Beispiel ist die Actio mutui. Es kann aber auch die Klage

2) auf etwas nicht ganz bestimmtes gerichtet werden: Actio incerti.

Hieher gehören:

a) die Actiones universales: z. E. hereditatis petitio.

b) Die Actiones generales, z. E. actio tutelae.

c) Die Actiones arbitrariae, i. e. diejenigen, in welchen das, wozu der Beklagte verurtheilt werden soll, nicht bestimmt, sondern nur des Beklagten Verbindlichkeit überhaupt angezeigt werden kann, folglich die Bestimmung des Quanti ab arbitrio iudicis dependirt. So z. E. ist die Actio ad id quod interest, arbitraria; ingleichen alle übrige, wobei es auf ein Iuramentum in litem ankommt, wie öfters in Vormundschafts-Sachen und dergl. mehr.

§. 277. III. Ratione fundamenti. Das Fundamentum ist entweder lex civilis, dann heist die Klage: Actio civilis; oder lex praetoria: Actio praetoria.

IV. Ratione modi, quo in hoc fundamento nituntur. Die Klage steht uns hier zu:

1) entweder nach den ausdrücklichen Worten des Gesetzes: Actio directa,

2) oder sie ist in dem Grund des Gesetzes enthalten: Actio utilis; z. E. Actio curatelae.

3) oder sie ist von den Rechtslehrern ex aequitate eingeführt worden: Actio in factum.

cfr. Meister. tractat. de in factum actionibus, in opusculis suis P. I. n. 8.

V. Ratione durationis. Sie dauern hier:

1) wenigstens 30 Jahre; dann heisen sie: Actiones perpetuae. Und diese sind wieder:

a) regulares, wenn sie exacte 30 Jahre dauern:

b) irregulares — das oppositum. Wenn sie aber überhaupt

2) keine 30 Jahre dauern, so heisen sie: Actiones temporariae, und zwar:

a) regulares — wenn sie 1 Jahr dauern,

b) irre-

b) irregulares, — welche weder exacte 1 Jahr, noch auch über 4 Jahre zustehen.

Obs. Exceptiones sind in der Regel alle perpetuae.

§. 278. Es kann beim Klaglibell unterschieden werden das Materiale und Formale. Das Materiale ist Actio — davon wir bisher gehandelt haben.

Das Formale besteht darinn, daß jede Klage mit einem schicklichen Petito vorgetragen werden müsse.

Petitum congruum autem est id, quod causam iustificatoriam habet.

Causa iustificatoria (die Namen stehen unten in der Note) Grund der Klage oder Klaggrund — ist ein in den Gesetzen gebilligter Grund, woraus erhellet, daß auf eine solche Weise, wie in dem Libello geschehen, geklagt und gebeten werden könne. Näher bestimmt: ist es die Befugniß des Klägers, oder die Verbindlichkeit des Beklagten, woraus die Klage entspringt.

Eine Causam iustificatoriam muß jede Klage haben, aber deutlich braucht sie nicht allemal exprimirt zu werden.

1) Nicht; wenn des Beklagten Verbindlichkeit, und
2) das Genus actionis sich aus der Geschichtserzählung sogleich ergiebt. Ob nun Causa iustificatoria beim Klaglibell vorhanden sey, dies kann der Iudex so erforschen:

wenn er das vorgetragene Factum mit den Gesetzen zusammen hält, so folgt entweder des Klägers Petitum aus diesen Praemissis; dann ist sie schon so vorhanden, die Causa iustificatoria; oder nicht, dann mangelt auch die Causa iustificatoria. Folglich findet auch hier die Klage nicht statt.

Bei iedem Klaglibell lassen sich drei capita gedenken:

1) facti enarratio s. species facti, Geschichtserzählung,
2) iuris expositio.
3) Petitum.

Viele Rechtslehrer vergleichen das Klaglibell deswegen mit einem Syllogismo. Die beiden erstern Capita wären die Praemissen und das Petitum, die Conclusion.

§. 279. 1) Die Species facti muß seyn:

a) *simplex*, i. e. non articulata — die nicht in Artickel abgefaßt ist. Artickel, heissen fragweis abgefaßte Sätze, die sich mit: Wahr:c. anfangen.

Confe-

Conferatur Receſſ. imper. noviſſ. §. 34 et 64. et Boehmer in exercit. ad D. Tom. II.

Dieſer zeigt in der Vorrede recht ſchön, warum in dem neueſten Reichs-Abſchied die Artickel abkamen. Die Advokaten nämlich bekamen für jeden ½ Kopfſtück. Dies machte ſo ſtarken Eindruck, daß der Iudex oft über 100 zu leſen bekam.

b) dürfen nicht vorkommen: impertinente und irrelevante Umſtände; impertinente — die gar nicht zur Sache gehören; irrelevante — die nichts zur Entſcheidung beitragen.

NB. Es dürfen aber auch nothwendige Umſtände nicht weggelaſſen und müſſen dagegen alle facta, die dem Richter ad deciſionem cauſae nöthig ſind, in dem Libell angeführt werden.

c) Die Replik darf dem Libell nicht inſerirt werden. (Repliquen — ſind Widerlegungen von den Exceptionen des Beklagten.) Die Gründe ſind hier:

α) Weil ſonſt der Kläger dem Beklagten oft zu Exceptionen verhilft, worauf er vielleicht gar nicht verfallen wäre.

β) Weil ſonſt der Kläger dadurch favorem replicarum verliehrt. Dies iſt ein wichtiger Grund. Warum? denn die Replic wird ſo ein pars libelli, wenn ſie dem Libell inſerirt worden.

Jedoch ſind hievon zwei Ausnahmen:

a) wenn die Exceptio ſo beſchaffen iſt, daß von der Widerlegung derſelben, das Ius agendi des Klägers dependirt. Ein Beiſpiel ſey die Exceptio non adimpleti contractus — welche Exceptio mit in das Klaglibell gewebet werden muß.

b) Wenn der Beklagte eine liquide Exception hat, welche die Klage in continenti deſtruirt, da muß ſie mit hinein, ſonſt verwirft der Iudex die Klage. Z. E. ein Schuldner hätte mich zu ſich gebeten, beſoffen — und beredt ihn im Rauſch zu quittiren.

c) Es muß in der Geſchichte die gehörige Deutlichkeit (perſpicuitas) herrſchen. Beſonders in Abſicht

α) auf den Statum controverſiae und

β) das Obiectum litis. Z. E. Beſonders iſt das nothwendig: bey Geſchlechtsſtreitigkeiten, (da muß der Stamm-

Stammbaum beigelegt werden) und Grenzstreitigkeiten (da muß ein Ris beigelegt werden. Das Obiectum litis besteht entweder in re mobili, hier pflegt man es zu bestimmen a colore, genere, magnitudine et pondere; oder immobili, z. E. Grundstücken: da pflegt man es zu bestimmen durch die Lage und Grenzen.

§. 280. 2. Iuris expositio — die Befugniß des Klägers, woraus die Klage entspringt. Diese hat ihren Grund in den Gesetzen. Jedoch die Gesetze anzuführen, worauf sie beruht, ist nicht nöthig. Iura enim iam novit curia. Accedit, daß in dem neuesten Reichs-Abschied §. 96. die Allegata iurium ausdrücklich verboten worden. Jedoch ist dies blos zu verstehen von Legibus rite promulgatis; Iura specialia müssen also doch angeführt werden, z. E. a) Privilegia, weil sie Exemtiones a iure communi sind — ferner b) Iura consuetudinaria, weil auch diese nicht promulgirt sind, und bewiesen werden müssen. c) Iura provincialia bei den Reichsgerichten, so auch Statuten und dergleichen mehr.

§. 281. Jedes Libell muß Causam iustificatoriam enthalten. Diese aber wird in dem Libell verschiedentlich angegeben, nämlich anders bei Actionibus personalibus, anders bei Actionibus realibus.

Bei den erstern muß Causa specialis s. remota angeführt werden. Diese besteht in einer bestimmten Angabe des Vertrags oder des Verbrechens, woraus des Beklagten Verbindlichkeit und des Klägers Recht entspringt. Z. E. Es wollte mich einer ex mutuo anklagen; da muß er Causam iustificatoriam specialem s. remotam angeben, und es ist nicht genug, nur zu sagen: daß Beklagter 100 fl. zu bezahlen schuldig sey. Der Richter will auch wissen, woher die Schuld entstanden? obs ein Mutuum sey? oder nicht? — Nicht genug zu behaupten: Beklagter habe Schläge ausgetheilt. Man muß auch wissen: wo? wenn? wem? unter welchen Umständen? womit? was die Veranlassung war? u. s. w.

Bei letztern (den Actionibus realibus) ist es genug, wenn nur die Art von dergleichem Recht, auf welche sich die Klage gründet, angegeben wird. Dies nennt man die Causam generalem s. proximam. Z. E. Ich will vom Sempronio mein Landgut vindiciren; Rei vindicatio est actio realis, suffi-

sufficit ergo, daß ich angebe: daß ich dies Landgut Iure dominii besaß.

Ferner bei Actionibus realibus brauche ich den Titel nicht anzugeben. Z. E. wenn ich Reivindicat. anstelle, brauche ich nicht anzugeben, ob ich die Sache gekauft, praescribirt habe. Genug, daß ich mein Dominium zeige. Jedoch halten die Doctores es für rathsamer, daß man es thue, damit ich, wenn der Proceß verlohren geht, die nämliche Klage ex alio titulo noch einmal anstellen kann, denn sonst stünde mir die Exceptio rei iudicatae entgegen. Indessen halten angesehene ICti diese Cautel immer für sehr unnöthig. Denn 1) es können sich Fälle ereignen, wo es gut ist, wenn ich den Titel nicht angab. Conferatur Seyfart im teutschen Reichsproceß. c. 1. §. 7. 2) es ist rarissimus casus, daß ich den Proceß ex alio titulo gewinne.

§. 282. 3. Petitum, i. e. worinn der Richter gebeten wird, wie er finito processu zum Vortheil des Klägers aussprechen soll. Merke hievon zwei Regeln:

a) Es muß nach der Natur der erhobenen Klage eingerichtet werden. Bei Actionibus personalibus wird das Petitum so eingerichtet, daß dem Kläger ein status zugesprochen, oder dem Beklagten einer abgesprochen werde. Bei Actionibus realibus, daß dem Kläger res l. factum praestirt werden soll: Z. E. Bittet zu erkennen und auszusprechen, daß ihm das Erbrecht allerdings zustehe ꝛc. — daß die quaestionirte Frohnen ohne alle Umstände von dem Kläger als Eigenthümern des Fundi Tusculani gefordert würden, und Beklagter N. N. sie zu leisten schuldig.

b) Es muß bestimmt werden: quid, quale et quantum reus praestare debeat. Allein diese Regel gilt nur bei Actionibus certi; bei Actionibus incerti ists nicht möglich, das Quantum anzugeben. Jedoch sucht man hier durch eine relativam certitudinem so viel zu bestimmen, als möglich ist: Z. E. Bitte in Rechten zu erkennen und auszusprechen, daß Beklagter die Erbschaft (bei welcher freilich nicht alle Stücke genennt werden können) nach einem Inventario oder eidlichen Specification auszuliefern schuldig.

Anmerkung: alternativerische Bitten sind regulariter nicht erlaubt, aber doch alsdann, wenn die Oblig. alternativa ist: Z. E. Bei der Obligatione stupratoris sive ad dotandum sive ad nubendum.

§. 283. Die Clausuln, die den Libellis angehängt wurden, waren größtentheils ohne allen Nutzen: Z. E. Kläger bedinge sich zuförderst alle mögliche Rechtswohlthaten — die nimmt ihn so kein Mensch. Hieher gehört auch die sogenannte: Clausula salutaris. Sie ist unnütz, doch darf man sie nicht weglassen. Sie lautet lateinisch und deutsch also:

Desuper nobile officium humillime implorando etc. — Deutsch: hierüber will ich das löbliche Amt besten Fleises angerufen haben. Nobile officium — heist: das milderichterliche Amt. Sie soll Vitia libelli sanare — auch dem Kläger zusprechen, was er nicht gebeten, ihm aber doch ex aequo gebührt. Hier ist noch der Unterschied zu merken:

1) nobile officium bedeutete bei den Römern das Amt des Prätors, wo kein Iudex pedaneus gegeben, summarisch und hauptsächlich nach Billigkeit verfahren wurde. Conf. L. 2. C. de officio iudicis pedanei.
2) mercenarium officium fand statt, wo solennis actio angestellt, und wo Iudex pedaneus ad exercendam notionem gegeben wurde. Mehr konnte der Iudex nicht zusprechen, als was die Formula enthielt; das war bei dem nobili officio nicht. Daher erhellet, was oben nobile officium seyn soll.

Die Clausul aber ist vergeblich:

1) weil sie sich auf eine Gerichtsverfassung bezieht, die hodie nicht mehr in usu ist.
2) weil nach dem L. unica C. utque desint advocatis partium, der Richter ohnehin, was iuris ist, den Partheien zusprechen soll, obs gleich nicht gebeten worden. Doch muß man sie beibehalten, weil man sonst für unwissend gehalten werden könnte.

§. 284. Actiones cumulare heist mehrere Klagen in einem Libell zugleich erheben. Hier muß ich einen Libellum punctatum machen, ein articulatus wird verworfen. Cumulatio

latio muß nicht cum concursu actionum verwechselt werden. Concursus actionum, si uni contra eundem plures competunt actiones. *Cumulatio* actionum locum non habet secundum Ius Rom. ab formulam cuiuscunque actionis specialem.

Hodie secundum Ius Canon. ist sie erlaubt, jedoch unter gewissen Umständen nur:

1) Sie muß obiectiva seyn, i. e. ubi ab uno actore contra eundem reum plures actiones simul afferuntur. Sollten etwa die Beklagten litis consortes seyn, so hindert dies nichts, denn sie stellen nur eine Person vor. Das Oppositum ist: subiectiva cumulatio — wo entweder mehrere Kläger zusammen treten, gegen einen, oder ein Kläger gegen mehrere Schuldner. Diese findet nicht statt; denn es entsteht daraus die größte Confusion im Proceß ob diversitatem exceptionum.
2) Es müssen auch die Klagen zu einerlei Proceßart gehören, wenn Cumulatio actionum statt finden soll.
3) Es sollen auch die Klagen nicht ultra numerum cumulirt werden. In iure communi hängt der Numerus ab arbitrio iudicis ab; in dem alten sächsischen Recht waren drei bestimmt.
4) Forum muß competens seyn.
5) Es muß auch auf die Actiones concurrentes Rücksicht genommen werden. Diese Actiones concurrentes nun beziehen sich:
   a) entweder auf verschiedene Dinge; hier ist die Cumulatio erlaubt. Die Doctores nennen dies einen: Concursum actionum cumulativum. Wenn auch die Klagen ex uno facto entspringen, so können sie doch verschiedene Zwecke haben. So z. E. kann ich ex eodem fundamento s. facto auf rei persecutionem et poenam dringen; ad diversa tendunt, ergo cumulari quoque possunt. Ingleichen kann ich auch ex pluribus factis, ad diversa tendentibus klagen: z. E. ex mutuo, deposito et ex contractu locationis conductionis kann ich eine und eben dieselbe Klage erheben; sed quia ad diversa tendunt, cumulari possunt actiones.
   b) Oder sie haben einen und eben denselben Zweck: Concursus actionum non cumulativus, — die Klagen stehen hier so zu, daß

α) eine nach der andern ihre Effecte producirt; so müssen sie auch successive angestellt werden. Dies heist: Concursus actionum successivus: z. E. actio ad exhibendum et rei vindicatio. Doch können auch diese in praxi cumulirt werden.

β) oder dies ist nicht; hier ist die Regel: altera actionum eligenda, est. Dies heist bei den Rechtslehrern: Concursus actionum electivus. Auch hier erlaubt man die Cumulation in folgenden Fällen:

a) wenn der Kläger in iusta ignorantia versirt, welche Klage anzustellen sey: Ex hac ratione kann die Actio Publiciana und die Rei vindication cumulirt werden.

b) wenn die Klagen diversam executionem haben. So z. E. kann ich Actionem hypothecariam und die Actionem ex mutuo cumuliren.

§. 285. Zu dem Klaglibell gehört auch ein Petitum. Dies ist gedoppelt:

1) Ein Petitum, wie der Richter finito processu erkennen soll. Dies ist ein wesentliches Stück des Libelli, folglich muß es in jedem enthalten seyn.

2) Ein Petitum, welches dahin geht, was der Iudex gegen den Beklagten nach erhobener Klage verfügen soll. — Dies heist: Supplicatio pro decernenda citatione. (Ansuchung um die Citation — Auswürkung des Processes. Es heist auch: das Präsentationsschreiben. Conf. Menkenii tractatus de actionibus, p. 21. seq. Sie differirt nach Verschiedenheit der Proceßart, anders im Ordinario, anders im executivo processu. Was Hellfeld im Jpho davon sagt, das gilt vom Processu ordinario. Da besteht sie darinn: daß der Kläger bittet, dem Beklagten die Antwort auf die Klage aufzulegen, und daß der Iudex einen Termin dazu bestimmen soll. Dies Petitum ist kein essentiale libelli. Folglich kann es entweder in dem Libell inserirt werden; hier pflegt es vor das Hauptpetitum gesetzt zu werden; oder man kann es in einem aparten Schreiben beifügen; hier wird alsdenn das Libell als Beilage in dies Schreiben eingelegt: Z. E. dieselben werden aus dem beiliegenden Klaglibell ersehen, was mich bewogen, gegen Caium mit diesem Schreiben einzukommen; sie werden demnach denselben ꝛc.

§. 286.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0194
DFG

§. 286. II. Editio instrumentorum.

Instrumentum — Urkunde, Document — est scriptura quaelibet ad probandum idonea: also jede Schrift, welche in der Absicht aufgesetzt ist, daß man daraus einen Beweis führen könne. Die Editio instrumentorum geschieht entweder nach der Litis contestation, und also probationis causa; davon wird Lib. XXII. Tit. 4. die Rede seyn; oder vor der Litis contestation — diese nun hat den Endzweck: den Beklagten in den Stand zu setzen, daß er überlegen könne, ob er Proceß führen oder sich lieber in Güte legen und mich so befriedigen wolle. Daher ist

1) ein Kläger zu dieser Edition nicht verbunden. Conferatur Leyser Spec. 38. med. 5.
2) Was er nicht im Libell findet, braucht er nicht zu erwehnen.
3) Es brauchen auch die Urkunden nicht in Original beigefügt zu werden, sondern nur in Abschrift; weil die Edition nicht den Endzweck der Probation, sondern der Deliberation hat.
4) Es brauchen auch die Urkunden nicht ganz edirt zu werden, sondern nur quoad passum concernentem.
5) Endlich können sie auch edirt werden sine die et consule (ohne dato und subscriptione nominis). Denn es muß dem Beklagten genug seyn, wenn er nur den Inhalt weis.

LIB. II. TIT. XIV.

De Pactis.

§. 287. Pactum s. conventio (L. 1. §. 2. D. h. t. enthält die Legal definition) est consensus duorum pluriumve in idem placitum (utrinque declaratus et acceptatus hat Hellfeld zur Bestimmung beigefügt). Allein diese Definition ist offenbar falsch, denn daraus folgte, daß jede Uebereinstimmung zweier Meinungen ein Pactum wäre. Also besser: est promissio ab altero acceptata. 1) Promissio bedeutet eine Declarationem praestationis. 2) wird erfordert, daß diese Promissio von dem andern acceptirt werde. Aber acceptare

heißt: h. l. consensum suum de oblatis suis recipiendis declarare. Hoc fieri potest nudo verbo l. alio signo. Daraus folgt, daß die Partheien sich wechselseitig vereinigen müssen.

§. 288. Wird, weil die Sachen so gar bekannt sind, übergangen.

§. 289. Consensus est declaratio animi de eo, quod alter aeque intendit. Geschieht diese Willenserklärung wirklich, so ist consensus verus vorhanden, und wird er mit Worten ausgedrückt, so heißt er: expressus, da er im Gegentheil, wenn er per signa aequipolentia, oder per facta an den Tag gelegt wird, consensus tacitus genennt wird. (§. 290).

Bisweilen ist diese Willenserklärung nicht wirklich vorhanden, die Gesetze nehmen aber doch an, daß sie vorhanden sey; dies ist denn consensus fictus. Bisweilen aber hat man Gründe, oder doch wenigstens einen Grund anzunehmen, daß einer eingewilligt haben würde; dies nennen die Rechtslehrer: consensum praesumtum.

Anmerkung:

Diese beide letztere Arten sind von vielen Doctoribus für einerlei angesehen worden; allein sie sind in den Begriffen unterschieden, wie fictio und praesumtio iuris, wovon §pho 140. gehandelt worden.

§. 290. I. *Tacitus* consensus colligitur ex factis. Tale factum est:

1) *silentium*, secundum regulam: qui tacet, consentire videtur. Diese Regel ist nicht allgemein wahr. Conferatur L. 142. D. de regulis iuris und L. 91. D. de furtis. Sie ist also so zu bestimmen: qui tacet, quum loqui poterat et debebat, consentire videtur.

Z. E. Wenn mir ein Räuber etwas nimmt, und ich schweige, so kann ex silentio meo kein Consensus geschlossen werden.

2) redditio cautionis: (i. e. einer Schuldverschreibung) Hieraus ist ein Pactum de non petendo zu schliessen.

Sic etiam combustio cautionis — wie z. E. bei Kaiser Carl V. zu Augsburg geschehen. Wo die Kaufleute ihn zu sich invitirten und seine Schuldverschreibung von 15 Millionen,

lionen ins Feuer, das sie von Zimmtholz angemacht hatten, warfen. Der Kaiser versicherte ihnen aber auch hierauf, daß er in seinem Leben nichts köstlichers gerochen habe.

3) redditio pignoris — ist ein factum, woraus remissio pignoris gefolgert werden kann (non vero remissio debiti), quia debitum consistere potest sine pignore; ergo a redditione pignoris ad debiti remissionem non valet consequentia.

Requisita consensus taciti sunt:

1) *scientia negotii* — man muß Wissenschaft von der Sache haben.

2) *ut de mente contraria non constet* — man muß nicht versichert seyn, daß der anders denkt, als dessen Handlungen den Schein geben.

3) *ut facta sint concludentia* (schlüßige facta) das sind diejenigen, ex quibus unice ille animus, de quo quaestio est, et nil aliud concludi potest. Sind sie dubiae interpretationis, so gilt die Regel wie bei den verbis: quilibet factorum suorum optimus interpres est. Wenn aber ein Verdacht da ist, daß jemand seine Handlungen falsch interpretirt, so muß er das Purgatorium schwören.

§. 291. II. Consensus *praesumtus*. Dieser findet

a) bei solchen Personen statt, die eigentlich nicht consentiren können.

b) Das Fundament von diesem Consensu sind Regeln der Billigkeit:

1) Nemo cum damno alterius fieri debet locupletior.

2) Qui consentit in antecedens, consentit quoque in consequens.

3) Quisque praesumitur consentire in id, quod sibi utilitatem adfert.

§. 292. Pactum erfordert consensum reciprocum; Ergo eine Person kann allein keinen Vertrag machen; ergo Iure Rom. nec pater et filius. Hodie aber fällt die unitas personae weg, es ist aber doch rathsam, daß der Vater seinen Sohn quoad hunc actum emancipire; denn die Doctores sind gar zu divers in dieser Meinung, selbst in Göttingen statuirten sie vor wenigen Jahren die unitatem personae noch.

Ausnahme: Es müste denn das Peculium castrense et quasii Castrense betreffen, wo der Filius als Pater familias angesehen wird.

1) Oblatio, assertio, tractatus differiren vom Pacto.

a) *Oblationes* sunt declarationes unius eo tendentes, ut oriatur conventio: Z. E. Die Anwerbung um ein Mädchen.

b) *Assertio*, i. e. dispositio, qua declaramus, nos alteri aliquid praestare velle. Denn diese können auch ultimae voluntates seyn.

c) *tractatus*, i. e. id, quod paciscendi causa agitur — sunt oblationes reciprocae acceptatione destitutae. Z. E. Das Bieten und Wiederbieten bei einem Kauf, Friedensunterhandlungen.

Diese Tractaten müssen nicht verwechselt werden mit den Punctationibus: Z. E. Ich stehe hier als Iudex mit den Gläubigern zu tractiren, daß sie nachlassen sollen. Caius sagt: er könne nicht — Titius: er wolle sehen was die andern thun — Mevius: er wolle von seinen 1000 Rthl. 200 nachlassen — dies ist Punctatio.

Punctatio ergo est scriptura, quae summa capita contractus in scripturam redigendi continet, partium subscriptione munitur et omnibus numeris absolutam conventionem praesupponit.

Unterschied:

Die Tractaten sind unverbindlich, aber die Punctationes sind verbindlich und kann auch daraus geklagt werden; denn sie enthält omnibus numeris absolutam conventionem; es sey denn, daß die Interessenten sich ausdrücklich bedungen hätten, sie wollten zu nichts verbunden seyn, bis das solenne instrumentum ausgefertiget seyn würde.

§. 293. Pacta fiunt consensu; ergo vitia consensus vitiant quoque pactum. Vitia sunt:

1) dolus (List, Betrug, Gefährde) est propositum alterum aedendi — also: Vorsatz, den andern zu verkürzen, es sey in Hinsicht auf seine Ehre, oder auf seine Güter. *Dolus bonus* — wenn ich zwar den andern hintergehe, aber in guter Absicht. Wie z. E. der Arzt den Kranken hintergeht. Die Definitio legalis steht L. 1. §. 23. D. de dolo malo. Sie ist nicht accurat, aber es läst sich doch abnehmen, daß die Römer ein Factum illicitum darunter verstanden, wobei derjenige, der es unternimmt, weis und will, daß der Gegner den Schaden daraus nehme. Dolus

aber

aber wird entweder per simulationem begangen, dann heißt er: clandestinus s. dolus in specie. Dieser gehört eigentlich hieher. Oder er wird aperte begangen — dolus manifestus. Z. E. ein Räuber überfällt mich mit Gewehr. Dieser gehört in die Lehre von den Verbrechen.

§. 294. enthält blos, daß der Dolus ein Vitium consensus sey. Es ist also nichts weiter dabei anzumerken.

§. 295. Die Rechtslehrer theilen den Dolum ferner ein: in dolum causam dantem et incidentem.

1) Dolus causam dans — der den Grund in sich enthält, warum der Betrogene den Contract eingegangen. Hierauf kommt viel an, man muß es also merken. Z. E. Es hält einer um ein Mädchen an. Der Vater des Mädchens sagt, er könne nicht einwilligen, denn er habe gehört, daß er stark verschuldet sey. Was? spricht dieser: in allen nicht mehr als 200 Rthl. — Wenn dies ist, antwortet der Vater: so sey mein Sohn, da hast du meine Tochter! Die Heurath wird vollzogen und nachher kommt eine Null mehr heraus — dolus causam dans,

2) Dolus incidens — dies ist jeder andere Betrug, der den Grund nicht enthält, warum der Contract eingegangen worden, sondern wobei ich nur circa valorem rei hintergangen bin. Z. E. Ich möchte gerne ein Pferd kaufen. Man bietet mir eines um 200 Rthl. an. Ich erstaune über den hohen Preis, gehe aber den Contract doch ein, weil man mir sagt: daß die Pferde in unsern Gegenden sehr rahr würden, weil die Juden bei jetzigem Türkenkrieg sie durchgängig für den Kaiser aufkauften. So auch, wenn mir einer bei der Numeratione pretii falsche Münzen giebt, oder bei der Traditione praedii Pertinenz-Stücke zurückbehält.

Diese Namen, dolus causam dans und incidens, stehen nicht in den Gesetzen. Ob aber die Sache da sey, daran zweifeln einige: Z. E. Noodt will das behaupten: jeder Contractus wäre nichtig ob dolum. Allein dies ist offenbar falsch. Denn der Unterschied ist sichtbar in L. 7. D. de dolo malo. Da wird des doli causam dantis deutlich gedacht. So auch L. 16. §. 1. de minoribus und L. 3. §. 3. pro Socio.

Vom Dolo incidente ist ein Hauptlex L. 13. §. 4. de actione emti venditi, und
L. 12. § 1. de iure dotium,
Conferatur Nettelbladt tract. de doli incidentis et causam dantis in contractibus effectu etc. Leyser Spec. 296. medit. 6.

§. 296. Effectus utriusque speciei:
1) de dolo causam dante; der Effect ist hier: daß das Pactum nichtig ist. Dies sagen nicht nur die allegirten Gesetze, sondern auch schon die Vernunft giebt es. Regula cessante ratione, cessat rationatum. Also kann das Pactum nicht gelten.
2) De dolo incidente; da ist der Effect: daß dieser das ganze Pactum nicht ungültig macht, sondern der Betrogene hat nur das Recht Entschädigung zu fordern.
Jedoch hat der Laedens die Wahl, ob er den Schaden ersetzen, oder vom ganzen Pacto wieder abgehen will: Z. E. Bei dem Pferd das ich gekauft habe.
Dissentit Boehmer in introd. in Ius Digestorum Tit. de dolo malo §. 5.
Aber unsere Meinung ist in dem L. 12. §. 1. D. de iure dotium gegründet.

§. 297. Das zweyte Vitium ist.
Error — est falsa rei cognitio. Dem Begrif nach sind Ignorantia und Error allerdings unterschieden. Bei Ignorantia habe ich gar keine Wissenschaft, bei dem Errore habe ich zwar eine, aber die unrichtige. Quid vero iuris circa ignorantiam et errorem? Rsp. Bei beiden einerlei. Was aber iuris circa errorem sey, ist eine schwer zu bestimmende Frage. Am besten hat sie bestimmt Gundling.
Confer. Gundling von der schweren Lehre des Irrthums im Iure. Diese Abhandlung steht in den Gundlingianis mit eingerückt.
Wir wollen uns die Sache so vorstellen: der Error wird entweder von beiden Theilen begangen, oder nur von einem.
I. Von beiden Theilen. Hier ist der Irrthum entweder
1) ein Error in re, so sind zwei Fälle gedenkbar:
a) jeder von den Contrahenten denkt an ein anderes Obiect: z. E. einer hat den Schimmel im Kopf und der andere den braunen Wallachen.

b) Bei-

b) Beide glauben, daß eine Sache existire, die doch noch nicht existirt: Z. E. Die Zeitungen melden, mein Oncle sey in Ostindien im Treffen geblieben, ich verhandle die Erbschaft, die ich zu hoffen habe — und ex post kommts heraus, daß der Oncle noch frisch und gesund ist.

Regel: In beiden Fällen ist das Pactum null und nichtig.

2) Oder der Error betrift essentialia negotii: z. E. der Oncle verspricht mir Geld, da ich auf die Universität gehen will. Ich sagte, daß ich also schreiben würde, wenn ich welches brauchte. Und nachher antwortet er: er wolle mir zwar Geld geben, aber es verstünde sich — nur leihen; ich soll deswegen einen Schein ausstellen. Das ist mir nicht gefällig.

Regel: Hier ist das Pactum wieder null, weil ein wesentliches Stück, die Vereinigung fehlt.

3) Oder er betrift nur accidentalia; hier ist die Regel: das Pactum besteht; denn es ist nur etwas in qualitate quadam versprochen worden, die nicht wesentlich ist, darum muß sie geliefert werden, und der Error befreyt nicht davon.

Anmerkung: Wer eine gewisse Qualitaet einer Sache zu praestiren sich verbindlich gemacht hat, der muß auch dafür stehen und haften, er mag sie entweder nach einem gewissen Versprechen oder ex natura pacti zu leisten schuldig seyn. Z. E. ich kaufe ein Pferd, und der Verkäufer versichert, es habe alle die Qualitaeten, die ich fordere. Nachher aber ergiebt sich, daß es einen Fehler im Leibe hat; ich fordere also mein Geld wieder und muß es bekommen.

II. Von einem Theil. So weis:

1) entweder der eine Contrahent von dem Irrthum, worinn der andere sich befindet, und zeigt ihn gleichwohl nicht an: Z. E. Einer giebt mir eine Uhr von Dombach, für eine goldene. Dies ist dolus, und muß folglich nach seiner Eintheilung betrachtet werden, ob er dolus causam dans oder incidens sey.

2) Oder der eine Contrahent weis nichts von dem Irrthum, in welchem sich der andere befindet. Hier muß unterschieden werden:

a) inter errorem vincibilem (den man vermeiden konnte und sollte;) hier ist die Regel: nocet erranti, pactum vero

vero non vitiat, ratio: damnum quod quis sua culpa sentit, non sentire videtur.

b) et errorem invincibilem. Dieser betrift:

α) entweder essentialia pacti; regula: non nocet erranti, pactum vero est nullum.

β) oder accidentalia. Regel: wer hier Schaden leidet, kann keine Schadensersetzung fordern, denn der andere ist nicht Ursache daran. Excipe: es wäre denn, daß daraus laesio ultra dimidium entstanden wäre, weil diese alle negotia recindirt. L. 2. C. de rescindenda etc.

§. 300. Zu den Vitiis consensus gehört auch:

3) *Metus* — ein Affekt der daher entsteht, daß man eine Gefahr vor sich sieht, die nicht leicht abgewendet werden kann. Die Legal-Definition siehe in L. 1. et 2. D. quod metus causa.

4) Vis — ist ein äuserer Zwang, dem ich gar nicht resistiren kann, kurz: alles dasjenige, was uns wider unsern Willen zu handeln oder etwas zu dulden nöthiget. Die Legal-Definition steht auch in L. 2. D. quod metus causa.

§. 301. Metus und vis machen die Pacta ungültig; denn sie behindern den Willen des Menschen. Doch aber ist bei der Metu vorauszusetzen, metum esse:

1) *iniustum* — die von einem herrührt, der kein ius metum inferendi hat: Z. E. der keine Obrigkeit ist.

2) *et non vanum* — vanus metus — wo man mala befürchtet, die zu befürchten nicht wahrscheinlich ist. Plura vide infra.

Hier nur so viel, daß die pacta vi, metu, dolo et errore inita dennoch gelten können, wenn sie in der Folge noch ratihabirt werden. Das nennen die Juristen: metum, dolum, vim purgare etc.

Ein Hauptscriptum ist hier Gundlings scriptum de efficientia metus. Tom. II. Nro. 2.

§. 302. Pacta können auch ungültig werden: ob simulationem, i. e. eine Handlung, wodurch man zu bewürken intendirt, daß andere anders von uns denken sollen, als wir

wir von uns selbst denken. Dolus bonus heist sie, wenn sie in guter Absicht geschieht.

Simulatio kann überhaupt,

I. in einem Vertrag begangen werden. Bei dem Vertrag sieht man wieder,

1) auf das, was unter den Paciscenten selbst Rechtens ist. Hier ist der Unterschied zu machen:

a) aut unus tantum simulat — da ist's ein dolus, der wieder nach der Lehre des doli zu beurtheilen ist.

b) aut uterque paciscentium simulat; hier ist

α) entweder mit dem negotio simulato ein negotium verum verbunden; — Regel: verum negotium valet, simulatum non valet. Ratio: plus valet, quod vere agitur inter contrahentes, quam quod simulate concipitur. Z. E. ich sage zu dem, bei welchem ich versetze, er soll vorgeben: er habe mir das Pfand abgekauft.

β) oder es ist mit dem simulato negotio kein verum verbunden; hier ist die Regel: nihil est actum — die ganze simulirte Handlung gilt nichts. Z. E. ich hätte liederliche Inquilinos in meinem Hause, so sage ich, ich verkaufte das Haus, sie müsten ausziehen; und nachher giebt man vor, der Kauf wäre rückgängig geworden.

2) Sieht man auch auf das, was in Absicht auf den Tertium Rechtens ist. Hier ist der Actus simulatus, ein dolus; folglich der Fall ganz nach der Lehre de dolo zu beurtheilen. Leyser bemerkt sehr artig, daß es bisweilen kommen kann, daß das negotium simulatum intuitu tertii erfüllt werden müsse, obs gleich die Paciscenten nicht praetendiren können. Spec. 42. med. 5. steht das Beispiel von dem Mädchen, auf deren Erbschaft ihr Bruder renuncirt zu haben vorgab.

II. In alio negotio. Regula: Actus hic est nullus — negotium nullum; und wenn jemand in Schaden dadurch gekommen wäre, so ist der Simulans zur Entschädigung eius quod interest verbunden. Z. E. Einer verfertigt ein Notariats-Instrument, ist kein Notarius.

§. 303. Der Gegenstand der Verträge ist:

1) ein Factum — dies muß licitum et honestum seyn;

weil

weil inhoneſta et illicita als impoſſibilia anzuſehen ſind, nach dem L. 15. D. de Condition. Inſtit.

2) Res praeſens ſ. iam exiſtens — bei dieſer hat es gar keine Schwierigkeit, es kann allerdings darüber paciſcirt werden.

3) Res futura — die noch zur Exiſtenz kommen ſoll. Da iſt zu diſtinguiren: ſie iſt:

a) entweder res ſperata — eine ſolche Sache, die, wenn die Natur ihren ordentlichen Lauf behält, gewis zur Exiſtenz kommt: z. E. Fructus, du kaufſt mir den Wein ab, den ich heuer bauen werde; hier verſteht ſich das Pactum ſub tacita conditione: ſi res exiſtit,

b) oder ſimplex ſpes — deren Exiſtenz blos vom Zufall abhängt: Z. E. Du kaufſt mir mein Loos in der Lotterie ab. Da gilt das Pactum auf alle Fälle, du magſt gewinnen, oder nicht, du mußt bezahlen, denn hier iſt ein Pactum purum ſine exceptione:

Requiſita:

1) Das, worüber paciſcirt iſt, muß genau beſtimmt ſeyn, was nicht beſtimmt iſt, ſind incertae pollicitationes, die nach den L. poſitivis nichts gelten. Z. E. L. 108. de verbor. obl. Warum? Weil ſie oft die größte Schwierigkeit in explicatione haben: Z. E. Bruder und Schweſter vergleichen ſich in Anſehung der Güter ihres Vaters. Der Bruder hängt dem Vergleich die Clauſul an, daß er ihre Billigkeit ihren Kindern wieder entgelten laſſen wolle — inexplicabilis difficultas! Jedoch iſt eine Ausnahme: bei der dotis promiſſione. Wenn da der Vater nur allgemein ſagt, er wolle ein Mitgift geben, ſo muß er. Der Schwiegervater darf hier nicht ſagen: ich habe einen dotem verſprochen, und kann alſo auch zwey Ducaten geben. Nein! ſagt der Iudex, du mußt ihn verhältnismäßig nach deinem Vermögen und der Zahl deiner Kinder geben.

§. 304. 2. Es muß das Obiect des Pacti der Diſpoſition der Paciſcenten unterworfen ſeyn. Daher können pacta de rebus alienis nichts gelten. Z. E. Du haſt mein Haus verkauft. So auch de factis: Z. E. Du haſt verſprochen, daß ich über Danzii grammaticam hebraicam leſen ſoll.

Sed NB. ſolche Pacta de re aliena gelten doch manchmal inter paciſcentes.

*) Auf

*) Auf den Fall, wenn die res aliena mein werden sollte. Z. E. Ich verkaufe dir meines Vaters Landgut für 5000 Rthl. wenn ichs erben werde.

β) Si Promissor obligaverit, ad efficiendum, ut tertius aliquid praestet. Also:

a) es gilt ein Pactum wenn ich verspreche: me omnem operam adhibiturum, ut alter tibi quid praestet. Z. E. ich will mir alle Mühe geben dir dies Pferd zu verschaffen.

b) gilt auch das Pactum, wo ich verspreche: me effecturum ut tertius aliquid praestet. Hingegen

c) gilt nach dem Iur. Rom. das Pactum nicht, wo ich verspreche: tertium tibi aliquid praestiturum. L. 82. de verb. obl. et L. 38. eod. Nach dem heutigen Recht wird das Pactum sub Nr. c) für gültig erkannt, denn, sagen die Doctores, es wäre so zu interpretiren, als ob ich versprochen hätte, me effecturum, ut alter praestet.

3) Die Pacta müssen nicht contra Ius praeceptivum et prohibitivum seyn.

§. 305. Was in den Pactis enthalten, als ein Fundament der daraus entstehenden Verbindlichkeit, das kommt:

1) Ex iuris dispositione her und ist

a) entweder so beschaffen, ut eo sublato, negotium s. pactum non subsistat; dies heist denn *Essentiale* s. *Substantiale*: Z. E. Beim Kauf-Contract: *pretium, res, consensus.*

b) oder nicht so beschaffen, sondern nur so, daß es praesumirt wird, aber doch durch eine Verabredung der Paciscenten weg- und aufgehoben seyn kann: *Naturale*: z. E. beim Kaufcontract die Gewährleistung.

2) Ex hominis dispositione, i. e. der Verabredung: *Accidentale*, dies ist denn eine Disposition, welche gewöhnlicher Weise nicht da ist, aber doch da seyn kann: Z. E. Beim Kaufcontract, wenn einer in Jahr und Tagen mehr giebt, daß Venditor wieder abgehen könne.

Differentia:

1) Essentiale salvo pacto plane abesse non potest;

2) Naturale quidem praesumitur sed tamen abesse potest.

3) Acci-

3) Accidentale non praesumitur sed debet probari.

§. 306. Nach dem Iure Naturae produciren alle Pacta perfectam obligationem, wenn sie die erforderlichen Requisita haben: z. E. serio et deliberato animo eingegangen sind. Die Römer stimmen nicht damit überein. Die Regel: pacta sunt servanda — haben sie zwar nicht verworfen; jedoch haben sie nicht aus allen und jeden Pactis zu klagen erlaubt. Diese Verordnung ist alt und war schon zu Servii Tullii Regis Zeiten. Conferatur Dionysius von Halicarnass. et

Meister diss. de actionibus in factum — sie steht in seinen opusculis Tom. I. Num. 7. und ist vortreflich.

Die Deutschen hatten ganz entgegengesetzte principia, die auf das Ius Naturae gegründet sind. Allein die Römer wollten demohngeachtet, daß jedes Versprechen gehalten werden sollte, nur waren sie zu pointilleus.

Die Pacta haben bei den Römern entweder causam civilem; dann heissen sie Contractus, i. e. Verträge, die strenger verbinden, a contrahere, i. e. coarctare; oder sie haben solche nicht, dann heissen sie schlechthin: Pacta, oder Pacta in specie.

Causa civilis — ein in den Gesetzen gebilligter und für zureichend erachteter Grund, weswegen Verträge ihrer Natur nach und an sich die Kraft haben, daß daraus geklagt werden könne: Z. E. Das war causa civilis, wenn der Contract mit einer formula solenni geschlossen wurde.

§. 307. *Causa civilis* — ist nach Hellfeld von dreyerlei Art; daher giebts auch nach ihm drei Arten von Contracten.

I. Causa est *forma* — dasjenige, was zum Daseyn und zur Gültigkeit einer Handlung erfordet wird.

Forma contractus ist 1) daß der Contract einen bestimmten gesetzlichen Namen habe, 2) daß er wesentliche Eigenschaften habe, wodurch er sich von andern unterscheide, 3) daß aus demselben eine Klage entspringe, die mit ihm einerlei Nahmen hat: z. E. Mandatum — actio mandati.

Diejenigen Contractus nun, die eine solche bestimmte Form haben, heissen: Contractus nominati.

II. Causa

II. Causa est — implementum conventionis bilateralis: z. E. O. will mit L. tauschen; O. verspricht dem L. ihm sein Corpus Iuris für den Cuiacius zu geben. — Bisher ists noch kein Contract, sondern blos pactum s. conventio, es versteht sich, unter der Voraussetzung, daß L. acceptirt hat. Ponamus aber, L. giebt dem O. Cuiacii Opera; dann ist sogleich causa civilis da, i. e. implementum conventionis bilateralis auf Seiten des L. und also auch ein Contract.

Alle diese Contractus heissen: contractus innominati, und alle haben einerlei Klage, nämlich die Actionem praescriptis verbis.

III. Causa est — consensus a lege fictus s. praesumtus; und dahin gehören nach Hellfelds Meinung die: Quasi-contractus.

Allein wenn man auch alles annehmen will, so sind doch:

1) Die Quasi-contractus keine Species contractuum in Iure Romano. Die Römer haben gar den Namen nicht, sie nennen sie obligationes, quae quasi ex contractu nascuntur.

2) Der zweyte Fehler bei dieser Eintheilung liegt darinn: daß der Grund überall consensus fictus s. praesumtus seyn soll. Denn bei dem Indebito kann ja gar kein Consensus angegeben werden. Der Grund ist der L. 5. §. 3. de obligat et contract. Die Quasi-contractus können nur so definirt werden: Sie sind erlaubte Handlungen, wodurch jemand eben so verbunden wird, als wenn er contrahirt hätte.

§. 309. Die Contractus nominati haben alle ein nomen certum und produciren alle eine Klage, die mit ihnen einerlei Namen hat. Aber sie differiren in Ansehung der Essentialium. Es sind nämlich bei denselben:

I. entweder gar keine Solennia erforderlich — vermuthlich, weil sie im gemeinen Leben am meisten vorkommen — und können folglich solo consensu zu Stande gebracht werden; dann heissen sie *contractus consensuales* und sind ihrer in allen fünfe, als:

1) Emtio venditio — der Kaufcontract.
2) Locatio conductio — der Mieth- oder Pachtcontract;

3) Societas — Gesellschafts-Contract oder Mascopey;
4) Mandatum — Bevollmächtigung;
5) Emphyteusis — (hier haben wir im Deutschen keine Benennung; denn Erbzinnscontract ist nicht gut übersetzt).

II. Oder es wird ausser dem consensu zum Wesen des Contracts noch etwas anders erfordert, und zwar:

A. entweder rei traditio; dann heissen sie *contractus reales*. Sie sind folgende:
1) Mutuum — der Anlehnscontract,
2) Commodatum — der Leihcontract,
3) Depositum — der Contract des anvertrauten Guts,
4) Pignus — der Pfandcontract.

B. Oder solennia verba ore prolata — *contractus verbales*; dies war bei den Römern Stipulatio, und das wesentliche dabei bestund in feierlich- und mündlich ausgesprochenen Worten, oder in Formeln.

C. Oder solennis scriptura; *contractus litterales*. Das einzige Beispiel, welches wir davon haben, ist der Contractus chirographarius.

§. 310. Die Contractus sind ferner:

1) Contractus bonae fidei — bei welchen es nicht genau auf Worte ankam, sondern mehr auf Billigkeit und die Intention der Contrahenten gesehen wurde. Billigkeit heist h. l. blos, was Iuris naturalis ist.

2) Contractus stricti iuris s. formularii, i. e. qui formula sive scripta sive ore nuncupata concluduntur. Noch näher bestimmt, waren sie einzig und allein Stipulatio und der Contractus chirographarius; Alle übrige waren Contractus bonae fidei. Aber es konnten auch die Contractus bonae fidei in contractus stricti iuris verwandelt werden. Der Unterscheid ist dieser: Wenn ich bei den Contractibus stricti iuris laedirt worden war, so galten sie doch, so bald die Formel ausgesprochen war.

obs. 1. Diese Eintheilung ist in den meisten Compendien falsch, die Rechtslehrer liesen sich durch den §. 28. Inst. verführen.

Conferatur Boehmer. tract. de actionibus Sect. I. cap. 3. §. 12.

2) Der

2) Der Unterschied fällt jedoch hodie ganz weg. Die Formularia haben bei uns aufgehört, unsere Contractus sind alle Contractus bonae fidei.

§. 311. Pacta in specie sunt ea, quae causam civilem non habent; ergo natura sua actionem non producunt. Doch, in den neuern Zeiten hat man verschiedenen Pactis diese Kraft beigelegt. Daher der Unterschied: Die Verträge produciren entweder aus einem andern Grund eine Klage — dann heissen sie pacta non nuda sive vestita; oder dies ist nicht — pacta nuda. Letztere also produciren blos natürliche Verbindlichkeit, aus welcher nach dem römischen Recht nicht geklagt werden kann. Die erstern aber produciren aus einem andern Grund obligationem civilem, und also eine Klage. Der Grund ist sehr verschieden. Er liegt:

1) entweder darinn, weil die Verträge einem Contractui bonae fidei in continenti angehängt worden; hier werden sie als ein Theil des Contracts angesehen, und heissen: pacta adiecta, quae eandem producunt actionem, ut contractus cui adiecta sunt. Z. E. Das Pactum de retrovendendo, legis commissoriae, kurz alle Arten von Verträgen.
2) Oder darinn, weil sie durch eine neue Verordnung, ein neues Gesetz; eine Obligationem civilem erlangt haben, und zwar:
   a) entweder per legem civilem — hier heissen sie pacta legitima: z. E. sey das Pactum donationis. Ex L. 35. C. de Donat. kann ich daraus klagen, die Klage heist: condictio ex Lege. Auch die Pacta dotalia sind pacta legitima.
   b) Oder per legem praetoriam — da heissen sie: pacta praetoria: Z. E. Das Pactum hypothecae etc.

Aus dem Pacto non nudo kann also — aus dem pacto nudo aber nicht geklagt werden. Prosunt tamen ad excipiendum et res alterius retinendas. Dieser Unterschied fällt hodie weg. Denn das deutsche Recht hält es mit dem Iure naturae. Es ist den deutschen Sitten gemäs: ein Wort, ein Wort, ein Mann, ein Mann. Alle Pacta produciren also Obligationem perfectam.

Die Eintheilungen die wir also gehabt haben, sind blos ad usum doctrinalem. Noch ist zu merken: Wo die Römer eine Condictionem ex lege hatten und wir haben ex pacto nichts, statuirten die Deutschen eine Condict. ex moribus Germanorum; welche man häufig findet.

Conferatur Vitringa de non usu Distinctionis Iur. Rom. de contractibus.

§. 313. Conventiones sunt porro:

1) unilaterales — dies sind solche Vorträge, aus welchen nur auf einer Seite eine Hauptverbindlichkeit bei ihrer Abschliessung entspringt. Obligatio principalis ist diejenige, welche gleich ab initio conventionis aut contractus da war. Contractus unilateralis — wenn auf Seiten des andern eine Obligatio minus principalis vorhanden ist, d. i. eine Verbindlichkeit, die erst expost hinzugekommen. Z. E. Es vermiethet jemand sein Haus an mich — contractus unilateralis, quia una tantum eaque principalis obligatio obtinet; da ich aber einziehen will, sitzt schon ein anderer darinn, welcher vorgiebt, daß er dies Haus lange vor mir vom Domino gemiethet hätte; accedit obligatio minus principalis, er muß mich entschädigen.

Zu diesen Pactis unilateralibus gehören:

a) alle contractus reales,

b) von den consensualibus das Mandatum.

2) Bilaterales — solche Verträge, wo gleich Anfangs auf beiden Seiten eine Verbindlichkeit vorhanden ist: Z. E. Beim Kaufcontract. Zu den Pactis bilateralibus gehören:

a) Alle contractus consensuales, nur das einzige Mandatum ausgenommen.

b) Alle contractus innominati.

Differentia:

1) Bilaterales conventiones semper sunt *onerosae*, (wo kein Theil dem andern was schenkt). Quod secus est in unilateralibus: Z. E. das Pactum donationis ist kein bilaterale, denn es ist kein onerosum.

Obs. Jedoch Mutuum ist ein pactum unilaterale, und dennoch onerosum auf beiden Seiten, zwar nicht nach dem römischen Recht, denn da war es gratuitum; ja es ist es auch heute

heute noch, nisi accedat usurarum stipulatio. Es kann aber auch beim Mutuo durch besondere Modificationen zu einem bilaterali werden.

2) Beim Pacto bilaterali wird zum iure agendi erfordert, daß derjenige, der klagen will, zuerst sein Versprechen erfüllt haben müsse; denn sonst steht ihm entgegen: exceptio contractus non adimpleti seu exceptio implementi non sequuti: Z. E. Ich möchte gern ein Gut haben, das ich für 2000 Rthl gekauft habe, kanns aber nicht bezahlen.

Anmerkung: Zweiseitige Verträge, in so ferne sie nuda pacta sind, werden zu contractibus *innominatis*, wenn der eine Paciscens sein Versprechen erfüllt, und zwar blos auf Seiten desjenigen, qui accepit implementum promissionis, nicht aber auf Seiten dessen, ders noch nicht erhalten, da bleibts ein Pactum nudum: Und diesem bleibt also auch das Ius poenitendi. Z. E. Wir beide haben einen Tausch verabredet, das ist ein Pactum nudum. Ich gebe dir aber jetzt das versprochene Buch, so wird unser Pactum ein Contractus innominatus auf Deiner Seiten. Dich kann ich also jetzt verklagen; aber ich habe noch nichts erhalten, also ist es auf meiner Seite noch ein Pactum nudum, also hab ich noch ein Ius poenitendi. — So das Ius romanum — welches aber heut zu Tag wegfällt. Denn das Ius poenitendi gilt hodie nicht, weil alle *pacta obligationem perfectam* produciren. Verklagen aber kann ich Dich, wenn du Dein Versprechen nicht erfüllen willst.

§. 314. Pacta sunt porro:

1) aut pacta in rem inita seu realia, — quae ad heredes, fideiussores aliosque sese extendunt. Es dependirt von den Paciscenten, ob das Pactum auf die Erben gehen soll. In dubio aber gilt die Regel: Pacta praesumuntur realia. Conferatur L. 13. C. de contrahenda stipulatione. Der Lex sagts ganz deutlich. Die Clausula heredum (für uns und unsere Erben auch Erbnehmer) ist daher für die Langeweile. Die Erben sind daher:
   a) verbunden das Pactum fortzusetzen;
   b) Sie sind auch schuldig die Verbindlichkeit zu erfüllen, die der Defunctus schon bei Lebzeiten bewürkt hat. Der letzte Punkt ist in allen Fällen wahr. Der erste hat Ausnahmen

α) wenn die Erben ausdrücklich sind excipirt worden,

β) Si personae industria electa sit — wenn ich mit einem paciscirt habe in Rüchsicht auf seine persöhnliche Qualitaeten.

2) Aut in personam, s. personalia, quae ad solos paciscentes restricta sunt.

§. 315. Die Pacta verbinden wohl ausser den Paciscenten auch ihre Erben, aber keinen tertium, nach der Regel: nemo per suam stipulationem tertio ius acquirere aut obligare eum potest.

Conferatur L. 74. D. de regulis iuris.

Doch statuiren die Rechtlehrer Ausnahmen:

1) wenn der Tertius mit einem der Paciscenten pro una persona gehalten werden kann: z. E. pater et filius, Tutor et pupillus, heres et defunctus.

2) Wenn der Tertius seine Einwilligung zum Pacto gegeben, es sey nun vorher oder nachher;

a) Vorher: z. E. mandando, iubendo (z. E. ich sage zu meinem Knecht Stichus, gehe hin, kaufe mir den Fundum Tusculanum).

b) ratihabendo.

Allein dies sind revera keine Ausnahmen, nur dann ists Ausnahme:

3) Wenn das Pactum ad utilitatem tertii gereicht, da ist er auch obligirt etc. dies heist: versio in rem: z. E. mein Inquilinus läst, die durch Hagel in meiner Abwesenheit eingeschlagenen Fenster machen — er giebt mir das Laus Deo da ich komme, und ich muß bezahlen.

Adiectitia qualitas semper cohaeret cum obligatione principali. Und also die Klage, die dagegen angestellt werden kann, heist: Actio adiectitiae qualitatis: Z. E. Der Glaser, wenn ich ihn nicht bezahlen will, stellt die Actionem venditi de in rem versio gegen mich an.

§. 316. Alle Pacta würken hodie perfectam obligationem, nämlich dasjenige zu erfüllen, was mir versprochen worden, et quidem praecise, i. e. genau dasselbe. Inde: aliud pro alio nemini obtrudi potest: Z. E. Ich hab mein Landgut für 1000 Rthl. jähriges Pachtgeld verpachtet. Nun kommt der Pachter und bringt Getraide — obtrudiren kann er

er mirs nicht. Ja wenn auch die Obligatio des Promissoris eine Obligatio faciendi wäre, so kann sie doch erzwungen werden. (Viele ICti meynen zwar, ein Promissor facti könne nicht gezwungen werden, sein factum zu praestiren ex L. 72. de verbor. signific. et ex L. 13. §. finali de re iudicata et L. 71. §. 2. de condit. et demonstrationibus. Allein diese Gesetze sagen dies nicht, sondern vielmehr, der Promissarius soll id quod interest praetendiren können: Z. E. ich accordire mit dem Baumeister, er verspricht mir ein Haus zu bauen — und nun will er nicht; cogi ergo potest ad factum promissum. Allein wenn ich befürchtete, daß er mir ohnehin mein Haus nicht recht machte, so kann ich id quod interest begehren).

Allein sie kann doch auch wegfallen:

1) ob notabilem status mutationem — wenn sich die Umstände so verändert haben, daß es scheint, daß ich nicht darein gewilliget haben würde, wenn ich diese Umstände vorausgesehen hätte; besser: wenn eine solche Veränderung erfolgt, daß meine eigene Nothdurft die Erfüllung meines Versprechens nicht würde gestattet haben. Dies gründet sich auf die Regel: omnia pacta valent rebus sic stantibus. Conferatur Kopp. de clausula: Rebus sic stantibus. Marburg. 1750. Diese Schrift ist vortreflich.
2) wenn die Erfüllung eines Versprechens unmöglich worden: Z. E. ich hätte dir mein Haus auf zehn Jahre abgetreten, aber vier Wochen darauf brennt das Haus ab wo ich wohne; emigra inquiline!
3) wenn dem andern an Erfüllung des Versprechens nichts gelegen seyn kann; dies ist sehr schwer zu beweisen, daß dem andern gar nichts an der Sache gelegen seyn kann: Z. E. Caius hat mir 500 fl. legirt, daß ich mich spanisch kleiden soll ꝛc. Ratio: Pacta sunt utilitatis humanae causa inventa.

§. 317. Die Erfüllung des Versprechens fällt weg, wenn es unmöglich worden; jedoch — sine dolo et culpa promissoris ist das zu verstehen.

§. 318. *Damnum* est deminutio patrimonii sine iure ab altero facta — so definirt Hellfeld. Allein die Worte sine iure ab altero facta — machen die Definitionem angustiorem suo Definito; denn daraus würde folgen: daß das

Damnum casuale keine Species damni sey, und es ist doch eine, wie im §pho selbst zugegeben worden ist.

Damnum est ergo quaevis deminutio (s. amissio) patrimonii (s. commodi.) Der Schaden betrift entweder, was wirklich schon mein ist, dann heist er: damnum emergens s. positivum; oder er betrift etwas, das noch nicht actu mein gehört, aber doch mein werden kann, weil ich Hofnung dazu habe — lucrum cessans s. damnum privativum: Z. E. es schlägt einer einen Handwerksgesellen zu Schanden, damnum emergens — aber der Kerl kann lange Zeit nichts verdienen — lucrum cessans. Oder: du schlägst meinen Knecht Stichum tod — damnum emergens — aber mein getödteter Knecht solte auch eine Erbschaft heben, die büße ich auch ein, er kann sie nicht mehr antreten — lucrum cessans. Conferatur §. 10. Inst. ad L. Aquiliam, worinn dies Beispiel selbst enthalten ist. Letzteres hat drei Requisita:

1) ut sit *certum*. 2) Vorausgesetzt muß seyn damnum emergens et positivum. Denn, wo dies nicht ist, läßt sich keine wahre Laesion gedenken, wo dies nicht ist, findet keine Schadensersetzung statt. 3) Es muß auch ein solches damnum privativum pecuniarium seyn, i. e. das man aestimiren kann.

§. 319 — 320. Damnum bekommt nach Verschiedenheit der Ursache, auch verschiedene Beinamen. Es heist nämlich:

1) dolosum — wenn dolus und
2) culposum — wenn culpa die Ursache war,
3) casuale aber — wenn ein Zufall Schuld ist, daß ich Verlust leide. Was nun

I. das Damnum dolosum anlangt, so merken wir die Regel: indistincte resarciendum est. Ja es soll auch nicht einmal ein Pactum, worinn ausgemacht ist, daß der Urheber des Schadens damnum dolosum nicht ersetzen soll, indistincte davon befreien. Denn ein solches Pactum bezieht sich:

1) entweder auf dolum praeteritum; hier, sagen unsere Rechtslehrer, besteht das Pactum; oder
2) auf dolum futurum; hier behaupten sie, könne es nicht bestehen, denn es würde Veranlassung ad delinquendum seyn. Allein Leyser geht Spec. 516. med. 1. seq. von dieser Meynung aus guten Gründen ab, und macht folgende

gende scharfsinnige Distinction: Wenn jemand auf praestationem doli renuncirt, so weis er:

a) entweder den Betrug; hier gilt das Pactum, sive sit dolus praeteritus sive futurus, weil derjenige, der wissentlich in eine Verkürzung williget, gar nicht sagen kann, daß er betrogen werde. Volenti enim non fit iniuria;

b) oder er weis nichts von dem Betrug, wenigstens weis er ihn nicht hinlänglich; hoc casu non valet renunciatio, quia nulla renunciatio ad non cogitata extendi potest — dies ist Regel.

§. 321. II. Damnum culposum — quod ex culpa est ortum.

Culpa (Fahrläßigkeit) est omissio diligentiae debitae. Das übrige kann füglich wegbleiben. Die Descriptiones culpae legales finden sich in L. 30. §. 3. ad Legem Aquiliam. et L. 25. §. 7. D. locati conducti. Die Beschreibungen gehen alle dahin, daß sie eine Handlung sey, bei welcher derjenige, der weder weis, noch will, daß die producirte Handlung daraus entsteht, an dem schuldigen Fleiße etwas ermangeln läst.

1) Muß also eine Schuldigkeit da seyn, Fleiß anzuwenden, denn: ubi nulla obligatio, ibi nulla culpa.
2) Vernachläßigung dieser Obligation,
3) jedoch ohne Vorsatz.

§. 322. Culpa und diligentia stehen also in genauster Verbindung. Culpa und diligentia haben ihre Grade. Conferatur Thomas. Diss. de culparum praestatione. Er zeigt, daß der Grade unzählig viele seyen. Weil es aber oft schwer zu bestimmen, welcher Grad statt finde, so nehmen die Rechtslehrer drei an, nämlich:

1) Summam diligentiam — den nur attentissimi patres anzuwenden pflegen: Z. E. wenn Harpax seinen eisernen Geldkasten mit sieben Schlössern verschliest, ihn unterm Bett am Fußboden anschraubt und die Schlüssel unterm Kopfküssen verwahrt.
2) Minimam diligentiam — den auch dissolutus homo — ein Liederlicher zu beobachten pflegt: Z. E. beim Ausgehen die Thüre zu verschliessen.

3) Mediam diligentiam — den jeder ordentliche Hausvater, der so das Mittel zwischen beiden hält, anwendet. Nun die Anwendung:

Culpa est omissio debitae diligentiae, et quidem

1) l. summae diligentiae — dies heist: culpa levissima,
2) l. minimae diligentiae — lata,
3) l. mediae — levis.

Allein niemals werden dadurch die Grade genau bestimmt. Inzwischen verdient nachgelesen zu werden der L. 213. §. 2. D. de Verborum significationibus. Die Legal-Definition von der culpa lata ist da sehr treffend; man versteht hier darunter, was man uns einen recht dummen Streich nennt. Culpa levis wird betrachtet:

a) in abstracto — wenn man z. E. auf einen ordentlichen Hausvater überhaupt sieht,
b) in concreto — wenn man auf den Fleis dieses oder jenes Hausvaters insbesondere sieht; hier ist culpa levis omissio debitae diligentiae in negotiis suis consuetae: Z. E. ich soll als ein Socius Gelder für die Compagnien ausleihen, und mache, daß sie verlohren gehen. Diligentia debita war hier, sie sicher anzulegen; dies hab ich nicht gethan, obligatus igitur sum ad resarciendum damnum.

§. 323. Praestare culpam heist: den Schaden ersetzen, der aus der Fahrlässigkeit entstanden ist. Confer. L. 1. §. 25. depositi et L. 12. §. 1. de Iure dotium. Hier giebt man nun die Regeln: Culpa lata aequiparatur dolo; damnum ergo resarciendum est in omni casu. Doch ist diese Regel nur in Civilibus, besonders bei Verträgen anzuwenden, nicht aber in Criminalibus, wo es auf den Grund der Moralität ankommt, und ausgemacht ist, daß da dolus einen weit höhern Grad der Moralität habe, als culpa lata. Conf. L. 7. D. ad legem Corneliam de Siccariis.

§. 324. Zur weitern Bestimmung, für welchen Grad der Schuld einer zu haften habe, geben die Rechtslehrer noch zwey Regeln:

1) Man sehe vor allen Dingen, was im Vertrag selbst ausgemacht worden.
2) Wenn praestatio culpae nicht im Vertrag bestimmt worden, so unterscheide man:

a) inter

a) inter obligationem faciendi. Dies ist, z. E. die Verbindlichkeit eines locatoris operarum, eines Baumeisters, eines Vormunds. Hier ist die Regel: culpa levis praestatur.

b) Inter obligationem dandi seu restituendi. Hier haben entweder beide Contrahenten aus dem Vertrag Vortheile, wie z. E. beim Kauf- oder Pfand-Contract; so müssen beide einander culpam levem praestiren; oder nur einer, so muß derjenige, welcher den Vortheil allein hat, culpam levissimam praestiren, der andere aber haftet nur pro culpa lata: Z. E. ich gebe einem pretiosa aufzuheben, ich leihe einem mein Cariole.

Doch diese Regeln leiden unterschiedene Ausnahmen:

1) Si quis sponte se negotio ingerit — (*negotio* — adde: scilicet tali, ubi sua sponte se non offerre solent homines) culpam levissimam praestet, et quidem indistincte; er mag Vortheil aus dem negotio haben, oder nicht. Zum Beispiel sey die Vormundschaft: Ratio legis duplex est:
   a) wenn sich einer obtrudirt, so kann es seyn, daß er einen bessern Mann verdrängt.
   b) Die Leges favorisiren den nicht, der sich sua sponte wozu anbietet, denn er hat die Vermuthung wider sich, daß er Profit aus dem Negotio haben will.
2) Si quis negotium suscipit, quod ex natura sua singularem et extraordinariam requirit diligentiam et peritiam: Z. E. Beim Arzt — ferner: wenn Caius sich anbietet, mir meine goldene Uhr zu repariren. Ex regula: Qui consentit in antecedens, consentit etiam in consequens, — er consentirt in alle Folgen seines facti.
3) Bei dem Precario kann nur culpa lata gefordert werden. *Precarium* — wenn man einem eine Sache aus Gefälligkeit überläßt, und zwar so, daß mirs frei steht, sie wieder zu fordern, wenns mir beliebt: Z. E. mein Corpus Iuris brauch ich täglich: du bittest mich darum, ich überlasse dirs, aber precario.

Hier wollen wir noch einige Zusätze machen:

1) die Gesetze gehen in der Lehre von der Praestatione culpae in civilibus nicht subiective, sondern obiective (oder wer lieber will: abstracte) zu Werke.
2) So oft wir finden, daß die Gesetze von diesen bisher vorgetragenen Grundsätzen eine Ausnahme machen, so müssen wir

wir den Gesetzen nachgehen; wir dürfen aber aus den Ausnahmen nicht analogisch schliesen, ob dies gleich aus den obigen Grundsätzen (§. 323—324.) geschehen kann und muß.

3) In der Lehre de societate muß die culpa nach den Gesetzen subiectivisch oder in concreto beurtheilt werden, und nicht in abstracto. Es wird also Rücksicht genommen, auf Lage, Geschicklichkeit, Ordnung ꝛc. Denn wenn ich einen Socium wähle, so nehme ich gewöhnlich auf obige Qualitäten Rücksicht.

Hieraus ergiebt sich, wie schwer es sey, den gradum culpae zu bestimmen, da beinahe alles ab arbitrio iudicis dependirt.

§. 325. III. *Casus* — (damnum casuale, quod ex casu ortum est.) *Casus* (Zufall) — zuweilen: Periculum zuweilen vis maior) ist eine unerwartete Begebenheit, deren Erfolg abzuwenden, nicht in unserer Gewalt steht. Wir sagen: deren Erfolg — denn dieser steht nicht in unserer Gewalt, obgleich bisweilen causa. Dieser Casus kommt manchmal her:

1) Ex vi divina — z. E. Hagel, Sturm, Blitz ꝛc. Und hier ist er:
   a) entweder solitus — ein ganz gewöhnlicher Zufall,
   b) oder insolitus — ein Zufall, der etwas ungewöhnlich ist, z. E. daß der Hagel die Halme abknickt,
   c) oder insolitissimus — ein Zufall, der bei Menschengedenken nicht vorgekommen ist: z. E. ein Wolkenbruch, oder der Hagelsturm, der 1778 in hiesiger Gegend einen ganzen Wald abstreifte.
2) Ex facto hominis: z. E. ein Schieferdecker fällt vom Dach und schlägt im Fallen eine alte Frau tod. Dieser gründet sich:
   a) entweder auf vorhergehende Schuld oder Fahrlässigkeit: z. E. ich schiese nach einem Vogel auf ein Strohdach, und das Gebäude geräth in Flammen; casus mixtus.
   b) Oder dies ist nicht: z. E. ein Jäger schießt, ohne es zu wissen, einen Wilddieb im Gebüsch, vor welchem das Reh vorbeirannte, — Casus merus s. mere talis.

Anmerkung: Wozu diese Distinction diene, wird im 327. §pho klar werden.

§. 326.

§. 326. Hier liegt die Distinction inter casum *mixtum* et *merum* zu Grunde; welcher letztere ex doctrina de culparum praestatione zu beurtheilen ist: ersterer (merus) aber ist mit Unterschied zu beurtheilen:

a) Praestare casum merum heißt: einen den Schaden ersetzen, der ex casu entstanden ist. Hic valet regula: Casum nemo praestat. ex L. 23. D. de regulis Iuris.

b) Sentire casum — den Schaden, der ex casu entstanden, tragen, und zwar in solchen Fällen, wo Niemand ihn zu ersetzen verbunden ist. Der Casus betrift hier:

1) entweder eine Person: Z. E. Ich hätte ein Collegium zu lesen versprochen, würde aber krank. Hier ist die Regel: Casum sentit persona, quam tangit. und zwar indistincte gilt dies von beiden Contrahenten, dem Lehrer und den Zuhörern.

2) Oder eine Sache: Z. E. der Blitz schlägt ein, zündet und das Haus brennt ab. Hier ist ein Unterschied zu machen: Res

a) aut alteri ex pacto danda erat; hier gilt die Regel: Casum sentit dominus, nicht: sondern diese: casum sentit is, cui res debetur: Z. E. ich habe mein Haus verkauft, auf Michaelis hab ichs zu räumen versprochen, es brennt aber vorher vom Blitz entzündet ab.

b) aut non; ergo *aut* res erat ex pacto restituenda: z. E. ich miethe ein Pferd und es krepirt auf dem Weg ohne meine Schuld. — Casum sentit dominus; *aut* nec danda, nec restituenda: z. E. mein Haus brennt ab — Casum sentit dominus.

Conferatur Reichardti Diss. de Casu obligationem tollente.

§. 327. Die Regel: Casum nemo sentit, leidet folgende Ausnahme, nämlich: wenn sich einer den Casum zu tragen verbindet.

Da sind nun aber verschiedene Rechtslehrer, die da behaupten, derjenige, welcher sich anheischig gemacht hat, den Casum zu tragen, ist nur ad praestationem casus soliti, nicht aber insoliti et insolitissimi obligirt. Hieher gehören Leyser, Wernher, Struben und Carpzov. Sie gründen sich auf den Legem 78. D. de contrah. emt. venditione.

Allein

Allein das Gegentheil behauptet, und hat bewiesen Eberhardt Otto in Diss. de praestatione casuum solitorum, insolitorum et insolitissimorum. Und dieser Meynung sind auch wir zugethan, denn

1) der allegirte Lex 78. gehört gar nicht hieher, und
2) wer Unglücksfälle generaliter übernimmt, der übernimmt auch die einzelne Species, die sub hoc genere begriffen sind.

§. 328. Schaden kann entstehen per moram. Mora — Aufschub, Verzug — est iniusta rei peragendae dilatio. Ergo non omnis dilatio iniusta est, sed ea tantum, quae fit ex iniusta causa. Conferatur L. 21. D. de Usuris et fructibus. Die Mora besteht:

1) entweder darinn, daß ein Schuldner zu gehöriger Zeit nicht Zahlung leistet. Zahlung heist im Iure so viel als: Erfüllung der Verbindlichkeit. Diese heist: Mora debitoris s. mora solvendi: z. E. ich habe accordirt, der Baumeister soll mir in drei Wochen einen Bogengang im Garten herstellen. Thut ers nicht bis dahin, so ist er in mora debendi.
2) Oder darinn, daß ein Gläubiger die ihm angebothene Zahlung ohne hinlänglichen Grund verweigert. Diese heist: Mora creditoris s. mora accipiendi: z. E. der Gläubiger macht Chicane, da ich ihm sein Geld zu rechter Zeit, am gehörigen Ort ꝛc. wieder heimzahlen will. Wenn er es nicht annimmt, so ist er in mora accipiendi.

§. 329. Die Frage: wie die Mora entsteht? kann nur mit einer Distinction beantwortet werden. Distinguendum ergo:

I. inter moram debitoris. Diese wird uns in L. 23. D. de Usuris auf eine gedoppelte Weise vorgestellt, nämlich:

1) als mora ex re, i. e. si ex legis dispositione dum nata est obligatio, mora quoque adest: z. E. beim Dieb, beim Räuber läst sich das gedenken, so bald sie mich bestohlen, sind sie als Debitores morosi zu betrachten.
2) als mora ex persona, quae oritur ex interpellatione, i. e. Ermahnung, Erinnerung, Klage, daß einer bezahlen soll. Die Interpellatio ist wieder:
   a) l. vera, quae a creditore actu fit. Diese findet statt, wo kein Zahlungstermin bestimmt worden: z. E. Ich will

will dich zahlen, so bald es mir möglich ist. Hier ist der Debitor nicht in mora, bis ich ihn erinnert habe. Extraiudicialis interpellatio vero sufficit. Ab hoc momento an, muß er mir Verzugszinnsen zahlen.

b) l. ficta, quae fingitur per legem. Z. E. wenn ein Zahlungstermin per pactum bestimmt ist. Hier gilt die Regel: Dies interpellat pro homine. Der Zahlungstermin kann auch per legem bestimmt seyn: Z. E. der Steuertag.

II. Inter moram creditoris. Hier ist nöthig: legitima oblatio.

1) Oblatio - est actus, quo debitor creditori aliquid exhibet, i. e. sistit et monstrat eo fine, ut creditor oblatum accipiat: Z. E. ich bin 100 Rthlr. schuldig, der Zahlungstermin ist da, ich komme mit dem Geldsack auf des Creditoris Stube, zähl' es vor und er nimmts nicht an — so ist er in mora.

2) Legitima oblatio muß sie seyn. Hierzu ist nöthig:
   a) daß ich integrum debitum offerire,
   b) ihm, dem Creditori selbst, nicht seinem Procurator etc.
   c) oblatio muß realiter geschehen, i. e. nicht blos mit Worten, sondern man muß das Geld vorzeigen und aufzählen,
   d) in debita qualitate,
   e) loco et tempore conuento.

§. 330. Bei den Effectibus morae muß wieder distinguirt werden:

I. Wenn der Debitor in mora ist, da sind die Effectus folgende:

1) Obligatio perpetuatur, i. e. die Verbindlichkeit dauert fort in einem Fall, wo sie sonst erloschen wäre.

2) Mora inducit obligationem ad usuras et fructus, wo man sonst nicht Zinnsen zu geben schuldig ist: Z. E. ich borge Dir sechs Louisd'or auf vier Wochen ohne Zinnsen. Die Zeit ist vorbei und Du hast mich nicht bezahlt, nun fangen die Verzugszinnsen an.

3) Periculum in debitorem morosum transfertur. Periculum est damnum, quod ex casu fortuito ortum est. Doch distinguirt man hier:
   a) inter moram nocuam, i. e. eam, ex qua damnum pro-

profluit; hier muß der Debitor morosus das Periculum tragen;

b) et inter moram innocuam — das Oppositum; da ist er nicht schuldig das Periculum zu tragen. Jedoch muß er beweisen, daß die mora innocua sey.

4) Negotium interdum ob moram corruit, Interdum, i. e.

a) Wenn es so verabredet worden ist: Z. E. Ich sage, wenn Du mir binnen acht Tagen nicht 100 Bäume zum Setzen in meinen Garten liefersi, so kann ich sie nicht mehr nehmen.

b) Wenn mir die Sache durch den Verzug unnütz geworden: z. E. der Schneider bringt mir das Kleid nach der Hochzeit.

5) Rei aestumatio augetur, i. e. wenn eine Sache nicht zu gehöriger Zeit praestirt wird, und der Preis der Waare fällt; so kann der Creditor so viel verlangen, als die Sache vorhin gegolten. Ratio: Wenn der Debitor die Sache zur rechten Zeit praestirt hätte, so hätte der Creditor den Vortheil gehabt, sie um den vorigen hohen Preis zu verkaufen, folglich muß ihm jetzt dieser Schade ersetzt werden.

II. Wenn der Creditor in mora versirt, so sind die Effectus:

1) Der Schuldner wird von der Verbindlichkeit, Verzugszinnsen zu bezahlen, a momento oblationis legitimae frei. Doch ist dieß nur von dem Fall zu verstehen, wenn die Verzugszinnsen noch nicht angefangen haben. Deswegen setzten wir hinzu — a momento oblationis legitimae. Der Grund ist, weil mit diesem Moment die mora hinfällt. Conferatur Cuiacius ad L. 122. de verborum obligationibus.

2) Periculum rei transfertur in creditorem. Jedoch wird der Schuldner nicht a custodia befreit, i. e. er darf ihm nicht etwa nur die Sache ins Haus werfen, sondern wenn er a custodia frei werden will, so muß er:

α) rem mobilem gerichtlich deponiren,

β) rem immobilem praevia denunciatione derelinquiren.

III. Wenn beide in mora versiren. Hier gilt die Regel: Mora posterior nocet. Ratio: quia per moram novam prior purgatur, ideo semper ultima mora attenditur. Conferatur L. 17. D. de pericul. et commod. rei venditae.

§. 331.

§. 331. Mora wirkt Verbindlichkeit. Die Verbindlichkeit aber, die aus dem Verzug entsteht, ist keine Obligatio principalis, sondern nur accessoria. Denn das Negotium ist die Hauptsache und die Mora Nebensache, folglich auch die Obligatio. Deswegen ist uns keine besondere Klage ad effectus morae consequendos in den LL. gegeben. Man muß also diejenige anstellen, quae competit ex negotio principali. Z. E. Caius hat mir die 500 Rthl. für meinen Garten schon im vorigen Jahr zu bezahlen versprochen, aber noch nicht bezahlt, er ist also in mora solvendi, und mir kommt keine andere Klage, als die Actio emti venditi zu. Conferatur L. 4. C. depositi et L. 8. D. de eo, quod certo loco, et L. 13. C. de usuris. Wenn diese Klage erloschen, habe ich keine mehr, meine effectus morae zu erreichen. Patet hoc etiam ex regula: corruente principali, corruit accessorium.

Cautelae:

1) Daß ein Gläubiger die Schuld nicht quittiren darf, wenn er noch Verzugszinnsen prätendiren will, wenigstens nicht ohne Vorbehalt derselben; denn wenn ich ihn quittire, corruit principale, ergo habe ich auch keine Klage mehr ex principali, ergo auch nicht ex accessorio.

2) Daß man ein Urtheil, worinnen uns Verzugszinnsen nicht zugesprochen worden, nicht rechtskräftig werden lasse, sondern gleich ein Remedium, z. E. die Appellation, dagegen einwende. Z. E. Der Richter spricht auf meine Klage gegen Caium, daß er mir mein fünf Jahr schuldiges Legat von 1000 Rthl. gleich auszahlen soll, aber er erwehnt nichts von Verzugszinnsen.

§. 332. Wer dem andern sein Pactum nicht hält, ist ihm zur Schadensersetzung, ad id quod interest, s. Interesse verbunden.

Id quod interest, est quantitas damni, quod sentio ex facto alterius iniusto. Die Defin. legal. Vid. in L. 13. D. rat. rem. hab. etc.

Quanti ea res est, heißt: verum rei pretium s. pretium, quod res in se spectata habet.

Id quod interest — kann mehr unter sich begreifen.

§. 333. I. Interesse dispescitur intuitu causae. Hier ist es so verschieden, als das factum iniustum, wodurch mir

ein Schaden zugefügt worden. Daher giebt es Interesse ex dolo, ex culpa, ex casu et ex casu mixto. Die Praestatio des Interesse ist nach eben den Principiis zu beurtheilen, wie oben die Praestatio doli etc.

Conferatur §. 319. 324. 329 et 330.

1) Ratione comprehensionis. Da ist es so verschieden als der Schaden, mithin Interesse damni emergentis et damni privativi s. lucri cessantis. Beides ist in der Regel unter: Id quod interest zu verstehen.

Qu. Wie wird die Quantitas bestimmt? Rsp. Es kann seyn, daß sie entweder per pactum bestimmt worden: z. E. Sempronius verkauft mir Güter. Es wird mir gesagt, sie gehörten nicht sein: ich halte ihm dies vor und er antwortet mir: dafür sollte ich ihn sorgen lassen. Ich aber will keine Weitläuftigkeit, und setze fest, wie viel er mir bezahlen soll, er geht es ein und wir bestimmen also noch einmal soviel; so muß er mir auch soviel prästiren, im Fall mir das Haus abgestritten wird. Oder das ist nicht; Hier ist das arbitrium iudicis die einzige Bestimmung. Er kann aber nicht eher arbitriren, bis der Laesus seinen Schaden bescheinigt, i. e. summarisch bewiesen hat; kein strenger Beweis ist nicht erforderlich.

Conf. Leyf. Spec. 250. med. 5.

Diese Bescheinigung caeteris paribus kann auch per iuramentum (Würderungseid) in litem geschehen.

2) Er muß das pretium ad aestumationem communem bestimmen.

3) Verordnet der L. unica C. de sententia pro eo quod interest, in casu, qui certam quantitatem habet, soll das pretium nicht dupli quantitatem excedere, i. e. nicht über das alterum tantum sich belaufen. Sed disceptant Pragmatici, an haec lex in usu sit, nec ne. Die mehresten behaupten, quod non!

Conferatur Wernher Diss. de usuris per modum Interesse ultra alterum tantum non exigendis. Wittemberg. 1711. Strauch ad L. unicam C. allegatam. Wittemberg. 1651.

§. 334. Conventiones werden eingetheilt:

1) in simplices s. puras, h. e. ubi nulla circumstantia adiecta est, a qua dependeat valor et efficacia pacti, et

2) ad-

2) adiectionem habentes — das oppositum.

Conventiones *purae* in dubio praesumuntur. Ratio: weil die Anhänge (z. E. modi, dies etc.) niemals praesumirt werden.

Die Regel davon ist die: Dies statim cedit et venit.

1) *Cedit*, i. e. ius et obligatio adest.

2) *Venit*, i. e. exercitium iuris et actio locum habet. Ergo: so bald ein pactum purum geschlossen worden, so findet auf Seiten der Paciscenten ius et obligatio statt, aber auch exercitium iuris et actio etc. z. E. Du borgst von mir 20 Luisd'or und versprichst sie bis Michaelis wieder zu bezahlen. So bald du das Geld hast: dies cedit; sed nondum venit, i. e, ich kann mein ius auf dich nicht eher exerciren, als bis Michaelis gekommen ist.

Jedoch, sagt Hellfeld — müsse dem Schuldner eine Frist ex aequitate bestimmt werden, *quia* nemo statim cum sacco paratus esse potest; z. E. 4—6 Wochen.

§. 335. II) Conventiones adiectionem habentes. Dazu gehören:

A. Die pacta sub die.

Dies, (i. e. tempus). Pactum sub die, ubi relatio fit ad tempus quoddam: z. E. Wenn ich Geld borge und verspreche es in 10 Jahren wieder zu bezahlen. Dies est

1) entweder ein Terminus ad quem, i. e. eine solche Zeit, welche die Dauer einer Verbindlichkeit bestimmt: z. E. bis ins 14. Jahr soll der Stuprator seinem Kind die Alimenta reichen. Hier gilt die Regel: Dies statim cedit ac venit. Wenn jedoch der Terminus ad quem verlaufen ist, ist auch die Obligatio erloschen.

2) Oder der Dies ist ein Terminus a quo pacto adiectus, i. e. eine Zeit wo die Verbindlichkeit des Promissoris in Erfüllung gebracht werden soll, oder wo der Promissarius sein Ius soll exerciren können: z. E. ich verkaufe mein Haus und bedinge mir ein, daß ich befugt seyn soll, es nach 10. Jahren wieder um eben das Geld zu kaufen. Dies ist

a) entweder ein Dies certus, i. e. dies, de quo constat: quod et quando exstiturus sit. Hier gilt die Regel: Dies quidem statim cedit, sed non venit ante existen-

tem terminum, hic autem prorsus elapsus esse debet.

b) Oder Dies incertus Davon wird §. 338. in fine gehandelt.

§. 336. Zu den Pactis adiectionem habentibus gehören auch:

B) Pacta sub modo.

Modus ist eine Clausel, welche wohlthätigen Handlungen beigefügt wird, um demjenigen, dem die Wohlthat erwiesen wird, vorzuschreiben, daß er etwas thun oder lassen soll. Warum denn nur bei Wohlthätigen? Rsp. Weil sich sonst niemand bei andern Handlungen, die keine wohlthätigen sind, den modum vorschreiben lassen wird: z. E. ich schenke einem 1000 Rthl. damit er nach Italien reisen soll. Drei Sätze giebt Hellfeld davon an:

1) Modus non suspendit obligationem — derjenige, der mir etwas versprochen, muß sein Versprechen gleich erfüllen. Daher gilt die Regel: dies statim cedit ac venit. Rat. weil ja der eine Pacisens das, was ihm versprochen worden, zu etwas verwenden soll.

2) Obligat. conventam servare regulam. Jedoch vorausgesetzt, daß einer ein Interesse habe, den Modum nicht zu erfüllen. Man kann die Exception opponiren: Tua non interest.

3) Modus est instar conditionis resolutivae, i. e. der Modus hat die Natur und Eigenschaft, daß wenn er nicht erfüllt wird, sogleich das Pactum aufgehoben wird. Hierauf ist zu antworten: hoc non concedi potest. Wenigstens in der Regel hebt der Modus non impletus das Pactum nicht auf. Klagen kann ich wohl, ut modus impleatur, aber das Pactum kann ich nicht aufheben. Dies ist die Natur aller Verträge, daß der andere nicht gleich abgehen kann. ꝛc.

Conferatur Meister Diss. de eo, quod inter conditionem resolutivam et modum interest. Goetting. 1768.

§. 337. Zu den Pactis adiectionem habentibus gehören auch noch:

C. Pacta sub conditione.

Conditio ist, wenn einer Willenserklärung die ausdrückliche Einschränkung beigefügt wird, daß ihre Gültigkeit oder Ungül

Ungültigkeit von einer ungewissen künftigen Begebenheit abhängen soll.

Dasjenige nun, was von der Gültigkeit, oder Ungültigkeit einer Willenserklärung abhängen soll, ist nun wieder

1) bald perfectio negotii: z. E. ich habe einem Mädchen versprochen, daß ich es heurathen will, wenn ich Burgermeister zu Erlang würde. Von dieser perfectione negotii hängt also die Gültigkeit meines Versprechens ab. Es kann mich also nicht zwingen, sie zu heurathen, wenn ich nicht Burgermeister an besagtem Orte werde. Dies ist Conditio suspensiva. Oder

2) Resolutio negotii: z. E. ich habe etwas an einen schlechten Käufer hinschlagen müssen, jedoch aber unter der Bedingung, daß es mir in Jahr und Tagen frey stehen soll vom Kauf wieder abzugehen, wenn mir einer mehr dafür geben will. Dies ist Conditio resolutiva. —

I. Was die cond. resolutivam betrift, so entsteht sogleich aus dem Pacto, so bald es zur Richtigkeit gekommen, ius et obligatio perfecta; Dies ergo statim cedit et venit. Das Ius ist nur temporarium, welches existente conditione extinguirt. Wenn aber die Bedingung nicht existirt, so wird das Ius emtoris perpetuum.

II. Was die conditionem suspensivam betrift, so müssen wir drei Fälle distinguiren:

1) Der erste Fall: Si pendet conditio, i. e. wenn es noch ungewiß ist, ob die Conditio existent werde oder nicht. Hier findet statt:

a) Ius, ad quod promissum est, futurum sive eventuale: z. E. ich habe gewettet: um 10 Louisd'or, es wird Friede mit den Türken ꝛc. Der andere — es wird nicht Friede. Beide haben hier ein Ius futurum sive eventuale. So lange es aber noch nicht entschieden ist, daß es zwischen den drei Kaiserhöfen Friede, oder nicht Friede wird — pendet conditio und keiner kann etwas verlangen. Ius eventuale nennen die Römer: Spem debitum iri.

b) Pendente conditione ist also das Exercitium iuris nicht wirksam. Jedoch auch nicht ganz unwirksam; denn die Paciscenten müssen

α) den Ausgang der Sache abwarten, und dürfen

β) nicht poenitiren, auch

γ) nichts unternehmen, was dem Pacto entgegen wäre.

c) Ja dies Ius futurum geht auch auf die Erben über.

2) Der zweite Fall: si existit conditio, i. e. wenn sie sich ereignet: z. E. wenn es Friede wird. Hier findet statt:

a) Ius quaesitum ad id, quod erat promissum.

b) Conditio existens, retrotrahitur ad tempus initii, i. e. das Pactum ist jetzt so anzusehen, als wenn es gleich Anfangs ohne Bedingung (pure) geschlossen worden wäre. Wenn daher einer die Bedingung zu seinem Faveur hindern will, so schadet dies dem Pacto nichts: z. E. ich habe einem Mädchen versprochen, daß ich es heurathen würde, wenn ich Doctor würde. Ich schicke mich auch mit allem Fleis dazu an und qualificire mich, daß ich jetzt das Versprechen habe diese Dignitaet zu erhalten. Nun aber brauch ich Geld dazu und sie will mir nichts geben. Qu. Kann sie durch diese Weigerung das Pactum annihiliren? Rsp. Minime!

Diese Materie hat auch in der Lehre von der Verpfändung großen Einfluß, wie aus einem Beispiel evident werden soll. Wenn z. E. mir ein Debitor sein Haus den 1. März sub conditione quadam verpfändet; den zweyten eiusd. das nämliche Haus an einen andern pure gleichermaßen verpfändet hat, und den sechsten März wird die conditio existent; so bekomme ich nun zwar die wahre Hypothek später, aber — conditio existens retrotrahitur ad tempus initii; also ist es so gut, als hätte ich die Hypothek schon den ersten März bekommen, mithin gehe ich dem andern vor.

3) Der dritte Fall: Si deficit conditio, i. e. wenn es gewiß ist, daß eine Bedingung nicht mehr existent wird: z. E. ich sage: Si navis mea intra annum redierit, dabo tibi centum. Nun aber ist das Schif noch nicht da, obgleich das Jahr zu Ende ist; ius extinguitur, pactum corruit.

§. 338. Man theilt auch die Conditiones ein in possibiles et impossibiles; obgleich diese Eintheilung keinen logikalischen Grund mehr hat, und überdies conditio impossibilis ein pactum purum macht.

Daß die Verträge unter möglichen Bedingungen eingegangen werden können, ist keinem Zweifel unterworfen.

Con-

Conditiones impossibiles vulgo definiunt per eas, quae existentes fieri nequeunt. Impossibile soll aber existiren:

1) entweder tanquam affirmative tale: z. E. ich gebe dir 1000 Rthl. wenn du eine Reise in den Mond thust. Davon die Regel: Eiusmodi conditio vitiat pactum. Man sieht aus der Bedingung, daß man hat scherzen wollen. Doch — quod probe notandum — in der Lehre de ultimis voluntatibus ists anders.

2) Oder tanquam impossibile negative tale: z. E. ich will Dich heurathen, wenn Du nicht unsterblich seyn wirst. Hievon die Regel: conditio pro non adiecta habenda est. Doch ist es anders, wenn es naturaliter, (§. 7.) anders, wenn es moraliter impossibile ist. Diese Conditio hat vim conditionis resolutivae: z. E. Ich gebe Dir 100 Dukaten, wenn Du Deinen Freund Lederer nicht umbringst. Qu. Darfst Du das Geld fordern, wenn Du den Lederer leben lässest? Rsp. Nein! denn Du begiengst eine Schande, weil Du schon naturaliter verbunden warst, ihn leben zu lassen.

Dies incertus pacto adiectus habendus est pro conditione suspensiva — sagt Hellfeld. Jedoch gilt dies nicht indistincte. Es kann seyn, daß

1) beides ungewis ist, nämlich: an et quando exstiturus sit — hier ist er pro conditione suspensiva zu halten. Es kann aber auch seyn, daß

2) nur eins von beiden ungewis ist, und zwar

a) nur die Frage: an exstiturus sit: z. E. meine Frau soll jährlich 50 Rthl. Pension haben, wenn ich 50 Jahr docirt habe — hier ist er wieder pro conditione suspensiva zu halten. Aber wenn

b) nur ungewis ist: quando exstiturus sit? — hier ist der dies incertus für keine Bedingung zu halten, sed eiusmodi dies incertus actionem tantum moratur.

§. 339. Die Verträge können nicht blos von einer und der andern, sondern auch von mehrern Personen eingegangen werden. Hier gilt die Regel: Plures debitores tenentur pro rata, plures creditores acquirunt pro rata. Doch leidet diese Regel Ausnahmen:

1) Wenn de re individua tantum die Rede ist: z. E. wir kaufen ein Pferd miteinander.

2) Wenn correalis obligatio vorhanden ist, i. e. eine Verbindlichkeit, die mehrere so angeht, daß einer wie alle betrachtet werden kann. Die Correi sind hier
a) entweder Debitores — Correalitas passiva. Da stellt jeder alle vor, i. e. ich kann jeden angreifen und von ihm die ganze Summe praetendiren.
b) oder Creditores — Correalitas activa.

Die Correi — bei welchen correalis obligatio statt findet — sind:
1) entweder correi debendi, i. e. qui eandem rem in solidum debent. Regula:
a) Jeder muß in solidum haften.
b) Uno solvente liberantur reliqui.
2) oder Correi credendi — quibus eadem res in solidum debetur. Reg.
a) Jeder ist das Solidum zu fordern berechtigt, mithin kann die Exceptio plurium Interessentium nicht vorgeschützt werden.
b) Wenn einer das Solidum erhalten hat, können die übrigen nichts fordern.

Correalis obligatio entsteht nicht nur ex pacto, sondern auch zuweilen ex lege. Hievon merke: Plures delinquentes tenentur in solidum. Doch ist die Frage, ob auch die Regel gilt in Ansehung der Untersuchungskosten? Dies zergliedert sehr schön: *Wernher* parte 8. observ. 456. und *Gemlin* und *Elsaeser* in ihren iuristischen Beobachtungen, im 4ten Band. Anders ist die Praxis bei der Kammer, die sucht die Inquisitions-Kosten indistincte auf einen zu schieben, wenn die Codelinquenten nicht zahlen können; anders die Praxis der Facultisten: die sprechen, daß jeder nur so viel zu zahlen habe, als er bewürkt hat. Wenn einer nicht kann, so fällt dies auf die Iurisdiction, wenn der Codelinquent nicht an den Kosten Schuld ist.

§. 340. De modis pacta corroborandi. Hiezu gehören:
I) Poenae conventionales, welche auf den Fall beliebt worden, wenn einer sein Versprechen nicht erfüllt hat. Sie sind gedoppelt. Sie werden bestimmt:
1) Auf den Fall, wenn einer sein Versprechen nicht zu rechter Zeit erfüllt. Hier ist die poena conventionalis als eine poena morae anzusehen, mithin kann sie auch nur

nur gefordert werden, wenn der Promissor in mora ist, und zwar loco eius, quod interest: Z. E. Wenn mir der Baumeister bis den ersten Mai meinen Pavillon im Garten nicht verfertigt, ob er es gleich versprochen hat. Mein Ius bleibt dabei demohngeachtet in salvo, i. e. er muß sein Versprechen doch erfüllen.

2) Auch auf den Fall, wenn einer sein Versprechen gar nicht erfüllt. Hier ist die poena conventionalis
   a) entweder in Favorem debitoris verabredet worden; hier wirkt sie eine alternativische Verbindlichkeit der Schuld, i. e. entweder muß der Baumeister sein Versprechen erfüllen, oder mir die poenam conventionalem erlegen. Dieser Fall wird aber nicht praesumirt, sondern er muß deutlich verabredet worden seyn; denn nach der Natur des Vertrags hab ich ein Ius perfectum, von dem andern zu fordern, daß er leiste, was er mir versprochen hat.
   b) Oder in favorem creditoris. Dieser Fall wird in dubio praesumirt. Der Effect ist, daß sie die Stelle des Id, quod interest vertritt.
      α) Wenn dolo l. culpa promissoris das Versprechen gar nicht erfüllt worden;
      β) wenn ob moram debitoris die Erfüllung des Versprechens dem andern unnütz wird.

§. 341. II. Der Eidschwur — Iuramentum promissorium. Dies ist derjenige Eid, durch welchen man dem andern die Erfüllung des Versprechens zusichert. Hier sind zwei Fälle zu distinguiren: das Versprechen kann:

1) ein gültiges Versprechen seyn, z. E. Sponsio valida. Hier wirkt der Eid eine Obligationem accessoriam, (denn die principalis ist schon ex pacto da) i. e. daß man durch ihn noch stärker verbunden wird. Obligatio accessoria also richtet sich nach der Hauptverbindlichkeit; ergo darf jene auch nicht weiter extendirt werden, als diese reicht, ex regula: Accessorium sequitur suum principale, it. corruente principali corruit etiam accessorium Iuramenti promissorii.

2) Es kann aber auch ein ungültiges Versprechen seyn. So ist es ungültig,
   a) entweder ob defectum in consensu. Regel: Hier ist

der Eidschwur null. Z. E. Ein Räuber fällt mich an, und zwingt mich ihm zu schwören, daß ich ihm Morgen 100 Rthl. an Ort und Stelle bringen will. Die Kanonisten fordern hier zwar relaxationem, bei uns aber ist sie nicht nöthig.

b) oder — quia est contra leges. Hier muß wieder ein Unterschied gemacht werden:

α) aut contra legem prohibitivam: z. E. ein Räuber hätte mich eidlich verbunden, jemand dolose zu tödten; hier gilt der Eid nichts, ad impossibilia enim nemo potest cogi. Mord aber ist ein moraliter impossibile.

β) aut non; hier muß der Schwörende die Verbindlichkeit erfüllen: Z. E. Mulier fideiubens, wenn sie geschworen hat. Ratio: weil der Eidschwur dem Schwörenden entgegen steht, daß er die Nichtigkeit der Handlung nicht anfechten kann. Die Regel ist aus dem Iure Canonico hergenommen: Omnia Iuramenta servanda sunt, quae salva aeterna salute servari possunt.

Anmerk. Einem Tertio kann der Schwur nichts praeiudiciren. Wenn also ein Filiusfamilias dem SCto Macedoniano eidlich entsagt, so praeiudicirt der Eid dem Vater nichts.

§. 342. III. Die Verbürgung.
IV. Pfand und Hypothek.
V. Die Wechselverbindlichkeit.
VI. Die Clausula commissoria.
VII. Die Clausula constituti possessorii.
VIII. Der Handschlag.
IX. Obstagium — die Einlagerung. Wovon hier und da das Nöthige weiter unten vorkommen wird.

§. 343. Qu. Quale sit hoc ius, ex pacto? Rsp. Es ist

1) Ein Ius personale nach der Regel; aber es giebt Ausnahmen, wenn das Negotium so beschaffen ist, daß ius reale per traditionem nicht constituirt werden kann, und die Absicht der Paciscenten gleichwohl ist, ein ius reale auf einander zu transferiren; — so entsteht auch ex pacto ein

ein ius reale. Ex. de Servitutibus negativis, i. e. solchen, die in omittendo bestehen: Z. E. ich hätte hier einen überaus schönen Prospect, und mein Nachbar will mir ihn verbauen; ich gebe ihm ein Stück Geld, daß er das unterlassen soll. Dies *Ius* kann ja mir nicht übergeben werden, aber gleichwohl durch das bloße *Pactum acquirir* ich ein *Ius reale*, weil es nicht per modum ordinarium, i. e. per traditionem transferirt werden kann. So auch bei der Hypothek: wenn ich einem meine Uhr verschreibe, (und sie in der Tasche behalte) so hat er doch ein ius reale von dem Augenblick an, da ich das Geld darauf bekommen habe. Er kann es also auch contra quemcunque exerciren.

2) Ein ius ad heredes transitorium. Keineswegs kommt es aber einem Tertio zu, ausser in gewissen Fällen, nämlich:

a) wenn ein Mandatarius ex mandato ad ius acquirendum an mich abgeht.

b) wenn der Vormund des Pupillen, im Nahmen des Pupillen, ein pactum schließt.

c) wenn das Pactum namentlich auf personam tertii gerichtet wird: Z. E. ein Tertius sagt mir, daß er ein Pferd von der und jener Qualität zum Gespann wünschte. Ich verreise, und von ohngefähr stößt mir ein solches Pferd auf. Ich kaufe es, und schreibs dem Tertio: hier ratihabirt der Tertius entweder das Pactum; da bleibt es dabei, er hat ein Ius acquirirt: Oder dies ist nicht; hier acquirirt er auch kein Ius aufs Pferd. In diesem Fall können die Paciscenten wieder vom Pacto abgehen, weil der Tertius nicht ratihabiren will. Aber der Promissor kann einseitig von dem Pacto nicht abgehen. Contra Bayer: in Diss. de iure ex acceptatione promissi ab altero facta. Widerlegt hat ihn Wernher parte 1. Observ. 182. Leyser spec. 519. med. 4.

§. 344. Pacta facit consensus, inde scriptura essentialiter non requiritur, sed fit tamen interdum, quia hominum memoria est labilis: Daher hat der schriftliche Aufsatz nur Effectum probationis, jedoch auf die Art, daß Probatio contrarii (wie bei allen Urkunden) statt findet. Mithin kann

kann exceptio rei aliter scriptae, quam gestae vorgeschützt werden. Manchmal sind aber die Aufsätze dubiös, sie sind daher so zu interpretiren: die Pacta sind entweder so beschaffen, daß einer vor dem andern ein gewisses Recht haben will; hier gilt die Regel: interpretatio contra eum facienda, qui clarius loqui debuisset. — Dies ist derjenige, der sich etwas im Contract bedungen hat: Z. E. im Pacto de retrovendendo bei der emtione venditione: oder daß beide Theile Vortheile aus dem Contract haben wollen. Hier gilt die Regel: interpretatio contra eum facienda, qui verba concepit; rat. denn er hätte deutlicher reden können und sollen. *Cautela*: Bei Pactis läßt man daher lieber den Aufsatz per tertium machen. Doch ist mit allem nicht viel gesagt; es läßt sich durch allgemeine Regeln nichts bestimmen. Wie selten ist es, daß die Contrahenten selbst die Aufsätze machen. Bei Kleinigkeiten wohl, aber nicht in wichtigen Angelegenheiten. Merke daher: wo der Venditor im Kaufcontract im Singulari spricht, muß er deutlich reden, wenn er nicht in praesumtionem doli kommen will, interpretatio contra eum itaque facienda. Doch ist auch hier wieder nichts omnimode bestimmt. Die Regeln sind wohl gut, aber sie erschöpfen die Sache nicht. Es dependirt demnach die Interpretatio beinahe ganz ab arbitrio iudicis.

LIB. II. TIT. XV.

De Transactionibus.

§. 345. Transactio (Vergleich, Pflegung der Auseinandersetzung, gütliche Auseinandersetzung.) est conventa decisio litis facta utrinque quadam remissione, S. onerosomodo, i. e. so daß ein jeder von beiden Theilen was nachläßt. Hellfeld sagt: der Hauptcharakter sey conventio, allein hier ist es decisio. — Zu einem Vergleich ist also erforderlich:

1) ein Pactum,
2) res dubia s. lis, i. e. ubi ab utraque parte aliquid statuitur circa ius suum. Gleichviel ist es, ob dieser Lis schon existirt oder imminirt, auch gleichviel, ob der Zweifel — Factum oder Ius betrift.

3) De-

3) Decisio litis —
4) Der Vergleich muß so geschehen, daß jeder Theil von seinen Forderungen etwas nachläßt. Darinn unterscheidet sich Transactio von der amicabili compositione. Hiebei ist zu merken: Transactio ist kein solches Geschäft, das immer von andern ganz unterschieden seyn müßte, denn es leidet alle Formen. Es kann Stipulatio, Pactum nudum, Contractus innominatus, Iuramenti delatio, es kann alles seyn.

§. 346. Transactio fit per pactum. Was also bei Verträgen Rechtens ist, daß ist auch bei Transactionibus in der Regel Rechtens, mithin werden
1) Schriftliche Aufsätze nicht wesentlich erfordert, ob es gleich rathsam ist, daß sie schriftlich verabfaßt und beschworen werden. a) Verabfaßt — des Beweises wegen. b) Beschworen, weil derjenige, der einen beschwornen Transact nicht hält, cum infamia bestraft wird.
2) Wie dolus pacta ungültig macht, so macht er auch den Vergleich ungültig; also:
3) Derjenige, der durch falsche Urkunden zu einem Vergleich verleitet worden, kann wie vom pacto ob dolum causam dantem wieder abgehen. Z. E. ich habe eine Forderung am Caio von 500 Rthl. und er zeigt mir eine falsche Quittung ꝛc. die meines Vaters Hand sehr ähnlich sieht; ich vergleiche mich daher mit ihm, weil doch seine Schuld nicht aus meines Vaters Rechenbuche ausgestrichen ist; er gehts ein, und giebt mir 250 statt 500. Nachher kommts heraus, daß es eine falsche Quittung war, die er mir vorzeigte, der Vergleich ist also null. Es verschlägt nichts, ob einer durch falsche Urkunden oder Instrumentis dolose celatis zum Vergleich verleitet worden: Z. E. nach meines Vaters Tod lasse ich meine Briefschaften durch Sempronium in Ordnung bringen und er maust mir eine Quittung weg, in welcher steht, daß er meinem Vater 500 Rthl. schuldig sey. ꝛc. wie vor ꝛc.

§. 347. Die Vergleiche sind, ex supra dictis, ob vim et metum ungültig, und Hellfeld sagt: quamvis Iudex coegerit, denn kein Richter hat die Gewalt, die Partheien zum Vergleich zu zwingen, im Gegentheil setzt er sich einem Inju-

Injurienproceß aus. Harpprecht dissentirt in diss. de transactione imperata; Stryck und Brunnemann sind eben der Meynung. Der in der Note allegirte Heimburg hat sie aber umständlich widerlegt. Harpprecht sagt, in manchen Fällen sey der Richter dazu befugt:

1) wenn ein Scandalum aus dem lite zu besorgen wäre.
2) Wenn zween Ministri in Proceß gekommen wären, an welcher Person dem Staat viel liegt.
3) Wenn eine Sache geringfügig wäre, und der Richter voraus sehe, daß die Partheien durch einen Vergleich mehr gewinnen würden.
4) Wenn zu befürchten wäre, daß die Parheien ad arma kommen möchten.

Gegengründe:

a) Ein erzwungener Vergleich ist dem Wesen des Vergleichs zuwider.
b) Nirgendwo ist dem Richter die Gewalt in LL. zuerkannt.
c) In den Fällen, die die Gegner anführen, ist es zum Theil nicht nöthig, daß man die Vergleiche erzwingt: z. E. wenn die Partheien über eine geringfügige Sache streiten wollen. Man hat ein anderes Mittel, nämlich, daß der Richter lieber gleich decidirt und jeden sagt: ob er Recht oder unrecht habe. Zum Theil gehört die Sache vor den Regenten, nämlich, wenn das gemeine Beste erfordert, dem Proceß seinen ordentlichen Lauf nicht zu lassen. Der Regent könnte hier besser zu solchen auserordentlichen Mitteln des Machtspruchs greifen.

Struben hat dies in seinen rechtlichen Bedenken. Part. 4. N. 49. herrlich ausgeführt.

§. 348. In diesem §. ist die Frage enthalten: Ob und in wie weit Error den Vergleich ungültig mache? Und hierauf ist mit einem Unterschied zu antworten: der Error ist

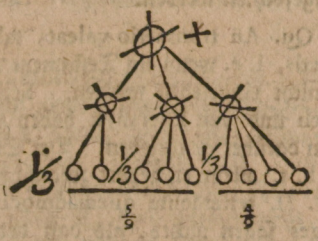
1) entweder ex dolo alicuius transigentis entstanden; hier macht der Error den Vergleich ungültig; denn der Fall ist ganz nach der Lehre de dolo zu beurtheilen.
2) Oder es kann keinem Transigenten dolus circa errorem vorgeworfen werden, aber der Error ist doch so beschaffen:
a) ut errore sublato inter transigentem et me lis sublata sit; hier macht der Irrthum den Vergleich abermals

mals ungültig, weil ein wesentliches Stück des Vergleichs, i. e. causa dubia mangelt. Hier sind folgende drei Fälle zu merken:

α) Wenn beide Transigenten an ganz verschiedene Dinge gedacht haben: Z. E. Caius praetendirt die Triftgerechtigkeit auf der Wiese neben A, und ich auf der Wiese neben W.

β) Wenn die Sache, worüber der Streit entstanden, gar nicht existirt, oder doch so existirt, daß kein Streit darüber seyn kann: Z. E. Ich bekomme Nachricht von einem Freund, daß mein Vetter in Ostindien tod sey. Ich und noch einer streiten nun, von wem die Erbschaft in Holland zu heben sey. Wir vergleichen uns endlich und reisen beide hin; hören aber, daß der Herr Vetter noch vollkommen gesund sey.

γ) Wenn super errore calculi gestritten, und transigirt worden. Doch ist hier noch ein Unterschied, wir wollen uns die Sache so vorstellen:



Wenn hier die Successio in capita zu Grunde gelegt, und darüber transigirt worden, so kann der Vergleich umgestossen werden, denn es ist duplex error da, und in der Hauptsache darf durchaus kein Irrthum liegen, wohl aber in dem Erfolg; wenn aber blos super errore calculi transigirt worden wäre, so kann der Vergleich nicht mehr angefochten werden, und wenn auch der eine Transigent die besten Documente aufbringen könnte.

b) Es kann aber auch seyn, daß die Aufhebung des Irrthums den Streit selbst noch nicht aufhebt; hier gilt die Regel: error non nocet transactioni. Sie gilt aber hauptsächlich nur in dem Fall, wenn der eine Tran-

Transigent von seinem unbezweifelten Recht etwas remittirt hat, weil er tempore transactionis nicht genug davon informirt war: Z. E. Wir vergleichen uns über die Grenzen einer Trifftgerechtigkeit, weil wir sie beide nicht recht beweisen können, und consentiren also wissentlich in errorem.

Hellfeld sagt: der Error sey voluntarius, und deswegen müsse der Vergleich gelten. Allein der Grund ist nicht befriedigend, denn homo sanae mentis non errat. Der Grund liegt besser in der Natur des Vergleichs. Denn in dem Zeitpunkt, wo der Vergleich geschlossen worden, läßt sich in Absicht auf das Ius transigentis kein Irrthum gedenken. Das Ius transigentium muß dubiös gewesen seyn, das ist richtig. Aber wenn einer in der Folge bessere Nachrichten von seinem Iure bekommt, so kann der Proceß dadurch nicht resuscitirt werden, denn er ist nun lis decisa. Daraus folgt:

Daß Vergleiche ex instrumentis noviter repertis nicht angefochten werden können. Es kann auch res iudicata dadurch nicht angefochten werden.

§. 349. Qu. An transactio valeat, tabulis testamenti nondum inspectis, i. e. wenn ein Testament von den Transigenten noch nicht eingesehen worden. Schulting, Crell, Breuning, Bach und van Eversdyk haben auser den in der Note allegirten darüber geschrieben. Der Streit gründet sich auf L. 6. D. h. t. allein er gehört zusammen mit dem L. 1. princ. et §. 1. D. testamenta quemadmodum aperiantur. Die beiden Leges sagen nichts, als daß derjenige ein Narr sey, der sich vergleicht, ehe das Testament eröfnet worden.

Decisio: die Transigenten wissen entweder den Innhalt des Testaments; hier können sie sich sine dubio vergleichen; oder sie wissen ihn nicht; hier kann der Vergleich nicht gelten, ausgenommen:

a) Wenn die Transigenten es nicht wissen, daß eines da ist, und supponiren: quicquid sit.
b) Wenn sie's wissen, daß eines da ist, aber darauf Verzicht thun und sagen: es möge drinnen stehen, was wolle.

§. 350. Transactio supponit rem dubiam seu litem. Daraus folgt: daß post rem iudicatam, wenn kein Lis mehr

mehr da ist, kein Vergleich mehr statt finden könne. Conf. L. 32. C. h. t. Allein aus dem L. 11. D. h. t. ergiebt sich doch, daß diese Regel mit der Einschränkung verstanden werden müsse: wenn alles durch die rem iudicatam mit Zuverlässigkeit entschieden worden ist. Daraus erhellet, daß es dennoch Fälle giebt, wo post rem iudicatam ein Vergleich eingegangen werden kann, nämlich:

1) wenn die Frage vorfällt und bezweifelt wird: An res iudicata adsit. Der Fall kommt oft vor, wenn die Acten in iudicio verlohren gegangen.
2) Wenn bezweifelt wird: daß res iudicata sey.
3) Wenn sich bei der Execution neue Streitigkeiten hervor thun: Z. E. Ich habe einen Rechtshandel bei dem Reichs-Hofrath mit einem ansehnlichen Statu imperii, der sehr beträchtlich ist. Die Sentenz wird gesprochen, der Reichsstand soll mir binnen $\frac{1}{4}$ Jahr 200000 fl. bezahlen. Er thuts nicht, ich dringe auf Execution, diese wird einen andern Reichsstand übertragen, der und alle andere verbitten sich die Execution. Was soll ich machen? das beste ist, ich vergleiche mich, wenn gleich alles liquid ist.

§. 351. Transactio est decisio litis. Diese Eigenschaft hat der Vergleich gemein mit der re iudicata, (dem Rechtskräftigen Urtheil.) Daher die Regel: Transactiones habent effectum rei iudicatae. Daraus folgt: daß aus dem Vergleich gleich auf die Execution nachgesucht werden kann, und keine Sentenz nöthig ist; doch vorausgesetzt, daß der Vergleich nicht geläugnet werden kann; geläugnet werden aber kann er nicht, so bald er gerichtlich protocollirt ist.

Qu. Kann ich denn also auch nicht ob laesionem enormem s. enormissimam vom Vergleich wieder abgehen? oder ihn aufheben?

Rsp. Nein! denn deswegen verglich ich mich, damit, weil ich die Sache nicht untersucht haben wollte, ein Ius permanens et incertum für mich daraus entstehen sollte. Will ich nicht laedirt seyn, so kann ich mir ja sententiam iudicis erbitten, und solche erwarten. Dies wollte ich aber nicht; ergo. —

Anders ists zwar bei der Emtione venditione; aber bei Transactionibus geht dies nicht an. Conf. L. 78. D. ad

ICtum Trebell. In diesem Lege kommt laesio enormissima vor, und doch soll nicht gehört werden. Der L. ist deutlich — also hört alle Kritik auf.

Walch. in Iure Controv. ist auch der Meynung; aber Wernher und Carpzov. p. 2. Const. 34. und Stryck in Cautel. Contractuum S. 3. p. 7. behaupten das Gegentheil.

§. 352. De Personis, quae transigere possunt et non possunt. Reg.

Qui alienare et de re sua libere disponere possunt, possunt quoque transigere. Ratio: weil beide Theile etwas remittiren müssen. Remissio vero est alienatio; ergo etc.

1) Vormünder können über das Vermögen des Pupillen sich nicht vergleichen.

De immobilibus transigere non possunt, nisi decretum de re alienandi a magistratu adsit. Doch nicht indistincte ist diese Regel anzunehmen; denn wenn der Vergleich so geschlossen wird, daß der Pupill das Immobile behält und nur ein gewisses Stück Geld herausgiebt, so braucht er kein Decret, wenn er anders Pflichtmäßig handelt und den Pupillen nicht verkürzt.

2) Auch Procuratores nicht, wo sie nicht ein speciale mandatum von ihren Patronis haben, i. e. eine Vollmacht, die ausdrücklich und namentlich darauf geht, daß sie die Handlung unternehmen sollen. Ratio: denn sie dürfen keinen Actum magni momenti für sich verrichten; und das ist einer.

3) Ein Vater kann nicht über das Peculium seiner Kinder transigiren. Nach dem L. 8. §. 4. C. de bonis, quae liberis — darf ers thun, ad necessitatem et utilitatem, sonst aber niemals.

4) Qu. Ob ein Syndicus — und ein Ehemann über die Paraphernalia seiner Frau transigiren könne? Conf. de hac re: Leyser Spec. 46. med. 4 et 11.

§. 353. Es giebt verschiedene Sachen, worüber man sich nicht vergleichen kann:

1) Ueber solche Sachen, wodurch das Band der Ehe ganz getrennt wird. Das Verbot siehe im Capit. 11. X. hoc tit. Die Protestanten streiten, ob das Capit. bei uns statt finde. Allein es ist vergebens. Denn die Dispositiones

sitiones des Iur. Can. finden allerdings bei uns noch statt, wenn sie auf andern guten Gründen mit beruhen. Conf. Grübner de his, quae ex iure Protest. patrimoniali perperam ad reliquias sacramenti referuntur etc. ein wichtiges Scriptum. Und dann erforderts schon das Interesse des Staats, daß man nicht zugiebt, daß die Ehen pro lubitu getrennt werden dürfen.

Doch behaupten die Neuern gleichwohl, daß diese Transactiones gelten, wenn sie sub auctoritate des Consistorii geschlossen würden. Conf. Leyser Spec. 74. med. 5. et Hommel in Rhapsodia etc. Doch ist das, was jetzt docirt worden, nicht auf die Sponsalia anzuwenden, denn diese dürfen selbst nach dem Iur. Can. durch einen Vergleich getrennt werden.

2) Auch nicht über Alimenta. Rat. salus publica kann dabei in Gefahr kommen. In I. antiquo war es nicht verboten. Aber Divus Marcus (Antoninus) hat es verboten. L. 8. D. h. t. Er sagt: sine magistratus consensu soll es nicht geschehen. Also die Obrigkeit muß drein willigen, jedoch nur unter drei Einschränkungen:
   a) Wenn de alimentis futuris transigirt wird. Diese Einschränkungen ergeben sich auch ex ratione legis: denn Alimenta sollen ja zum Lebensunterhalt dienen, non autem vivitur in praeteritum, sed in futurum, ergo etiam non alitur in praeteritum, alitur in futurum.
   b) Behaupten die Juristen, es wäre dies nur zu verstehen von Alimentis testamento relictis. Denn der L. 8. D. h. t. redet ausdrücklich von alimentis relictis; er ist lex correctoria, er muß also strictissime interpretirt werden. Conf. Gundling de transaction. stabilit. etc. N. 15. seq.
   c) Daß es nicht statt findet, wo der Alimentandus seinen Zustand vermindert, sondern nur, wo er ihn meliorirt.
3) Kann auch nicht schlechterdings transigirt werden über Delicta.

Es kann hier transigirt werden, entweder über Satisfactionem publicam, d. i. die Strafe, womit der Deliquent dem Staat büsen muß. Darüber kann nicht transigirt werden, es ist kein ius privatorum. Ja nach dem I. Germ. wurden diejenigen, welche hierüber

transigirten, pro confessis et convictis gehalten. Dies ist wohl bei uns nicht, aber es ist doch das allergrößte Iudicium da, daß einer des Delicti schuldig sey; oder über Satisfactionem privatam, da gehts an.

§. 354. Transactio requirit remissionem ab utraque parte. Dies erhellet ex L. 38. C. h. t.

1) Ubi ergo remissio deficit, ibi non est transactio. Jedoch kann man nicht gleich behaupten, daß das ganze Negotium ungültig sey; wenns kein Vergleich ist, so kanns doch ein Pactum remissorium seyn, wenn nämlich nur einer seinen Iuribus renuncirt.

2) Es kommt nicht immer auf eine Gleichheit an, bei dem, was die Transigenten remittiren.

3) Ja es besteht auch der Vergleich, wenn der eine Transigent gar keinen Grund von seiner Remission weiß: z. E. es wäre ihm eine Stelle in den LL. dubiis; er vergleicht sich also lieber. Nachher erfährt, oder sieht er ein, daß er vollkommen Recht hat. Qu. Hindert dies etwas? Rsp. Minime! Transactio transiit in rem iudicati; sufficit, quod lis inter transigentes dubiumque aliquod ius adfuerit.

Conf. L. 65. §. 1. de condictione indebiti et L. 2. C. h. t. et Walch. Diss. de transact. propter timorem litis interpositae. Ien. 1766. Doch wird vorausgesetzt, daß der eine Transigent nicht ex calumnia transigirt habe. *Ex calumnia*, i. e. wenn er weiß, daß er nichts zu fordern hat, denn das ist dolus, ab dolum kann der Vergleich nichts gelten.

§. 355. Transactionis effectus est effectus rei iudicatae. Daraus folgt: daß aus Transactionibus ein ius perfectum et firmissimum entsteht. Daraus ist ferner zu schliesen:

1) Also darf niemanden sein ex transactione wohlerlangtes Recht genommen werden, nicht einmal vom Principe.

2) Kein Theil darf einseitig von dem Vergleich abgehen; rat. quia pacta sunt servanda.

3) Die Contraventiones des einen Theils berechtigen den andern Transigenten nicht, vom Vergleich abzugehen. Bei freien Völkern ist dies zwar erlaubt, aber in unsern Staa-

Staaten inter privatos nicht; weil Privati in wohleingerichteten Staaten sich selbst nicht Recht sprechen, also auch nicht Untreue mit Untreue erwiedern dürfen. Denn dazu sind die Iudicia und Actiones. Wenn also der andere den Vergleich nicht hält, so kann ich klagen, a) entweder auf Erfüllung, b) oder auf — id quod interest.

Ausnamen hievon:

a) wenn dem Vergleich vielleicht die Clausula Cassatoria beigefügt worden, i. e. wenn der andere ihn nicht erfüllt, er auch nicht daran gebunden seyn wolle.

b) wenn die Contravention von der Beschaffenheit ist, daß der Grund ganz wegfällt, warum ich mich verglichen habe: Z. E. ein Mädgen macht jetzt, da mein Vater tod ist, Ansprüche, um ihn nun nicht zu beschimpfen, gebe ich ihr 400 Rthl. Sie nimmt das Geld, macht die Sache in der Folge aber gleichwohl public, nun fordere ich meine 400 Rthl. wieder.

Anmerk. Die Transactiones würken wie die Pacta nur ein ius inter transigentes; also können sie einem Tertio nichts schaden und nichts helfen; es sey denn, daß Tertius ein Ius daraus erlangt hätte.

§. 356. Die Contraventio des einen berechtigt den andern nicht von dem Vergleich abzugehen. Doch giebt es Fälle, wo der Vergleich aufgehoben werden kann:

1) Mutuo dissensu. Es versteht sich, daß beide Theile wieder in statum pristinum versetzt werden müssen.

2) Wenn der Transaction das pactum displicentiae angehängt worden. Das *Pactum displicentiae* ist dies, nach welchem einem frei stehet, binnen einer gewissen Zeit wieder vom Pacto abzugehen.

3) Können auch Minores Restitutionem in integrum suchen gegen den Vergleich, in welchem sie verkürzt worden. Deswegen sollte man sich lieber gar nicht mit minoribus einlassen, denn in einzelnen Fällen entspringt öfters eine Unbilligkeit daraus. Ich kann 6 Wochen älter seyn, als der Minor und der Minor übersieht mich doch an List und Verschlagenheit. Ihm kommt nun die Restitutio I. I. ob lubricum Iudicium zu, und mir — nichts. Dies Recht, sagt Hellfeld, hätten auch diejenigen, die gleiche

Rechte mit den minoribus hätten: Z. E. die Kirchen, furiosi, mentecapti etc.

4) Qu. Ob Maiores von dem Vergleich abgehen können, wenn sie über die Hälfte durch den Vergleich verkürzt worden? Rsp. Sec. Ius Roman. Nein! *Conf. L. 78. §. ult. D. ad SCtum Trebell.* In der heutigen Praxi aber wird es zugelassen, wiewohl mit Unrecht.

Conf. Abel de rescissione transactionis in genere quam in specie respectu laesionis enormis. Erlang. 1785. Eine gut geschriebene Diss. ob man gleich nicht aus dem Titel sieht, daß der Autor die Rescision ganz läugnet.

Minime vero etc. Diese Anmerkung will dieses sagen: daß Vergleiche sub praetextu specierum noviter repertarum nicht angefochten werden können. *Species* h. l. singula corpora s. individua. *Noviter repertae* — sind sie, wenn man sie tempore transactionis nicht gewußt, sondern, wenn sie erst in der Folge zum Vorschein kamen. Hier besteht der Vergleich, aber dem Transigenten steht frei, deswegen eine besondere Klage anzustellen: Z. E. wir finden nach dem Vergleich in der Erbschaft noch eine Dactiliothec von besonderm Werth. Ein besonderes Beispiel siehe noch im Leyser. Spec. 46. Med. 11.

§. 357. Vergleiche müssen:

1) stricte interpretirt,

2) nicht ad non cogitata extendirt werden: Z. E. ich vergleiche mich über eine Erbschaft, die ich durch ein noch verschlossenes Testament erhalten soll — und nachher findet sich auch noch ein Codicill. Conf. L. 12. D. h. t. Hellfeld sagt: es schadet auch nichts, wenn der Vergleich in terminis generalibus abgefaßt worden.

Conf. Schilteri exercitat. ad D. Exerc. 9. in fine — wo ein Beispiel steht, das diesen Satz sehr schön erläutert.

LIB. III. TIT. I.

De Postulando.

§. 358. *Postulare* hat zwar mehrere Bedeutungen im Iure, aber h. l. heißt es so viel, als: *desiderium suum in iudicio exponere.* Postuliren kann einer entweder für sich selbst

selbst; dies kann jeder, der nur geschickt ist, vor Gericht zu erscheinen; oder in nomine alieno, dies ist das Officium der Procuratoren und Advocaten.

§. 359. *Advocati* sunt Iurium periti, quibus per leges permissum est, pro aliis postulare. Der Name kommt her, ab ad — et vocare, quia advocati sunt ad defendendum seu orandam causam. Sie sind gewissermassen an die Stelle der Patronorum succedirt, die Romulus schon eingeführt hatte: daher der Name: Patronus causae, causidicus, Orator und der, dem sie dienen, Client.

Advocati tantummodo assistunt negotiis, i. e. causas orant et verba pro aliis faciunt, ist entweder zu allen und jeden Geschäften des Patroni berufen, und zwar so, ut dominus litis officiatur eumque repraesentet, cuius nomine litigatur; hier heist er: Procurator universalis; oder nur zu einem und dem andern Geschäft — particularis.

§. 360. Daß die Advocaten nützlich und nothwendig sind, behauptet Hellfeld daher:

1) weil ein großer Theil von Bürgern die Gabe nicht hat, seine Sache vor Gericht vorzutragen, welches oft macht, daß er in iustissima causa succumbirt.
2) weil wir doch einmal noch immer fremde Rechte in Deutschland haben. L. 14. C. de advocatis diversorum iudiciorum — enthält das Lob der Advocaten, zu ihrem Trost eingerückt von Leone et Anthemio.

Hieraus folgt:

1) daß es niemand verwehrt werden darf, sich eines Advocaten zu bedienen.
2) Vielmehr ist der Richter ex officio zuweilen verbunden, den Leuten einen Advocaten zu geben, oder vorzuschlagen; zuweilen, d. i. wenn sie so unwissend sind, daß der Richter sieht, sie werden ihre Sache verliehren. Der Richter legts ihnen auf: bei Verlust der Restitutionis in integrum. Das ist das Zwangsmittel.
3) Soll der Iudex verhindern, daß nicht alle geschickte Advocaten dem einen Theil allein dienen.

§. 361. Advocaten werden in publicos und privatos eingetheilt ex duplici fundamento:

a) in Absicht auf die Verordnung ist derjenige publicus, der publica auctoritate dazu constituirt worden. Also: vom Landesherrn, oder von einem Collegio, das den Landesherrn repraesentirt. Im Gegentheil ist er privatus. Dieser Unterschied ist im Iur. Romano nicht gegründet, denn dort geschah es nur honoris gratia und umsonst. Aber in den mehresten Provinzen in Deutschland ist der Unterschied. (In Reichsstädten, auch hie und da im Ritterschaftlichen nicht.) Der Candidatus Iuris muß examinirt seyn, und eine specielle Erlaubniß haben. Und es ist gut, daß dies so ist, wir würden sonst der ungeschickten und boshaften Advocaten noch weit mehr haben. Unterschied zwischen den publicis et privatis.

1) Publici stehen im officio publico, sie haben daher auch dignitatem quandam cum officio coniunctam. Dies findet bei privatis nicht statt. Publici

2) werden ferner in Sachsen und andern Landen mehr in ordinarios et extraordinarios eingetheilt. Ordinarius ist der zur bestimmten Zahl gehört. Extraordinarius so viel als Supernumerarius.

b) in Absicht auf die Sache, worinn der Advocat dient. Die Sache betrift entweder den Staat; hier heist er Advocatus publicus ratione causae, und ist eben der, welcher sonst Fiscal genennt wird, und besondere Privilegia hat, die Leyser Spec. 49 und 50. umständlich aufgezeichnet hat; oder sie betrift den Staat nicht; hier heist er Advocatus privatus s. is, qui causam curat privatam. Die Advocati fisci werden auch Scherzweise Diaboli regis genennt. Sie sind wichtige Personen, und haben oft mehr Besoldung als Regierungs-Räthe. Sie heissen auch: Kammer-Assessores, Kammer-Fiscales und haben dafür zu sorgen, daß dem Fisco nichts entzogen, im Gegentheil sein Gehalt immer erhöht werde. Ein wichtiges, aber auch beschwerliches Amt, wozu nicht jeder taugt. Er führt auch die Processe des Fisci, doch übergiebt sie der Fürst häufig einem ganzem Collegio, weil der Fiscal so genug zu thun hat.

§. 362. In den mehresten Landen dürfen nur diejenigen advociren, die publica auctoritate das Recht dazu haben.

haben. Diese stehen im officio publico, ergo können sie als advocati publici gezwungen werden, denen zu dienen, die ihren Beistand verlangen. Die Zwangsmittel sind: Strafbefehle. (mandata poenalia) Dies sind Geldstrafen, können sie solche nicht bezahlen, so werden sie mit der Remotione a praxi bedroht.

(*Et. adversus magistratus*) — weil da der Client seines Beistandes am ersten bedarf. *Cautela*: die Advocaten sind daher nicht schuldig in ihren Advocateneid mit einrücken zu lassen, daß sie nicht wider die Obrigekit dienen wollen, denn das ist just ihre wichtigste Pflicht. Haben sie aber geschworen, so versteht sich es ohnehin, daß sie den Eid nicht brechen dürfen.

§. 363. Die Fähigkeit eines Advokaten ist:

I. l. naturalis. Diese muß er haben,

1) in Absicht auf seine Leibesbeschaffenheit. Er darf nicht taub, oder stumm seyn, denn er kann ja keinen mündlichen Vortrag thun, der im summarischen Proceß so gewöhnlich ist. Secundum Ius Romanum auch nicht blind, denn im L. 1. §. 5. D. h. t. steht die Ratio: quia coecus insignia magistratus videre et revereri non potest. Diese Ratio fällt zwar hodie weg, aber es tritt dafür die ein: er kann die Urkunden nicht inspiciren. Conf. Knorrii Diss. de praetore et iudice pedaneo. Cap. 2. §. 30. Dieser behauptet, daß sie hodie advociren dürften.

2) In Absicht auf die nöthigen Rechtswissenschaften. Dahin gehört:

α) sowohl Theorie, besonders im Proceß,

β) als Praxis.

II. l. civilis. Deswegen sollen nicht advociren:

1) Minores,

2) Clerici.

Jedoch ist in Ansehung beider ein Unterschied zu machen. Was 1) die Minores anlangt, so fordert das römische Recht, das sie 17 Jahre alt seyn sollen. Denn da waren die Römer gewohnt, die togam virilem anzuziehen, und das war aetas munerum capax. Das Ius Canonicum hingegen fordert Cap. 5. §. 3. de procuratoribus in VIto das 25. Jahr. Bei uns giebts Verehrer des kanonischen, und Verehrer des römischen Rechts. Was aber 2) die Clericos

anbetrift, so erlaubt ihnen das Ius Canonicum, a) pro ecclesia, b) pro consanguineis und c) pro personis miserabilibus zu advociren. Doch kommt dieser Fall bei uns nicht so häufig, als bei den Katholiken vor.

Nach unserer Meynung statuirt Carpzov und Leyser mit Recht, daß in dieser Lehre das Ius Canonicum den Vorzug habe, weil sie eine Materie ist, die mit zum Proceß gehört. Jedoch wenn ein Minor publica auctoritate das Recht bekommen hat zu advociren, so kann man ihm die Exceptionem inhabilitatis nicht entgegen setzen.

§. 364. Ferner ist das Advociren verboten:

1) den *mulieribus*. Ulpianus spricht von einer Weibsperson im allegirten Lege, Namens Calburnia, welche dem Praetor zu ungestüm im Postuliren begegnete, daß er es schlechterdings allen und jeden Weibspersonen untersagte. Leyser beschuldigt hier Spec. 51. med. 7 et 8. den Ulpian eines Fehlers, weil schon vorher den foeminis das Postuliren verboten war. Allein es kann ihnen Ausnahmsweise erlaubt gewesen seyn. Leyser geht also zu weit und Bynkershoek hat in seinen Observationen immer Recht.

2) Infamibus. Allein
L. 1. §. 8. D. h. t. sagt: Infames sollen nur pro se postuliren, und der §. 11. Inst. de exceptionibus sagt, daß sie auch sonst admittirt werden könnten.

Diese Gesetze scheinen sich zu contradiciren. Qu. Wie sind sie zu vereinigen? Rsp. Mit dem Unterschied: Die Infamie ist

a) entweder offenbar, kundbar; hier kann der Infamis weder Advocat noch Procurator seyn. Wir sagen mit Fleis: weder Advokat noch Procurator; denn viele wollen hier einen ungegründeten Unterschied machen, welcher auf keine Weise angeht.

b) Oder altioris indaginis; hier ist er nach dem §. 11. Inst. de exceptionibus zu admittiren. Rat. ne, dum de infamia disceptatur, lis ipsa iusto longius distrahatur.

3) Potentioribus. Potentiores sunt, qui terrere, primere et opprimere possunt, i. e. vor denen sich der Richter fürchten muß.

4) *Iudi-*

4) *Iudicibus et arbitris* in Sachen, worin sie vorher ein Urtheil in contrarium gesprochen haben; denn es ist die Chicane zu offenbar.

§. 365. Die Pflicht eines Advokaten ist, seinem Clienten mit möglichster Treue und Fleis zu dienen.

a) Mit Treue. Er muß sich also jeder Betrügerei enthalten, keinen Verräther abgeben, verschwieger seyn, und den Clienten allein berathen.

b) Mit Fleis. Hier entsteht die Frage: welchen gradum diligentiae muß er anwenden? Rsp. Bei obligationibus faciendi praestirt man sonst diligentiam mediam, also hier auch, folglich ist er culpam levem zu praestiren schuldig. Doch excipe: ubi in re artis versatur, i. e. wenns auf Kenntnis und Wissenschaft in den Rechten ankommt — exactissimam diligentiam praestet: z. E. Wenn er fatalia versäumt, nicht gehörig allegirt, da muß er culpam levissimam praestiren.

§. 366. 1) Advokaten dürfen offenbar ungerechte Sachen nicht übernehmen, auch müssen sie die übernommenen wieder abgeben, wenn sie die Ungerechtigkeit wahrnehmen. Denn sonst handeln sie wider Pflicht und Gewissen. Aber schwer ist es oft zu bestimmen, was Causa iniusta sey; denn wenn die Causa nur einigermaßen probable ist, so ist sie iusta.

2) Advocati — a conviciis abstineant. Kurz sie sollen nicht schimpfen; denn es ist ein Delictum und die Hauptsache bleibt dabei liegen. Doch ist es eine Ausnahme, wenns der Text mit sich bringt. Dieser Fall kann leicht kommen: z. E. es wird ein Zeuge aufgeführt, der ein Spitzbube ist. Hiebei aber muß er verba in factum temperare, i. e. alle harte Ausdrücke vermeiden. Schimpft der Advokat, so kann ihn jeder Richter, der Advokat mag unter ihm stehen oder nicht, mit einer gewissen Strafe belegen. Ja er kann es, und wenn sich der Advokat auch an ihm selbst durch Schimpfen versündiget hätte; denn hier defendirt er nicht sich, sondern sein Amt und folglich kann die Exception: daß er in propria causa sich das Recht spreche, nicht statt finden.

§. 367.

§. 367. Advokaten dürfen nicht beiden Theilen dienen — das heist im Iure: praevaricari.

Praevaricari:

1) *in genere:* si quis diversam partem prodita causa clientis sui adiuvat. Diese Definit. steht im L. 4. §. 4. D. de his, qui infamia notantur:

2) *in specie*: si accusator in publico iudicio cum reo, prodita causa, colludit, ut hic absolvatur, i. e. wenn der Accusator mit dem Accusato colludirt, um ihn von der Strafe zu befreien. Hierauf ist nach dem Articulo 15. der peinlichen Halsgerichtsordnung, der Advokat an Pranger zu stellen und mit dem Staupbesen des Landes zu verweisen. In praxi aber wird das Crimen praevaricationis mit Geldstrafe oder höchstens mit der Remotione a praxi bestraft. (In Leipzig muste ein Advokat in einem ziemlich wichtigen Fall 15 Rthl. bezahlen).

§. 368. Die Advokaten sollen bei dem Dienst ihrer Clienten möglichsten Fleis anwenden, daher Irrthümer so viel als möglich bei ihren Vorträgen vermeiden. Wenn aber einer begangen worden, so ist es

1) entweder ein *error in iure*; diesen soll der *Iudex ex officio* verbessern. Conferatur L. unica Codicis; ut quae desunt advocatis partium iudex suppleat. Es heist darinnen: supplere et proferre debet iudex, quod sciat legibus et iuri publico convenire. — Für schlechte Advokaten ist dieser Lex also ein wahrer Trost.

2) Oder ein *error in facto*. Dieser kann widerrufen werden usque ad rem iudicatam mithin auch post sententiam nach dem L. 3. C. de errore advocat.

Die Revocation wird nur drei Tage gestattet a momento erroris.

§. 369. Nemo gratis bonus. Deswegen ist auch der Advokat berechtigt für seine Bemühung ein Honorarium zu fordern. Bei den Römern war es per legem Cinciam anfangs verboten. Causarum patroni nec donum nec munus capere debent. Nachher kam es auf, sub Claudio. Der L. 1. §. 10. et 12. de extraordinariis cognitionibus sagt dies ganz deutlich. Bei uns ist es noch mehr unbezweifelt, daß es der Advokat fordern könne. Hellfeld sagt sogar, auch wenn der Proceß verlohren gegangen. Und es ist auch recht, denn

denn es kann ohne alle Schuld des Advokaten der Proceſs verlohren gehen, weil ihn ſein Client nicht genug informirt oder ihn gar belügt. Freilich aber iſt es ein anders, wenn er durch ſeine eigene Schuld verlohren geht: z. E. wenn er die Fatalia verſäumt, nicht gehörig excipirt etc.

§. 370. Qu. Wie viel können ſie verlangen?

Riſp. Es kommt auf den Unterſchied an: ob der Client ſich mit ihm per pactum darüber vereinigt hat, oder ob dies nicht iſt.

Im erſten Fall, wenn er ſich mit ihm darüber vereinigt hat, gehts nach dem Pacto. Ubi enim pactum, ibi ius, vorausgeſetzt: daß es kein Pactum illicitum ſey und alſo

1) kein Pactum de quota litis, d. i. ein ſolcher Vertrag, in welchem ſich der Advokat einen Theil deſſen, was erſtritten wird, ausmacht: z. E. das Drittheil, die Hälfte ꝛc. Ein ſolches Pactum iſt verboten:
   a) einmal, daß der Advokat nicht veranlaßt werde, alle Chikanen anzuwenden, um obzuſiegen,
   b) ſodann, damit ungeſchickte Leute nicht zu ſolchen Verträgen genöthigt werden, nach welchen die Advokaten-Arbeiten übermäſig belohnt werden müſſen.
2) Kein Pactum palmarium, i. e. Pactum, quo praemium advocato in caſum victoriae promiſſum eſt.

Conferatur Struben in rechtlichen Bedenken P. 1. Nr. 104. Da ſind Urthel pro und contra angeführt. Denn es iſt ſtrittig, ob dies Pactum palmarium im Iure communi verboten ſey, oder nicht. In der Sächſiſchen Proceßordnung iſts verboten. In dem L. 7. D. mandati höchſtwahrſcheinlich auch, und die Gründe, die vorhin bei dem Pacto de quota litis angeführt worden, ſind hier völlig anwendbar.

Im zweiten Fall — muß der Advokat ſein Verdienſt und zwar Poſt für Poſt liquidiren: z. E. 1) ein Klaglibell 1 Rthl. 2) Nr. I. Actorum 30 Kreuzer. 3) Nr. II. Actorum 45 Kreuzer ꝛc. (NB. Dies hat man zu merken: die Poſten müſſen immer mit Hinſicht auf die Acten angeſetzt werden).

Verlangt der Advokat zu viel, ſo moderirt der Richter entweder nach einer gewiſſen Taxordnung; oder wo die nicht iſt, ex arbitrio. Aber — quod probe notandum — nicht

nach

nach Bogen, sondern nach Fleis, Geschicklichkeit und wahrem Verdienst.

§. 371. Die Advokaten können sich mit dem Clienten auf zweierlei Weise über das Honorarium vereinigen.

1) Per aversionem kann es ihnen versprochen werden: z. E. für den ganzen Proceß überhaupt 50 — bis 60 und noch mehr Rthl. Hier kann der Advokat nicht eher das Honorarium praetendiren, als der Proces geendigt ist; sonst kann man ihm die Exceptionem non adimpleti contractus vorschützen. Divis vero: Wenn er aber gar nicht zu Ende geht? Respondeo: Dies geschieht:
   1) aut culpa advocati, — habeat hic sibi advocatus;
   2) aut culpa clientis, hier muß er ihm sein Honorarium ganz bezahlen;
   3) aut casu — Hier kann der Advokat sein Honorarium *pro rata* praetendiren: z. E. halb, $\frac{1}{3}$ Verhältnismäsig.
2) Per modum annui salarii. (Da stehen sich die Advokaten gut in Reichsstädten). Hier kann er es praetendiren, er mag viel oder wenig gearbeitet haben. Ja es können es auch die Erben fordern, wenn er unter dem Jahr stirbt, weils bei allen Salariis so ist. Doch zweifeln einige hier.

§. 372. Rechtsmittel der Advokaten ihre Honoraria et Salaria zu erlangen.

1) Das *Remedium retentionis*, i. e. daß er die Privat-Acten, Urkunden ꝛc. so lange zurück behalten kann, bis ihn der Client bezahlt hat. Allein wenn diese nicht wichtig sind, siehts mißlich aus, daher ist das zweyte Remedium:
2) *Actio.* Eine förmliche Klage ist nicht erforderlich. Imploratio ist hinlänglich. Ja es findet auch ein ganz summarischer Proces statt, i. e. processus executivus. Warum aber?
   Rsp. — Weil der Advokat
   a) seine Forderungen in continenti liquid machen kann. Dies thut er aus den Acten. Und
   b) das Quantum aus dem Moderamine iudicis. Dieser Proceß hat nun die Eigenschaft, daß er keine Exceptiones zuläst, als solche, die auch in continenti liquid sind.

Andere,

Andere, die altioris indaginis sind, werden ad processum separatum verwiesen. Es heist: bezahlt! die Forderung ist liquid.

§. 373. Arme können nicht ohne Beistand bleiben. Also müssen sie als Clienten zum Armenrecht zugelassen werden.

1) Armenrecht ist in genere: der Innbegriff aller Privilegien, welche in den LL. zum besten der Armen verordnet sind.

2) in Specie: das Privilegium oder Beneficium, daß den Armen, bis sie ad meliorem fortunam kommen, entweder der Gegentheil die Kosten borgen, oder Iudex und Advocat Conto geben müssen.

a) Der Gegentheil muß sie hergeben in dem Fall: wenns gewiß ist, der Arme muß was von ihm kriegen, nur noch nicht bestimmt ist es, wie viel: z. E. beim Iudicio familiae herciscundae.

b) *Iudex et advocatus etc.* praesuppositis:

α) daß er, Client, seine Armuth docirt,

β) den Armeneid schwört, und

γ) causam probabiliter iustam hat.

NB. In manchen Landen ist eine andere Ordnung: z. E. daß die Advokaten nach der Reihe den Armen dienen müssen.

LIB. III. TIT. II.

De his, qui infamia notantur.

§. 374. *Infamia* (Ehrlosigkeit) est privatio iurium bonae famae.

Iura bonae famae sunt, quae dependent a rectitudine actionum nostrarum externarum.

Ein Mensch der äusserlich rechtschaffen handelt, giebt die Vermuthung von sich, daß er auch innerlich so handeln werde. Diese Vermuthung giebt dem Menschen einen vorzüglichen Werth: z. E. man schützt ihn, man glaubt ihm, sein Zeugniß ist nicht suspect. Das sind die Iura bonae famae und deren Verlust — Infamia.

§. 375.

§. 375—76. Die Ehrlosigkeit kann in verschiedener Hinsicht betrachtet werden.

I. In Ansehung des Ursprungs. Hier entsteht sie ex lege, und zwar:

1) entweder ex lege naturali — da wird sie Infamia naturalis genennt:

2) oder ex lege civili — Infamia civilis.

Obs. In dieser Materie stimmen die bürgerlichen Gesetze mit dem Naturrecht nicht immer überein: So z. E. ist ein Decoctor fraudulentus nach dem Naturrecht infam, nach dem bürgerlichen Recht aber nicht. Der Concubinat und die Polygamia simultanea sind nach dem Iure Naturae erlaubt, nach dem Iure civili ist letztere cum infamia verbunden.

II. In Ansehung der Ursache, um welcher willen sie statt hat. Diese ist allemal actio turpis. Sind nun dergleichen Handlungen

1) in den Gesetzen ausdrücklich für infamirend erklärt; so ist eine infamia iuris vorhanden: z. E. wenn eine Frau sich intra annum luctus verheurathet.

2) Wenn sie aber durch bürgerliche Gesetze nicht für infamirend erklärt sind, gleichwohl aber in denselben auch nicht verboten ist, einen solchen Menschen mit Verachtung anzusehen; so heist dies: Infamia facti

§. 377. Folgen aus dem vorigen.

1) Inepta vulgi opinio kann keine Infamie bewürken, i. e. die Meynung gemeiner Leute, welche weder mit der Vernunft, noch den Gesetzen übereinstimmt: z. E. wer aus eines Häschers Krug trinkt, ist infam — der Carnifex ist infam — dies ist alles inepta vulgi opinio.

Conferatur Hommel. rhapsod. observ. 151.

2) Strafen infamiren an und für sich betrachtet, nicht, sondern das Factum, wegen welcher einer die Strafe leiden muß; Ratio: sonst würde folgen, daß ein unschuldig Bestrafter infam wäre.

Conferatur v. Harpprecht diss. de infamiae dispensatione, quae fit per aggravationem poenae.

§. 378. Die Infamia iuris ist wieder zweierlei Art. Entsteht sie unmittelbar durchs Gesetz, so heist sie: Infamia iuris *immediata*; erfordert sie aber eine vorhergehende richterliche

terliche Sentenz, so heist sie: *mediata*. Beispiele von beiden kommen in den nun folgenden §. §. vor.

§. 379. I. Immediata findet statt bei denen:

1) qui artis ludicrae causa in scenam prodeunt.

Scena, quilibet locus, ubi quis sistit spectaculum sui praebiturus lucri quaerendi causa. Diese Definition steht im L. 2. §. 5. D. h. t. Diese Leute kämpften mit wilden Thieren und können einigermassen mit Taschenspielern, Gauklern und Seiltänzern verglichen werden. Keineswegs aber mit unsern Komödianten und Operisten. Rat. sie führen ein ehrbares Leben.

Conferatur Wernher P. VII. observ. 184.

2) Qui lenocinium fecere. Lenocinium facere, i. e. quaestum habere ex stupris, adulteriis etc. Lenocinium est 1) qualificatum, wenn ein Vater mit seinen Töchtern Hurenwirthschaft treibt, 2 simplex, wenn einer fremde Dirnen zur Hurerei herhält, um durch sie Geld zu lucriren.

3) Bei Vormündern, welche ihre Pupillen heurathen, vor abgelegter Rechnung, auch bei ihren Söhnen.

Die Römer legten nicht eher Rechnung ab, bis die ganze Vormundschaft zu Ende war. Daher konnte nun ein Vormund leicht die Pupillin zur Heurath bewegen, wenn er übel hausgehalten hatte, und sie, weil oft das Divortium ohne Ursache gestattet wurde, wieder fortjagen.

Bei uns findet der Fall nicht mehr statt,

a) weil bei uns Vormünder jährlich Rechnung ablegen müssen.

b) Auch die Divortia nicht mehr so geschwind erlaubt sind, wie bei den Römern.

4) Qui bina contrahunt sponsalia.

5) Bei Weibspersonen, die sich im Trauerjahr wieder verheurathen; nicht nur sie, sondern auch der zweyte Mann, ja auch der Vater, der seinen Sohn befiehlt, die Wittwe zu heurathen, soll infam seyn; Rat. ob periculum turbandi sanguinem. Wo also der Grund nicht hinpast, hört auch der Lex auf. — Zu verwundern ists, daß die Römer da kein Gebot gegeben haben, wie lang geschiedene Weiber warten sollen, da doch Ratio eadem vorhanden ist. Im Iure Canonico ist der Annus luctus völlig aufgehoben. Er findet also nur noch nach LL. provincialibus bei uns statt,

ohne jedoch der römischen Strafe der Infamie ausgesetzt zu seyn, wenn solcher etwa nicht ausgehalten würde.

§. 380. II. Mediata erfordert einen richterlichen Ausspruch, worinn declarirt wird, daß einer für ehrlos zu halten sey. Diese Sentenz

1) muß rechtskräftig seyn. Es muß
2) auch Causa in LL. approbata da seyn.

Dahin gehören:

I. *Delicta.* Diese aber werden eingetheilt:

A. In delicta *publica* — solche Verbrechen, bei welchen die Gesetze laesionem reipublicae primario beabsichtigen und sie geahndet wissen wollen. Sie sind:

1) l. delicta ordinaria, bei welchen die Strafe durch ein Gesetz bestimmt ist. Diese sind alle infamirend. Hellfeld sagt im Compendio: et sic quoque stuprum. Er folgt hierinnen Leysern, welcher Spec. 52. med. 2. ein strenger Vertheidiger des Satzes ist, daß auch das Stuprum infamire. Conferatur quoque Carpzov. decis. 17. Hommel in rhapsod. obs. 137. Berger in Oecon. iuris et alii. Pufendorf macht aber Tom. II. obs. 18. einen Unterschied zwischen Personen höhern und niedrigern Standes, und glaubt, daß ein Stuprum, welches von einer höhern Person mit einer von geringer Herkunft begangen worden, letztere nicht infamire. Allein diese Distinction findet h. l. nicht statt. Nach der Schärfe genommen, hat also Leyser Recht; denn die Personen contrahiren infamiam facti. Aber Observanz ist es nicht, denn sonst müste der, welcher in Collegio honoratiorum sitzt, und ein Delictum stupri begeht, auch ausgestoßen werden.

2) l. extraordinaria — auf welche in den Gesetzen keine fixirte Strafe gesetzt ist. Diese sind in der Regel nicht infamirend. Wohl aber Ausnahmsweise, wie z. E. bei den Römern auf die Violationem sepulchrorum die Infamie gesetzt war.

B. Et delicta *privata.* Dies sind diejenigen, welche die Beleidigung einer Privatperson beabsichtigen und dem Laeso erlauben vom Delinquenten Genugthuung zu fordern. Davon infamiren:

1) furtum,

2) rapina.

2) rapina. Aber keineswegs damnum iniuria datum, ob es gleich der Lex Aquilia sagt.

Obs. Furtum et rapinam zählen wir hodie zu den delictis publicis.

3) Stellionatus — si cum crimine infamante concurrit sagt Hellfeld. Der Name kommt her von Stellio — ein Ränkevoller Mensch, sonst so viel als eine Eidexe, wie aus des Terentii Eunucho Act. 4. Scen. 4. zu ersehen, wo es heist: est animal, quod lacertae non dissimile est, maculoso corio. Die ICti verstehen unter dem Stellionat: omnem fraudem atque impostura m, quae proprie nomen non habet. L. 7. §. 1. D. ad SCt. Turpillian. Veluti si quis rem alienam sciens obliget l. alii oppignoratam alii denuo obliget, Stellionatus crimen committit. L. 1. D. Stellion. L. 16. §. 1. et L. 36. D. de pignoribus. Brisson de Verborum Significationibus.

II. *Perfidia* — kurz eine Untreue, die bei einem contractu fiduciae begangen worden. Sub perfidia verstehe Dolum. Conferatur Noodtii praelect. Iur. civ. Libr. 1. cap. ult. Contractus fidei seu fiduciae sind diejenigen, die ein Contrahent aus besonderm Zutrauen und Freundschaft mit dem andern eingeht. Sie sind:

1) Tutela,
2) Societas,
3) Mandatum,
4) Depositum.

In dreien findet die Infamie nur auf Seiten desjenigen statt, gegen den die Actio directa angestellt werden kann. Beim Mandato auf beiden Seiten, also auch da, wo die Actio in contrarium statt findet. Allein es findet kein gegründeter Unterschied statt. Der Deponens kann mir etwas aufzuheben geben, das eine giftige Ausdünstung hat, wodurch er mich tödten will. Er verfirt ja auch in dolo.

Anmerkungen:

1) Die Lehre von der Infamie wird bei uns in der Regel nach deutschen Principien und Gesetzen beurtheilt.
2) Was das römische Recht betrift, so muß der Richter darauf sehen, ob es noch auf unsere deutsche Sitten applicable sey. Conferatur Hommel. rhapf. observ. 210.

§. 281. III. *Si quis transigit super delicto*, jedoch keinesweges, wenn jemand über einen solchen Contract, bei welchem die poena infamiae statt findet, transigirt. Ratio: nam in his causis non adeo infamat, quam illis.

[*Imo iudex* — reservare potest.]

Reservatio famae est actus quo condemnatio, quae infamiam operatur, fit, statu bonae famae salvo.

Die Clausul wird mit den Worten ausgedrückt: jedoch seinen Ehren unschädlich. Sie stimmt zwar nicht mit Rechts-Principiis überein, ob sie gleich in praxi vertheidigt wird. Rat. iudex mitior esse non debet lege. Conferatur L. 8. §. ult. C. ad Leg. Iuliam de vi. Stryck in usu moderno und andere schränken es auch nur auf Iniurien-Fälle ein,

§. 382—83. Unterschiede:

1) Infamia iuris entsteht ex unico facto turpi: z. E. ex furto; infamia facti nicht; denn diese setzt einen schlechten Lebenswandel voraus, weswegen ehrliebende ihn ihres Umgangs nicht würdigen wollen.

2) Infamia facti fällt weg, wenn der Mensch seinen Lebenswandel bessert, cessante enim causa cessat effectus; infamia iuris nicht, sondern nur per restitutionem famae a principe.

Restitutio famae est actus quo is, qui iniuriam famae passus est, statum bonae famae recuperat. Diese Restitutio wird in expressam et tacitam eingetheilt. Expressa ist diejenige, welche durch ein ausdrückliches Rescript vom Imperante ertheilt wird; tacita welche ex factis imperantis gefolgert wird: z. E. der Imperans erhebt mich wieder zu Ehrenstellen.

3) Infamia iuris schließt aus ab honoribus et muneribus obtentis et obtinendis, auch von Handwerks-Zünften, auch sonst von honestis societatibus: z. E. Hochzeiten ꝛc. Das ist aber bei der Infamia facti nicht schlechterdings. Sie schließt zwar auch ab obtinendis honoribus et dignitatibus aus, aber doch removirt sie nicht gleich ab obtentis honoribus. Denn es giebt da gewisse gradus admonitionis, welche ordentlich befolgt werden. Diese sind:

1) daß sie ermahnt und gewarnt werden.

2) würk-

2) würkliche Strafen: Z. E. wenn sie sich auf den ersten Grad nicht bessern wollen, daß sie um Geld gestraft oder mit Arrest belegt werden.

3) Remotiones.

§. 384. Bisher — von der Differentia infamiae facti — et iuris. Infamia facti et iuris kommen auch in gewissen Stücken überein und zwar darinn:

Daß in beiden Fällen Infames für schändliche Personen zu achten sind. Dies bewürkt:

a) daß ihr Zeugnis kein omni exceptione maius testimonium ist. Doch aliqualem probationem hat es. Hingegen diejenigen, die mit der Infamia iuris belegt sind, gelten gar nichts mit ihrer Zeugschaft in Criminal-Fällen.

b) Daß querela inofficioſi statt findet, wenn turpis persona im Testament einem Geschwister vorgezogen werden, ex L. 27 C. de inofficioſo Testamento. — Wie aber Heineccius diesen legem erklärt, so ist er doch nur von denen zu verstehen, die in infamia iuris laboriren.

§. 385. Von der Infamia ist unterschieden:

Levis notae macula, welche in einer Verachtung besteht, die ex tribus fontibus, ut aiunt ICti, herrührt:

1) *ex natalibus illegitimis.* Allein kein Gesetz und selbst die Vernunft stimmt hiemit überein. Daß es sonst allgemein behauptet wurde, kommt aus dem Iure Canon. her. Solche Kinder durften nicht Clerici werden ꝛc.

a) Wir schliessen sie nicht von Würden und Ehrenämtern aus, außer bei dem Kammergericht können sie keine Assessores werden.

b) Sie sollen nicht von Handwerkern abgehalten werden.

2) *Ex reprobata religione*, i. e. daher, daß ein Mensch sich nicht zur geduldeten Religion bekennt, also ein haereticus ist. Auch dies hat im Iure Canon. seinen Grund.

Wir Protestanten statuiren auch dies Principium nicht, und leiden also auch die Folge nicht.

3) *Ex turpi in ſenſu phyſico et vili vitae genere.* Diese hat Grund in den Reichsgesetzen, wenigstens kann es daraus von Schindern, (excoriatoribus) dargethan werden. Allein extendirt darf es nicht werden.

Effectus:

Daß solche Personen pro turpibus zu halten sind, ob sie gleich von den Opificiis nicht ausgeschlossen werden dürfen.

NB. Auch dies hat sich hodie gänzlich geändert, sogar Schinderssöhne dürfen nicht von Opificiis abgehalten werden, wenn sie nur nicht eingereiht sind.

Daß der Carnifex auch an der levis notae macula laborire, ist ein Grundfalscher Satz, welcher hodie auch von keinem Rechtsgelehrten mehr statuirt wird.

LIB. III. TIT. III.

De Procuratoribus et Defensoribus.

§. 386. Procurator (Anwald, Gewalthaber, Gevollmächtigter) est is, qui negotia iudicialia l. lites alienas domini mandato administrat. So im gegenwärtigen Titel, sonst wird Procurator auch in einer andern Bedeutung genommen.

Wer negotia aliena expedirt, der führt sie entweder ex mandato oder absque mandato. In beiden Fällen muß ein Unterschied zwischen gerichtlichen und ausergerichtlichen Geschäften gemacht werden.

I. Ex mandato. Hier sind es:

1) l. negotia iudicialia, so heist die die Person: Procurator- im Deutschen allemal schicklicher: Anwald.
2) l. — extraiudicialia, in welchem Fall die Person Mandatarius — Gevollmächtigter genennt wird.

II. Absque mandato. Hier sind die Geschäfte wieder

1) l. negotia iudicialia, so heist die Person Defensor: z. E. ich bin abwesend, es entsteht ein Injurien-Proceß und mein Freund vertheidigt mich vor Gericht so schön, daß ich es selbst nicht besser gekonnt hätte.
2) l. — extraiudicialia; hier wird die Person: negotiorum gestor — der Geschäftsträger genennt.

§. 387. Procurator verrichtet fremde Geschäfte ex mandato domini.

Man-

Mandatum est contractus consensualis de negotio alterius ex eius voluntate gratis expediendo.

Consensualis, qui solo *consensu* perficitur, et quidem aut *vero* consensu, quo casu mandatum dicitur verum; aut praesumto — mandatum praesumtum. Consensus verus aut verbis declaratur aut factis. Priori casu habes mandatum expressum; posteriori tacitum. Die Facta sind keine andere, als:

a) scientia et
b) silentium.

So weit also meine Wissenschaft geht, erstreckt sich mein Mandatum tacitum, weiter nicht: z. E. ich bin citirt; wie ich vor dem Iudicio erscheine, steht einer von den Erlanger Ulpianis da und defendirt mich, daß ich es selbst nicht besser könnte. Ich gehe also nach Haus und lasse ihn hier für mich reden. Dies giebt ihm aber in der Folge kein Recht, vorzugeben, ich hätte bei jeder Gelegenheit tacite consentirt. Nur von dem einzigen Fall gilt dies.

§. 388. *Mandatum praesumtum* — das auf eine vermuthete Einwilligung gegründet ist. Qu. Wer hat denn diese vermuthete Einwilligung? Rsp.

1) Ein Ehemann in Sachen seiner Frau.
2) Die Litisconsorten für einander.
3) Die zur Schadloshaltung verbunden sind.
4) Die zur Sache gehörige Urkunden in Händen haben.
5) Nahe Blutsfreunde, wie z. E. Vater, Sohn, und Bruder, das ist der erste und zweite Grad. In Sachsen läst man auch den dritten Grad zu: z. E. Oncle für die Nieçe, den Neven.
6) Auch die Schwäger während der Schwägerschaft. So lange meine Frau lebt, so habe ich also ex consensu praesumto für sie zu reden: aber nicht mehr, wenn sie tod ist.

Der Anwald der ex mandato praesumto agiren will, muß:

1) Cautionem rati bestellen. (Vorstand der Genehmhaltung).
2) Der Actus muß nicht magni momenti, i. e. nicht so beschaffen seyn, daß mutatio l. decisio litis davon dependirt.

3) In der Folge muß er ein Mandatum scriptum beibringen.
Conferatur die Kammergerichtsordnung.

§. 389. Der Procurator repraesentirt in negotio pro domino ex mandato expediendo den Principal. Darinn unterscheidet er sich vom Advocato, qui tantum orator causae est nec clientem repraesentat. Der Procurator kann auch orator causae mit seyn, aber als Procurator ist er von ihm unterschieden. Uebrigens braucht nicht jeder Procurator eine studirte Person zu seyn.
Die übrigen hieher gehörigen Unterschiede, siehe bei Gundling in D. h. t. §. 69.

§. 390. Procurator suscipit aliena negotia ex mandato domini. In dieser weitläuftigen Bedeutung wird er betrachtet:
1) l. ratione obiecti. Dies ist
a) entweder ein negotium iudiciale, dann heißt er: Procurator iudicialis, welcher studirt haben muß. So — nehmen wir das Wort im gegenwärtigen Titel (§. 386).
b) Oder ein negotium extraiudiciale, dann heißt er: Procurator extraiudicialis, welcher eigentlich nicht hieher gehört.
2) l. ratione extensionis negotiorum. Hier theilen ihn die Rechtslehrer gemeiniglich ein in universalem, wenn er alle und jede Geschäfte des Principals zu besorgen hat; et particularem — wenn ihm nur einige übertragen worden. Allein richtiger theilt man die Procuratores
a) in universales — die alle Geschäfte indistincte besorgen;
b) in generales — die ein ganzes Genus von Processen zu besorgen haben. Solche Procuratoren haben z. E. die Reichsstände — das Kammergericht, bei welchem letztern sie in grosem Ansehen stehen.
c) in Speciales — die nur einzelne Geschäfte besorgen.

§. 391. Procuratores constituuntur ex domini mandato. Daraus folgert Hellfeld: wer nicht dominus ist, kann keinen procuratorem constituiren. Allein dies hat im Iure Roma-

Romano vielmehr den Grund, weil ein anderer kein dominium litis transferiren kann.

Conferas: Heineccii Inst. et quidem titulum de iis, per quos agere possumus. Dieser Titel gehört ganz hieher.

Jedoch erlauben die Gesetze, daß ein Vater lites liberorum, ingleichen daß ein Vormund die Processe seines Pupillen andern übertragen dürfe. Daher wird der Anwald hier Actor und nicht Procurator und die Vollmacht nicht Mandatum sondern Actorium genennt. Iure Romano nur alsdenn Actor, wenn ihm der Vormund den Proceß ante litis contestationem aufträgt; trägt er ihm solchen post eam auf, so heißt er Procurator. Im Grunde ist einer so viel als der andere aber man muß den Unterschied des Ausdrucks wegen wissen, weil alte Advokaten einen sonst für ungeschickt halten.

§. 392. Gerichtliche Geschäfte für andere zu führen, dazu gehört allerdings eine besondere Geschicklichkeit. Daher werden in vielen Landen von den Regenten Personen öffentlich dazu aufgestellt. Daher kommt die Eintheilung in procuratores publicos et privatos. Zu den ersteren gehören: z. E. die Hofgerichts-Procuratoren in hiesigen Landen, die Ortsprocuratoren, u. a. m.

Procuratores publici müssen in den höchsten Reichsgerichten

1) die Sachen selbst betreiben.
2) Vor Gericht erscheinen.
3) Die Recesse beibringen — kurz den ganzen Lauf des Processes selbst dirigiren.

Doch kann der Aufsatz von dem Advokaten oder Clienten selbst gemacht und dem Procuratori publico übergeben werden, welcher ihn dann erst in den Kameral-Stil einkleidet. In der Regel macht auch der Procurator die Aufsätze nicht, weil er ohnehin zuviel zu thun hat. Er bekommt auch, wie der Advokat, gleich Anfangs eine Arrham in Gold oder Silber.

§. 393. De requisitis Procuratorum.

Da der Procurator fremde Geschäfte vor Gericht besorgen soll, so ist unumgänglich nöthig, daß auch er die Fähigkeit habe, welche secundum §. 363. der Advocat haben muß. Die Requisita, welche ihn also fähig machen, können

dort nachgelesen werden. Hier nur das besondere: daß das kanonische Recht den Procurator für unfähig erklärt, wenn er das 25. Jahr noch nicht zurückgelegt hat. Conf. c. 4. fine h. t. in 6to. Es ist dies wirklich eine sonderbare Verordnung, da der Advokat schon im 17. Jahr zugelassen wird.

Sollte der Grund nicht wohl darinnen liegen, daß das Ius Can. besonders auf Procuratores extraiudiciales Rücksicht genommen und hauptsächlich ihrentwegen diese 25 Jahre festgesetzt hat?

§. 394. Qu. Welche Personen Procuratoren constituiren können? — Hellfeld antwortet: alle diejenigen, qui liberam de re sua disponendi facultatem haben. Nach dem Iur. Romano kommt noch hinzu: die das Dominium litis haben, und es transferiren können. Also Infantes, Mentecapti, furiosi etc. können a) gar keinen constituiren, b) andere können es, aber nicht für sich allein. Dahin gehören:

1) Pupilli infantia maiores.
2) Minores nur cum consensu curatoris.
3) Foeminae nach Sächsischen, Hamburgischen und Lübekischen Recht, (obgleich nicht nach dem Iure communi) nur einen Curatorem sexus. An den meisten Orten können sie nicht allein in foro erscheinen, und also auch keinen Procuratorem allein bestellen. Sie sollten aber alle indistincte einen Curatorem haben; nämlich es wäre dies recht gut für sie. In delicaten Sachen hätten sie doch immer ihren Beistand an der Seite; im übrigen bedienten sie sich seines Raths, und könnten doch thun, was sie wollten.

§. 395. Zu Procuratoribus können einige und auch mehrere constituirt werden. Wenn mehrere constituirt werden, so geschieht dies

1) coniunctim: da darf keiner ohne den andern etwas thun, weil die Procuratores zusammengenommen erst den Principal repraesentiren.

Cautel: Es ist nicht rathsam, daß man mehrere coniunctim constituirt; weil sie einander nur hinderlich, und sonst schwer zu vereinigen sind. Lieber also einen genommen, aber vorher genau untersucht, ob er die erforderlichen Qualitäten hat.

2) Bis-

2) Bisweilen geschieht es, daß man mehrere constituirt, jedoch nicht coniunctim, sondern so, daß auch jeder allein arbeiten kann. Hieher gehört die obgedachte Clausel: sammt und sonders ꝛc. (§. 200.)

§. 396. Procuratores porro sunt:

1) l. procuratores in rem suam — qui nomine alterius, sed in suam utilitatem agunt. Dahin gehören:
   a) der Cessionarius, i. e. is, qui nomine cedentis nomen cessum urget, ast in suam utilitatem.
   b) der Assignatarius, i. e. derjenige, gegen welchen der Regreß genommen werden kann.
2) l. procuratores in rem alienam — qui non solum nomine alterius, sed etiam in eius utilitatem agunt.

§. 397. Qu. In welchen Sachen Procuratores constituirt werden können? Rsp. Distinguendum est inter causas criminales et civiles. Was

1) die causas criminales betrift, so geht es nach dem römischen Recht an, wenn a) litis contestatio schon geschehen ist, b) wenn die Strafe so beschaffen ist, daß sie auch dem Reo absenti aufgelegt werden kann: Z. E. die Relegation. Vid. L. 10. D. de public. Iudic. et L. 33. §. 3. h. t. Wir merken uns die Regel: wenn in criminalibus die Sache nicht von dem Procuratore selbst vorgenommen werden kann, so darf er auch nicht dazu bestellt werden. Z. E. in puncto confrontationis, bei der Tortur. Im erstern Fall muß der Richter die Person selbst ins Gesicht nehmen, und im zweyten wird sich der Procurator für seinen Principal nicht gerne torquiren lassen.
2) Die Causas civiles. Hier gilt die Regel: daß die Annehmung eines Procuratoris von dem Gutdünken der streitenden Partheien abhängt. Doch merke hievon zwei Ausnahmen:
   a) die Procuratores werden in totum und tantum (je nachdem es kommt) abgewiesen.

A) *In totum*
   α) in Wechselsachen: rat. es wird zur Captur geschritten, wenn der Wechsel falsch ist.
   β) In causis modicis — geringfügigen Sachen, wo sich die Process-Unkosten höher belaufen können, als das ganze Obiectum litis.

γ) in

γ) in iudiciis militaribus et academicis — in geringfügigen Sachen.

B) *In tantum* — das ist besonders bei Pflegung der Güte rat. weil der gütliche Vergleich leichter zu Stand gebracht werden kann, und der Advocat immer spricht: ich hab keine Instruction dazu. Jedoch geschiehts nur hauptsächlich,

α) in Ehesachen.

β) bei Streitigkeiten zwischen Eltern und Kindern, Beichtvätern und Beichtkindern, Obrigkeiten und Unterthanen. Da müssen die Partheien immer bei 10 Rthl. Strafe selbst erscheinen.

§. 398. b) Die Partes litigantes werden gezwungen, einen Procuratorem anzunehmen. Dergleichen sind im Iur. Romano.

α) *illustres* etc. rat. damit ihr Ansehen nicht darunter leide; und dann, daß der Iudex nicht durch ihre Gegenwart abgeschreckt werde. Eben deswegen past das auch nicht auf unsere heutigen Iudicia.

β) die litis consortes. Z. E. ihrer drey machen Anspruch auf eine Erbschaft aus drei verschiedenen Ländern. Rat. weil die Citation sonst mit zu großen Kosten verknüpft würde.

γ) ist es Observanz, daß Abwesende einen Procuratorem constituiren müssen, und zwar in loco iudicii, ad recipiendas citationes; weils zu beschwerlich würde. De modo constituendi procuratorem. Conf. §. 230.

§. 399. De falso procuratore. Hellfeld sagt: qui aliena negotia absque mandato expedit, falsus dicitur — dies ist falsch. Es muß heissen: derjenige, der sich für einen Anwald ausgiebt und es doch nicht ist; folglich muß er weder verum noch praesumtum mandatum haben. Diesen nun kann exceptio falsi procuratoris opponirt werden. Rat. weil die actus falsi procuratoris nichtig sind, ausgenommen, es müßte denn seyn, daß sie der Principal tempestive ratihabirte. *Tempestive*, i. e.

α) ante sententiam definitivam, non vero post illam; denn da kann er nur ratihabiren, wenn Sententia zu seinem Nachtheil ausgefallen ist.

β) Es

β) Es muß keine Ungehorsamsbeschuldigung vorgefallen seyn. Dies findet bei fatalibus vorzüglich statt. Conf. Schaumburg in comp. practico Tom. I. p. 118.

Aus diesem Grund sollen sich die Procuratores legitimiren per Mandatum plenum, d. h. einer solchen Vollmacht, die alles enthält, was zu einer Vollmacht gehört. Also ist charta blanca (ein Blanket, Blanquet) nicht genug. Charta blanca seu rectius: vacua, ist ein leerer Bogen Papier, worauf einer seinen Namen geschrieben hat, in der Absicht, daß noch die Vollmacht drüber geschrieben werden soll. Dies ist nichtig.

a) Weil keine Vollmacht drinnen steht.
b) Weil die Absicht einer Vollmacht nicht genug daraus erhellet.

Doch aber, ubi lex provincialis non resistit, wird der Procurator mit seinem Blanquet zugelassen, unter folgenden Umständen:

1) Es muß finis mandati ex ea constare, i. e. es muß dabei stehen: Blanquet zur Vollmacht in Schuldensachen gegen C. oder puncto transactionis etc. und dann der Name darunter.
2) Der Procurator muß Cautionem rati bestellen.

§. 400. Ein Mandat kann auf zweierlei Art zu den Acten gebracht werden, entweder schriftlich, oder mündlich. Wenn es mündlich vor der Obrigkeit geschieht, so muß es von dem Registrator auf eine glaubwürdige Art in den Acten niedergeschrieben und eine Registratur darüber gehalten werden.

Registratura est scripta enarratio eorum, quae iudicialiter peraguntur a persona iurata confecta, i. e. A Registratore, ab Actuario. Die Requisita mandati sind entweder propria oder communia.

I. Propria — die nur bei schriftlichen Vollmachten gewöhnlich sind. Hieher gehört:

1) die Unterschrift des Constituentis, wenn er selbst schreiben kann.

NB. Es wird allemal praesumirt, daß die Unterschrift die wahre Handschrift des Constituentis sey. So z. E. in Erlang bei dem akademischen Gericht. Doch nimmt man diese richti-

richtige Meynung in vielen Iudiciis nicht an; da muß man also gleich ein Notariats-Instrument oder eine gerichtliche Versicherung beifügen.

Wenn er aber nicht selbst schreiben kann, so muß publica persona den Namen unterschreiben, den ihrigen beifügen, und dann besiegeln. Z. E. diesen vorstehenden Namen hab ich auf Verlangen des Constituentis beigesetzt ꝛc.

2) Gehört die Clausula heredum darunter: z. E. Ich Endes Unterschriebener bekenne für mich und meine Erben. Dies ist genug, denn die Erbnehmen sind auch Erben. Dies will der neuste Reichsabschied, damit keine solennis reassumtio litis nöthig ist, Falls der Constituens vor Ausgang der Sache stirbt.

3) Sigilli appositio. Doch ist diese de iure communi nicht erforderlich, obgleich in manchen Orten. Es thuns aber auch die Worte: in Ermangelung des Siegels ꝛc.

II. Communia — die bei allen und jeden Vollmachten erforderlich sind.

1) Der Constituens muß darinn ausgedrückt seyn.
2) Persona procuratoris.
3) Der Gegner.
4) Das Iudicium.
5) Die Sache, in welcher der Procurator constituirt worden.
6) Potestas procuratori concessa, i. e. die Actus expediendi müssen namentlich darinn ausgedruckt seyn. Merke: die vier letzten Requisita können nicht im Allgemeinen ausgedrückt werden; sie werden also so gut als möglich bestimmt. Z. E. In allen meinen Sachen, wo ich Beklagter oder Kläger bin, vor allen und jeden, hohen und niedern Gerichten.

§. 401. Wenn ich einem Geschäfte auftrage, so sind dies

1) entweder alle meine Geschäfte, ohne Unterschied — dies heist: Mandatum universale, bei manchen auch: generale ratione causarum.
2) Oder ich trage einem nicht alle und jede, sondern nur diese besonders auf — Mandatum particulare. Hieher gehört das Mandatum ad litem vorzüglich. Es wird eingetheilt ratione formae

A) in generale — worinn einzelne, bei Abhandlung der streiti-

streitigen Sache vorkommende Puncte nicht benannt sind: Z. E. Totam litem tibi generatim committo. Dies ist mit dem Mandato cum libera (scilicet gerendi s. administrandi facultate) nach römischen Rechten einerley. Aber nicht nach dem Iure Canonico; denn da ist es dasjenige, wo libera facultas s. administratio dem Procuratori ausdrücklich im Mandat gegeben ist.

B) et Speciale — das Oppositum; worinn also einzelne, bei Abhandlung der streitigen Rechtssache vorkommende Actus benannt sind: z E. wenn ich sage: er soll litem contestiren, den Beweiß führen, den Eid deferiren ꝛc.

Regeln:

1) *Universale* ist in allen Fällen hinlänglich: rat. qui indefinite alicui omnia sua negotia committit, non potest non velle, ut procurator omnia agat, quae ad omnem utilitatem faciunt.

2) *Generale* ratione formae hat eben die Würkung nach dem Iur. Rom. nämlich: daß der Procurator alle Actus ex suo arbitrio verrichten kann; wird aber im Iur. Can. aufs Mandatum cum libera eingeschränkt und in der Praxi wird es so gar dahin eingeschränkt, daß er gar keinen Actus magni momenti verrichten darf: von welchen nämlich mutatio s. decisio litis dependirt. Z. E. Er darf nicht transigiren, item: den Eid nicht deferiren.

3) *Speciale* mandatum hat den Effect, daß der Procurator die Grenzen, die ihm in der Vollmacht gesetzt sind, genau beobachten muß. Nur so weit also darf er gehen, als die Actus descripti erlauben. — Jedoch versteht sich, was zu dem actu commisso gehört, das kann er allemal verrichten. Z. E. ich gebe dir die Vollmacht, du sollst einen Eid in meine Seele schwören ꝛc.

§. 402. Bei allen Arten der Vollmacht muß der Procurator die Pflichten erfüllen, die die Vollmachten erfordern. Dahin gehört:

1) daß er sein Mandatum in propria persona expedire, und nicht substituire, woferne es ihm nicht specialiter erlaubt worden. Rat. es ist ein officium fiduciae.

2) Daß er sein auf ihn gesetztes Zutrauen erfülle, welches die Natur der Sache mit sich bringt. Daraus folgt, daß er bona fide agiren, i. e. nicht zu seinem Besten, sondern blos

blos zum Nutzen seines Principals arbeiten müsse. Z. E. Der Principal giebt dem Procurator die Erlaubniß, einen gewissen Garten für ihn um 1000 Rthl. zu kaufen; er bekommt ihn um 600. Dies berechtgt ihn aber nicht, 1000. vom Principal zu fordern, wenn er nicht als ein Schurke handeln will. Wenn ein Mandatarius treulos handelt, wird er infam.

3) Daß er sein Negotium commissum auch mit gehörigem Fleis verrichte. Conf. L. 13. C. Mandati. Hier heist es: omnem culpam praestet, und dies geben die Interpretes per culpam *leviſſimam*. Allein contra eos ist zu merken: die Leges Codicis sind überhaupt in einem generellern Ton geschrieben, als die Digesta; denn diese haben die Rechtslehrer geschrieben, jene aber die Imperatoren. Bei den Imperatoren muß man schon mehr auf Analogie sehen. Der Mandatarius hat alles Incommodum und der Mandans alles Commodum, er wäre also nach der Regel nur ad culpam latam verbunden. Nun aber, da wir finden, daß nach andern Gesetzen der Procurator und Mandatarius ad culpam levem verbunden seyn soll, so bleiben wir dabei. Ist er aber, wie der negotiorum gestor nur ad culpam levem verbunden, so kann er auch um dieser willen nicht für infam gehalten werden.

§. 403. Die Clauseln, die den Mandatis angehängt zu werden pflegen, sind:

I. entweder utiles. Dahin gehört

1) die Clausula substituendi, daß nämlich ein anderer vom Mandatario substituirt werden dürfe, falls er behindert werden sollte. Hier heist der Substitutus Afteranwald. Er kann auch mehrere bestellen, wenn die Clausel im Mandat enthalten ist.

2) Die Clausula heredum. Diese ist so gar nothwendig, (§. 400.)

3) Die Clausula cum libera, i. e. daß man mit einrückt: Procurator solle befugt seyn, alles zu thun und zu lassen, was Constituens zu thun oder zu lassen befugt seyn könnte und sollte. Doch nützt sie in wichtigen Handlungen nicht viel. Conf. Wernher parte 1. obſerv. 216.

4) Die Clausula hypothecaria s. hypothecae bonorum, daß nämlich der Principal dem Procurator mit seinem Vermögen

mögen verpfändet seyn soll. Diese ist sehr gut, besonders, wenn der Procurator Aufwand machen muß.

II. Oder inutiles. Hieher gehört:

1) die Clausula rati grati, i. e. daß der Principal völlig zufrieden seyn soll, mit dem was sein Procurator thut — völlig unnütz; denn es versteht sich so, wenn er nach der Vorschrift handelt.

2) Die Clausula indemnitatis, daß er ihn schadlos halten wolle, wenn er, der Procurator, Aufwand machen müßte. — Versteht sich wieder von selbst. Inzwischen ists doch gewöhnlich, daß sie beide mit eingewebt werden. Eine noch auser diesen gewöhnlich am Ende vorkommenden Clauseln ist die: Alles an Eides statt — welche für den Anwald vortheilhaft ist. Jahr, Monat und Tag muß angemerkt, und der Name deutlich unterschrieben seyn.

§. 404. Die Procuratores die nur ein praesumtum oder insufficiens mandatum haben, müssen Cautionem rati bestellen. Insufficiens — heist die Vollmacht, die nicht alle requisita hat, die im §pho 400 vorgekommen.

LIB. III. TIT. IV.

Quod cuiusque universitatis nomine l. contra eam agatur.

§. 405. Procuratores werden constituirt, bald von einzelnen Personen, dann heisen sie Procuratores in specie; oder von Collegiis, Universitatibus, die als moralische Personen betrachtet werden, dann heisen sie: Syndici. Davon — im gegenwärtigen Titel.

§. 406. Von den Universitatibus merken wir zwei Eigenschaften:

1) Unam constituunt personam moralem s. mysticam: Rat. quia voluntas et vires eorum ad idem tendunt — weil ein Wille sie alle belebt.

2) Universitates non moriuntur, adde: nec nascuntur. Denn es ist hier nicht auf einzelne Glieder zu sehen, sondern auf das ganze Corpus, das bleibt immer.

In not. bemerke den Unterschied inter universitatem et societatem.

1) Societates fallen weg morte seu discessu unius sociorum, das ist nicht bei Universitatibus.
2) Universitates machen Schlüsse per plurima vota, das ist nicht bei societatibus.
3) Wenn Societatibus der Eid deferirt wird, müssen alle schwören; bei Universitatibus schwören nur zwey oder drey.
4) Bei Societatibus müssen singuli socii citirt werden; bei Universitatibus wird die Citatio dem einzigen Vorsteher übergeben.
5) Universitates haben die Iura minorum; z. E. Restitutionis in integrum etc. Societates nicht.

§. 407. Syndici sind eine Art von Procuratoribus, sie kommen also in gewissen Stücken mit einander überein, nämlich in dreyen Puncten:

1) daß sie auch ex voluntate universitatis ihre Negotia expediren.
2) Daß sie auch einer Vollmacht benöthigt sind. Diese kann tacite oder expresse gegeben seyn.
3) Was von pluribus procuratoribus Rechtens ist, gilt auch de pluribus syndicis.

§. 408. Sie differiren aber:

1) ratione constitutionis. Dieser ist beim Syndico anders, nämlich der, wie Universitates ihre Concluſa machen. De quo §. 91. a) alle werden convocirt, b) ⅔ müssen erscheinen, c) plurimi davon müssen einstimmig seyn.

Qu. Wie, wenn Syndici constitutio rite facta angefochten worden, wer muß den Beweiß führen? Rſ.

In der Regel: der Excipiens. Denn

a) behauptet er dadurch, daß Fehler bei der Constitution vorgefallen; das ist affirmatio: affirmanti vero incumbit probatio.
b) L. 14. C. de contrahenda et committenda stipulatione. Nach dem L. sollen alle Urkunden praesumtionem integritatis et veritatis haben.

Jedoch ist's eine Ausnahme, wenn ein Membrum universitatis sagt, daß es nicht mit convocirt worden.

§. 409. 2) Procurator zu werden, kann niemand gezwungen werden, ob aber der Syndicus, ist eine Frage. Hell-

Helfeld sagt im §. indistincte — Nein! Uns hingegen scheint Leysers und Boehmers Unterschied gegründeter. Beide distinguiren nämlich so: der Syndicus hat entweder ein Officium publicum; da kann er gezwungen werden, das Syndicat zu führen; oder er steht nicht in Officio publico, da kann er auch nicht gezwungen werden. Conf. Boehmer in D. §. 4. h. t. und Leyser Spec. 54. coroll. 3.

§. 410. Syndici sunt l. perpetui l. temporarii:

1) perpetui, wenn sie zu allen und jeden Negotiis berufen sind;
2) temporarii, wenn sie nur zu einem und dem andern Negotio berufen worden.

Syndici perpetui haben bei Universitatibus ordinatis gewöhnlich die Iurisdiction dabei. Z. E. Stadt- Stifts- und Academische Syndici; im letztern aut coniunctim mit dem Prorector, wie zu Göttingen: aut solitarie; daher stehen sie im Officio publico. Die Stadt-Syndici kommen unmittelbar im Rang gleich nach den Consulibus. Conf. Leyser Spec. 54. med. 14.

§. 411. Syndicus perpetuus braucht sich in einzelnen Sachen nicht zu legitimiren, vorausgesetzt, daß es notorisch ist, er sey Syndicus perpetuus. Wenn ihm die Qualität abgeläugnet wird, so kann er sich durch sein Diplom (Bestallungs-Decret) legitimiren, Jedoch darf er res magni praeiudicii s. momenti nicht expediren, wofern er nicht ein speciale mandatum hat. Speciale mandatum, dies liegt schon mit in dem General-Syndicat. Es ist aber controvers. Angesehene ICti behaupten das Gegentheil: Z. E. Leyser Spec. 54. med. 11 und 12.

§. 412—13. Des Syndici Vollmacht heist: instrumentum syndicatus vulgo: Syndicat. Es hat die nämlichen Requisita wie das Mandatum. Doch excipe: die Clausula heredum braucht nicht drinnen zu stehen: Universitates enim non moriuntur. Doch setzen die Universitates: für uns und unsere Nachkommen, ꝛc. niemals aber: für unsere Erben, ex rat. allata. Qu. Kann auch ein Syndicat ausgestellt werden: sine subscriptione cum sola appositione sigilli? Rsp. Indistincte ist dies nicht anzunehmen. Denn das Siegel allein beweist nichts, es wäre denn, daß es, wie in

Schwaben, schon lange gewöhnlich wäre. Demohngeachtet müssen wir sagen: es ist nicht rathsam sine subscriptione et per sigillum tantum ein Syndicat auszufertigen; denn ein Siegel ist leichter nachgemacht, als viele Handschriften.

Anmerkungen:

1) Ein Syndicus kann cassirt werden, wenn er in dolo versirt, ob er gleich perpetuus war.

2) Stirbt er, und hat einige Zeit sein Amt gut verwaltet, so verliert die Universität viel, denn jedes Corpus hat was individuelles, daß man nicht gleich lernt.

§. 414. Instrumenta Syndicatus müssen die Requisita einer gültigen Vollmacht haben, daraus folgt:

1) daß der Name personae constituentis darinn ausgedrückt seyn muß, i. e. es muß beschrieben seyn, daß er durch ein rechtmäßiges Conclusum zum Syndico bestimmt worden sey. Distinguamus:

A) inter universitates ordinatas; da formiren die Vorsteher und Directores der Universität ein Collegium. Dies Collegium nun hat in der Regel den Syndicum zu constituiren. Es müste denn seyn, daß nach Verträgen oder Herkommen consensus omnium erforderlich wäre. Das Collegium stellt auch das Instrumentum Syndicatus aus. Bei der Form ists in manchen Ländern, wie z. E. in Schwaben hinlänglich, wenn es nur sub sigillo Collegii ausgefertiget worden. Gewöhnlich aber ists, daß der Praeses noch seinen Namen hinzuschreibt. Bei Universitatibus academicis unterschreibt sich jede Facultät.

B) inter universitates non ordinatas. Hier müssen alle Membra concurriren; z. E. bei Handwerkern, Dorfgemeinden. Folglich wird hier verfahren, wie bei allen Conclusis. Und dies muß auch aus dem Instrumento syndicatus auf eine glaubwürdige Weise erhellen. Es erhellt:

1) wenn die Constitutio gerichtlich geschehen und eine gerichtliche Urkunde darüber ausgefertigt worden.

2) Wenn ein Notarius publicus eben das bezeugt, daß die Constitutio richtig vor dem Iudicio geschehen. Dies sind die beiden besten Modi, wo gar keine Einwendungen statt finden.

3) Daß alle membra universitatis das Instrumentum Syndicatus unterschreiben. Jedoch ist dieser Modus sehr weitläuftig;

läuftig; denn es müssen sich alle Vormünder der Minorum unterschreiben. Doch haltens auch einige für gültig, wenn nur $\frac{2}{3}$ unterschrieben sind, ob gleich der Zweifel übrig bleibt; ob auch alle convocirt worden.

Nicht hinlänglich ist: a) das Nomen collectivum und b) der Name des Obermeisters.

LIB. III. TIT. V.

De negotiis gestis.

§. 415. *Negotiorum gestio* ist eine unentgeltliche und nützliche Verrichtung fremder Geschäfte, welche ohne des Eigenthümers Wissen unternommen wird. Requisita:

1) daß einer fremde Geschäfte übernimmt.
2) Das diese Negotia extraiudicialia sind.
3) Daß die Administratio gratis et utiliter geschehe.
4) inscio et ignorante domino. Z. E. wenn du Schulden in meiner Abwesenheit für mich bezahlst, mein Haus repariren lässest, bei Feuersbrünsten meine Pretiosa rettest ꝛc.

Personen:

1) Negotiorum gestor (Geschäftsträger, oder Geschäfts-Führer.)
2) Dominus negotiorum, cuius negotium geritur a negotiorum gestore.

§. 416. Negotiorum gestores curant et administrant aliena negotia. Daher haben sie die Pflichten der Vormünder und Administratoren.

1) Müssen sie die res alienas restituiren.
2) — *rationes reddere*, i. e. demonstrare quomodo Administrator in administratione versatus sit. Besonders heist es: Einnahme und Ausgabe specificiren und bescheinigen so, daß nach gezogenem Calculo sich ergiebt, wie viel die Einnahme und Ausgabe beträgt.
3) — reliqua restituere.

§. 417. *Administratores*: Sie müssen

1) res alienas restituiren. Daraus folgt:
   a) daß sie gehörigen Fleiß beobachten müssen in rebus

custodiae suae demandatis. Zur Regel wird media diligentia von Administratoribus überhaupt gefordert; also auch hier in der Regel.

b) Sie müssen dolum et culpam levem praestiren.

c) Res custodiae suae demandatas *consignare*. Das Verzeichnis ist nun entweder publica auctoritate gemacht worden, hier heist es: Inventarium, oder nicht, dann heist es: Specificatio s. Consignatio. Letztere wird von dem Administratore entweder eidlich bestärkt, dann heist sie: Specificatio iuratoria, und hat, wenn vom Beweiß die Rede ist, die Kraft des Inventarii, oder auch dies ist nicht, dann bleibt ihr der Name: simplex s. nuda.

Simplex consignatio beweist nichts, wo sie nicht omnium consensu gemacht worden.

§. 418. Negotiorum gestores haben die Pflichten der Administratorum und Vormünder; so auch der Dominus negotiorum hat die Verbindlichkeit:

1) daß er den negotiorum gestorem entschädigen muß. Nemo enim cum damno alterius fieri debet locupletior. Hier ist eine gedoppelte Verbindlichkeit, sie rührt aber nicht ex consensu vero, sondern ex lege her. Doch die römischen Gesetze statuiren einen Consensum praesumtum und auf Seiten des Domini negotiorum ists richtig; Quilibet enim praesumitur consentire in utilitatem suam. Daher wird negotiorum gestio mit zu den sogenannten: quasi contractibus gerechnet.

§. 419. Die Verbindlichkeiten ex negotiorum gestione sind nicht ex vero consensu herzuleiten. Daher ists keine negotiorum gestio, wenn ich mit Wissen des Domini negotiorum seine Geschäfte übernehme, denn hier wäre tacitus consensus. So auch, wenn der Dominus negotiorum das Negotium ratihabirt, ist es keine negotiorum gestio. Doch nicht indistincte: Ratihabitio fit,

1) l. negotio plene iam absoluto; hier bleibt es eine wahre negotiorum gestio. Ratio: quia enim nil restat, nil committi potest.

2) l. negotio nondum absoluto. Hier ist die Regel: negotiorum gestio transit in mandatum. Ratio: quia aliquid

quid perficiendum reſtat. Auf dieſen Unterſchied kommt viel an.

§. 420. Conſenſus praeſumtus findet auch bei ſolchen ſtatt, die nicht conſentiren können; z. E. furioſi, pupilli, infantes, naſcituri; aber keines weges bei denen, de quorum diſſenſu conſtat. Z. E. es will einer wider meinen Willen Schulden bezahlen. Nota regulam: Contradicentis negotia non geruntur;

1) *moraliter* — kann einer nicht contradiciren, wenn ſein Widerſprechen den Geſetzen zuwider iſt: Z. E. ich will einen Todten begraben.
2) *naturaliter* — wenn es ſchon der Natur der Sache zu wider iſt: Z. E. ich treffe einen Beſoffenen auf der Straſe an, und ſchleppe ihn hinaus ins Feld.

§. 421. Negot. geſtor curat aliena negotia. Er muß alſo die Abſicht haben, ein Negotium *alienum* zu verrichten. Daraus folgt:

1) daß der kein negotiorum geſtor ſey, der ſeine eigene Geſchäfte verrichtet, ob ſie gleich zum Vortheil anderer gereichen: Z. E. ich bezahle dem Feind die geforderte Summe, damit er die Stadt nicht anzünden ſoll.
2) oder wenn einer fremde Geſchäfte verrichtet, in der Meynung, daß ſie ſeine eigene ſeyen, dies iſt wieder nicht negotiorum geſtio: z. E. ich zahle meines Vaters Steuern. Jedoch iſt es der Billigkeit gemäß, daß ich hier indemniſirt werde. Ich kann die Actionem negotiorum geſtorum utilem anſtellen. Der Unterſchied nach dem §. 3. L. 6. h. t. iſt nämlich dieſer: der wahre negotiorum geſtor bekommt plenam indemniſationem, quamvis caſus utilitatem ſubmoverit; dieſer aber der fremde Geſchäfte verrichtet, in der Meynung, daß ſie ſeine eigene ſeyen, bekommt den Aufwand nur, in ſoferne der andere locupletior geworden.

§. 4. eiusdem L. 6. heiſt es ferner: wenn ich glaube, das Geſchäft geht den Titius allein an, und in der Folge finde ich, daß es zur Hälfte mein iſt; ſo iſt die Actio zur Hälfte gegründet, denn ich bin pro dimidia parte negotiorum geſtor.

§. 422. Qu. Welchen Grad von Fleiß müſſen negotiorum geſtores anwenden?

Rsp. Hellfeld sagt: Regulariter mediam diligentiam; ausgenommen, wenn etwa ein anderer fleißigerer Mann vorhanden gewesen, der das Negotium auch verrichten wollte und von jenem verdrängt worden wäre: denn in diesem Fall müste er summam diligentiam adhibiren und folglich pro culpa leviſſima haften. Diese Meynung ist ganz richtig, ob gleich andere Rechtslehrer sie für irrig halten und glauben, daß der Irrthum ex falsa interpretatione §phi 1. Inst. de obligationibus, quae ex quasi contr. nascuntur, herrühre. Es heist daselbst: quod negotiorum gestor ad exactiſſimam diligentiam obligatus sit. Nec sufficit, talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior, (eo) commodius administraturus fuisset negotia. Sensus: Wenn du nur deinen eigenen Fleis anwendest in negotiis alienis, so ists nicht genug, wenn es noch andere Leute giebt, die fleißiger sind, als Du. In diesem Fall also, wenn einen fleisigern und geschicktern verdrängt hast, must Du pro culpa leviſſima stehen. Ratio:

1) §. 1. Inst. de obligat. quae quasi ex contr. etc. sagt es deutlich.

2) L. 24. C. de Usuris sagt: omnem diligentiam praestare debet negotiorum gestor.

3) L. 25. §. 16. Familiae herciscundae; da wird der negotiorum gestor und der Coheres so von einander unterschieden, daß letzterer ad mediam diligentiam verbunden seyn soll, ersterer aber nicht.

Dubium: Ein negotiorum gestor hat ja doch gar keinen Vortheil aus dem Negotio?

Rsp. Es liegt der Grund darinnen:

1) Leges non favent iis, qui sponte se immiscent negotiis alienis.

2) Negotiorum gestor amici personam sustinet. Ein Freund aber muß allen möglichen Fleis anwenden.

Confer. Schottii Diss. de negotiorum gestoris ad culpam leviſſimam praestandam obligatione. Lips. 1767. Crellii Diss. de eodem argumento.

Excipe tamen:

1) Negotiorum gestor muß bisweilen so gar dem Domino den Casum praestiren;

a) si prohibentis negotia gessit. Z. E. ich hab ein krankes Pferd, es offerirt sich einer dasselbe zu curiren.

Ich

Ich sage nein; er thuts doch, schlägt dem Pferd die sogenannte Christwurzel, es schlägt der Brand hinzu, es crepirt. — Er will hier einen Zufall beweisen, allein demohngeachtet heist es: Casum praestet. Anders ist es jedoch: wenn er beweisen kann, das Pferd würde gleichwohl crepirt seyn.

b) Wenn er ein gefährliches Negotium übernimmt, welches der Dominus nicht gewagt haben würde. Z. E. Ich bin abwesend, und eine Zahlung von 1000 Rthl. geht mir ein. Mein Freund setzt es für mich in die Lotterie, ich falle durch, praestet casum.

c) Wenn einer Negotia pupilli gerirt; da wird der Pupill nicht anders obligirt, als bis er einen Nutzen dadurch erlangt. Vid. L. 37. pr. D. h. t.

2) Zuweilen praestirt ein negotiorum gestor nur dolum et culpam latam, die einander aequiparirt werden.

a) Si quis affectione adductus ad rem alias perituram accessit — wenn er aus Freundschaft eine Sache rettet, welche sonst gewiß verlohren gegangen wäre: Z. E. Es entsteht eine Feuersbrunnst, meines Freundes Haus in der Nachbarschaft steht in Gefahr. Er ist abwesend, ich breche also ein und rette einen ziemlichen Theil seiner Mobilien. Sein Haus wird würklich ein Raub der Flammen, er kommt und wie ich ihm zeige, was ich gerettet habe; so beschuldigte er mich der Culpae, weil das Gerettete zum Theil beschädigt ist; und verlangt Reparationem damni. Ich antworte: daß ich ihm nichts verbunden sey, wenn er mir nicht culpam latam beweisen könne. Du mußt zufrieden seyn, weil sonst deine Sache gar zu Grunde gegangen wäre.

b) si iussu iudicis accessit ad negotium alienum. Conf. L. 3. §. 8. D. h. t. Hellfeld sagt: imo quoque de omissis — respondere debet.

Anmerkung: Sub omissis verstehe h. l. *Fructus* et *Usuras*. Der negotiorum gestor muß auch für die Zinnsen und Früchte haften, die er hätte percipiren und einholen können, und aus der Acht gelassen hat. Doch aber kann er hier lucrum cum damno compensiren.

§. 423. De officiis negotiorum gestoris et domini negotiorum.

I. Die Pflichten des negotiorum gestoris sind:
1) daß er ein *Inventarium* oder statt dessen eine eidliche *Specification* machen lasse.
2) Daß er Rechnung ablege, Ausgaben und Einnahmen zu specificiren. Specifice, i. e. Post für Post muß angesetzt seyn, sonst sind sie rationes in folle, welche nichts gelten.
3) daß er sie bescheinige. — Dies gilt mehr von den Ausgaben, nach dem neuern Stil aber auch von den Einnahmen. Endlich ist er verbunden:
4) ad reliqua restituendum.

II. Die Pflichten des domini negotiorum sind: daß er den negotiorum gestorem indemnisiren muß. (§. 425.)

§. 424. Ursprünglich liegt zwar bei der negotiorum gestione nur eine Hauptverbindlichkeit zu Grunde, nämlich auf Seiten des negotiorum gestoris. Aber in der Folge kommt noch eine andere hinzu, wenn nämlich der negotiorum gestor Auslagen hat. Daher kommt die gedoppelte Klage. Es klagt hier demnach:
1) l. Dominus gegen den negotiorum gestorem, hier heist die Actio negotiorum gestorum directa — sie geht auf Erfüllung der Verbindlichkeiten. (§. 423.)
2) l. Negotiorum gestor contra Dominum, hier heist die Actio negotiorum gestorum contraria — sie geht dahin, daß der negotiorum gestor entschädigt werde.

§. 425. Qu. Was für Entschädigung kann der negotiorum gestor verlangen? Rsp.
1) Restitutionem impensarum. Und zwar geht dies:
   a) so wohl auf impensas necessarias — die zur *Conservation* der Sache gemacht worden;
   b) als auch utiles — die die Sache kostbarer und nützlicher machen.

   Keineswegs aber kann er voluptuarias impensas praetendiren; non enim utiliter gestit.
2) Entschädigung in Ansehung der Zinnsen, wenn er Geld zum Besten des Domini aufgewendet hat, wovon er Zinnsen hätte nehmen können. Dies kommt öfters bei den Vormündern vor. L. 19. §. 4. et L. 18. C. h. t.
3) Liberationem ab obligationibus: Z. E. wenn er sich ver-

verbürgt oder zum Besten des Domini negotiorum sein Vermögen verpfändet hat.

§. 426. Er kann Indemnitatem praetendiren, auch wo es den Schein nicht hat, daß er etwas praetendiren könne:

1) wenn Error in persona begangen worden; sufficit, negotium utiliter esse gestum: z. E. mein Vetter ist gestorben und ich glaube meine Schwester sey Universal-Erbin. Ich gehe also zu den Gläubigern und Schuldnern und mache hie und da Richtigkeit, damit meine Schwester nachher keine Weitläuftigkeit haben soll. Wie das Testament eröfnet wird, ist ein Fremder Erbe ꝛc. Conferatur L. 45. §. ult. h. t. da steht dies Beispiel.

2) Es thut auch nichts: quod quis improbe ad aliena negotia accessit.

Improbe, i. e. mala fide et depraedandi causa. L. 6. §. 3. D. h. t.

3) thuts auch nichts, wenn negotiorum gestio keinen Effect gehabt, i. e. wenn der Nutzen, der durch das Negotium befördert worden, Casu wieder weggefallen: z. E. ich lasse meines Nachbars Haus repariren, und nachher ehe er heim kommt brennts ab. Rat. sobald das Negotium utiliter gestum ist, ist auch der Dominus negotiorum verbunden, den negotiorum gestorem zu indemnisiren. Im L. 10. §. 1. h. t. stehen zwei Beispiele; z. E. Ich heile deinen krank gewordenen Knecht, er wird recidiv und stirbt. — Ich unterstütze deine Insel mit einem festen Damm, die Flut steigt höher oder Feuer verheert sie ꝛc. Casum vero sentit dominus, also fällt durch einen Zufall die Verbindlichkeit nicht weg.

Doch ist es anders, si negotium ab initio inutiliter gestum est, i. e.

a) wenn der N. gestor keine gute Absicht gehabt hat.

b) wenn er an dem erforderlichen Fleis es hat ermangeln lassen. Denn:

Utiliter gessit heist: si alicui nihil perfidiae nec diligentiae omissae rationabiliter exigendae, tribui potest. Conferatur L. 10. §. 1. L. 22. L. 12. §. ult. D. h. t. Also ist es nicht schlechterdings nothwendig, daß der N. gestor würklich Nutzen geschaft haben müsse, wenn nur die Absicht gut war und nichts am Fleis gesparet worden.

LIB. III. TIT. VI.

De Calumniatoribus.

§. 427. Calumnia heißt 1) in sensu grammatico so viel als: Cavillatio, jede Chicane, 2) heißt Calumniator in sensu iuris einer der da weis, daß ihm kein Recht zusteht, und mir gleichwohl einen Proceß an den Hals wirft, oder werfen will; 3) in hoc titulo: einer der Geld nimmt, eo fine, vt a calumnia desistat: z. E. Ich gehe in die Kirche, um mich mit Mademoiselle Y trauen zu lassen. Auf dem Weg kommt ein Mensch und hält mir ein Kind vor, das sie für das Meinige ausgiebt. Ich bringe sie eilends mit Geld zum Stillschweigen. Aber, ob sie gleich noch keinen Proceß angefangen, sondern mir damit gedroht hat, so klage ich doch gegen sie, wie gegen eine Calumniantin.

Dies ist merkwürdig, denn es folgt daraus, daß Calumnia unter diejenigen Delicta gehört, wo die Regel gilt: conatus habetur pro delicto perpetrato, dergleichen wir wenige haben. Doch ist erforderlich, daß der Conatus sich auf eine und eben dieselbe Art müsse geäußert haben. Conferatur L. 7. §. 2. D. h. t. Obs. In den vorigen Zeiten wurde den Calumniatoribus ein K auf die Stirne gebrennt. Wer daher noch kein K hatte, hies vir integrae frontis, welches freilich noch keine grose Ehre war.

§. 428. Gegen die Calumniatores ist ein Edictum praetoris (L. 1. D. h. t.) ergangen. Dies Edictum erlaubt gegen den Calumniatorem unter zweyen Voraussetzungen zu klagen:

1) Si calumniator *pecuniam* acceperit, i. e. quodlibet commodum s. lucrum. Und dies in der Absicht:
2) ut calumniae causa alteri negotium faceret vel non faceret. *Negotium* h. l. iniusta vexatio.

Qu. Warum denn, um sie zu unterlassen? Rsp. Der Calumniator bleibt doch immer tadelhaft und strafbar, daß er Geld genommen um die Chicane zu unterlassen; er hätte sie freiwillig unterlassen sollen, ohne Geld zu nehmen: z. E. Ein Mädchen will meinen Freund boshafter Weise zu Schanden machen; ich gebe ihr ein Stück Geld, ne faciat. Sie ist doch eine Calumniantin.

§. 429

§. 429. Die Klage heißt: Actio in factum de calumniatoribus. Dabei haben wir drei Punkte zu bemerken.

1) Der erste Punkt: worauf geht die Klage?

Rsp. intra annum, in quadruplum, post annum, in simplum.

Der Annus fängt sich an: a momento, quo pecunia est data. L. 6. D. h. t.

2) Der zweyte Punkt: wer kann sie anstellen?

Rsp. Blos derjenige, dem die Chicane gemacht worden oder hat gemacht werden sollen. Also ein Tertius, nicht für seinen Freund, will der wegen seines Geldes klagen, so heißt sie: condictio ob turpem causam wozu erfordert wird:

a) Der Geber muß in honesta causa versiren.

b) Der acceptans in fraude.

3) Der dritte Punkt: gegen wen sie angestellt werden könne?

Rsp. Lediglich contra calumniatorem: also

a) nicht gegen die Erben. Rat. sie ist eine Actio poenalis.

b) Auch nicht contra eum, qui pecuniam dedit, ut alteri *negotium* moveretur. Hier findet blos Actio iniuriarum statt.

§. 430. Qu. Ob die Actiones poenales in duplum, triplum, quadruplum noch bei uns statt finden? Dies ist sehr controvers. Die Auctores die hierüber gestritten haben sind folgende:

Struv. alleg. loco läugnet es, daß sie noch in Usu seyen.

Brunnemann und Schilter widerlegen ihn.

Thomasius de usu actionum poenalium vertheidigt den Struv.

Berger de eod. argumento widerlegt ihn.

Thomasius in notis ad institutiones in titulo de actionibus vertheidigt sich.

Leyser Spec. 56. med. 1 und 2 refutirt den Thomasius.

Die Gründe sind auf der einen Seite:

1) Heut zu Tage habe das Ius puniendi lediglich die Obrigkeit, also die Privatpersonen können nicht strafen. Rsp. Dies ist petitio principii. Denn dadurch ist das Ius der Privatpersonen, Strafe zu nehmen, nicht ausgeschlossen. Handwerker strafen ihre Mitmeister, die Obrigkeit straft dennoch auch.

2) Man

2) Man hätte kein Exempel, daß dergleichen Strafen bei uns cum effectu wären angestellt worden. Rsp. Quod negandum! Die Gegner sollen es beweisen, sie können es nicht; denn in Bergers Schriften, Hopp, Brunnemann und Heineccius kommen Exempel vor, daß sie angestellt worden. Allein wenn wir auch das zugeben, so folgt das doch noch nicht, was die Gegner behaupten. Hieher gehört auch der: §. 93. compendii nostri, wo es heist: Solus non usus non abrogat legem. Dies gilt vorzüglich von einem Lege permissiva. Kann man denn sagen: weil hie oder da in 100 Jahren Keiner gehängt worden, also darf keiner mehr gehängt werden?

Ferner man kann nicht sagen: daß die Strafen auf unsere Zeiten nicht passen, denn die neuen Leges würden sie gewis nicht wieder anbefohlen haben, wovon wir im Würtembergischen Landrecht ein Exempel finden, welches nämlich beim Deposito miserabili die poenam dupli statuirt.

LIB. IV. TIT. I.

De in integrum Restitutionibus.

§. 431. Restituere:

1) in sensu lat. et grammat. reficere: reparare: e. g. Iulius Caesar, qui oppida et vicos restituere iussit.

2) stricte: redhibere, uti in restitutione pignoris, depositi, spoliatorum etc.

3) *Restitutio in integrum* in sensu iuris generaliori est reductio in statum pristinum amissum — also: Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Sie kommt sowohl in Causa civili als Causa criminali vor.

I. In causa criminali. Da wird sie eingetheilt:

1) in restitutionem gratiae — wenn ein Verbrecher, nachdem er zu einer Strafe verdammt worden, ex mera gratia principis wieder in seinen vorigen Zustand versetzt wird.

2) In restitutionem iustitiae — wenn einer nach geschehener Verurtheilung seine Unschuld beweist und deswegen wieder in den vorigen Zustand versetzt wird.

II. In

II. In causa civili. Hier ist die Hellfeldische Definition ganz richtig. Sie ist ein beneficium subsidiarium, quo auctore iudice negotium stricto iure validum ob laesionem inde ortam ex aequitate rescinditur omniaque in pristinum statum reducuntur. Erläuterung des Begrifs.

1) Sie ist ein Beneficium subsidiarium, d. i. ein solches, welches statt findet, ubi aliud remedium laesionem emendandi deest. Es wird erfordert:

2) negotium stricto iure validum, i. e. actus validus, quae nimirum obligatio quaedam contracta sicque ius amissum est. Das ist aus dem Grund erforderlich, weil der Actus rescindirt werden soll.

3) Ist voraus zu setzen eine Laesio. Diese muß magni momenti seyn.

4) Der Laesus muß sine omni culpa laedirt worden seyn. Sonst gilt die Regel: Damnum quod quis sua culpa sentit, non sentire videtur. (Doch wird dies Requisitum so gar strenge nicht erfordert, wenn nur in praxi nicht notabilis culpa zu Schulden kam). Der Endzweck dieser Restitutionis in integrum ist: Rescissio. Rescindere, h. e. tollere effectum, qui in se iam adest.

§. 432. Vorausgesetzt wird, daß einer Laesus sey. Daß nun diesem geholfen werde, ist entweder in iure civili oder in iure praetorio gegründet. Im ersten Fall haben wir die Restitutionem civilem, im zweiten die Restitutionem praetoriam. Von der Restitutione civili merken wir uns folgende drei Beispiele:

1) Wenn einer über die Hälfte im Kauf verkürzt worden ist,

2) in sententia ex falsis instrumentis lata.

3) Bei dem Iuramento legali ob instrumenta noviter reperta.

Iuramentum legale ist derjenige Eid, den der Iudex permittente lege ex officio einem auferlegt hat: z. E. suppletorium s. purgatorium. Hier wenn ich per instrumenta noviter reperta zeigen kann, daß das Iuramentum legale falsch geschworen worden, so kann ich die Restitutionem in integrum suchen.

Die Restitutio in integrum findet nicht statt beim Iuramento delato, i. e. demjenigen Eid, der einem zugeschoben

oder

oder aufgetragen worden. Ratio: Der Eid ist eine gewisse Art von Transactionibus. Diese haben vim rei iudicatae; ergo etc.

§. 433. Die Restitutio in Integrum ist ein Beneficium iuris. Daher muß sie von dem, der sie verlangt, gebeten werden, ex regula: beneficia nemini obtruduntur. Doch macht man den Unterschied:

Die Laesion ist:

1) entweder liquid; hier kann der Richter die Restitutionem in integrum brevi manu ertheilen, i. e. si quis in iudicio contra gesta ex officio seu ad solam implorationem in integrum restituitur. Brevi manu, i. e. inaudita altera parte. Diese Restitution kommt also blos in processivalibus vor, aber da ist sie auch sehr gewöhnlich.
2) Oder altioris indaginis. Hier muß sie gebeten und der Gegner dagegen gehört werden, weil er vielleicht Exceptiones haben kann.

§. 434 — 35. Die Restitutio in integrum kann sowohl per modum actionis gebeten als per modum exceptionis vorgeschützt werden.

I. Per modum actionis — ubi negotium iam plene peractum est: z. E. ich habe ein um 100 Rthl. gekauftes Pferd, das kaum 30 werth ist, schon bezahlt. Negotium consummatum est; ich klage also und bitte wegen Verkürzung über die Hälfte um Restitutionem in integrum. Doch ist hier ein Unterschied zu machen, nämlich ich klage

1) entweder principaliter; so ist das Ius amissum
   a) l. personale — da muß in Foro domicilii geklagt werden,
   b) l. reale, e. g. ius servitutis ob absentiam amissum; da wird die Klage in Foro rei sitae angestellt. L. ult. C. ubi in rem actio etc.
2) Oder incidenter; hier muß die Restitutio in integrum bei dem Richter gesucht werden, ubi lis pendet, weil sie als ein pars litis anzusehen ist.

II. Per modum exceptionis — wenn das Negotium, in welchem einer laedirt worden, noch nicht vom Laedente erfüllt worden und der andere Theil auf die Erfüllung klagt. Hier muß die Restitutio wieder bei dem Iudice ubi lis pendet nachgesucht werden.

Anmer-

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0286
DFG

Anmerkung: in foro contractus aber gehts niemals an, daß ich die Restitutionem in integrum suche. Ratio: in foro contractus kann nur auf Erfüllung des Contracts, nicht aber auf Rescission geklagt werden.

Qu. Wie muß sie gesucht werden? Rsp. Was den Modum der Klage betrift, so glaubt Huber und Oldendorp es müsten zwey Klagen angestellt werden.

1) Iudicium l. actio rescindens, i. e. eine Klage, worinn man Causam restitutionis anführt und das Petitum formirt, daß diese Restitutio in integrum ertheilt werden möchte. Obtinirte man in diesem Iudicio, so müste alsdenn

2) Iudicium rescissorium angestellt werden, i. e. die Actio, welche stricto iure verlohren war, durch die Restitutionem in integrum aber wieder erlangt worden: z. E. ich wäre abwesend gewesen und in dieser Abwesenheit hätte jemand per praescriptionem mein Landgut in Besitz genommen; nun aber käme ich zurück, so müste ich um mein Landgut wieder zu erlangen, das Iudicium rescindens anstellen. Obtinire ich, so muß ich alsdenn auch das Iudicium rescissorium anstellen.

Secundum ius rom. wurde auf diese Weise ohne Zweifel procedirt. Conferatur

Johann Christian Woltär in observ. Iuris Num. 23. Allein nach dem Iure hodierno sind diese Klagen nicht in usu, denn die letztere ist eine unmittelbare Folge von der vorhergehenden und beide werden in ein Libell gebracht.

§. 436. Restitutio in integrum est remedium subsidiarium. Daher:

1) findet sie nicht statt, wo die Negotia gesta schon an sich null und nichtig sind. Was null ist, braucht nicht rescindirt zu werden, es kann gleich per rei vindicationem geschehen. Sie findet auch nicht statt:

2) wo die Laesio actione ordinaria abgewendet werden kann. Doch aber giebt es Ausnahmen, nämlich: nisi restitutio sit pingius remedium. Dies kann sie seyn:

a) wenn die Actio ordinaria nicht hinreicht, eine Laesion abzuwenden: z. E. ein Advokat hat mir culpose meinen Proceß verlohren; er hat nichts, folglich würde

Actio ordinaria mir nichts helfen — da kann also Restitutio in integrum angestellt werden.

b) Wenn Actio ordinaria difficilis executionis ist. Da wird auch erlaubt, daß ich die Restitutionem in integrum mit der Actione ordinaria cumulire.

§. 437. Folgen aus dem ersten Satz im Spho. Sie findet nicht statt:

1) wenn ich in dem Contractu bonae fidei laedirt worden bin. Denn da kann ich auf andere Art entschädigt werden, ich darf id quod interest praetendiren. Doch versteht sich die Ausnahme: nisi restitutio pinguior sit.

Conferatur Boehmer. tract. de actionibus Sect. II. Cap. XI. §. 43.

2) Bei Contractibus stricti iuris findet die Restitutio in integrum statt, wenn einer per vim, errorem, dolum etc. laedirt worden.

3) Findet sie auch statt in solchen Fällen, wo einer ex lapsu temporis ist laedirt worden: z. E. ich habe ohne Schuld Fatalia versäumt — wenn ein Urthel rechtskräftig gegen mich worden: z. E. ich habe einen Proceß und denke: es kann nicht anders kommen, ich muß eine favorable Sentenz bekommen. Mein Advokat ist weit entfernt, er erhält ein widriges Urthel und hat keine Succumbenz-Gelder, da wirds also rechtskräftig; danda igitur est restitutio in integrum.

§. 438. Laesio muß ex ipso negotio resultans seyn. Daraus folgt:

1) daß also die Restitutio in integrum nicht statt findet, wenn einer Casu fortuito laedirt worden:

2) auch nicht, wenn einer durch seine eigne Schuld laedirt worden: z. E. ich will meinen Schimmel Hungerleiden lehren und er crepirt. Culpa mea id factum est, ergo Restitutio in integrum locum non habet.

3) Das Fundamentum actionis muß bewiesen werden, es müste denn Laesio per se liquida seyn, i. e. die aus dem Negotio sogleich erhellt.

Qu. Ob denn eine Laesio ultra dimidium contra ultimas voluntates statt finde? Rsp. Nein! Denn es ist einer entweder rechtmäsiger Weise exheredirt worden; da ist er nicht laedirt: z. E. der Sohn hat seinen Vater geprügelt, und

nun

nun sagt er dafür im Testament: filius meus exheres esto! Hier findet keine Restitutio in integrum statt; oder unrechtmäsiger Weise; Auch hier findet sie nicht statt, weil es ordinarias actiones giebt, ad laesionem avertendam: z. E. die querela inofficiosi etc.

§. 439. Sie muß iusto tempore gesucht werden. Iustum tempus war oben annus utilis, wozu blos Gerichtstage gezählet werden. Iustinian aber hat endlich ein Quadriennium continuum constituirt. Conferatur L. ult. Cod. de temporibus in integrum restitutionis. Nach diesem L. soll intra quadriennium die ganze Sache aus seyn. Bei uns aber ist es genug, wenn nur intra hoc tempus die Klage angestellt worden. Denn es ist nicht allemal möglich, die Sache in so kurzer Zeit zu enden, weil alles schriftlich verhandelt werden muß. Das Quadriennium fängt sich, wie Hellfeld sagt, an: a tempore, quo ius agendi non amplius fuit impeditum. Allein das ist vag. Es läst sich auch nichts genau bestimmen. Denn jede Species der Restitutionis in integrum hat hierinn etwas besonders. Das Quadriennium leidet eine Ausnahme, wenn Restitutio in integrum ex capite doli gesucht wird, da muß sie intra biennium continuum gesucht werden:

1) weil Iustinian in L. ult. Cod. de tempor. in integrum restitut. blos von denjenigen Restitutionibus I. I. handelt, wo damals annus utilis observirt werden muste. Bei der Restitutione in integrum ex capite doli durfte aber schon damals nicht mehr annus utilis observirt werden, weil das biennium continuum verordnet war, welches Iustinia schon in seinen Codicem aufgenommen hatte.

Wie aber, wenn das Quadriennium vorüber ist, kann ich mir denn da gar nicht mehr helfen? Rsp. Ja! aber ein weit mühsamers Mittel ist noch übrig, und dies ist die Actio in factum. Da erlange ich aber blos Reparationem damni. Conferatur Hommelii rhapsodia observ. 613.

§. 440. Restitutio in integrum erfordert iustam causam. Diese Causa ist nicht Laesio, wie manche Rechtslehrer behaupten, sondern *id, unde oritur laesio, propter quam restitutio in integrum facienda:* z. E. dolus, metus etc. Haec causa est:

I. vel generalis; Hier heißt die Wiedereinsetzung: Restitutio in integrum ex clausula praetoris generali, von welcher §. 471. gehandelt wird. Hier nur so viel: Bei dieser Restitution muß der Laesus dociren, daß er ohne alle Schuld in Schaden gekommen ist.

II. l. specialis s. in iure determinata, i. e. ea, quae nominatim in legibus pro iusta restitutionis causa declarata est, v. g. vis, metus etc. Hier hat auch die Wiedereinsetzung den Namen: Restitutio in integrum ex causa speciali; bei welcher praesumirt wird, daß der Laesus ohne sein Verschulden in Schaden gekommen ist. Aber die Laesio selbst muß indistincte bewiesen werden.

§. 441. In diesem und dem folgenden Spho ist von den Wirkungen der Restitution die Rede. Sie sind:

I. Effectus petitae restitutionis. Dahin gehört, daß causae cognitio angestellt wird — weil untersucht werden muß, ob eine Laesio da, oder ob die Causa iusta sey — und einstweilen alles in statu quo bleibt.

Qu. Wie? wenn contra sententiam restitutio in integrum gesucht wird, kann da der Richter mit der Exsecution auch nicht fortfahren?

Rsp. Nach dem Iure Romano ist es ausgemacht, daß er es nicht kann, obgleich einige Rechtslehrer ex Cap. 6. D. h. t. die gegenseitige Meynung herleiten wollen. Wir aber finden dort gerade das römische Recht bestättigt. Daher die Regel: daß die Exsecution nur gesucht werden könne, wenn die Laesion illiquid ist und aus der Exsecution kein unersetzlicher Schade entsteht.

§. 442. II. Effectus impetratae restitutionis sind: daß das Negotium stricto iure validum rescindirt und alles wieder in den vorigen Stand gesetzt werde, und zwar nicht blos auf Seiten des Laesi allein, sondern auch auf Seiten des andern: z. E. ich hätte für den gekauften Wallachen noch einmal so viel gegeben, als er werth ist. Die Billigkeit erfordert, daß beide Theile indemnisirt werden müssen. Daraus folgt, daß derjenige, welcher in processualibus die Restitutionem in integrum erhält, dem andern die Proceßunkosten ersetzen muß. Es ist dies richtig, ob es gleich paradox scheinen mag; denn sonst würde der andere Theil in Schaden kommen.

§. 443.

§. 443. Qu. 1. Wem das Remedium restitutionis in integrum zustehe? Rsp.

Dem Laeso und dessen Erben. Letztere haben es wenigstens *ex persona defuncti*. Es ist also ein Beneficium in heredes transitorium.

Qu. 2. Ob die Successores singulares (qui non titulo hereditatis sed singulari succedunt) das remedium restitutionis in integrum haben? Rsp. Es kommt auf den Unterschied an. Das Remedium ist l. personale, quod soli personae competit, cui datum est; l. reale, quod aliis quoque ex persona eius, cui datum est, competit. Viele Juristen sagen nun, ein solches Remedium reale könnten Successores universales und singulares brauchen. Ihre Gründe sind diese:

a) viele L. z. E. L. 6. D. h. t. sprechen den Successoribus dies Remedium reale zu; aber das Wort: Successoribus ist nicht bestimmt genug. Die Leges sagen also nichts deutlich:

b) Sagt man, die Laesio betreffe nicht die Person des Defuncti allein, sondern bona eius; daher müsse das Remedium auch allen Successoribus zukommen.

Allein es ist ausgemacht, daß nur denjenigen Minoribus, die *causam individuam* (de causa individua loquitur §. 459.) haben, das Remedium restitutionis in integrum zukomme. Die mehresten Practici nehmen aber demohngeachtet dies Remedium als ein reale an.

Caut. Doch thust du wohl, wenn du dir das Remedium von dem Minderjährigen cediren lässest, ex iure cesso kannst du dann die Restitutionem in integrum sine dubio erhalten.

Contra laedentem kann ich Restitutionem in integrum suchen; ausgenommen (sagt das I. Roman.) sind diejenigen, denen ich Ehrerbietung schuldig bin, weil mit dem Gesuch immer der Vorwurf einer Unbilligkeit und Ungerechtigkeit verbunden ist. Doch sind zwey Einschränkungen:

1) daß der Restitutions-Gesuch nicht immediate contra patrem gerichtet werde; denn da ist es erlaubt, wenn ichs nicht unmittelbar an ihn richte.

2) Daß Parentes leiblich seyn müssen, wenn er nicht statt finden soll.

Statt findet er also:

a) contra vitricum et patrem adoptantem,
b) contra matrem Ilda vice nubentem.
Conferatur Nov. 155.

Jedoch in den Fällen, wo gegen die Eltern die Restitutio in integrum nicht statt findet, kann doch die Actio in factum gebraucht werden, nur so, daß man sich dabey aller harten Ausdrücke enthalte.

LIB. IV. TIT. II.

Quod metus causa gestum erit.

§. 444. Die erste Causa specialis restitutionis in integrum ist *metus*.

Metus muß wohl unterschieden werden von Luctu und Moestitia. Luctus ist etwas unangenehmes, das vorüber ist: z. E. über einen Todesfall; Moestitia geht auf malum praesens; Metus aber auf malum instans futurum. Wenn ich in metu bin, so trift mich 1) ein bevorstehendes Uebel, falls ich anders handle, als es derjenige will, der mir Metum inferirt. 2) In metu muß vis liegen. Ich sehe voraus, daß wenn ich anders handle, ich auch etwas anders zu besorgen habe. Dies ist vis indirecta. Conferatur L. 1. et 3. D. h. t.

Nun sehen hier die Römer auf die Beschaffenheit des Negotii, quod metu extortum erat. War es kein Contract, so war es ohnehin null und nichtig, und bedurfte folglich keiner Restitution, wie z. E. ein Testament, eine Zeugschaft. Mehrere Beispiele sieh in der Note o) bei Hellfeld. War es aber im Contract, so sah man wieder auf den Unterschied:

1) zwischen einem Contractu bonae fidei, welcher als erzwungen wieder nichtig war, und wo man also auch wieder keine Restitution nöthig hatte. Ausgenommen, es müste die Restitutio in integrum ein pinguius remedium seyn, als die Actio ordinaria. Daß sie übrigens bei Contractibus bonae fidei zugelassen worden, beweist Boehmer ex L. 4. §. 7. 12. C. h. t. und er scheint Recht zu haben. Conferatur Eius tractatus de Actionibus Sect. II. c. 11. §. 43.

2) und

2) und einem Contractu stricti iuris. Da fand die Restitutio in integrum statt, denn das Fundamentum obligationis beruhte hier blos auf der Solennitate verborum. Dies war unbillig; deswegen wurde L. 1. D. h. t. die Restitutio in integrum gegeben.

Obs. Daß hodie der Unterschied zwischen den Contractibus bonae fidei und stricti iuris ganz wegfalle, ist bereits erinnert worden.

§. 445. Metus est causa restitutionis in integrum in LL. determinata. Doch vorausgesetzt, daß metus

1) *iniustus* sey in Beziehung auf den Inferentem, i. e. wenn mir derjenige eine Furcht einjagt, der kein Recht dazu hat. Also findet die Restitutio nicht statt:
   a) wenn sie a magistratu iusto modo inferirt worden:
   b) wenn sie a privato mit Recht inferirt wird: z. E. ich pfände dich, wenn ich dich auf meinem Feld ertappe.

§. 446. 2) *Iustus* in Beziehung auf den Laesum, i. e. metus non vanus, h. e. talis metus, qui cadit in virum constantem. Ob metus vanus s. non vanus sey, muß per arbitrium iudicis beurtheilt werden. *Vanus* ist die Furcht:
   a) Si metus reverentialis est, i. e. si quis solius reverentiae intuitu consentit. Dies trift gemeiniglich beim gemeinen Mann zu.
   b) si nullae minae concomitantur. — Hier muß aber doch auf die Umstände mit Rücksicht genommen werden. Nämlich, es kann doch bisweilen die Restitutio in integrum gebeten werden, wenn man weis, daß die und die Person Gewalt braucht, wenn man ihr nicht zu Willen lebt. Leyser hat ein Beispiel hievon Spec. 58. med. 2. und 3.
   c) si facti non est metuenda atrocitas. Wenn z. E. die bedrohte Handlung nicht so beschaffen ist, daß man daraus Nachtheil zu befürchten hätte.
   d) Wenn einer Drohungen braucht, dem der Effect dazu mangelt.

§. 447. Vis und Metus sind Causae restitutionis in integrum und stehen nach dem L. 1. und 3. D. h. t. in der genausten Verwandschaft (§. 444). Vis ist jedoch nicht qua vis pro causa restitutionis zu halten; sondern man muß distinguiren:

1) inter vim *defensivam* — wegen dieser kann keine Restitutio in integrum verlangt werden. Nach der Regel: qui iure suo utitur neminem laedit.
2) Vim offensivam. Diese aber ist wieder einzutheilen:
   a) in vim *compulsivam*, i. e. qua quis ad quid agendum compellitur. Hier findet einzig und allein Restitutio in integrum statt.
   b) — et non compulsivam. Hier findet sie nicht statt, denn es sind Actiones ordinariae da.

Also findet sie nicht statt:

1) *ob vim ablativam*, qua alicui res mobilis eripitur. Denn hier dienet: Actio de vi bonorum raptorum et actio furti manifesti.
2) *ob vim expulsivam*, qua alicui res immobilis eripitur. denn da hat man das Edictum: unde vi l. actionem spolii.
3) ob vim turbativam — wo der ruhige Besitz gestört wird — da hat man hodie das Possessorium summarissimum, sonst aber das Interdictum, uti possidetis.

§. 448. Alle Restitutiones in integrum können gesucht werden: 1) per modum actionis et 2) exceptionis; also auch die Restitutio ex capite metus. Im ersten Fall ist die Klage: Actio metus causa, und wird genennt:

a) *Actio arbitraria*,
b) *Actio poenalis*; non quidem per se, sed accedente alterius contumacia.
c) *Actio in rem scripta* — weil sie nicht blos gegen den angestellt werden kann, qui vim intulit, sondern gegen jeden Besitzer von der re metu extorta.

§. 449. Qu. 1. Wem stehet diese Klage zu? Rsp.

A) dem Laeso, ohne Unterschied, er mag aus Furcht etwas a) versprochen, b) gegeben, c) oder remittirt haben. Es thut auch nichts, er mag in re licita oder illicita versirt haben.

[*illicita etc.*] z. E. einer wird in stupro oder adulterio betroffen. Der Ehemann kommt dazu und erpreßt eine Summe Geldes von ihm. Hier kann er dennoch Restitutionem in integrum suchen, denn der Praetor sieht blos auf das Factum laedentis. L. 7. §. 1. et L. 8. D. h. t.

B) den

B) den Erben des Laesi.

C) Den Bürgen, ohne Unterschied, i. e. es mag der Bürge selbst gezwungen worden seyn, oder nicht, so ists genug, wenn nur der Hauptschuldner gezwungen worden ist.

Qu. 2. Gegen wen kann Restitutio in integrum ex capite metus gesucht werden?

Rsp. I. *Contra eum, qui laesit.* Sollten es mehrere seyn, so gilt die Regel: plures tenentur in solidum, ita tamen, ut uno solvente, reliqui liberentur, weil doch nur ein Schaden da ist.

Einige Rechtslehrer erörtern auch noch die Frage: Ob die Restitutio ex capite metus auch gegen die Erben gesucht werden könne? und beantworten sie mit einer Distinction zwischen dem römischen und kanonischen Recht. Nach ersterem wird die Frage, wie billig, verneint; es wäre denn, daß etwas davon auf die Erben gekommen wäre. Nach letzterem hingegen, glauben sie, solche zulassen zu müssen. Das Ius canonicum statuire hier die Restitution zwar aus einem sonderbaren Grund — nämlich um dem Fegfeuer zu entgehen — da inzwischen die Verordnung billig sey, so werde sie in praxi befolgt ꝛc. Allein contra eos merken wir: der Satz des Römers ist: von dem Erben kann ich nichts begehren, wenn er nicht facto antecessoris locupletior geworden. Das römische Recht ist bei uns in complexu recipirt. Im kanonischen Recht finden wir deshalb keinen Generalsatz. Die in der Note c) allegirten Capita enthalten blos Ausnahmen. Es erhellet also vielmehr, daß das kanonische Recht nur habe eine Ausnahme machen und das Ius romanum in einigen Fällen modificiren, keineswegs aber demselben derogiren wollen. Dies ist den Regeln einer gesunden Interpretation gemäß, und das Ius canonicum hat nur in gewissen Materien den Vorzug vor dem römischen Recht, keineswegs aber überall. Doch, wie gesagt, in praxi gehts nach obiger Meynung. Uebrigens kommt nichts drauf an, ob die Res metu extorta noch vorhanden, oder consummirt ist. Ratio: consumtio enim non est modus tollendi obligationem. Ja, es muß in diesem Fall sogar heres heredis haften, wenn nämlich etwas auf ihn gekommen ist; denn diese Obligatio ist Obligatio perpetua et ad quoscunque heredes transitoria.

2) Gegen alle Besitzer der Rei metu extortae, weil die

Actio quod metus causa eine Actio in rem scripta ist. (§. 448.) In regula gehen zwar die Restitutiones in integrum contra laedentem und nicht contra tertium, aber hier und in Restitutione ex capite minorennitatis ist eine Ausnahme.

3) Sie findet auch statt gegen diejenigen, die zwar nichts besitzen, aber doch ein Lucrum aus dem Facto violento s. metu extorto haben. Z. E. ich hätte eine Handschrift ausgestellt, und einer hätte sich für mich verbürgt. Nun geht der Bürge hin, und prügelt den Creditorem so lang, bis er die Handschrift hergiebt. Hier kann mich doch der Gläubiger zwingen, daß ich ihm eine andere Handschrift gebe und zwar per Act. quod metus causa. Conf. L. 9. §. ult. L. 10 et 11. D. h. t.

§. 450. Qu. 3. Worauf wird die Actio quod metus causa gerichtet? Rsp. Sie geht dahin, daß die Laesion ersetzt, kurz, alles wieder in den vorigen Zustand soll hergestellt werden. Also muß die Res metu extorta dem Laeso wieder zugestellt werden. Wie aber, wenn sie nicht mehr vorhanden ist? Rsp. Es wird geklagt:

1) entweder gegen denjenigen, qui metum intulit eoque rem extorsit; dieser muß indistincte pro re metu extorta haften, i. e. er muß id, quod interest praestiren und für alle Früchte stehen ꝛc.

2) Oder contra tertium possessorem. Da ist zu distinguiren:

a) inter malae fidei possessorem — dieser muß wieder für die Sache stehen und also id quod interest praestiren.

b) et bonae fidei possessorem. Von diesem kann nichts gefordert werden, denn er ist instar domini; doch quatenus locupletior factus est, muß er wieder ersetzen.

Anmerkung: die Actio quod metus causa gieng de omni causa aufs Quadruplum: jedoch konnte das Quadruplum nur sub his requisitis gefordert werden:

1) wenn Actio iusto tempore instituta ist.

2) Wenn Reus contumax ist, z. E. wenn er dem Arbitrio praetoris nicht Folge leistet. Der Umstand ist merkwürdig; denn Actio quod metus causa ist an und für

sich

sich nicht poenalis, sondern sie wird es durch die Contumaciam.

Conf. Wernheri observ. forenses Part. III. observ. 24.

§. 451. Fälle, wo die Actio metus causa nicht statt findet:

1) wenn Laesus das Negotium metu extortum ratihabirt hat. Es ist gleich viel, ob expresse oder *tacite*, z. E. ich werde gezwungen mich mit einem Mädgen zu verloben.

2) Wenn Annus utilis. oder quadriennium (de iure novo) verlaufen. Doch in soferne, als einer nur ad simplum klagen will, da wird die Klage verjährt. Verjährt werden sie intra idem tempus, wie die Actiones reales, deren Natur sie imitiren.

LIB. IV. TIT. III.

De Dolo malo.

§. 452. Die andere Causa specialis restitutionis in integrum ist Dolus. Dolus in genere est propositum alterum laedendi. Hoc loco aber ist die bloße Absicht zu verkürzen nicht hinreichend, sondern wahre Laesion, wirkliche Verkürzung muß daraus entstanden seyn. Dolus wird nun aber begangen:

1) l. in negotio bonae fidei. Da kommts auf einen Unterschied an. Dolus ist
   a) l. *causam dans* — hieraus entsteht nullitas negotii,
   b) l. *incidens* — da kann auf id quod interest geklagt werden. Also in beiden Fällen findet die Restitution nicht statt.

2) l. in negotio stricti iuris. Da wurde kein Dolus beabsichtigt, es wäre denn, daß die Contrahenten stipulirt hätten: dolus non restituatur. Hier also gab der Praetor die Restitutionem in integrum sowohl ob dolum causam dantem, als incidentem.

§. 453. Das Generale ist: was von der Restitutione in integrum überhaupt gilt, das gilt auch von der Restitutione

tione in integrum ex capite doli. Z. E. daß der Richter Causae cognitionem anstellen muß ꝛc. (Conf. §. 435.)

§. 454. Restitutio in integrum ex causa doli kann sowohl per modum actionis, als per modum exceptionis angestellt werden. Im erstern Fall heist sie: Actio doli praetoria; im letztern: Exceptio doli praetoria.

I. Die Actio doli praetoria differirt von der Actione quod metus causa auf eine gedoppelte Art:

1) Sie ist Actio famosa, i. e. ubi reus condemnatus famam amittit; das ist aber Actio quod metus causa nicht.
2) Actio quod metus causa ist eine Actio in rem scripta; Actio doli praetoria nicht.

Qu. Cui competit?

Rſ. Laeso eiusque heredibus.

Qu. 2) Contra quem institui potest?

Rsp. Contra decipientem tantum; non vero contra heredes: secundum Ius Romanum. — Nach dem kanonischen Recht auch gegen die Erben, so ferne man auf Schadensersetzung klagt.

Non vero locum habet contra tertium; ne quidem contra principalem, si procurator deceperit; si tutor deceperit, contra tutorem agitur, non contra pupillum.

Qu. 3) Quem finem habeat?

Rsp. ut restitutio fiat a decipiente, l. si rem dolo acquisitam restituere nequeat, id quod interest praestetur.

In der Regel richtet man die Actionem doli nicht auf id, quod interest ein, sondern auf rem dolo detractam. Doch giebts einige Fälle, wo gleich id quod interest gefordert werden kann; nämlich:

1) wenn ich gewiß weis, daß Res nicht mehr vorhanden ist.
2) Wenn der Betrogene nichts auf den Betrüger transferirt.

II. Die Exceptio doli praetoria ist vorhanden, wenn ich dem Kläger opponire, daß er mich im Contract vorsetzlich betrogen hat. Ich bin also Reus, denn der andere klagt gegen mich, ut impleam id, quod promiseram. Die Exceptio doli ist aber nicht biennalis. Ueberhaupt findet bei denjenigen Exceptionibus, die nicht per modum actionis vorgetragen werden können, keine Praescription quoad tempus statt. Z. E. Ich habe etwas gekauft, der dolo-

sus

sus venditor hat mir die Sache gleich tradirt, ich hab aber den Kaufschilling noch. Hier muß ich warten, bis er gegen mich klagt. Eher kann ich von der Exceptione doli keinen Gebrauch machen, und wenn er 31 Jahre warten sollte.

§. 455. Actio de dolo findet nicht statt,

1) gegen Personen, denen man Ehrerbietung schuldig ist.
2) Wenn die Laesio nicht über zwey Aureos beträgt. Rat. denn der Praetor trug Bedenken, einer geringfügigen Sache wegen, eine Actionem famosam zu erlauben. Für zwey Aureos setzen die Praktiker zwey Ducaten.
3) Wenn schon biennium, a tempore doli commissi, verlaufen.

Doch findet hier Actio in factum statt, welche von der Actione doli vario modo differirt, nämlich:

1) sie ist keine Actio infamans.
2) Sie ist eine Actio perpetua, i. e. dauert 30 Jahr.
3) Sie geht blos auf Schadensersetzung, so weit nämlich der andere damno meo locupletior geworden ist.

LIB. IV. TIT. IV.

De minoribus XXV. annis.

§. 456. Zu den Causis restitutionis in integrum specialibus gehört 3. das minderjährige Alter des Laesi, weil er den gehörigen Verstand nicht hat. Doch ist ein Unterschied zu machen:

1) inter puberes; hier sind seine Negotia stricto iure valida, pubes mag cum oder sine auctoritate tutoris gehandelt haben. ex L. 101. D. de verborum obligationibus. In beiden Fällen bekommt er jedoch Restitutionem in integrum, vorausgesetzt, daß er laedirt worden. Sonderbar ists, daß Pubes sie suchen kann, ohne vorher den Vormund ausklagen zu müssen. L. 3. C. si tutor l. curator intervenerit.
2) Et impuberes. Diese haben das Negotium entweder ohne Genehmigung des Vormunds unternommen; so ist es null, und bedarf folglich keiner Restitution; oder sub auto-

autoritate tutoris; da ists ein Negotium validum. Jedoch wenn impubes die Laesion beweisen kann, so kommt ihm die Restitutio in integrum zu statten, der Praetor ertheilt sie ihm ob solam aetatem, wenn er darum bittet.

§. 457. Minderjährige sind, nach dem Iure Romano diejenigen, die das 25. Jahr noch nicht zurück gelegt haben. (§. 269.) Dieser Terminus minorennitatis ist eingeführt per legem Celsiam. Conf. L. 3. §. 3. D. h. t.

Es scheint, als hätte man sonst das Alter des Menschen auf 100 Jahre gesetzt, dies ist also der vierte Theil davon. Doch geht man in einigen Landen davon ab. In Sachsen und Preusen 21 Jahre, in einigen 20 und 18. bei Illustribus 4. z. E. in Iure Hamburgensi, in den sogenannten vier Landen. Wo keine Landesgesetze darüber disponiren, gehts nach dem Iure Romano.

NB. Es findet keine computatio civilis hiebei statt, sondern naturalis de die in diem, de momento in momentum. Ratio: weil die Computatio Civilis h. l. den Minderjährigen zum Nachtheil gereichen würde. L. 3. §. 3. D. h. t. Auch der Schalttag wird mit gerechnet, wenn der Minor in einem Schaltjahr gebohren ist; er darf zum Nachtheil des Minoris nicht abgezogen werden, er gehört mit zu seinem Jahr.

Es kommt nichts darauf an, ob ein solcher Minderjähriger, von dessen Laesion die Rede ist, Natus oder Nasciturus ist. Es verschlägt auch nichts, ob er Pater — oder Filius familias ist, denn die Ratio bleibt — lubricum iudicium.

Ferner — wenn er in dignitate ist — wenn die Obrigkeit die Handlung per decretum confirmirt hätte; er kann doch seine Restitutionem in integrum suchen.

§. 458. Minori praetor succurrit ob lubricum iudicium. Daher die Regel: Cessante ratione legis, cessat lex. Daher giebts Fälle, wo die Restitutio in integrum von ihm nicht gesucht werden kann:

1) z. E. in re artis: quam minor profitetur, z. E. ein Kaufmann, ein Baumeister, ein Doctor Iuris. Conf. Vinnius in selectis quaest. Iuris Lib. 1. cap. 13. Rat.

Ein

Ein deutliches Gesetz haben wir zwar nicht, sondern der Grund ist in aequitate und consuetudine zu suchen.

In aequitate — denn salvo pudore kann ein solcher Doctor Iuris gar nicht sagen, daß er die Sache nicht verstanden. Aber es wird freilich dazu erfordert, wie Hellfeld sagt: ut hic minor receptus sit in artificum numerum.

2) Nicht diejenigen, welche Veniam aetatis erhalten haben. Venia aetatis (Mündigsprechung) ist eine Declaration des Fürsten, nach welcher ein Minderjähriger für volljährig geachtet werden soll. *Rationem vid.* in L. 1. C. de his qui veniam aetatis impetrarunt, damit andere, die sich auf des Fürsten Wort verlassen, nicht in Schaden kommen sollen.

Jedoch wirkt die Venia aetatis mehr nicht, als dies, daß der Minderjährige die Handlungen, die er sonst cum curatore verrichten muste, jetzt sine curatore verrichten kann. Also ists Ausnahme bei denen Handlungen, die er nicht einmahl mit seinem Vormund expediren konnte. Z. E.

1) Veräuserung und Verpfändung unbeweglicher Güter; da hat die Venia aetatis nichts zu sagen. Er muß hiezu ein Decretum Magistratus haben.

3) Auch dann nicht, wenn sie sich des Beneficii unwürdig gemacht haben: z. E.

a) wenn sie sich boßhafter Weise für volljährig ausgeben und nicht sind. Rat. dolose agentibus nec succurrunt iura, nec beneficia.

b) Auch nicht Delinquenten, die mit einem großen Grad der Bosheit ein Verbrechen begangen haben: Rat. quia malitia supplet aetatem, i. e. die grosse Bosheit und List giebt zu erkennen, daß ihr Iudicium nicht lubricum sey.

c) Wenn sie das Negotium beschworen haben. Das gilt nach der Authent. sacramenti. Puberum C. si adversus vendit. Nach der Regel des Iuris Canonici: omnia pacta servanda sunt, quae salva salute aeterna servari possunt.

§. 459. Qu. Wem steht die Restitutio in integrum zu? Rsp.

1) dem Minori und

2) sei-

2) seinen Erben. NB. Es kommt nicht darauf an, ob der Erbe selbst minderjährig ist, oder nicht.

Qu. Kommt sie aber auch einem Tertio zu?

Rsp. Der Minderjährige wird entweder ex causa communi, oder ex causa propria restituirt.

1) *Ex causa communi*, i. e. einem solchen Grund, aus welchem auch ein Volljähriger restituirt werden kann. Z. E. ob dolum etc. Hier ists auser allem Zweifel, daß sie auch dem Tertio zukomme.

2) *Ex causa propria*, i. e. causa minorennitatis. Hier ist zu distinguiren. Der Minor hat

A) entweder pro tertio das Geschäft expedirt; hier soll der Minor dem Domino sein Ius restitutionis in integrum cediren, damit sich der Dominus desselben, wie ein Procurator in rem suam bedienen könne. Z. E. der Minor baut, da ich absens bin, zu meinem Schaden. Conf. L. 24. D. de minoribus.

B) Oder dies ist nicht. Hier ist der Tertius

a) aut consors; da hat er das Beneficium restitutionis in integrum, wenn er mit dem Minore in causa *individua* versirt.

b) aut alia persona accessoria: v. c. mandator, constitutor, fideiussor; hier machen Huber, Cocceji und andere den Unterschied: Man müsse sehen, ob der Bürge simpliciter gegeben sey, oder ob er in contemplatione iuris praetorii intercedirt habe. Im ersten Fall komme ihm die Restitution zu statten, im zweyten aber, wenn er sich in contemplatione iuris praetorii, i. e. in der Absicht verbürgt hat, daß er, wo der Minor nicht bezahlt, selbst zahlen wolle; da kommt sie ihm auch nicht zu statten.

Noch ist zu untersuchen, was causa *individua* sey. Sie ist vorhanden, ubi salvum esse non potest ius minoris, nisi illud etiam maior habeat. Z. E. Ich und mein Bruder haben ein Landgut und die Triftgerechtigkeit dieses Landguts auf einem andern, ist uns durch schändliche Nachlässigkeit in einem Proceß verlohren gegangen. Nun bin ich maiorenn und mein Bruder minorenn. Er kann Restitutionem in integrum suchen, und, weil die causa individua ist, so genieße ich dies Beneficium mit, quia salvum esse nequiret ius minoris, nisi etiam ego maior haberem.

Satz:

Satz: Wenn einer für einen Minorennen Bürge wird und der Minorennis wird laedirt, so kann dieser die Restitutionem in integrum verlangen, aber der Fideiussor nicht. Conf. L. 13. D. h. t. wo alle Fälle, die hier vorkommen können, auseinander gesetzt sind.

Dies ist klar L. 13. D. h. t. aber im erstern Fall, wenn der Bürge simpliciter datus ist, da sagen die ICti allegati, könne sich der Bürge des Beneficii restitutionis in integrum minorum bedienen. Das scheint jedoch unrichtig zu seyn. Es ist zwar der Fall im L. 13. D. h. t. enthalten, aber nur als Beispiel, welches der Zusammenhang des Gesetzes erklärt und zu erkennen giebt, daß die ganze Sache dem Arbitrio iudicis anheim zu stellen sey. Merke die Ausdrücke: *In causae cognitione versabitur etc.* und dann: *in summa, perpendendum est* — in allegata lege.

§. 460. Der Minor erhält die Restitutionem, es mag die Laesio seyn vel privativa, vel positiva. Daraus folgt, daß der Minor die Restitutionem in integrum nicht praetendiren könne:

1) wenn das Negotium zu seinem Vortheil gereicht, ob er gleich daraus eine Obligation bekommt. Z. E. ein Sohn will Meister werden, sich etabliren; der Vater schaft ihm dazu Leder an, kanns aber nicht bezahlen. Nun stirbt er und da der Sohn maiorenn wird, so will er nicht zahlen, indem er vorschützt, weil diese Obligation schon im Statu minorennitatis gemacht worden, so könne er Restitutionem in integrum suchen. Quod non! Rat. du hast so aus dem Negotio defuncti tui patris Nutzen gehabt.

2) Wenn eine Klage verlohren worden, die keinen reellen Nutzen hat, sondern blos auf Rache abzielt. Dahin gehören hauptsächlich die Actiones iniuriarum: Z. E. es hätte einer einen Minderjährigen einen Hundsfott geheisen. Nun will er, nachdem er maiorenn worden, erst Satisfaction haben. Rsp. Es geht nicht an, denn du hast aus der Klage keinen reellen Nutzen.

3) Wenn der Minderjährige durch einen blosen Zufall laedirt worden. Laesio muß ex ipso negotio resultans seyn: Z. E. der Minderjährige braucht ein Pferd zu seiner Arbeit. Der Vormund kauft ihm eins, wobei er nicht das geringste verkürzt worden. Kann er nun, wenns ihm

nachher durch einen ohngefähren Zufall crepirt, Restitutionem in integrum suchen? Rsp. Quod non! Es ist ein Casus für dich.

Ein anders aber ist es, wenn die Laesio ex casu mixto herrührt: Z. E. der Vormund hätte 6 Pferde gekauft, der Minor hätte sie gar nicht alle nöthig gehabt und es crepiren welche davon. Da hat sich culpa mit eingemischt und mithin kann der Minor die Restitutionem in integrum suchen.

§. 461. Contra quem restituitur? Rsp.

1) Contra laedentem et eius heredes — wenn auch der Laedens selbst ein Minderjähriger seyn sollte. Es möchte scheinen, als ob hier die Regel: (§. 105.) privilegiatus contra privilegiatum iure suo non utitur entgegen stünde. Allein die richtige Erklärung dieser Regel zeigt, daß sie nicht entgegen stehe. Conf. L. 34. D. h. t. et L. 11. §. 6. D. h. t.

Nach diesen beiden LL. soll der Unterschied beobachtet werden: Einer streitet

1) de damno evitando, der andere de lucro captando, hier findet die Restitutio in integrum statt.

2) Oder dies ist nicht; so findet auch die Restitutio ob collisionem privilegiorum (§. 150.) nicht statt.

Zusatz: Restitutio in integrum findet auch statt: contra filiumfamilias. Conf. L, 11. §. ult. D, h. t.

Endlich auch contra foeminam SCti Velleiani auxilio munitam: Der Hauptschuldner ist:

a) entweder zahlfähig; hier kann sich die verbürgte Frau des SCti Velleiani bedienen —

b) oder er ist unzahlfähig; hier kann sie sich ihres Privilegii nicht bedienen. Conf. L. 12. D. h. t.

Qu. Ob auch die Restitutio in integrum contra tertium possessorem statt finde? Dies ist eine wichtige Frage. (Z. E. der Käufer, der von mir das Landgut in meiner Minderjährigkeit gekauft hat, hat es nicht mehr.)

Rsp. Nur in drey Fällen findet sie statt:

1) Wenn der Tertius in mala fide versirt — z. E. mit dem Tutore concurrirt hätte.

2) Wenn der Minderjährige von dem, mit dem er contrahirt hat, nicht restituirt werden kann, weil er nicht zahlfähig ist.

3) Wenn

3) Wenn der Minderjährige zeigen kann, daß es ihm vortheilhafter sey, die Sachen selbst, als iustum pretium zu haben. Z. E. die Wiesen zu meinem Landgut sind in meiner Minderjährigkeit verkauft worden. Nun ist aber mein Landgut ruinirt, wenn ich die Wiesen nicht wieder bekomme; restituor ergo. Conf. L. 9 et 35. D. h. t.

Von diesen drei Fällen muß einer in der Klage angebracht werden, sonst wird man rund abgewiesen.

§. 462. Restitutio minorum hat eben den Endzweck, den die Restitutio in integrum überhaupt hat, nämlich, daß das Negotium in statum pristinum restituirt werden soll. Sie findet also nicht statt:

1) contra manumissionem servi. Denn in favorem libertatis hatten die Römer das Principium: libertas semel data revocari non potest.

2) contra matrimonium; weil selbst nach dem Iure Romano matrimonium omnis vitae consortium et individuam vitae consuetudinem enthält. Ex L. 1. D. de ritu nuptiarum. Bei uns ist dies noch unbezweifelter. Hingegen steht nicht entgegen: wenn er sich nur verlobt hat. Nur hat Boehmer eine sonderbare Meynung. Er glaubt: sola minorennitas wäre hinlänglich ad tollenda matrimonia. — Nein! Es muß auch Laesio bewiesen werden, wenn die Restitutio in integrum gesucht werden soll. Conf. Leyser Spec. 295. med. 8.

§. 463. Sie muß ebenfalls intra quadriennium gesucht werden. Es fängt sich an:

1) a momento adeptae maiorennitatis. Also nach dem Iur. Rom. am 1. Tag des 26. Jahres. Nach dem Sächsischen Recht, am 1. Tag des 22. Jahrs. Da läuft das Quadriennium.

2) a tempore veniae aetatis impetratae, ex L. 5. C. de temporibus restitut. in integrum. Doch läuft in diesem Fall das Quadriennium vor dem 25. Jahr nicht zu Ende: Z. E. in meinem 18. Jahre hätte ich mich an den Principem gewendet und veniam aetatis erlangt. Nun scheints, im 22sten wär das Quadriennium verlaufen. Der Lex allegata sagt: nein! erst mit dem Ablauf des 25sten Jahres. Doch ist der Terminus auch bisweilen später anzunehmen, nämlich, wenn der Minor

ein rechtmäsiges Impedimentum angeben kann, warum er nicht hat klagen können: Z. E. er hätte die Laesion nicht gewußt, und wollte erst in 8 Jahren klagen, so kann er es. Regula: Non valenti agere, non currit praescriptio.

Qu. In welcher Zeit die Erben des Minderjährigen die Restitution suchen müssen?

Rsp. distinguendo: der Minor laesus ist

1) entweder in minorennitate verstorben; da hat der Erbe das völlige Quadriennium; aber jedoch mit dem Unterschied: ob sie voll- oder minderjährig sind. Denn sind sie volljährig, so fängt die Zeit gleich ab adita hereditate an; sind sie minderjährig, so fängt es von der Zeit an, wo sie Maiorennes geworden sind.
2) Oder er ist nach erlangter Maiorennitaet, z. E. completo anno 25, gestorben, Hier hat der Erbe das tempus noch, das dem Defuncto übrig war. Z. E. der Defunctus starb im 27sten Jahr; da hat der Erbe noch 2 Jahre. Distingue tamen: der Erbe ist entweder selbst noch minor; da kann das Spatium nur gerechnet werden a maiorennitate completa, oder maiorennis, hier müssen die 3 Jahre, z. E. ab adita hereditate, angerechnet werden.

§. 464. Wenn ein Minor restitutionem in integrum sucht, so muß Causae cognitio von der Obrigkeit angestellt werden. Es wird da untersucht:

1) an laesio adsit et num ex ipso negotio resultans sit?
2) Ob kein Remedium ordinarium da sey?
3) Ob die Laesio auch in der Minderjährigkeit geschehen?

Der erste und dritte Punkt beruhen in facto: Ex quo sequitur, quod minori incumbat probatio. Der Beweis kann geführt werden, durch

1) Zeugnisse aus den Taufbüchern. Aber wenn diese beweisen sollen, so muß es nicht auf einen oder einige Tage ankommen. Denn der Tag der Geburt steht nicht in allen Taufbüchern, sondern nur der Tag, an welchen der Tauf-Actus verrichtet worden; obgleich auch jener sowohl, als die Geburtsstunden angemerkt werden sollten.
2) *Per annotationes parentum.* Diese sind öfters in den Hauspostillen zu finden. Es gilt der Beweis durch diese Annotationen, wenn die libri parochiales nicht mehr vor-

vorhanden sind. Doch muß man versichert seyn, daß die Annotatio eher niedergeschrieben sey, als der Proceß angefangen hat. NB. Man sollte alle libros parochiales doppelt halten und die Copie ins Archiv legen. —

3) *Per testes*, z. E. Hebammen, wenn sie obstetrices iuratae sind — Domestiquen ꝛc.

§. 465. Man statuirt in praxi den Satz: omne id quod regitur per administratores, gaudet restitutione in integrum.

Theils gründet man ihn auf: speciales leges, theils auf die Clausulam generalem. Daher haben die Restitutionem a) Kirchen, b) Civitates, c) Fiscus, d) Collegia et e) Personae morales f) Furiosi et mente capti, g) Klöster.

Vom Fisco ist kein Lex specialis vorhanden, aber L. 4. C. quibus ex causis maiores und L. 3. C. de iure reipublicae, verordnen doch, die Republik soll Restitution haben, und da der Fiscus ad rempublicam gehört, so muß auch er sie haben. Es ist auch hier ein Quadriennium zur Restitution gegeben, aber das lauft a tempore cognitae laesionis, und diese wird praesumirt, wenn ein anderer Administrator gesetzt worden ist.

LIB. IV. TIT. V.

De capite minutis.

466. Nach dem Iure Romano war auch die Capitis deminutio, von welcher §. 128. nachzulesen ist, eine und zwar IVta causa restitutionis in integrum. Weil man nämlich gegen einen capite minutum immediate gar nichts mehr machen konnte, so mußte man sich schlechterdings an denjenigen halten; dem die bona desselben heimgefallen waren.

Ein Adoptivus wurde ebenfalls certo modo capite deminutus, mithin fielen auch meine Rechte auf ihn weg; ich mußte also contra eum die Restitutionem in integrum suchen, wenn ich nicht in Schaden kommen wollte; und der Praetor, dem es billig schien, ertheilte sie auch. Hodie cessirt jedoch diese IVta causa restitutionis ganz.

LIB. IV. TIT. VI.

Ex quibus causis maiores XXV. annis in integrum restituuntur.

§. 467. Die Vta Causa restitutionis in integrum ist absentia. Absens ist derjenige, so sich an dem Ort nicht aufhält, wo er seyn sollte. Ein solcher hat an dem Ort entweder sein Domicilium, oder dies ist nicht. Im ersten Fall heist seine Abwesenheit: absentia extraordinaria, im zweiten ordinaria.

Die Abwesenheit wird auserdem noch auf eine dreifache Art eingetheilt:

I. In voluntariam et necessariam. Absentia voluntaria — wenn es mein freier Wille ist, daß ich abwesend bin, z. E. ich thue eine Lustreise. Necessaria — wenn z. E. der Landesherr einen cum fustigatione nöthigt, sich schleunig zu entfernen.

II. In laudabilem et vituperabilem. Absentia laudabilis ist, die aus einer lobenswürdigen Absicht geschieht: z. E. der Student ist so von seinem Vaterland abwesend — der Soldat ist im Felde. Vituperabilis — wenn einer ex causa illicita abwesend ist: z. E. er hat ein Delictum begangen und ist deswegen flüchtig.

III. In veram et fictam. Jene ist, wenn ich a loco domicilii oder von jedem Ort, wo ich zu thun habe, wirklich entfernt bin; diese, si quis corpore praesens quidem est, ast agere nequit. Z. E. Ich bin sehr krank.

Absentia vituperabilis gehört eigentlich nicht hieher; sondern wenn ex capite absentiae die Restitutio in integrum statt finden soll, so muß sie laudabilis seyn oder doch wenigstens alio modo iustificirt werden können. Ja, ich konnte auch ob absentiam alterius mich restituiren lassen, damit er mir nichts praescribirt: Z. E. Ich leihe dem Caius meine Uhr. Dieser reist, ohne daran zu denken, damit fort; ich erfahre, daß er unter 4 Jahren nicht wieder kommt, da er nun solche als eine rem mobilem leichtlich praescribiren könnte; so hatte ich vor diesem das Remedium restitutionis, heutiges Tages aber das Remedium protestationis.

§. 468.

§. 468—69. Die Requisita, wenn die Restitutio in integrum ob absentiam statt finden soll, sind:

1) das Negotium muß nicht ipso iure null seyn. Z. E. man hat sich mit einem Mädgen versprochen — und nun verspricht sich ein anderer mit ihr, so braucht man nicht Restitutionem in integrum zu suchen, sondern das zweite Verlöbtnis ist ohnehin null.
2) Es muß kein Remedium ordinarium vorhanden seyn. Daher kann die Restitutio in integrum nicht gesucht werden:
   a) wenn der Absens hätte einen Procuratorem constituiren können. Hierbei ist aber das Arbitrium iudicis nicht ausgeschlossen, wenn die Absentia necessaria s. improvisa ist. Conf. Noodt comment. ad D. h. tit.
   b) Wenn ein ordinarie Abwesender per praescriptionem laedirt worden, denn das Tempus praescriptionis ist für solche Abwesende ohnehin schon verdoppelt.
3) Es muß der Absens laedirt seyn und zwar so, daß der Grund dazu in der Abwesenheit liegt.
4) Es muß der Laesus absque culpa sua laedirt seyn. Das steht L. 14. D. h. t. Man sieht aber aus andern Gesetzen, daß es nicht so stricte zu nehmen ist. Daher statuirt man: wenn nur keine notabilis negligentia begangen worden, so kann der Absens dennoch Restitutionem in integrum suchen. Conf, Leyser Spec. 63. med. 6.

Qu. Ob derjenige restituirt werden könne, qui affectat absentiam?

Rsp. Obstat vituperatio.

§. 470. Die Restitutio in integrum ob absentiam findet indistincte wegen der Abwesenheit statt, es mag der Laesus selbst oder ein anderer, z. E. ein Advokat, abwesend gewesen seyn.

Qu. Ob auch da die Restitutio in integrum ob absentiam statt findet, wenn uns eine Sache von einem Abwesenden verjährt wird? Rsp. Iure Romano: Ja! Es konnte in solchem Fall Actio rescissoria angestellt werden. Sie war: *Actio*, quae datur illi, cuius res durante absentia sua l. etiam

ab adversario absente usucapta est, ad usucapionem rescindendam et rem cum omni causa restituendam.

Die DD. streiten, ob die Actio rescissoria im letzten Fall auch statt habe:

a) Einige läugnen es, weil man jetzt ein Remedium ordinarium, nämlich: das Remedium protestationis ex lege 2. Cod. de annali except. etc. habe: z. E. Stryck in usu moderno D. h. t. §. 1. et Struv. in exercit. 8. thes. 70.

b) Andere behaupten: die Actio sey noch in usu: z. E. Huber, Heineccius in D. h. t. §. 21. Sie sagen: Iustinian hat die Actionem rescissoriam, da er das Remedium protestationis einführte, nicht abgeschaft, zumal da die Protestatio ein pinguius remedium, als die Actio rescissoria ist, indem man durch die Protestation die Sache nicht wieder bekommt, wie per actionem rescissoriam.

Die erste Meynung scheint vorzüglicher, denn wir haben wohl zu merken:

1) Wir haben ex L. all. das Remedium protestationis.

2) Ein Impedimentum iuris sistirt den Cursum praescriptionis; aber ein Impedimentum facti nicht. Absentia est factum, ergo non impedit cursum praescriptionis. — Aber es kann gleichwohl seyn, daß ich restituirt werde, jedoch nur unter den vorhin angeführten Requisitis.

§. 471. Die sechste Causa restitutionis in integrum ist:

Clausula praetoris generalis, wo der Praetor verordnet: si qua alia causa mihi iusta videbitur, in integrum restituam. Die Rechtslehrer abstrahirten daraus die Regel: so oft die generalia requisita restitutionis in integrum vorhanden sind, und es nur an einer causa speciali fehlt, findet die Restitutio ex clausula Praetoris statt. Also findet sie nach der Meynung dieser Rechtslehrer statt:

§. 472. 1) Wenn jemand Facto advocati l. procuratoris sui laedirt worden: z. E. er hat die Fatalia verstreichen lassen, nicht appellirt etc. Es dissentirt hier wieder Struben in seinen rechtlichen Bedenken part. I. N. 5. Es dissentiren aber auch Leges: z. E. der L. 39. D. h. t. und L. 10. C. de procuratoribus sagen: die Restitutio fände nicht

nicht statt. Es wird daher ein Unterschied gemacht. Der Advokat ist entweder zahlfähig oder nicht. Im ersten Fall muß der Advokat den Clienten entschädigen; im zweiten aber hat die Restitutio ex clausula praetoris generali statt.

2) Wenn die partes, auctoritate iudicis l. opinione ICtorum, quam bona fide secuti sunt, zu nachtheiligen Handlungen verleitet worden. Diese zweyte Thesis muß in praxi oft herhalten. Bei Fatalibus muß sich also der Richter sehr in Acht nehmen, daß er nicht zu oft restituirt; denn es giebt leicht zu Chicanen Anlas. Es ist fast kein Fall, bei welchem nicht der oder jener ICtus eine falsche Meynung behaupten sollte; z. E. Du willst leuteriren; bring deswegen deine Klage in 15 Tagen ad acta; ein andrer ICtus aber sagt: ich hätte 20. Tage Zeit.
3) Ex errore iuris probabili.
4) Ex ignorantia facti.
5) Ex casu inopinato: z. E. man hat einen Termin und ist plötzlich krank worden, so daß man die expedienda nicht expediren kann.
6) Wenn man morbo sontico, i. e. jede Krankheit, die einen verhindert, seine Geschäfte zu verrichten, abgehalten worden. Sonticus, schädlich — böse — sonticus morbus — schwere Krankheit, Quo morbo, si quis in comitiis corriperetur, iusta causa erat, cur dirimeretur.
7) Ob rusticitatem. Diese ist nicht indistincte causa restitutionis, sondern nur adhibito prudentiorum arbitrio. Dies wird meistentheils vorgeschützt. Nur hier wollen die Leute zu jung oder dumm gewesen seyn; sonst nicht. Es muß also untersucht werden:
   a) Ob der Bauer den Fleis angewendet, den andere seines Gleichen anwenden;
   b) Ob er Peritiores consuliren können,
   c) und ob er ex iusta causa geglaubt habe, daß er es nicht brauche.
8) Ex carentia advocati.
9) Si quis paupertate laesus. Die Armuth ist nur causa restitutionis in negotiis, ubi pecunia opus est. Nach dieser Meynung wurde bisher in den Foris gesprochen. Eine andere Meynung hingegen hat

D. Franck in Diss. de clausula praetoris generali ultra casum absentiae non extendenda. Erlangae 1785.

Ob diese restrictiva interpretatio clausulae praetoris die ältere verdrängen wird, muß man erwarten. Die Dissertation ist indessen voll wichtiger Gründe pro interpretatione restrictiva.

LIB. IV. TIT. VII.

De alienatione iudicii mutandi causa facta.

§. 473. Alienatio iudicii mutandi causa heißt: eine Veräuserung, die in der Absicht geschieht, um dem andern seine Klage zu erschweren oder gar zu vernichten. Gegen einen solchen Alienantem giebt der Praetor die Actionem in factum ad id quod interest. Es wird durch diese Klage die rei vindicatio nicht ausgeschlossen, aber weil diese nun durch die Alienation weitläuftig gemacht ist, so hat man dadurch Schaden und den muß der Alienans vergüten. Dahin geht die Actio in factum. Sie ist keine eigentliche Restitution, sondern nur Restitutio impropria.

§. 474. Die Requisita, wenn die Actio in factum angestellt werden soll, sind:

1) es muß eine würkliche Veräuserung geschehen seyn und zwar
2) ante litis contestationem; denn post litis contestationem ist die Veräuserung ohnedem null.
3) Muß sie dolose geschehen seyn.

Einige DD. sagen: die Actio hätte gar keinen Nutzen, weil gegen solche, qui dolo possidere dicuntur, rei vindicatio statt hat. Aber die Actio in factum ist ein pinguius remedium. Conferatur Boehmer de action Sect. II. Cap. XI.

LIB. IV. TIT. VIII.

De receptis et qui arbitrium receperunt, ut sententiam dicant.

§. 475. Arbiter ist ein Iudex conventionalis; dem von den Interessenten die Entscheidung einer streitigen Rechtssache mittelst eines Vertrags aufgetragen worden. —
Arbiter differirt daher:
1) vom *Arbitro iuris.* Dieser war Iure Romano ein Iudex, der vom Praetore in causa, arbitraria constituirt worden, i. e. in causa, quae magis secundum arbitrium iudicis, quam legum dispositionem decernenda est.
2) *ab arbitratore*, i. e. eo, qui ab iis, quorum interest, eo fine constituitur, ut in causa non litigiosa aliquid ex bono et aequo definiat. Man nennt solche Leute Schiedsleute. Der Ausspruch eines Arbitratoris hat nicht vim decisionis, aber der Ausspruch eines Arbitri hat vim. Es findet daher beim Arbitratore, wenn man sich durch seinen Ausspruch gravirt findet, die Reductio ad viri boni arbitrium statt. Diese ist:
Provocatio ad iudicem ordinarium ut gravamen tollat.

§. 476. Arbiter ist ein Iudex, der von andern Richtern nur dadurch unterschieden ist, daß er nur privata auctoritate constituirt ist. Sonst muß er alle Requisita iudicis haben. In der Regel können also Foeminae, Servi, Surdi, Muti Pupilli etc. keine Schiedsrichter seyn. Wohl aber Sacerdotes, Iudaei ex L. 8. C. de Iudaeis et L. 32. §. 4. D. h. t.

§. 477. Arbitri sunt iudices conventionales (§. 475.) Bei der Constitutione arbitri ist ein doppeltes Pactum erforderlich:
1) Ein Pactum, wodurch die Interessenten unter einander sich vereinigen, ihre Sache durch den Schiedsrichter entscheiden zu lassen. Dies heist: Compromissum.
2) Ein Pactum, wodurch man mit dem Schiedsrichter einig wird, daß er das Schiedsrichterliche Amt übernehmen will. Das wird *Receptum* genennt.

Das *Pactum compromissum* hat naturam transactionis, weil es ein Pactum ist, das die gütliche Entscheidung einer Sache

Sache zum Endzweck hat. *Receptum* hingegen hat naturam mandati, und der Arbiter ist instar mandatarii Interessentium anzusehen.

§. 478. Arbitri werden 1. aus ganz freien Willen von den Interessenten gewählt, hier heißen sie Arbitri voluntarii; 1. accedente aliqua necessitate, wo sie Arbitri necessarii genennt werden.

Diese finden statt:

1) wenn es pacto ausgemacht ist, daß etwann vorkommende Streitigkeiten durch einen Schiedsrichter ausgemacht werden sollen.
2) Kann auch die Nothwendigkeit ex testamento entstehen.
3) Auch ex lege. Dahin gehören: die *Austraegae* — von austragen, das heist, h. l. etwas schlichten, wegräumen.

Austraegae sunt iudices ex conventione electi, ut in prima instantia causas eorum, qui iure austraegarum gaudent, cognoscant et dirimant. Dies sind: Electores, Principes, Comites, Equites romani imperii welche blos Kaiser und Reich zu Richtern haben.

§. 479. Compromissum habet naturam transactionis (§. 477). In Sachen, wo man nicht transigiren kann, kann man also auch keinen Schiedsrichter annehmen. Eben so können auch Personen, welche nicht transigiren können, keine Schiedsrichter annehmen. Also kann es, z. E. ein Procurator nicht, absque speciali mandato. Es kann auch niemand in causis matrimonialibus compromittiren; auch der Vasall in praeiudicium domini directi nicht; nicht der Prälat über Kirchengüter ohne Einwilligung des Kapitels, und endlich gilt es auch nichts, wenn de satisfactione publica compromittirt worden.

§. 480. Die Interessenten können einen und mehrere Schiedsrichter annehmen, und es gilt hier eben das, was von pluribus commissariis (§. 200) gesagt worden, die coniunctim procediren müssen. Wenn nun die plures arbitri nicht einerley Meynung sind, so sind ihre Vota entweder gleich oder ungleich. Ungleich; hier ist die Regel: plurima vota valent. Gleich; hier betrift der Dissensus

1) entweder, das Quantum. Hier — sagt Hellfeld — condemnatio fit in minimam summam. Denn wer die grös-

sere

sere Summe will, consentirt auch in die Kleinere. Diese Schlusart ist ganz richtig, nur vorausgesetzt, daß die dissentirenden Arbitri zwey partes ausmachen. Denn, wenn sie drey partes ausmachen, so findet die gegebene Regel keine Anwendung mehr, und es gilt alsdenn das mittlere Quantum, obgleich die Leges ein anderes zu disponiren scheinen. Conferatur L. 27. §. 3. D. h. t. Capit. I. de arbitris in VIto.

2) Oder der Dissensus betrift die Sache selbst. Hier sind zwey Auskunftsmittel:
   a) daß ein Tertius angenommen wird, der diesen Dissensum durch seinen Ausspruch hebt. Conferatur L. 17. §. 6. D. h. t.
   Dieser heist denn Subarbiter und wird, wenn ihn die Partheien nicht im Compromisso bestimmt haben, von den Arbitris bestimmt. Der Praetor soll secundum Ius Roman. sie dazu zwingen können, ihn anzunehmen.
   b) Hodie werden die Acten an ein auswärtiges Rechts-Collegium versendet.

§. 481. Arbitri sunt iudices conventionales. (§. 437). Was das Richteramt mit sich bringt, das hat auch ein Schiedsrichter zu thun. Folglich:
1) causam cognoscere et 2) eam decidere debet. Von dem letztern Punkt handelt §. 482. von dem erstern der gegenwärtige:

I. *Causam cognoscere debet.* Dies muß geschehen:
   a) von ihm, dem Arbitro, in Person. Also darf kein Schiedsrichter den andern substituiren, quia personae industria electa est, i. e. er ist gewählt worden in Rücksicht auf seine persöhnliche Eigenschaften.
   b) Es muß bei der cognitione causae legitimus ordo, i. e. die gehörige Proceßordnung beobachtet werden. Diese ist entweder in dem Compromisso bestimmt worden; hier muß sich also der Arbiter nach demselben richten. Oder es ist nichts im compromisso bestimmt; hier beobachtet er das Ius commune, i. e. diejenige Proceßordnung, die in foro rei (bei dem Gerichtsstand des Beklagten) gilt. Nach der Regel: actor sequitur forum rei.

§. 482.

§. 482. II. *Causam decidere debet.* Decisio arbitri heißt, nach einem Ausdruck des medii aevi, *laudum*. Besser heißt sie: sententia, s. definitio arbitri, s. decisio arbitri. Barbarisch Latein heißt sie: laudum.

Wer durch das Laudum obsiegt, bekommt ein ius immutabile, wegen des pacti compromissi, welches ad species transactionis gezählt werden muß.

Daraus folgt: daß der Arbiter sein Laudum zu ändern nicht befugt ist, denn er würde offenbar dadurch iura pacto acquisita entziehen wollen. Erlaubt ist es ihm aber sein Laudum zu declariren, i. e. verba dubia s. ambigua erklären. Quilibet enim verborum suorum optimus interpres.

Pars altera darf die Sentenz nicht anfechten, denn er hat compromittirt.

Ferner findet gegen das Laudum keine Appellatio, auch keine Reductio ad boni viri arbitrium, statt.

Voraussetzen müssen wir aber: der Schiedsrichter muß sein Compromissum beobachtet und nicht betrüglich gehandelt haben; Dann hat das Laudum die Effecte. Doch hat Iustinian in L. 5. et 6. C. h. t. eine Veränderung gemacht. Er distinguirt so:

1) Es kann seyn, daß die Partheien das Compromissum selbst unterschrieben haben. In diesem Fall muß freilich das Laudum alle mögliche Effecte haben. Mithin hat auch hier der Victor die Actionem in factum: ut laudum ab arbitro dictum exsequatur.

2) Wenn nun aber auch das Compromissum von den Partheien nicht unterschrieben worden; so ist es doch decem dierum silentio confirmatum, i. e. der überwundene Theil hat in 10. Tagen nicht widersprochen. Da ist das Laudum wieder gültig, denn es wird angenommen, daß tacite consentirt worden. Daher hat der Victor actionem ad instar iudicati. Das Laudum aber heißt h. l. barbarisch Latein: *homologatum*, i. e. approbatum.

3) Hat aber der überwundene Theil contradicirt, so soll das Laudum schlechterdings keinen Effect haben.

Hodie statuiren die Practici Iustinians Verordnung nicht; ex ratione: weil nach dem heutigen deutschen Rechten alle Pacta perfectam obligationem et action. produciren, so muß das Compromissum schon an und für sich die Partes genug verbin-

verbinden. Daher gelten hodie die Lauda schlechterdings, nur muß das Compromissum

1) nicht null, sondern rechtskräftig seyn,
2) nicht sub poena conventionali eingegangen seyn;
3) decisio arbitri muß nicht null seyn. Dahin gehören die fünf Fälle sub fine §phi, die in der Folge noch vorkommen werden.

§. 483. Der Schiedsrichter ist ein Iudex privatus, als ein solcher hat er keine Potestatem exsequendi.

Aber, wenn der überwundene Theil nicht Folge leisten will, so muß der Victor klagen. Die Klage ist Actio in factum, quae eo tendit, ut laudum ab arbitrio dictum (s. sententia) exsequatur. Doch hodie findet der Exsecutiv-Proceß statt, weil der Kläger seine Klage gleich liquid machen kann.

§. 484. Fälle, wie das Schiedsrichterliche Amt sich erledigen und wegfallen könne.

1) Durch den Tod des Arbitri, quia personae industria electa est.
2) Wenn einer von den Compromittenten stirbt. Rat. Das Receptum hat naturam mandati. Mandatum vero non transit ad heredes.
3) Wenn die Sache zur bestimmten Zeit nicht geendiget wird. Dies wurde bei den Römern sehr stricte genommen, wenn ein Tag festgesetzt war. Doch bei uns wird es so genau nicht genommen. Man glaubt, daß Arbiter die Potestatem prorogandi so gut wie ein anderer habe.
4) Mutuo consensu compromittentium, Dies ist für sich klar.
5) Facta bonorum cessione, i. e. wenn ein Compromittent in Concurs geräth. Da wird er pro civiliter mortuo gehalten; ergo nec agere, nec compromittere potest.

LIB. IV. TIT. IX.

Nautae, caupones, stabularii ut recepta restituant.

§. 485. *Nauta*, qui nauem *exercet*, i. e. quaestum ex rei alicuius exercitio facit. Es kommt nicht auf die Beschaffenheit des Schifs oder Fahrzeugs an, ob es ein Boot, Kahn oder Flos sey.

Cau-

Caupones sunt, qui cauponam — *Stabularii*, qui stabulum exercent. Der Unterschied zwischen beiden letztern besteht nach dem L. 1. §. 5. D. h t. darinn:

1) Stabularius beherbergt das Vieh;
2) Caupo — die Menschen, die bei ihm einkehren wollen.

Wir finden im römischen Recht, daß diese Leute uns als die schlechtesten Leute geschildert werden. Z. E. in L. 1. §. 1. D. h. t. und in Horat. Flacc. Lib. 1. Satyr. 5. Sie bestahlen die Fremden. Diesen Umstand müssen wir merken, denn er war occasio huius legis, das der Praetor wider sie erlies.

§. 486. Das Edictum finden wir im L. 1. D. h. t. Es befiehlt, daß uns diese Leute de receptis haften sollen. Der Innhalt ist der: quod cuiusque salvum fore *receperint*, nisi restituant, in eos Iudicium dabo. i. e. quamcunque rem sive mercem receperint.

Recipere heist, h. l. promittere; Also: recipere rem salvam, i. e. promittere rem salvam fore.

Promittere verstehe nicht von einer Promissione expressa, sie kann auch tacita und praesumta seyn. Manche ICti statuiren blos:

1) promissionem *tacitam*, i. e. daß ein jeder solcher Nauta, Caupo etc. schon tacite jedem Fremden die Sicherheit verspricht, die er ex lege zu praestiren schuldig ist. Folglich läßt sich zwischen ihnen und den Viatoribus ein Pactum tacitum gedenken. Andere statuiren aber
2) blos promissionem *praesumtam*. Diese statuiren Quasicontractum. Und dies ist auch Iure Rom. die wahrscheinlichste Meynung, denn es entsteht doch hieraus eine Actio in factum. Boehmer in D. h. t. behauptet, es sey vielmehr ein Pactum praetorium, weil ein Contractus locati l. depositi vorhanden sey.

§. 487—88. Nautae, Caupones, Stabularii sind de receptis zu haften verbunden. Es kann aber ein Schaden zugefügt werden,

1) ab ipso recipiente, i. e. nauta, caupone ipso. Hier kann ex vero delicto gegen einen solchen ꝛc. geklagt werden. Z. E. ex furto, ex lege aquilia etc.
2) A domesticis cauponis etc. Z. E. vom Hausknecht. Hier muß der Caupo haften ex quasi delicto; ergo kann

kann nach dem §. ultima Inst. de oblig. quae quasi ex etc. die Actio in duplum gegen ihn angestellt werden.

3) Ex casu kann der Schade entstehen. Hier steht der Caupo, Nauta etc. nicht für das Damnum mere casuale. Jedoch muß er beweisen: damnum esse mere casuale. Conf. L. 3. §. 1. D. h. t. et Leyser Spec. 66. med. 5.

4) Vel ex *alio facto*. Hier muß wieder der Caupo etc. ex quasi contractu haften, und wenn er auch nur sollte levissimam culpam begangen haben. Ratio: Profitetur enim artem seque aliis offert — er steckt ein Zeichen aus. Und es ist einerley, ob die Sachen, res propriae oder alienae sind; ob der Receptus ein nauta, caupo oder stabularius ist, und ob er umsonst oder pro mercede aufgenommen und ihm Sicherheit versprochen worden. Conf. L. 6. D. h. t. in Principio.

Qu. Ob denn diese Verbindlichkeit auch auf die Erben des Nautae, Cauponis etc. übergehe?

Rsp. Der L. 3. §. 4. D. h. t. affirmirt diese Frage. Hingegen im §. 3. Inst. de obligat. ex quasi delicto ist das Gegentheil enthalten. Hier haben wir also, dem Anschein nach, widersprechende Gesetze. Sie sinds aber in der That nicht. Man muß distinguiren:

1) Ob die Klage ex quasi delicto in duplum angestellt wird: davon handelt §. 3. Inst. Hier findet sie nicht statt. Delicta enim suos tantum tenent auctores. Oder: ob

2) ex quasi contractu in simplum geklagt wird. Dahin zielt der L. 3. D. §. 4. Hier findet also die Actio contra heredes statt.

Diese stellt man rathsamer an als jene. Denn hier ist der Beweis leichter, als dort, und die meisten ICti statuiren ohnehin die Actionem ex quasi delicto in duplum nicht.

§. 489. Nautae, caupones etc. haften ex recepto. Es ist zur Reception kein ausdrückliches Versprechen nöthig. (§. 486.) Protestatio, se teneri nolle, hilft dem Cauponi auch nichts. Doch distinguire:

1) Er protestirt entweder ante receptionem wider die Sicherheitsleistung; hier kommt sie ihm allerdings zu statten, denn der Viator ist auf seine eigene Gefahr einquartirt.

2) Oder er proteſtirt poſt receptionem. In dieſem Fall kann ihm die Proteſtation auch nichts helfen.

Die Uebergabe der Schlüſſel macht den Wirth eben ſo wenig von ſeiner Verbindlichkeit frey.

§. 490—491. Für das, was von dem Viatore inferirt worden, muß der Caupo etc. haften, wenn auch ſpecialis deſignatio nicht geſchehen.

Doch in Holland iſt es anders; was ich da auf das Schiff gebe, muß ich ſpecialiter anzeigen. Der Caupo, Nauta, Stabularius muß alſo auch für die Sachen haften, die in verwahrten Paketen, Behältniſſen ꝛc. zu ihm gebracht worden. Doch hier muß der Unterſchied beobachtet werden: Der Wirth giebt

1) entweder ciſtam accluſam et illaeſam zurück; hier hat er die Praeſumtion für ſich, daß bei ihm keine Untreue vorgefallen ſey, und dies hat die Würkung, daß er zum juramento purgatorio gelaſſen wird.

2) Oder dies iſt nicht; hier iſt die Praeſumtion wider ihn, und der Viator wird zum iuramento ſuppletorio gelaſſen, oder er kann auch das Iuramentum Zenonianum ſchwören.

Conferatur L. 1. §. 41. Depoſiti et L. 9. C. unde vi etc.

Der Viator muß aber immer veram illationem beweiſen können, zwar nicht rigoreux, doch wenn es nur wahrſcheinlich gemacht werden kann, ſo wird Laeſus zum iuramento ſuppletorio zugelaſſen. Denn der Beweis wäre allemal ſchwer. Aber omni probatione deficiente kann gar kein ſuppletorium erkannt werden.

§. 492. Diejenigen, welche fremde Perſonen auf — und ihre Sachen in Verwahrung nehmen, müſſen ſich in einem Inſtitut befinden, von welchem Sicherheit verlangt werden kann. Alſo kann dieſe Obligatio nicht verlangt werden von Rhedariis privatis.

Rhedarii privati ſunt, qui quaeſtus cauſa perſonas aut res de loco in locum transportare ſolent: z. E. ein Haudrer oder Miethkutſcher.

Bei einem Rhedario publico aber (der mir auf alle Fälle ex recepto haften muß) klage ich, ohne culpam oder dolum beweiſen zu müſſen, ex locato ſ. conducto.

Nimmt

Nimmt mich ein Caupo blos als Freund auf, so haftet er für nichts.

§. 493. Eben dies gilt 1) von den Postmeistern und 2) den öffentlichen Landkutschern.

Lauterbach de nautis, caup. etc. §. 34. seq. hat zwar diese vertheidigt und behauptet: die Obligatio de recepto könne nicht auf sie reducirt werden; denn die Caupones etc. wären liederliche Leute gewesen, dies könnte man sine iniuria gar nicht von diesen sagen. Allein so richtig letzteres ist, so hat ihn demohngeachtet Leyser Spec. 66. med. 6. widerlegt. Man muß hier auf die rationem legis sehen. Der eigentliche Grund des Gesetzes ist: salus reipublicae. Diese Ratio ist auf alle Postmeister anzuwenden. Jedoch auf den Fürstlich-Taxischen Posten und nach dem Sächsischen und Brandenburgischen Recht haftet der Postmeister nur alsdenn, wenn es außen auf dem Packet bemerkt ist.

Wie aber, wenn die verlohrnen Sachen durch viele Poststationes gelaufen sind, und man nicht weis, wo der Verlust geschehen? Rsp. Man hält sich in der Regel an den Recipienten, denn mit dem hab ich das Pactum errichtet, er aber kann sich an seinem Recipienten regressiren. Doch aber wenn der Recipiens dolum l. culpam alterius deutlich beweisen kann, so hat er die Exceptionem excussionis.

§. 494. Aus der Obligatione nautarum etc. also entsteht die Actio in factum personalis de receptis, quae est actio rei persecutoria competens viatoribus et vectoribus, quorum res in navem, cauponam l. stabulum receptae sunt, adversus nautas, caupones, stabularios eorumque heredes, ut recepta restituant l. aestumationem praestent et damnum resarciant.

LIB. V. TIT. I.

De iudiciis et ubi quisque agere l. conveniri debeat.

§. 495. Iudicium hat dreyerley Bedeutungen in iure.

1) Heist Iudicium so viel, als *Actio:* z. E. iudicium familiae herciscundae, iudicium tutelae, iudicium possessorium, iudicium finium regundorum.

2) So viel als forum, in quo causa deciditur.

3) Endlich — rei controversae disceptatio, und in dieser dritten Bedeutung nehmen wir das Wort h. l. Es ist aber alsdenn nicht, wie Hellfeld meint, so viel, als Proceß, sondern: tota tractatio causae litigiosae apud iudicem. Dazu gehört:

a) Subiectum — dies sind die Personen, die ein Gericht ausmachen: z. E. Kläger, Beklagter, Richter.

b) Obiectum materiale — die streitige Sache die vor Gericht abgehandelt wird.

c) Forma — wie nämlich eine streitige Sache, vor Gericht abgehandelt werden muß. Daher die Lehre vom Proceß.

§. 496. Der Proceß also ist die Form, wie streitige Sachen vor Gericht abgehandelt werden müssen. Dazu gehört:

1) Causae cognitio (Erörterung in civilibus causis). Dazu gehört, daß der Richter den Partheien erlaubt, ihre Sache vorzutragen.

2) Decisio causae — Bestimmung, was im gegenwärtigen Fall Rechtens sey.

Wir haben hier zweyerley Gesetze, die die Art und Weise bestimmen, nämlich:

a) Das Ius Naturae, und

b) das Ius civile.

I. Was schon die natürlichen Gesetze bestimmen, nennt man *substantialia* s. essentialia processus — was man als nothwendig beim Proceß schon aus der Vernunft einsehen kann, es mag nun absolute oder nur secundum quid nothwendig seyn.

Confe-

Conferatur Schaumburg. compend. pract. Tom. II. §. 1. Edit. Reichard.

Dergleichen sind nun also:

1) Die Klage.
2) Citatio, denn wenn sie auch nicht absolute nothwendig ist, so ist sie doch secundum quid nothwendig, nämlich; wenn die Partheien nicht freywillig erscheinen. Hellfeld nimmt den Begrif zu strenge, und nach seinen Ideen ist auch der Beweis kein Substantiale.
3) Des Beklagten Verantwortung und Vertheidigung — nicht nur die Litiscontestatio.
4) Probatio von factis negatis.
5) Sententia.
6) Exsecutio.

II. Was die bürgerlichen oder positiven Gesetze bestimmen, heissen Solennia s. naturalia processus. Diese bestimmen näher, was das natürliche Gesetz unbestimmt gelassen. Dahin gehören also:

1) Die modi determinationis.
2) Determinationes personarum.
3) Determinationes temporis — z. E. Fristen, fatalia etc.

§. 497 — 98. Unterschied:

Die Substantialia müssen in jedem Proceß beobachtet werden, er mag seyn von welcher Art er wolle, quia alioquin nullitate laborat; das ist aber nicht bei den naturalibus, denn diese sind der Veränderung unterworfen, ob sie gleich in der Regel ebenfalls sub poena nullitatis beobachtet werden müssen. Daher, weil die Naturalia Veränderungen leiden, kommen die verschiedenen Arten der Processe. Der Proceß ist nämlich:

1) l. processus legalis — wo die Gesetze selbst die Solennia bestimmen; l. conventionalis — wo die Partheien selbige unter sich per pactum bestimmt haben.
2) l. regularis — wo der Richter die Vorschriften der Gesetze beobachten muß; l. irregularis s. arbitrarius — wo die Form dem Arbitrio iudicis überlassen worden: z. E. beim Possessorio summariissimo findet dieser statt, in geringfügigen Sachen, wenn etwa ein hiesiger Bürger einen Studenten verklaget, weil er ihm das Haus einwerfen wollen und sich schon angestemmt habe, es zu bewirken.

Obs. Tumultuarius processus ist der, wenn der Richter sine causae cognitione procedirt.

3) l. Ordinarius — bei dessen Führung nicht nur das Wesentliche, sondern auch das, was außerdem noch die bürgerlichen Gesetze verordnen, beobachtet werden muß; l. summarius — wo allein das Wesentliche zu beobachten hinlänglich ist. Dies dependirt vom Richter und den Partheien.

Schlus: Alle Handlungen, die beim summarischen sowohl, als beim Processu ordinario beobachtet werden müssen, sind Substantialia. Also executio und citatio sind auch Substantialia.

In der Regel findet bei allen Sachen der Processus ordinarius statt, i. e. regulariter omnes causae sunt ordinariae. Der summarische Proceß also nur als Ausnahme. Daß diese Ausnahme statt findet, davon liegt der Grund

I. in den Gesetzen selbst. Nach diesen Gesetzen sind summarische Sachen:

1) alle diejenigen, die als Nebenpunkte im Proceß zu betrachten sind: z. E. die Litisdenunciation etc.

2) Hauptsachen nur alsdann:

a) wenn sie das Wohl des gemeinen Wesens betreffen.

b) Wenn sie causae moram non ferentes sind: z. E. causae sepulturae, alimentorum, etc.

c) Wenn sie ein besonderes Privilegium haben, daß sie summarisch abgehandelt werden sollen.

α) In Absicht auf Personen. Dies sind z. E. die causae studiosorum, militum, reipublicae.

β) In Absicht auf die Sachen selbst: z. E. die Causae ecclesiasticae, matrimoniales, stipendiorum, dotis etc.

II. Im Befehl des Obern (Superioris), wenn er nämlich einen hinlänglichen Grund hat, daß die Sache so geschwind als möglich abgethan werde, so giebt er besondern Befehl dazu.

III. In einer Vereinigung der streitenden Partheien. Dies geschieht deswegen, weil die Solennia zum Faveur der Partheien gemacht sind.

Anmerkung: Man muß den streitenden Partheien, wo es nicht die höchste Noth erfordert, nie erlauben, daß sie ihre Sache nur kurz ausmachen lassen — nur aufs

Ende

Ende dringen; denn weitläuftige Processe sind die Vormauer der Partheien und wo diese abkommen, reist sich Despotismus ein und die Freyheit stürzt über den Haufen. So — wars bei den Römern.

§. 499. Das erste Substantiale processus ist also Actio. Davon war die Rede in dem Tit. de edendo. Das zweyte ist Citatio, auch davon wurde schon gehandelt. Jetzt kommen wir drittens zur Litis contestation, Kriegsbefestigung — besser: Einlassung — beim summarischen Proceß: Antwort auf die Klage.

Litis contestatio hat viele Begriffe. Pütter hat sie recensirt in seinen opusc. Num. 13.

Wir erwähnen nur zwey, nämlich:

A. Den Begrif des Iuris Romani.

Litis contestatio est actus, quo partes convocatis testibus profitebantur, se causam iudicis a magistratu dati cognitioni et decisioni committere.

Sie hat den Namen daher, weil Zeugen dabei seyn musten.

Bei den Römern contestirten also beide Theile — es war dies der Anfang des Processes. Das ist aber alles anders bei uns. Der Streit fängt schon mit der Citation an, und nur einer contestirt Litem.

B. Den Begrif der heutigen Rechte. Da ist Litis contestatio die Antwort, contradictio, auf die wider ihn erhobene Klage, oder auch eine katechorische Antwort auf die Klage.

1) Die Antwort aber muß einen Widerspruch enthalten; denn litis contestatio affirmativa ist gar keine Species hievon.

2) Ein Widerspruch gegen die Klage, die wider ihn erhoben worden.

3) Exceptiones sind keine Litis Contestationes.

§. 500. Litis contestatio est

1) l. explicita, quae fit verbis expressis, animum litem contestandi indicantibus; l, implicita, quae non verbis expressis etc. fit, sed tamen modis aequipollentibus: z. E. in dem Executiv-Proceß, wenn ich mich entbiete, die wider mich vorgezeigte Handschrift abzuschwören.

2) l. generalis — wenn man so überhaupt auf die Klage antwortet: z. E. Nego narrata, prouti narrantur, oder nego petita, prouti petuntur; l. specialis — wenn auf alle Sätze und Punkte in Specie geantwortet wird: z. E. Läugne
   a) von dem Kläger 100 Rthl. erhalten zu haben; Läugne
   b) sie in Luisd'oren erhalten zu haben; Läugne
   c) versprochen zu haben, sie bis Ostern wieder zu bezahlen.

   Obs. Litis contestatio generalis ist nach dem §. 37. des neuesten Reichsabschiedes verboten.
3) l. solennis (die zierliche, feierliche), wobei die in den Gesetzen vorgeschriebene Form beobachtet wird; l. minus solennis, das Oppositum.
4) l. vera — wenn der Beklagte wirklich antwortet; l. ficta — wenn dies nur von ihm fingirt wird: z. E. wenn wir Contumaces sind, wird fingirt, daß wir alles eingestanden hätten.

§. 501. Requisita Litis contestationis. Sie muß seyn:
1) *pura*, i. e, quae fit non intermixtis circumstantiis, quae in libello haud expressae sunt. Denn sie soll ja nur eine Antwort seyn auf die Klage, was soll daher die Einmischung fremder Umstände. Diese Einmischung nennen die Practici: *Appendices*. Sie sagen: er hat einen Appendicem gemacht. z. E. Ein Mädgen giebt dich an, du sagst in der Litis contestation, es sey wohl wahr, daß Du mit ihr zu thun gehabt, aber Du seyst nicht allein bei ihr gewesen.
2) *Specialis* — auf alle Sätze muß einzeln geantwortet werden. Merke die Regel: der Beklagte muß das, was in der Klage steht, auf einzelne Sätze reduciren und darauf antworten. Das will die Regel sub Num. 2. im Compendio.
3) *Categorica*, i. e. so beschaffen, ut constet, quaenam libelli capita reus affirmet negetque. Mithin werden schwankende Ausdrücke nicht erlaubt, sondern man muß antworten:
   a) bei factis propriis, mit ja und nein!
   b) bei factis alienis, mit credere et non credere.

4) *Pa-*

4) *Pertinens* i. e. die nur auf solche Umstände gerichtet ist, die eines Beweises bedürfen. Also auf Allegata iudicis; auf das Petitum, i. e. Conclusum contestirt man nicht.

§. 502. Litis contestatio porro est:

1) eventualis, i. e. diejenige Einlassung in den Rechtsstreit, welche auf den Fall geschieht, wenn des Beklagten Einreden abgeholfen werden sollte. Z. E. ich bin verklagt worden und excipire, daß der Procurator nicht legitimirt sey.

2) pura — diejenige, welche vom Beklagten ohne alle Einrede geschieht.

Die Rechtslehrer theilen die Litis contestation auch ein in affirmativam, negativam et mixtam.

1) *Affirmativa* wäre diese, wenn der Beklagte die Wahrheit von den Factis, die der Kläger angebracht hat, eingesteht. Allein diese, wenn nicht dabei Exceptiones peremtoriae opponirt werden, ist keine wahre Litis contestatio, sondern pura confessio. Z. E. ich sage: Ja, ich habe mich mit Mademoiselle Y. vergangen, aber Vater bin ich nicht zum Kinde, denn es sind mehrere bei ihr gewesen. Dies sind Exceptiones peremtoriae. Ohne sie ist kein Lis da, wo aber kein Lis ist, findet keine Litis contestation statt.

2) *Negativa* — wo der Beklagte das gegen ihn vorgebrachte Factum für unwahr, oder falsch erklärt.

3) *Mixta* — wo der Beklagte das Factum zum Theil gesteht, zum Theil läugnet.

Anmerkung: Es hängt eigentlich von der Willkühr des Beklagten ab, ob er sich affirmative oder negative, oder mixtim einlassen will. Inzwischen ist es dem Begriff eines ehrlichen Mannes zuwider, etwas zu läugnen. Daher die ponae infitiationis — Strafen, die auf das Läugnen gesetzt sind. Z. E. §. 26. Inst. de Act. L. fin. D. de R. V. L. 2. §. 1. ad L. Aquiliam. Conf. quoque Wernher in Diss. de poena infitiationis.

Diese Strafen gehen theils aufs Duplum, wie z. E. beim Damno iniuria dato; dahin gehört der §. 26. Inst. de Act. theils auf etwas anders. Viele Rechtslehrer läugnen zwar, daß die poena dupli noch statt habe; allein

in vielen neuen Proceßordnungen ist den Richtern diese Strafe eingeschärft, daß sie darauf erkennen sollen.

§. 503. Litis contestatio würkt eine Verbindlichkeit den Streit fortzusetzen und sich dem richterlichen Ausspruch zu unterwerfen. Diese Verbindlichkeit ist Iure Rom. eine Obligatio ex quasi contractu; Daher zählt man die Litis contestation unter die Quasi contractus. Daher entsteht eine neue Obligatio, nämlich actionis indoles mutatur, i. e. actio temporaria fit perpetua. Z. E. Actio inofficiosi testamenti dauert nur 5 Jahr, wenn aber Lis contestirt worden, dauert sie 30 Jahr

Ferner: Actiones in heredes non transitoriae, fiunt transitoriae per Litis contestationem: z. E. actio iniuriarum,

§. 504. Das Fortsetzen des Streits versteht sich so: wie er angefangen worden. Daher ists dem Kläger nicht erlaubt post Litis contestationem seine Klage zu ändern. Doch, wenn er die Sache nicht lassen will, wie sie Anfangs war, so ist seine Absicht:

1) entweder den Klaglibell ganz aufzugeben; dies heist: Renunciatio libelli (wir sagen: die Klage fallen lassen,) und ist dem Kläger ante rem iudicatam erlaubt. Nur muß er dem Beklagten die Kosten ersetzen. Dann aber kann er mit einem neuen Libell erscheinen. Hievon macht der Kläger gemeiniglich im Exsecutiv-Proceß Gebrauch. Der Beklagte will ihm z. E. eine Handschrift abschwören. Er läßt geschwind die Klage fallen und stellt statt des Exsecutiv-Processes den Processum ordinarium an.

2) Oder er will ihn nur ändern, und dies zwar:

A) entweder in wesentlichen Stücken; dies heist: Mutatio libelli. Wesentliche Stücke sind:

a) Das Fundamentum agendi: z. E. ich hätte hereditatis petitionem angestellt und versichert, daß ich heres ab intestato wäre. Nachher aber will ich dies ändern und sage: ich sey Successor testamentarius.

b) Das Obiectum litis: Z. E. Ich habe rei vindicationem angestellt und den Acker A im Thal schon in Besitz genommen. Nach der Litis contestation aber sag ich,

ich, ich hätte mich geirret, es sey der daranstosende Acker B.

c) Personae: z. E. ich habe die ganze Büchenbacher Dorfgemeine verklagt, und nun sag ich: nur die Bauern und den Wirth.

Diese Mutatio findet post Litis contestationem nicht mehr statt. Denn sie würde eine neue Einlassung erfordern, wozu der Beklagte nicht verbunden ist. Quid ergo faciendum? Rsp. Du mußt die Klage fallen lassen und einen neuen Proceß anfangen, aber — auch die Kosten bezahlen, dies versteht sich von selbst.

B) Oder in Stücken, die nicht wesentlich sind. Hier will er

a) dem Libell mehr Deutlichkeit geben; dies heist: declaratio libelli: z. E. ich füge hinzu: ich meyne den Acker, der zwischen A. und F. liegt.

b) Auch bisweilen einen andern Fehler verbessern — emendatio libelli. Z. E. ich habe den Beklagten Hanns Peter genennt und er heist: Jacob Peter. Diese beiden finden omni tempore ante et post Litis contestationem statt.

§. 505. Die Personen die zum Iudicio gehören, sind:

I. Personae principales (Hauptpersonen,) solche, ohne welche ein Gericht nicht seyn kann. Diese sind wieder:

1) Iudicantes, die Recht geben, dies sind hodie die Iudices. Iudex in sensu iuris hodierno est persona, quae iurisdictionem exercet. NB. *exercet* heist es in der Definition; nicht habet; denn das wäre was anders.

Zu einem Richter wird erfordert:

a) habilitas §. 506.

b) integritas mentis §. 507—508.

c) fori competentia, §. 509. seq.

2) Partes litigantes, (die Partheien) die Recht nehmen. Dahin gehört:

a) Actor — est is, qui actionem movet. Doch hat er nach Verschiedenheit der Proceßart auch andere Nahmen: Z. E. im summarischen Proceß heist er Implorans; im accusatorischen — Accusator etc.

b) Reus — est is, contra quem actio est mota. So verschiedene Benennungen der Kläger hat, hat auch der Beklagte: z. E. Implorat, Denunciat, Accusatus etc.

II. Per-

II. Personae minus principales (Nebenpersonen) — die nicht nothwendig zum Iudicio gehören: Z. E. Advokaten, Procuratoren ꝛc. diese gehen uns hier nichts an.

§. 506. Die Requisita iudicis sind folgende:

I. Habilitas, quae est vel naturalis vel civilis.

1) *Naturalis.* Dies ist diejenige Fähigkeit, welche schon in den natürlichen Gesetzen gegründet ist. Also — furiosi, mentecapti, impuberes, surdi, muti, coeci und der Rechte Unerfahrne können nicht Richter seyn. Doch im L. 6. D. h. t. steht, daß ein Coecus das Richteramt haben könne. Daher sagen einige Interpretes: dieser Lex bezöge sich blos auf den Iudicem pedaneum. Die mehresten ICti aber distinguiren inter coecitatem antecedentem, welche unfähig macht, et supervenientem, welche diese Wirkung nicht hervorbringt, weil sich noch Mittel gedenken lassen, wie ein solcher seinem Amt dennoch vorstehen kann. Dies ist billig; daher wird auch in praxi nach diesem Unterschied gesprochen und gelebt.

2) *Civilis* — welche nur in bürgerlichen und positiven Gesetzen gegründet ist. Dahin gehört, daß Weibspersonen, Minderjährige, die nicht über 18 Jahre alt sind und Infames nicht zugelassen werden.

Hellfeld sagt nun: quod tamen aliter se habet in iurisdictione patrimoniali. Allein dies ist keine Ausnahme; denn es ist ein grosser Unterschied zwischen habere und exercere. Habent quidem foeminae iurisdictionem patrimonialem, ast non exercent.

§. 507. II. Integritas mentis. Dazu ist erforderlich: ut sit vir bonus, iustitiae amator atque ab omni partium studio alienus. Dies wird von ihm praesumirt; aber es fällt diese Praesumtion weg, wenn praesumtiones contrariae vorhanden sind. Dann heist er: Suspectus. Doch merke: mit einer Regel kann es nicht bestimmt werden: an Iudex suspectus sit nec ne. Die Gesetze geben uns nur Beispiele. Suspectus scheint der Richter

1) in propria causa, aus welcher er für sich Schaden zu befürchten, oder Vortheile zu hoffen hat. Conf. L. 10. D. de Iurisdictione. Hellfeld setzt zwar: ex qua *directo*, i. e. immediate commodum sperat. Allein der alleg. L. 10. sagts indistincte.

2) Der-

2) Derjenige, der gegen einen streitenden Theil, oder dessen Sache eine besondere Zuneigung hat. Singularis affectio, i. e. ein sehr grosser Grad der Zuneigung, so daß er die Sache, wie die seinige ansieht. So auch, wenn er singulare odium blicken läßt. Ein Haß, wobei nicht inimicitiae capitales vorhanden sind, pflegt in foro nicht attendirt zu werden. Conf. Leyser Spec. 67. med. 3.

Qu. In der Note: ob der Vater in einer Sache iudex seyn kann, in welcher sein Sohn Advocat ist? Rsp. Die meisten sagen nein! Allein nach dem Iure communi glauben wir mit Hellfeld: daß die Frage affirmative beantwortet werden müsse. Ratio:

1) denn der Grund, daß der Sohn und der Vater in einer Sache dient, ist nicht hinreichend, den Richter zu verwerfen; denn es findet gegen die Sache nicht affectio singularis statt, und der Advokat ist ja kein pars litigans.
2) Es ist auch gar nicht zu vermuthen, daß der Richter aus Liebe zu seinem Sohn, dem andern Theil Unrecht thun werde. Conf.. Hommel in rhapsod. obs. 183.
3) Hat jeder Theil das Recht um die Versendung der Acten zu bitten.

§. 508. Gegen einen verdächtigen Richter geben uns die Gesetze ein Rechtsmittel, nämlich Recusationem eius. Ausser dem haben wir noch ein gelinderes Remedium L. 9. D. de suspectis tutoribus, i. e. dasjenige, nach welchem man bittet, daß ihm (dem Richter) ein *Commissarius* zugegeben werde; welches leichter, als recusatio erlaubt wird. Recusatio findet statt:

1) bei einem jeden Richter,
2) Commissario und
3) bei einem ganzen Collegio. Doch hier mit dem Unterschied: die causa suspicionis betrift entweder das ganze Collegium; hier kann auch das Collegium recusirt werden; oder nur ein und das andere Mitglied: Z. E. ich habe in der Regierung einen, der ist mein Todfeind; hier kann nur das Membrum recusirt werden, sonst niemand, denn es ist nicht zu praesumiren, daß das ganze Collegium einem zugefallen, falsch richten werde. Man bittet um Recusation so: N. N. möchte sich dabei des Votirens und Referirens enthalten.

Diese

Diese Distinction finden wir selbst in der Kammergerichts-Ordnung Part. 1. Tit. 13.

1) Requisita suspicionis

a) Iusta causa muß angeführt werden: z. E. er hat Geschenke angenommen ꝛc.

b) Iusta causa muß auch bewiesen werden. Der Beweis ist sehr schwer und deswegen odiös, weil der Iudex, als ein Mann, der publicam autoritatem hat, viele Praesumtionen für sich hat, und man sich folglich leicht einer Injurien-Klage aussetzt. Daher um den Beweis zu evitiren, haben wir ein Rechtsmittel, das Iuramentum perhorrescentiae, das ist derjenige Eid, nach welchem man schwöret, man glaube und versehe sich nicht, daß der Richter sein Amt unpartheyisch verwalten werde. Boehmer und andere wollen ihn aus dem Iure Canon. beweisen. Im Cap. XI. de reseriptis in VIto soll er gegründet seyn. Allein wahrscheinlicher ist er durch bloße Gewohnheit eingeführt, und zwar deswegen:

α) daß das richterliche Ansehen dadurch erhalten werde,

β) weil die probatio suspecti iudicis sehr schwer ist.

A) Daraus folgt: so wohl Kläger als Beklagter müssen zu diesem Eid zugelassen werden.

B) Ferner: der Eid ist ein Surrogatum probationis, und kein suppletorium. Darauf kommt viel an. Denn wäre es ein Suppletorium, so müste ein Beweis vorausgesetzt werden. Das ist beim Surrogato gar nicht. Viele Rechtslehrer glauben überdies:

C) daß der Perhorrescenz-Eid befreye ab allegatione causae iustae. Dissentiunt: Mevius parte X. decis. 154. Berger in oecon. Iuris und Wernher in Observationibus suis. Diese behaupten: wer das Iuramentum perhorrescentiae schwören will, muß die causam suspicionis angeben, welche der Oberrichter erst prüft und dann auch verwerfen kann, wenn sie nicht wichtig genug ist. Und dies alles aus dem Grund, weil der Perhorrescenz-Eid ein surrogatum seyn und die Stelle des Beweises vertreten soll. Diese Meynung ist die beste.

2) Effectus recusationis. Daß die Sache an den Oberrichter kommt, der sie entweder unmittelbar selbst verhandelt oder einen Commissarium ernennt.

a) Der

a) Der Richter, dem die Exceptio ſuſpecti iudicis vorgeworfen worden, kann nicht darüber urtheilen, denn er würde iudex in cauſa propria ſeyn.

b) Die Exceptio incompetentiae iudicis hat juſt das Gegentheil für ſich, denn darinn kann der Richter ſelbſt urtheilen, weil es nicht ſeine Perſon, ſondern ſein Amt betrift.

Anmerkung: Am Ende ſagt Hellfeld, daß der Iudex ob exceptionem ſuſpecti iudicis, keine Injurien-Klage anſtellen kann, es ſey denn, daß ſie nicht bewieſen werden könnte. Und dies iſt recht.

§. 509. III. Fori competentia. Forum (Gerichtsſtand) eſt locus exercendae iurisdictionis.

Forum competens (der gehörige Gerichtsſtand) ſi cauſa talis ſit, quae in hoc foro expediri poſſit. Es hat mit dem foro competente et incompetente die nämliche Beſchaffenheit, wie mit der Iurisdictione competente et incompetente. Repetatur §. 202. Hier merke noch die Regel: Actor ſequitur forum rei. Dieſe Rechtsregel iſt nicht nur in den Geſetzen, ſondern auch in der Vernunft gegründet; denn ein anderer Richter kann den Beklagten nicht zwingen, als der, unter deſſen Foro er ſteht. Doch giebts Ausnahmen. Dieſe finden aber nur alsdenn ſtatt, wenn der Kläger nur gegen die Ausſprüche des Beklagten geſichert ſeyn, keineswegs aber erhalten will, daß er ihm etwas leiſten ſoll.

§. 510. Wenn das Forum ſchon nach dem gemeinen Recht (vi regulae) competens iſt; ſo heiſt es Forum commune: Z. E. Jeder Bürger der Stadt iſt dem Stadtrath unterworfen. Wenn es aber competens iſt, vi exceptionis a regula, dann heiſt es: Forum privilegiatum: z. E. die Cives academici haben das Forum privilegiatum Prorectoris, wovon §. 522. umſtändlicher gehandelt wird.

Forum commune *aut* competens eſt quoad quascunque cauſas, h. e. dicitur Forum generale §. 511. ſeq. *aut* quoad certas tantum cauſas — forum ſpeciale §. 516.

§. 511. Vom Foro generali haben wir nur zwey Beiſpiele:

1) *Fo-*

3) *Forum originis*, i. e. illud, quod fundatur per locum nativitatis. Der Geburtsort ist bei den Juristen derjenige, wo der Vater zur Zeit der Geburt sein Forum hatte.

In Iure Romano ist dies Forum zweyerlei Art, entweder forum generale oder speciale.

Generale ist das, welches alle römische Unterthanen zu Rom hatten. Dies kam daher. Unter dem Antonino Caracalla wurde verordnet, daß alle römische Unterthanen das römische Bürgerrecht haben sollten. Nun sahe man sie auch so an, als wenn sie gebohrne Römer wären, und es kam ihnen folglich dies Forum generaliter zu.

Speciale — dasjenige Forum, das man an dem Ort hat; wo der Vater zur Zeit der Geburt seinen Gerichtsstand hat. Dies gilt auch heute noch, nur vorausgesetzt, daß ich mein Domicilium nicht verändere. Jenes aber fällt hodie ganz hin.

§. 512. 2) *Forum domicilii*, quod fundatur per locum domicilii. Domicilium bedeutet den Ort, wo man sich aufhält in der Absicht, daselbst einen beständigen Wohnsitz zu haben.

Requisita domicilii:

a) daß einer wirklich an einem Ort wohne und sich da aufhalte.

b) daß er die Absicht habe beständig da zu wohnen. Also:

α) Feuer und Heerd an einem Ort haben, ist nicht genug zum Domicilio. Denn ich kann wo Feuer und Heerd haben, und doch die Absicht nicht beständig da zu bleiben.

Conferatur Struben in seinen rechtlichen Bedenken Part. II. pag. 115.

β) Sola habitatio ist nicht hinlänglich: z. E. ich gehe nach Wetzlar um meinen Proceß allda zu führen.

γ) possessio domus auch nicht.

δ) Possessio immobilium aliorum nicht.

Es ist auch möglich, daß ein Mensch zu zweyen Orten sein Domicilium habe: z. E. des Winters in der Stadt und des Sommers auf dem Lande, wie es bei vielen Nobilibus gewöhnlich ist. Dauert dies unter beständiger Abwechselung immer fort, so haben sie zwey Domicilia an zwey verschiedenen Orten.

Qu.

Qu. Wo die Vagabunden zu belangen sind? Der Ausdruck Vagabund ist im Iure kein Schimpfname. Man verstehet blos denjenigen, der kein Domicilium hat, ob er gleich eines haben könnte: Z. E. Servus romanus hat kein Domicilium, er ist aber kein Vagabund. Ingleichen deportati, ad metalla damnati etc.

Rsp. Eigentlich behalten sie ihr Forum originis und also sollte man sie auch da belangen können. Allein da diese Klage inanis werden könnte, so ist es erlaubt, den Vagabunden an jedem Ort zu belangen, wo man seiner nur habhaft werden kann. Wenn zu befürchten wäre, daß das iudicium eluforium werden könnte, so belegt man ihn mit Arrest.

§. 513. Constitutio domicilii requiritur animum in loco quodam sedem fixam habendi; Animus declaratur 1. expresse — wenn einer sich als Bürger an einem gewissen Ort einschreiben läßt; 1 tacite — wenn einer an einem Ort wohnt, da sein Gewerb treibt und kein einzelnes Geschäft angeben kann, warum er sich an dem Ort aufzuhalten nöthigt. Daraus folgt:

1) daß diejenigen, die eines gewissen einzelnen Geschäfts wegen, sich an einem Ort aufhalten, daselbst kein domicilium constituirt haben: Z. E. ich gehe nach Wezlar, um einen Proceß abzuwarten.

2) Constitutio domicilii kann auch diuturnitate temporis nicht gefolgert werden. Einige Rechtslehrer wollen behaupten: wenn man sich 10 Jahre an einem Ort aufhielte, so sey daraus ein domicilium zu folgern. Allein der allegirte Lex, woraus mans beweisen will, handelt blos von Studenten.

3) Auch nicht ex translatione bonorum, denn auch diese kann in einer andern Absicht geschehen. Doch wenn einer sich lange Zeit an einem Ort aufhält, ohne einen Grund angeben zu können, warum er da ist, so kann er gezwungen werden, Bürger zu werden oder den Ort zu meiden. Denn er genieset die Vortheile eines Bürgers, so ist billig, daß er auch die Onera übernehme.

§. 514. Qui non habere potest animum sedem fixam habendi, domicilium nec constituere, nec permutare potest. Huc referuntur ergo:

1) Furiosi et infantes
2) uxores mariti; sequuntur enim domicilium mariti. Diese Regel gilt, so bald als die Verehligung geschehen ist, und wenn auch die Frau den Wohnsitz des Mannes noch nicht betreten haben sollte; Ratio: weil es eine unmittelbare Folge des Ehe-Contractes ist, daß die Frau domicilium mariti befolgen muß. Ja! es behalten auch die Eheweiber das Domicilium mariti, nach dem Tod des Mannes, so lange, bis sie ad secunda vota schreiten.

Doch sagt Hellfeld in der Note: daß diese Regel sich nicht umkehren lasse, und wenn sich auch der Mann einfreite, i. e. zu seiner Frau hinzöge. Es muß von ihm heisen: novum sibi domicilium constituit, neutiquam vero uxoris sequitur. Dieser Unterschied ist erheblich, denn, qui novum domicilium constituit, muß Bürger werden; dies findet nicht statt bei dem sequi domicilium.

3) Kann auch die Obrigkeit verwehren, daß nicht die Unterthanen ex causa seditionis ihre Domicilia verändern. Denn Seditio ist ein Crimen, diesem muß die Obrigkeit mit allen seinen Folgen Einhalt thun.
4) Dürfen auch die Leibeigenen sich nicht nach Gefallen ein Domicilium constituiren; denn sie sind als glebae adscripti zu betrachten.

Excipe tamen: daß der westphälische Frieden hievon eine Ausnahme macht. Conf. Not. 2. ad h. §.

Doch, wenn die Leibeigenen manumittirt seyn wollen, so müssen sie das gewöhnliche Pretium solutionis (das Lösegeld) entrichten, welches durch die Landesgesetze bestimmt wird. Ein Freigebohrner darf sich (auser diesen gehabten Fällen) überall mit seinem Domicilio hinwenden. Doch muß er das Abzugsgeld erlegen. Das Quantum dependirt a consuetudine. Davon dependirt:

a) das Ius selbst, i. e. der Eigenthumsherr muß es beweisen, daß es bei ihm consuetudinis sey, ein Abzugsgeld zu fordern.
b) Muß es das Quantum bestimmen.
c) Ob es blos von immobilibus gegeben werden müsse.

§. 515. 1) Forum domicilii est generale. Also können alle Klagen, so wohl personales, als reales in diesem Foro ange-

angestellt werden. Auch wird in der Regel der Concurs Proceß darinn eröfnet.

Qu. Ob denn der Erbe auch das Domicilium seines Erblassers agnosciren müsse? Es ist dies sehr streitig. Conf. tractatus de foro heredum competente. Hildburghausen 1777.

Hellfeld distinguirt: Im Proceß ist entweder schon Lis mit dem Erblasser contestirt worden; da ist es extra dubium, daß er bei dem nämlichen Foro den Proceß fortsetzen und endigen muß, weil die Litis contestation unbezweifelt auf den Erben übergeht. Oder es ist noch nicht Lis mit dem Erblasser contestirt worden; Hier ist wieder zu distinguiren: Es ist entweder in foro defuncti hereditas noch indivisa vorhanden, oder nicht. Im ersten Fall, behauptet Hellfeld, müsse der Erbe sich noch in foro defuncti belangen lassen — welches aber sehr zweifelhaft ist. Im zweyten aber ist der Erbe in domicilio des Erblassers zu stehen nicht schuldig. Ratio: weil der Defunctus selbst sein Domicilium nach Gefallen ändern konnte.

§. 516. 2) Forum speciale — das nur bei gewissen Negotiis statt findet. Es gehört hieher:

1) Das Forum continentiae causarum, de quo Tit. II. Lib. XI.

2) Das Forum contractus. Dies ist an dem Ort, wo ein Pactum völlig geschlossen, oder ausgemacht worden, daß an selbigem Ort der Vertrag völlig erfüllt werden soll. Die Contrahenten haben entweder den Ort bestimmt, wo der Contract erfüllt werden soll — dies ist das Forum contractus; oder nicht bestimmt; hier ist das Forum contractus an dem Ort, wo der Contract völlig geschlossen worden, i. e. wenn die vollkommene Verbindlichkeit den Contract zu halten vorhanden ist, und nichts fehlt, was zum Wesen eines Contracts erfordert wird: Z. E. beim contractu litterali, wo die Subscription geschehen. Ist aber der Contract an einem andern Ort confirmirt worden, so schadet das nichts, das Forum ist da, wo der Contract völlig geschlossen worden. Wenn aber zwey per litteras contrahiren, so ist das forum contractus, wo die Acceptation geschehen. Doch ist es eine Ausnahme, wenn einer cum advena statim discessuro contrahirt.

trahirt. Denn hier ist ein Unterschied zu machen: Die Contrahenten haben entweder auf baare Zahlung contrahirt; nun, da ist das Forum der Ort, wo der Contract zu Stande kam; oder auf Conto — Hier muß der Debitor belangt werden, in loco domicilii. Denn wenn ein Creditor einem Fremden credidirt, so heist das so viel: als ich will die Bezahlung vom Haus aus erwarten.

Das Fundamentum ist hier kurz: tacita prorogatio iurisdictionis. Denn wer mir verspricht an einem Ort einen Contract zu erfüllen, der giebt mir das Recht, die Erfüllung von ihm an diesem Ort zu fordern. Also auch das Recht zu klagen, also begiebt er sich auch tacite der dasigen Iurisdiction. Das kanonische Recht macht aber bei dem foro contractus eine ziemliche Einschränkung, es soll nämlich nur in zween Fällen statt finden:

1) Wenn der Beklagte Güter an dem Ort besitzt, wo der Contract geschlossen worden, so kann er da belangt werden: Z. E. der ein Haus hat; so auch der Kaufmann, wenn er Waaren da hat ꝛc.
2) Si reus in foro contractus invenitur, i. e. wenn sich der Beklagte in loco contractus eines gewissen Negotii halber befindet und aufhält. Sed NB. es ist nicht genug, wenn er blos durchreist, er muß sich eines Negotii halber da aufhalten. Aber genug ist es, wenn ihm nur die Ite Citation da eingehändigt worden

§. 517. 3) Forum delicti, derjenige Gerichtsstand, dem man eines begangenen Verbrechens wegen unterworfen ist. Wer an einem fremden Ort delinquirt, wird allda subditus temporarius, und ist also der Obrigkeit unterworfen. Es ist aber dies Forum zweyerlei Art, nämlich:

1) Forum deprehensionis. Davon wird im folgenden §pho geredet.
2) Forum delicti commissi — wo das Delictum begangen worden. Davon zween Fragen im §pho.

Qu. 1) Wo ist das Forum delicti commissi, wenn das Verbrechen an einem Ort angefangen und in dem andern vollbracht worden? Der Fall ist enthalten in dem L. 1. C. de criminibus.

Rsp.

Rsp. Es findet die Praevention statt nach dem Lege. Allein nach der Schärfe genommen scheint der ganze Fall unmöglich, daß ein Verbrechen hier angefangen und dort vollbracht worden. Denn Delictum ist inchoatum, wenn der Delinquent agirt; consummatum, wenn der Laesus die Beleidigung empfindet. Muß dies nicht in einer unzertrennten Handlung vorfallen und begangen werden? Also:

1) Wo ein Verbrechen zur Reife gekommen ist, da ist das Forum delicti.
2) Auch der Conatus kann mit der Todesstrafe belegt werden.
3) Ein Stuprum immaturae puellae ist ein wahres Delictum.

Derjenige Ort, wo der Dieb gestohlen, wo die Fornication vorgefallen, wo der Titius die tödliche Wunde empfangen hat, ist das Forum delicti; und nicht da, wo der Dieb gefangen worden, wo die Hure gebohren hat, wo der Titius gestorben ist.

Das wird doch kein Delictum inchoatum seyn, daß ich hier mein Pistol lade und hernach auf der Königsmühle oder an einem andern Ort jemand tod schiesse? Es ist an jenem Ort inchoatum et consummatum.

Qu. II. Was ist da Iuris, wenn ein Verbrechen auf der Grenze begangen worden? Wer hat da das Forum delicti commissi.

Rsp. Einige sagen: da wo der Kopf liegt, andere: wo das Herz liegt, noch andere: wo die Füsse liegen. Allein damit ist nichts gesagt. Am besten ists, man läst beide Iudices ein Iudicium commune constituiren oder losen. Denn:

Concurrentem iurisdictionem können nicht beide haben, weils auf keiner Seite gewis ist:

§. 518. Zum foro delicti gehört ferner:

Das Delictum comprehensionis. Dies ist da, wo man des Delinquentens habhaft wird. Denn daß er praesens ist in loco quodam, ist nicht genug.

1) Nach dem Iure Rom. ist verordnet, es muß der Iudex fori comprehensionis den Delinquenten ausliefern an den Iudicem fori delicti commissi:
   α) Weil der Delinquent dort die Gesetze übertreten, so muß er auch dort bestraft werden, nach dem L. 28. §. 15. de poenis.

β) Weil man dort mehr Beweismittel hat, den Delinquenten zu überzeugen, als an irgend einem andern Ort. Dies ist sehr vernünftig, nach der Nov. 69. C. 1. Wenn der Ort streitig ist concurriren beide iudices.

2) Nach dem Iure hodierno sagen die ICti: das römische Recht könne ob status mutationem nicht applicirt werden. Denn Deutschland hat gar viele Regenten, wir stehen nicht mehr unter einem Hut, man könne also keinen Reichsstand zwingen, daß er dem andern seine Delinquenten ausliefere.

Allein es kommt doch darauf an: Es stehen nämlich:

1) entweder beide Fora unter einem Landesherrn; da findet das Ius romanum statt. Denn die Gründe desselben sind gar gut und vernünftig — contra Georg Ludwig Boehmer in Diss. de delictis extra territorium commissis.

2) Oder sie stehen nicht unter einem Landesherrn; So kommt es wieder darauf an:

a) Ob die beiden Fora unter sich Pacta errichtet haben, daß sie einander die Delinquenten ausliefern wollen — da gehts nach den Pactis (und dergleichen Pacta sind vortreflich).

b) Oder ob sie keine solche Verträge unter sich errichtet haben; Hier ist auch die Auslieferung nicht necessitatis, sondern nur urbanitatis et humanitatis.

§. 519. 4) Forum rei sitae — ein Gerichtsstand, der um deswillen begründet ist, weil das Obiectum litis an dem Ort befindlich ist. Es ist ein Forum speciale, also können nicht alle Klagen statt finden, sondern nur einige. Die Actiones sind nun l. petitoriae l. possessoriae. Letztere finden hier allemal statt und werden auch hier am besten angestellt, weil mich kein Richter besser schützen kann. Erstere sind l. reales — diese finden statt; l. personales; diese finden nicht statt, bei ihnen bin ich schlechterdings an das Forum domicilii gebunden und habe folglich keine Wahl. Ausgenommen sind die Actiones in rem scriptae, denn diese imitiren naturam actionum realium. Hellfeld fügt noch hinzu: Auch da sey eine Ausnahme zu machen, wo der Landsassiat obtinirt. Dies ist aber nur von feudis zu verstehen, contra Hellfeld. Denn nur der wird pro subdito gehalten, der den Lehens-

Lehenseid schwört. Also wer ein Praedium hat, puta praedium feudale, der ist pro subdito zu halten, andere Landsassiatus nicht.

Zusatz:

1) Uebrigens verschlägt es nichts, ob die *res sita* mobilis oder immobilis ist. Hierein können sich viele Richter nicht finden. Allein man merke nur: daß der Lex gar nicht distinguirt, sondern nur geradezu sagt: ubi res est sita; also mobilis oder immobilis, das ist eins.
2) Sed sita esse debet, non transitoria. Denn wenn Waaren durchpassiren, sind sie nicht sitae.
3) Endlich verschlägts auch nichts: an singularis res sit, an universalis, i. e. eine universitas rerum
4) Auch nichts, der Beklagte mag da sein Domicilium haben oder nicht.
5) Auch nichts, der Beklagte mag ein Forum privilegiatum haben oder nicht.

§. 520. 5) Forum *arresti* derjenige Gerichtsstand, welchem man eines angelegten Arrests wegen unterworfen ist.

Impositio arresti (Anlegung des Arrests) ist ein Obrigkeitlicher Befehl, daß eine Sache oder eine Person, oder beides so lange inne behalten werden soll, bis ein anderer seiner Ansprüche wegen befriediget worden ist.

Iustificatio arresti ist später als impositio, denn sie geschieht erst, wenn der Richter zeigt, daß es die Noth erfordert habe so zu verfahren. Impositio aber muß vorher gehen ob periculum; Denn der Richter ist in einer delikaten Sache; fährt er mit dem Arrest nicht zu, so kann er in der Folge von dem, der den Arrest verlangt hat, belangt werden.

Arrestum ergo est:

1) *l. personale*, wo meine Person aufs Tabulat gebracht wird,
2) *l. reale*, wo meine Sache in Verwahrung gebracht wird.
3) *mixtum*, wo beide in Verhaft genommen werden.

Arrestum est medium conservandi iura, also auch ein Mittel pro fundando foro. Dazu gehört:

a) Der Impetrant muß seine Forderung bescheinigen;
b) Der Kläger muß zeigen, daß eine Gefahr vohanden sey, i. e. ut ne fiat iudicium elusorium.

Er findet statt in folgenden Fällen:

1) Wenn einer in foro contractus belangt wird, und derselbe ist ein Abwesender oder der Flucht Verdächtiger.

Jedoch nur so lang, bis der Arrestatus cautionem de iudicio sisti bestellt hat.

2) Wenn der Reus ein Vagabund ist.

3) Wenn der Kläger ein Ius auf eine gewisse Sache hat und er, der Beklagte, will sie außer Gericht transferiren.

4) Wenn Unterthanen bei auswärtigen Gerichten keine Hülfe bekommen können: z. E. ein Kaufmann von Leipzig geht mit seinen Waaren hierdurch. Er zahlte mich nicht, sein Gericht war mir auch nicht dazu behülflich, ich lasse also seine Sachen mit Arrest belegen.

Unterschied ratione finis:

Arrestum iuris communis hat zum Endzweck, den Gerichtsstand zu begründen; hingegen der Endzweck des arresti saxonici ist, daß Arrestant ein Ius hypothecae auf die Güter des Arrestati bekomme. Dieser findet statt:

1) bei Debitoribus obaeratis.

2) Chirographarii creditores (die kein Pfandrecht haben) können sich denselben zu Nutz machen. Praesupponirt aber wird in Sachsen:

a) daß die Forderung liquid sey,

b) daß der Gläubiger lapsum bonorum debitoris docuren könne;

Dann bekommt er ein Pfandrecht und kommt in die dritte Klasse der Gläubiger beim Concurs.

§. 521. 6) Forum gestae administrationis derjenige Gerichtsstand, welchem man einer geführten Administration wegen unterworfen ist: z. E. ich bin Tutor an einem gewissen Ort gewesen — negotiorum gestor etc.

Aehnlichkeit hat dies Forum mit dem Foro contractus, weil es auf einem und eben demselben fundamento beruht §. 516. Doch ist dies Forum stärker begründet, als das Forum contractus, weil er exceptionem fori incompetentis vorschützen kann, wenn ich in foro domicilii belangt wäre: z. E. ich wäre in Bayreuth Tutor gewesen und würde hier in foro meo domicilii belangt.

Ratio: Weil ein Verwalter zu seiner Rechtfertigung Zeugen, Urkunden, Documenta etc. nöthig hat, die er an keinem

rem Ort so gut haben kann, als an dem Ort, wo er administrirte.

Bei dem Foro contractus steht mir dies nicht zu.

Ex allegata ratione aber ergiebt sich auch, daß sich die Exception nur erstreckt auf rationes reddendas, nicht aber ad edendas illas.

Was den Ort betrift, wo das Forum gestae administrationis ist, so merke: Der Administrator ist:

1) entweder a magistratu bestättigt worden: z. E. der Tutor — oder ich habe in fünf bis sechs Districten Güter; hier setzt mir die Obrigkeit so viel Curatoren, als Districte sind und das Forum gestae administrationis ist also bei der Obrigkeit. Conferatur ordinatio politica de anno 1777. Tit. 32.
2) Oder das ist nicht: z. E. ein negotiorum gestor wird nicht bestättigt; hier ist das Forum in eo loco, ubi administratia gesta est.

§. 522. Das Forum ist entweder commune, und zwar sowohl generale als speciale, oder privilegiatum. Vom Foro communi haben wir bisher gehandelt; es ist also noch das Forum privilegiatum übrig.

Forum privilegiatum (ein befreyter Gerichtsstand, ein solcher, welcher jemand contra iuris dispositionem communis ex privilegio zusteht.

Dies haben:

1) personae miserabiles, quae sibimet ipsis opem ferre non possunt. h. l. aber nach dem L. unica C. dürfen wir keine andern darunter verstehen, als die der Lex unica C. nennt nach der Regel: iura singularia et privilegia non sunt ad consequentia extendenda.

Dahin gehören (wie der Lex sagt):

a) *diuturno, i. e. fontico morbo laborantes:* z. E. Schwindsüchtige, Milzsüchtige, starke Podagristen.
b) *Debiles:* z. E. epileptici, paralytici, surdi, muti etc.
c) *Pupilli*; dies kann nicht auf minores extendirt werden, sondern man muß streng bei dem Ausdruck pupilli — stehen bleiben. Auch nicht auf den Unmündigen, der noch einen Vater hat. Auch auf Schulen, Kirchen, Städte, Klöster nicht. Denn diese haben die iura minorum nur in der Lehre de restitutione in integrum.

d) *Viduae* — sie mögen reich oder nicht reich seyn; Ratio: quia carent defensore. Auch dies darf nicht extendirt werden auf Eheweiber, Junfern, wenn sie nicht fortunae iniuria miserabiles sind.

Alii fortunae iniuriae miserabiles. Man versteht darunter: Pauperes und Egenos.

Egeni — die gänzlich von andern unterhalten werden.

Pauperes — die sich, obgleich mühselig, ihren Unterhalt nach selbst schaffen können.

Unschuldig incarcerirte.

Obs. Der Zusatz: aliique fortunae infortunia miserabiles ist von Hellfeld. Denn in dem L. unica C. quando imper. inter pupillos, stehen nur die vier erstgedachten Personen. Der Gesetzgeber wollte sie in der Folge nicht immer wiederholen, sondern sagte nur abbrevirt: diuturno morbo laborantes, debiles aliique. Unter den aliis sind also keine andere zu verstehen, als pupilli et viduae. So — nach dem Lege, (welcher auswendig gelernt zu werden verdient, weil er in foro so bekannt und sedes privilegiorum miserabilium ist); in der Praxi aber versteht man auch Egenos und Pauperes darunter.

Qu. Worinn besteht ihr Privilegium?

Rsp. Daß sie sich an die höchsten Tribunale im Lande oder an den Landesherrn selbst wenden können, sie mögen klagen, oder verklagt worden seyn. Hat sich aber einmal eine Persona miserabilis bei der höchsten Instanz eingelassen, so muß sie dabei bleiben und kann kein anderes Forum mehr suchen. Aber NB. von Personen, die in einem Lande schon drey Instanzen haben, kann nicht gleich zu den höchsten Reichs — oder dem Kammergericht gelaufen werden; sie müssen erst die höchste Instanz im Lande angehen.

Doch findet dies Privilegium nicht statt:

a) in geringfügigen Sachen,

b) wenn sie ex iure cessionis agiren. Nam cessionarius utitur iure cedentis.

c) Wenn sie darauf renuncirt haben. Quilibet favori suo (i. e. h. l. privilegio) renunciare potest. Renunciatio fit aut expresse, aut tacite; wenn sie litem contestiren bei den Untergerichten.

Cons

Conferat. Feuerbach Diss. an et quatenus privilegia personarum miserabilium pauperibus denegari possint? Giesen 1752. Dies ist ein vortreffliches Scriptum hierüber.

§. 523. II. *Clerici*, quive his annumerantur. Unter den letztern verstehe: personas ecclesiasticas und nach dem Gerichtsbrauch auch Schulleute, aedituos, Kastenverwalter ꝛc.

Dies Forum privilegiatum erstreckt sich nun auch auf die Familie der Clericorum.

Es ist dies bekanntermasen das Consistorium.

Es erstreckt sich auf causas personales, nisi quidam casus specialiter sit exceptus in Legibus.

Also findet es nicht statt: in causis realibus — da müssen sie in foro rei sitae stehen.

Hingegen erstreckt sich solches wieder sowohl auf causas civiles als criminales. Doch bei letztern distinguendo: inter delicta leviora et graviora. Was

1) die delicta leviora betrift, so ist zu merken: diese gehören vor die geistlichen Gerichte. Dahin gehören auch die Excessus: wenn ein Clericus in officio suo peccirt: z. E. schimpft, Gottesdienst unterläst ꝛc. Was

2) die delicta graviora betrift; so haben da die geistlichen Gerichte nur die General-Inquisition; die Special-Inquisition gehört vor den ordentlichen Criminal-Richter. Der Geistliche aber wird vorher völlig degradirt und dann demselben übergeben. Einem Superintendenten aber setzt man lieber einen Commissarium.

Der Amtmann darf ihn incarceriren.

Das Dienstgesinde des Geistlichen, sagt Hellfeld, habe in der Regel das Forum privilegiatum des Geistlichen nicht. Allein nach der Observanz findet man doch das Contrarium.

Conferatur Pufendorf Tom. I. obs. 166. Tom. III. observ. 197.

§. 524. III. Professores et cives academici. Sie haben es dem Kaiser Friederico Imo zu danken.

Es enthält dasselbe die Auth. habita C. ne filius pro patre. Sie durften Anfangs den Herrn Prorector mit wählen; weil sie aber öfters denselben auch nach Gefallen wieder absetzten, so wurde es ihnen wieder genommen.

Es

Es erstreckt sich auf *delicta leviora*. In der Regel haben also die Academien nur niedere Iurisdiction, wie die geistlichen Gerichte. Also in *gravioribus delictis* nur primam cognitionem. Findet man, daß die Sache peinlich ist, so muß der Student dem ordentlichen Criminalrichter übergeben werden. Doch Halle und Leipzig haben (als Ausnahmen) auch die höhere Iurisdiction. Wenn aber auch eine Academie die Iurisdictionem criminalem superiorem hat, so exequirt sie doch nicht selbst, ob sie gleich die ganze Inquisitionem sowohl generalem als specialem über sich hatte, sondern übergiebt nach dem Pronunciato den Delinquenten wieder dem magistratui oppidano. Dies ist ein Folgesatz aus dem Privilegio fori clericorum.

§. 525. IV. *Milites*. Der befreyte Gerichtsstand der Soldaten ist bekanntlich das Kriegsgericht. Der Obrist bei jedem Regiment hat die Iurisdiction und in seiner Abwesenheit vertritt seine Vices der Obristlieutenant. Jedoch der Obrist nicht allein, er hat auch Assessores, diese sind gemeiniglich die Capitains; manchmal auch die Lieutenants, welche aber der Obrist wählen darf. Der Auditeur ist weiter nichts als Gerichtsschreiber, Actuarius, er mag übrigens General-Auditeur, Regiments- oder Ober-Auditeur heisen. Der Regiments-Auditeur steht nur allein unter dem Obristen, und arbeitet öfters mit ihm. Er hat die Todesfälle zu besorgen, den Fahneneid, Inventaria zu machen und die Heurathen nach den Artikeln zu erlauben; doch muß er hiezu den Consens des Obristen haben. Traubrief heist der Brief des Obristen, worinn steht, daß dem Soldaten erlaubt sey, zu heurathen. Trauschein das Attestatum parochi, daß der Soldat copulirt sey.

Des General-Auditeurs Officium ist eben dasselbe, nur daß es sich auf das ganze Heer erstreckt.

Jedoch in manchen Sachen haben sie (sagt Hellfeld) mandatam iurisdictionem vom Obrist: Z. E. bei Actibus voluntariae iurisdictionis — ein Soldat, z. E. will ein Testament machen, denn da geht der Obrist nicht selbst hin. Ferner auch bei delictis levioribus. Bei den Kayserlichen haben sie neuere Reglements. Wie weit sie sich erstrecke — darüber finden wir variantes Lectiones im Iure Romano. Das neuste Gesetz, ist die Novella 8, cap. 12. Nach dieser sollen

sollen sie in delinquendo unter dem gewöhnlichen Richter stehen. Heut zu Tage gehts nicht nach dem römischen Recht, (Holland ausgenommen) sondern in Deutschland stehen Milites beinahe in allen Fällen unter dem Iudicio militari. Daher bleibt dem ordentlichen Richter weiter nichts übrig, als apprehensio; nach derselben muß er den Soldaten ausliefern. Dies ist selbst in Reichsgesetzen gegründet. Conf. Recess. imperii von 1641. §. 47.

Jedoch ist dies nicht Schuldigkeit in Ansehung fremder Soldaten, z. E. der Preussischen, ob mans gleich manchmal aus Politik thut, und sie ausliefert.

§. 526. V. Ministri Principum. Diese sind

a) entweder solche, die den Fürsten selbst bedienen: z. E. Page, Hof- und Kammerjunker; diese stehen unter dem Hofmarschall-Amt. — Wie weit sich die Iurisdiction des Hofmarschallamts erstrecke, ist nicht mit einer Regel zu bestimmen. Gemeiniglich haben sie über summarische Sachen u. s. w. zu richten.

b) Oder solche, die dem Staat dienen: z. E. Hofräthe, Regierungs- und Geheimde-Räthe. Diese stehen unter dem hohen Landesgericht. Ausgenommen die sogenannten eigentlichen Ministri Principum und Praesidenten von hohen Collegiis; denn diese stehen unter gar keinem Tribunal, sondern immediate sub principe.

§. 527. Bisher handelten wir von der Fori competentia. Uebrigens besteht ein Richter bald aus einer einzelnen physischen Person, wie z. E. der Herr Amtmann zu Schwekhausen; bald aus einer moralischen oder einem Collegio: z. E. der Landesregierung, dem Consistorio, Stadt-Rath ꝛc.

Hier im letztern Fall haben wir den Director von den Assessoribus zu unterscheiden. Director est is, qui reliquos dirigit. Assessores sind

1) entweder Gerichts-Assessoren, die an der Iurisdiction Antheil haben; hier heisen sie: Assessores cum voto. Diese haben bei jedem Actu im Gericht ihre Vota zu geben. Die Regel heist auch hier: plurima Vota concludunt. Doch aber hat der Director mehrentheils ein Votum decisivum. Hat er dies nicht, so ist sein Geschäft blos

a) zu

a) zu entsiegeln,
b) das Praesentatum darüber zu schreiben,
c) die Vota zu sammeln und sie in Ordnung zu bringen.

2) Oder solche, die keinen Antheil an der Iurisdiction haben; hier heisen sie: Assessores sine Voto. Und hieher gehören die sogenannten Scabini, oder Gerichtsschöppen in iudiciis inferioribus. Sie sind nöthig in Gerichten, wo der Iudex und Actuarius eine Person ist. Ratio: Weil eine Person erroribus et corruptioni mehr unterworfen ist, als mehrere Personen. Uebrigens haben sie in iudicio nichts zu sagen, denn sie sind gemeine Leute; auser daß sie die Protocolle unterschreiben.

§. 528. Es gehört auch zu den Gerichtspersonen: der Actuarius — Gerichtsschreiber — in Collegiis heist er Secretarius — bei Hofgerichten heist er Protonotarius — Stadtschreiber — und ist eine vereidete Person, dessen Amt darinn besteht, die Acten in gehörige Ordnung zu bringen, zu erhalten und das im Gericht vorgegangene fideliter niederzuschreiben. Daher hat das, was der Actuarius niedergeschrieben, wie alle instrumenta publica, plenam fidem, denn er steht in publico officio; aber es versteht sich: donec contrarium probetur. Der Secretarius bei Collegien, z. E. bei dem Hofgericht und dergl. mehr, schreibt nieder, und sondert das Wesentliche von dem Zufälligen ab, welches nicht leicht ist.

§. 529. Partes litigantes sunt actor et reus. Diese kommen darinn überein, daß sie legitimam standi in iudicio personam haben müssen, i. e. ius de obiecto litis disponendi habere. Es giebt also Personen, 1) qui stare plane non possunt in iudicio: z. E. furiosi, infantes, proscripti (in die Acht Erklärte.) 2) Auch solche, qui soli stare non possunt, sed interventu alius personae: z. E. Prodigus, Pupillus, Minor. Dahin gehören auch die Weibspersonen, in Sachsen, auch im Würtenbergischen und im Lübeckischen. Ingleichen die filiifamilias. Diese litigiren:

1) entweder de peculio militari; hier können sie allein vor Gericht stehen.
2) Oder de peculio pagano; hier können sie sine consensu patris nicht vor Gericht stehen.

§. 530.

§. 530. Niemand kann de iure tertii agiren. Ausgenommen a) es müste denn voluntate tertii geschehen; b) wenn Lex oder Iudex mir den Auftrag gethan haben. Z. E. diesen haben Tutores. Niemand kann auch ex facto tertii belangt werden. Ausgenommen die Fälle, die im §. 315. da waren.

§. 331. Praeter actorem et reum findet man auch bisweilen eine dritte Art von Partheien. Dies sind die Intervenienten. *Interventio*, wenn ein tertius — nach bereits angefangener Abhandlung eines Rechtsstreits, sich freiwillig einmischt. Die Interventio geschieht:

1) Entweder Beistandsweise, i. e. in der Absicht, um einen streitenden Theil zu assistiren. Diese heist: Interventio accessoria, und die Personen heisen: Intervenienten zum Beistand. Z. E. Caius und Sempronius sollen Sterbhandlohn geben. Sie sträuben sich, und nun kommt Titius und mischt sich auch mit ein, vorgebend: daß ihn der Fall auch treffen könne, er wolle also jetzt einstweilen seine Herren Nachbarn so gut vertreten, als er nur immer könne. It. Ich habe einen Pachter, der exercirt bei meinem Gut die Triftgerechtigkeit. Die Schäfer prügeln ihn aus; nun klag ich gegen die Schäfer, als Gutsherr.

2) Oder nicht Beistandsweise, sondern in der Absicht, sein eigenes Recht auszuführen. — Diese heist: Interventio principalis; die Personen — Principal — Intervenienten. Z. E. Caius und Laelius streiten um Mademoiselle Benigna jeder will sich zuerst mit ihr verlobt haben — und nun komme ich und sage: ihr Herren seyds beide nicht, ich bin der erste unter meinen Rivalen.

1) Die Principal-Intervenienten verhalten sich, wie eine 3te Parthei in lite; daher ist nun die Principal-Interventio nicht an die Fatalia des Processes gebunden, sondern sie kann jeder Zeit geschehen. Jedoch wenn man post rem iudicatam intervenirt, muß die Interventio (oder h. l. die Forderung) liquid seyn.

2) Bei der Interventione accessoria verhält sich der Intervenient als Litisconsorte von der Parthey, der er assistirt. Daher müssen sie coniunctim den Proceß fortführen, wie er angefangen worden. Ferner muß iustum tempus beobach-

beobachtet werden, und es ist hier Consilii, daß man vor der Replik intervenire, wenn man assistiren will.

§. 532. Actor est is, qui actionem movet. Natürlich dependirts von mir, ob ich klagen will. Daher die Regel: Actor invitus ad agendum compelli nequit. L. unica C. ut nemo invitus agere etc. Die Regel an und für sich ist auser Zweifel; aber es giebt doch besondere Fälle, die die Frage am besten bestimmt: ob und in wie ferne Ausnahmen statt finden? Rsp. Absolute kann niemand ad agendum gezwungen werden, aber doch secundum quid — in gewissem Betracht, und zwar:

1) *Vi officii* — z. E. Tutores, Procuratores, Administratores iudicii et ecclesiarum.
2) Auch in dem Betracht, daß einer sein Recht verliehrt, oder id quod interest praestiren muß, wenn er nicht klagt: Z. E. bei der Provocation oder wenn Creditores edictaliter citirt werden beim Concurs,

Und zwar duplici respectu kann man also einen zum Klagen nöthigen,

1) so wohl gegen uns; dahin gehört der Fall von der Provogation im folgenden §pho,
2) als auch gegen andere; Dahin gehört der Fall, wenn mein Interesse es erfordert, daß ein Tertius belangt werde, ich aber keine Action habe, womit ich ihn belangen könnte. Ein Beispiel enthält der in der Note allegirte L. 2. pr. §. 2. ad L. Rhodiam de iactu. Doch kann in diesem Fall derjenige, dem die Klage zusteht, sich liberiren, wenn er mir seine Klage cedirt.

§. 533. Zum Klagen kann man einen zwingen durch die Provocation; denn Provocatio ist ein gerichtliches Zwangsmittel, wodurch man einen zum Streit oder zur Klage anhalten kann. Der Provocationen haben wir im Iure 2. Die Person nämlich, welche provocirt wird, ist

1) entweder eine solche Person, welche den Provocanten diffamirt hat. Diffamatio ist jedes Assertum, das, wenn es wahr wäre, mir zum Nachtheil gereichte, es sey dies in Beziehung auf meinen Ruf, oder mein Vermögen und den Besitz desselben. Z. E. Ein Mädchen giebt mich an, just zur Zeit, wenn ich eine gute

Mariage

Mariage zu treffen hofte. — Caius spricht: er habe Servituten auf meinen Gütern. In diesem Fall findet die Provocatio ex Lege diffamari statt, wo der Diffamant von dem Diffamato provocirt wird, daß er kommen und seine Sache mit ihm rechtlich ausführen soll, woferne er nicht gewärtigen will, daß ihm ein ewiges Stillschweigen auferlegt werde.

2) Oder eine solche, welcher eine gegründete Klage gegen den Provocanten zusteht, welche aber durch eine Exception elidirt werden kann: z. E. durch die Exceptionem non numeratae pecuniae, non adimpleti contractus, solutionis, excussionis sive ordinis etc. Hier lade ich den andern nicht vor ad agendum; sondern ad replicandum.

In diesem Fall heist die Provocation: Provocatio ex Lege si contendat, und ist diejenige, wodurch der, dem die Klage zusteht, provocirt wird, daß er kommen und die Sache rechtlich ausführen, oder gewärtigen soll, daß des Provocati exceptio pro perpetua erklärt, i. e. für eine solche declarirt werden soll, die nicht mehr exstinguirt werden kann.

I. Utraque provocatio differt:

1) Bei der Provocatione ex L. diffamari läugnet der Provocant, daß der andere eine gegründete Klage gegen ihn habe; aber in Provocatione ex L. si contendat giebt er die Klage zu, nur hofft er, sie durch seine Exception zu destruiren.

2) Ex L. diffamari provocire ich l. ad agendum l. ad probandum; — *Ad probandum* — wenn die Diffamatio ein solches Assertum enthält, das man durch eine Klage nicht ausmachen kann: z. E. wenn einem Tertio ein Diebstahl vorgeworfen wird, und nicht dem Diffamanten. — Hingegen ex L. si contendat provocire ich ad replicandum, i. e. sich auf des Provocanten Exception einzulassen. Daher muß Excipiens seine Exception beweisen.

3) Ex l. diffamari etc. ist erforderlich eine vorgängige summarische Bescheinigung von der Diffamation; aber dies ist nicht erforderlich bei der Provocatione ex L. si contendat.

4) Provocatio ex L. diffamari geschieht unter dem Praeiudiz, daß dem Provocato ein ewiges Stillschweigen auf-

erlegt werden soll: bei der Provocatione ex L. si contendat ist es perpetuitas exceptionis, i. e. er wird bedroht zu gewärtigen, daß Provocantis exceptiones immer bei Kräften bleiben sollen.

Utraque provocatio convenit;

1) Daß beide in Absicht auf die Hauptsache Beklagte sind: daraus folgt, daß die provocationes angestellt werden können, in foro provocantis; weil bei der Provocation der Provocant nichts vom Provocato verlangt.
2) Daß beide ein processus praeparatorius sind, i. e. der Veranlassung giebt zu einem andern,
3) Daß, sobald als der Provocat kommt und seine Klage anstellt ꝛc. der Provocations-Streit seine Endschaft erreicht.

Die Provocationes würken keine Praevention in Absicht auf die Hauptsache, i. e. es ist der Provocat nicht schuldig gerade in dem Gericht seine Klage anzubringen, von welchem er provocirt worden; er kann seine Klage auch bei einem andern Iudicio competente gegen den Provocanten anstellen. Dies ist wichtig, ob gleich Hellfeld es vergessen hat.

Conferatur Berger in electis processus provocatorii. pag. 223.

Anmerkung: Die beiden Provocationes sind nicht ex iure romano herzuleiten, sondern sogar den Principiis iuris Romani zuwider. Es hat dies erwiesen Meister: de falsa probatione processus provocatorii ex iure romano, in seinen obusculis Tom. I.

§. 534. Es geschieht bisweilen, daß mehrere Sachen im Gericht zu gleicher Zeit angebracht werden. Diese Causae können nun entweder zu gleicher Zeit verhandelt werden; gut, so geschieht es — oder das ist nicht. Im letztern Fall haben wir drey Regeln.

Reg. 1. Causae praeiudiciales prius finiendae sunt, i. e. diejenigen, von deren Entscheidung eine andere abhängt: z. E. ich stelle hereditatis petitionem an, und man setzt mir eine Exception entgegen: ich sey nicht partus legitimus. Diese letzte Sache muß zuerst cognoscirt und abgethan werden, weil von dieser die Entscheidung der erstern abhängt. So auch, einer stellt die Actionem furtivam

tivam an und der andere will gleich deßwegen die Actionem iniuriarum anstellen; actio furtiva geht vor.

2) Causae praeparatoriae prius cognoscendae sunt: z. E. das Petitorium und das Possessorium. Letzteres macht ersteres leichter, also wirds zuerst untersucht. Allein weil Petitorium und Possessorium nach dem Iure Canon. cumulirt werden können, so ist das auch in praxi erlaubt.

3) Causa criminalis ante causam civilem ex eodem negotio, prius cognoscenda est; Ratio:

1) Weil causa criminalis pro maiori et praestantiori zu halten ist.

2) Ist es billig, daß man keinen länger in custodia behalte, als es nöthig ist. Vielleicht ist der Accusat gar unschuldig, dann würde custodia schon Strafe für ihn seyn. Der

3) Grund ist kammeralisch: man kann unter zwanzig Deliquenten kaum von einem Bezahlung fordern. Der Fiscus muß also bezahlen und daher mit seiner Versorgung eilen.

Ueberdies ist auch unter den Causis civilibus eine erstaunliche Rangordnung.

1) Die vom Fürsten empfohlene Sachen gehen allen andern Civilibus vor, wenn keine causa criminalis da ist. Dafür muß also der Praesident sorgen, wenn eine Sache vom Fürsten empfohlen worden, daß sie schleunigst expedirt werde. Dann folgen;

2) Die Fiscal-Sachen. Sie betreffen zwar auch den Landesherrn, sind aber doch nicht immediate empfohlen.

3) Alle Wittwen- und Waisen-Sachen.

4) Wenn keine von den ersterwähnten da ist, geht die ältere der jüngern vor. So ist es fast in allen Collegien.

Der Turnus causarum ist also eine wichtige Sache, man muß sich daher solchen frühzeitig bekannt machen.

LIB. V. TIT. II.

De inofficioso Testamento.

§. 535 — 36. In diesem und den folgenden Büchern kommen die mehresten Actiones vor, die in Iure haben.

1) Die Actiones reales, welche ex iure hereditario entspringen, kommen vor Tit. II. et III. huius Libri.
2) Die Actiones ex dominio Libr. VI.
3) Die Actiones ex servitute Libr. VII et VIII.
4) Die ex pignore entspringen Libr. 20. Hoc loco handeln wir de actione ex iure hereditario. Wir müssen aber vor allen, wenn wir den Begriff richtig bestimmen wollen, wissen:

Quid sit hereditas? —

Hereditas, h. l. für Erbschaft, bedeutet:

Complexum eorum, quae iure proprio ad defunctum pertinuerunt atque post mortem illius supersunt.

Also bei einer Erbschaft ist vorauszusetzen:

1) Ein Defunctus,
2) Daß Defunctis qua talis sein Vermögen hinterläßt, i. e. daß der Tod die Ursache seiner Hinterlassenschaft sey,
3) Iure proprio muß dies Vermögen dem Defuncto gehört haben,
4) Omnes res, omnia iura et obligationes sind unter der Erbschaft begriffen, in soferne letztere nicht mit dem Tod desselben erloschen sind.

Die Güter eines Defuncti werden nach dem Iure Naturae res nullius, cedunt ergo cuique primo occupanti. Dies kann aber in Staaten, in bürgerlichen Gesellschaften nicht statt finden, weils zu unzählichen Processen und Verwirrungen, Mord und Todschlag Anlaß geben würde. Deswegen haben die bürgerlichen Gesetze das Erbrecht (hereditatem eingeführt. *Hereditas itaque* est ius in re cum exclusione aliorum hereditatem in To suum recipiendi. Derjenige, dem es zusteht, wird heres genennt. Heres itaque est is, qui iure hereditario gaudet.

Man sagt von ihm:

1) Quod repraesentet defunctum, weil er desselben Rechte und Verbindlichkeiten bekommt.

2) Daß

2) Daß Heres und Defunctus pro una persona zu halten seyen.
3) Daß er deswegen universalis successor sey.

§. 537. Hereditas ist eine Universitas iuris. Dadurch unterscheidet sie sich von der Universitate rerum, welche mehrere Sachen sub nomine collectivo unter sich begreift. Wir fassen den Unterschied am leichtesten so: die Universitas ist entweder durch ein Gesetz dafür erkannt und erklärt; dann heist sie: Universitas iuris, und davon finden wir in den Legibus nur zwey Beispiele, mehrere nicht.
1) Hereditatem.
2) Peculium.

Oder sie ist in den Legibus nicht pro universitate iuris erklärt; dann heist sie: Universitas rerum s. facti: z. E. Eine Bibliothek, ein Waarenlager (taberna mercibus instructa), eine Apotheke.

Die Universitates iuris und rerum differiren hauptsächlich darinn: Unter erstern werden begriffen res diversi generis, (wie z. E. bei der Erbschaft) das ist aber nicht bei den letztern, (z. E. eine Bibliothek).

§. 538. Hereditas est universitas iuris. Mithin was bei Universitatibus iuris überhaupt Rechtens ist, das ist auch hier bei der Hereditate. Also bei einer Universitate iuris kommts:
1) nicht auf ein gewisses Quantum an,
2) Auch nicht auf einzelne Stücke: z. E. der Mann ist gestorben, sein Haus verkauft, es läst sich doch noch eine Hereditas gedenken;

Es gilt auch die Regel:
3) Res succedit in locum pretii et pretium in locum rei.

Diese letzte Regel drücken einige auch so aus: Surrogatum assumit naturam eius, in cuius locum surrogatum est.

Hellfeld sagt in fine §phi; daß diese Regel bei rebus singularibus nicht statt finde; allein als Ausnahme findet sie wohl bei rebus singularibus statt. Dies ist evident ex L. 65. §. 6. de condict. indebiti und ex L. 23. de rebus creditis.

§. 539. Zur Erbschaft gehören:

1) Alle Sachen, die dem Defuncto gehörten.

2) Auch die Sachen, die der Defunctus tempore mortis besessen hatte; z. E. peculia liberorum, illata etc. Allein diese gehören nicht eigentlich zur Erbschaft; Ratio: denn sie müssen doch separirt werden, wenn eine Erbschafts-Masse constituirt werden soll, und der L. 19. de hereditatis petitione sagts ausdrücklich.

Hellfeld will auch nur sagen: daß sie mediante hereditatis petitione mit gefordert werden können — und das ist recht.

3) Surrogata, si res succedit in locum pretii et vice versa.

4) Res illae, quae ad defuncti periculum spectabant; z. E. res depositi, commodati etc. oppignoratae etc.

§. 540. Ratio, ex qua quis heres est, iuridice dicitur: delatio hereditatis. (Erbanfall oder Erbschaftsanfall) Diese Ratio ist so verschieden, als successio, heres und ius hereditarium.

Die Ratio liegt:

1) l. in immediata legis dispositione. Hier heist der Anfall; Delatio ab intestato - Intestat-Anfall; und die Erbfolge: Successio ab intestato.

2) l. in voluntate defuncti. Distinguendum est: Haec voluntas declaratur

a) aut per pactum; Hier heist der Anfall: Delatio pactitia und die Erbfolge — Successio pactitia.

b) aut per ultimam voluntatem; Hier heist der Anfall: Delatio testamentaria und die Erbfolge gleichfalls Successio testamentaria.

Obs. Nach dem Iure Romano sind nur die erste und letzte Species von der Delatione. Die Erbfolge per pactum war sogar verbothen.

§. 542. Ultima voluntas est voluntas unilateralis, de eo, quod quis post mortem suam fieri vult. Erläuterung des Begrifs.

Unilateralis — est voluntas nec acceptata — nec acceptanda.

De eo, quod quis post mortem suam etc. i, e. der Testator will gegenwärtig kein Ius quaesitum auf den Erben transferiren,

ren, sondern omne ius quaesitum heredis soll sich erst a morte testatoris anfangen. Daraus sieht man, daß die Testamente gar nicht iuris naturalis seyn können. Denn post mortem kann ich ja keine Rechte mehr transferiren, weil ich selbst keine mehr habe.

Ubicunque igitur in praesenti ius aliquod quaesitum transfertur, licet plenus effectus ad mortem usque suspendatur, ibi non est vera et proprie sic dicta ultima voluntas. Diese Worte sind die wichtigsten in der ganzen Testamentslehre.

Wir wollen hier sogleich den Unterschied festsetzen: Der letzte Wille eines verstorbenen enthält entweder eine wahre Erbeinsetzung, oder etwas anders: z. E. ein Legat, ein Fideicommiss. Im erstern Fall heist er: ultima voluntas universalis, im letztern — particularis.

Die Heredis institutio ist,

1) l. immediata, i. e. wo der Erbe die Erbschaft unmittelbar vom Defuncto ohne Mittels- oder Zwischenperson erhält — heredis institutio directa.
2) l. mediata — das Oppositum. Dies ist: heredis institutio indirecta s. fideicommissaria.

Ein letzter Wille also, welcher directam heredis institutionem in sich begreift, heist: Testament; und jeder andere, der sie nicht enthält: Codicill. *Testamentum* est igitur: ultima voluntas, qua heres directus instituitur legitime declarata.

§. 543. Nach dem Iure Romano hatten hiebei die Testatores unbegränzte Befugnisse. Constat hoc ex L. XII. Tab. Pater familias uti legassit ita ius esto. Aber Iure recentiori ist diese Freyheit eingeschränkt worden. Es dependirt also nicht mehr ganz von seiner Willkühr, ob und wen er einsetzen will. Daher der Unterschied der Erben:

Es giebt 1) Erben, welche eingesetzt oder enterbt werden müssen; diese nennt man heredes necessarios — Notherben und 2) Erben, welche weder nothwendig eingesetzt, noch enterbt werden müssen, welche heredes voluntarii genennt werden.

Heredes necessarii sind:

1) l. absolute s. simpliciter tales — solche die in allen Fällen eingesetzt oder enterbt werden müssen. Dies sind

a) Die Kinder und
b) die Aeltern.

2) l. secundum quid tales — die nur in dem Fall eingesetzt werden müssen, wenn ihnen turpis persona praeferirt werden sollte. Hieher gehören: die Geschwisterte.

Es fragt sich, ob nur die Germani et Consanguinei eingesetzt werden müssen? der L. 27. C. h. t. sagts ausdrücklich. Allein Püttmann de querela inofficiosi testamenti fratribus uterinis deneganda, Lipsi. 1761. sagts Gegentheil sehr schön. Seger (in Leipzig) in observat. iuris civil. pag. 15. seq. defendirt das Ius Romanum. In Praxi behauptet man gemeiniglich, daß alle Geschwisterte hieher zu rechnen seyen, obgleich in der Theorie die Frage: de uterinis immer sehr streitig bleibt.

§. 544. Das nothwendige Einsetzen eines heredis necessarii ist nicht von der ganzen Erbschaft zu verstehen. Es ist genug, wenn er in die Legitimam eingesetzt wird.

Legitima (Pflichttheil) est certa bonorum defuncti portio ex praescripto legum heredibus necessariis relinquenda. Der Pflichttheil kann auch von Sachen, die nicht zur Erbschaft gehören, gefordert werden: z. E. von inofficiosis donationibus. Mithin muß man sagen: est portio bonorum defuncti, und nicht portio hereditatis.

Qu. Was ist es für eine Portio?

Rsp. Iure anteiustineanaeo war es quarta pars portionis ab intestato. Also der vierte Theil dessen, was der Erbe bekommen haben würde, wenn der Defunctus ab intestato verstorben wäre.

Iure Iustineanaeo concurrunt:

1) l. plures, quam 4. heredes; Hier ist die Legitima *Semis portionis ab intestato*: z. E. die Massa ist 12000 Rthl. und es sind fünf Erben vorhanden, so würde (ab intestato) die Portio eines jeden ab intestato seyn: 2400 Rthl. Die Hälfte davon ist der Pflichttheil, also: 1200 Rthl.

2) l. pauciores quam 4. heredes, So ist die Legitima triens portionis abintestato: z. E. wenn vier Erben und die Masse 12000 Rthl. wäre, so wäre der Pflichttheil 1000 Rthl.

§. 545. Der Ursprung der Legitimae im Iure Romano ist ungewis. Wahrscheinlich ist es aber, daß sie ihren Ursprung in lege Falcidia habe. Denn da wurde den Erben über-

überhaupt Quarta zugesprochen. Wenigstens ante legem Falcidiam findet man keine Bestimmung vom Pflichttheil, nachher aber wurde der vierte Theil dafür angenommen.

Conferatur Nettelbladt historia iur. civ. de legitima parent. port. Halae 1773.

§. 546. Legitima muß ex praescripto legum den heredibus necessariis hinterlassen werden (§. 544.) Daher dependirt es nicht etwa vom Gutbefinden des Testatoris, ob und unter welchen Bedingungen er den Pflichttheil nachlassen wolle, vielmehr muß er, wenn er nicht iustam exheredandi causam hat, ihn ohne Abbruch und sine omni onere hinterlassen, d. h. er darf nicht testiren, es solle vom Pflichttheil ein Legat, Fideicommiss. etc. abgezogen werden. Quodlibet enim onus gravandae legitimae habetur pro non adiecto. Denn wenn ein heres necessarius nur den Pflichttheil bekommt, braucht er gar das Testament nicht zu agnosciren, weil er den Pflichttheil ohnedem bekommen muß; und wenn er das Testament nicht agnoscirt, so fallen auch die darinn gesetzten Legata weg.

Es findet also beim Pflichttheil nicht statt:

1) Adiectio diei,
2) Adiectio conditionis. Nicht einmal die Bedingung; si probus est filius. Denn nicht jede improbitas ist causa exheredandi.
3) Adiectio fideicommissi. Auch kann der Testator nicht einmal
4) quoad usumfructum den Pflichttheil graviren. Der Ususfructus ist hier derjenige, den der Vater aus dem mütterlichen Vermögen der Kinder hat. Wenn nun die Mutter testirt: der Vater solle den Usumfructum nicht haben, so gilt das auch nicht. Denn über den Pflichttheil kann nichts disponirt werden, wenn es auch schon zum Vortheil der Kinder geschähe. L. 3. C. de inofficioso testamento. Der Testator kann auch
5) nicht in fraudem Legitimae das Inventarium oder die iuratam specificationem remittiren; z. E. ein Vater spräche: ich vermache meinem Sohn 1000 Rthl. als den Pflichttheil, das übrige bekommt meine Tochter, und sie soll keineswegs gehalten seyn, ein Inventarium oder iuratum specificationem über meinen Nachlaß

zu machen; so kann doch der Sohn drauf dringen, daß ein Inventarium gemacht und der Pflichttheil daraus bestimmt werde.

Ratio: Weil heredes in legitima das Testament zu agnosciren nicht verbunden sind. Eben daher gilt auch ein Verzeichnis nichts, worinn der Vater sein Vermögen in fraudem legitimae taxirt und es dem Testament beilegt.

Merke jedoch den Fall: der Vater giebt seinem Sohn 12000 Rthl. oder, wenn er nicht will, die Legitimam; er hat also die Wahl. Nun stirbt aber der Vater, quaeritur ergo: darf er das Inventarium untersuchen lassen? Rsp. Ja! hat er aber unüberlegt vor der Eröfnung des Testaments die 12000 Rthl. genommen, so bleibts dabei.

Hier ist kein Onus für den Sohn zu erdenken, weil er ihn wählen lies.

6) Gilt auch die Cautela Socini nichts. Diese Cautel besteht darinn, daß der Testator etwas mehr als den Pflichttheil hinterlasse und dafür gravamina der legitimae auflege. Oder (wie der jüngere Koch in Giesen in seiner Abhandlung über diese Cautel definirt) darinn: daß der Notherbe, welchem auf den Pflichttheil entweder ganz oder zum Theil ein Gravamen gelegt ist, über den Pflichttheil mit etwas honorirt wird, welches er jedoch nur in dem Fall bekommen solle, wenn er sich dem Pflichttheils gravamen unterwerfen werde: z. E. wenn er testirt: mein Sohn soll 100 Rthl. mehr, als die Legitima ausweist, bekommen, soll aber die Mad. Tulliam heurathen. Einige Juristen sagen: die Cautela Socini wäre pro non adiecta zu halten, das ist aber irrig. Conferatur Boehmer in select. iuris civ. Tom. I. pag. 109.

Man muß distinguiren:

Dist. der heres legitimae nimmt entweder:

a) an, was der Testator sub cautela Socini praeter legitimam hinterlies; hier muß er auch die Condition erfüllen.

Ratio: Denn er hat hier tacite — die Socinische Cautel respectirt, und wer wird zweifeln, daß er dies nicht könne? Es kommt ja nur darauf an, daß der angebotene Vortheil das Gravamen des Pflichttheils überwiegt. Die Clausel ist also — wie

wie der allegirte Koch in seiner vortreflichen Abhandlung gezeigt hat — so unnütz nicht; aber die meisten Rechtslehrer wie z. E. Runde, Ayrer, Leyser und andere, haben sie nur nicht genau genug definirt.

Jedoch Cramer in opusculis Tom. II. L. 23. zeiget: daß die Cautela Socini gar nichts besonders und ganz überflüssig sey. Denn wenn der Testator den Noth-Erben etwas mehr hinterläßt mit beigefügter Beschwerde, so beschwert er dadurch den Pflichttheil nicht, sondern nur das, was er drüber vermacht hat. Oder

2) der heres legitimae sagt: ich will meinen Pflichttheil in salvo wissen; in diesem letztern Fall braucht er auch die Condition nicht zu erfüllen.

§. 547. Legitima kann auf keine Weise geschmälert werden, (§. 546.) daraus folgt: alle Dispositiones sind nichtig, in so ferne sie wirklich in fraudem legitimae gereichen.

1) Zum fraude legitimae ist nicht affectus (i. e. propositum laedendi) sondern lediglich effectus (würkliche Laesio) erforderlich.

2) Nicht die ganze Disposition ist null, sondern nur in soferne die Legitima laedirt ist. Der Grund ist die Regel: utile per non utile non debet vitiari. L. 5. L. 7. C. de inoff. donat etc.

Es ist hiebei kein Unterschied, die Dispositiones mögen inter vivos oder mortis causa seyn. Zu den Dispositionibus inter vivos gehört: z. E.

a) *alienatio*; Hier ist besonders ein Beispiel die *emtio feudorum*, diese praeiudicirt den Töchtern.

b) *Donatio* — wenn der Vater einem Kind ein groses Geschenk gegeben hat. Dagegen hat man eine besondere Klage: querelam inofficiosae donationis, wodurch dergleichen Schenkungen angefochten werden; doch versteht sichs, daß sie dadurch auch nicht ganz über den Haufen geworfen werden, sondern nur in so weit, daß die laedirten Kinder, die legitimam salvam behalten.

Anmerkung: bei der Rechnung des Pflichttheils muß alles mit zur Erbschaft gerechnet werden, was an die heredes necessarios gelangen konnte und sollte. Dahin gehört alles, was vorhanden ist, auch die Portio statutaria coniugis und die *Gerada*.]

Portio

Portio statutaria est portio bonorum defuncti coniugi ex dispositione legis specialis relinquendae superstiti coniugi.

Es ist ein Dissensus, ob diese mit zur Computatione Legitimae gerechnet werden müsse. Allein sie muß mit dahin gerechnet werden, weil die Leges nur anordnen, daß man die Schulden erst abziehen soll, alles übrige aber soll mit computirt werden.

Conf. Horn quae ratio sit computandi legitimam, si superstes coniux concurrat. Wittebergae 1720.

§. 548. I. Legitima est portio omnium bonorum etc. (§. 544.) Daher: non intelligitur legitima, nisi deducto aere alieno — nach der Regel: bona non intelliguntur, nisi deducto aere alieno.

2) Der Pflichttheil gebührt nicht ex bonis viventis, h. e. so lange der Testator noch lebt — und nicht: der Pflichttheil könne nicht von Gütern gefordert werden, die der Defunctus bei seinen Lebzeiten gehabt hat.

3) Legitima titulo heredis competit, i. e. der Erbe muß ihn nicht als eine Schenkung, sondern als Erbe bekommen. Conf. L. 8. §. 9. D. h. t.

Aber nach der Nov. 115. Cap. 3. heißt es: Sancimus non licere liberos etc. praeterire aut exheredes facere in suo testamento, nec si per quamlibet donationem vel legatum l. fideicommiss. l. alium quemcunque modum iis dederit legibus debitam portionem, nisi forsan fuerint ingrati etc.

Iustinian hat in der Lehre von der Erbfolge eine ganz neue Reform gemacht. Lex posterior derogat priori; quod mutatum non est, obstare non putatur. Wir haben das Ius Iustinianaeum angenommen, mithin seine Novellen auch; finden wir nun, daß er darinnen etwas in der Theorie der Lehre von der querela inofficiosi testamenti geändert habe, so muß dieses gelten, und nicht der Codex und die D. Atqui dies ist hier geschehen [minor probata est] ergo etc.

Also ist jetzt die Frage diese: An legitima titulo heredis relinquatur, nec non alio titulo relinqui possit? Rsp.

Nach dem Iure Antiquo konnte die Legitima quocunque titulo hinterlassen werden. Allein Novella 115. Cap. 3. sagt: Eltern solle nicht erlaubt seyn, ihre Kinder im Testament

ment zu praeteriren, wenn sie auch gleich den Kindern den Pflichttheil durch eine Schenkung, ein Legat, etc. zuwendeten. Daraus will man folgern, daß die Kinder allemal zum Pflichttheil eingesetzt werden müsten. Uns scheint dies nicht zu folgen. Die Kinder müssen sich begnügen, wenn sie nur in re minima zu Erben eingesetzt worden. Es kann also ihnen ein Theil des Pflichttheils durch eine Schenkung, Legat etc. oder auf sonst eine Art zugewendet werden; aber ganz niemals. Conf. Pufendorf. Tom. IV. obs. 44.

Hellfeld folgert hieraus: es müssen sich also die heredes necessarii auf den Pflichttheil anrechnen lassen, was sie vom Testatore als Erben bekommen — und wir setzen noch hinzu: auch das, was sie schon bei Lebzeiten des Testatoris bekommen haben: z. E. Anhülfe, dotalia bona etc. Hingegen kann der Pflichttheil den Kindern nicht ganz ausgesetzt werden:

1) per modum legati,
2) nicht ex fructibus seu lucris accidentalibus. Denn das ist ein gravamen legitimae, quod pro non adiecto habetur.

Ferner: es kann der Notherbe den Pflichttheil praetendiren von allem, was der Testator hinterlassen hat, i. e. alles was er hinterlassen hat, muß in computando zur Erbschaftsmasse gerechnet werden.

Am Ende des §phi fügt Hellfeld noch hinzu: quod tamen non ita intelligendum, ac si de omnibus praediis — legitima debeatur in natura et s. p. Dieser Satz ist nur halb wahr. Des allegirten Wernhers Meynung ist auch falsch. Conf. Nov. 115. cap. 5.

Qu. Hat der Vater das Recht, mich in meiner Legitima auf ein gewisses Stück, auf einen Gegenstand anzuweisen?

Rsp. Minime! Alle andere Interessenten haben Antheil an dem Stück, sie sind Miterben, können folglich von jedem Stück der Erbschaft ihre Legitimam fordern, und sind nicht schuldig, sich mit diesem bestimmten Stück der Erbschaft zu begnügen. Dies hat seine ausgemachte Richtigkeit und bei der Theilung der Erbschaft ist der Nutzen davon evident. Die Worte: si pater iusserit, ut filius contentus sit — sind keine Worte des Gesetzgebers, sondern beziehen sich auf einen besondern Fall. Ich kann sagen: ich bin verkürzt, wenn ich dies bestimmte Stück annehmen muß, ich habe an allem Antheil —

theil — überall meine Stimme mit dabei, nicht weniger Recht, als der andere, mithin darf mir nichts obtrudirt werden.

§ 549. Qu. An iusto exheredatus sit connumerandus in computatione legitimae? Ob er unter die Zahl derer gehöre, die Legitimam bekommen? Rsp. Contra Hellfeld, Schilter, Stryck et Alios: Er muß mit gezählt werden. Ratio:

1) daß bei Berechnung des Pflichttheils mit auf den statum ab intestato geschehen werden solle, erhellet deutlich aus dem all. Legibus: L. 8. §. 6 et 9. D. et L. 31. C. h. t. Daher muß auch der iuste exheredatus mit unter die heredes ab intestato gezählet werden.

2) Daß, wenn man ihn nicht mit rechnete, der Pflichttheil facto testatoris geschmälert werden könnte, welches gegen alle Grundsätze der Rechte wäre; wie aus folgendem Beispiel erhellet: Ponamus e. g. 12000 fl. Massa hereditatis, 4. heredes, 3000 fl. Portio ab intestato, ergo 1000 fl. Legitima. Ponamus autem 5. heredes, 2400 fl. Portio ab intestato, 1200 fl. Legitima.

Stryck, Schilter und andere Dissentientes sagen:

1) Iuste exheredatus pro mortuo habendus. Es ist wahr, es steht dies in den LL. z. E. L. 1. §. 5. de coniungendis cum emancipato liberis. — Allein es heißt dies nur: daß der iuste exheredatus [illegible] wenig einen Erbtheil bekommt, als wenn er gestorben w[illegible]e.

2) L. 10. §. 4. D. de B. P. — wo es heißt: exheredatus partem non facit. Allein dies heißt wieder nichts anders, als: er bekommt nichts. Hellfeld sagt: wenn die Mitzählung des Exheredati nichts beiträgt zur Vergrößerung des Pflichttheils, so ist er nicht mit zurechnen: z. E. 12000 fl. Massa hereditatis. 6 heredes, 2000 fl. Portio ab intestato. 1000 fl. Legitima.

Nun aber soll einer exheredirt seyn. Hier trägt also die Mitzählung nichts zur Vergrößerung des Pflichttheils bei. Ja im Gegentheil wird der Pflichttheil verringert; (denn wenn nur 5 heredes gezählt werden, so ist die Legitima 1200 fl. (Jetzt nur 1000.) Also soll er nicht mitgezählt werden? Rsp. Dennoch; denn die vorhin allegirten LL. wollen, daß man auch auf den Statum ab intestato sehen müsse.

§. 550.

§. 550. In diesem und dem folgenden §pho haben wir die drey Fälle de institutione, exheredatione et praeteritione necessariorum wohl zu unterscheiden. Der erste Fall ist dieser:

I. Testator instituit necessarios. Hier hat er ihnen entweder die Legitimam gelassen — so müssen sie damit zufrieden seyn; oder nicht gelassen — hoc casu kann die Condictio ex L. 30 et 35. C. h. t. angestellt werden. Sie heist: actio suppletoria s. expletoria, i. e. ea, qua petimus, ut suppleatur id, quod legitimae deest. Diese Actio geht also nicht auf Rescissionem testamenti, sie kann folglich noch angestellt werden, wenn ich auch das Testament schon agnoscirt habe. Conf. L. 35. §. 2. C. h. t. Denn ich hab es agnoscirt salva legitima.

§. 551. II. Testator necessarios exheredavit. Hier ist zu unterscheiden: die Exheredation geschah:

1) l. ex iusta causa in testamento expressa, (Iusta causa ist diejenige, welche in der Nov. 115. approbirt worden.) Z.E. Der Herr Sohn hat sich mit der Frau Stiefmutter zu familiär gemacht. Hier ist die Causa
   a) entweder wahr und begründet — so hat der Exheredatus keine Klage. Die 115 Novelle gab dem Vater in diesem Fall das Recht zu enterben, qui vero iure suo utitur neminem laedit.
   b) Oder sie ist falsch — hier kann die querela inofficiosi angestellt werden.
2) l. ex iniusta causa, nec in testamento expressa. Hier ist das Testament — nach unserm Hellfeld — null und nichtig, die neuern Juristen aber nehmen contrariam sententiam an. Sie sagen, das Testament sey pflichtlos und derowegen finde die querela inofficiosi testamenti statt.

Conf. du Roi in Diss. de testamento ob exheredationem sine elogio factam non ipso iure nullo. Helmst. 1780.

Diese Meynung hat den Vorzug vor der Hellfeldischen. Man sehe im 3. Cap. der 115 Novelle auf die Worte: 1) rescissum wird das Testament genennt, nicht nullum. 2) Capitulo 4. §. 8. heist es: testamentum in sua firmitate manet. — Die Rationes Dissentientium suche in Struvii Syntagmate exercit. 52. §. 32. Conf. quoque Vinnius in comment. ad Inst. h. t. ingleichen seine Quaestiones Iuris.

III. Te-

III. Testator necessarios praeteriit. Distingue: Praeteritus:

1) aut suus heres est; hoc casu testamentum est nullum; ergo querela nullitatis locum habet;

2) aut non suus seu extraneus — eiusmodi praeteritio est instar exheredationis.

Prakt. Anmerkung: 1) Es ist consilii, daß der Vater keine Ursache angebe, wenn er einem seiner Kinder blos die Legitimam giebt. 2) Ein Vater soll sich sehr wohl bedenken, ehe er diesen wichtigen Schritt wagt, denn er streut Saamen ewiger Feindschaft in seine Familie; und wenn er auch ein Kind mehr liebt, als das andere, so soll er doch gleiche Theile machen; Rat. Er wird dadurch seine Absicht eher erreichen.

§. 552. Querela inofficiosi testamenti ist eine Klage, welche denienigen, denen der Pflichttheil gebührt, in dem Fall, wenn sie aus rechtmäßiger aber ungegründeter Ursache enterbt oder übergangen worden, wider den im Testament eingesetzten Erben zusteht, zu dem Ende, daß das Testament rescindirt (aufgehoben) und dem Kläger die Intestat-Erbfolge verstattet werden soll. Sie differirt von der Querela nullitatis so:

1) Die Querela nullitatis hat zum Zweck die Vernichtung des ganzen Testaments — aller Capitum: die querela inofficiosi testamenti hingegen hat nur zum Endzweck die Aufhebung der Erbeinsetzung.

2) Die Querela nullitatis ist perpetua, die querela inofficiosi testamenti aber nicht, sie dauert nur 5 Jahre.

3) Querela nullitatis transit in heredes, querela inofficiosi testamenti non transit etc.

4) Bei der querela inofficiosi etc. verliehr ich die Legata etc. wenn ich succumbire; bei der querela nullitatis aber nicht.

Bei der querela inofficiosi ist die Absicht — rescissio der Erbeinsetzung; das ist bei der actione suppletoria nicht. Letztere ist perpetua, erstere nicht.

§. 553. Conf. Heineccii antiquit. h. t. §. 5. Es ist extra dubium, das diese Klage ihren Ursprung ex moribus et ex interpretatione Ictorum habe. Die Juristen hieltens für unbillig, daß ein Kind ex falsa causa sollte exheredirt wer-

werden können. Sie machten also eine Fiction. In den LL. XII. Tab. sagten sie, ist enthalten, daß das Testament eines Furiosi nichts gelte. Nun fingirten sie, wenn ein Vater sein Kind ohne rechtmäßigen Grund enterbt, so ist anzunehmen, daß er non sanae mentis gewesen sey. Diese Fiction nannten sie colorem querelae inofficiosi. Und sie statuirten demnach, ist er nicht sanae mentis gewesen, so war er furiosus, mithin kann sein Testament nichts gelten. Daraus sieht man, daß der Ursprung dieser Querelae in moribus, (i. e. einem Gewohnheitsrecht) gegründet sey.

§. 554. Die Personen, welche die Querelam inofficiosi testamenti anstellen können, sind:

1) Die Kinder. Doch mit dem Unterschied: sie wollen entweder des Vaters Testament anfechten; hier müssen sie seyn liberi legitimi. Es ist aber gleichviel: ob sie emancipati oder in potestate patris sind; ferner: ob sie nati oder nascituri sind; oder das Testament der Mutter; dies können auch liberi naturales, spurii et vulgo quaesiti.

2) Ascendentes cuiuscunque gradus et *sexus*. Nur vorausgesetzt: daß keine Descendentes vorhanden sind, welche sonst bekanntermasen die Ascendenten ausschliesen würden.

Conf. Gluck de constituenda legitimae portionis parentum quantitate ad Nov. XVIII. C. 1. Erlangae 1788. Ein vortreffliches Scriptum über diese bisher noch völlig unbearbeitete Materie.

3) Fratres sororesque (si turpis persona praelata iis sit — und vorausgesetzt: daß sie selbst integrae famae sind.)

Secundum. Regulam: mores, quos aliquis in sua persona probat: in alia improbare non potest. L. 11. C. h. t. et L. 47. D. soluto matrimonio.

Conf. Cocceii ius controversum h. t. quaest. 12.

§. 555. Requisita querelae inofficiosi testamenti.

1) Allen denen, welche ex iusta, aut falsa causa in testam. expressa exheredirt worden, stehet die Querela inofficiosi testamenti zu.

(Repetatur die Anmerkung sub §. 551.) Wenn die causa in testamento expressa ist; Quaeritur: wer muß die veritatem aut falsitatem huius causae erweisen? Z. E. Es steht im Testament: mein Sohn hat mich geschlagen, exheres igitur esto. Der Sohn aber läugnet es. Wer

muß beweisen? Rsp. Scriptus heres — i. e. derjenige, der statt des filii exheredati zum Erben eingesetzt ist. Warum aber? Rsp.

a) Ex regula: Quilibet praesumitur bonus; ingratus non praesumitur.

b) Accedit: sollte der Exheredatus beweisen, so würde er probationem negativam übernehmen müssen, welcher sehr schwer, ja beinahe unmöglich ist. Er müste Zeugen aufführen, die ihm gar nicht von der Seite gekommen wären.

Die Dubia dissentientium hat Griebner widerlegt in Diss. utrum fratres instituta querela inofficiosi probare teneantur, se ingratos non fuisse erga parentem.

§. 556. 2) Das zweyte Requisitum querelae inofficiosi testamenti ist, daß die Testamentsform vom Testatore gehörig befolgt worden seyn müsse, denn ist dies nicht, so ist das Testament null, und folglich hat querela nullitatis statt. 3) Wenn die Querela inofficiosi angestellt werden soll, so muß scriptus heres schon die Erbschaft angetreten haben; sonst ist das Testamentum-destitutum, welches ohnehin nicht rescindirt zu werden braucht.

§. 557. Effectus querelae inofficiosi besteht darinn: 1) ut testamentum rescindatur.

2) Ut victori hereditas ab intestato restituatur. §. 558.

Der erste Effect also besteht darinn: daß das Testament aufgehoben wird. Diese Rescission ist:

1) anders nach dem Iure anteiustinianaeo. Da fielen nämlich alle Capita testamenti weg.

2) Anders nach dem Iure Iustinianaeo. Hier wird die Klage A) entweder von Eltern oder Kindern angestellt; so ist ex Novell. 115. klar, daß nur heredis institutio wegfallen soll. Also Legata, fideicommissa, donationes, tutoris dationes bleiben. Nur der heres scriptus soll nichts bekommen und ich soll ab intestato succediren, aber die Legata etc. bezahlen.

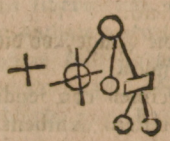
Anmerkung: Scheint es nicht, als ob Iustinian colorem querelae inofficiosae hier ganz vergessen habe? Denn wenn er die Fiction noch statuiren wollte, daß der Testator nicht sanae mentis gewesen sey; wie können denn seine übrige Dispositiones gültig bleiben?

B) Oder

B) Oder von Geschwisterten. Hier schweigt die Novella. Quid ergo iuris? Rsp. Die meisten ICti behaupten, daß das anteiustinianaeische Recht hier noch statt finden müsse. Allein Cocceii und Leyser Spec. 93. in corollar. läugnen dies und behaupten, daß auch in diesem Fall das Testament nur quoad heredis institutionem rescindirt werden könne, und zwar ob eandem immo maiorem rationem: wenn ein Vater das Testament seines Sohnes nicht in totum rescindiren kann, so kann es noch weniger der Bruder.

Conf. Schneid de querela inofficiosi testamenti inter parentes et liberos exule. Wirzeb. 1778. Eine elegante Dissertation, in welcher diese neue Theorie sehr schön vorgetragen ist.

§. 558. Der zweyte Effect besteht darinn: ut victori hereditas ab intestato restituatur. Daher geschieht es auch, daß bisweilen Personen mit zur Succession gelangen, di für ihre Person querelam inofficiosi nicht anstellen konnten. Z. E. Hier hat ein Vater seinen Bruder und seiner Schwester Kinder übergangen und einen Tertium eingesetzt;



Qu. Wer kann das Testament anfechten? Rsp. Niemand als der Vater des Testatoris, und alle kommen mit zur Succession, wenn er obtinirt.

Conf. Kochii tract. de succeff. ab intestato civili in suas classes nova methodo redacta. Giesen. 1780. Die erste Ausgabe erschien zwar schon 1767. aber die von 1780 ist vorzüglich verbessert und vermehrt.

§. 559. Die querela inofficiosi ist eingeführt worden sub colore: testatorem non sanae mentis fuisse. Daraus folgt: daß diese Klage: actio in iure odiosa ist. Daher finden wir denn auch: daß viele Dispositiones odiosae gegen diese Klage in den LL. verordnet sind. Dahin gehört:

1) daß sie nur in subsidium statt finde. Merke daher: quamdiu haud constat, quonam remedio heres necessarius

sarius testamentum impugnari possit, querela inofficiosi locum habet; ubi autem evidens est, aliud remedium dari, haec actio non permittitur. Conf. L. 8. §. 12. D. h. t. et Puttmann in libris adversariorum Libro 1. p. 100.

2) Daß die querela inofficiosi nicht in heredes transitoria ist; Rat. weil dies eine actio vindictam spirans ist. Dantur exceptiones:

a) in Ansehung der Descendenten. Conf. L. 34. et 36. §. 2. C. h. t.

b) Wenn querela a defuncto iam praeparata ist. Praeparata actio ist nicht nur diejenige, die schon bei dem Richter eingereicht worden, sondern sola declaratio et cominatio ist hinreichend. Conf. L. 7. D. h. t.

c) Wenn der Exheredatus stirbt, während der Zeit, da heres scriptus noch deliberirt, ob er die Erbschaft antreten will.

3) Daß die Klage in 5 Jahren praescribirt wird.

4) Daß derjenige, der den Proceß verliehrt (nämlich der Kläger) auch die Legata einbüßen muß. Ratio: quia sine ratione iniuria adfecit defunctum, ideo se indignum praestitit hoc beneficio.

Es ist aber noch die Frage, ob die beiden letzten Puncte auch hodie noch statt finden.

Conf. Kochii specimen compendii Pandectarum titulum de success. ab intestato exhibens. Med. 5. et Walchii Diss. de praescriptione querelae inofficiosi testamenti.

§. 560. Es kann diese Klage wegfallen:

1) Wenn der heres darauf renuncirt.

Qu. Ob er dies könne?

Rsp. Die Renunciatio geschieht entweder vivo oder mortuo testatore.

a) Vivo testatore. Hier gilt nach römischen Rechten die Renunciation nichts, weil alle pacta successoria nichts gelten und dies eine Species davon wäre. Nach dem heutigen Recht aber gilt sie. Doch ist es rathsam, daß man die Renunciation beschwören lasse, denn viele ICti lehren, obgleich mit Unrecht, anders.

b) Mortuo testatore. Hier ists kein Bedenken, daß sie gilt, sie mag expresse oder tacite geschehen.

Qu.

Qu. Ob die acceptatio legati eine stillschweigende Renunciatio sey?

Rsp. Nach dem Iure antiquo unstreitig, aber nach dem Iure novo ists zweifelhaft, weil nach der Novell. 115. blos die Erbeinsetzung rescindirt werden soll. Conf. Leyser Spec. 93. Med. 7.

Hellfeld macht aber hier noch einen ganz richtigen Unterschied: der Exheredatus nimmt entweder das Legat an ab herede scripto — hier begiebt er sich stillschweigend dadurch der querelae inofficiosi testamenti, weil er den heredem scriptum agnoscirt; oder von einem andern — hier kann ihm keine agnitio testamenti vorgeworfen werden, mithin findet auch die querela inofficiosi testamenti noch statt. 2) Wenn exheredatio bona mente geschehen, i. e. ea, quae fit absque animo vindictam exercendi. Z. E. der Vater hat einen Sohn, der bis über die Ohren in Schulden steckt. Er sieht also, wenn er seinen Sohn zum Erben einsetzt, daß es ihm nichts hilft, er enterbt ihn dahero, und setzt dafür seine Kinder ein.

Sie differirt von der exheredatione ex mala mente blos darinn: daß andere causae exheredationis obwalten. L. 12. §. 2. de bonis libertorum. et L. 16. § 2. de curatoribus furiosorum enthalten einzelne Beispiele. Also können auch andere causae statt finden.

Conf. Leyser specim. 358. Med. 1. et seq. Aber Wernher parte I. observ. 312. sagts Gegentheil,

§. 561. Qu. Ob die querela inofficiosi testamenti eine Species hereditatis petitionis sey?

Rsp. Die Rechtslehrer behaupten es und in L. 20 et 21. §. ult. h. t. steht der Beweis hievon. Mehrere Gründe suche in Cocceii iure controvers. h. t. et in Vinnii quaest. iuris selectis. Libr. 1. cap. 19.

LIB. V. TIT. III.

De hereditatis petitione.

§. 562. Hereditatis petitio (Erbschaftsklage.) Nicht immer wird per hereditatis petitionem eine Erbschaft gefordert, sie findet auch gegen den statt, der eine rem singularem aus der Erbschaft besitzt.

Conf. L. 14. D. h. t. et L. 1. §. 1. D. si pars hereditatis petatur.)

Ratio: man kann doch mit ihm über das Erbrecht streiten, wenn er gleich nur ein einziges Stück daraus besitzt.

Hereditatis petitio ergo est actio petitoria, qua aliquis postulat, ut heres declaretur, atque possessionem eius, quod ad hereditatem pertinet, assequatur.

Requisita:

1) Mors defuncti muß in der Klage angeführt und vom Kläger bewiesen werden; Rat. viventis nulla est hereditas.

Bei dem modo probandi findet man aber Schwierigkeiten. Conf. Stryck de iure sensuum Diss. III. Capite IV. Leyser Spec. 96. tot.

Vita und Mors werden beide nicht praesumirt, also beide müssen bewiesen werden, nämlich im Allgemeinen; denn es giebt besondere Fälle, wo bald das Leben, bald der Tod praesumirt wird. Bei letzterm kann der Beweis geführt werden:

1) *per testes*: Es ist nicht nothwendig, daß die Zeugen dabei gewesen, wenn sie nur sagen können, daß sie z. E. des Defuncti Leichenbegängnis gesehen haben.

2) *Per Documenta*: z. E. die Attestata von der Ostindischen Compagnie sind sehr zuverlässig. Unbeschworen gelten die Soldaten Attestata, wenn sie vom Obristen oder Obrist-Lieutenant ausgestellet sind.

3) *Per iuramentum suppletorium*. Da wird aber schon etwas vom Beweis vorausgesetzt.

Datur exceptio: eine Ausnahme ist es bei den Verschollenen, i. e. Abwesenden, von denen man nicht weis, wo sie hingekommen sind, ob sie noch leben oder nicht leben. Der Verschollene wird pro mortuo erklärt, wenn er 70 Jahr zurückgelegt hat. Dies gründet sich zwar auf kein Gesetz, aber

aber alle ICti nehmens doch an. Conf. Carpzov part. 3. const. 15. defin. 57. Die Schöppen in Leipzig haben es so angenommen. Carpzov nahm zum Grund den 90. Psalm an, wo es heist: unser Leben währet 70 Jahr.

Hellfeld glaubt aber: (in fine §phi) es sey noch eine Frage, ob er just damals gestorben, nämlich ao. 70 aetatis, man müsse also annehmen, daß er von dem Moment an, wo man keine Nachricht mehr von ihm hat, gestorben sey. Das ist nicht inanis quaestio. Es kommt viel bei der Erbfolge drauf an. Dissentit:

1) Leyser Spec. 96.
2) Hommel septungen. absens quando mortuus praesumatur.
3) Koch in tract. de succeſſ. ab inteſt. in appendice IIdo.

Hellfeld hat seine Meynung auf den L. 10. D. de captivis et postlim. gegründet. Dieser Lex sagt, wenn einer in die Kriegsgefangenschaft geräth und er kommt nicht mehr zurück, so soll er für tod gehalten werden, von der Zeit an, wo er gefangen worden. Dies aber statuirten die Römer, weil die Gefangenen capitis deminutiones erlitten. Wie past aber dies auf die Verschollenen? Gar nicht. — Elsaesser und Reichardt nehmen daher an: die Praxis hat es eingeführt, um den Zeitpunkt festzusetzen, nach welchem die Erbfolge bestimmt werden soll. Dies ist unwiderleglich. Also muß man jetzt fragen: wer sind die nächsten Verwandten von dem Verschollenen? Und ganz überflüssig ist es nach der Zeit zu forschen, wenn er gestorben ist. Elsaesser setzt noch hinzu: wir müssen annehmen nach 70 Jahren, nicht: er ist jetzt gestorben, sondern: jetzt lebt er nicht mehr. Dies ist ein grosser Unterschied. Leyser confundirt auch, das 70 und 71 Jahr, und sagt: tunc praesumitur mortuus; quod negandum! Es kommt viel drauf an, ob ich sage: er ist den Augenblick gestorben, oder er ist vor 50 Jahren gestorben. Vor 50 Jahren kann ich der nächste Erbe gewesen seyn und heut ists ein anderer. Wir lassen also das momentum mortis, in obscuro, aber damit doch etwas stetes da sey, so nehmen wir den Antritt des 71. Jahres an, wo wir sagen: der Verschollene lebt nicht mehr; und also ist derjenige, der jetzt der nächste Verwandte ist, der Erbe. — Wenn sich aber einer erst im 70. Jahr verliehrt; so hat man zwar keine Regel; allein nach unserer

Meynung sollte man das 75ste erwarten, und wenn sich einer im 80sten verliehrt, bis 82 ½. warten.

Qu. Wie aber, wenn der Verschollene wieder kommt? Rsp. Die Erben müssen das Vermögen wieder heraus geben, denn sie haben es nur provisorie genommen; hat einer das seine schon verthan, so ist nichts mehr zu machen, denn er war bonae fidei possessor.

§. 563. Der zweyte Punkt ist, daß der Kläger beweisen muß:

2) se esse heredem. Er kann es beweisen:
   a) per productionem testamenti validi;
   b) per productionem pacti successorii validi — welches nach deutschen Rechten statt findet;
   c) per probationem cognationis. Am besten geschieht dies per attestata aus den Kirchenbüchern. Keineswegs aber per generale magistratus testimonium, i. e. demjenigen Zeugnis, worinn keine Gründe enthalten sind, woraus das am leichtesten bewiesen werden könnte.

Qu. Muß ich nicht beweisen: me esse cognatum *proximum*? Rsp. Hellfeld unterscheidet mit dem Voëtio zwischen dem Cognato, der es mit einem Fremden zu thun hat, und zwischen dem, der mit einem andern Verwandten concurrirt; im erstern Fall — statuirt er — sey kein Beweis nöthig, im zweyten aber müsse er beweisen: se esse proximum cognatum. Wir glauben: in beiden Fällen sey es genug, bewiesen zu haben, daß man cognatus sey. Ratio: Der andere muß excipiren. Die Exceptio ist facti, die muß bewiesen werden. Das ist die Ordnung!

§. 564. Der dritte Punkt, den der Kläger beweisen muß, ist:

3) das der Beklagte die Erbschaft oder den Theil davon, den der Kläger fordert, besitze. Der Beklagte, der die Erbschaft besitzt, kann nur als ein Administrator der Erbschaft angesehen werden. Folglich als Administrator wird er ex gesto personaliter — eben so, wie alle Administratores, obligirt. Folglich ist die hereditatis petitio eine actio mixta, die theils a) ex iure reali — i. e. iure hereditario, theils b) ex iure personali i. e. dem iure und der obligatione des Administratoris entspringt.

§. 565.

§. 565: Qu. Gegen wen hereditatis petitio angestellt werden könne?

Rsp. Hauptsächlich gegen den possessorem hereditatis, doch auch gegen den, der rem singularem besitzt.

Possessor hereditatis est:

I. l. *verus*, i. e. is, qui vere possidet hereditatem, et quidem:

1) aut titulo singulari, ex quo nimirum ius in re singulari acquiri potest. Z. E. ich besitze diesen Garten titulo legati, donationis mortis causa. Gegen einen solchen findet die hereditatis petitio nicht statt; denn er behauptet das Dominium rei, gegen ihn muß ich also rei vindicationem anstellen.

2) Aut non, sed tamen se *pro herede* gerit, i. e. Ius hereditarium sibi tribuit, aut *pro possessore*, i. e. nec ullum iustae possessionis titulum edere potest, ex quo nimirum ius in re acquireret. In beiden Fällen findet die hereditatis petitio statt.

II. l. *fictus*, i. e. is, qui per fictionem iuris pro possessore habetur, quamquam nihil possidet. Hievon haben wir zwey Fälle in iure. Der fictus possessor ist:

1) entweder ein solcher, qui dolo desiit possidere — i. e. der die rem mala fide possessam veräußert hat,

2) oder ein solcher, qui liti se obtulit, i. e. der wissentlich, daß er die Sache nicht besitze, sich gleichwohl für den Besitzer ausgiebt, und sich in den Streit mischt. In beiden Fällen soll dieser nach den Gesetzen aestumationem litis zu praestiren verbunden seyn, weil er die Sache selbst nicht praestiren kann.

Hiebei entsteht die Frage: ob der Petitor hereditatis in diesem Fall nicht zwey Klagen anstellen könne?

Rsp. Es kommt auf den Unterschied an: Er hat

1) entweder zuerst gegen den fictum possessorem geklagt; hier soll ihm frey stehen, auch noch eine zweyte Klage gegen den verum possessorem anzustellen, gesetzt, daß ihm auch schon aestumatio litis vom ficto possessore praestirt worden wäre; Ratio: id, quod interest, welches der fictus possessor praestiren müste, ist nur als Strafe anzusehen, die er zu bezahlen schuldig war. Dem Petitori steht also noch immer die actio rei persecutoria zu.

2) Oder er hat zuerst gegen den verum possessorem geklagt; hier kann er gegen den fictum possessorem die zweyte Klage nicht anstellen, denn er hat schon die Erbschaft oder deren Werth bekommen, mithin ist seine Klage erloschen. Conf. L. 13. §. 14. h. t. und L. 95. §. 9. D. de solutionibus.

§. 566. Hereditatis petitio hat den Endzweck, daß der Kläger die Erbschaft erlangen soll, die ihm gebührt. Mithin, was der Begrif von der Erbschaft in sich faßt, kann der Kläger fordern: mithin, was er eigenthümlich hatte, die pignora, deposita, commodata etc. Auch die surrogata etc. Aber nöthig ist es nicht, auch nicht möglich, daß der Kläger alle einzelne Stücke in der Erbschaft anführe, daher ist ihm ein generale petitum erlaubt, das dahin geht, daß der Besitzer der Erbschaft, die Erbschaft nach einem Inventario oder einer eidlichen Specification übergeben werden soll.

§. 567. Hereditatis petitio geht auch dahin, daß der Beklagte wegen Verwaltung seiner Erbschaft Rechnung ablegen soll. (§. 564.) Es ist aber ein groser Unterschied, ob der Beklagte bonae oder malae fidei possessor sey. Bonae fidei possessor ist derjenige, welcher nicht weis, daß ein anderer ein stärkeres und besseres Recht auf die Sache habe. Malae fidei possessor — das Oppositum. Dieser hat doch vielleicht einen titulum possessionis anzugeben: z. E. wenn er sagen kann: ich wuste zwar wohl, daß die Erbschaft dem Caio nicht zukam, aber ich hab sie ihm doch abgekauft. Ein solcher heist malae fidei possessor simplex. Wenn er aber nicht einmal einen Titel angeben kann, so wird er praedo s. invasor genennt. Dies ist z. E. fur, raptor — jeder gewaltsame Besitzer.

Ad malam fidem vero requiritur scientia certis rationibus suffulta, i. e. man muß nicht blos im Wahn stehen, sondern mit Gründen überzeugt seyn, daß einem die Sache nicht gehöre. Daher hat man die Rechtsregel: post litem contestatam omnes fiunt malae fidei possessores. Sie steht in L. 25. §. 7. D. h. t. ist aber offenbar falsch. Denn ich kann ja erst durch den Beweis, durch das Urtheil des Richters überführt werden, daß ich Unrecht habe, wie will man daher wahrnehmen, daß ich schon per litis contestationem malae fidei possessor würde? Es ist also diese Regel nicht so schlechterdings anzunehmen. Es ist vorauszusetzen, daß

der

der Beklagte von des Klägers Recht post L. C. schon einigermasen überzeugt worden. Wenn ich da doch litem contestire, dann werd ich erst malae fidei possessor.

Conf. Brockes de L. C. malam fidem non inferente. et Boeschen programma: num. L. C. semper malam fidem inducat.

§. 568. Die Hereditatis petitio hat den Endzweck, daß der Besitzer die Erbschaft nach einem Inventario oder einer eidlichen Specification herausgebe. Es ist also wieder ein Unterschied zu machen, nämlich: ob die Sachen und Früchte der Erbschaft noch bei dem Beklagten vorhanden sind, oder nicht. Im ersten Fall ist die Regel: quod exstat indistincte restituendum est sive sit malae, seu bonae fidei possessor. Im zweyten Fall kommt es darauf an, ob einer bonae fidei possessor ist oder nicht.

1) Der bonae fidei possessor ist schuldig:
   a) Das Pretium von den rebus alienatis et fructibus perceptis zu restituiren, nach der Regel: Pretium succedit in locum rei. Hat er das Pretium noch nicht erhalten, so muß er dem Petitori seine Action cediren.
   b) Auch muß er restituiren, in quantum locupletior factus est: z. E. Er hat den Wein, den er mit der Erbschaft erhalten, rein ausgetrunken und den Seinigen dabei gespart. Ratio: nemo cum damno alterius fieri debet locupletior.
2) Der malae fidei possessor muß
   a) alle fructus indistincte restituiren, sowohl exstantes, als consumtos, perceptos et percipiendos, i. e. eos, quos percipere potuisset, si bonus paterfamilias fuisset.
   b) Alle Sachen, die er verlohren hat: z. E. im Spiel, in Lotterien.

   Qu. Ob er den Casum zu prästiren hat? Rsp. Die Rechtslehrer distinguiren hier wieder nach obiger Regel zwischen dem Casu, der sich ante — und der sich post litis contestationem ereignet hat. Allein es kommt vielmehr darauf an; ob einer revera malae fidei possessor ist, oder nicht. Ist ers wirklich, so ist er entweder Praedo, da muß er indistincte den Casum praestiren; oder er ist nur malae fidei possessor simplex — hier prae-

praestirt er ihn in dem einzigen Fall: wenn der Petitor beweisen kann, daß bei ihm sich der Casus nicht würde ereignet haben: z. E. daß er den Schimmel noch zu rechter Zeit verkauft haben würde. Conferatur L. 15. §. ult. de rei vindicatione et L. 12. §. 4. ad exhibendum.

c) Er darf keine sumtus anrechnen, als die, durch welche er die Sache wirklich meliorirt hat, dahingegen vom bonae fidei possessore auch das angerechnet werden kann, was Casu wieder verlohren gegangen. Endlich in Ansehung der sumtuum voluptuariorum bleibt ihm blos sublatio, wenn sie salva substantia möglich ist: z. E. die Statuen im Garten kann er wegnehmen.

§. 569. Possessor de hereditatis administratione rationes reddere sicque de acceptis aeque ac de expensis specifice respondere et residuum restituere tenetur. Sed distingue tamen;

Possessor hereditatis est:

1) aut malae fidei possessor; so muß er den wahren Werth praestiren, den res distracta gehabt hat; man kann den Werth durch das Iuramentum in litem bestimmen lassen; aut

2) bonae fidei possessor; der restituirt das Geld, das er bekommen und so weit er sich im übrigen bereichert hat.

§. 570. Der Possessor hereditatis ist gleich jedem Verwalter Rechnung abzulegen schuldig. Er muß diese so einrichten: daß er die Früchte, welche er von den Erbschaftsgütern erhoben, mit hinein bringt. Doch muß man distinguiren: inter bonae et malae fidei possessorem.

Der bonae fidei possessor hat nur zu praestiren:

1) Fructus extantes: z. E. das Getraid, das noch in der Scheuer ist;

2) Fructuum consumtorum pretium, in soferne er dadurch locupletior geworden ist.

Das übrige restituirt er nicht, denn er ist instar domini anzusehen.

3) Usuras. Diese aber praestirt er nicht weiter, als er sie erhoben hat: z. E. er bekommt mit der Erbschaft schöne alte Thaler und legt sie in Schatz — und nicht auf Zinnsen; so restituirt er die Zinnsen nicht. Allein der malae fidei

fidei possessor muß sowohl exstantes als consumtos; perceptos als percipiendos praestiren. Weil er in facto illicito versirt; aus diesem kann er nun keinen Vortheil ziehen, sondern muß vielmehr jeden Schaden ersetzen.

§. 571. Bisher — von den Einnahmen. Zur Ablegung der Rechnung gehören aber auch die Ausgaben.

Qu. Was darf der Possessor da in Ausgabe bringen?

Rsp: 1) die Erbschaftsschulden, die er bezahlt hat. Ratio: weil er mit Bezahlung dieser Schulden dem vero heredi einen Vortheil geschaft hat.

2) Die Legata, die er von den Erbschaftsgütern bezahlt hat.

3) Impensas — den Aufwand, den er bei der Erbschaft hatte — sunt erogationes rerum causa factae.

Dergleichen Impensae werden nun entweder auf die Substanz der Sache oder auf die Fructus derselben verwendet.

1) In rei substantiam. Factae itaque sunt impensae:

a) l. ad conservandam rei substantiam — hier heissen sie impensae necessariae und müssen jedem Besitzer restituirt werden.

b) l. ad rem usui magis aptandam — impensae utiles: neue Treppen, Oefen. Diese zieht der bonae fidei possessor ab und wenn sie auch Casu zu Grunde gegangen wären. (§. 568. Nr. c.)

c) l. ad rem modo ornandam — impensae voluptuariae, quae tolli tantum possunt a malae fidei possessore, haudquaquam vero restituuntut.

2) In rei fructus. Hier kommts noch auf den Unterschied an: Der Possessor hat entweder die Früchte lucrirt, auf welche er Aufwand machte oder nicht. Im letzten Fall zieht er den Aufwand indistincte ab, im ersten nur alsdann, wenn der Aufwand auch zum Theil auf die Substanz mit gerichtet war und solche verbessert hat: z. E. Er hätte durch die Wiese, die wegen allzugroßer Näsſe nur schlechtes Futter gab, Gräben ziehen lassen und sie dadurch in guten Stand gesetzt.

LIB. V. TIT. IV.

Si pars hereditatis petatur.

§. 372. Hereditatis petitio partiaria seu actio si pars hereditatis petatur ist diejenige, welche ein Miterbe anstellt, daß er von den übrigen Erben für einen Miterben erkannt werde.

Dies kann geschehen:

1) l. pro parte certa — Wenn der Numerus bestimmt ist, z. E. zwey Erben und der Kläger.
2) l. pro parte incerta — Wenn noch ein nasciturus zu hoffen ist. Die Mutter kann zwey bis drey Kinder bringen. In diesem Fall müssen auch drey Erbtheile für den Nasciturum aufgehoben werden.

Diese Sorgfalt scheint beinahe übertrieben, und ist doch zu loben, weil für den Nasciturus nicht genug gesorgt werden kann. Es wird auch auf den heutigen Tag noch darnach gesprochen.

LIB. V. TIT. V.

De possessoria hereditatis petitione.

§. 573. Hereditatis petitio possessoria est ea, quam instituit bonorum possessor (l. heres praetorius) qui bonorum possessionem agnovit. Sie kommt in allem mit der hereditatis petitione civili überein, nur in Ansehung der Praescription differiren sie. Denn hereditatis petitio ist perpetua (i. e. durat 30. annos) possessoria vero est temporaria. Vid Tit. de bonorum possessione.

LIB. V. TIT. VI.

De fideicommissaria hereditatis petitione.

§. 574 — 75. Hereditatis petitio fideicommissaria ist diejenige, welche ein Fideicommiss-Erbe, dem die Erbschaft nicht realiter, sondern nur verbaliter restituirt worden, gegen denjenigen anstellen kann, welcher sie pro possessore seu pro herede in Besitz genommen.

Derjenige, welchem die Erbschaft sub obligatione restitutionis übergeben worden, heist: heres fiduciarius, derjenige aber, welchem sie restituirt werden muß, heres fideicommissarius. Dieser also stellt die Hereditatis petitionem fideicommissariam an. Jedoch ist der Unterschied zu bemerken: Die Erbschaft hat entweder ein dritter im Besitz, oder der Heres fiduciarius. Im erstern Fall hab ich keine Klage, ich lasse mir also ab herede fiduciario nur oraliter die Klage cediren, dann kann ich auf ihn losgehen. Im andern Fall hab ich aber die Actionem ex testamento, welche aus dem neuen Nexu entspringt, in welchem ich seit der aditione hereditatis mit dem Herede fiduciario stehe.

LIB. VI. TIT. I.

De rei vindicatione.

§. 576. In diesem Titel kommen wir nun auf die *Actiones*, die ex dominio entspringen. Diese Lehre hätte voran gehen sollen, denn sie ist allgemeiner. Der Heres ist auch Dominus.

Dominium (Eigenthum, Eigenthumsrecht) est ius in re corporali proprium, vi cuius de re pro arbitrio disponere licet.

Dies ist nun ein Ius totale, i. e. es begreift drey Iura in sich:

a) Proprietatem, i. e. ius de rei substantia disponendi: z. E. das Recht mein Buch zu zerreisen, meinen Pudel tod zu schiessen.

b) Usum

b) Usumfructum (Geniesbrauch oder Geniesbrauchsrecht), i. e. facultatem de fructibus disponendi: z. E. daß ich sie percipiren, oder einem andern überlassen kann.

NB. Die Doctores nennen ihn Usumfructum causalem, i. e. denjenigen, der einem vi domini zusteht. Ihm steht entgegen der Ususfructus formalis, er gehört nicht hieher, sondern unter die Servitutes personales.

c) Ius possidendi, i. e. facultatem de rei possessione disponendi.

Stehen nun diese drey einzelne Iura einer Person miteinander zu, so heist das Eigenthum: dominium plenum s. solitarium; wenn sie aber mehrern zustehen, so ist der Unterschied zu bemerken:

1) aut uniformi ratione pluribus competit — hier heist es codominium s. communio stricte sic dicta (Miteigenthum).

2) Aut difformi ratione — hier heist es dominium divisum s. minus plenum.

Letzteres hat wieder verschiedene species. Jede Speciem nennt man Dominium minus plenum, wenn anders die Proprietas ganz oder zum Theil damit verbunden ist. Hieher gehören:

1) Das Dominium utile (das nutzbare Eigenthum) ist eine pars proprietatis cum usufructu et iure possessionis coniuncta; z. E. ein Vasall, emphiteuta et superficiarius haben ein solches Dominium utile.

2) Nuda proprietas, i. e. eine solche, womit kein anderes Ius de re disponendi verbunden ist. Diese ist:

a) l. plena proprietas; wenn kein anderer von derselben participirt, sondern sie mir allein zusteht: z. E. es hat solche der Filiusfamilias, der ein peculium castrense hat.

b) l. dominium directum — eine solche proprietaet, wovon einem andern (dem Domino utili) ein Theil zusteht. — Dominium directum und utile zusammengesetzt, also — geben ein ganzes.

§. 577. A iure ad exercitium iuris non valet consequentia. Daher kann man nicht schliessen, daß der Eigenthümer seine

seine Rechte auch immer ausüben müsse. Das Exercitium kann eingeschränkt seyn:

1) Per leges: z. E. beim Pupillen;
2) Per pactum: z. E. beim Pacht;
3) Per testamentum: z. E. mein Vater hat mein Eigenthum per testamentum restringirt. Daher ist zu distinguiren:
   a) inter dominium liberum seu illimitatum — das nicht eingeschränkt ist in dem Exercitio, et
   b) inter restrictum s. limitatum — das in uno l. altero casu eingeschränkt ist. Das hat z. E. der Pupill — oder derjenige, der sich pacto des exercitii iuris cuiusdam begeben hat.

§. 578. Es wird das Dominium eben so acquirirt, wie das Ius reale. Hiezu wird in der Regel erfordert, Titulus und Modus acquirendi.

I. Titulus ist ein rechtmäßiger Grund, welcher die Acquisition eines dinglichen Rechts rechtfertigt: z. E. ich habe eine Sache gekauft, geschenkt bekommen.

II. Modus acquirendi est factum corporale, wodurch die Acquisition des dinglichen Rechts würklich geschieht. Merke drey Species. Er ist:
   1) ein solcher, wodurch nur res nullius acquirirt werden können. Dieser heißt: Modus acquirendi originarius. Dahin gehört Occupatio.
   2) Oder ein solcher, wodurch res alterius acquirirt werden. Hier heißt er: Modus acquirendi derivativus. Dahin gehört: Traditio.
   3) Oder endlich ein solcher, wodurch sowohl res nullius als res alterius acquirirt werden. Dieser heißt: Modus acquirendi mixtus. Dahin gehört Accessio.

§. 549. Titulos giebt es sehr viel in iure. Hellfeld reducirt sie auf drey Klassen.

1) Manche gründen sich auf voluntatem domini, i. e. daß der Eigenthümer einer Sache ein Dominium oder dingliches Recht auf mich transferiren will.

   Der Wille des Eigenthümers kann declarirt werden, entweder per actum inter vivos: z. E. durch Kauf, Tausch, Schenkung, dationem in solutum etc. oder per ultimam voluntatem. Daher sagt man: ich besitze diese Sache titulo emti, donati, oder legati, heredis nomine etc.

2) Manche gründete sich auf necessitatem et utilitatem publicam.

a) Auf necessitatem. Der Fall kommt vor bei den servitutibus necessariis, die der Richter wider den Willen des Eigenthümers ex iusta causa constituirt: z. E. meine Wiese läge an der Rednitz und ringsherum lauter Felder. Hier muß mir einer die Servitutem viae geben, er mag wollen oder nicht.

b) Auf utilitatem publicam; dahin gehört hauptsächlich das pignus tacitum l. legale: z. E. das Unterpfand des Pupillen auf des Vormunds sämtliches Vermögen, ob salutem publicam hats der Pupille.

3) Manchmal wird einem ein Ius reale in poenam alterius zugesprochen. Dies kommt vor bei der Praescription. Der andere soll dadurch eine Strafe leiden, quia praescriptio semper negligentiam praesumit, ex parte eius, cuius aliquid praescribitur.

§. 580. Der Unterschied:

1) Titulus acquisitionem iuris realis tantum reddit possibilem; modus acquirendi vero eam reddit efficientem.

2) Der Titel giebt in der Regel nur ein Ius ad rem s. personale; der Modus acquirendi aber ein Ius reale.

Der Modus acquirendi aber ist in rebus acquirendi alterius kein anderer, als *Traditio*.

Es giebt aber doch auch Fälle, wo sine traditione ein ius reale acquirirt werden kann. Die Fälle stehen unten in der zweiten Note. Es gehören dahin:

1) *Relicta* in ultima voluntate: z. E. Sempronius hat mir seinen Garten vermacht; gleich nach seinem Tod hab ich ein Ius reale darauf sine traditione, welche nicht möglich ist.

2) Auch bei Commissis findet es statt:

Commissa sunt, quae ob defraudationem fisco cedunt: z. E. die Waaren, bei welchen man den Zoll hat verfahren wollen, werden sine traditione vindicirt.

3) Adiudicata a iudice, i. e. wenn der Iudex einem eine Sache adiudicirt.

Es kommt vor bei den iudiciis divisoriis, bei servitutibus negativis und Hypotheken.

§. 581.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0384
DFG

§. 581. Modus acquirendi derivativus est traditio. Traditio ist überhaupt eine Handlung, wodurch ein Besitzer seinen Besitz auf einen andern transferirt. Sie wird verschiedentlich eingetheilt:

1) Ratione finis — geschieht sie in der Absicht, entweder ein Ius auf den andern zu transferiren — Dies ist traditio stricte sic dicta; oder dies ist nicht — hier heist sie nuda traditio: z. E. Es bittet mich einer, ihm Friederichs II. Werke sehen zu lassen, und ich gebe sie ihm ad statum videndi in die Hände.

Die Traditio stricte sic dicta geschieht in gedoppelter Absicht:

a) Entweder will ich ein Ius reale transferiren, hoc casu bekommt sie den Namen: Traditio iuris in re translativa. Und davon sind wieder verschiedene Species zu merken: z. E. die Traditio dominii translativa, welche drey Requisita hat.

α) Daß der Tradens selbst das Dominium rei haben müsse;

β) Daß er liberam de re disponendi facultatem seu facultatem alienandi haben müsse;

γ) Daß er auch den Animum alienandi habe. Der Animus ist zu schliessen ex titulo praecedente: z. E. Ich gebe dir meinen Garten für 1000 Rthl. — ich schenke dir meinen Schimmel.

b) Oder ich will nur ein Ius personale transferiren. Diese heist: Traditio iuris ad rem translativa: z. E. ich verpachte Dir meinen Garten, ich trete Dir auf dies Jahr ein Stück von meinem Garten ab.

2) Ratione obiecti. Obiectum est

a) I. res corporalis; hier heist sie traditio proprie sic dicta.

b) I. res incorporalis; hier heist sie: traditio analogica seu quasi traditio. Diese geschieht exercitio acquirentis et permissione concedentis.

3) Ratione modi. Hier wird sie eingetheilt in veram et fictam seu idealem.

A. Vera traditio geschieht bei mobilibus rebus per dationem de manu in manum; z. E. B. giebt dem W. Rosenstöcke, um seinen Garten damit zu schmücken. Die

immobilibus aber per inductionem in rem immobilem: z. E. Ich führe Dich in meinen Garten, in meinen Wald.

B. Ficta seu idealis. Diese wird eingetheilt:

a) in traditionem symbolicam — ubi nimirum per signum rei traditum res ipsa tradita intelligitur: z. E. Die Uebergabe der Schlüssel, der Urkunden; die zu einem Praedio gehören. Sie kommt auch bei der Exsecution öfters vor; z. E. per evestucationem, wenn einem ein vom Richter aus der Schwelle gehauener Span von des Schuldners Gebäude, worinn er immitirt werden soll, übergeben wird.

b) In traditionem longa manu — ubi re in conspectu posita animus tradendi declaratur: z. E. ich habe dem Sempronius meinen Wald zu verkaufen gegeben, ich zeige ihm also selbigen von Ferne.

c) In traditionem brevi manu — die ohne eine körperliche Handlung, welche die Tradition vorstellen könnte, geschieht. Da ist sola traditio hinlänglich und die Traditio wird in den Legibus fingirt. Sie kommt in zwey Fällen vor, 1) wenn der Acquirens die Sache schon besitzt, 2) beim Constituto possessorio, de quo infra §. 1000.

§. 582. Zur translatione dominii ist erforderlich, daß tradens dominus sey. (§. 580). Mithin lassen sich zwey Fälle gedenken. Sie geschieht entweder vom Domino, hier kann also ceteris paribus das Eigenthum acquirirt werden; oder a non domino: z. E. von einem Administratore, tutore etc. hier würkt die Traditio das Dominium nullo modo. Doch ist Traditio auch nicht sine ullo effectu. Denn sie hat doch den Effect:

1) bonae fidei possessor percipit tamen fructus — und braucht sie nicht zu restituiren.

2) Usucapiendi conditionem accipit, i. e. er wird in die Umstände gesetzt, durch die Verjährung die Sache zu acquiriren.

Anmerkung: An manchen Orten in Deutschland ist eine Privatübergabe nicht hinlänglich, das Eigenthum von immobilibus zu acquiriren, sondern dazu wird die resigna-

signatio iudicialis erfordert: z. E. in ganz Sachsen, im Braunschweigisch-Lüneburgisch- und Lübeckischen.

Resignatio iudicialis (Auflassung des Eigenthums) est actus iudicialis, quo quis rem immobilem alienaturus iuri suo coram competente iudice renunciat, et mediante investitura in alterum transfert. Also hat sie drey Requisita:

1) Daß Alienans seinem Recht gerichtlich renuncirt.
2) Daß er die Rem immobilem dem andern gerichtlich tradire.
3) Ut sequatur investitura iudicialis. (die gerichtliche Belehnung, Anweisung) est traditio iudicialis, nach welcher der Iudex die Sachen gerichtlich übergiebt. Der Terminus kommt in weitläuftiger Bedeutung auch im Iure feudali vor.

Und es besteht da die Investitura in weiter nichts, als in Ab- und Zuschreiben. So an vielen Orten. Sie ist sehr nützlich:

Denn sie hat den Nutzen:

1) Daß das Eigenthum der Privatpersohnen sehr in Gewisheit kommt.
2) Daß man wegen der öffentlichen Abgaben weis, an welchen Besitzer man sich zu halten hat. Dies ist erheblich und dienet um alle Verwirrung hinlänglich zu vermeiden.

§. 583. Das Dominium hat das Recht, daß man jeden andern von der Sache ausschliessen kann (§. 577). Daraus entspringt nun eine Klage. Diese ist die Rei vindicatio.

Rei vindicatio est actio realis competens domino vero rei corporalis adversus possessorem nomine proprio possidentem, ut rem iure dominii competentem cum omni causa restituat.

Wir merken uns: die Rei vindicatio ist wohl zu unterscheiden von der Vindicatione in genere. Omnis rei vindicatio quidem est vindicatio, sed non omnis vindicatio est rei vindicatio. Alle Actiones reales sind Vindicationes, aber in specie ist es die, welche ex dominio entspringt.

§. 584. 1) Rei vindicatio kommt dem Eigenthümer zu, und es kommt nichts darauf an, von welcher Art das Dominium sey; ob es plenum, l. minus plenum, solitarium l. commune sey.

2) Es kommt auch nichts auf das Obiectum an, worauf dem Eigenthümer das Dominium zusteht, s. res sit singularis, s. universalis: (z. E. eine Bibliothek); s. totum, s. pars — und wenn es auch pars incerta seyn sollte, der nicht völlig bestimmt ist: z. E. ein Theil der Erbschaft, von welcher die Quarta Falcidia abzuziehen ist, gehört dem Legatario nicht ganz.

Jedoch freilich versteht sichs, so wie mein Eigenthum beschaffen ist, so und nicht anders kann ich vindiciren: z. E. der Lehensherr das Dominium directum.

Wenn das Exercitium gehemmt ist, kann ich die Rem nicht vindiciren: z. E. vom fundo dotali hat der Mann so lang er lebt das Exercitium.

Qu. Muß einer, der vindiciren will, das Dominium gleich Anfangs actione instituta gehabt haben, und gilt die Vindicatio, wenn er Anfangs das Dominium nicht hatte, es aber durante processu bekommt? Rsp. Nach römischen Rechten nicht. Ratio: non enim pugnat favor legum, pro eo, scilicet ratione dominii, quod demum post L. C. acquisitum est.

Davon geht ab das Ius Canonicum und mit demselben die heutige Praxis. Da kann man den Proceß fortführen.

Doch kommts auf den Unterschied an, ob der Kläger sich auf das Ius dominii generaliter gegründet hat: z. E. so überhaupt: es stünde ihm auf Oberndorf das Dominium zu, ohne den Titel anzugeben; da kann er in allen Fällen den Proceß continuiren; oder ob er sich auf das Ius dominii ex speciali titulo gegründet hat; da kann er den Proceß nicht continuiren, wenn der Titulus in der Folge geändert werden muß. Er muß also die Klage fallen lassen.

§. 585. Der Kläger muß das Dominium beweisen. Es versteht sich, im Fall es der Beklagte läugnet. Es ist aber sehr schwer. Denn er muß nicht nur:

1) sein *Dominium* beweisen — sowohl titulum als modum acquisitionis angeben; sondern

2) auch das Dominium des vorigen Besitzers. Das macht die gröste Schwierigkeit. Die ICti nennen es daher auch probationem diabolicam. — Warum aber das Dominium antecessoris? Ratio: damit man sehe, ob er ein Dominium

minium über die Sache gehabt habe; hatte er keines, so konnte er mir auch keins geben.

Anmerkung: In Sachsen und überhaupt, wo die Resignatio iudicialis üblich ist, da ists leicht. Im übrigen ists schwer, einige Fälle ausgenommen:

a) Wenn jemand dem Fisco was abgekauft hat. Conferat. §. ult. Instit. de usucap. Es ist dies deswegen eingeführt, daß jeder sicher sey, wenn er was vom Fisco gekauft, damit man dem Fisco desto lieber abkaufen möge. Es ist aber contra ICtos quosdam nur von rebus fisco propriis zu verstehen. Weiter sollte es, wie leider in praxi geschieht, nicht extendirt werden.

b) Wenn eine Sache usucapione acquirirt worden.

c) Wenn man eine Sache von einem solchen vindicirt, der sie von unserm Geld angeschaft hat: z. E. wenn der Tutor von dem Gelde des Pupillen ein Haus gekauft hätte. Hier heists: res succedit in locum pretii. Jedoch nicht in allen Fällen, sondern nur in den Fällen, wenn specialis legis dispotio vorhanden ist. Da darf ich nur beweisen, daß die Sache mit meinem Gelde gekauft worden. Conf. Wernher Tom. VI. obs. 360.

Dergleichen Legis dispositiones finden wir:

1) Bei Pupillen und Minderjährigen.
   Merke: dies ist oft sehr schwer zu beweisen, daß der Tutor von des Pupillen Gelde gekauft.
2) Extendiren es die Doctores auf die Kirchen;
3) Auf die Milites, wenn von ihrem peculio castrensi Güter gekauft worden sind.
4) Auf die Eheweiber, wenn mit ihren Illaten-Geldern Güter gekauft worden sind. Ex L. 54. et 55. D. de iure dotium.

Der L. 12. C. de iure dotium ist aber wider diesen Satz.

Die Doctores sagen daher: Ist der Mann solvendo; so ist der L. 12. Cod. zu appliciren; ist er aber nicht solvendo; da habe in subsidium die rei vindicatio statt. L. 54. et 55. D. de iure dotium.

§. 586. Datur Rei vindicatio contra verum et fictum possessorem. Doch giebt es Fälle, wo diese Klage nicht mit Effect angestellet werden kann:

1) Contra eum, qui alieno nomine possidet. Dies kann nur gelten von einem nudo detentore, denn ein solcher hat

exceptionem laudationis s. nominationis — diese besteht in declaratione rei actione reali s. in rem scriptam conventi, vi cuius se alieno nomine possidere eum in finem indicat, ut actor cum auctore (nominato) potius agat. Und hier ist das besondere: der Excipiens braucht seine Exception nicht zu beweisen. Man möchte aber vielleicht einwenden: der Excipiens kann ja auf solche Weise doch einen falschen Auctorem angeben? Rsp. Die Gesetze haben schon mit einer Strafe dafür gesorgt, die ihn treffen soll, wenn er falsum auctorem angiebt. Sie besteht darinn, daß er, Excipiens, augenblicklich condemnirt werde, die Sache herauszugeben und die Unkosten zu ersetzen.

2) Contra bonae fidei possessorem, qui bona fide possidere desiit.

3) Contra possessoris heredes — vorausgesetzt, daß sie weder vere noch ficte etwas besitzen. Es müste denn seyn, daß sie ex re locupletiores geworden wären. Hier findet doch wenigstens actio in factum statt. Conferatur L. 52. D. h. t.

§. 587. De effectu rei vindicationis. Sie zweckt dahin ab:

1) ut res actori restituatur, §. 587.
2) et quidem cum omni causa. §. 588.

Ad. 1) Ut res actori restituatur. Daraus folgt, daß der Kläger schuldig ist, die Sache genau zu bestimmen, nämlich wenns unbewegliche Güter sind, so beschreibt man die Lage und benachbarten Güter; mobiles, von ihrer Farbe, ihrem Geschlecht, ihrer Größe, Gewicht und so ferner.

Was den Modum restitutionis betrift, so merke:

1) Er muß gratis geschehen; denn eine Sache, die mein Eigenthum ist, brauch ich nicht zu bezahlen. Excipe tamen: manchmal muß der Vindicans dem Possessori sein ausgelegtes Geld wieder geben. Die Fälle sind folgende:
   a) Wenn er das Geld zum Nutzen des Domini verwendet hat ex versione in rem: z. E. der Vormund hat meine Güter verkauft, und das Geld in die Rechnung richtig gebracht. Nachher vindicire ich meine Güter, aber ich muß das Geld herausgeben, das ich erhalten habe;

habe; nemo enim cum damno alterius fieri debet locupletior.

b) Wenn er rem alias perituram acquirirt hat, in der edelmüthigen Absicht, sie dem Domino zu erhalten — ex negotiorum gestione. Das aber ist wohl zu merken, daß es res alias peritura seyn muß.

2) Die Restitutio muß geschehen: debito loco. Bei immobilibus ist es der locus rei sitae; bei mobilibus, der locus, wo die Klage erhoben worden und der Proceß geführt wird. Doch muß der Kläger die Unkosten ersetzen, wenn ich die Sache nicht dolose an einen andern Ort gebracht habe.

§. 588. Ad 2) Ut res *cum omni causa* restituatur. Conferatur Brisson tract. de verborum significationibus sub voce: *causa etc.*

Causa rei, h. l. rei conditio et omne id, quod quocunque modo ad rem referri potest. Zu letztern gehören die Fructus, accessiones und Pertinenzien.

Causa rei vero mutabilis est. Daher die Regel: Man sieht auf das tempus litis contestationis. Der malae fidei possessor muß sie restituiren, wie sie war, da er malae fidei possessor wurde. Denn durch die Litis contestation wird ein Quasi contractus eingegangen, im Fall man condemnirt würde, die Sache zu restituiren. Beim malae fidei possessore, wird aber auch auf die Zeit gesehen, wo er in malam fidem kam; also wie die Sache damals war, muß er sie restituiren.

§. 589. Zu der: omni causa — gehören fructus, accessiones und Pertinenzien (§. 588). Diese differiren so von einander: Wenn man eine rem corporalem betrachtet, so kann man wahrnehmen:

1) Die constructionem partium, welche die Sache zu dem, was sie ist, bestimmen. Diese wird nun *rei substantia* genennt. Zu einer solchen Substanz können nun aber

2) auch posita rei substantia noch *incrementa* hinzukommen, und zwar entweder ex rei substantia — hier heissen sie fructus; oder ohne Mitwürkung der Substanz — accessiones.

3) Wenn man eine Sache nach ihrer Destination betrachtet, so ist der Unterschied von rebus principalibus und accessoriis wahrzunehmen.

Res principales, Hauptsachen, sind solche, die nicht mit einer andern Sache des Gebrauchs wegen verbunden sind, sondern für sich, so wie sie da sind, ihren Nutzen geben.

Res accessoriae — sind Sachen, die wegen eines immerwährenden Gebrauchs mit einer andern verbunden bleiben. Diese sind wieder,

a) entweder ihrer Natur nach beweglich, aber zu einem immerwährenden Gebrauch mit dieser Sache verbunden, und daher heisen sie, als solche: res civiliter immobiles. Z. E. Der Ofen in diesem Gartenhaus, die Fenster ꝛc.

b) Oder ihrer Natur nach mit der re principali verbunden; da heisen sie: Pertinenzien. Doch werden in sensu latiori res accessoriae überhaupt mit dazu gerechnet.

Conf. Hommels Pertinenz- und Absonderungs-Register — Es ist mit in den Rhapsodien enthalten.

§. 590. Fructus in sensu generaliori bedeutet omnem utilitatem, ad quam producendam res habilis est. In dieser Bedeutung kann man die Fructus eintheilen:

I. Ratione ortus. Hic fructus sunt:

1) l. tales, qui ex re nascuntur — qui dicuntur: fructus *naturales* s. fructus proprie sic dicti: e. g. gramen. Naturales:

a) l. sola natura producuntur — fructus *naturales in specie*.

b) l. concurrente hominum industria — fructus *industriales*.

2) l. tales, qui intuitu rei oriuntur et percipiuntur — fructus *civiles*: e. g. Locarium equi (vulgo: das Reitgeld.)

II. Ratione perceptionis. Hic fructus sunt:

1) l. tales, qui actu percipiuntur et a fundo

a) l. nondum separati sunt — qui dicuntur: fructus *pendentes*.

b) l. separati — *percepti*. Percepti vero dispesci solent in *exstantes* ac *consumtos*, prouti l. in natura adhuc exstant, l. minus.

2) l. tales, qui adhibita diligentia percipi potuissent — *percipiendi*.

§. 591.

§. 591. Qu. Welche Früchte ist der Possessor dem Domino vindicanti zu restituiren schuldig?

Rsp. Distinguendum est:

1) inter fructus post litis contestationem perceptos. Hie valet regula: Indistincte restituendi sunt, ex L. 45. D. h. t. et L. 4. §. 2. D. Finium regundorum.

Hellfeld nimmt zum Grund an: daß die Litis contestatio ein Quasicontractus ist. Die mehresten Doctores aber haben einen andern Grund, nämlich den, daß der bonae fidei possessor durch die Litiscontestation malae fidei possessor wird. Es mag aber seyn wie es will, darinn stimmen sie überein, daß sie indistincte restituirt werden müssen.

2) Inter fructus ante litiscontestationem perceptos. Hier gilt das nämliche, was §. 568. enthalten ist. Nur ist zu merken: Hellfeld sagt: daß der bonae fidei possessor von fructibus consumtis nicht einmal das Pretium zu restituiren braucht. Allein alle ältere ICti behaupten: das Pretium müsse indistincte restituirt werden. Nur Wernher P. 1. observ. 318. Leyser spec. 99. med. 4. und Madihn behaupten Hellfelds Meynung.

Madihn de bonae fidei possessore singulari a restitutione fructuum perceptorum immuni. Halae 1754. hat Leysern vertheidigt. Gegen ihn schrieb Merkert und Bauer; Consumtos ex quibus locupletior est factus fructus an restituere teneatur bonae fidei possessor? Lipsi. 1762. Hellfeld mit Wernhern, Leysern und Madihn haben folgende Gründe:

1) Der Dominus habe keine Action, das pretium von fructibus consumtis zu fordern. Denn rei vindicationem könne er dagegen nicht anstellen, eine actionem personalem auch nicht, weil der possessor nec ex contractu, nec ex delicto verbunden sey, das Pretium zu restituiren. Hierauf wird aber geantwortet: Es könne allerdings actio in factum angestellet werden, ob analogiam iurium in §. 586. expositorum.

) Beruft sich Leyser etc. auf Leges, besonders auf den L. 4. §. 2. fin. regundorum. Da heist es: der bonae fidei possessor lucrire die fructus consumtos. Dagegen aber wird eingewendet: diejenigen Fructus, deren Pretium noch da ist, können nicht wohl proprie consumti genennt werden; denn consumti sind, de quibus nil exstat. hier existirt aber das Pretium.

3) Sagt

3) Sagt Leyser: es gelte bei rebus singularibus die Regel nicht: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei. Aber es giebt allerdings Beispiele, wo bei rebus singularibus die Regel exacte statt findet. (§. 585. Nro. c.) Z. E. das von dem Geld des Pupillen gekaufte Haus. Und die Gegner des Leysers haben noch das Argument: man müsse ganz von der Regel abgewichen seyn: nemo cum damno alterius fieri debet locupletior; diese aber wird durch das ganze Corpus Iuris behauptet, warum sollte daher gerade in diesem Fall davon abgegangen werden?

§. 592. Der Dominus vindicans kann rem cum omni causa restituirt erlangen. (§. 587.) Dagegen kann aber auch der possessor restitutionem impensarum in rem, quae vindicatur, factarum, verlangen.

Die impensas fructuum causa factas anlangend, so gilt das nämliche, was §. 571. gesagt worden.

Was die impensas in ipsam substantiam factas und zwar necessarias betrift, so kann diese jeder bonae et malae fidei possessor wieder abziehen. Sollte man sie aber nicht abziehen können, so hat man die Retention: und actionem in factum auch negotiorum gestorum utilem.

Sind es impensae utiles, so kann der Possessor nicht den Aufwand fordern, den er würklich gemacht hat, sondern den Werth, den die Meliorationen jetzt noch haben, da die Sache restituirt werden soll.

Hellfeld will das nur von bonae fidei — und nicht von malae fidei possessoribus gelten lassen. Er sagt: letzterer wäre nur befugt, die Meliorationen weg zunehmen. Aber viele bezweifeln es. Es sind zwar Leges da, nämlich L. 37. h. t. Aber dieser ist nicht deutlich. Er kann gar wohl von impensis domino non utilibus ausgelegt werden.

Impensas voluptuarias endlich kann der Possessor nur tolliren: (z. E. das Gemälde an meinem Haus, wieder wegwischen lassen); es sey denn, daß sie gewissermassen mit ad impensas utiles zu rechnen wären.

LIB. VI. TIT. II.

De publiciana in rem actione.

§. 593. Diese Klage hat den Namen von ihrem Erfinder — Publicius, welcher Praetor war. Es ist der Grundsatz bekannt: 'bonae fidei possessor est instar domini, — und die Folgen daraus sind: daß er

1) fructus consumtos lucrirt;
2) in dem Besitz geschützt werden muß;
3) daß der Beweis von der bonae fidei possessione hinlänglich ist, wenn der Possessor incidenter sein Dominium beweisen soll gegen einen, welcher sagt: er sey nicht Dominus. Dies muß z. E. in der actione negatoria geschehen. Z. E. es will einer eine Servitutem pastus auf meiner Wiese exerciren, und ich klage, ich sey Dominus der Wiese und hätte ihm nie eine Servitut gestattet ꝛc. Er dagegen sagt: er glaube nicht, daß ich Dominus sey, so ist zum Beweis desselben genug, wenn ich bonae fidei possessionem beweise.

§. 594. Wenn ein bonae fidei possessor den Besitz verlohren hat, so kann er ex iure possessionis contra deiicientem klagen, aber nicht contra tertium (§. 181.) Nun kann es aber doch seyn, daß dieser Tertius die Sache infirmiori iure besitzt, als der vorige Possessor; deswegen giebt der Praetor dem bonae fidei possessori die actionem Publicianam.

Hellfeld nimmt an: das Fundament von der Action wäre ficta usucapio; aber das past nicht auf alle Fälle; denn die actio Publiciana kann auch angestellt werden von solchen, die eine Sache nie im Besitz gehabt haben, mithin sie nicht usucapiren können. L. 1. D. h. t.

Das wahre Fundament ist also: fictum dominium. Denn das wird von jedem angenommen, der eine Sache bona fide et iusto titulo besitzt; aber des Vorfahren Dominium nicht beweisen kann.

§. 595—596. Actio publiciana est actio realis, quae datur domino ficto, contra eum, qui infirmiori iure rem possidet ad dominium fictum declarandum et rem cum omni causa restituendam. In dem Endzweck kommt sie ganz mit der Rei vindicatione überein; denn beide zielen dahin ab, daß

daß der Beklagte rem cum omni causa restituiren soll. Der Unterschied aber beider ist dieser:

1) *Ratione fundamenti.* Rei vindicatio gründet sich auf ein dominium verum; Publiciana auf dominium fictum s. putativum. Es ist dasjenige Eigenthum, welches einem Besitzer erdichteter Weise beigelegt wird, wenn er die Sache bona fide et iusto titulo acquirirt hat, aber den possessorem priorem nicht beweisen kann.
2) *Ratione probationis.* In der Rei vindicatione muß man auch dominium antecessoris beweisen; hier in der Publiciana nicht, sufficit iustus titulus et bona fides.
3) *Ratione extensionis.* Rei vindicatio kann gegen alle und jede Besitzer angestellt werden; Publiciana nur gegen den, qui infirmiori iure possidet, i. e. qui sine iusto titulo possidet.

§. 597. Der Grund der actionis Publicianae ist nicht in allen Fällen (wie Hellfeld sagt) usucapio, sondern das generale fundamentum ist: dominium fictum et putativum.

In den Fällen, wo das fundamentum usucapio ist, da muß der

1) Kläger in bona fide versiren. Z. E. ein Tutor hat an mich ein Gut von seinem Pupillen veräusert. Das Ius Romanum fordert bonam fidem nur ab initio, i. e. tempore traditionis. Daher die Regel: mala fides superveniens non nocet. Es entsteht hier aber ein Zweifel: ob nicht nach dem Iure Canonico zur Anstellung dieser Klage (Publicianae) *perpetuo* bona fides erforderlich sey? — Hierauf ist zu antworten: Nein! denn bei der actione Publiciana hab ichs nicht mit dem vero domino zu thun, sondern nur mit dem, qui infirmiori iure possidet; ergo etc.
2) Der Kläger muß iustum titulum haben. Dabei schadet es nichts, wenn titulus erroneus s. putativus est, ex L. 7. D. h. t. D. h. es schadet nichts, wenn einer die Sache ex iusta ignorantia von einem solchen acquirirt hat, der darüber nicht disponiren konnte.
3) Res non vitiosa muß die Sache seyn, welche der Kläger vindiciren will. Res vitiosa est res furtiva s. vi erepta. Bei solchen findet die actio Publiciana nicht statt.
4) Requiritur: ut res actori sit tradita. Doch ists gleichviel

viel, ob er veram aut fictam traditionem oder diejenige, welche brevi manu geschieht, dociren kann. In Sachsen gilt auch die Privat-Tradition.

Aber Wernher part. III. obs. 25. behauptet das Gegentheil: weil Privat-Tradition kein verum dominium giebt, so kann sie auch nicht usucapiendi conditionem wirken.

Qu. Wer kann die actionem Publicianam anstellen, wenn mehrere die Sache gekauft haben? Rsp. Der, dem die Sache tradirt worden, melior enim est causa possidentis. Dist: es ist in einem solchen Fall, wo actio Publiciana angestellt werden soll, entweder ad acquirendum verum dominium traditio et apprehensio possessionis erforderlich; hier ist auch usucapiendi conditio nöthig; oder es ist die traditio und apprehensio possessionis nicht erforderlch, wie z. E. das Eigenthum der Erbschaftsantretung ꝛc. In solchen Fällen ist die usucapiendi conditio nicht nöthig, sondern es ist genug, wenn nur der Kläger den Titel angiebt, wie er dazu gekommen. Ex L. 12. §. 1. h. t. Conf. Vinnius sel. quaest. iuris Lib. 1. c. 7.

§. 598. Actio Publiciana institui potest contra eum qui infirmiori iure gaudet. Es finden also zwey Exceptiones gegen dieselbe statt:

1) Exceptio veri dominii.
2) Exceptio iuris aequalis; quia in pari causa melior est ratio possidentis.

§. 599. Actio Publiciana nititur in dominio ficto s. putativo. Verus dominus eam ergo non instituit. Doch ist es ihm auch nicht verwehrt, sie anzustellen. Deswegen hat verus dominus die Freyheit,

1) sie allein anzustellen,
2) sie auch mit der rei vindicatione zu cumuliren. Dies ist vortheilhaft, denn wenn ich mit der einen Klage nicht durchkomme, hab ich noch die andere: das Petitum ist: daß man das dominium l. quasi dominium zu zuerkennen bitte.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0397
DFG

LIB. VI. TIT. III.

Si ager vectigalis i. e. emphyteuticarius petatur.

§. 600. Eine Species vom Dominio minus pleno ist: Emphyteusis (Erbzinnsgut — ist kein schicklicher Ausdruck, denn er bedeutet ein praedium censiticum heréditarium) Conf. v. Selchow in Iure Germanico.) Man übersetzt es also lieber gar nicht. Es giebt auch einen Erbpacht, ein Erblehen, ein Erbvermählungsrecht, Erbrecht, Erbbeständnis (welches so viel als Erbpacht seyn sollte) — die man nicht verwechseln muß. Emphyteusis est dominium utile sub lege meliorationis et praestandi annui canonis concessum. Es besteht also:

1) *in dominio utili.* Ungemein zweifelhaft ist es, ob alle Emphyteusen nach dem Iure Romano dominia utilia gewesen. Die LL. die entgegen stehen, sind: L. 7. §. 6. C. de praescriptione 30 et 40 annorum, L. 1. §. 1. D. h. t. et L. 1. C. h. t. — Daher Godofredus (ad codicem Theodosianum Tom. 3. p. 424. und Lennep in der Abhandlung von der Leyhe zu Landsiedelrecht p. 41.) behaupten: sie hätten sich verhalten, wie die servitutes reales. Dahin wären sie also zu rechnen. Doch in der Praxi wird es allgemein angenommen, und dabei müssen wir also bleiben. Die Personen sind:
   a) der Concedens — das ist dominus directus oder wie die Römer sagen: dominus emphyteuseos.
   b) Acquirens — das ist der emphyteuta-Erbzinns-Mann.

§. 601. Das Obiect von der emphyteusi sind: *res soli*; es thut nichts, sie mögen seyn sterilia aut exculta, *aedificia* aut praedia rustica. Dissentit: Cocceii h. t, quaestione 3. in iure controvers. Es thut auch nichts, ob es res ecclesiasticae l. seculares sind. Sub Ecclesia verstehe nicht nur wirkliche Kirchen, sondern auch collegia et corpora ecclesiastica, z. E. Stifter, Klöster. Daher — Emphyteusis ecclesiastica l. secularis, Beide Species differiren sehr:

1) *Ratione constitutionis*: bei kirchlichen Emphyteusen sind die Solennien erforderlich, die bei Veräuserung aller Kirchen-Güter erforderlich, bei der seculari nicht.
2) *Ratione durationis*: Emphyteusis ecclesiastica geht nur bis

bis auf die Enkel des Acquirentis, wenn sie indefinite gegeben worden; alsdann fällt sie an die Kirche zurück; secularis kann auf alle Erben transferirt werden.

3) *Ratione amissionis*: Kirchliche fallen weg, wenn der Emphyteuta 2 Jahr lang den canonem annuum nicht entrichtet; die Secularia aber, wenn er 3 Jahre lang nicht entrichtet wird.

§. 602. Hat der Emphyteuta ein dominium, so hat er auch iura; also, das Recht: alle fructus, et naturales et industriales zu nehmen. Doch ist damit eine Beschwerde verbunden, daß er auch alle Onera des Guts tragen muß, Ratio:

1) qui commodum rei habet etiam incommoda rei sentire debet;
2) Onera sunt ex fructibus solvenda.

§. 603. Dominium utile involvirt, 2) einen partem proprietatis; also darf er auch über die Substanz disponiren; jedoch so, daß er die Sache nicht deteriorirt und auch nicht contra legem concessionis handelt. Lex h. l. est pactum. Doch kann er:

a) fundi faciem (s. formam) mutare, z. E. eine Wiese zu Feld machen et vice versa. Wenn es nur nicht in deterius geschieht.
b) Servitutes imponere. Sie dauern aber nicht länger, als das ius emphyteutae. Resoluto enim iure concedentis, resolvitur ius acquirentis.
c) Den fundum veralieniren und verpfänden. Zur Veräuserung aber ist der consensus domini directi nöthig, welches zur Verpfändung nicht erfordert wird.
d) Kann er die Emphyteusin auf seine Erben männlich- und weiblichen Geschlechts ab intestato und per testamentum vererben. Daher ist es kein feudum, sondern allodium. Jedoch dürfen die Erben die Emphyteusin nicht zerschlagen, sondern sie müssen solche gemeinschaftlich nützen und den Canonem mit einander entrichten, Ratio: Es kann sonst nicht gut meliorirt werden.
e) Er kann jeden und also auch den dominum emphyteuseos vom Besitz des Guts abhalten.
f) Den Fundum von jedem Besitzer vindiciren.

§. 604. Melioratio est mutatio substantiae qua fundi pretium augetur. Daraus folgt:

1) daß der Emphyteuta den Aufwand, den er bei der Melioration macht, nicht ersetzt verlangen kann.

2) Daß er den Fundum nicht deterioriren darf. Darauf steht die poena privationis, weil er gegen den Legem dispositionis handelt. Doch wird praesupponirt:

a) es muß der Fundus deteriorirt worden seyn; sind die Früchte verdorben worden, so ist dies sein eigner Schade, und er kann nicht bestraft werden.

b) Deterioratio muß doch alicuius momenti seyn, wenn die Strafe statt finden soll.

c) Culpa *levis* muß dem Emphyteutae zur Last gelegt werden können.

d) Ist auch die Regel zu beobachten: poena debet esse delicto adaequata: Z. E. hat er das ganze Gut verdorben, so wird es ihm ganz genommen ꝛc.

NB. Diese Strafe findet statt, wenn er auch einen Theil des Guts gebessert hätte; denn das war seine Schuldigkeit. Dissentit Leyser aus seichten Gründen: Spec. 102. Med. 8.

§. 605. Canon s. pensio — iede Sache, welche man dem andern zum Zeichen, daß man ihn für den Obereigenthümer (dominum directum) anerkenne, zu einer bestimmten Zeit entrichten muß.

Hellfeld sagt: annuatim praestanda etc. Dies ist nicht so zu verstehen, als wenn der Canon just alle Jahr entrichtet werden müste; nein, er kann auch alle halbe Jahr, alle Monate entrichtet werden. Annuatim ist also definite, pro numero indefinito gesetzt.

1) Dieser Canon kann eine geringe Sache (als ein Zeichen) z. E. ein Huhn seyn, ein Scheffel Korn ꝛc.

2) Er wird zum Zeichen gegeben, daß man einen als den Oberherrn erkenne; also nicht in compensationem fructuum. Daraus folgt: daß er uniformiter entrichtet werden muß, i. e. einmal, wie das andere. Also aucto fundo, non augetur canon. Z. E. per alluvionem, wenn der fundus an der Rednitz läge, würde er vermehrt.

Ferner: ob sterilitatem wird er eben so wenig verringert als ob fertilitatem vermehrt. Dadurch unterscheidet sich

sich die Emphyteusis von der Locatione conductione, wo stets ein Verhältnis zwischen den Früchten und dem Locario ist: Ferner: der Canon ist untheilbar: Z. E. mehrere Besitzer hätten a testato oder intestato den fundum bekommen, so kann ihn nicht jeder Theilweis entrichten. Der Grund ist dieser: quia canon solvitur in *recognitionem* dominii, quae ipsa individua est. Doch gilt die Regel: uno solvente liberantur reliqui.

Jedoch mehrere Besitzer von einer Emphyteuse können angehalten werden, daß sie einen Lehenträger, curatorem emphyteuseos — constituiren. Dies ist derjenige, der die Praestation nomine omnium entrichten muß. Daraus folgt nicht, daß emphyteusis ein feudum sey; es ist ein allodium, und Lehen in sensu general. bedeutet: quamcunque concessionem, alicuius, in qua concedens ius aliquod eminens sibi conservavit.

§. 606. Wenn der Emphyteuta seinen canonem nicht entrichtet, so findet die privatio emphyteuseos statt; und zwar bei emphyteusibus ecclesiasticis — wenn er in zwey Jahren nicht entrichtet worden; bei secularibus — wenn der Emphyteuta drey Jahre lang keinen entrichtet hat. Nach dem L. 2. C. h. t. muß er auch das Rückständige bezahlen, und er wird als ein Debitor morosus in quacunque culpa angesehen und mit der poena privationis bestraft. Allein in praxi weicht man ob rationem legis davon ab. Ratio Legis est: contemtus erga dominum directum — et inversio dominii directi, läßt sich sine dolo s. culpa lata nicht gedenken; also nur in dolo s. culpa findet die poena statt.

§. 607. Wie das Dominium überhaupt acquirirt wird, so wird auch das Dominium utile acquirirt, nämlich iustus titulus et modus wird dazu erfordert.

1) Titulus kann seyn: emtio venditio — donatio etc. Hiezu gehört auch der contractus emphyteuticarius. Zeno hat diesen erst dazu bestimmt. Einige ICti wollten ihn vorher zum Kauf- andere zum Mietcontrakt rechnen. Zeno sagte: zu keinem von beiden. Nun, die Definition davon steht im §pho, und sie ist richtig.

Contractus consensualis perficitur solo consensu. Also — keine solennia — kein schriftlicher Aufsatz ist wesentlich dazu erforderlich, und wenn es auch eine emphyteusis

ecclesiastica wäre, welches die meisten Juristen behaupten. Allein, obs gleich nicht zu läugnen, daß hier eine Schrift nöthig ist, so gehört sie doch nicht ad essentiam contractus, sondern nur ad probationem, wie die Ratio Legis sagt: ne ea cessante memoria rei pereat, sicque per indirectum lapsu temporis ecclesia suo iure cadat.

Der Emphyteuta ist also auch keinen Lehnschein zu lösen schuldig, h. e. testimonium traditionis; wo es nicht pacto ausgemacht ist. Die Sache ist wahr; aber der Grund ist der: der Lehnschein ist zum faveur des Emphyteutae, deswegen darf er ihm nicht obtrudirt werden. Man streitet blos der Sporteln wegen.

§. 608. Contractus emphyteuticus giebt so wie alle Contractus ein ius personale; das dominium utile erlangt der Emphyteuta erst per traditionem, es sey denn, daß ihm der fundus emphyteuticus vermacht worden wäre. Es entspringt also auch nur actio personalis aus diesem Contractu. Sie heist: actio emphyteuticaria, quae est actio utrinque directa, i. e. ea, welche auf Seiten beider Contrahenten ex obligatione principali entspringt, (obligatio principalis ist die gleich anfänglich da war) und dahin geht:

1) daß der dominus directus die emphyteusin promissam tradire. Diese stellt der Emphyteuta an.
2) daß der Emphyteuta leiste, was er ex contractu zu leisten schuldig ist: Z. E. annuum canonem entrichte. Diese der dominus emphyteuseos.

§. 609. Die Emphyteusis wird ferner acquirirt: per praescriptionem, h. l. acquisitivam s. constitutivam. Sie hat eben die Beschaffenheit, die bei der praescriptione immobilium überhaupt statt findet, sie fordert nämlich 10 Jahre inter praesentes, 20 Jahre inter absentes, wenn alle requisita praescriptionis vorhanden sind. Mangelt aber ein einziges Requisitum praescriptionis ordinariae, so muß er 30 Jahre warten.

§. 610. Wenn der Emphyteuta sein Gut veräusert, so muß ers erst dem domino directo anzeigen. Thut ers nicht, so findet wieder die poena privationis statt. Aber das Gut muß schon tradirt seyn, sonst ist keine wahre alienatio da.

Qu.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0402
DFG

Qu. In welchen Fällen ist denn der Emphyteuta seine alienation zu denunciren schuldig?

Rsp. Einige behaupten, blos beim Kauf. Z. E. Gmelin und — *Elsaesser* in ihren juristischen Beiträgen im 4. Band. Der Endzweck sey: daß der dominus directus das ius protimiseos habe.

Allein contra eos scheint aus dem L. 3. sive ult. C. de iure emphyteutico nur zu folgen, daß der Emphyteuta beim Kauf gebundnere Hände haben soll. Es bleibt also richtig, daß Denunciatio bei allen alienationibus inter vivos nöthig sey. In dem gedachten L. 3. C. de iure emphyteutico, heist es: Minime licere emphyteutae meliorationes suas — vendere l. ius emphyt. transferre etc. Transferre sagt mehr als Vendere. Accedit vera ratio: ne domino directo inhabilis emphyteuta obtrudatur,

§. 611. Wenn die emphyteusis veräusert wird, so bewilligt sie entweder der Dominus; l. non. davon handelt §. 615. Hier kann er laudemium (Lehngeld) praetendiren,— i. e. ein Quantum, welches dem Obereigenthümer für die Aufnahme eines neuen Besitzers entrichtet werden muß. Oder er bewilligt sie nicht — davon §. 615. ein mehreres.

§. 612. Qu. 1) Was ist dies für ein Quantum?

Rsp. Distinguendum est inter Ius Romanum et hodiernum.

1) Nach römischen Rechten war es Quinquagesima pars pretii, i. e. 2. pro Cent nämlich von dem Kaufgeld.
2) Nach dem Iure hodierno ist durch Observanz, durch Landesgesetze und andere Iura particularia ein höheres Quantum; nämlich, es sind bald 5, bald 8 und 10 pro Cento verordnet.

Wo dergleichen iura nicht sind, bleibts beim Iure Romano. Einige ICti glauben, daß die Iura particularia, welche ein höheres Quantum bestimmten, gar nicht gültig wären, und zwar ex L. 3. C. de iure emphyteutico — wo es heist: non amplius liceat, nisi quinquagesima pars etc. Aber der Lex ist nur so zu verstehen, wo nicht ein anderes iusto titulo bestimmt und ausgemacht ist.

Qu. 2) Wie aber ist das Pretium von dem praedio emphyteutico zu bestimmen?

Rsp. Distinguendo: die Emphyteusis wird entweder verkauft oder auf eine andere Art veräusert.

1) Wenn sie verkauft wird, so richtet man sich nach dem Kaufgeld, so wohl ratione quantitatis als qualitatis, z. E. um 400 Rthl. hat der Bauer sein Gut verkauft, also macht das Laudemium 20 Rthl. Ist das Pretium in Gold bezahlt worden, so muß auch das Lehengeld so bezahlt werden.

Anmerkung: Hier betrügen die Bauern handgreiflich und sündlich: z. E. sie haben den Handel um 600 geschlossen, so machen sie pacto aus, daß sie vor Gericht nur 400 angeben wollen. Hier muß man daher bei dem geringsten Verdacht das Purgatorium auflegen.

2) Wenn sie auf eine andere Art veräusert wird, so muß man das Gut taxiren lassen und das Lehngeld nach dem quanto praedii taxati bestimmen. Conf. L 3. C. de Iure emphyteutico.

Berger und andere halten dafür, daß man sich nach dem vorigen Pretio richten müsse, welches aber nicht wohl angeht, weil der Güterpreis sehr wandelbar ist nnd bald steigt, bald fällt.

§. 613. Qu. In welchem Fall das Lehngeld zu entrichten und nicht zu entrichten sey? Rsp. Man theilt die Fälle ein in solitos et insolitos.

1) *Casus soliti* — sind alle die, wo ein novus emphyteuta succedirt. Novus emphyteuta est is, qui titulo singulari succedit, z. E. durch Kauf, Schenkung ꝛc. Hier ist die Regel: das Lehngeld muß entrichtet werden. Also diejenigen, die titulo hereditario succediren, sind kein Lehngeld zu zahlen schuldig. Ratio: sie repraesentiren personam defuncti; also bezahlen sie nichts; es wäre denn, — sagen die ICti, daß mir z. E. meine Geschwisterte ihren Antheil per donationem zukommen liesen. Hoc casu ist blos mein Theil frey, die Theile meiner Geschwisterte sind nicht frey, denn ich bekomme sie titulo singulari. Allein dagegen streitet Elsaesser und zwar mit Recht. Denn da die Geschwisterte den fundum emphyteuticum pro indivisis partibus besasen, so ist im Grund keine alienation da; so darf auch der Emphyteuta in obigem Beispiel kein laudemium zahlen.

2) Casus insoliti sind, wo das Laudemium in der Regel nicht praestirt wird, es wäre denn speciali titulo, z. E. durch ein

ein Pactum ausgemacht, oder es ist Observanz. Die Fälle sind folgende:

a) wenn der Emphyteuta stirbt.

b) Wenn ich titulo hereditario succedire. Dies heist denn das Sterbhandlohn, welches hie und da eingeführt ist.

§. 614. Qu. Zu welcher Zeit der Dominus emphyteuseos das Lehngeld zu fordern ein Ius quaesitum habe? — Haec quaestio non est supervacanea. — Rsp. ergo; Soll der Lehnherr ein ius quaesitum dazu haben; so muß

1) der Contract perfect,

2) die Traditio geschehen seyn.

So weit consentiren die ICti. Aber nun entsteht die Frage: ob auch die Investitura schon geschehen seyn müsse?

a) Einige, z. E. Wernher parte V. observ. 96. et p. VI. observ. 456. sagen: ja! denn ist das Gut noch nicht zu Lehen übergeben, so hat man ja keinen Titel zu dieser Forderung? Dies ist richtig geurtheilt.

b) Andere, z. E. Hellfeld und Struv. sagen: nein! es könne das Laudemium schon gefordert werden, wenn nur die Reception nicht verweigert worden, sie möge würklich geschehen seyn, oder nicht. Dies ist zweifelhaft.

In der dritten Note ist noch die Streit-Frage: Ob der Lehnherr ein Lehngeld fordern könne, wenn das Gut sub hasta verkauft worden? — Ganz richtig, sagt Hellfeld, ja! denn es wäre unbillig, wenn er deswegenn, weil ein anderer Schulden gemacht hat, sein Laudemium verliehren sollte. Aber Leyser sagt: er könne kein Lehngeld fordern:

1) weil unsere Leges nicht von Subhastationen reden. Das ist wohl wahr. Inzwischen heists doch in den LL. generaliter, daß bei jener Veräuserung das Lehngeld gegeben werden müsse.

2) Die Subhastation geschehe Schulden halber; der Dominus directus käme mit den Creditoribus in Collision; hier müsse erstere zurück gesetzt werden, denn er wolle lucrum captare, letztere aber damnum evitare. Allein dies ist falsch: man kann nicht sagen, daß der Edelmann hier lucrum captire. Er giebt sein Gut zur Nutzung einem andern, wie billig ist es, daß er was dagegen be-

komme! Nur muß man dem Licitanti es sagen, damit er sich darnach richten kann.

§. 615. Wenn der dominus emphyteuseos dem emphyteutam novum nicht annehmen will, so hat er entweder gerechte Ursache dazu, oder das ist nicht. Hat er gerechte Ursache — und dies ist der Fall, wenn etwa der novus emphyteuta ein Lump ist, von dem sich nicht erwarten läßt, daß er das Gut bestreiten, geschweige denn melioriren werde — so kann er nicht gezwungen werden, ihn anzunehmen. Hat er aber keine gerechte Ursache, so hilft sein Dissensus nichts, denn der Emphyteuta hat das Ius alienandi. Inzwischen kann doch der Dominus hier sein Ius protimiseos exerciren, welches aber binnen zwey Monaten geschehen muß.

§. 616. Das ius emphyteuseos kann sich endigen:

1) tempore praeterlapso — wenn z. E. 10 oder 20 Jahre ausgemacht sind;
2) Morte emphyteutae, wohl zu merken, wenn er keine Erben hinterläßt, welche nach dem Pacto zu succediren fähig sind. Ist aber nichts ausgemacht: so succediren alle Erben; denn Emphyteusis ist kein Feudum, sondern ein Allodium.

Bei emphyteusibus ecclesiasticis ist es was anders, die gehen nur ad nepotes.

3) Praescriptione h. l. Exstinctiva.
4) Renunciatione, i. e. wenn der emphyteuta sich seines Rechts begiebt. Qu. Ob er das kann?

Schilter, der in der nota q. allegirt ist, behauptet: das er dies könne.

Carpzov decis. 139. behauptet das Gegentheil.

Conf. de hac materia: Krauß de emphyteuseos renunciatione invito domino invalida. Witteb. 1761. Und dieser hat Recht. Denn wenn dem domino emphyteuseos ein Eintrag dadurch geschieht, so kann er sich wehren.

5) Auch in poenam kann das Ius emphyteuseos dem emphyteutae a domino genommen werden. Die Fälle waren da. Sie sind kurz zu repetiren diese:
   1) Wenn er den Canonem nicht entrichtet,
   2) Das Gut deteriorirt und es
   3) sine consensu domini veralienirt hat.

Bei

Bei diesen Fällen ist zu bemerken: daß der Dominus dem Emphyteutae sein Ius nicht proprio ausu nehmen kann, sondern daß er klagen muß. Die Klage heist:

Actio privatoria, quae realis actio est, quia in dominio directo nititur. Dies ist erheblich, denn ist sie realis, so kann sie in foro rei sitae angestellt werden. Es wird alsdann causae cognitio angestellt und dann folgt die sententia privatoria.

Qu. Ob der Emphyteuta moram dadurch aufheben kann, daß er den Canonem, den er zu lange zurück gehalten hat, hinnach entrichtet?

Rsp. Iure Romano: Nein! der Dominus emphyteuseos hat, so bald die Zeit verflossen ist, ein Ius quaesitum. Aber Iure Canonico hat die Purgatio statt, wenn der Emphyteuta noch ante actionem institutam kommt. Das Ius Canon. ist vernünftiger. Die Praxis befolgt dasselbe daher hodie auch überall; denn niemand darf dem andern für sich sein Ius quaesitum nehmen, er muß erst Klage erheben, atqui — dies ist hier der Fall, die Schlußfolge kann daher jeder selbst machen.

Bis hieher von den Emphyteusen.

§. 617. Zu den Gütern, die nur eine Aehnlichkeit mit den praediis emphyteuticis haben, gehören:

A. Die *praedia censitica.*

Census-Zinns. Die Bedeutungen suche bei Iust. Henning Boehmer de significatu vario census. Man findet sie in exercit. ad D: Tom. II. Nr. 11.

In sensu generaliori subintellige sub censu: quicquid stato anni tempore dari debet, nec tamen merces aut salarium est.

Nach diesem Begrif wird census verschiedentlich eingetheilt, und zwar:

I. In censum publicum et privatum. Census publicus (german. Steuer) est is, qui a subdito superiori praestari debet. Census privatus (Zinns) qui a privato nobis praestatur.

II. In censum realem et personalem. Census personalis ist da, wo die Verbindlichkeit den Zinns zu entrichten auf einer Person haftet; realis — wenn die Verbindlichkeit auf einem praedio haftet. Auch dieser letztere wird in publicum et

privatum eingetheilt, und von dem censu reali privato ist im gegenwärtigen §pho die Rede.

Das Praedium heist daher praedium censiticum. Die Definition davon steht im §pho. Diese praedia censitica sind von den praediis emphyteuticis auf viererlei Art Unterschieden.

1) Vom Praedio censitico hat der Censit ein Dominium plenum; vom praedio emphyteutico nur dominium utile

Buri und Selchow glauben auch vom ersten habe der Censit nicht plenum dominium, und es ist wahr, in manchen Landen ists so; nur nicht überall. Conferatur Buri Erläuterung des Lehenrechts pag. 791. seq. und v. Selchow in Iure Germ. (§. 353). seq.

2) Der Censit hat den Legem meliorationis nicht zu beobachten; aber der Emphyteuta.

3) Der Censit giebt seinen Zinns nicht in recognitionem dominii directi; wie der Emphyteuta den Canonem. NB. Doch giebt er seinen Zinns in manchen Landen unter dem Namen: des Bekenntniß-Zinnses, oder des Bekennegeldes, da ist er allerdings soviel, als ein Canon.

4) Finden hier auch die poenae privationis nicht statt, die bei einer emphyteusi vorkommen.

III. In censum constitutivum et reservativum. Census constitutivus (der aufgelegte Zinns) ist vorhanden, wenn das praedium tempore constitutionis eine res aliena war. Wenn er titulo perpetuo constituirt wird, so heist er *irredimibilis;* wird er aber titulo revocabili constituirt, so heist er *redimibilis.* Er wurde in fraudem legis erfunden. In den alten Zeiten waren die Zinnsen verboten. Die Klöster hatten ungeheure Geldsummen zusammengebracht, wollten aber ihr Geld nicht umsonst ausleihen. Daher suchten sie die Sache so einzuleiten: der Bauer muste einen Zinns auf sein Gut legen und ihn für das Geld, das er geborgt haben wollte, an das Kloster verkaufen.

Census reservativus (der vorbehaltene) — wenn die Sache tempore constitutionis res nostra ist. Dieser kommt bei adelichen Gütern sehr oft vor. Der Edelmann überläst, z. E. dem Landmann seine Mühle für einen gewissen

Kauf-

Kaufschilling, behält sich aber vor, daß er ihm jährlich drey oder vier Scheffel Korn abgebe.

§. 618. B. Die sogenannten Mayergüter. Man findet sie im Bremischen, Braunschweigischen, Lüneburgischen, Holsteinischen und in dem Eichsfeld.

Im Bremischen ist unter dem Mayergut ein Dominium utile zu verstehen; Aber Mayer (ut plurimum) bedeutet einen Pachter (villicum) der einen jährlichen Canonem zu entrichten, gewisse Dienste zu leisten, Beschwerden und Abgaben zu tragen, dagegen aber auch die Einkünfte von dem Gut erblich oder auf eine andere Art zu benutzen hat. Das Gut heist: Meyergut — der Contract: Mayercontract, Mayerbrief ꝛc.

Unterschied:

1) Der Mayer ist nach dem mehresten Landesgesetzen, nur so viel als Pachter, der Gutsherr behält also sein Dominium ganz, welches sich bei den praediis emphyteuticis anders verhält. Conferatur Struben de iure villicorum. Hannov. 1760.
2) Die praedia villica sind auch unterschieden von der locatione conductione hereditaria — dem Erbpacht. Locatio conductio hereditaria est contractus, quo dominus rei usum eumque hereditarium alteri largitur pro mercede inter contrahendes definita.

§. 619. Qu. Ob und in welchen Fällen emphyteuses zu praesumiren sind?

Rsp. Man findet öfters in alten Instrumenten die gröste Dunkelheit, man weis nicht was man daraus machen soll. Hier also muß man distinguiren:

Es ist entweder bekannt, daß das Dominium transferirt worden, oder es ist nichts davon ausfindig zu machen. Wir wollen also annehmen:

1) Die Translatio dominii ist bekannt; hoc casu wird unter den Rechtslehrern noch gestritten, ob man in dubio ein praedium censiticum oder emphyteuticum praesumiren soll. Struv behauptet, daß man ein praedium emphyteuticum praesumiren müsse, Schaumburg hingegen in seinen Noten zum Struv widerspricht diesem und behauptet, daß die Praesumtion pro praedio censitico streite. Allein

es

es ist noch ein Unterschied zu gedenken, der die Sache auf einmal entscheidet. Man findet nämlich:

a) daß nicht nur der Canon uniformiter entrichtet worden, sondern auch daß der Zinns in gar keinem Verhältnis mit den Früchten steht. Hier ist es ein indicium praegnans, daß eine Emphyteusis da sey. Wenn man aber

b) dies nicht findet, so ist in dubio mehr auf ein praedium censiticum zu schliessen.

Ratio, α) weil die praedia censitica iuris patrii sind,

β) weil wahre Emphyteuses bei uns äuserst selten vorkommen, und was selten ist, nicht leicht praesumirt werden kann. Zur Auctoritaet kann hier Wernher part. 4. observ. 86. allegirt werden. Der zweyte Fall ist;

2) Die Translatio dominii ist nicht bekannt. Hier streitet die Vermuthung pro locatione conductione hereditaria s. perpetua, und besonders, wenn man findet, daß die Abgaben nicht uniformiter — ein Jahr wie das andere entrichtet worden.

LIB. VII. TIT. I.

De usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur.

§. 620. Hierüber sind nachzulesen:

1) Westphal de libertate et servitutibus praediorum. Lipsi. 1773.

2) Bartol. Caepolla de Servitutibus. Lausanne 1763. Agimus I. de libertate. II. de Servitutibus.

I. Ursprünglich sind alle Güter frey, i. e. der Eigenthümer kann auf seinem Fundo thun und wirthschaften, was und wie er will. Dies ist libertas nativa. Aber des Nachbars Gut ist auch frey, ich darf ihn also nicht beeinträchtigen, nicht stöhren. Folglich darf ich auch mein Gebäude nicht sine refectione und so alt werden lassen, daß es durch Einsturz dem Nachbar auf seinem Fundo oder Garten Schaden verursachen könnte. Nach dem römischen Recht bin ich zwar hoc casu nicht zur Schadensersetzung ver-

verbunden, der Nachbar muß sich an die Masse halten; heut zu Tag aber gehen wir strenger zu Werke. Ferner kann ich nach der libertate nativa auf meinem fundo dem Nachbar, durch Abgrabung der venae aquarum, die ihm in seinem Hof einen Brunnen gab, denselben verderben, ohne daß er sich über ein Damnum beschweren darf, denn iuridice ist dies kein Damnum für ihn. — Doch diese Freyheit kann vario modo eingeschränkt werden, daher handeln wir:

II. De servitutibus.

Servitus est l. personarum l. rerum,

1) Personarum, ubi homo servit. Servire heißt: alteri utilitatem praestare. Servitus personarum ist nicht huius loci. Sie kam Libro I. vor.
2) Rerum, ubi res servit. Von dieser aber handeln wir Libr. VII. — VIII.

Sie heißt auch Servitus schlechtweg (das Dienstrecht). Die Definition ist: Servitus rerum — est ius reale, quo dominus in sua re aliquid pati, aut non facere tenetur in alterius personae seu rei utilitatem.

Sie ist ein ius reale respectu dominantis; aber sie kann auch als ein Onus definirt werden, respectu servientis.

Uebersetze es:

1) Als ein Ius betrachtet: Dienstrecht — so im folgenden;
2) Als ein Onus — Dienstbarkeit.

Qua ius wird die Servitus entweder einer Person verliehen, dies ist Servitus personalis; oder einem praedio et quidem in utilitatem eius, Servitus realis seu praedialis. Hier ist wohl zu merken: non sufficit servitutem praedio externam concessam esse, sed hoc amplius requiritur, ut spectetur utilitas praedii, cui servitutem quaesitam volumus. Conferatur L. 20. §. ult. D. de Servitut. praed. urban. L. 86. D. de Verborum Significat. et L. 8. D. de Servitutibus.

Bei den Servitutibus realibus sind allemal zwey Praedia zu gedenken:

1) Eins, das die Nutzung giebt — praedium serviens;
2) Das andere, das die Nutzung nimmt — praedium dominans: z. E. Erlang hat auf dem hiesigen Anger die Trift-

Triftgerechtigkeit: so ist ersteres das praedium dominans, letzteres serviens.

Anmerkungen:

1) So überhaupt — in solle — wenn wir von den Servituten reden, verstehen wir immer die praediales darunter.

2) Unter der Servitute (wenn wir bei dem Gebrauch des Worts keinen Zusatz machen) verstehen wir immer ein Ius, nie ein Onus; denn wir nehmen es in sensu technico s. iuridico und nicht in sensu grammatico.

§. 621. Das praedium dominans ist:

1) entweder ein praedium rusticum — hier heist dies Dienstrecht; Servitus rustica; oder ein praedium urbanum — dann heist auch das Dienstrecht: Servitus urbana. Bis hieher consentiren in der Erklärung der Begriffe die Rechtslehrer insgesamt.

Aber nun wird gefragt: was ist unter dem praedio urbano und rustico zu verstehen? Rsp.

Die Römer dissentirten selbst darüber.

1) Rusticum nimmt Hellfeld für das: quod usui oeconomico destinatum est. Usus oeconomicus betrift entweder Viehzucht oder Ackerbau.

2) Urbanum — das eine andere Bestimmung hat: z. E. ein Haus — ein Garten.

Koch in Giesen hat es so definirt:

1) Urbanum est quodcunque aedificium sive ad inhabitandum, sive ad custodiendos fructus sive ad recipienda pecora destinatum. Dies ist ganz richtig.

Was ein Zubehör zum aedificio ist, das gehört auch zum praedio urbano als ein accessorium.

2) Rusticum quodcunque aedificio vacat, licet sit area in urbe. v. g. pratum, ager, lucus.

So Herr Kanzler Koch, und ein sehr richtiger Beweis ist der §. 1. Inst. de servitutibus. Der muß hier nachgelesen werden. Es heist da: Praediorum urbanorum servitutes sunt haec, quae aedificiis inhaerent: ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia omnia urbana praedia appellamus, etsi in villa aedificata sint. Dann alle Exempel, die in Gesetzen von praediis urbanis vorkommen, beziehen sich auf aedificia, ergo etc.

Hell-

Hellfeld sagt in diesem §pho: praediorum rusticorum et urbanorum differentiam facit usus non locus. Wenn dies richtig seyn soll, so müssen wir das Wort *praediorum in aedificiorum* abändern. Praedium ergo (in genere) omnis res est immobilis. Praedium rusticum setzt ein non aedificium voraus, urbanum ein aedificium. Servitus *urbana* also ist, wenn z. E. der Acker dem aedificio dienstbar ist; *rustica*, wenn z. E. mein Haus dem non aedificio dienstbar ist. Kurz, von dem praedio dominante bekommt die Servitus allemal die Benennung. So ists leicht — und ohne Schwierigkeit zu fassen.

§. 623. Servitutes personales et reales differiren so:

Servitus personalis hört mit dem Tode der Person auf, der sie concedirt worden; realis aber geht auf alle Besitzer über, so lange das Praedium existirt, dem sie concedirt worden.

§. 624. Dieser §. handelt de variis modis servitutes constituendi.

Die Servitutes werden manchmal so constituirt:

1) Daß sie uns nach unmittelbarer Verordnung der Gesetze zusteben. Hier heißen sie: Servitutes *legales*. (Davon §. 627.)

2) Manchmal setzen sie aber ein Factum voraus, und dies ist wieder

a) entweder voluntas domini — hier heissen sie servitutes voluntariae (§. 625).

b) Oder dies Factum ist nicht voluntas domini — dann werden sie servitutes involuntariae s. necessariae genennt. Hier sind zwey Fälle zu unterschieden: Constituuntur:

α) aut ex officio iudicis — Servitutes iudiciales (§. 628).

β) aut per praescriptionem — Servitutes praescriptae (§. 629).

§. 625. 1) Servitutes voluntariae sind die mit Bewilligung des Eigenthümers vom fundo serviente constituirt werden. Concurrunt duae personae.

A) *Concedens.* —

α) Die-

α) Dieser muß Dominus solitarius vom fundo seruiente seyn.

β) Er muß liberam de re sua disponendi facultatem haben.

γ) Er muß auch nicht in praeiudicium tertii handeln, wenn er die Servitut bewilligt: z. E. ich wollte dir auf meine Wiese die Servitutem pascendi verstatten, da meine Mutter den Usumfructum noch davon hat. Geht nicht an.

B) *Acquirens.*

α) Auch dieser muß nach dem Iure Romano dominus seyn, von dem fundo dominante. Also geht es nach dem Iure Romano nicht an, daß ein Usufructuarius zum besten meiner Güter eine Servitut acquirire. Conferatur

L. 5. D. communia praediorum et L. 19. de seruitutibus praediorum rusticorum.

Der Grund ist der: nemo per alium acquirere, nemo per alium obligari potest. §. 19. Inst. de inutilibus stipulationibus. Hodie gilt aber diese Regel nichts mehr.

§. 626. Die Bewilligung des Domini kann declarirt werden:

1) aut per pactum,

2) aut per ultimam voluntatem — wenn mir z. E. einer eine Servitut legirt oder fideicommittirt. Dies ist sehr gewöhnlich.

Unterschied:

Wenn die Servitus nur per pactum constituirt worden, so ist das Pactum nur ein Titulus, und folglich kann das Ius reale dadurch nicht acquirirt werden, bis die Quasitraditio hinzu kommt, i. e. wenn ich die mir zugestandene Trift exerceire und du wehrst mirs nicht; hingegen per ultimam voluntatem ist keine Quasitradition erforderlich, das Ius reale wird acquirirt a momento aditae hereditatis.

Die Quasitraditio ist aber in keinem Fall erforderlich, wenn seruitus negativa ist, i. e. eine solche, wo der Eigenthümer vom praedio seruiente etwas unterlassen muß: z. E. die Servitus: ne prospectui officiatur.

Qu.

Qu. Ob eine Servitut nicht auch tacite, i. e. per pactum constituirt werden könne?

Rsp. In der Regel nicht; es müste denn seyn, daß ich dir eine Sache transferire, die ohne Servitut gar nicht benutzt werden kann: z. E. ich habe zwey Häuser hintereinander. Das hintere, welches mit einem Garten und einer Mauer umgeben ist, schenk ich Dir, Du kannst aber nicht hinein kommen, wo Du nicht durch meines gehst, ergo muß ich Dir auch die Servitut des Durchgangs concediren und ist schon in der donatione constituirt.

In L. 1. D. de servitute legata — steht noch ein Beispiel, de duabus tabernis etc. Einer hatte z. E. zwey Schenken neben einander, von der einen ist etwas über die andere gebauet. Nun legirt er sie zween Freunden, die eine dem Titius und die andere dem Leius. Qu. hat der obere die Servitutem oneris ferendi? Rsp. Ex lege allerdings.

§. 627. 2) Legalis — die uns ex immediata legis dispositione zusteht. Diese kommt vor beim Usufructu. Der Usufructus auf das Peculium der Kinder kommt

a) dem Vater zu;

b) Coniugi s. viduae.

Hier ist zu distinguiren; Coniux coniugi defuncto

α) aut ab intestato succedit et concurrit aut cum liberis suis, i. e. a se natis, da bekommt dieser Coniux seinen Erbtheil ex usufructu legali; aut cum aliis, hier bekommt er seinen Erbtheil pleno iure. Conferatur Novell. 117. cap. 5. et Auth. praeterea C. unde vir et uxor.

β) aut ex voluntate declarata aliquid accipit: z. E. Ich setze meiner Frau etwas im Testament aus. Dies bekommt der Coniux superstes pleno iure, aber nur so lange, bis er ad secunda vota schreitet. Schreitet er ad secunda vota, so bekommt er blos den Usumfructum vom Erbtheil ad dies vitae.

c und d) Matri — von den Gütern ihrer Kinder (NB. nach deutschen Rechten). Marito — von den Paraphernal-Gütern seiner Frau: Beide Fälle gelten nur nach dem Iure Saxonico, keineswegs aber nach dem Iure communi. Ursprünglich sind sie überhaupt Iuris Germanici.

§. 628. 3) Iudicialis — welche der Richter ex officio suo constituirt. In der Regel kanns der Richter nicht; nur wo es necessitas et utilitas publica erfordert. Dahin gehört:

a) Wenn ein Eigenthümer seinen Fundum nicht gebrauchen kann, ohne eine servitutem in fundo vicini zu haben. Hier constituirt der Richter eine, jedoch nicht umsonst; ich muß den Nachbar indemnisiren, nemo enim cum damno alterius fieri debet locupletior: z. E. meine Wiese läge an der Redniz, rings herum die Felder meiner Verwandten. Diese wollen mir aber die Fahrwegsgerechtigkeit aus Freundschaft nicht verstatten; nun so wende ich mich an die Obrigkeit, von welcher sie ihnen aufgelegt wird.

b) Wenn die Theilhaber einer untheilbaren Sache nicht in Communion bleiben wollen und auch sonst sich nicht vereinigen können: z. E. der Defunctus hat einen herrlichen Garten. Nach den Landesgesetzen darf er nicht zertheilt werden, wie alle Grundstücke. Können sich die Theilhaber nicht vereinigen, so constituirt der Richter usumfructum alternativum: z. E. zwey Jahr der älteste Bruder, zwey Jahr der Mittlere, zwey Jahr der Jüngste. Doch thut man dies nur im äußersten Nothfall; denn es entstehen entsetzliche Streitigkeiten hieraus. Qu. Wie so? Rsp. z. E. Es hat der Erste seine zwey Jahre hindurch den Garten genutzt und verdorben, was werden nun die folgenden sagen?

§. 629. 4) Praescripta — welche per praescriptionem (constitutivam s. acquisitivam) constituirt worden. Diese Praescriptio erfordert:

a) Possessionem l. quasi possessionem. Hiebei muß unterschieden werden, nämlich: inter servitutem negativam et affirmativam,

1) Zur Servitute negativa ist erforderlich, daß ich dem Eigenthümer des praedii animo servitutis mihi competentis etwas verbiete und er genehmigt es: z. E. der Nachbar will mir mein Fenster verbauen, ich verbiete es ihm und er genehmigt es still-

stillschweigend. Dadurch habe ich quasi-possessionem von der Servitute negativa.

2) Zur Servitute affirmativa ist das Exercitium erforderlich. Dieses aber muß 1) sciente domino geschehen, denn sonst wäre es furtiva possessio, 2) nicht clam, nicht vi, nicht precario, 3) ferner sind dazu nach dem L. 1. §. 3. D. de itinere auch plures actus erforderlich. Dahin zielt der Ausdruck: *frequentes.*

b) Iustum titulum — behauptet Hellfeld. Allein, daß ausser der Quasi-possessione zur Praescription noch iustus titulus erforderlich wäre, ist nirgends in den Gesetzen zu finden.

c) Bona fides und

d) Lapsus temporis lege definitus. Hier kommt es wieder auf den Unterschied an: Es sind

1) entweder alle requisita vorhanden; so ist longum tempus, nämlich 10 Jahre inter praesentes, 20 inter absentes, erforderlich.

2) Oder es sind nicht alle requisita vorhanden; so ist longissimum tempus erforderlich, i. e. sie muß ignorante domino 30 Jahr exercirt worden seyn. Den Beweis sehe in der Novell. 119. C. 7. Deficiente rei habilitate sind es bald 30, bald 40 Jahre.

Die Glossatoren distinguiren noch inter servitutes continuas et discontinuas.

1) Continuae sind diejenigen, welche durch eine Handlung, die immerzu vorhanden ist, exercirt wird: z. E. servitus tigni immittendi. Hier liegt die Last beständig auf der Wand auf, daher servitus continua.

2) Discontinuae — das Oppositum: z. E. servitus aquae haustus, viae etc. Hier sagten sie, wäre praescriptio immemorialis erforderlich. Und quod mirum! — darnach hat die Kammergerichtsordnung, ob sie gleich ex mala legis interpretatione entstanden ist, geurtheilt. Conferantur v. Cramers Wetzlarische Nebenstunden, Part. XIV. Nr. 3.

§. 630. Servitus est ius in re aliena — nach der Regel:

Res propria non servit. Uebrigens merke zwey Punkte. Der erste handelt:

1) Vom Beweis der *Servituten*. Wer eine behauptet, muß den Beweis führen. Praesumirt kann keine werden, weil sie immer ein Dominium restrictum macht; restrictio autem nunquam praesumitur, sed debet probari. Der zweyte handelt;

2) Vom *Exercitio* derselben. Die Servitut muß allezeit so exercirt werden, daß der Fundus serviens so wenig Schaden leidet, als es sich thun läst. Wenn eine Servitut auf einem Theil des praedii servientis exercirt werden kann, so ist es nicht erlaubt den ganzen fundum einzunehmen. Daher kann der Dominus serviens um eine richterliche Entscheidung bitten, wodurch dem dominanti ein Pars angewiesen wird.

§. 631. Die Servitutes sind entweder personales oder praediales. Von dem Libro VIII. an wird von den letztern gehandelt, hier aber:

I. De servitutibus personalibus.

Servitutes personales sunt aut essentialiter aut accidentaliter tales.

1) Essentialiter tales, dies sind diejenigen, welche nicht reales, sondern nur personales seyn können.

Davon nennt uns das Ius Rom. vier Exempel. Dahin gehört:

1) Ususfructus;
2) Usus;
3) Habitatio;
4) Operae servorum.

(Man kann sich aber mehrere gedenken).

2) Accidentaliter tales — dies sind diejenigen, welche certo respectu reales, certo respectu personales seyn können. Von dieser Art sind die mehresten Servituten, die uns im Iure Romano als reales aufgestellt werden: z. E. die Servitus itineris — (das Fußsteigsrecht) — aquae haustus etc.

Im gegenwärtigen Titel handeln wir von dem Usufructu.

Ususfructus (Geniesbrauchsrecht) est ius reale, ex quo competit facultas omnem ex re aliena corporali percipiendi utilitatem, ita tamen, ut salva maneat substantia. Wir setzen *corporali* hinzu. Conferatur Walch. diss. de controversia

versia de usufructu nominis inter veteres ICtos. Ienae, 1758.

Es ist erforderlich:

1) Ius reale in re aliena. Folglich ist hier lediglich von dem Usufructu formali die Rede, nicht vom causali.
2) Die Befugniß, alle Benutzung von einer fremden Sache zu nehmen.
3) Die Befugniß muß salva rei substantia exercirt werden.

Beim Usufructu concurriren zwey Personen:

a) Usufructuarius oder fructuarius, Nutznehmer;
b) Proprietarius der Eigenthümer von der Sache, die zur Nutzung überlassen wird.

Conferatur Noodtii tractatus de usufruct. Dies ist das beste Scriptum hierüber.

§. 633. Der Usufructuarius ist berechtigt alle Nutzung von der re usufructuaria zu nehmen, also sowohl fructus naturales als civiles: z. E. Pachtgeld, Zehenden ꝛc. Es verschlägt nichts, er mag sie zu seinem Unterhalt bedürfen, oder nicht. Doch hat er die fructus ordinarios — quorum causa nos rem comparare solemus: z. E. einen Acker um Getraid drauf zu bauen. Mithin extraordinarii fructus gebühren dem proprietario. Daher kann sich der Usufructuarius den thesaurum in fundo usufructuario repertum ex L. 7. §. 12. de matrimonio soluto — nicht zueignen. Auch deswegen den partum ancillae nicht. Ratio:

1) Est §. 37. Inst. de rerum divisionibus. — Da steht der Grund, daß es absurd sey, den Menschen unter die Früchte zu rechnen.
2) Quia ancillae non pariendi, sed operarum causa haberi solent. Uebrigens verschlägts nichts, es mögen die Früchte jährlich abfallen, oder nicht: z. E. die fundi laudemiales geben nicht alle Jahr die Nutzung. — Dahin gehören ferner die Bergwerke. Doch distinguiren hier die ICti, inter metalla renascentia et non renascentia. Bei den wiederwachsenden nimmt man an, daß das Bergwerk selbst eine Substanz sey. Die Metalle sind die Früchte, diese bekommt also der Usufructuarius. Wenigstens urtheilt man so in der Praxi, da, wo Bergwerke sind: z. E. auf dem Harz. Bei den nicht wiederwachsenden nimmt man die Ausbeuten zur Substanz an, und daher muß diese

zu Capital gemacht werden. Dies ist so zu verstehen: die Ausbeuten, h. e. metalla, quae effodiuntur, werden ins Geld gesetzt und dem Usufructuario davon die Zinnsen bezahlt. So ist es in Sachsen. Conferatur Carpzov. p. 3. Const. 25. Defin. 5.

§. 634. Usufructuarius darf auch die rem usufructuariam verpachten, keineswegs aber sein Ius selbst einem andern cediren. Ratio: Ususfructus ist eine servitus personalis. Doch ist nach dem §. 3. Inst. der Unterschied zu machen. Ususfructus wird entweder einem Proprietario cedirt; Dies geht ohne Bedenken an, denn es entsteht gleich consolidatio. Oder er wird einem Extraneo cedirt; Das ist dem Proprietario nachtheilig: z. E. wenn eine alte Matrone den Usumfructum einem jungen Mann cediren wollte. Daher sagt der §. 3. Inst. Hic nil agitur, i. e. die Cessio gilt nichts. Aber Noodt sagt, der Cedens verliehre auch dadurch sein Ius, welches nicht folgt, und auch durch keinen Legem bestimmt wird. Noodt giebt zwar den L. 66. de iure dotium an, und es ist auch ein Schein da. Merke die Worte: hunc usumfructum ad extraneum non transire, sed ad proprietarium *reversurum* esse. Da haben wir es ja, sagt Noodt. Rsp. Nein, wir haben es nicht; denn *reversurum* esse ists futurum, d. h. nicht, gleich, sondern, wenn der Usufructuarius stirbt.

§. 635. Der Usufructuarius darf die Sache nach Gefallen nützen, doch so, daß die Substanz in salvo bleibt. Daraus folgert Hellfeld, daß der Usufructuarius alles thun dürfe, woraus er Nutzen ziehen kann. Conferatur L. 13. §. 6. h. t. z. E. Häuser bauen, Bäume pflanzen ꝛc.

Hingegen ist ihm nicht erlaubt:

1) Fundi formam zu verändern, d. h. so verändern, daß er den vorigen Namen nicht mehr behält: z. E. aus Wiesen Wälder anfliegen lassen. Ja es steht ihm nicht einmal alsdann ein solches Unternehmen frey, wenn auch der fundus verbessert würde. Nec obstat L. 13. §. pen. wo es heist: meliorem causam reddere — dies heist nur in bessere Umstände setzen:

Er muß aber:

2) Die Sache in gehöriger Reparatur und Anbau erhalten: z. E. das Haus repariren, die Heerde ergänzen — Bäume nach-

nachziehen — und für seinen Aufwand kann er nichts praetendiren.

§. 636. Mit der Nutznehmung ist auch eine Beschwerde verbunden: nämlich die, daß er die Onera fundi davon praestiren muß: z. E. Zinnsen, Steuern, Frohnen ꝛc. Es kommt nicht drauf an, ob sie stipendia ordinaria oder extraordinaria sind: z. E. im Krieg, Contribution. Nach der Regel:

1) Qui commoda rei habet, etiam incommoda sentire debet.
2) Onera ex fructibus praestanda sunt.

Betragen sie zuviel, so hat er zwey Mittel:

1) Er kann seinen Aufwand vom Proprietario zurückfordern. Dies kann er aber nur alsdenn, wenn die Onera alle Früchte von allen Jahren übersteigen. Nam sterilitas unius anni cum ubertate alterius compensanda est.

Beweis L. 8. C. de locato conducto. Da ists vom Pachter verordnet, es findet also ein sicherer Schlus von ihm auf den Usufructuarium statt.

2) Er kann seinem iuri renunciren. Quilibet enim favori suo renunciare potest.

TIT. II et III. werden unten LIB. XXXIV et XXXVI. vorkommen.

LIB. VII. TIT. IV.

Quibus modis ususfructus l. usus amittatur.

§. 637. Qu. Auf wie viele Art endigt sich der Ususfructus? Rsp. 1) Morte usufructuarii — weil es ein Ius personae concessum ist: Doch ist dies kein substantiale, sondern naturale ususfructus, weil er pacto et ultima voluntate auch auf die Erben übergehen kann. Beweis: L. 14. C. de Usufructu.

Jedoch weils nicht zu praesumiren ist, so wirds in dubio nur von heredibus primi gradus verstanden.

Anmerkung: Wenn einem Filiofamilias der Ususfructus vermacht ist, und er stirbt, so kann der Vater ihn fordern ob unitatem personae.

Qu. Wenn endigt sich denn Ususfructus civitatibus et universitatibus relictus?

Universitates enim non moriuntur; wie lang also?

Rsp. Die Gesetze bestimmen den Terminum von 100 Jahren, weil wahrscheinlich in 100 Jahren keiner mehr von denen lebt, welchen der Ususfructus concedirt worden.

Jedoch versteht sichs, daß der Ususfructus eher verlohren gehen kann, wenn die Stadt z. E. durch Erdbeben eher zu Grunde gegangen wäre.

So auch — wenn einer Universitati alle iura genommen sind, da stellt sie auch keine Universitatem mehr vor.

Ob aber gleich Ususfructus per mortem usufructuarii geendigt wird, und die Erben desselben nichts bekommen, so ist doch hier zu distinguiren: inter fructus naturales et civiles. Was

I. Die Fructus naturales anlangt, so sind diese wieder l. naturales in specie l. industriales. Bei den *naturalibus* in specie kommt es blos auf die Separation vom Fundo an. Sind sie tempore mortis vom fundo separirt, so müssen sie den Erben gelassen werden. Sind sie aber noch nicht separirt: z. E. das Holz steht noch, so können die Erben nichts prätendiren, die Früchte gehören dem Proprietario. Bei den *industrialibus*: z. E. Korn, Gerste, Hafer kommt es darauf an: ob die Fructus percipirt sind, oder nicht. Im ersten Fall bekommen sie die Erben des Usufructuarii, im zweyten aber nicht. Doch können sie für Saat, Dünger und Arbeitslohn, Ersatz fordern.

Nach Sachsenrecht kommt es darauf an: ob der Defunctus omnem curam et culturam auf die Früchte gewendet hat, oder nicht. Hier soll den Erben der Aufwand ersetzt werden, dort aber bekommen sie die Früchte, wenn sie auch noch nicht separirt sind. Nach dem bekannten Sprüchwort: Was die Egge bestrichen und die Hake bedeckt, das gehört alles den Erben. Conferatur Hertius Libr. I. paroemiarum Nr. 20. Wenn nun aber:

II. Die Fructus civiles noch rückständig sind, so ist der Unterschied zu merken:

1) *Au*

1) *Aut dies venit*, i. e. die Zinnsen sind betagt: z. E. sie haben schon um Lichtmeß bezahlt werden sollen, der Bauer aber ist nicht gekommen; hier gehören sie den Erben des verstorbenen Usufructuarii.

2) *Aut nondum venit*, i. e. sie sind noch nicht betagt; so gehören sie dem proprietario, quia nondum pro perceptis habendi sunt.

§. 638. Der Ususfructus endigt sich:

2) Morte civili, i. e. capitis deminutione maxima et media. Et hodie morte civili ususfructus amittitur. Wenn z. E. der Usufructuarius in die Acht erklärt — oder cum fustigatione relegirt wird.

Conferatur Stryck de usu moderno.

§. 639. 3) Rei interitu — adde: es wird auch pro interitu gehalten forma rei mutata, i. e. wenn eine Sache so verändert worden, daß sie gar nicht mehr den vorigen Namen hat: z. E. du hast bisher in sylva mea den Usumfructum gehabt; nun sind Schiffe daraus gemacht worden; du kommst und willst den Usumfructum auf den Schiffen ausüben; das geht nicht an.

Der Ususfructus dauert auch nicht in area fort. Das ist der Fall, wenn das aedificium abgebrannt, oder terrae motu zu Grunde gegangen ist. Also gilt auch hier die Rechtsregel: restituta re, revivisoit servitus rei — nicht. Sie gilt nur von Servitutibus realibus. Nec. obstat L. 8. et 9. D. h. t. wo es heist: villa diruta, non cessat servitus; denn da wird praesumirt, daß die villa nur accessorium von dem praedio, als der re principali war.

4) *Consolidatione*, i. e. wenn ususfructus und proprietas in einer Person verbunden wird, da erlöscht die Servitus, denn es ist keine res aliena mehr da.

§. 640. 5) Lapsu temporis pacto definiti; z. E. die 10 Jahre sind verlaufen.

6) Conditione cessante, h. e. resolutiva. v. g. ich sage: so lange Du ledig bist, sollst Du den Usumfructum von meinem Hause haben.

7) Resoluto iure constituentis — wenn er, Constituens, sein Recht verliehrt, so verliehrts auch der Usufructuarius mit. Allein diese Regel gilt nur: wenn der Constituens ein ius revocabile hatte: z. E. das Recht, das ein Ehemann auf den Fundum dotalem hat: z. E. ich verspreche Dir den

Usumfructum davon auf 10 Jahre von dem Fundo dotali meiner Frau; aber sie stirbt in zwey Jahren — Da mußt Du den Fundum räumen, denn ich muß ihn zurück geben. Hat er aber ein Ius irrevocabile gehabt, so fällt der Ususfructus nicht weg: z. E. auf mein Haus hab ich ein Ius irrevocabile etc. — Ratio: Die Servitus ist ein Ius reale, quod exerceri potest erga quemcunque rei possessorem.

§. 641. 8) Per non usum. Doch nur sub his requisitis.

a) Muß er per tempus lege definitum gedauert haben, nämlich 10 Jahr inter praesentes, 20. inter absentes.

b) Muß es ein Usus totalis seyn; sonst verliehrt der Usufructuarius nur den Theil, den er nicht benutzt hat.

Hieraus ergiebt sich, Ususfructus ist eine servitus dividua, als Ausnahme von der Regel:

c) Muß der non usus imputabilis seyn. Ratio: ubi nulla negligentia, ibi nulla imputatio.

Endlich ist solus non usus nicht einmal hinlänglich, nach dem *L.* 16. *C. de usufructu.* Man gebe auf die Worte acht: *nisi talis exceptio usufructuario opponatur.* Daraus folgt: daß nur per non usum der ususfructus verlohren gehe: accedente usucapione libertatis, i. e. der Proprietarius muß ein Factum unternehmen, daß der Servituti gerade zuwider ist, das ist hier, wenn er die Sache selbst nutzt, die der Usufructuarius zu nutzen unterläßt; sonst nicht. Usucapio libertatis besteht h. l. darinn: daß der Proprietarius den Usumfructum selbst percipirt. Conferatur v. Pufendorf Tom. 3. obs. 133.

§. 642. Anmerkung. Die modi usumfructum amittendi finden auch statt bei allen servitutibus personalibus.

Ausgenommen sind jedoch: habitatio et operae servorum, quae solo non usu haud amittuntur.

De operis servorum reden wir hier nicht; also blos de habitatione.

Habitatio also, geht per non usum nicht verlohren. Ratio: quia ex L. 10. de capite deminutis in facto consistit. Das *in facto* soll hier dem iuri quiritium opponirt seyn. *Sensus*: die habitatio wurde als eine Befugnis angesehen, die blos Iuris naturalis war; also war das ein ius, das sowohl peregrini als cives hatten; also konnte der non usus

auch

auch dies ius nicht antaſten; denn uſucapio (i. e. h. l. non uſus) war blos iuris civilis. So ſprechen die meiſten ICti. Doch viele erklären dies Geſetz anders. Z. E. *G. L. Boehmer obſerv.* ad ſententiam Modeſtini in L. 10. de capite minutis. Gött. 1778. Allein die Practici ſtatuiren: die habitatio werde eben ſo verjährt, wie jede andere Servitus.

LIB. VII. TIT. V.

De uſufructu earum rerum, quae uſu conſumuntur vel minuuntur.

§. 643. Uſusfructus findet nur bei rebus non fungibilibus ſtatt, keineswegs aber bei fungibilibus. *Fungibiles — ſecundum Ius Romanum* ſunt res, quae numero, pondere, menſura conſtant. Allein beſſer, und treffender definirt ſind: *Res fungibiles*, (verzehrliche oder verbrauchliche Sachen, d. i. ſolche, welche durch den Gebrauch ſichtbarlich conſummirt werden: z. E. Geld, Wein, Oel ꝛc.

Res non fungibiles — das Oppoſitum. Fungibiles ſunt l. per ſe tales l. per accidens.

1) Per ſe tales — wo der ordentliche und gewöhnliche Gebrauch einer Sache mit ihrer Conſumtion verbunden iſt. Z. E. Eſculenta.

3) Per accidens tales — wo nur ein ungewöhnlicher auſerordentlicher Gebrauch damit verbunden iſt. Z. E. der Gebrauch der Bücher beim Buchhändler.

Es kann alſo eine Sache certo reſpectu fungibilis und certo reſpectu non fungibilis ſeyn.

§. 644. Das Ius Rom. antiquum wurde geändert und wahrſcheinlich iſt das SCtum ſub Tiberio gemacht worden. Darinn wurde verordnet: bei rebus fungibilibus ſoll ein *Quaſi uſusfructus* ſtatt finden. Das iſt ein ius abutendi rebus alienis fungibilibus, ita tamen, ut finito uſufructu res in genere l. quoad aeſtumationem reſtitui debeat.

1) *Abuti*, i. e. ſo nützen, daß die Subſtanz verzehrt wird. Denn die Römer ſtatuirten, man nütze eine Sache: entweder

der ohne Verletzung der Substanz — dies hies *uti*; oder mit Verletzung derselben — *abuti*.

Qu. An vestimentorum sit verus, an quasi usus-fructus?

Conf. Schott (zu Leipzig in opusculis p. 164.) de usufructu vestimentorum.

Rsp. Viele ICti distinguiren zwischen den Alltags- und Feiertagskleidern. Bei jenen statuirten sie einen usumfructum verum, bei diesen aber nur quasi usumfructum.

Aber ein einziger Lex, nämlich §. 2. I. de usufructu ist da, der von dem quasi usufructu vestimentorum redet und diesem stehet der L. 15. §. 4. D. h. t. gerade entgegen, welcher einen verum usumfructum vestimentorum behauptet. Qu. Was ist da zu machen? Rsp. Ein error Triboniani liegt dabei zu Grunde. Dies beweist Vinnius in suo comment. ad Inst. und Noodt in tractatu de usufructu Libr. I. cap. 4. Ususfructus vestimentorum est verus:

1) Denn das macht nichts aus, daß die Kleider, usu zu Grunde gehen. Auch ein Haus wird durch den Usum abgenützt, ob gleich niemand sagt, daß es res fungibilis sey.
2) Vestes etiam locari possunt.
3) L. 9. §. 9. D. usufructuarius quemadmodum caveat.

§. 645. Quasi-ususfructus und Verus — kommen mit einander überein in Absicht auf den modum constituendi; unterschieden sind sie:

1) in obiecto. — Beim vero usufructu ist das obiect: *res non fungibilis*, beim quasi usufructu: *fungibilis*.
2) Ratione formae. Beim quasi usufructu ist die Cautio ein wesentliches Stück; beim vero usufructu aber nicht wesentlich erforderlich. Allein viele Rechtslehrer halten sie überhaupt nur für ein naturale, denn sie kann remittirt werden. Mein Vater stellt mir keine Caution von der re usufructuaria, i. e. dem Gelde, das er von mir in Händen hat.

Conf. Cocceii in Iur. civ. controv. h. t. quaest. 2.

3) In effectu. Der Quasi usufructuarius wird per accidens dominus von der re; weil er Erlaubnis hat, das Geld, z. E. zu consummiren, er darfs nur in eadem qualitate et quantitate restituiren. Der Umstand ist erheblich; denn per rei interitum wird er nicht von der obligatione restituendi befreyt.

LIB.

LIB. VII. TIT. VIII.

De usu et habitatione.

§. 648 — 649. *Usus* kann nicht wohl iuridice (übersetzt werden,) es ist eine servitus personalis, welche in dem Recht besteht, eine Sache nach Nothdurft zu nützen und zu gebrauchen, jedoch so, daß die Substanz davon in salvo bleibt.

Ususfructus erstreckt sich auf alle Früchte und Nutzungen, ich mag sie zur Nothdurft gebrauchen, oder nicht; usus hingegen ist auf die Nothdurft eingeschränkt. Mithin geht es wohl an, daß in una eademque re dem einen usus und dem andern ususfructus verstattet werden kann. Der Usuarius nimmt seine nöthige Nutzung zuerst, was von den Früchten übrig bleibt, bekommt der Usufructuarius.

§. 650. Der Usuarius ist zwar *in utenda re* auf die Nothdurft eingeschränkt. Doch merke:

1) Nothdurft erstreckt sich auch auf die ganze Familie des Usuarii. Was Frau und Kinder anlangt, so scheint zwar §. 2. Inst. de usu et habitatione, gerade entgegen zu stehen. Sed textus in mendo cubat. Es muß statt et cum uxore — *sed* cum uxore heisen. Denn in des Theophani graeca paraphrasi steht würklich das *sed*, also ist es richtig.

2) Aucta et minuta familia, et augetur usus et minuitur.

Folgen: ein Usuarius darf nichts verkaufen, verschenken, verpachten. Doch wird letzteres zuweilen erlaubt, nämlich:

a) wenn ihm die Sache sonst völlig unnütz wäre: Z. E. 160 Meilen von Erlang vermacht mir einer den Usum von seinem Holz, ich soll mir so viel Brennholz, als ich brauche, daraus nehmen dürfen. Da werden dort jährlich so viele Klafter geschlagen, und verkauft, als ich hier verbrenne.

b) Wenn ob conditionem usuarii ihm stillschweigend erlaubt worden, einen andern zu substituiren. Z. E. es vermacht mir einer den Usum seiner Miethpferde; also darf ich sie auch vermiethen.

Qu. Wer muß die Onera von der re usuaria tragen?

Rsp.

Rsp. Usuarius erhebt entweder alle Nutzungen; hier muß er die Onera alle allein tragen; oder nicht alle Nutzungen; Hier sind die Onera Verhältnißmäsig zu tragen, theils vom usuario pro rata, theils vom Proprietario.

§. 651 — 52. Zu den Servitutibus personalibus gehört auch: Servitus aedium. Diese ist das Recht, ein fremdes Haus nach Nothdurft zu nützen. Sie ist respectu ususfructus aedium und servitutis habitationis bald wie das maius, bald wie das minus zu betrachten. Der Usufructuarius aedium hat:

1) alle Theile des Hauses zu benutzen, hingegen der Usuarius aedium darf nur nehmen, was er zur Nothdurft braucht; hier ist sie das Minus.
2) Wer die Servitutem habitationis hat, ist blos auf die Zimmer zur Wohnung eingeschränkt; hingegen der Usuarius aedium bekommt auch Ställe, Scheuern, Keller und dergleichen, wenn er es nöthig hat.

LIB. VII. TIT. IX.

Usufructuarius quemadmodum caveat.

§. 653, Usufructuarius soll nach den Gesetzen Caution stellen, dieser Vorstand heist: Cautio usufructuaria und geht dahin, daß der Proprietarius durch sie in Betreff der Substanz, deren Erhaltung und Restitution in Sicherheit gestellet wird.

1) Beim Quasi-Usufructu — muß er caviren, daß er die Sache a) in eodem genere, oder b) aestumationem eius restituiren wolle.
2) Beim vero usufructu. Conf. L. 1. D. h. t.

Dies Gesetz sagt er: soll

a) caviren: se usurum boni viri arbitratu.
b) se restituturum, finito usufructu, quod inde extabit, i. e. was nach einer guten Wirthschaft übrig ist, denn für die Unglücksfälle kann er nicht caviren.

§. 654. Jeder Proprietarius hat cautionem usufructuariam ex lege zu fordern.

Qu. Ob man diesem Iuri renunciren könne? Rsp. Nach der Regel wohl, aber der L. 7. C. ut in possess. lega-

gator. verordnet etwas besonders, nämlich: wenn der Usus-fructus inter vivos concedirt wird, so dependire es vom Concedente, ob er die Caution erlassen wolle; aber wenn der Ususfructus ultima voluntate constituirt worden, da soll sie der Testator nicht erlassen können.

Eine andere Meynung hat Noodt. in tract. de Usufr. Libr. 1. c. 19. Franskius in Comment. ad D. h. t. N. 7. et Galbanus de usufructu c. 20.

Also nicht fordern kann diese Caution:

1) der Filius vom Vater; weil er vom Vater keine Unsicherheit vermuthen darf.

2) Kann sie nicht gefordert werden vom Fisco, quia semper locuples praesumitur. Cessante enim insecuritate, cessat cautio.

3) Auch nicht von dem, der eine gewisse Hofnung hat, die Proprietät einst von der re usufructuaria zu erhalten. Der Fall ist der, wenn ihm die Proprietät in diem vermacht worden.

4) Wird behauptet, daß auch der Ehemann, als Usufructuarius vom Vermögen seiner Frau, keine Caution zu bestellen nöthig habe; es sey denn, daß es in den Ehepacten bedungen worden. Wenigstens ist dies im Sächsischen Recht so. Lex ist nicht da, aber es ist dies opinio Doctorum.

Conf. tamen von Zangen in seinen Erörterungen einiger Rechtsfälle p. 2. med. 7. Dieser hat allda eine eigene Abhandlung über diese Materie geschrieben, den passum concernentem aus Carpzov. in not. f) alleg. ausgehoben und gezeigt: daß der Mann nur frey sey von der Caution, wenn de usufructu legali ratione dotis die Rede ist.

5) Soll Donator von den bonis donatis et in usufructu reservatis dem Donatario keine Caution zu leisten schuldig seyn.

§. 655. Renunciatio nunquam praesumitur, ergo muß sich einer deutlich erklärt haben, und es kann die Caution gefordert werden, wenn auch schon die res usufructuaria tradirt worden, ohne daß von der Caution ein Wort geredet wurde.

1) Die Renunciatio versteht sich auch nur so lang, als der Usufructuarius gut wirthschaftet, denn alle pacta verstehen sich nur: rebus sic stantibus.

§. 656.

§. 656. Dieser §. enthält zwey Punkte:

Qu. 1) Wem die cautio usufructuaria zu leisten? Rsp. Dem Proprietario — und wann mehrere vorhanden sind, muß sie jedem pro rata geleistet werden.

Jedoch, es können sie auch andere fordern: daher die Regel so zu fassen: die usufructuaria cautio muß geleistet werden, einem jeden: ad quem ususfructus redibit, l. saltem speratur *rediturus*. Unter dem letztern Ausdruck ist mit begriffen, daß zuweilen auch ein Usufructuarius vom andern Caution fordern könne, wenn ihrer 2. 3. oder mehrere sind, nämlich wenn das ius accrescendi unter ihnen statt hat. Daher ex L. 8 et 9. D. h. t. 2 oder 3 Usufructuarii diese Caution von einander praetendiren können. — Der zweyte Punkt betrift:

2) die Rechtsmittel sie zu erlangen. Res usufructuaria ist entweder schon übergeben. Hic locum habet, 1) condictio ex lege. 2) Rei vindicatio. Diese hat freylich nur beim vero usufructu statt — beim quasi-usufructu actio in factum. 3) Actio ex lege Aquilia — wodurch der Proprietarius das damnum iniuria datum von dem Usufructuario fordert. Oder nicht übergeben; Hier ist das beste Mittel das ius retensionis. Dabei lucrirt der Proprietarius so lange er es exercirt, die fructus, denn ob moram usufructuarii ist er bonae fidei possessor, und dieser lucrirt immer die fructus.

§. 657. Cautio ist verschiedener Art. Hinc quaeritur: quaenam species cautionis adhibenda sit? Rsp. Iure Romano *Satisdatio*. L. 5. §. 1. h. t. L. 13. D. de usufructu. Ratio: die cautio usufructuaria ist eine prätorische Caution; und diese sind gewöhnlich Satisdationes. Doch nach dem Iure hodierno wird der Vorstand durch Bürgen oder Pfand elective verstattet. Es wird beim Pfand ein gewisses Quantum erkannt.

Aber wenn nun der usufructuarius cautionem realem zu bestellen nicht im Stande wäre; so muß er

1) sein Unvermögen eidlich erhärten; und
2) sind ihm noch drey Mittel übrig, wovon ihm der Richter eins zuerkennt:
   a) daß er ihm die cautionem iuratoriam auflege.
   b) Daß res usufructuaria verpachtet oder sequestrirt wird.
   c) Daß

c) Daß die Res usufructuaria dem Proprietario unter der Bedingung überlassen wird, daß er die Früchte colligiren, und sie dem Usufructuario übergeben muß.

§. 658. Die Caution, welche der Usufructuarius zu leisten hat, betrift folgende Punkte:

1) daß er mit der re usufructuaria als ein guter Hausvater umgehen wolle. Thut er es nicht, so ergiebt sich seine üble Wirthschaft entweder finito oder durante usufructu. Finito usufructu, hier wird er, oder auch sein Erbe, wenn er tod ist, auf Entschädigung belangt. Durante usufructu; Hier ist zu distinguiren: Deterioratio rei usufructuariae est:

a) aut insignis, i. e. quae ad destructionem ipsius substantiae directa fuit; Da sagen die Rechtslehrer: der ganze ususfructus könnte revocirt werden. Allein die poena privationis findet wohl nicht statt,

α) weil es kein Lex bestimmt, daß sie statt finden soll; denn der in der Note allegirte L. 9. §. 5. beweist nichts.

β) Repet. §. 637.

γ) Accedit; daß der Proprietarius durch die Caution gesichert und entschädigt werden kann.

Conf. Vinnius in §. 3. I. de Usufructu. Noodt de usufructu Lib. 2. cap. 9. Fleischmann Diss. de abusu rei usufructuariae modo tollendi usumfructum spurio. Altorfi. 1778.

b) aut non insignis — da findet die actio ad id, quod interest statt.

2) Daß er rem usufructuariam restituiren, i. e. so viel restituiren wolle, als bei einer guten Wirthschaft übrig bleibt.

Er muß daher ein Verzeichnis von den ihm übergebenen Sachen ediren, und darnach restituiren. Das Verzeichnis muß aber in der Regel ein Inventarium oder iurata specificatio seyn. Excipe:

1) Wenn die Privat-Consignation von allen Interessenten unterschrieben worden.

2) Ist auch eine Ausnahme beim Vater; ob reverentiam liberorum patri debitam, ex L. 8. §. 4. C. de bonis quae liberis. Doch ein Privatverzeichnis können die Kinder fordern.

LIB. VIII. TIT. I.

De Servitutibus.

§. 659. II. De servitutibus praedialibus s. realibus. Servitus *realis* est ea, quae data est praedio in eius utilitatem. Es besteht diese

1) entweder darinn: daß der Eigenthümer vom fundo serviente etwas leiden muß, da heist sie: Servitus affirmativa, e. g. Servitus pascendi, itineris, oneris ferendi, tigni immittendi etc. Oder:

2) darinn: daß der Eigenthümer vom fundo serviente etwas unterlassen muß, hier heist sie: Servitus negativa. Ubi dominus aliquid *non facere* tenetur. e. g. Servitus altius non tollendi — ne prospectui officiatur.

Nur diese beiden Arten von Servituten statuiren die römischen Gesetze. Daher das Axioma: Nulla servitus consistit in faciendo. L. 15. D. h. t.

Conf. Gundling: warum die Römer keine Servitutes in faciendo erlaubt haben? in seinen kleinen Schriften p. 154.

Qu. Ob es dergleichen Servituten in Iure Germanico gäbe? Rsp. Hellfeld läugnet es. Er sagt: res facere nil potest. Allein dieser Grund beweist zu viel, und also gar nichts. Denn eine Sache verhält sich blos leidend, also facere et non facere kann eigentlich von einer Sache gar nicht gesagt werden. Es giebt allerdings Servitutes reales, welche in faciendo bestehen: Z. E. Sind die praedia censitica, die Zwangsgerechtigkeiten, Zwangsmühlen und dergleichen mehr. Die Zinnse muß iure reali entrichtet werden, mithin ist keine obligatio personalis da, wie Hellfeld glaubte. Endlich haben sie auch nicht alle in Conditione servili ihren Ursprung.

Die Pferggerechtigkeit dienet auch zum Beispiel: es muß öfters der eine Gutsbesitzer dem andern mit seinen Schafen pfergen.

Conf. Titius de servitute faciendi — da sind noch mehr Beispiele.

§. 660.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0432
DFG

§. 660. Affirmativae et negativae servitutes differunt duplici modo:

1) Ratione constitutionis. Bei den affirmativis ist ad constituendum ius reale die traditio erforderlich; bei den negativis ist die quasitraditio nicht erforderlich, denn sie ist gar nicht denkbar — weil die Servitus in non faciendo — in Unterlassung besteht.

2) Ratione praescriptionis. Conf. §. 629. Bei den affirmativis läuft das Tempus praescriptionis gleich von dem Augenblick, wo der erste Actus von mir cum patientia servientis unternommen wurde: z. E. ich treibe mein Vieh per totum tempus praescriptionis durch des Nachbars Haide, so acquirire ich mir dadurch die Servitut. Bei den negativis aber lauft das Tempus von dem Augenblick an, wo der Handlung, welche der dominus praedii servientis hat unternehmen wollen, widersprochen wurde, und dieser sich dabei beruhigt hat.

§. 661. Servitutes porro dividi solent in qualificatas et non qualificatas. Erstere nennen die Rechtslehrer diejenigen, zu deren Ausübung ein opus manufactum in fundo serviente erforderlich ist: Z. E. Servitus aquae ductus — tigni immittendi — oneris ferendi. Letztere — diejenigen, welche dergleichen opus nicht erfordern: Z. E. das Fußsteigsrecht, die Triftgerechtigkeit ꝛc.

Meine Meynung von dieser Distinction ist: daß wir eben so wenig wissen, was qualificata servitus sey, als Servitus altius tollendi. Die Defin. der ICt. sagt: zum exercitio wird ein opus manufactum erfordert, ich muß z. E. mit der Hand Wasser schöpfen; bisher — bene! Aber nun rechnen sie auch die Servitutem oneris ferendi mit darunter. Ich brauch die Hand dazu, wenn die Last aufgelegt wird, dies ist nicht zu läugnen, aber zum fortdauernden Exercitio ist doch jetzt keine Hand mehr nöthig?

§. 662. In servitutibus realibus praedium percipit utilitatem ex praedio alieno. Dazu ist erforderlich:

1) die praedia müssen vicina seyn, 20 Meilen von hier kann ich meinen Balken nicht auflegen. Zuweilen müssen sie nur vicina seyn: z. E. bei servitutibus rusticis; zuweilen contigua, bei servitutibus urbanis größtentheils. Z. E

bei der Servitute oneris ferendi. Doch ist zu merken: Vicinitas wird nicht grammatice genommen. Das praedium kann eine Stunde weit entfernt und doch vicinum seyn: Z. E. bei der Servitute aqu eductus, ne prospectui officiatur etc.

Ferner ist zu merken: Utilitas nonnunquam solum consistit in iucunditate, z. E. daß ich von meinem Fenster aus auf das Uhrblatt des Thurms sehen kann. Aber Iucunditatis gratia ist keine Servitut verliehen. Conf. L. 15. §. 1. D. h. t. Da steht es expressis verbis. In L. 3. de aqua quotid. heist es zwar: non ad irrigandum sed etiam pecoris l. amoenitatis gratia aqua duci potest. Allein hier ist nicht von den Servituten die Rede, sondern von den Wasserleitungen überhaupt.

§. 663. 2) Servitutum causa debet esse perpetua. Causa servitutum, h. l. rei qualitas seu conditio. *Perpetua* esse debet, i. e. diu duratura, nimirum quoad praedia durant.

Der Römer versteht darunter: es muß das Praedium von beständiger natürlicher Fähigkeit seyn zur Ausübung dieser Servitut. Z. E. Du concedirst mir die Servitutem aquaehaustus, dazu ist keine Pfütze hinlänglich, sondern Du must eine Quelle haben. Ratio: das praedium serviens muß dem Iuri servitutis entsprechen; dies concedirt mir das Recht, so oft und so lange es mir beliebt, mich der Erlaubnis oder des concedirten Rechts zu bedienen. Der Grund also hievon liegt in der Natur der Servitutum.

Verschiedene Rechtslehrer wollen ob L. 9. D. de servitutibus praediorum etc. dies Requisitum nicht mehr gelten lassen. Contra eos vero legatur Heineccius in scripto allegato §. 21.

Indes, wenn es der dominus praedii dominantis zufrieden ist, kann man auch eine servitutem constituiren, davon der Usus nicht perpetuus ist.

§. 664. Servitutes reales non personae, sed praedio conceduntur. Daraus folgt, daß eine Servitut cum praedio dominante in alterum transferirt werden kann, ast non sine praedio dominante; ideoque nec sine praedio exerceri potest, nec locari. Z. E. ich hätte zwey Güter; bei einem hätte ich die Triftgerechtigkeit, und nun wollte ich sie mit dem Vieh

Vieh, das auf dem andern Gut befindlich ist, exerciren — dies geht nicht an.

§. 665. Causa servitutum debet esse perpetua. Modus tamen adiici potest servitutibus, is nimirum, qui exercitium servitutis accuratius describit. Hoc fieri potest,

1) per pactum,
2) per iudicem,
3) per legem. Und zwar so wohl
   a) Ratione temporis, z. E. daß ausgemacht wird, heute sollst Du, morgen ich die Triftgerechtigkeit exerciren; als auch
   b) Ratione loci, quantitatis et generis. — *Loci*, z. E. bei Hölzern, daß, wo ein Schlag gewesen, und nun ein junger Anwuchs ist, die Trift nicht exercirt werden kann. — *Generis et quantitatis* etc. daß auf eine Trift, z. E. keine Schweine getrieben werden dürfen, daß nur 30 Stücke, von der und der Gattung hingetrieben werden sollen, u. d. m.

§. 666. Servitutes sind ein ius respectu dominantis, aber ein onus respectu servientis praedii. Dies Onus besteht darinn:

1) daß serviens das exercitium servitutis nicht hindern darf: z. E. dadurch, daß ich etwa die Wiese, worauf mein Nachbar die Triftgerechtigkeit hat, zu einem Acker machen wollte.
2) Daß er alles das gestatten muß, was zum exercitio servitutum erforderlich ist: z. E. die nöthigen Reparaturen vornehmen ꝛc.

LIB. VIII. TIT. II.

De Servitutibus praediorum urbanorum.

§. 667. Bis hieher ist de servitutibus realibus überhaupt gehandelt worden; nun werden die einzelnen Species durchgegangen. Zuerst ist die Rede de Servitutibus urbanis. Servitus urbana ist vorhanden, wenn das herrschende Gut ein aedificium ist. Man kann sie auf drey Klassen reduciren.

1) Werden sie praediorum dilatandorum causa constituirt. Dahin gehört z. E. die Servitus tigni immittendi, oneris ferendi.

2) In der Absicht, daß man die innere Nutzung des Hauses behalten möge. Z. E. die Servitus luminis.

3) Endlich in der Absicht, um etwas von unserm Hause auf den fundum alienum zu führen oder fallen zu lassen. Z. E. dient die Servitus stillicidii, cloacae etc.

Man sieht leicht ein, daß, da ein praedium urbanum dem andern auf sehr vielfache Art sich nützlich erweisen kann, es auch sehr viele Species von diesen Servitutibus urbanis geben müsse, und daß man sie folglich hier nicht alle beibringen kann. Es wird also nur der frequentesten aus den erstgenannten drey Klassen gedacht. Und dahin gehört:

1) Servitus oneris ferendi — das Lastrecht. Sie besteht in dem Recht von meinem Gebäude etwas auf dem benachbarten praedio aufzulegen.

2) Servitus tigni immittendi — das Tramrecht, i. e. das Recht, etwas von meinem Gebäude mit dem Gebäude meines Nachbarn zu verbinden. Tignum h. l. quaelibet materia, quoad aedificandum uti solemus — also Stein, Holz, Eisen, kurz: jede Baumaterie.

Die Servitus oneris ferendi setzt impositionem voraus. Sie erfordert also, daß schon etwas da ist, worauf mein onus ruhen kann. Die Servitus tigni immittendi supponirt immissionem. Dies ist ein groser Unterschied. Denn im letzten Fall soll der Balke oder Stein nicht blos aufruhen, sondern ganz mit einem Hause verbunden seyn.

Die ICti sind strittig, ob die servitus oneris ferendi eine servitus irregularis sey, weil, wie einige glauben, der dominus praedii dominantis zur Reparatur des praedii servientis verbunden ist. Hellfeld behauptet: es wäre weder der dominus praedii servientis zur Reparatur verbunden, noch der dominus praedii dominantis, weil letzterem frey stünde, seine Sache zu derelinquiren, er also, wenn er sein Haus sammt der Wand des andern einstürzen lassen wollte, man es ihm nicht verwehren könnte. Hier fragt sich aber nicht, ob der dominus praedii dominantis derelinquiren kann, sondern, wenn er seine servitutem conserviren will, wer da repariren müsse? Rsp. Distinguendo: der dominus praedii servientis hat sich entweder pacto zur Repara-

paratur anheischig gemacht; so ist er auch dazu verbunden, ex L. 33. h. t. und L. 6. §. 2, si servitus vindicetur. Ein solches Pactum kann sowohl expresse, als tacite eingegangen werden. Z. E. wenn im Pacto eingegangen ist: Paries uti nunc est, ita sit etc. —

NB. Der Ausdruck in dem Lege all. *lex aedium* heist: *pactum aedes concernens.*

Oder es ist kein Pactum vorhanden. In diesem Fall ist er auch nicht dazu verbunden. Ratio est duplex:

1) quia nulla servitus apud Romanos consistit in faciendo; et
2) ex analogia Iuris — weil wir doch bei andern Servituten finden: daß der dominus praedii servientis nicht zur Reparatur verbunden ist. Conf. L. 10. D, de servit. praed. rusticorum, und L. 8. §. 2. si servitus vindicetur.

§. 668. Zu den servitutibus urbanis gehören:

3) und 4.) Servitus proiiciendi et protegendi. Beide bestehen im Recht, übers Nachbars Grund zu bauen, doch so, daß das Gebäude nicht über des Nachbars Grund aufsteht. Sie differiren aber ratione finis, nämlich das Hinausbauen geschieht entweder in der Absicht, um etwas vom praedio dominante zu bedecken; Z. E. durch ein Wetterdach. Hoc casu heist sie: Servitus protegendi. Oder es geschieht nicht in der Absicht; so heist sie: Servitus proiiciendi. Z. E. wenn ich einen Erker hinaus baue, so daß er über den fundum alienum hinüberhängt, ohne jedoch aufzuruhen.

Obs. durch ein Protectum ist des Nachbars fundus mehr onerirt, als durch ein Proiectum, denn er muß bei jenem auch die guttulas decidentes übernehmen. Doch kann dies auch bei der Servitute proiiciendi statt finden, wenn es nämlich pacto ausgemacht ist.

§. 669. 5) Servitus altius tollendi et non tollendi. Letztere ist das Recht zu fordern, daß der andere nicht so hoch bauen darf, als er sonst gekonnt hätte.

Von der erstern, nämlich der Servitute altius tollendi hat man drey Meynungen:

A) Die Glossatoren und Carpzov behaupten: sie sey das Recht, den Nachbar zu zwingen, höher zu bauen, als

er sonst gethan hätte. Das würde aber servitus in faciendo geworden seyn, dergleichen die Römer doch nie statuirt haben. §. 2. I. de Actionibus.

B) Andere aber behaupten: diese Servitut sey ein Recht gewesen, eine Verbindung mit des Nachbars Haus zu machen, und so über dasselbe zu bauen; ex L. 24. D. h. t. scheint es würklich, daß die Römer eine solche Servitut gehabt haben, Es ist zwar dies eigentlich eine servitus oneris ferendi; aber doch eine besondere Art davon, die also auch wohl einen besondern Namen gehabt haben kann.

C) Die gemeine Meynung ist: es sey das Recht, mein Haus höher zu bauen, als es die zum besten der Nachbarn gegebene Gesetze erlauben. So — v. Selchow in diss. de servitute altius tollendi romana. Gött. 1755.

Nach diesem hatten die Römer LL. nicht über 60—70 Fus hoch, wegen der Erdbeben, zu bauen. Diese Meynung ist auch wahrscheinlich. Aber L. 8: C. de Servitut. ist ein ewiges Impediment. Denn da heist es,: es könne iure romano jeder so hoch bauen, als er wolle, mithin konnte dies servitus altius tollendi nicht gewesen seyn. Endlich wenn die LL. da waren, so waren sie zum besten der ganzen Stadt, wie konnten denn einige Bürger darauf renunciren? Diese Zweifel sind wichtig, doch kann man auch sagen: daß vielleicht diese LL. gerade unter der Bedingung gegeben worden waren.

§. 670. 6) Servitus luminum et ne luminibus officiatur. Conf. Vinnius ad Inst. §. 2. de servitut. praedior. urbanorum.

Man muß hier zwey Regeln merken:

1) Jeder Eigenthümer darf in seinem Gebäude so viele Fenster machen, als er will. Der Nachbar kann nur praetendiren, wenn die Fenster, die in seinen fundum gehen, niedrig sind; daß Stäbe davor gemacht werden. In pariete communi, seu alieno darf man aber freylich eine Fenster machen.

2) Wenn in propria pariete Fenster gemacht worden, die in des Nachbars fundum gehen, so kann man ihm nicht verwehren, etwas davor zu bauen. Will man nun in alieno sive communi pariete Fenster machen, so ist dazu die

die servitus luminum nöthig und diese involvirt die Servitutem: ne luminibus officiatur von selbst.

Will ich, daß die Fenster in meiner Wand vom Nachbar nicht verdunkelt werden sollen, so ist die servitus: ne luminibus officiatur nöthig. Denn diese besteht in dem Recht von dem andern zu verlangen, daß er mir meine Fenster nicht verbaue, mir mein Licht nicht nehme, welches er allerdings in fundo suo könnte, wenn ich die Servitut von ihm nicht constituirt bekommen hätte. Hieraus sieht man den Unterschied der beiden Servituten offenbar. Bei der letztern war metus, formido die causa antecedens.

§. 671. 7) Servitus stillicidii — et fluminis. Stillicidium ist das Wasser, welches Tropfenweis von den Dächern fällt. Flumen — insoferne es in Röhren von den Dächern herabgeleitet wird.

Servitus stillicidii est:

a) servitus stillicidii recipiendi, diese besteht darinn: wenn der Nachbar leiden muß, daß meine Träufe auf seinen fundum fällt. Dies ist also eine servitus affirmativa; quia in patiendo consistit.

b) Servitus stillicidii non recipiendi — dies ist das Recht, dem Nachbar zu verbieten, daß er seine Traufe nicht wegleiten, sondern sie auf meinen fundum fallen lassen soll. Z. E. wenn mein Garten an des Nachbars Haus liegt. Dies ist eine servitus negativa.

Die servitus fluminis wird auf gleiche Weise in servitutem fluminis recipiendi et non recipiendi eingetheilt.

§. 672. 8) Servitus prospectus et ne prospectui officiatur. Conf. Vinnius §. 2. I. de servitutibus.

a) Servitus *prospectus* ist das Recht, die Aussicht in des Nachbars fundum zu praetendiren. Es ist eine servitus negativa, gleich wie die Servitus:

b) *ne prospectui officiatur*, die darinn besteht: daß mir der Nachbar die Aussicht weder in den fundum noch über den fundum hinaus benehmen darf. Diese ist das maius und erstere das minus. Ueberhaupt errichtet man lieber diese servitutem ne prospectui officiatur, als die servitutem de non altius tollendo. Denn sie erstreckt sich weiter und bringt den Nachbar allemal in eine beschwerlichere Lage.

Servitus prospectus und luminum sind sehr verschieden:
1) Bei ersterer darf der Nachbar seine Fenster immer öfnen, bei letzterer nicht.
2) Servitus luminum erfordert zwey praedia contigua; die servitus prospectus aber nicht.

§. 673. 9) Servitus cloacae est ius cloacam habendi in fundo alieno. Cloaca (eine Kanal, eine Schleuse) est locus concavus, quo colluvies abducitur — ein unterirrdischer wohlverwahrter Kanal, durch den der Unrath der Stadt und das Regenwasser abgeführt wird. Die Cloacae waren bei den Römern gewis Meisterstücke der Kunst und hatten herrliche Absichten a) die Pest abzuhalten, b) Reinlichkeit und Bequemlichkeit zugleich zu verschaffen, und so weiter. Die Vestigia, die noch davon übrig sind, zeigen schon, daß sie Meisterstücke waren.

Die Servitus ist das ius ex aedificio meo in vicini aream, aedes, seu agrum, cloacam immittendi. Mehrentheils wird diese in den LL. Romanis zu den servitutibus urbanis, doch aber auch bisweilen zu den rusticis gerechnet.

Servitus *latrinae* ist deutschen Ursprungs. Latrina — locus, ubi purgamenta alvi deiiciuntur, nec iterum effluunt. Die Servitus ist das Recht, die latrinam entweder auf den fundum des Nachbars, oder doch so nahe und näher an seinen fundum zu bringen, als es nach den Statuten erlaubt ist. Was die Statuten wollen, müssen LL. provinciales bestimmen. Im Sachsenspiegel (artic. 122.) steht, sie sollen 3 Fus von des Nachbars Hause stehen. Dies ist noch so in Sachsen. Bei uns gilt die Regel: der locus secretus muß so angebracht werden, daß der Nachbar nec humore, nec odore incommodirt werde.

LIB. VIII. TIT. III.

De Servitutibus praediorum rusticorum.

§. 674. Servitutes rusticae sind diejenigen, wo das praedium dominans ein praedium rusticum ist. Die Beispiele, die hier vorkommen, können auch — doch selten geschiehts — servitutes urbanae seyn. Z. E. iter, actus, via, aquaeductus etc.

Da-

Dahin gehört:

1) *Servitus itineris*, das Fußsteigsrecht, vulgo definitur per ius eundi l. ambulandi pedes et eques in fundo alieno. Nach dieser Definition heist: ire — in Geschäften gehen, und ambulare — spatzieren gehen, zum Vergnügen. Allein die Regel ist nicht wohl anzunehmen; denn (L. 8. D. de servitutibus) sagt deutlich: daß die Römer keine Servitutes zum Vergnügen hatten. Conf. Ritter de itineris, actus et viae differentia.

Cicero und andere sagen: ire heist: schlechtweg transire; und ambulare — ultro citroque commeare. Die servitus itineris erstreckt sich nicht nur hierauf, sondern auch auf reiten und getragen werden.

2) *Servitus actus* (Viehtrieb oder Uebertrieb des Viehes.) est ius agendi iumenta l. vehiculum, per fundum alienum.

Agere, i. e. quicquam ante se pellere.

1) *Iumenta* bedeuten bei den Römern equos et mulos; h. l. aber, weil es auch pro armentis in den LL. gefunden wird — für allerlei Lastthiere.

2) *Vehiculum* hält Bynkershoeck für einen Schubkarn. Aber Westphal hat ihn widerlegt und aus des Isidori originibus cap. 15. Lib. 15. gezeigt: Vehiculum bedeute currus minores, quibus colendis agris convehendisque fructibus Romani utebantur.

Servitus actus aber ist so beschaffen: daß entweder alle naturalia dabei gefunden werden — dies heist actus plenus; oder daß nicht alle naturalia servitutis dabei statt finden — actus minus plenus. Dies kann gedacht werden:

1) daß vehiculum davon ausgenommen worden;
2) daß iter dabei ausgedungen worden;
3) wenn nur certis animalibus, z. E. Pferden, oder Schafen oder certo numero, z. E. 100 Stücken das Recht verliehen worden. Ferner: so muß bei dem exercitio der Servitutis actus stets darauf gesehen werden, — ne exinde fiat pastura — dies ist ein Punkt, worüber noch viele Processe entstehen. Du darfst also beim Uebertrieb in fundo seruiente weder stille halten, noch dein Vieh auf dem ganzen fundo seruiente zerstreuen.

§. 676. 3) *Servitus viae* (Fahrwegsgerechtigkeit) das Recht mit Wagen von allerlei Art über des Nachbars fundum

dum zu fahren, sie mögen beladen seyn oder nicht. Via est l. porrecta, ein schnurgerader Weg, l. anfracta, der eine Krümmung hat. Differentia harum servitutum ratione spatii.

Die Römischen Gesetze bestimmen das Spatium blos bei der servitute viae, und zwar 8 Fus in der Breite und 16 in der Krümmung, aber so, daß auch die Höhe zu einem beladenen Heuwagen gelassen werde. Bei der vorigen servitute actus wird es per consuetudinem ex Varrone de LL. IV, 4. bestimmt auf 4 Fus in via porrecta und 8 Fus in der Krümmung.

Beim Fussteig — sagen die ICti — müsse ex Averanio Libr. I. cap. 30. das Spatium auf 2 und 4 Fus bestimmt werden.

§. 677. Cui plus licet, illi quoque quod minus est, licere debet. Via itaque complectitur actum et iter; actus complectitur iter. Dies sind aber Regeln, von welchen Ausnahmen gelten. Excipe ergo:

1) Wenn es pacto anders ausgemacht worden, da gehts nach dem pacto.
2) Wenn die kleinere Servitut beschwerlicher ist, als die grösere, so ist nicht zu vermuthen, daß sie nicht mit begriffen ist. Z. E. Fahren wird der Nachbar nicht alle Tage, aber gehen wird er alle Stunden des Tages. In solchen Fällen streitet der Dominus serviens pro libertate.

§. 678 — 79. 4) *Servitus pascendi* — est ius pecora sua in fundo pascendi alieno. Man übersetzt diese Servitut am besten durch Hut- und Weid- auch Waidgangs-Gerechtigkeit. Denn der Ausdruck: Trift, geht zu weit. Doch findet man den Ausdruck Triftgerechtigkeit durchgängig.

Dies Dienstrecht kann wieder determinate und indeterminate verliehen werden.

1) Determinate s. definite quoad numerum et tempus. Hier gehts nach der Bestimmung: so und so viel Vieh — nicht eher als zu der und der Zeit.

Qu. Wie aber, wenn z. E. die Zahl bestimmt, wenn ausgemacht ist, daß 200 Schaafe auf die Weide getrieben werden dürfen, sind die Lämmer mit zu zählen? oder nicht?

Rsp.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0442
DFG

Rsp. Man muß einen Unterschied machen zwischen denen die noch saugen und denen die abgesetzt sind. Die noch saugen, sind nicht mit zurechnen, weil sie der Weide nichts schaden. Die aber abgesetzt sind, werden allerdings mitgerechnet, weil sie sich von der Weide nähren.

Conferatur Estors Abhandlung über die Frage: wie bald die Lämmer bei einer auf die Anzahl der Schaafe eingeschrenkten Trift mitzuzählen sind? Sie steht mit in seinen Opusculis part. 3.

2) Indeterminate s. indefinite. Hier versteht sichs:
   a) Daß der Dominus praedii dominantis so viel Vieh mitbringen darf, als sich unbeschadet der Weide darauf nähren kann.
   b) Daß er allerlei Arten von Vieh mitbringen darf — nur pecora noxia, — Ziegen, wo junge Pappeln stehen und ansteckendes Vieh ausgenommen.
   c) Daß er sein Ius zu allen Zeiten exerciren kann, wenn nur die Triften offen, i. e. wenn die Früchte eingesammlet sind. Gewöhnlich ist der Termin von dem Michaelis-Fest an bis Walpurgis, daß sie offen sind.

§. 680. Wenn einer dem andern die Weidgerechtigkeit verstattet, so begiebt er sich seines Rechts in fundo serviente zu weiden entweder ausdrücklich, oder nicht. Im ersten Fall ist es keinem Zweifel unterworfen, daß dem domino praedii dominantis ein Ius pascendi solitarium zustehe. Im zweyten Fall aber steht dem Eigenthümer von dem praedio serviente das Ius compascendi (die Mithut, oder Mitweide) zu.

Dies ist das Recht, sein Vieh mit dem Vieh des praedii dominantis zugleich auf einem und ebendenselben fundo serviente weiden zu lassen.

Dies ist zwar in keinem Lege gegründet; aber es ist sehr vernünftig und billig, daß es statt findet.

Qu. Wenn aber die Trift nicht zureicht, wie da?

Rsp. Da sind folgende Regeln:

1) Wenn dem praedio dominanti eine gewisse bestimmte Anzahl von Vieh zu weiden erlaubt worden, so geht dieses praedium dominans allemal vor; denn es hat ein Ius certum et quaesitum bekommen.
2) Wenn tempore constitutionis die Weide hinlänglich war, in der Folge aber unzulänglich worden, alsdenn hat das prae-

praedium ſerviens den Vorzug: z. E. hier auf der Wieſe iſt Weide genug für mich und für meinen Nachbar; ich erlaube es ihm alſo, er ſoll mit weiden dürfen. Nun aber reiſt mir die Rednitz ein Stück ab, ita ut paſtura inſufficiens fiat; praedium dominans muß alſo weichen. Denn alle pacta verſtehen ſich nur: rebus ſic ſtantibus.

3) Wenn praedium dominans die Anzahl ſeines Viehs zu ſehr vermehrt, ſo kann das arbitrium iudicis implorirt werden, daß jedem Beſitzer eine beſtimmte Zahl vorgeſchrieben werde.

Conferatur Rivinus de iure aequali, praedii dominantis et ſervientis, ſi paſcua non ſufficiant.

§. 681. Ius compaſcui (die Koppelhut) läſt ſich auf eine gedoppelte Weiſe gedenken:

1) Wenn die Beſitzer zweyer Güter die Hut reciprociren. Dieſe kann eine Servitut ſeyn, und auch nicht, denn ſie iſt manchmal als ein precarium anzuſehen.

2) Wenn die Beſitzer von verſchiedenen Gütern in fundo tertii die Trift haben: das iſt die zweyte Species vom Iure paſcui — dieſe iſt allemal ein Servitut, denn ſie beſteht in iure ex re aliena utilitatem percipiendi.

Die erſte Species — als ein precarium, kann quocunque tempore aufgehoben und nie praeſcribirt werden. Doch wird ſie nie als ein Precarium praeſumirt.

§. 682. 5) Servitus aquaeductus — iſt das Recht durch ein fremdes Gut Waſſer auf meinen Fundum zu leiten.

6) Servitus aquae hauſtus — das Recht Waſſer aus einem fremden Brunnen zu ſchöpfen. Wenn man einem aus Freundſchaft erlaubt, Waſſer zu ſchöpfen, ſo thut man wohl, wenn man ſich einen Revers geben läſt, daß dies blos aus Höflichkeit verſtattet worden und nie als ein Recht prätendirt werden könne.

7) Servitus pecoris ad aquam appulſus — das Recht unſer Vieh auf ein fremdes Gut zur Tränke zu treiben.

§. 673. Wir haben allerdings noch mehrere Servituten, beſonders in Deutſchland und je länger die Welt ſteht, je mehr werden erfunden werden. Wir können ſie in ſervitutes iuris privati et iuris publici eintheilen.

1) Un-

1) Unter die Servitutes iuris privati gehören unter andern: die Servitus Steine in einem fremden Territorio zu brechen; das Recht sie wegzuwälzen; die Servitus lignandi, wovon das Ius, ligna in alieno fundo collocandi, welches nicht im iure lignandi liegt, wohl zu unterscheiden ist; die Servitus uvas exprimendi — die Keltergerechtigkeit; Servitus retia expandendi; Servitus alaudas l. luscinias in certo districto capiendi (wozu schon ein ziemlicher Umfang gehört). Die Servitus Schweine in fremde Mastung z. E. in einen Eichenwald zu treiben.

2) Unter die Servitutes iuris publici gehört z. E. das Recht des Fürsten, seine Völker durch die benachbarte Länder ziehen zu lassen; die Servitus conducendi — die Geleitsgerechtigkeit, die in den vormaligen unsichern Zeiten ihren Ursprung hat, und besonders in Churſachsen noch obtinirt; Servitus patibulum in alieno territorio erigendi; Servitus fortalitii, obsidii in alieno territorio — das Recht eine Besatzung in einen fremden Ort zu legen.

LIB. VIII. TIT. IV.

Communia praediorum urbanorum et rusticorum.

§. 684. Dieser Titel enthält blos eine Wiederholung dessen, was in der Servitutenlehre schon da war. Wir gehen also gleich auf die Klagen über, die aus den Servituten entspringen.

LIB. VIII. TIT. V.

Si servitus vindicetur l. ad alium pertinere negetur.

§. 685. Dies ist eine der wichtigsten Materien. Denn wenn irgend Actiones häufig vorkommen, so sind es diese.

Die Klagen sind intuitu servitutum zweyerley:

1) Sol-

1) Solche, wodurch man sich gegen eine praecludirte Servitut vertheidigen kann;
2) Solche, wodurch man eine Servitut erhalten und erlangen kann.

Ad. 1) Findet statt: actio negatoria, quae est actio competens domino fundi vere l. quasi tali, contra eum, qui servitutem imponere tendit, ad id, ut praedium liberum declaretur.

Libertas praedii est qualitas praedii ex absentia servitutis cuiusdam competens.

Obs. Das Fundament von der Actione negatoria ist nicht eigentlich servitus, sondern nur dominium; servitus praetensa giebt nur Gelegenheit zur Klage. Folglich sage ich also richtiger: nur eine Klage entspringt unmittelbar ex servitute. Die Actio negatoria entspringt vielmehr ex libertate praedii.

Ad. 2) Diese Klagen betreffen entweder possessionem oder ius. Wenn sie den Besitz betreffen, so finden:

a) die allgemeinen possessorischen Rechtsmittel statt: z. E. actio spolii, interdictum uti possidetis, possessorium summariissimum.
b) Hat man aber auch noch interdicta specialiora wovon im 19. Tit. Libri XLIII. gehandelt wird.

Wenn sie aber ius servitutis constitutum betreffen, so findet die Actio confessoria statt, quae est actio realis, qua utitur is, cui servitus competit, adversus servitutem negantem ad id, ut declaretur, actori servitutem competere. Es kann bei dieser Klage auch die Ersetzung der Unkosten und Schäden verlangt — auch die Cautio de non amplius turbando gefordert werden. Viel hilft sie aber nicht, diese Cautio, denn sie ist nude promissoria. Conferatur L. 3. C. de verborum et rerum significationibus.

§. 686. Von diesen beiden Klagen ist zu bemerken, daß sie nicht nur intuitu servitutum angestellt werden können — wo sie actiones *directae* heissen; sondern auch intuitu aliorum iurium singularium — wo sie Actiones *utiles* genennt werden. Der Umfang dieser Actionum, confessoriae nimirum et negatoriae utilis, ist weit grösser, als derer, die directe angestellt werden.

Ius

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0446
DFG

Ius singulare bedeutet ein solches Recht, welches einem weder nach der natürlichen Freyheit, noch nach dem Iure communi zusteht. Ein solches Recht muß aber eine Aehnlichkeit mit der Servitute haben: z. E. der Edelmann behauptet: er allein habe das Recht Horden zu schlagen, die Unterthanen hätten es nicht; so eignet er sich ein Ius singulare zu und stellt folglich die Actionem confessoriam utilem an. Ponamus autem: der Herr Burgermeister Freudenreich hiesiger Neustadt wollte das Recht, Bier zu bräuen, sich allein zueignen, da klagen die Bürger gegen ihn — die Klage heist: Actio negatoria utilis.

§. 687. Dieser §. handelt vom Beweis beider Klagen. Distinguendum est ante omnia inter actionem confessoriam et negatoriam. Die Confessoria hat zum Fundament: constitutam servitutem. Hier muß also der Kläger beweisen. Die negatoria hat zum Fundament: libertatem rei; libertas vero in iure praesumitur; praesumtio relevat ab onere probandi; ergo — muß der Beklagte beweisen. Und hiemit wäre der Streit am Ende. Allein man hat die Frage aufgeworfen: ob dies in allen Fällen richtig sey? Oder ob sich nicht Fälle denken lassen, wo doch der Kläger beweisen müsse? —

Die Beantwortung dieser Frage führte die Rechtslehrer auf den Unterschied, der zwischen Besitz und Nichtbesitz obtinirt. Sie sagten: der Beklagte befindet sich

1) entweder gar nicht im Besitz — da hat er allerdings das Onus probandi.

2) Oder er befindet sich in possessione seu quasi possessione. Hier treten zwey Praesumtionen in Collision, nämlich des Klägers und Beklagten. Der Beklagte hat praesumtionem iustae possessionis und Kläger hat praesumtionem libertatis pro se militantem. — Quid hic statuendum? —

Doctores abeunt in partes. Wir wollen die dreyerley Meynungen prüfen. Sie sind folgende:

1) Diejenigen, welche glauben, daß hier der Kläger beweisen müsse, haben folgende Gründe auf ihrer Seite:
   a) Die Regel: Actor probare debet.
   b) Favor possessionis könne damit nicht vereiniget werden, wenn ein solcher, der im Besitz ist, beweisen müsse.

c) Im Possessorio werde allemal so geschlossen: Beklagter soll so lange im Besitz geschützt werden, bis der Gegner im Petitorio ein anderes ausgeführt habe. Ausführen heisse: beweisen. So — Cocceji in Iur. controv. h. t. Quaest. 4. und Leyser alleg. loco.

2) Hellfelds in foro hodierno triumphirende Meynung ist diese: der Beklagte müsse beweisen: Ratio:

a) wenn der Kläger beweisen sollte, so würde er eine propositionem negativam beweisen müssen, welches gar nicht möglich sey. An letzterem ist jedoch noch sehr zu zweifeln. Denn in vielen Fällen muß es doch geschehen; und wo nicht directe, doch indirecte. Indirecte, i. e. v. g. per documenta. Und ponamus: der Beweis eines solchen Satzes wäre unmöglich, so folgt daraus noch nicht, daß der andere beweisen muß. Man nimmt ferner als Grund an:

b) Daß die Praesumtio libertatis stärker, als die praesumtio iustae possessionis sey; daraus folgert man: daß der Beklagte beweisen müsse, ex regula: fortior praesumtio vincit debiliorem. Allein aus den LL. scheint das Gegentheil zu erhellen. Conferatur L. 7. §. ult. D. de liberali causa und L. 14. D. de probationibus. Es ist der Fall in den Gesetzen, daß gestritten wird, ob ein gewisser Mensch; der sich in possessione servitutis befindet, ein freyer Mensch oder Sklave sey. Der Mensch will frey seyn; die Gesetze bestimmen aber über ihn, daß er beweisen müsse; ist nun die Praesumtio iustae possessionis nicht fortior, quam praesumtio libertatis? Hat die Freyheit eines Menschen nicht mehr Faveur als die Libertas praedii? Dies ist wirklich ein sehr starkes Dubium.

3) Andere distinguiren:

a) inter actionem negatoriam non privilegiatam — wo der Kläger zu dem Onere probandi verbunden ist. Nun hat hier der Kläger z. E. andere Umstände mit eingemischt: z. E. den, das er in possessione libertatis sey; der Beklagte: daß er sich clandestine in den Besitz geschlichen habe:

Allein die Actio negatoria ist eine Actio petitoria, da kommts also gar nicht auf den Besitz an; mithin gehören

hören diese Umstände, z. E. der Besitz — nicht zum Fundament der Klage.

b) Inter actionem negatoriam privilegiatam — das Oppositum. Wo der Kläger weiter nichts anführt, als libertatem praedii: z. E. es seye iuris, daß alle praedia frey wären; man bitte daher, weil sich N. N. der Trift auf seinem Praedio anmasse, man das Praedium für frey erklären möge.

Ganz anders aber ists, wenn der Kläger anführt, daß er dem Beklagten die Servitut verstattet, aber nur precario verstattet habe; hier muß er dies beweisen, so bald es vom Beklagten geläugnet wird. — Endlich unsere Meynung hierüber:

Alle Collegia nehmen beinahe indistincte an, daß der Kläger das Onus probandi zu übernehmen nicht verbunden sey. Wir stimmen bei, daß der Beklagte beweisen müsse, aber aus einem ganz anoern Grund als derjenige, welche sub Nr. 2. allegirt ist.

Der Beklagte sagt nämlich: er läugne, daß mein Gut frey sey. Und deswegen, behaupten viele, läge dem Kläger der Beweis ob. Allein in der Negatione liegt ja zugleich das Assertum, daß er eine *Servitut* habe und dies Assertum muß bewiesen werden, denn es ist unzertrennlich von seiner Exception. Indistincte also muß bei der Negatorien-Klage der Reus beweisen und folglich fallen die Fälle, wo Hellfeld Ausnahmsweise dem Kläger den Beweis zuschreibt, von selbst weg.

LIB. VIII. TIT. VI.

Quemadmodum servitutes reales amittantur.

§. 688. Die Servitutes reales fallen weg.

1) Per interitum praedii s. dominantis s. servientis.

Doch gilt hier bei servitutibus realibus die Regel: Restituta re, reviviscit servitus: z. E. mein Haus war abgebrandt, da konnte ich freilich keinen Balken auflegen; aber jetzt wirds wieder aufgebaut, da ists was anders — onus rursus impono.

2) Per consolidationem.

3) Resoluto iure concedentis, resolvitur etiam ius acquirentis. Diese Regel ist nur wahr, wenn der Concedens ein Ius revocabile hat. Conferatur Tit. 4. L. VII.

4) Per remissionem, i. e. renunciationem iuris. Haec est l. expressa — dies ist per se klar: l. tacita — wenn wir etwas geschehen lassen, das uns den Gebrauch der Servitut auf immer benimmt.

Auf immer benimmt — haben wir gesagt, welches wohl zu merken, sonst ists keine renunciatio: z. E. ich habe den Durchgang durch des Nachbars Haus, und der Nachbar mauert die Thüre zu, hier darf ich nicht schweigen.

§. 689. 5) Per non usum. Dies ist etwas schwer zu verstehen.

Der L. 6. D. in nota. alleg. macht uns in Ansehung der Servitutum realium einen Unterschied zwischen Servitutibus rusticis et urbanis. Erstere sollen per solum non usum verlohren gehen; letztere aber nicht, sondern nur accedente usucapione libertatis.

Usucapio libertatis aber ist: Eine Handlung des Eigenthümers von dem *praedio serviente*, die dem Dienstrecht gerade zuwider ist: z. E. der Dominus praedii servientis benimmt mir die Gelegenheit meinen Balken aufzulegen — Wenn der Nachbar mir da etwas vorbaut, wo er mir den Prospect lassen soll.

Der Grund hievon ist nicht der, den Hellfeld de servitutibus qualificatis et non qualificatis angiebt. Conferatur v. Pufendorf Tom. 3. observ. 188. §. 4. et 5. — der hat den rechten Grund. Er sagt: die Usucapio fände lediglich bei servitutibus rusticis statt; mithin könne auch servitus rustica nicht per non usum allein verlohren gehen.

Herr v. Pufendorf zeigt ferner: Iustinian hat das Ius Roman. völlig geändert und verordnet, daß gar keine servitus realis per solum non usum verlohren gehen soll, sondern nur accedente usucapione libertatis. 1) Hat er dies de usufructu, und dann, 2) in L. 13. C. de servitut. von allen servitutibus verordnet: ut sit in omnibus his rebus causa similis. In diesen Worten des Gesetzes liegt der nervus probandi. — Conferatur L. 16. C. De usu-

usufructu. — Was dort durch ihn verordnet worden, daß soll von allen servitutibus gelten. Ich gebrauche z. E. meine Fahrwegsgerechtigkeit 10 Jahr lang nicht, so soll sie doch nicht per solum non usum praescribirt seyn: sondern erst accedente usucapione libertatis, i. e. daß der Dominus praedii servientis den Fahrweg umgerissen und Früchte darauf gebaut hat, denn diese Handlung steht dem Dienstrecht gerade entgegen. So auch vom iure pascendi.

§. 690. 6) Lapsu temporis und
7) Conditione cessante. (per §. 640.) Minime vero abusu; ja abutiren kann der Dominus praedii dominantis nicht einmal seine Servitut; der Dominus praedii servientis hält ihn so schon in Schranken, wenn er abutiren will.

LIB. IX. TIT. I.

Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.

§. 691. Biß hieher handelten wir de actionibus realibus, ausser denen, die ex iure pignoris entspringen. Nun kommen wir auf einige Actiones personales und zwar in specie auf diejenigen, welche ex damno illato entstehen, und Schadensklagen genennt werden.

§. 692. Damnum est (per §. 318. seq.) quaevis deminutio patrimonii nostri. In specie verstehen wir sub damno einen solchen Schaden, um welches willen wir auf Ersatz dringen können. So nehmen wir h. l. das Wort, zum Unterschied von dem damno casuali, aus welchem keine Klage entspringt. Der Schade kann uns übrigens auf eine dreyfache Weise zugefügt werden.
1) A libero homine — hier heist er: damnum iniuria datum.
2) A servo quodam — da nannten ihn die Römer noxam.
3) A bruto — hier wird er pauperies genennt. Aus dieser Eintheilung erhellet nun, was es heisse: si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.

§. 693. Pauperies wird zugefügt

1) entweder so, daß culpa vel dolus hominis dabei concurrirt. Hier ist zu distinguiren: Es empfindet den Schaden

a) entweder die Person, cuius culpa l. dolo er entstanden, selbst; hier ist die Regel: damnum quod quis sua culpa patitur, non sentire videtur.

b) Oder eine andere Person; hier findet die actio ex Lege Aquilia gegen sie statt. Conferatur L. ult. D. h. t. et L. 1. §. 7. eod. t.

2) Oder so, daß weder dolus noch culpa hominis dabei concurrirt. Hier ist wieder zu distinguiren: Das Thier existirt:

a) entweder in dominio alicuius — hier soll der Besitzer des Thieres schuldig seyn, das Thier dem Laeso zu übergeben. Jedoch soll er auch im Stande seyn, dem Laeso den Schaden zu ersetzen und das Thier zu behalten. Die Ratio legis war: daß man dadurch den Vexis vorbeugen wollte. Denn wenn ein solcher Schade nicht ersetzt werden dürfte, so könnte einer die Sache leicht so einrichten, daß es schiene, als concurrirte er gar nicht dabei und dann wäre er frey.

b) Oder es existirt nicht in dominio: z. E. das Wild hat mir meine Saat abgefressen. — Nach dem Iure Romano durfte ich es todschlagen oder fangen und behalten; nach dem heutigen Recht aber darf ich es nicht erlegen, sondern nur scheuchen.

§. 694. Die Actio quadrupedaria wird nur alsdenn gegegeben, wenn ein zahmes Thier contra instinctum naturalem etwas begeht. Directe findet sie statt, wenn von einem Quadrupede die Rede ist; utiliter, wenn der Schade von einem bipede zugefügt worden (denn ex post wurde die Sache auch auf diese extendirt.) Uebrigens ist sie alternativisch.

Actio alternativa ist diejenige, bei welcher ich entweder so, oder so agiren muß. Der Besitzer des Thieres muß mir entweder den Schaden ersetzen oder das Thier herausgeben. Auf beide Fälle muß also die Actio gerichtet werden, weil sie alternativisch seyn soll. Denn die wahren Actiones alternativae müssen wohl von denen unterschieden werden, welche nur so scheinen. Actio quadrupedaria vera est alternativa, duplex

duplex enim est petitum; ast actio ex L. 2. C. de rescindenda emtione venditione non est alternativa; actor enim rescissionem petit, sed emtori competit electio.

§. 695. Actio de pauperie, seu actio quadrupedaria est itaque actio in rem scripta, competens adversus quemcunque possessorem animalis, quod mihi damnum intulit, ut mihi damnum illatum restituat, l. animal istud in satisfactionem tradat. Nach dem Iure Romano kam es noch auf diesen Unterschied an: ob das Thier den Schaden contra naturam suam, oder secundum eam zufügte. Contra naturam nocere dicuntur animalia, quoties mansueta animalia feritatem quandam assumunt: z. E. das Pferd beist dem Knecht die Nase ab. Da fand die Actio de pauperie und zwar directe statt. Hingegen wenn der Schade secundum naturam zugefügt war, wenn z. E. der Ochs die Saaten abgefressen hatte; so gaben die Römer die Actionem de pastu pecorum.

Jetzt kommt auf diese Distinctiones wohl nichts mehr an, denn sie quadrirten nur auf die formulam legis; doch muß man sie zum Verständnis des Corporis Iuris wissen.

§. 696. Der Possessor animalis hat in der Regel die Wahl, ob er den Schaden ersetzen, oder das Thier hergeben will. Ausnahmen hievon sind folgende:

1) Wenn er dolose läugnet, daß er das Thier besitze und überwiesen wird, so muß er den Schaden in solidum ersetzen, i. e. es mag das Thier so viel werth seyn, oder nicht, er muß den Schaden ganz ersetzen. Jedoch, kommt er noch vor der Litis-Contestation und gesteht es zu, so soll diese Strafe nicht statt finden. Vid. L. 26. D. §. ult. de noxalibus actionibus.
2) Wenn ein freyer Mensch durch das Thier getödtet worden ꝛc. Ratio: quia liber homo inaestumabilis est.
3) Nach dem sächsischen Recht muß der Besitzer des schädlichen Thieres den Schaden schlechterdings bezahlen, wenn er das Thier nicht augenblicklich derelinquirt: z. E. ich hätte einen wüthigen Hund.

Hier ist auch des Wergeldes, Sühne- oder Manngeldes zu gedenken. Es bestund in einer Geldbuße von 24 alten Schock, i. e. 20. Rthl. (nach dem Sachsenspiegel) diese

muste ein Homicida non dolosus an die Erben des Occisi entrichten.

Die Erben des Occisi durften in den alten Zeiten sich an dem Occisore rächen. Wollte letzterer daher sicher seyn, so muste er den Erben 20 Rthl. für eine Mannsperson und 10 Rthl. für eine Weibsperson statt des Wer- oder Sühnegeldes geben. Heut zu Tag findet dies zwar nicht mehr statt, aber das Sühnegeld kann noch gefordert werden.

§. 697. Nach dem Iure Germanico findet auch ob damnum ab animali datum das Pfändungsrecht statt.

Pignoratio est apprehensio l. personarum l. rerum aut possessionis nostrae conservandae causa, aut in securitatem damni nobis illati facta. Sie findet also statt:

1) Um sich in seinem Besitz zu conserviren: z. E. ich habe einen Acker, der stößt an den Acker des Cajus. Er geht mir darüber um die servitutem itineris einzuführen; ich darf ihm z. E. den Hut nehmen.

2) Um sich die Schadensersetzung zu erleichtern oder zu sichern: z. E. Du gehst über mein besäetes Feld hin.

Der Eigenthümer löst nun sein Pfand entweder binnen 24 Stunden ein; so muß er:

a) damnum et impensas restituiren.

b) Den Pfandschilling geben. Das Quantum dependirt hier von der Observanz. Manchmal sind es zwey, drey Groschen, auch manchmal ein Kopfstück. Oder er löst es nicht binnen dieser Zeit ein, hier muß er für jeglichen Tag eine Geldbuse geben, die auch per observantiam bestimmt ist — und das Pfand kann auch verkauft werden. Doch ist rathsam, daß dies auctoritate publica geschehe.

Es kann aber nur sub his Requisitis gepfändet werden:

1) Nur in re praesenti: z. E. nur auf dem Acker, wo mir Schaden zugefügt worden. Ist einer wieder auf der Strase, darf nicht gepfändet — aber wohl arretirt werden, ne iudicium fiat elusorium.

2) In continenti muß die Pfändung geschehen, nicht post intervallum.

3) Das Pfand muß in die Gerichte gebracht werden und dies muß geschehen, wenn auch der Gerichtsherr selbst gepfändet haben sollte.

4) Man

4) Man darf dem Laedenti nicht zu viel abnehmen. So praeter propter kann man doch immer wissen, wie hoch sich der Schade belauft.

Wenn ich aber gepfändet habe, darf mich der andere nicht wieder pfänden. Repignoratio non datur. Auch merke noch: wenn du pfändest, so schade dabei dem Menschen nicht, denn sonst läufst du in grössere Gefahr, als der Gepfändete.

LIB. IX. TIT. II.

Ad legem Aquiliam.

§. 698. Schäden können auch entstehen: ex damno iniuria dato. Die Definition im Hellfeldischen Compendio ist latior suo definito, denn man kann auch ein Furtum darunter verstehen, welches doch ein ganz anders delictum ist. Also besser definirt:

Damnum iniuria datum, ist eine unerlaubte Handlung, wodurch ein freyer Mensch dem andern etwas verdirbt: z. E. wenn mir einer meine Saaten verdorben — Scheidewasser an die Bäume gegossen ꝛc.

Grundsätze: Schäden die uns zugefügt werden, entstehen entweder ex dolo alicuius alterius, oder das ist nicht. Dort müssen die Schäden indistincte ersetzt werden, so wie diejenigen, welche ex culpa lata entstehen. Repetatur die Lehre de pactis. Hier ist der Schaden l. casu entstanden — da ist die Regel: casum nemo praestat; l. culpa levi s. leviss. — so muß der Schade wieder ersetzt werden.

§. 699. Wenn jemand mehrern Fleis anzuwenden schuldig war und ihn nicht bewies, so muß er den Schaden ersetzen. Die Schuldigkeit mehrern Fleis anzuwenden entsteht:

I. Ex obligatione contractus; hier wird

1) der gradus diligentiae et culpae inter contrahentes per leges bestimmt.

2) Die Schadenersetzung kann actione ex contractu oder per restitutionem in integrum gefordert werden.

II. Extra contractum;

1) Hier muß der Schade, der nur ex culpa leviſſima entſtanden, erſetzt werden.

2) Die Klage dazu iſt actio ex Lege Aquilia. Dieſe alſo findet ſtatt, wenn der Schade

a) bonis, non famae zugefügt worden; denn ſonſt wärs kein Damnum iniuria datum, ſondern iniuria. Es iſt erforderlich:

b) ut animus lucrandi deſit. Denn ſonſt iſts furtum, und nicht damnum iniuria datum;

c) ut extra contractum damnum ſit iniuria datum.

Jedoch verwehren die Geſetze auch nicht, daß man bei damnis in contractu datis ſich dieſer Klage bedienen könne; aber nur muß einer zur Schadenserſetzung verbunden ſeyn. Einige wollen den Namen dieſes Geſetzes von einem gewiſſen Aquilio Gallo herleiten. Allein der Name des Urhebers iſt gar nicht bekannt. Es iſt eigentlich kein Lex, ſondern nur ein Plebiſcitum, welches drey Capita enthielt, wovon nur das 1ſte und 3te auf uns kam.

§. 700. Die Actio ex lege Aquilia findet ſtatt: wo ein damnum iniuria datum iſt. Iniuria heiſt h. l. quicquid fit non iure. Merke hiebei:

α) Es iſt gleichviel, ob das damnum dolo oder culpa quavis, i. e. lata, levi et leviſſima zugefügt worden. Conf. L. 11. D. h. t. wo ein gar artiges Beiſpiel von einem Barbier ſteht, der auf öffentlicher Strafe einen barbierte und caſu ſo barbierte, daß ihm kein Bart mehr wuchs.

β) Ferner: l. committendo l. omittendo. — Daher ſingen unſere Nachtwächter: bewahre das Feuer und auch das Licht ꝛc.

Zwar haben die Römer nur auf facta commiſſiva Rückſicht genommen, nicht aber auf facta mere omniſſiva; jedoch nur in ſoferne ſie kein factum commiſſivum voraus ſetzen: Z. E. ich engagire mich, Dir Roſenſtöcke und Pappelbäume in Deinen Garten zu verſchaffen und unterlaſſe es. Da iſt omiſſio ein reſultat vom facto ſuſceptionis, und mithin bin ich ad culpam leviſſimam obligirt.

γ) Ferner: imperitia, e. g. medici. Der Medicus muß pro culpa leviſſima ſtehen, ſonſt würde er tauſend

tausend Ausflüchte haben, um seine culpam zur levi herabzubringen. Conf. §. 7. I. h. t. L. I. 32. de regulis iuris.

d) Infirmitas — z. E. ein Miethkutscher der seine Pferde nicht regieren kann und mich in Schaden bringt. Doch ist alles so zu verstehen: si quis ea adfectaverit — wenn jemand sagt, daß er es versteht und sich der Sache unterzieht.

Die Fälle, wo sie nicht statt findet, sind folgende:

a) Nicht contra furiosos etc. weil ihnen keine culpa beizumessen ist';

b) Nicht — wenn das damnum mere casuale ist.

c) Nicht ob damnum iure datum. Qui enim iure suo utitur, neminem laedit. Z. E. bei der Nothwehr kann ein solches damnum vorkommen. Vitentur tamen excessus.

Anmerkung: Wenn die Aufseher über die furiosos die gehörige Aufsicht nicht haben, so können sie belangt werden.

§. 701. Actio legis Aquiliae tunc demum competit, si damnum corpore corpori illatum est, i. e. wenn ein Corpus in das andere gewürkt hat und daraus der Schade entstanden ist: z. E. du hast meinen Servum Stichum mit der Hand niedergeschlagen. Hinc distinguendum est: Damnum:

1) aut corpore corpori datum est — hier hat die actio legis Aquiliae *directa* statt, z. E. Du haueſt meine Pappeln mit eigener Hand um.

2) aut non. Hier ist wieder zu distinguiren: Damnum

a) corpori quidem, ast non corpore datum est. Z. E. ich sage dem alten Gärtner Rabenstein, er soll auf den Baum steigen und Birne schütteln. Er thut es, fällt aber herunter und bricht den Arm. Hier hat die actio legis Aquiliae *utilis* statt. Der Grund liegt davon in den Formeln der Römer.

b) Damnum nec corpore, nec corpori datum est: z. E. wenn von der corruptione animi die Rede ist, oder ich mache Rauch, er zieht sich auf Deine Bienenkörbe hin, und verursacht, daß der ganze Schwarm davon fliegt. Da findet die actio in factum ob aequitatem statt.

§. 702.

§. 702. Actio Legis Aquiliae geht hauptsächlich auf die Schadensersetzung — mithin findet sie nur bei solchen Schäden statt, welche geschätzt werden können. Institui ergo non potest ob damnum inaestumabile; ergo

1) non institui poterit, wenn ein freyer Mensch getödtet worden; jedoch wenn er verwundet worden, findet sie statt, obgleich nicht der Verwundung, nicht der Beschimpfung wegen, sondern der Kosten, des Heilerlohns, der Versäumnis wegen, denn alles dies kann geschätzt werden; non vero dolores, cicatrices etc. ex Regula: partes liberi hominis etiam sunt inaestumabiles.

Qu. Ob nicht Wittwe und Kinder auf Schadensersetzung klagen können, wenn der Vater als Ernährer iniuste getödtet worden?

Conf. Eisenhardt in seinen Rechtshändeln — da steht ein Beispiel, von einem Jäger, der einen jungen Ehemann im Wald auf dem Anstand erschos, und dessen Wittwe auf Schadensersetzung klagte. Eisenhardt glaubt mit Struben in rechtlichen Bedenken, daß sie klagen könne; denn der Schade ist ein aestumabile. Doch kann nicht praetendirt werden, daß man einem so lange alimenta reiche, bis der Occisus 70 Jahr erfüllt haben würde, weil sehr unwahrscheinlich ist, daß einer mehr so lang lebt.

Anders würde jedoch die Frage zu entscheiden seyn, wenn der Occisus in facto illicito versirt wäre. Ponamus der Fall wäre dieser: In dem Walde zu N. ist die Weide verboten, und Caius, Geistlicher zu E. hat die Jagdgerechtigkeit daselbst. Titius, ein armer Schneider und Vater von vier noch unerzogenen Kindern treibt, dieses Verbots ohngeachtet, an einem gewissen Abend bei der Dämmerung seine Ziege in den Wald, und verbirgt sich hinter dieselbe im Gebüsch. Caius, der sich eben auf dem Anstand befindet, kommt an dem Ort, erblickt die Ziege, die er für ein Reh hält, schlägt an und erschiest solche sammt den hinter ihr verborgenen Titius. Die Wittwe desselben verlangt ex lege Aquilia Schadloshaltung, allein, da ihr Mann in facto illicito versirte, so kann sie nichts praetendiren.

§. 703. Der Lex Aquilia bestand aus drey, einige glauben, aus noch mehreren Capitibus. Allein wir wissen nur von dreyen, wovon das mittlere verlohren gegangen ist.

Die

Die Rechtslehrer haben sich hierüber die Köpfe zerbrochen, was das 2. Cap. enthalten haben möchte, und — de lana caprina gestritten. Es war aber schon zu Iustiniani Zeiten nicht mehr im Gebrauch, uns liegt also nichts daran.

Die Differentiam zwischen dem 1 und 3. Kapitel hat Noodt all. loco gezeigt. Sie differiren nämlich:

1) *in obiecto.* Obiectum Imi capitis est servus aut quadrupes; obiectum IIItii quaecunque res aliae.
2) *Actu.* Im 1. Cap. ist die Rede de caede, i. e. von dem Fall: si quis per occisionem mihi nocuerit. Du hast, z. E. meinen Knecht, oder mein Pferd tod geschlagen; capite tertio ist die Rede von allen übrigen Schäden, wenn currendo etc. ein Schaden zugefügt worden.
3) *In effectu.* Wenn ex 1. capite zu decidiren, so wird der Beklagte condemnirt, daß er bezahlen soll, quanti res intra annum plurimi fuerit: z. E. vor 9 Monaten hätte ich für meinen Knecht 1000 fl. haben können; Du schlägst ihn heute tod, wo ich kaum 100 mehr gekriegt hätte; aber Du must mir doch 1000 bezahlen. Daraus erhellet; daß Actio L. A. eine actio poenalis sey; capite 3. — quanti res intra XXX dies plurimi fuerit.

Aus dieser Verordnung nun entspringt die Actio Legis Aquiliae — quae est actio personalis, competens illi, qui damnum passus est eiusque heredi contra eum qui damnum dedit (non autem contra eius heredes) ut reus tantum solvat, quanti res intra annum seu 30 dies plurimi fuerit.

§. 704. Enthält die gedoppelte Frage: Cui competat haec actio et contra quem instituatur?

1) Cui competat? — Rsp. Jedem, dem die Sache interessirt, mithin auch heredibus aliisque successoribus.
2) Contra quem instituatur?
   a) Gegen den, der den Schaden zugefügt hat, aber auch
   b) gegen den, der den Schaden verhindern konnte und sollte, und ihn gleichwohl nicht verhindert hat.
   c) Contra auxiliatores und die, die ihn anhetzten.

Wenn aber plures auctores damni da sind, so heißts: tenentur in solidum. Aber die Regel: uno solvente reliqui liberantur — gilt hier nicht, welches notable ist: z. E. vier Kerls hätten meinen Knecht Stichum tod geschlagen; nun

nun galt er vor 9 Monaten 1000 Rthl. — so viel muß mir also jeder bezahlen.

Ratio: Actio L. A. sua natura est poenalis, ergo poena, quam unus solvit, reliquos non liberat, potius quisque suam poenam solvere intelligitur.

Secundum Ius Romanum geht diese Actio nicht gegen die Erben; aber nach dem Iur. Canon. und der praxi hodierna allerdings, aber nur in soferne die damni resarcitio gefordert wird.

Lis inficiando crescit in duplum, i. e. wenn der Beklagte seine unerlaubte Handlung gleich gesteht, so wird die Strafe nur in simplum bezahlt, läugnet er aber und wird nachher überführt, so muß er poenam inficiationis, i. e. das Duplum bezahlen. Dies ist fast in allen neuern Proceßordnungen wieder eingeschärft, daß man darauf erkennen soll.

§. 705. De usu hodierno — dissentiunt Doctores.

1) Schilter exercit. 19. § 50. seq. statuirt mit Hellfeld usum amplissimum.

2) Thomasius in larva L. A. detracta actioni germanorum de damno restituendo — und andere sagen: gar nichts mehr sey davon im Gebrauch.

Allein man muß hier inter materiam et formam wohl distinguiren. Was 1) die Materie betrift, welche den Satz in sich fast: damnum aestimabile extra contractum et sine iure a libero homine illatum, resarciendum est; so ist nicht zu läugnen, daß er noch statt finde und angenommen werden müsse, weil er der Vernunft so sehr gemäs ist. Was aber 2) die Form, d. h. alle weitere Bestimmungen, welche das römische Recht von diesem Satz gemacht hat, anlangt, so fällt freylich, besonders nach der Meynung derjenigen ICtorum, die die poenas privatus läugnen, das meiste weg, und also:

1) der Unterschied von den eigentlichen und uneigentlichen Fällen §. 701. wo actio L. A. statt findet. Denn er bezieht sich auf die Formular-Iurisprudenz der Römer.

2) Die Bestimmung von der Größe der Schadens aestumation (§. 703.) quanti res intra annum plurimi fuerit, et intra 30. dies etc. dies fällt hodie weg.

3) Quod uno solvente reliqui non liberentur.

4) Auch

4) Auch die poena inficiationis.

Nun kommen aber deutsche Rechtsverordnungen hinzu: daß nämlich der Beklagte condemnirt wird:

1) Schmerzgeld zu bezahlen. Das Quantum dependirt lediglich ab arbitrio iudicis, dieser nimmt auf die Moralität von der Handlung des Beleidigers und auf die Grösse der Beleidigung Rücksicht.

Conf. Berger in Oecon. Iuris erzählt, daß einer für einen ausgeschlagenen Zahn zwey alte Schock zahlen mußte. Der Grund vom Schmerzgeld ist in der peinlichen Halsgerichtsordnung K. Karl des Vten.

2) Daß das Instrument, womit die Beleidigung zugefügt worden, den Gerichten anheim fällt: Z. E. Degen, Stock, Büchse, Rappier.

3) Nach Sachsenrecht hat auch das Wehrgeld statt, dessen §. 696. gedacht worden.

LIB. IX. TIT. III.

De his, qui effuderint et deiecerint.

§. 706. Effundere bezieht sich auf flüssige Dinge, die aus einem Haus ausgegossen werden. Deiicere aber bezieht sich auf solida — dichte Körper, welche ausgeworfen werden. Per effusionem et deiectionem kann den Praetereuntibus ein Schade zugefügt werden.

Weis man nun hier den Auctorem damni, so findet gegen ihn die Actio Legis Aquiliae statt. Weis man ihn aber nicht, so findet die actio in factum de deiectis l. effusis statt, contra inhabitatorem coenaculi seu aedium. Diese Klage hat triplicem finem:

1) daß der Beklagte das Duplum praestiren soll. Dies muß er praestiren, wenn das Damnum aestumabile ist.

2) Daß er 50 aureos dem Kläger bezahle, wenn liber homo, e. g. per deiectionem getödtet worden. Hier ist sie actio popularis, i. e. ea, quae a quolibet ex populo institui potest.

3) Ad id, quod iudici aequum videtur, wenn ein freyer Mensch verwundet worden.

§. 707.

§. 707. Rationes, ob quas haec lex data est, sunt:
1) Securitas publicarum viarum locorumque. Deswegen ist auch diese actio durior, als die Actio Legis Aquiliae.
2) Es wird auch eine culpa huius inhabitatoris angenommen, in soferne: daß er unvorsichtige Leute aufnimmt, oder nicht genug Aufsicht hält.

Doch aber versteht sichs, jeder Inhabitator hat die Freyheit seinen Regreß gegen seine Hausleute zu nehmen.

§. 708. Actio de effusis et deiectis kann nicht angestellt werden;
1) contra patrem;
2) nicht contra dominum, wenn der Dominus nicht selbst Bewohner des Hauses ist;
3) auch nicht contra heredes — nach dem Iur. Rom. weil es actio poenalis ist; delicta suos autem tantum tenent auctores. Doch hodie findet sie contra heredes statt, in Absicht auf die Schadensersetzung.

Wenn plures inhabitatores vorkommen, so ist der Unterschied zu bemerken, ob sie das Haus gemeinschaftlich besitzen, oder ob sie es mit einander getheilt haben: Z. E. so getheilt haben, daß der eine das vordere, der andere das Hinterhaus besitzt. Im letztern Fall wird die Klage gegen diejenigen angestellt, von welchem die effusio seu deiectio geschehen ist. Im erstern Fall können sie jeder in solidum belangt werden. Notable ists, daß hier uno solvente die übrigen frey werden. Der Grund in den Gesetzen scheint dieser zu seyn, weil hier nur gegen ein Factum accusirt wird, also können auch nicht mehrere gestraft werden.

§. 709. Actio de deiectis et effusis beruht 1) auf der Sicherheit der öffentlichen Straßen und 2) auf der culpa inhabitatoris aedium. Wo diese zwey Gründe nicht statt finden, cessirt auch die Actio. Sie cessirt also:
1) wenn deiectio s. effusio in loco geschehen, ubi iter vulgo non fit.
2) Si praemonitio antecesserit — Kopfweg! — Vorausgesetzt, daß deiiciens in re licita versire, so kommt ihm diese Praemonitio zu statten; in re illicita, nicht. Res illicita würde es seyn, wenn das Kopf weg! Rufen von beiden Seiten der Straße und von Haus zu Haus so geschwind

schwind auf einander erfolgen sollte, daß sich der Vorübergehende gar nicht mehr retten könnte.

§. 710. Actio de posito et suspenso. *Positum* — wenn an Häusern etwas herausgesetzt wird, das herunterfallen und die Praetereuntes beschädigen kann.

Suspensum — wenn auf eben dieselbe Art etwas an den Häusern ausgehängt wird. Dies Positum l. suspensum ist entweder schon herabgefallen und jemand beschädiget worden; Hier findet Actio L. A. — oder auch actio de deiectis statt; oder es ist zu befürchten, daß es herab falle. Hier findet Actio in factum de posito l. suspenso statt, quae est actio popularis; quia I. R. omnes actiones ad ius publicum tuendum comparatae sunt. Sie geht auf 10 Solidos.

§. 711. Usus hodiernus ist: wird in solchen Fällen von der Obrigkeit eine willkührliche Strafe verordnet. Magistratus können auch ex officio darauf sehen, daß die posita und suspensa weggeschaft werden müssen. Dies gehört bei uns der Policey, welche deshalb Strafbefehle ertheilt.

LIB. IX. TIT. IV.

De noxalibus actionibus.

§. 712. Actio noxalis est actio in rem scripta, quae datur contra quemlibet possessorem servi, qui nobis damnum dedit ad damni aestumationem aut servi deditionem consequendam.

Sie hat Aehnlichkeit mit der actione de pauperie, ist übrigens aber bei uns nicht mehr gebräuchlich.

LIB. X. TIT. I.

Finium regundorum.

§. 714. In diesem und den folgenden Titeln wird von den iudiciis diviſoriis gehandelt. Der Grund von allen iudiciis diviſoriis ist: Communio iuris, quae est facul-

tas moralis, quae pluribus competit — eine Befugnis, welche mehrern zusteht. Sie kann statt finden:

1) Quoad statum hominis. Dergleichen Gemeinschaft findet man bei allen Societatibus et Universitatibus.
2) Quoad ius et obligationem personalem. Dahin gehört z. E. die Correalitas.
3) Quoad ius in re — da heist sie: Communio stricte sic dicta, quae est huius loci.

Diese läst sich auf so verschiedene Arten gedenken, als es Species vom Iure reali giebt.

1) In Absicht auf das dominium. Hier heist sie Codominium. (Mit- oder Gesammt-Eigenthum)
2) In Absicht auf das Erbrecht — *communio hereditaria*, s. familia communis.
3) In Absicht auf das ius pignoris, und
4) servitutis. Da haben wir keine besondern Namen mehr.

Jede Art der erst beschriebenen Communion erlauben die Gesetze; es soll aber den Sociis frey stehen, sie wieder aufzuheben, auf die Theilung zu dringen. Die Mittel dazu sind: Iudicia divisoria, und dies sind Klagen, welche zu dem Ende angestellt werden, daß eine gemeinschaftliche Sache getheilt werden soll.

Wir haben drey in Iure. Die Communio ist nämlich:

1) bald eine communio hereditaria seu familia communis; hier heist die Klage, welche die Theilung bewirken soll: Iudicium familiae herciscundae. (Davon §. 725.)
2) Bald aber betrift sie rem singularem und zwar:
   a) entweder eine solche, worein die Theilhaber per finium confusionem gerathen sind. Hier heist die Klage: Iudicium finium regundorum,
   b) Oder auf eine andere Art — so ist die Klage: das Iudicium de communi dividundo. Mehrere Iudicia divisoria giebt es in Iure nicht.

§. 715. Iudicia divisoria beruhen:

1) in iure reali communi — die Klagen sind also hier actiones reales.
1) In iure et obligatione personali — in soferne, daß man doch bei gemeinschaftlichen Sachen mehrentheils findet, einer hat sie in Administration gehabt. Dieser hat

hat nun die praestationes personales administratorum abzulegen. — Diese sind also actiones personales seu potius mixtae.

§. 716. Die Gesetze wollen: ut omnis communio tolli possit. Ratio est duplex;

1) quod communio sit mater discordiarum. Dies hat die nachtheiligsten Folgen für den Staat.

2) quod naturale hoc sit vitium negligi id, quod communiter possidetur. Conf. L. 2. C. quando et quibus quanta pars debetur.

1) Wer auf die Theilung provocirt, hat nicht nöthig erst einen Grund anzugeben. Diesen Punkt hat man wohl zu merken, um Weitläuftigkeiten, die zu nichts helfen, zu entgehen.

2) Steht auch nicht entgegen pactum s. voluntas de non dividundo; denn beides versteht sich sub tacita conditione: donec concordia durat.

3) Steht auch der Theilungsklage die exceptio praescriptionis nicht entgegen. Jedoch ist dies eine Frage, die so zu beantworten: Derjenige, welcher eine rem communem besitzt, besitzt sie entweder tanquam rem communem, oder tanquam rem solitarie ad se pertinentem. Hier findet die exceptio praescriptionis allerdings statt, wenn anders die Requisita praescriptionis iustae vorhanden sind. Dort aber muß distinguirt werden.

Man betrachtet nämlich das Iudicium divisorium:

1) entweder insoferne, als es auf die Theilung gerichtet ist. Hier kann die exceptio praescriptionis nicht opponirt werden; denn es kommt nicht auf possessionem allein an, sondern auf die causam possessionis, i. e. animum rem habendi ut suam. Nun aber ist die causa possessionis communis nicht der animus rem ut meam habendi, sondern immer derjenige, daß die Sache einmal getheilt werde.

2) Oder insoferne, als es auf die praestationes personales z. E. auf Rechnung ꝛc. gerichtet ist. Da findet die Praescription, wie bei allen actionibus personalibus statt. Wenn also die praestationes personales in 30 Jahren nicht gefordert worden, so kann man sich durch die Praescription schützen. Doch, wenn sich der Praescribens ganz befreyen will, so müssen die 30 Jahre gerechnet werden a

tempore administrationis finitae. Denn jedes factum des Administratoris wirkt eine neue Verbindlichkeit, mithin producirt es auch eine neue Klage gegen ihn: z. E. es hat einer 1759. administrirt. Von da an bis jetzt sind 30 Jahre verlaufen, mithin die obligationes personales von 1759. praescribirt. Aber noch nicht die von 1760. und 1761. Diese werden erst in den folgenden 2 Jahren nach einander praescribirt.

Anmerkung: Iudicia divisoria sunt duplicia seu actiones duplices, i. e. solche Klagen, bei welchen beide streitende Theile Kläger seyn können. Dies ist wirklich etwas seltenes, daß jeder actor und reus werden kann. Wenn es nun aber wirklich zum Proceß kommt, so hat 1) entweder einer sein Klaglibell eher eingereicht — der ist actor; oder 2) beide und zwar uno eodemque tempore. Hier ist nach dem Iure communi das Loos die Entscheidung, nach dem Sachsenspiegel: arbitrium iudicis.

§. 717. Die erste Species von den iudiciis divisoriis ist demnach das Iudicium finium regundorum, quod est actio mixta, quae datur inter eos, qui fines agrorum confusos esse contendunt, ad fines illos regendos et praestandum id quod interest.

Confusio finium ist eine communio in den äusern Theilen zweyer oder mehrerer Praediorum, die aus Mangel einer bestimmten Grenze entstanden ist.

Confusionem tollere heißt: regere fines. Fines sind die Bestimmung eines Raums, innerhalb welchem uns gewisse Rechte zustehen. Daher — Grenzen, Markgrenzen oder Scheidungen, von separare. Sie werden eingetheilt in fines territoriales s. publicos et privatos, naturales et artificiales, certos et confusos, antiquos et noviores. Woher das Wort Grenze komme, ist nicht zu bestimmen; doch scheint es nicht bis über das 15. Saeculum hinaus zu gehen.

Den finibus hat man bei allen Völkern einen characterem inviolabilitatis beigelegt. Das Eigenthum kann sich auch nicht anders erhalten als durch bestimmte Grenzen. Die Römer stellten daher eine Gottheit auf, welche Deus Terminus hies. Auch die alten Deutschen hielten die Grenzen für unverletzlich; dies zeigen die grosen Strafen die sie auf das crimen termini moti setzten. Wurde ein terminus territorialis

torialis verrückt, so wurde dies Verbrechen dem crimini perduellionis gleich geschätzt.

§. 718. Iudicium finium regundorum hat zum Fundament: Finium confusionem. Wo also keine Verwirrung ist, auch keine seyn kann, da kann also auch das Iudicium finium regundorum nicht angestellt werden; also

1) nicht bei praediis urbanis, sondern nur bei rusticis. Erstere heisen auch vicina, letztere confinia praedia; also bei urbanis nicht; Ratio: weil die praedia urbana s. vicina durch Mauern oder Wände geschieden werden, so ist keine confusio möglich — sagen die ICti. Sed dubito, an haec ratio vera et sufficiens sit. L. 95. de verbor. significationibus sagt: daß auch Gärten zu den praediis urbanis gehören; möglich ist also eine Confusio allemal. — Conf. L. 4. §. 10. D. h. t. da steht der Grund: er ist blos in der Iurisprudentia roman. formali zu suchen.

Die Formel paßte nicht, weil man von praediis urbanis den Ausdruck brauchte, daß sie vicina seyen und im Text vielleicht das Wort: confines l. confinia stand, so glaubten die Römer, daß da keine confusio möglich sey. Es war also ein Irrthum.

Bei praediis urbanis kann man übrigens das interdictum quod vi — aut clam anstellen.

Es giebt auch Fälle, wo diese Klage bei praediis rusticis nicht statt findet:

1) Si via publica inter praedia intercedit. Aber, wirft man ein, es ist doch möglich, daß der eine Besitzer etwas von der Straße hinweg nimmt, wodurch die Straße nach und nach weit hinüber auf des Nachbars praedium kommt? Rsp. Es findet doch das iudicium finium regundorum nicht statt, weil die Grenzen dadurch nicht in Confusion gekommen. Es findet also actio viae reiectae l. receptae statt, die auf id quod interest abzielt.
2) Si flumen intercedit, sc. publicum flumen, der dem Staat gehört.

Anders ist es: si tantummodo rivus interfluat, i. e. flumen privatum; da kann das iudicium finium regundorum statt finden, denn es läßt sich confusio gedenken.

§. 719. Iudicium finium regundorum eo tendit, 1) ut confusi fines tollantur. Daraus folgt: daß diese

Klage nicht statt findet: wenn der Actor in seinem Klaglibell anführt, daß eine vorhandene Grenze vom Nachbar überschritten worden. Denn in dem Fall ist nicht lis de confusis finibus, sondern de proprietate, nämlich: ob das Stück dieses Rains diesem oder einem Nachbar gehört. Hier findet Reivindicatio statt. Wir haben also wohl darauf zu sehen: Bei dem Iudicio finium regundorum muß die Rede von einem spatio communi seyn, und nicht von unserer Sache in specie. Unser spatium commune, die Grenzlinie und nicht unsere Sache ist in Confusion gerathen; nicht meine oder des Nachbars Sache, sondern das Spatium commune soll wieder in Ordnung gebracht, die Grenzlinie hergestellt werden. Man halte dies nicht für Spitzfindigkeit. Denn wenn ich sage: Dieser ganze Platz zwischen A und B ist mein, so stelle ich rei vindicationem an, die ex dominio fliest und es ist folglich von keiner Confusion die Rede.

2) Kann auch der Klage nicht die Exceptio praescriptionis opponirt werden.

3) Es kann sich auch der Beklagte nicht mit der Exceptione possessionis schützen. Denn bei actionibus petitoriis kommt es nicht auf possessionem an, sondern auf das Ius.

§. 720. Die verwirrten Grenzen sollen regulirt werden. Merke daher zwey Fälle: Die Lagen lassen sich
1) entweder ausfindig machen; es werden z. E. versunkene Grenzsteine ausgegraben — da werden sie wieder neu gesetzt und jedem das seinige gegeben; Oder:
2) Sie lassen sich nicht ausfindig machen; Hier ist der Richter berechtigt eine neue Grenze zu machen, und ein Stück vom Praedio des einen Besitzers dem andern zu adiudiciren, um z. E. eine gerade Grenzlinie zu machen.

Ratio: Anders kann man künftigen Processen von der Art nicht ausweichen. Jedoch ist zu merken: daß der Richter hier aequitatem nicht außer Acht lassen darf.

§. 721. Die Termini müssen derohalben aufgesucht werden. Terminus est quodvis signum ad fines agrorum indicandos legitimum.

Die gewöhnlichsten sind: Lapides
a) Grenzsteine, wenn sie eine Flur bestimmen;
b) Lagsteine, wenn sie das Eigenthum eines Privati bestimmen. Conferatur Stryck de usu moderno §. 5. h. t.

Flur

Flur ist der Bezirk einer Stadt oder Ortschaft.

Lage — ist der Bezirk eines Privateigenthums, oder der Distrikt, der die Grenzen zwischen zwey Privatgütern bestimmt.

Diese Lagsteine müssen nun verraft seyn — Eier haben, i. e. Materialien, die nicht unter der Erde wachsen, auch nicht unter der Erde verwesen: z. E. Kohlen; Glas, Ziegelsteine, Eierschalen. Denn das ist das Kennzeichen, daß der Stein eine Grenze seyn soll.

Ferner haben sie ein Zeichen: z. E. ein † oder einen Initial-Buchstaben unten und oben. NB. Wenn der Stein ausgehoben wird und man unten kein Zeichen findet, so erregt es Verdacht.

Der Modus, wie sie aufgesucht werden, ist dreyfach. Dahin gehört:

I. Ocularis inspectio. Es muß bei diesem Actu

1) eine Veranlassung seyn. Diese kann seyn, entweder, daß die Partheyen und zwar beide darum nachgesucht haben — da zahlen sie die Kosten pro rata; oder nur eine von den Partheien, so fallen die Kosten auf diese; oder endlich, daß der Richter sie ex officio verfügt — da müssen wieder beide Theile die Kosten tragen.

2) Müssen beide Theile citirt werden; sonst ist die Besichtigung einseitig, welche angefochten werden kann. Jedoch ist nicht nöthig, daß beide Theile erscheinen; wenn nur einer da ist, so kann sie vorgenommen werden, weil man vermuthet, daß der ausenbleibende Citatus sich auf den Richter verlassen wolle.

3) Werden Kunstverständige dazu gerufen: z. E. Förster, Feldmesser, Bauverständige. Diese müssen vereidet werden; ist aber gleichviel, ob die Vereidung vor- oder nachher geschieht. Ja sie ist gar nicht nöthig, wenn eine solche Person so schon generaliter vereidet ist.

4) Folgt der Besichtigungs-Actus selbst, worüber der Actuarius ein genaues Protocoll machen muß. Draussen kann er sich die Sache nur brevissimis in seinem Manual annotiren.

5) Muß ein Riß verfertigt — und ad acta gelegt werden, weil die Acta öfters an die Schöppenstühle geschickt werden. Ein anderer modus investigandi fines ist der, welcher

II. per testes senes geschieht; denn junge können hievon nichts wissen.

Aber Testes de auditu — müssen gehört werden und gelten. Der

III. Modus geschieht per instrumenta. Hieher gehören die sogenannten Grenz- oder Bezirk-Bücher, worinnen die Grenzen genau beschrieben sind. Man sollte diese Bücher an allen Orten einführen; aber wo sie noch nicht eingeführt sind, da stehen die Grenzbeschreibungen doch gewöhnlich in den Saal- Flur oder Lagerbüchern, bei welchen der Hauptplan ist, daß die Iura und Obligationes — die Onera darinnen genau beschrieben werden, die auf den Gütern haften. Auch müssen die Zeichen der Steine, die Buchstaben und Jahrzahlen darinn bemerkt seyn. Fehlt die Jahrzahl im Grenzbache und auf dem Stein, so sieht man auf seine Stimmung oder Weisung, d. i. auf die proclivitatem, die er hat. Man sagt z. E. der Stein A stimmt versus orientem, i. e. er hat eine gewisse proclivitatem dahin und alle in der Linie haben die nämliche proclivitatem.

§. 722. Wenn der Iudex neue Grenzen bestimmt, so vereinigen sich hierüber die streitenden Partheien entweder gütlich; wohl, so bleibts dabei. Nur ist zu rathen, daß man den Vergleich sammt der Charte oder den Riß ad acta lege, der Zukunft wegen. Oder sie vereinigen sich nicht; so constituirt der Iudex neue Grenzen, und endigt den Streit per adiudicationem. Adiudicatio giebt h. l. einen modum acquirendi ab, welches notable ist, denn sonst ist keine Sentenz ein modus acquirendi, als hier.

Conferatur §. 7. I. de officio iudicis.

§. 723. Das Iudicium finium regundorum zweckt auch ab ad praestationes personales, h. e. id quod interest, si alter alteri quid surripuerit.

In manchen Fällen findet statt actio directa — wenn sie a domino angestellt wird, cuius fines confusi sunt; in manchen utilis — wenn sie von andern angestellt wird, die ein Ius reale haben: z. E. Creditores hypothecarii.

Socii agrum communiter possidentes können dies iudicium finium regundorum nicht gegen einander anstellen.

Denn

Denn wo ein Praedium nicht getheilt ist, da sind keine Grenzen, wo keine Grenzen sind, ist keine confusio, wo keine Confusio ist, ist kein iudicium finium regundorum. Doch können sie actionem de communi dividundo anstellen.

§. 724. Wenn die Grenzen dolose verrückt worden, so heist das Verbrechen: Crimen de termino moto. Hoc crimen est — dolosa termini mutatio in damnum alterius facta.

Iudicium de termino moto ist ein Iudicium criminale: iudicium finium regundorum ein Iudicium civile. Bei ersterm kommt es also blos auf Strafe an. Nach dem Iure Romano war der Unterschied, ob es entweder a personis honestioribus begangen wurde; diese wurden mit der Relegation bestraft und ihnen der dritte Theil ihres Vermögens genommen; oder a personis humilioris conditionis — diese wurden zu harten Arbeiten verurtheilt.

Unsere Carolina überläst eben so wie das römische Recht dem arbitrio iudicis die Bestimmung der Strafe. Es würde auch keine allgemeine Strafe passen, denn die Arten des Criminis termini moti sind eben so verschieden, als beim Stellionat. Die Strafe ist also auch hodie willkührlich. Doch kann sie bis zur Todesstrafe extendirt werden, wenn z. E. die Grenzen zweyer Staaten dolose verrückt und dadurch Gelegenheit zum Krieg gegeben worden wäre — oder besonders wenn das Verbrechen häufig begangen wird. Auf dergleichen crimina, bei welchen ich meine Sachen wenig bewahren kann, muß allemal ein härterer Grad der Strafe gesetzt werden. Deswegen setzten die alten Deutschen auf den Diebstahl eines Pflugs den Kopf, weil man ihn auf dem Felde lassen muß.

Hier sind noch zwey wichtige Schriften zu bemerken:

1) Krebsii tractatus de ligno et lapide. Colon. Francof. et Bonnae, 1756. in 4.
2) Oettinger de iure et controversiis limitum ac finibus regundis. Augustae Vindelicorum 1690.

LIB. X. TIT. II.

Familiae erciscundae.

§. 725. Das zweyte in Iure vorkommende Iudicium ist das Iudicium familiae erciscundae.

Iudicium est actio.

Familia — hereditas.

Erciscere — ist ein alt-römisches Wort und heist: totum dividere, *ab* erctus, a, um, i. e. totum s. integrum, *et a* sciscо s. scieo, i. e. divido. Conferatur Brisson de verborum significationibus sub voce: *erciscere*. Iudicium familiae erciscundae est actio mixta, quae competit coheredi adversus coheredem, ut hereditas communis dividatur et praestationes personales fiant.

§. 726. Folgen:

1) Daß der Kläger, der dies Iudicium anstellt, den Beklagten tacite pro coherede agnoscirt. So gewiß dies ist, so scheint doch der L. 37. D. h. t. dem entgegen.

Allein das Wort *non* muß heraus, es hat sich eingeschlichen, denn in den libris Basilic. steht es nicht.

2) Daß der Beklagte die Erbschaft angetreten haben oder ipso Iure heres seyn muß.

3) Daß der Kläger vom Beklagten pro Coherede agnoscirt werden muß. Geschieht dies von dem Beklagten nicht, und setzt ihm dieser die Exceptionem iuris hereditarii deficientis entgegen; so kommts auf den Unterschied an: der Kläger ist entweder im Besitz der Erbschaft — Hier kann die Frage: ob ihm das Erbrecht zustehe, als ein Incident-Punkt in dem Iudicio F. E. gleich mit abgehandelt werden. Doch muß dieser Incident-Punkt vor allem vorgenommen werden; denn es ist ein praeiudiciale. Oder er ist nicht im Besitz der Erbschaft; Hier ist die Hereditatis-petitio actio praeiudicialis, i. e. ea, qua via sternitur ad aliam. Also stellt er

1) die Hereditatis petitionem an;

2) Das Iudicium familiae erciscundae.

Hodie kann man die beiden Klagen cumuliren, denn es sind actiones successive concurrentes.

§. 727.

§. 727. Was überhaupt von iudiciis diviſoriis gilt, gilt auch von der Specie, i. e. dem Iudicio familiae erciſcundae. Alſo kann ich auf die Theilung provociren; wenn ich anders liberam de re diſponendi facultatem habe; denn dieſe muß ich haben: quia omnis diviſio continet alienationem. Alle Theilung geſchieht nun entweder per modum emtionis venditionis, i. e. daß ich einem andern meinen Antheil an der gemeinſchaftlichen Sache um Geld überlaſſe; oder per modum permutationis; wenn ich z. E. meinem Recht auf das totum renuncire, und laß mir dafür einen partem davon geben.

Es folgt hieraus:

Alſo können Minderjährige nicht auf Theilung provociren, es geſchehe denn auf die Art, wie bei ihnen eine Alienatio möglich iſt. Hingegen iſt es nicht erforderlich, wenn er, der Minderjährige, ſelbſt zur Theilung provocirt wird; denn hier iſts alienatio neceſſaria, wobei keine ſolennia erforderlich ſind.

§. 728. Iudicium familiae erciſcundae wird von einem Erben angeſtellt und zwar contra coheredem. Wobei zu merken, daß es nicht darauf ankomme, aus welchem Grund er das Miterbrecht habe. Qu. Autem: ob die Theilung vorgenommen werden könne, wenn einer von den coheredibus abweſend iſt? Reſp. Ja, weil niemand zur Communion gezwungen werden kann. Doch muß die Obrigkeit oder der Abweſende ſelbſt, (wenn man nämlich den Aufenthalt des abſentis weis,) einen curatorem ſ. adminiſtratorem abſentis conſtituiren.

Einige glauben: abſens müſſe edictaliter citirt werden. Wir ſagen: quod non! Denn die Edictal-Citation geſchieht nur in cauſis litigioſis, welche die Theilung an ſich nicht iſt. Doch aber kann abſens laeſionem beweiſen, ſo kann er auch reſtitutionem in integrum ſuchen.

§. 729. Hereditas communis muß da ſeyn; mithin kann das Iudicium nicht angeſtellt werden, wenn die Erbſchaft ſchon getheilt iſt, denn da findet actio de communi dividundo ſtatt.

Dies iſt recht ſehr wohl zu merken. Occaſione hereditatis kann alſo das iudicium de communi dividundo vorkommen, wenn aber die Klage die Theilung unmittelbar betrift, nie: z. E. Caius, Laelius und Benignus ſind Erben. Benignus

nignus ist ein Ausländer und deswegen verlangt auch der Fiscus von ihm den Detract. Aber wider Caium sind indicia da, daß er Juwelen unterschlagen habe. Der Fiscus legt ihm also den Manifestations-Eid auf. Er schwört, und ex post kommt heraus, daß er falsch geschworen hat, er muß also die Juwelen herausgeben. Dies ist nun aber res singularis dividenda; ergo iudicium de communi dividundo locum habet.

Bei den Theilen der Erbschaft muß man betrachten:

1) Die Antecedentia. Dazu gehört:
   a) Daß diejenigen, welche die Sache ganz oder zum Theil im Besitz gehabt haben, ein Inventarium oder eine eidliche Specification herausgeben müssen. Ueberdies kann öfters das Iuramentum manifestationis gefordert werden, i. e. ubi quis iurat, se omnia, quae ad massam pertinent, specificasse, neque amplius quicquam possidere. Er kann auch die Clausul anhängen, daß er es ebenfalls getreulich anzeigen wolle, wenn ihm noch etwas einfallen sollte. Sind aber keine Indicia da, so kann der Manifestations-Eid nicht verlangt werden.
   b) Daß die Erbschafts-Massa constituirt werde.
   c) Es muß die Erbschaftssonderung (i. e. Separatio) geschehen.

      Alle Güter, die entweder gar nicht (wie z. E. die illata, legata) oder die wenigstens nicht unter alle Miterben können vertheilt werden, (z. E. feudalia) müssen separirt werden.

      Anmerkung. Bei den feudalibus succediren in der Regel nur die Masculi. Allodialia aber können unter alle getheilt werden.
   d) Was theilbar ist, muß per aestumationis peritos taxirt werden.

      Conferatur Schweds gründliche Nachricht von gerichtlich- und ausergerichtlichen Anschlag der Güter. Schwerin 1752.

§. 730. Die Division selbst. Hier ist entweder voraus zu sehen: sine multa lite totum dividi non posse, oder dies ist nicht. Im ersten Fall soll secundum L. 55. D. h. t. der Richter das Recht haben, einem die ganze Masse zuzuschlagen; jedoch unter der Bedingung, daß er den übrigen

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0474
DFG

gen heraus zahle. Im zweyten Fall unterscheiden die Erbschaftssachen, welche einer Theilung bedürfen von denen, welche ihrer nicht bedürfen. Von letztern handelt §. 732. Erstere sind entweder res, quae divisionem admittunt, diese heissen, res dividuae (§. 733.); Oder res, quae divisionem non admittunt — res individuae, eaque, l. naturaliter (§. 731.) l. civiliter, i. e. ex legis dispositione l. ex pacto individuae.

Diese, die res civiliter individuae sind:

1) Res nocivae, die ohne Gefahr nicht einem jeden anvertraut werden können: z. E. Gift, libri magici: z. E. Fausts Höllenzwang. Hae res sunt corrumpendae, non dividendae. Doch wenn sie das nicht wollen, so können sie solche einer sichern Person (z. E. einem Apotheker) geben.
2) Res scelere acquisitae: z. E. per furtum, per scortationem. Diese aut fisco cedunt, aut domino restituuntur.
3) Instrumenta (Urkunden). Diese sind:
   a) Entweder solche, welche die Familie betreffen: z. E. Stammtafeln, Adelsbriefe ꝛc. Diese werden demjenigen zu Theil, der die Güter bekommt; denn sie betreffen ja doch auch des Defuncti-Güter. Oder
   b) solche, die keine Beziehung auf die Familie haben. Da können sie sich vereinigen, daß es z. E. der oder der haben soll. Können sie sich nicht vereinigen, so gelten folgende Regeln:
      α) Derjenige soll sie bekommen, qui ex maiori parte heres est: Z. E. wo der Stammhof bleibt. Conf. L. 6. D. de fide instrumentorum.
      β) Soll auf Sexus et aetatis rationem gesehen werden. Die übrigen aber können Abschriften davon praetendiren; ja sie können auch cautionem de originalibus exhibendis verlangen, wenn sie solche etwa wozu nöthig hätten.
4) Iura, quae rei inhaerent: Z. E. Servituten können nicht getheilt werden, sie sind sine hoc fundo intelligibles.

§. 731. Res naturaliter individuae sind solche, die sich ohne Verringerung des Werths nicht theilen lassen. Z. E. ein recht passendes Gespann Pferd — oder ein Demant. Er ist zwar physisch theilbar, aber nicht natürlich; denn er würde zuviel von seinem Werth verliehren.

Die

Die Erben sind entweder einig, wem solche Sachen sollen zugeschlagen werden — gut, so bleibt es dabei; oder nicht einig. Hier ist zu distinguiren:

1) Einer bietet mehr, als die übrigen; so hat der plus licitans ein Vorrecht, wenn die andern nicht aus Armuth vom plus licitando abgehalten werden; denn ist dies, so findet die Subhastation statt.
2) Sie bieten gleich; hier kann den Vorzug praetendiren:
   a) entweder derjenige, qui maiorem rei partem habet; z. E. der älteste, welcher drey Theile hatte ꝛc.
   b) Oder sie losen, oder
   c) der Iudex constituirt einen usumfructum alternativum.

Anmerkung. Das Primogenitur-Recht giebt da keine Vorzüge.

§. 732. Res, quae divisione non indigent, sunt: *Nomina* — debita seu debitorum obligationes. Regula: Nomina sunt *ipso iure divisa* inter heredes l. immediate exlege: Z. E. Mein Vater ist gestorben, sein ganz Vermögen besteht in 2000 ausen stehenden Rthl. Sind 5 Kinder, bekommt jedes 400 Rthl. Dies gilt sowohl bei nominibus activis: z. E. Anlehen, Kaufgeldern und andern Capitalien; als nominibus passivis: Z. E. die Schulden, die Du gemacht hast. Jedoch geht es an, es können die Miterben, es kann der iudex einem coheredi alle nomina activa oder alle passiva zuschlagen.

1) Alle *passiva*; Dies muß geschehen: sine praeiudicio creditoris. Wenn der Tertius, i. e. Creditor die ganze Zahlung haben will, so muß er das Fundamentum intensionis beweisen. Er nimmt den Beweis aus dem Erbschafts-Recess.
2) Alle *activa*. Hier ist erforderlich: es muß sich dieser coheres iura cessa von den übrigen geben lassen; denn das ist die Legitimatio ad causam und ohne welche er die nomina nicht beitreiben kann.

§. 733. Res dividuae. Von diesen müssen Erb-Portionen constituirt werden. Wie dies geschehen soll, hat der Defunctus entweder im Testament verordnet; da geht es nach des Testatoris Willen. Oder das ist nicht; Hier gilt die Regel: Divisio fiat aequalis. Ratio: Man praesumirt,

sumirt, der Testirer habe einen so sehr geliebt, als den andern.

Allein es giebt doch auch hier oft aufs neue Streit, welche Portion jeder haben soll; quid inde? — Rsp. Nach dem Iure communi ist kein anderes Mittel als das Loos. Doch in Sachsen hat man das Kührrecht — ius optandi; welches inter illustres noch statt findet. Conf. Buder in amoenitatibus Iuris feudalis. observ. 222.

In Mähren, Böhmen, Schlesien und der Lausitz ist es auch noch gewöhnlich. — Kührrecht ist so viel, als Wahlrecht. Es ist anders, wenn die Personen von einerley Geschlecht sind: z. E. Brüder; da heists: maior dividit, minor eligit, i. e. der ältere theilt, der jüngere wählt. In Churſachsen gehts nur an, wenn zwey Brüder sind, im übrigen Sachsen auch bei vier; anders bei Personen utriusque Sexus. Da heists: foemina dividit et masculus eligit. Der Grund ist: man glaubt, die Weiber haben in diesem Stück weit mehr Erfahrung, als die Männer, quod adhuc demonstrandum *est*.

§. 734. Subsequentia divisionis sind zufällige Dinge. Sie entstehen theils in den Streitigkeiten über die Laesion, theils über die Eviction.

1) Ueber die Laesion. Qu. quaenam laesio sit attentenda? Rsp. Die Laesio rührt entweder daher, daß eine oder die andere Sache gar nicht mit zur Theilung gebracht worden; so ist die Regel: haec laesio reparanda est — die versteckten Sachen müssen her und zur Theilung. Conf. L. 20. §. 4. D. de communi dividundo. Oder daher, daß die Erbportion nicht mit erforderlicher Gleichheit gemacht worden. Hier ist zu unterscheiden: Laesio est:

a) l. immodica, i. e. ultra dimidium; Da ist kein Zweifel, daß ex L. 2. C. de rescindenda emtione venditione die Rescission statt hat.

b) l. modica. Hier kommt es blos darauf an: ob die Theilung gerichtlich oder ausergerichtlich vorgenommen worden. Gerichtlich — hier ist nichts mehr zu thun, sie kann nicht mehr angefochten werden. Conf. L. 36. D. h. t. Ausergerichtlich — da kann sie allerdings angefochten werden. Conf. L. 3. C. communia utriusque iudicii. Es heist in diesem Lege: daß eine reformatio

matio iudicii vorgenommen werden könne — in qua divisio non rescinditur, sed laesio corrigitur. Conf. Cocceii de remedio ex L. 3. C. all. Observatio: Nur durch diese letztere Distinction können beide hier allegirte Leges, alioquin oppositae, vereiniget werden.

2) Ueber die Eviction. Diese Lehre wird Libr. XXI. T. II. auseinander gesetzt. Der Iudex muß de cautione evictionis praestandae Bedacht nehmen. Doch, bei nominibus kommt dergleichen Streit selten vor. Rat. Denn bei der Divisione Capitalium sondert man so die sichern von den unsichern ab. Die sichern werden alsdann nur getheilt.

§. 735. Das iudicium hat auch noch den Entzweck: Praestationes personales muß jeder Administrator leisten. Die Coheredes müssen einander ex L. 25. §. 16. D. h. t. culpam levem in concreto praestiren. Ueberdies kann der Beklagte auch die Ersetzung seines Aufwandes praetendiren, ex L. 18. C. h. t. Hieher gehören auch die Kosten, die auf die Oeconomie verwendet worden sind. Wie lange? Rsp. Iur. Rom. ist kein spatium — Iure Germanico ein Monat lang; — so lang nämlich bleibt alles in statu quo.

LIB. X. TIT. III.

De communi dividundo.

§. 736. Iudicium de communi dividundo — est actio mixta, quae datur illis, quibus res quaedam singularis communis est, ad rem istam dividendam et praestationes personales.

Der Hauptumstand ist, daß das Obiect hier res singularis ist, i. e. quicquid non est universa bonorum substantia. Z. E. ager, domus, praedium — ja so gar universitas rerum: z. E. eine Bibliothek, ein Kaufmannsgewölbe, Kramladen; denn eine Bibliothek, z. E. ist noch keine universa substantia bonorum,

§. 737. Communio est facti; mithin muß sie vom Kläger bewiesen werden, wenn sie der Beklagte ex L. 4. C. h. t. läugnet. Eine Ausnahme hat Leyser Spec. 118. med.

med. 7. angeführt; da muß der Beklagte beweisen, wenn er die Communion nämlich zugiebt, nur aber behauptet, daß sie per factum quoddam aufgehoben worden. Das iudicium de communi dividundo ist anzustellen:

1) qua actio *directa* — inter eos, quibus codominium competit. Und der Grund davon ist das Codominium.

2) qua actio *utilis* inter alios, quibus ius reale commune competit: z. E. wenn sie ein Pfand haben und das Pfand eine theilbare Sache z. E. Geld ist. Auch bei denen, die z. E. usumfructum communem haben.

Qu. Wie aber? sind nicht Servitutes individuae? Rsp. Ja! aber doch das pretium kann getheilt werden; und der ususfructus ist auch als Ausnahme, eine servitus dividua.

Diejenigen, so nur ein ius personale haben, können das iudicium de communi dividundo nicht anstellen. Ratio: quia hi in ipsam rem nil iuris habent, ideoque ipsam rem dividere non possunt,

§. 738. 1) Quicquid valet de genere, valet quoque de specie; mithin steht der Theilung kein pactum entgegen; doch als Ausnahme: wenn die Communio nur ein einzelnes negotium beträfe und nur ad certum tempus eingegangen worden: z. E. es ist Krieg, und wir treten in Communion eine Lieferung zu machen, da kann keiner abgehen, ehe die Lieferung geschehen, wenn solches pacto ausbedungen worden. Ratio: unsere Gesetze verbieten nur das Pactum: ne omnino non fiat divisio.

2) Bei der Theilung selbst gelten die nämlichen principia (§. 732. im vorigen Titel.)

§. 739. Codominium ist dasjenige, quod pluribus aequali ratione competit; ergo in re communi:

1) potior est causa prohibentis, quam disponentis ex L. 28. D. h. t. Ratio: weil alle ein ius aequale haben, so kann keiner ohne des andern Einwilligung etwas ändern; denn plurima vota gelten hier nicht. Und dies geht blos darauf: wenn die andern in communione bleiben wollen, und ein Codominus sagt: nein! es muß getheilt werden — da heißts: melior est ratio prohibentis, quam disponentis. Doch excipe: wenn die Person kein Interesse dabei hat.

a) quod tibi non nocet, alteri vero prodeſt, ad id potes compelli. Dieſe Regel hebt die obige wieder auf.
b) Wenn res communis nur zu ihrer beſtimmten Abſicht angewendet worden; denn das iſt keine Neuerung.
c) Wenn die res communis gebeſſert und nicht verſchlimmert wird.

§. 740. Das Iudicium communi dividundo zweckt auch darauf ab, daß Beklagter die praeſtationes perſonales leiſten ſoll. Dieſe beſtehen darinn, die Schäden zu erſetzen, Rechnung abzulegen, und das übrige zu reſtituiren. Was aber dem einen Recht iſt, muß es auch dem andern ſeyn. Der Beklagte fordert deswegen Erſatz des Aufwands, den er bei der adminiſtratione rei communis hat machen müſſen. Rechtsmittel ſind folgende: Er hat die Sache adminiſtrirt:
1) aut tanquam rem communem. Hier kann er ſeine impenſas verlangen per iudicium de communi dividundo, vorausgeſetzt, daß die impenſae nicht etwa voluptuariae, ſondern entweder neceſſariae oder utiles ſind. Ferner müſſen die impenſae auch nicht wider Verbot gemacht worden ſeyn. Error tamen ratione perſonae non nocet. Z. E. ich glaubte, Benignus wäre Erbe, und intereſſirte mich für ihn. Nach gemachten Aufwand aber erfahre ich, daß es Laelius iſt.
2) *aut* tanquam rem ſuam. Hier ſoll er einzig und allein das Remedium retentionis haben. Eine Klage aber ſoll er nicht anſtellen können, quia neminem ſibi obligare voluit. Conf. L. 14. §. 1. und L. 21. D. h. t.

Doch die heutigen Juriſten geben auch hier eine Klage zu, nämlich die actionem in factum, welche ſo oft ſtatt findet, als ſich der andere mit meinem Schaden bereichern will. Conf. Boehmer de Actionibus Sect. II. c. 6. §. 40.

Uebrigens iſt zu merken, daß bei einem ſolchen adminiſtratore lucrum commune, aber nicht damnum commune iſt. Conf. L. 6. §. 2. D. h. t.

3) *aut* tanquam rem tertii. Z. E. Wenn einer propter damnum infectum in das Haus eines tertii immittirt wird. Hier kann der Adminiſtrator auch auſer dem remedio retentionis die actionem negotiorum geſtorum contrariam anſtellen.

LIB.

LIB. X. TIT. IV.

Ad exhibendum.

§. 741. Exhibere — die Defin. findest Du in L. 2. D. h. t. Kürzer definiren wir durch: rem praesentem alicui sistere — einem eine Sache vorlegen, um daraus zu ersehen, ob er Ansprüche darauf habe, oder nicht. Z. E. es ist mir eine goldene Dose gestohlen worden. Aber ich weis den Besitzer nicht, so kann ich von meinem iure vindicandi keinen Gebrauch machen. Nun hör ich Titius hat eine — Hui! denk ich — das wird meine seyn. Sie hat innen ein Portrait — ja, ja sie ists — das Portrait ist ein Frauenzimmer — richtig. Aber darf ich ihn angreifen? Nach strengem Rechte nicht.

Von der Exhibitione statuiren nun unsere Rechtslehrer

1) Obligationem ad exhibendum. Diese ist obligatio immediata ex lege, i. e. ex sola aequitate a lege agnita, die kein factum obligatorium voraus setzt; nach der Regel: quod tibi non nocet etc.

2) Ius ad exhibendum. Dies steht jedem zu, der ein Recht hat, die Exhibition zu verlangen.

3) Actionem ad exhibendum — haec est actio, quae datur illi, cui interest rem exhibere contra quemlibet possessorem ad id, ut exhibeat aut praestet id, quod interest. Qu. Woher entspringt denn aber diese actio? Welches ist das Factum, worauf sie sich stützt? — Rsp. Es ist keines da — immediate ex Lege entspringt also die Verbindlichkeit, daß mir der andere seine Sache zeige. Sie ist also eine actio dativa, welche mir der Legislator immediate ex Lege ertheilt, ohne daß zwischen mir und dem Tertio nur das geringste Factum vorgefallen wäre. Sie gehört unter die Seltenheiten. Denn die condictiones ex Lege setzen doch ein factum voraus, obs gleich nicht obligatorium war, sondern durch die Gesetze erst dazu gemacht wurde. Hier ist aber gar kein factum. Dies ist Seltenheit.

§. 742. Diese Actio fordert also:

1) ein Interesse auf Seiten des Klägers, i. e. daß er einen wahrscheinlichen Grund angeben kann, der ihn berechtigt, eine Klage anzustellen post rem exhibitam. *Causa probabilis*

babilis ist ein jedes ius perfectum, wegen welchem ich eine Klage anstellen kann.

2) Daraus folgt: daß sie eine actio praeparatoria sey, quae viam praeparat ad aliam. Jede Actio, die rem exhibitam betrift, kann alsdenn die actio principalis werden; mehrentheils reivindicatio. Z. E. ich finde, daß die Tose nicht mein ist, so war meine Actio nur vermeintlich praeparatorisch und ich muß also die Unkosten bezahlen. Ist sie aber mein, so ist die actio praeparatoria zu Ende, und ich stelle die Reivindication an, oder wenn ich mein Dominium nicht beweisen kann — die actionem Publicianam. Die actio ad exhibendum ist also praeparatorisch,

a) zu actionibus realibus: Z. E. Mir wären meine Pfänder abhanden gekommen, und nun höre ich, Du sollst sie haben ꝛc.

b) zu — personalibus: Z. E. es ist mir was gestohlen worden, nun höre ich Du sollst eines dergleichen Sache haben; nun klag ich ad exhibendum, um zu sehen, ob es meine Sache sey.

c) zu der actione in rem scripta; z. E. de pauperie etc. Da must Du mir das Thier vorzeigen.

3) Daß sie in der Regel nur ratione mobilium angestellt werden kann. Ratio: immobilia non latent. Excipe: Wenn ich in iusta ignorantia versire, Du aber weist die Sache besser, z. E. kennst das Gut genau, so kann ich Dich auch hier ad exhibendum belangen.

§. 743. Ich kann sie anstellen:

1) Contra possessorem civilem, i. e. denjenigen Besitzer, der die Sache in der Absicht hat, um sie zu behalten.

2) Contra possessorem naturalem, i. e. denjenigen, der diese Absicht nicht hat.

3) Sowohl contra verum (dies ist so klar) als fictum possessorem.

Qu. Wie da? Rsp. Er muß das id quod interest praestiren. Ratio: quia desiit rem possidere.

Anmerkung: Sie ist also actio personalis, und gleichwohl kann sie gegen einige Besitzer angestellt werden.

§. 744. enthält zwey Punkte:

I. Beweis dieser Klage: Du must beweisen:

1) possessionem rei.

2) Dein

2) Dein Interesse. Diesen Beweis kann man ganz kurz führen, man darf sich nur zu dem iuramento calumniae speciali offeriren, so ist man hinlänglich sicher gestellt.

II. Den *Effect* derselben.

1) Daß der Beklagte die Sache in dem Zustand lassen muß, in dem sie ante Litis Contestationem war.

2) Zuweilen wird auch der Beklagte condemnirt, daß er die rem exhibendam separire, et rem separatam exhibire. Dies muß er, so oft die Separatio nec natura nec lege impedita ist: Z. E. ein Stein, denn ich gern sehen wollte, ist in einen Ring gefaßt; der muß heraus. Ein Beispiel incontrarium aber wäre: z. E. ich hätte Deine Baustämme verbraucht — da kann ich die Separation nicht mehr vornehmen, mein Haus nicht mehr niederreisen.

Zusatz: wenn eine solche Sache separirt ist, und ich hab bewiesen, daß sie mein ist, so kann ich sie sogleich praetendiren Deswegen werden hodie diese beide Klagen wieder cumulirt.

3) Beklagter muß sogleich den Besitz räumen, so bald er der Lüge überführt worden; ex poena inficiationis. Doch bleibt ihm das petitorium offen.

4) Findet auch das Iuramentum in litem gegen den Beklagten statt, i, e. si reus aut dolo desiit possidere, aut rem non exhibet.

5) Manchmal macht der Beklagte die Caution, daß er rem exhibiren will, wenn er in die Umstände käme, daß er es im Stande wäre.

6) Die Exhibitio geschieht auf Kosten des Klägers, weil dieser allein den Vortheil davon hat. Es müste denn der Beklagte die rem exhibendam an einen entfernten Ort geschaffet haben.

LIB. XI. TIT. I.

De interrogationibus in iure faciendis et interrogatoriis actionibus.

§. 745. Interrogationes sind Fragen, welche den streitenden Partheyen zur Beantwortung vorgetragen werden. Sie werden von dem Kläger in einer gedoppelten Absicht vorgetragen:

1) Um sich von dem Beweis zu befreyen. Hieran zweifeln jedoch angesehene Rechtslehrer, weil es hier noch gar nicht auf den Beweis ankomme.

2) Ad instruendam actionem. Dazu können ihm gewisse Punkte sehr nöthig seyn: z. E. daß er nicht in die poenam plus petitionis falle. Conf. §. 33. Inst. de actionibus.

Der Beklagte war ad respondendum verbunden et responsio rei obligationem producebat quasi ex contractu. Hier ist der Unterschied zu bemerken: er hat entweder

a) geantwortet, und dies kann geschehen:

α) l. affirmando. So hats dabei sein Bewenden, er wird darnach gerichtet. Es müste denn seyn, daß er ex iusto errore etwas affimiret hätte.

β) l. negando. Hier ist das Läugnen entweder wahr oder nicht wahr. Wahr — gut, so bleibts dabei. Nicht wahr — hier findet die poena mendacii statt, i. e. cogitur, ut condemnationem in solidum praestet, da er zuvor nur einen Theil hätte praestiren müssen.

b) Oder er hat nicht geantwortet. Hier wird er pro negante gehalten und findet dabei die obligatio in solidum statt, von welcher erst sub Nro. β) die Rede war.

Hierauf gründet sich nun die actio interrogatoria, quae est actio praetoria personalis ex quasicontractu competens illi, qui in iure interrogavit adversus eum, qui interrogatus est, ut praestet id, ad quod respondendo se obstrinxit. Sie heist actio praetoria — denn der Kläger hielt sich zuerst an den Praetor, dann erst an iudicem pedaneum.

Doch

Doch hodie fällt diese Klage weg, weil der Grund derselben wegfällt. Gemeiniglich fordert bei uns der Kläger mehr, als er bekommt. Aber es konnte auch der Richter die Partheyen fragen, so oft es ihm nöthig schien; und diese Fragen haben wir noch. Jedoch thut es der Richter selten und läst lieber die Partheyen fort machen.

§. 746. Die Interrogationes finden hodie noch statt. Conf. Clementina IIda de verborum significat. und dem neusten R. A. de anno 1654. §. 41. zwar nicht propter plus petitionis poenam (quae poena in usu non est) sed tamen ad instruendam actionem. So fragt z. E. der Kläger: ob Benignus Erbe sey oder nicht? Ob er es pro parte sey? Oder ob er die Erbschaft im Besitz habe ꝛc.

§. 747. Zu den Interrogationibus zählt man sonst auch die *Positiones*. Allein ob sie gleich eine Aehnlichkeit damit haben, so sind sie doch keine species davon. Denn sie differiren:

1) darinn, daß sie einen ganz andern Endzweck haben, nämlich, sich von dem onere probandi zu befreyen; bei den Interrogationen hingegen, um seine Klage darnach einzurichten.
2) Die Positiones werden post — die Interrogationes ante Litisconteſtationem eingereicht.

Sie sind Fragstücke, worinnen das strittige factum zergliedert worden und die von einem streitenden Theil dem andern vorgelegt werden. Z. E. Wahr, daß Caius dem Sempronius sein Landgut abgekauft; wahr, daß er ihm 6000 Rthl. dafür zugestanden; wahr, daß er ihm diese 6000 Rthl. bezahlt ꝛc.

Sie sind aufgekommen, ob Ius Can.; denn dies erlaubt die Litis Conteſtationem generalem. Da geschiehts nun nicht selten, daß man Stücke mit wegläugnet, die man salvo pudore gar nicht läugnen kann. Derowegen verordnete man die Positiones, um diesen unverschämten Negationibus in der Litis Conteſtatione generali vorzubeugen.

Sie werden entweder vom Kläger oder vom Beklagten übergeben. Hier heisen sie Defensiones und werden aus den exceptionibus peremtoriis hergenommen. Dort Positiones in specie und werden aus den Hauptumständen der Klage (ex viscеribus libelli) hergeholt.

Derjenige, der die Positiones übergiebt, heist: Ponens; der andere, cui offeruntur, Ponatus. Beide Theile müssen einen Eid schwören. Ponens schwört das iuramentum dandorum, i. e. daß — die facta propria in positionibus contenta würklich — wahr seyen, und daß er die facta aliena für wahr halte.

Beide Iuramenta sind als iuramenta calumniae anzusehen, und können hodie per procuratorem geschworen werden, nur muß der Procurator speciali mandato instructus und der Eid in der Vollmacht inserirt seyn.

§. 748. Dieser §. enthält die Regeln, wie sie jetzt einzurichten sind:

1) Sie müssen post L. C. und
2) distincte et specialiter übergeben werden, i. e. daß in jedem Satzstück nicht plures propositiones enthalten sind.
3) Müssen sie dem Gegner communicirt und zugleich terminus ad quem bestimmt werden. Hier ist zu distinguiren: der Ponat beantwortet entweder die Satzstücke oder nicht. Im letztern Fall wird er pro contumace erachtet, und daher angenommen, daß er alles stillschweigend zugestehe. Im erstern Fall hingegen kann er nach dem Iure communi sowohl schriftlich als mündlich antworten. Bejaht er nun die Satzstücke, so wird der Ponent vom Beweise frey; verneint er sie aber, so hat der Ponent den Beweis der übergebenen Positionen zu führen.

§. 749. De usu hodierno positionum. Einige Rechtslehrer sagen, sie wären nicht mehr in usu, weil nach dem neusten Reichsabschied §. 37. die Litis-Contestatio specialis seyn, und generalis nicht mehr statt finden soll. Allein dem ohngeachtet behaupten die bewährtesten Rechtslehrer noch den usum de iure communi. In Sachsen, Brandenburgischen, Mecklenburgischen und Anhaltischen, sind sie längst abgeschaft. Im Rostockischen sind sie zwar geltend, aber nicht in usu. In der Schweriniſchen Iustiz-Kanzley hat man sie auch beibehalten. De iure communi gelten sie also wirklich. Beweis — der neueste R. A. §. 34 und 37. und die K. G. Ordnung. Part. 3. Tit. 15. Conferatur quoque Engelbrecht de usu forensi articulorum positionalium.

LIB.

LIB. XI. TIT. II.

De quibus rebus ad eundem iudicem eatur.

§. 750. Die Actio ad exhibendum und die Interrogationes sind praeparatorisch. Wenn diese zu Ende sind, geht die Hauptsache an, welche ob continentiam in eodem iudicio verhandelt werden muß. Daher ist hier die Rede: de continentia causarum. Diese ist eine Verbindung von mehrern Streithändeln, welche bewürkt, daß selbige bei einem Richter abgethan werden können, da sie sonst verschiedenen Gerichten unterworfen wären. Der Endzweck ist: ne lites augeantur. Der Grund liegt entweder in ipsis causis, so ist continentia ob connexitatem causarum vorhanden; oder in äusern Umständen — dann heist sie continentia ob identitatem causarum.

§. 751. Continentia ob identitatem causarum hat einen gedoppelten Grund, nämlich:

1) Den, daß die obiecta litis unter verschiedenen Gerichten, aber doch unter einem gemeinschaftlichen Oberrichter stehen. Dies ist: Identitas realis, also continentia ob identitatem realem: z. E. Ein Schuldner hat mir seine Güter verpfändet. Ein Theil liegt unter den hiesigen Neustädter, Altstädter und Bayersdörfer Gerichten ꝛc.

Ist aber kein gemeinschaftlicher Oberrichter da, so findet diese Continentia nicht statt.

2) Hat sie auch zum Grund: daß die Beklagten unter verschiedenen Unterrichtern, aber doch unter einem gemeinschaftlichen Oberrichter stehen. Diese heist:

Identitas personalis s. forum competens ob continentiam personalem. Beispiele sind leicht. Es kann hier geschehen, daß der Kläger zwey Personen zugleich in Anspruch nimmt, und dies ist der Fall, wenn der eine ein Geistlicher — der andere ein Politicus ist. Hier behaupten viele Rechtslehrer, müsse die Klage beim Consistorio angestellt werden. Allein bei den Protestanten statuirt man dies nicht, weil das Consistorium apud Protestantes hierinn keinen Vorzug hat. Am besten ist es, man wendet sich an den Principem und bittet, einen Commissarium zu constituiren um die Kosten zu vermeiden.

§. 752. Connexitas causae adest, si cognitio unius dependet a cognitione alterius aut saltim per alterius cognitionem facilior redditur.

Die Fälle sind folgende:

1) Wenn eine Sache praeiudicialis von der andern ist.
2) Wenn eine Sache präparatorisch von der andern ist: z. E. Actio ad exhibendum ist präparatorisch zur rei vindicatione. Doch was das Possessorium und Petitorium betrift, so zweifeln einige Rechtslehrer: z. E. Putter in tract. de praeventione cap. 5. §. 58. in opusculis suis; et Hommel in rhapsod. obs. 83. daß sie in einem Iudicio zu tractiren seyen: Andere z. E. Werlner in observ. forens. Part. 1. observ. 305. behaupten, daß es schlechterdings Schuldigkeit sey, daß wo das Possessorium angestellt worden, auch das Petitorium angestellt werden müsse.
3) Die incidentes causae sind auch connex.
4) Causae ex eadem negotio emergentes: z. E. wenn der eine actionem directam ex contractu angestellt hat, der andere actionem contrariam: z. E. ich habe dem Caius Geld gegeben mir ein Pferd zu kaufen, und weil ich denn von ihm weder Geld noch das Pferd sehe, so klag ich directe; er aber klagt ex eodem contractu contrarie, daß das Geld für Reisekosten aufgegangen sey, und er noch überdies ein kleines Laus Deo! von 20 Rthl. habe, die er praetendire, theils für Ausgaben, theils aber für Versäumnisse. Oder wenn der Advokat sein Salarium fordert, daß er in einem Proceß bei diesem Iudicio verdient hat.

Anmerkung. Wenn das Forum continentiae causarum ob connexitatem gegründet seyn soll, so wird allemal praesupponirt, daß der Iudex die Art von Iurisdiction haben müsse, welche zur Entscheidung der Causae connexae erforderlich ist. Daher muß oft das Petitorium und Possessorium von einander getrennt werden.

LIB. XI. TIT. III.

De servo corrupto.

§. 753 — 54. Da bei den Römern der Fall häufig vorkam, daß man entlaufenen Sklaven heimlich einen Aufenthalt gab und sie zu allerley Verbrechen verleitete; so muste das Gesetz de servo corrupto gegeben werden, nach welchem dem Domino servi die Klage contra corruptorem zustand, welche auf Schadensersetzung und regulariter auf das Duplum gieng. Sie war actio poenalis und fand statt, wenn einer dem Sklaven des andern nur einen bösen Rath gab, ob gleich der Rath keine üble Folgen hatte.

Utiliter findet diese Klage allerdings auch bei uns noch statt: z. E. gegen den, der unsere Kinder, unsere Weiber oder auch unsere Kinder verführt.

LIB. XI. TIT. IV.

De fugitivis.

§. 755 — 56. Fugitivus ist einer, der in der Absicht davon läuft, zu seinem Herrn nicht mehr zurück zu kehren. Erro — derienige, welcher blos negligeant ist, herumlauft, jedoch die Absicht wegzubleiben, nicht hat.

Einen solchen Flüchtling konnte der Dominus überall vindiciren, denn der servus war als res anzusehen, und eben deswegen fand auch contra detentorem fugitivi die Actio furti statt.

Bei uns sind die Servi l. homines proprii l. conductitii.

1) Homines proprii sind in einem persöhnlichen nexu. Sie haben also kein Recht zu entlaufen. Thun sie es doch, so hat der Dominus
   a) Das Avocations-Recht;
   b) Das Recht Schadensersetzung zu fordern;
   c) Das Recht, ihn mit einer gewissen Strafe zu belegen.
2) Servi conductitii (unsere Domestiken) stehen gleichfalls in einem persöhnlichen nexu mit uns, haben sich zu gewissen Dien-

Diensten engagirt, und dürfen vor der Zeit diesen Dienst nicht verlassen, es wäre denn, daß sie zu hart tractirt würden; oder daß man zu viele Arbeit von ihnen forderte und sie dabei das Hungerleiden lehren wollte. Bei uns müssen sie gewöhnlich $\frac{1}{2}$ Jahr vor ihrem Austritt aufkündigen.

Entlaufen sie vor der Zeit ohne gerechte Ursache, so nimmt man auf ihre Unkosten andere in die Dienste. Sie stehen in Contract. Und wenn in contractu locat. conduct. schon culpa levis praestirt werden muß, so ist um so viel leichter einzusehen, daß von unsern entlaufenen Domestiken dolus praestirt werden müsse. Leyser wirft alleg. loco die Frage auf: Ob der Famulus zur Schadensersezzung verbunden sey, den der Herr gehen heisse? Rsp. Es ist nichts allgemeines zu bestimmen, sondern es kommt auf Gewohnheit und andere Umstände an. Der Herr kann diese Redensart gewohnt seyn und bei jeder Gelegenheit sagen: der Famulus solle sich fortpacken. Aber dies berechtigt ihn noch nicht davon zu gehen, wenn sein Contract noch nicht zu Ende ist.

Wenn der Bediente die Staats-Livrée mitnimmt, so kommt ein gedoppeltes Delictum zusammen, fuga und furtum. Wenn er aber die Alltags-Livrée nach einem Jahr mitnimmt, so ist er kein Dieb; denn er hat sie verdient. Nimmt er sie vor dem Jahre mit fort, so ists interversio, denn er hatte doch schon ein Ius darauf.

LIB. XI. TIT. V.

De aleatoribus.

§. 757 — 58. Aleator ist bei den Römern kein Spieler, sonderrn der allergröste Schurke. Kurz, wenn einer in seinem Leben nicht gespielt hatte, so nannten ihn die Römer doch Aleatorem. Es war also der gröste Schimpfname, und deutet einen Menschen an, der sich keiner Niederträchtigkeit schämt. Bei uns heist es hier, was wir κατ' ἐξοχην einen Spieler nennen. Alea itaque est actus, in quo fortuna praedominatur. Ludi sind reciproke Schenkungen, die

die sub quadam conditione versprochen werden. Die Spiele sind überhaupt:

1) solche, bei welchen der Gewinn allein von einer gewissen Geschicklichkeit abhängt. Dahin zu rechnen das Schachspiel, und bei den Römern — das Ringen und Wettlaufen mit Lanzen und Wurfpfeilen, das Kämpfen mit wilden Thieren. Aber — quod probe notandum — ja nicht quaestus causa, denn dergleichen Personen wurden für ehrlos gehalten.
2) Glücksspiele, bei welchen der Gewinn allein vom Glück dependirt: z. E. das Würfelspiel, die Lotterien oder Glückstöpfe (urnae fortunae).
3) Solche, die zum Theil vom Glück, zum Theil aber von der Geschicklichkeit der Spieler dependiren. Dahin gehört z. E. bei uns das L'hombre-Spiel.

Nun ist zu merken: die Spiele sind iure naturae nicht verboten, weil sie pacta conditionata sind. Aber wenn sie darauf abzielen, den andern um einen beträchtlichen Theil seines Vermögens zu bringen, so sind sie auch schon nach dem Naturrecht nicht erlaubt. Die Römer giengen noch nicht, sie verboten alle Hazard-Spiele. Jedes Commerce-Spiel aber kann dazu gemacht werden. Wir müssen also nicht auf den Namen sehen, sondern auf das Quantum, um welches gespielt wird.

Nach dem Naturrecht bin ich verbunden dasjenige zu bezahlen, was ich verlohren habe. Allein diese Obligation haben die Römer reprobirt, i. e. ihr allen Effect benommen; denn ich durfte nicht einmal den Gewinner bezahlen, wenn ich auch wollte. Hatte ich schon bezahlt, so hatte ich die Condictionem ex L. ult. C. de aleatoribus gegen den Gewinner. Diese Klage stund mir, meinen Erben und jedem ex populo, auch dem Fisco 50 Jahr lang zu und zwar:

1) Contra lusorem;
2) Contra patrem eius.

Ueberdies giebt es noch andere Odiosa für die Spieler im Iure Romano:

1) Daß ich zum Spiel vorgeliehenes Geld nicht wieder forfordern soll.
2) Wer verbotene Spiele erlaubt, soll keine Schadensersetzung verlangen dürfen.

3) Die

3) Die Geistlichen sollen sub poena suspensionis nicht beim Spiel zugegen seyn.
4) Diejenigen, welche einen zum Spiel gezwungen haben, sollen mit Geld oder Gefängnißstrafe belegt werden.

NB. Es ist gleichviel, ob man einen zum Anfang zwingt, oder im Spiel zu continuiren.

Was aber für Gefängnißstrafen statt haben sollen, ist nicht deutlich aus den LL. zu ersehen. Einige reden von einer Lautumia; dies heist aber bisweilen soviel, als lapicidinia, bisweilen soviel als Carcer; letzteres muß hier angenommen werden, wie Noodt in comment. ad h. t. gezeigt hat.

§. 759. Qu. Ob das Ius Romanum noch in usu sey?
Rsp. Viele ICti sagen: nein! denn
1) spielten unsere Fürsten selbst, mithin könnte das Spielen nicht verboten seyn.
2) Die Fürsten wüsten auch, daß Karten verkauft würden und gäben Privilegia drüber her.

Allein! daß die Fürsten spielen, daraus folgt noch nicht, daß die Unterthanen auch spielen dürfen. Ueberhaupt darf von den Gewohnheiten des Hofs nie auf die Subditos geschlossen werden. Und daß die Fürsten Karten erlauben, daraus folgt nicht, daß auch erlaubt sey, um beträchtliche Summen zu spielen. Daher findet bei uns auch keine Klage wegen einer Spielschuld statt, es sey denn, daß eine andere Causa debendi substituirt würde. Alsdenn wird nicht ex lucro sondern ex transactione geklagt und es kommt nicht darauf an: quae et qualis causa transactioni antecesserit, sed quid transactum sit. Sed quaeritur: ob die Condictio ex L. ult. C. de aleatoribus noch statt habe?

Rsp. Viele sagen: Nein! und berufen sich auf die Fußknechtsbestellung in dem R. Abschied de Ao. 1570. Allein die geht nur auf die Soldaten und die Condictio muß allerdings noch gelten, es sey denn, daß in den Landesgesetzen eine Summe festgesetzt wäre, welche bezahlt werden sollte. Man kann aber doch auch in diesen Fällen das Geld repetiren, wenn
1) betrogen worden, oder:
2) einer der nicht liberam disponendi facultatem hat, verlohren hat, oder;

3) Da-

3) Dadurch die Kinder im Pflichttheil laedirt worden, oder:
4) Das Bezahlte über 500 solidos ausmacht und nicht gerichtlich insinuirt worden.

§. 760. Sponsiones sunt reciprocae promissiones de aliqua re praestanda in casu dubio existente. Man hat besonders zu merken: daß beide Theile im Zweifel stehen müssen. Wenn ich z. E. gewiß wüste, daß unsere beiden Kaiserhöfe mit dem Abdul Hamid Friede gemacht hätten und mein Onkel wüste nichts davon, so könnte ich nicht mit ihm darüber wetten. Man sagt der L. 3. h. t. verböte die Wetten; allein der L. 3. h. t. wie man gleich aus dem nächst vorhergehenden sieht, bezieht sich blos auf die Wetten beim Spiel. Andere Wetten sind erlaubt und die Regel hiebei ist:

Quaecunque conditiones conventionibus ultimisque voluntatibus adjici possunt sub iisque sponsiones licite ineuntur.

Bei andern Bedingungen findet auch keine Wette statt.

§. 761. Die Wetten sind eine Art von Pactis; daher was von Pactis gilt, gilt auch von Wetten. Daher macht
1) dolus causam dans die Wetten ungültig. Zum dolo causam dante gehört hier besonders, wenn jemand schwankend oder zweydeutig redet. Conferatur Schilter in exercitationibus ad D. Exerc. 21. §. 23.
2) Gelten die Wetten nicht über etwas, daß nicht in potestate des Wettenden ist: z. E. wenn man seinen Kopf verwettet.
3) Unmäßige Wetten sollen a iudice ex arbitrio moderirt werden, damit keiner zu Grunde gerichtet werde.

§. 762. Eine Art der Wette ist auch die Lotterie.

Die Lotterie ist eine Art von emt. vendit. wo nämlich einer für ein kleines gewisses Pretium einen grössern möglichen Gewinn kauft.

Lotterien dürfen nicht von Privatis sondern publica auctoritate gehalten werden.

LIB. XI. TIT. VI.

Si mensor falsum modum dixerit.

§. 763. Mensor ist einer, der überhaupt Sachen, nicht Grundstücke allein geometrisch ausmißt.

Der Ausdruck: falsum modum dicere heist: den Gehalt der Sache unrichtig angeben. Noch besser Latein wäre es wenn es hies: renuntiaverit; denn modum renuntiare heist bei den Römern den Gehalt einer Sache angeben. Was in diesem Fall Rechtens seye, soll uns dieser Titel lehren. Es kann daraus viel Schaden entstehen; daher findet Actio in factum ad id quod interest gegen die mensores statt. Doch ist zu distinguiren:

Der Venditor hat entweder von der verkauften Sache ein Quantum angegeben und sie darnach verkauft; hier muß er das angegebene Quantum gewähren; oder nicht, sondern er hat gesagt: er verkaufe sie wie sie sey, und ich habe nun die Sache ausmessen lassen, habe aber ein falsches Maas erfahren; hier kann man nicht contra venditorem klagen, sondern man hat hier contra mensorem die Actionem in factum. Hier hat der Venditor übrigens ein Quantum angegeben, und es fehlt am Ende, so ist er:

1) entweder solvendo; da muß er id quod interest praestiren.
2) Oder nicht solvendo — so findet in subsidium contra mensorem die Actio in factum statt.

Daß sie nur in subsidium statt findet, hat den Grund: weil man das Ausmessen für eine sonderlich schätzbare Kunst hielt, daher glaubten die Römer, ein Mensor seye nicht ex locatione conductione verbunden, weil seine Operae liberales wären. Es wurde auch das, was der Mensor bekam, nicht merces sondern honorarium genennt. Man nahm ferner an, es seye eine Wohlthat, wenn einer etwas ausmäße; daher hatten Mensores nur dolum et culpam latam zu praestiren. Daher hat nun actio in factum contra mensores eine ganz besondere Natur. Sie wird auf Seiten des Laesi, als actio rei persecutoria angesehen, und mithin kann sie auch von den Erben des Laesi angestellt werden. Auf Seiten des Beklagten aber als actio poenalis, und also gieng sie nicht wider die Erben. Aber wenn plures mensores falsum modum

dum angesagt haben, gieng sie in solidum. NB. Hodie aber geht sie auch wider die Erben.

§. 765. Ueber den Usum der Klage haben Huber und Thomasius geschrieben. Huber in praelect. ad D. h. t. sagt: der Titel sey noch völlig in Usu. Thomasius aber behauptet das Gegentheil. Er sagt: unsere Feldmesser wären so angesehene Leute nicht, sondern mehrentheils Handwerksleute; daher müste man sie als Conductores beurtheilen. Man muß aber distinguiren; ob sich Mensores

1) noch in dem Zustand befinden, welchen das Ius Romanum voraussetzt: z. E. es läst sich ein Professor Matheseos erbitten etwas auszumessen — hier hat der Titel noch völlig statt;
2) Oder das ist nicht; so ist auch der Titel nicht zu brauchen, sondern man muß die Sache ex locatione conductionis beurtheilen.

LIB. XI. TIT. VII.

De religiosis et sumtibus funerum, et ut funus ducere liceat.

§. 766. Es ist nach dem Iure Romano jeder Ort, wo ein Todter begraben worden, locus religiosus; deswegen war er auch locus hominum commercio exemtus, und daher war es nicht erlaubt einen Todten in loco alieno zu beerdigen. Gegen den, der es that, fand actio in factum statt. Sie gieng dahin, entweder den Todten wegzuschaffen, oder den locum zu bezahlen. Ja derjenige, welcher einen Todten in loco alieno begrub, wurde noch überdies mit einer poena pecuniaria belegt. In suo loco stund es Iure Romano jedem frey, seinen Todten, wo er wollte, zu beerdigen, nur in Städten nicht — da wurde es nur als ein singulare privilegium erlaubt.

§. 767. Diese Verordnung des römischen Rechts fällt hodie weg.

1) Die Gräber sind bei uns nicht mehr res religiosae; denn die religio manium cessirt.

2) Die Todten dürfen auch nicht an jedem Ort mehr beerdigt werden, sondern in den Coemeteriis (Gottesäckern).

Coemeterium ist ein Ort, der publica auctoritate zum Begräbnis der Todten bestimmt ist.

Diese Coemeteria kamen per superstitionem auf. Man statuirte eine Communionem mortuorum; daher der Unsinn, daß diejenigen, die heilig seyn wollten, sich nahe an der Kirche begraben liessen, weil die Gebeine der Heiligen in den Kirchen lägen, da dachten sie kommen wir in die Gesellschaft dieser Personen. Doch, sagt Hellfeld, hätte man die Coemeteria ob publicam utilitatem beibehalten. Und es liegt allerdings dem Staat viel daran, daß die Todten unter öffentlicher Aufsicht begraben werden. Uebrigens gehöre die Errichtung der Coemeteriorum sec. Ius Canonicum zur Bischöflichen Gewalt. Und bei uns haben dies Ius die Consistoria, ob mit Grund? — wird bezweifelt. Denn die Coemeteria sind entweder contigua — die in atriis templorum errichtet worden; Hierauf sollen die Consistoria ein gegründetes Recht haben, weil der Gottesacker hier ein accessorium von der Kirche ist, über welche die Consistoria die iurisdictionem ecclesiasticam haben. Oder sie sind separata — die aussen vor der Stadt errichtet worden. Hier sollen, sagt Hellfeld — mit dem alten Böhmer: sollen sie dies Recht nicht haben. Allein auf diesen Unterschied kommt es nicht an; denn die Consistoria sind tempore reformationis an die Stelle der Bischöffe getreten; mithin haben sie ihre Rechte erlangt, mithin sind sie auch in das Ius circa coemeteria eingetreten.

§. 768. Coemeterium est locus publicus. (§. 767.) Daraus folgt:

Keinem Privato steht in der Regel ein besonderes Recht auf einen besondern Ort im Gottesacker zu; excipitur tamen: wenn einer speciali titulo: z. E. durch eine besondere Concession, oder auch durch Kauf vom Consistorio — per praescriptionem sich ein solches Recht acquirirt hat. Denn alsdenn ist dies Recht instar servitutis in re universitatis zu betrachten. Hinc sepulcra sunt, l. communia, wo jeder von der Gemeinde das Recht ohne Unterschied hat, sein Begräbnis zu verlangen; l. privata, auf welche einem ein besonderes, ausschliessendes Recht zusteht. Diese sind wieder gedoppelter Art.

1) Se-

1) Sepulcra hereditaria — wenn einer das Ius sepeliendi für sich und seine Erben entweder a testato oder ab intestato acquirirt hat.
2) Sepulcra familiaria — wenn einem das Ius sepeliendi nur für sich und seine Familie concedirt worden und er es folglich nicht auf quoscunque heredes transferiren kann.

Familie bedeutet bisweilen alle Descendenten, bisweilen aber blos die Agnaten. Welche Bedeutung nun in casu obvio statt finde, dies muß ex litteris concessionis oder ex observantia beurtheilt werden.

§. 769. Das Begräbnis ist also ein Ius non omnino liberum; nach der Regel: quilibet in coemeterio parochiali sepeliendus est; weil das Ius funerandi zu den iuribus parochialibus gehört. Wenn daher jemand sich einen andern Ort zu seinem Begräbnis wählt, so muß er:
1) Die funeralia (dies sind die sogenannten Iura stolae) an dem Ort, wo er verblichen, doch bezahlen.
2) Muß es auch der Obrigkeit eines jeden Bezirks, wodurch der Tode transportirt werden soll, angezeigt und der Todtenschein aufgewiesen werden. Ratio: ut quilibet iudex scire possit, quo mortis genere defunctus perierit. Conferatur Schilteri exercit. 21. §. 31. Die Ratio ist hier, der Verheimlichung des Todschlags vorzubeugen.

Hieher gehört noch die Frage: Ob der Pastor dieses Orts, wodurch die Toden transportirt werden, die funeralia praetendiren könne? Rsp. In der Regel nicht; doch aber
1) wenn eine Liturgie verlangt wird,
2) wenn es durch Observanz hergebracht ist. So ists sogar in manchen Städten, wenn der Tode durch andere Straßen geführt wird, daß die Iura stolae dem Pastori an der oder jenen Kirche entrichtet werden müssen.

§. 770. Sepultura — est actus, quo cadaver humanum humatur.

Wenn nun die Beerdigung mit gewissen Feyerlichkeiten z. E. Läuten, Singen, Parentationen ꝛc. begleitet ist, so heist sie: Sepultura solemnis; minus solemnis, wenn sie ganz in der Stille verrichtet wird.

Man theilt auch das Begräbnis ein, in sepulturam honestam et inhonestam. Jenes, ist cum honore verbunden, i. e. wenn die Leiche more consueto zur Erde bestattet wird,

es sey mit Feyerlichkeiten oder ganz in der Stille. Unter Christen wird es auch: sepultura christiana s. ecclesiastica genennt. Dieses aber ist gedoppelter Art. Es geschieht:

1) entweder more humano, und nicht von Henkersknechten, sondern der Tode wird nach Verordnung des Consistorii etwa ausserhalb der Mauer der Stadt oder des Kirchhofs beerdigt; dies heist sepultura inhonesta simplex, und findet bei Nichtswürdigen von verschiedener Art statt.
2) Oder es wird vom Henker verrichtet, i. e. si cadaver per excoriatorem protrahitur atque in loco inhonesto instar animalis projicitur — sepultura asinina s. canina, welches allemal vom Criminalrichter und nie vom Consistorio bestimmt wird.

Obs. Im Hellfeldischen Compendio heist es per carnificem; allein dieser ist nicht persona inhonesta, sondern excoriator, der Schinder, Abdecker oder Rasenmeister, wie er sonst genennt wird.

Conferatur D. Plitt. Diss. de levis notae macula secundum Ius Germanicum. 1783. worinnen die Gründe derer, welche auch die Scharfrichter für unehrlich gehalten wissen wollen, hinreichend widerlegt werden. Eine vortrefliche Schrift, die sowohl hier, als bei dem §pho 385. ganz nachgelesen zu werden verdient.

Merke hiebei:

a) In der Regel gehört sich sepultura solennis bei jeder Beerdigung, und also kann der Geistliche durchgehends funeralia praetendiren.
b) Minus solennis findet als Ausnahme statt. Man muß aber Dispensation dazu haben, und die funeralia bezahlen.

§. 771. Sumtus funeris, i. e. omne id, quicquid sepulturae causa erogatum est. Nach dem Iure Canonico soll jeder gratis beerdigt werden und doch sollen die funeralia dem Geistlichen gegeben werden. Wie das zu vereinigen sey, lehrt der Pabst, Cap. 42. X de Simonia, wo er sagt, es sey zwar nicht iuris, aber doch eine löbliche Gewohnheit, und deswegen müsten sie entrichtet werden, obgleich jeder Tode gratis beerdigt werden muß. Sumtus funeris müssen von dem eigenen Vermögen des Defuncti bestritten werden, nach der Regel: quilibet sepeliendus est ex proprio. Hat er nichts,

nichts, so sind entweder Personen vorhanden, die zu Bestreitung der Beerdigungskosten verbunden sind: z. E. der Vater muß seine Kinder, der Ehemann seine Frau beerdigen lassen; oder es sind keine solche Personen da. Hier gilt die Regel: Defunctus in forma pauperum sumtibus publicis sepelir debet.

Uebrigens giebt es Rechtslehrer, welche behaupten, daß alle diejenigen, welche den Defunctum bei Lebzeiten zu veralimentiren verbunden gewesen wären, auch die Beerdigungskosten bestreiten müssen. Dahin gehört z. E. Stryck in usu moderno h. t. §. 42. Allein der Schluß ex obligatione alimentandi auf die Verbindlichkeit zu den Beerdigungskosten ist falsch. Im Fall der Defunctus einen Leibcontract mit mir geschlossen und mir sein ganzes Vermögen, bis auf so viel, was er zu seinem Unterhalt braucht, überlassen hat, ist Strycks Meynung richtig; ausserdem aber nicht. Die Unkosten fallen also auch hier auf den Fiscus.

§. 772. De Cura funeris. Nach dem Tode des Defuncti muß jemand die Sorge für dessen Beerdigung übernehmen. Qu. Wer aber? Rsp. distinguendo: Der Defunctus hat entweder jemand die Besorgung selbst aufgetragen, so steht sie diesem ex mandato zu und der Erbe darf nicht widersprechen; oder dies ist nicht — hier ruht die Verbindlichkeit der Beerdigungsorge auf dem Erben. Und wenn dieser seine Obliegenheit nicht erfüllt, so soll ob utilitatem publicam jeder ad curam funeris berechtigt seyn. Wer sich nun hier der curae funeris unterzieht, der kann die sumtus von der Verlassenschaft des Defuncti praetendiren oder die Wiedererstattung derselben vom Erben verlangen.

Qu. Welche Klage steht ihm zu? Rsp. Der Curator funeris ist

1) entweder Miterbe — hier findet das Iudicium familiae erciscundae statt.
2) Oder er hat die Beerdigung ex mandato defuncti besorgt — so hat er die Actionem mandati.
3) Oder er ist weder Erbe noch Mandatarius — hier heist die Klage: actio funeraria. NB. Beim Concurs kommt der, welcher diese Klage hat, gleich in die erste Klasse, weil die Cura funeris als ein Werk der Menschenliebe angesehen wird.

§. 773. Der Curator funerum kann seinen Aufwand ersetzt verlangen; ausser in dreyen Fällen:

1) Wenn er den Aufwand pietatis und also donandi causa gemacht hat; nemo enim in praeiudicium tertii animum mutare potest.

2) Wenn er zuviel Aufwand machte; denn er kann nur so viel aufwenden, als nach Stand oder Vermögen aufgewendet werden soll. Dies müssen Landesgesetze bestimmen, nämlich wie viel? — Wo aber keine Landesgesetze sind, dependirt es ab arbitrio iudicis. Voluntas defuncti entschuldigt den Curatorem nicht immer, beim Aufwand; besonders wenn ein Concurs entsteht, da wird ein solcher Aufwand ohne Pardon gerichtlich moderirt.

3) Wenn der Curator gar zu wenig Aufwand gemacht und den Defunctum dadurch beschimpft hat. Deswegen merke man die Cautel: man lasse sich von der Obrigkeit eine Vorschrift geben.

§. 774. Zu den Leichenkosten rechnet man alles, was zum Anstand erforderlich war: z. E. Funeralia, Transport-Kosten, die (zum Glück der Verwandten immer mehr abkommende) Trauerkleider, die die Familie des Defuncti bekommen müsten. Solche vestes lugubres wurden sowohl suis als emancipatis gegeben, weil man glaubte, daß die Trauer in honorem defuncti geschähe. Repetens vero sumtus probare debet, e. g. per apochas. Bisweilen kann sich auch der Repetens zur eidlichen Specification, statt der Bescheinigung, erbieten: z. E. bei Kleinigkeiten, wenn nämlich der Aufwand nicht zu gros ist.

LIB. XI. TIT. VIII.

De mortuo inferendo et sepulcro aedificando.

§. 775. enthält zween Edicte.

Das 1. handelt de mortuo inferendo und hat alsdenn statt, wenn ich ein Ius in alieno fundo mortuum inferendi habe, und der Dominus huius fundi alieni hindert mich daran. Leider die Sache keinen Aufschub, so laß ich alsdenn meinen Todten einstweilen an einem andern Ort begraben und komme mit

mit diesem Edict gegen ihn zum Vorschein. Verliehrt er, so muß er mir die Unkosten ersetzen, und ich habe das Recht, den Todten dort wieder herausgraben zu lassen und ihn in fundo suo zu inferiren.

Das II. Edictum de sepulcro aedificando geht auf den eigenen Fundum. Derjenige, welche die Servitutem aedificationem sepulcri impediendi zu haben vorgiebt, muß sie beweisen, praedia enim praesumuntur libera.

LIB. XII. TIT. I.

De rebus creditis.

Nun folgt die Lehre von den Contracten, welche eine der wichtigsten in den D. ist. Wir wollen uns vorläufig eine kurze Uebersicht zu verschaffen suchen. Contractus sunt l. vere tales l. quasicontractus. Contractus vere tales iterum sunt l. nominati l. innominati. Von den nominatis haben wir vier Gattungen.

Sie sind folgende:

1) Contractus reales.
2) — — — consensuales.
3) — — — litterales.
4) — — — verbales. Von den realibus sind wieder vier Species zu merken:

1) Mutuum,
2) Depositum,
3) Commodatum,
4) Pignus. Mit dem Mutuo wird im folgenden §. der Anfang gemacht.

§. 776. Credere — fidem alicuius sequi — einem etwas auf Borg geben — recht schön Latein. Dies findet bei den mehresten Contracten statt. Demohngeachtet wird h. l. nur von dem Mutuo gehandelt, weil man sich da hauptsächlich auf Treu und Glauben eines andern verlassen muß.

§. 777. Mutuum (Anlehn- oder Anlehnscontract) ist ein Contractus realis, wodurch einer dem andern verzehrliche

liche Sachen zum Eigenthum übergiebt, und den Empfangnehmer verpflichtet, Sachen von der nämlichen Art, auch von der nämlichen Qualitaet und Quantitaet wieder zu geben.

Creditor — Anlehnsgeber, Debitor — Anlehnsnehmer. In sensu latiori heißt Creditor jeder, der aus diesem oder einem Grund etwas zu fordern hat — ex quacunque causa sagen die Gesetze. H. l. im strengen Verstand derjenige, der einem ein Anlehen gegeben hat. In sensu strictissimo aber heißts der, so dem andern baares Geld vorgestrecket hat.

§. 778. Das obiectum mutui ist res fungibilis, i. e. eine solche, die durch ihren Gebrauch sichtbarlich verzehrt wird. Also findet das Mutuum nicht nur statt bei Geld, sondern auch bei andern verzehrlichen Sachen: Z. E. Wein, Bücher können einem zum Anlehen gegeben werden.

Eben durch das Obiect differiren mutuum und commodatum. Letzteres hat zum Obiect rem non fungibilem; ersteres fungibilem.

§. 779. Mutuum perficitur traditione. Daraus folgt, daß das pactum de mutuo von dem contractu mutui unterschieden seyn müsse.

1) Pactum de mutuo ist das Versprechen, daß man einem eine rem fungibilem zum Anlehn geben wolle. Mutuum aber erfordert, daß die Tradition schon geschehen sey. Denn actio mutui geht auf die Restitution der tradirten Sache.

Davon ist die Actio, die aus dem Pacto entsteht, hodie ganz verschieden. Sie geht dahin, daß mir einer die rem promissam zum Anlehen gebe.

2) Gilt auch die Regel: Quicquid non est traditum, non debetur ex mutuo.

Aus dem Mutuo können auch keine usurae gefordert werden, ex L. 24. de praescriptis verbis; nicht einmal, wenn der Debitor in mora versirt.

Es geht auch nicht an, daß der Creditor sich per pactum adiectum usuras ausmache. Ratio: weil mutuum ein negotium sua natura gratuitum ist. Aber das geht an, daß man accedente stipulatione, i. e. durch einen besondern Contract sich Zinnsen ausdinge. Doch, hodie gehts auch per pactum an; ja nach den Reichsgesetzen können auch von jedem Schuldner Verzugszinnsen gefordert werden. Conf. Boehmeri diss. de usuris pecuniae mutuatae. Es kommt beim mutuo nicht darauf an, ob die traditio vera oder ficta sey.

Ficta

Ficta, . e. ubi fingitur, rem tradi illi, qui eam ex alia causa iam possidet: z. E. es bittet sich einer bei mir 100 Rthlr. zum Anlehen aus: er hat von mir Kapitalien in deposito; ich sage also: er soll sie von diesen deponirten Geldern nehmen.

§. 780. Der Accipiens wird dominus von der re mutuo data, und zwar zufälliger Weise, weil er die rem mutuo datam nicht anders brauchen kann, als daß er sie consumirt.

Conf. Walchii Controv. Iuris —

wo von dem Streit die Rede ist: ob denn das Mutuum also eine Alienation enthalte? Die Frage muß mit der nöthigen Distinction beantwortet werden: Die res mutuo datae sind

1) entweder species — z. E. 10 Louisd'ors.

Hier geschieht allerdings eine Veräusetung; Beweis:

A) weil alle Effectus dominii bei dem Debitore statt finden.
   a) Er hat liberam disponendi facultatem,
   b) Er hat das ius vindicandi,
   c) Er muß das periculum tragen, wenn sie z. E. gestohlen werden.

B) Weil Leges da sind, die das beweisen: Z. E. Princ. Inst. quibus modis re contrahitur obligatio. Da sieht, daß man mutuum herleite, von: quia ex meo fit tuum. Accedit: L. 41. D. de rebus creditis, wo es heißt: *credendo numos alienare*, welches deutlich genug ist. Oder:

2) quantitates. Was die Quantität anlangt, diese hat der Creditor durch sein Anlehen nicht veräusert. Hieraus sieht man: daß der ehemaliche grose Streit hierüber im Grunde blos Logomachie war. Man kann beides behaupten. Ratione qualitatis et quantitatis geht freylich keine Veräusserung vor; aber ratione speciei ist es unläugbar, daß sie veräusert wird.

§. 781. Das Mutuum enthält also quodam respectu eine Alienation. Daraus folgt: daß nur diejenigen, welche freye Disposition über ihr Vermögen haben, veräusern können. Mithin kann

1) ein Tertius rem meam nicht veräusern.
2) Minderjährige können, ohne Vorwissen des Vormunds nichts veräusern. Wie aber, wenn es doch geschehen? Rsp. Res mutuo data ist entweder noch vorhanden, oder nicht. Im ersten Fall kann reivindicatio angestellt und

der Accipiens gezwungen werden, die Sache wieder herzugeben.

Ratio: Das Mutuum war nullum und der Minor blieb dominus. Im zweyten Fall hat der Accipiens die Sache entweder bona oder mala fide veräußert. Bona fide, hier findet die condictio sine causa statt; mala fide — die actio ad exhibendum.

Actio ad exhibendum geht auf id quod interest; bei der condictione sine causa aber kann nicht mehr verlangt werden, als was man erhalten hat.

Qu. Warum findet aber h. l. die condictio sine causa und nicht lieber die actio mutui statt? Rsp. Actio mutui findet nicht statt:

a) quia mutuum non contrahitur, und mithin hat
b) accipiens weder iustum titulum noch iustam causam.

§. 782. Mutuum wirkt eine obligationem ad restituendum auf Seiten des Accipientis. Wer sich nicht obligiren kann, kann kein mutuum contrahiren.

1) Ergo der Pupill und Minderjährige nicht. Dieser thut es jedoch
   a) entweder ohne Vorwissen des Vormunders; da gilt der Contract nichts, und es findet also die actio mutui nicht statt; sondern die versio in rem, wenn sie der Creditor beweisen kann. Oder
   b) mit Vorwissen des Vormunders; h. c. validum est negotium. Jedoch der Pupill kann restitutionem in integrum suchen, wenn er laesionem zu erweisen im Stande ist: z. E. nur erweisen kann, daß das Geld nicht zu seinem Nutzen verwendet worden.

Contrariam sententiam ex L. 3. Cod. quando ex facto tutor und L. 1. und 2. C. si adversus creditores etc. — behaupten andere Rechtslehrer. Allein daraus sieht man wohl, daß die Absicht der Römer war, der Creditor solle die versionem in rem beweisen, aber nicht, daß er das Geld bekommen müste, wenn der Minor die versionem in rem nicht bewiesen hätte.

2) Kann auch ein Tertius den andern Tertium ex mutuo nicht obligiren; nämlich, wenn nicht des Tertii Einwilligung dabei ist.

3) Socius

3) Socius kann per socium, ingleichen civitas per administratorem ex mutuo nicht obligirt werden: z. E. der Kastenverwalter nimmt Geld auf. Die Kirche wird dadurch nicht obligirt. — Auser in zweyen Fällen:

a) Wenn Kirchen ꝛc. legitime consentirt haben. Dies ist:

1) wenn alle membra sich obligiren;
2) wenn sie auf die Art, wie universitates ihre Schlüsse machen, contrahiren.

b) Ex versione in rem.

Der Streit ist der: ob da die Kirchen, universitates obligirt werden, wenn die Vorsteher nomine derselben contrahiren. Rsp. In der Regel nicht; denn die Vorsteher sind nicht dazu bestimmt, daß sie onera auf die Kirchen ꝛc. laden sollen. Conf. Schaumburgii comp. D. Edit. a Reichardto. Tom. II.

§. 783—784. Hier sind zwey Fragen zu merken. Qu.

1) Wie die Widererstattung geschehen müsse?
2) Wenn sie geschehen müsse? (§. 784.)

Was die erste Frage anlangt: quomodo fiat restitutio mutui? so ist zu antworten: Res restituenda est in eadem quantitate et qualitate; weil die Regel gilt: tantundem est idem. Jedoch ist bei Anlehen des Geldes nicht erforderlich, daß gerade idem genus nummorum restituirt werde, sondern der Gläubiger muß sich begnügen, wenn er nur Geld von gleichem Werth bekommt. Jedoch, was die qualitatem nummorum betrift, so muß sie

1) bonitatem extrinsecam haben. Dies ist der äusere Werth eines Geldstückes, den es vermöge stillschweigender oder ausdrücklicher Verordnung eines Fürsten hat. Sie muß aber auch
2) bonitatem intrinsecam haben, i. e. die Münze muß von ächtem Schrott und Korn seyn. Schrot — dies geht auf die Materie; Korn — auf das Gewicht. Dies bestimmt der Münzfus, d. i. eine durch Gesetze oder Verträge festgestellte Regel, die da bestimmt, wie das Geld beschaffen seyn müsse.

Bis in das Jahr 1559. haben wir in Deutschland keinen gewissen Münzfus gehabt. Die Fürsten prägten Geld, das just so viel Werth hatte, als es galt. Im gedachten Jahr wurde der Köllnische Münzfus (es ist der älteste den wir

wir haben unter Ferdinando I.) festgesetzt und bestimmt, daß die Mark Silber (16 Loth zu 9 Thalern oder 13 fl.) ausgeprägt werden soll. Nach diesem Münzfus hatte 1 fl. (der 16 gr. galt) 1 ½ Loth.

Conf. Waser Abhandlung vom Geld. Zürich 1777. Seine beste Schrift die wir haben.

Dieser Münzfus ist nie ganz in Deutschland approbirt worden, ob er gleich bis 1629 ununterbrochen fortdauerte; damals, nämlich im 30jährigen Krieg, wurde gar kein Münzfus beobachtet, sondern man schlug allerley schlechtes Geld. Anno 1748. kam der Köllnische Münzfus wieder auf; jedoch glaubten die Fürsten, daß er gemindert werden müste. Deswegen kam 1667. der Zinnaische Münzfus — vom Kloster Zinna in Jüterbock auf. Die Mark Silber wurde geprägt zu 10 Thaler 10 Gr. Da wog der fl. ohngefähr 1 Loth. Er dauerte aber nur bis 1690. Denn da kam der Leipziger Münzfus auf. Die Mark Silber wurde zu 12 Thaler in gröbern Münzsorten geprägt; in kleinern aber zu 12 Thaler 9 Gr. auch 13 Thaler. In dem vor-vorletzten Krieg kam der Wiener Conventions-Münzfus auf. Die Mark Silber wurde auf 13 Rthl. 8 Gr. oder 20 fl. ausgeprägt. Er ist der beste, den wir haben, gilt aber nicht überall im deutschen Reiche. Der Frankfurther, der im Reiche üblich ist, hat die Regel, daß die Mark Silber zu 24 fl. ausgeprägt werden soll. Conf. Hellfeldii repertorium iuris Germanici sub voce: Münzfus.

Qu. Wie der Schuldner zur Wiederzahlung verbunden sey, wenn die Münzen verändert werden?

Qu. Aus dem L. 99. D. de Solut. kann nichts ausgemacht werden. Es muß da nach dem Codice Florentino statt creditorem — debitorem gelesen werden, mithin past der Lex gar nicht mehr hieher.

Die Hauptregel ist: es muß auf die Zeit Rücksicht genommen werden, wo der Contract zu Stande kam; nämlich

1) wenn sich der valor nummorum gebessert hat, so muß dem Creditori so viel am Capital abgezogen werden.

2) Wenn sich der valor nummorum verschlimmert hat, so muß der Schuldner so viel Verhältnismäsig Aufgeld drauf geben, als sich der valor nummorum verschlimmert hat. Das heist: ad tempus contractus attendendum est.

Man hat auch darauf zu sehen: ob die Geldsorten die

die zum Anlehn gegeben worden, in der Schuldverschreibung ausgedrückt sind, oder nicht.

1) Wenn sie ausgedrückt sind, so ist
   a) entweder auch der Valor ausgedrückt: z. E. es heist: der Louisd'or zu 5 Thaler. Hier bekommt auch der Creditor das Geld in solchem Valore wieder.
   b) Oder der Valor ist nicht ausgedrückt, z. E. es heist nur: in guten vollwichtigen Louisd'oren. Hier wird praesumirt, daß die Geldsorten in dem Valore gegeben worden, in dem sie damals stunden, da das Anlehen ausgestellt worden. Und dies kann man bei Kaufleuten erfahren.
2) Wenn die Geldsorten nicht ausgedrückt sind, sondern es heist nur: in guten gangbaren Münzsorten. H. c. muß der Schuldner gutes Current-Geld wieder bezahlen. Jedoch muß auf obige beide Regeln genau Rücksicht genommen werden.

Conf. Madihn commentatio sistens causam debitoris circa pecuniae solutionem mutato nummorum valore. Halae 1767. Baumhauer Gedanken über das Recht von Wiederbezahlung der Kapitalien bei dem veränderten Münzfus. Betrachtungen über das Recht bei der Bezahlung veränderlicher Münzen. Braunschweig 1764.

Was die zweyte Frage betrift, so ist zu distinguiren: der Zahlungs-Termin ist entweder pacto bestimmt worden; gut — so gehts nach dem Pacto. Der Schuldner darf also nicht eher, und nicht später bezahlen. Nicht eher, es sey denn, daß es der Gläubiger zufrieden wäre, oder der Schuldner ihn indemnisirt hätte. Oder das ist nicht; hier muß der iudex ex arbitrio eine Frist bestimmen. Dies ist z. E. die gewöhnliche Frist von 4 Wochen. Oder es steht drinnen: so bald als möglich, will ich wieder bezahlen; da setzt auch der Iudex einen Termin.

§. 785. Aus dem contractu mutui entspringt actio similis, quae est actio mutui et quidem personalis, qua creditor agit adversus debitorem eiusque heredes, ut res mutuo data et accepta in eadem quantitate et qualitate restituatur.

Wird das fundament: res mutuo data et accepta — geläugnet, so muß der Kläger beweisen, numeratam esse pecuniam, seu datam esse rem.

§. 786.

§. 786. Es ist gewöhnlich, daß der Schuldner eine Handschrift über das mutuum ausstellt. Hoc documentum est scriptura de obligatione ex contractu unilaterali adimplenda. Es heist: Chirographum. Diejenigen Schriften, die über die contractus bilaterales ausgestellt werden, heisen: syngrapha. Sie haben einen gedoppelten Effect;

1) Effectum probationis — ut nimirum scriptura ad probationem prosit. Diesen haben in der Regel alle Urkunden und zwar dergestalt, daß probatio contrarii regulariter statt findet.

2) Effectum obligationis, i. e. daß einer dem andern etwas leisten muß, lediglich aus dem Grund, weil er schriftlich bekannt hat, daß er es schuldig sey.

Wo der effectus obligationis statt findet, da ist auch: contractus chirographarius s. litteralis. Er findet lediglich bei zweyen negotiis statt:

1) bei dem mutuo, (welches Hellfeld allein annimmt.)

2) Bei der dotisdatione. (§. 1232.)

Hier findet ein singulare statt; man muß daher den Unterschied bemerken: die in den Gesetzen bestimmte Zeit ist entweder verlaufen, oder nicht. Im ersten Fall haben die Handschriften effectum obligationis — und mithin ist contractus chirographarius l. litteralis vorhanden. Im zweyten Fall aber ist der contractus chirographarius noch nicht vorhanden, und die scriptura hat nicht einmal vim probationis.

Nun kehren wir wieder zu dem mutuo zurück. Wenn der Anlehnsschuldner, der die Handschrift ausstellt, vom Creditore belangt wird, so geschieht dies:

1) *l. ante biennium*; Hier kann der Schuldner die exceptionem non numeratae pecuniae vorschützen; mithin fällt das onus probandi jetzt auf den Kläger, und wenn es auch in der Handschrift stünde: pecuniam numeratam esse. Ratio: Weil aus der Erfahrung bekannt ist, daß gemeiniglich Schuldner eher Handschriften ausstellen müssen, als sie das Geld bekommen; so kann aus der Handschrift kein Beweis hergenommen werden.

2) *l. post biennium*; Hier findet diese Exceptio nicht mehr statt, und der Schuldner muß das Geld bezahlen, wenn er auch keinen Heller bekommen hätte. Ratio: ex litteris tuis nascitur obligatio. Da ist also contractus chirographarius seu litteralis vorhanden.

Con-

Contractus chirographarius autem est contractus, quo quis ex chirographo, in quo rem ex causa mutui accepisse confessus est eiusque restitutionem promisit, post temporis lapsum tenetur.

§. 787. Wir wissen nunmehro, wenn das biennium noch nicht verlaufen und die exceptio non numeratae pecuniae vorgeschützt worden ist; so fällt der Beweis von der geschehenen Zahlung auf den Kläger.

Qu. Wie kann dieser den Beweis von der numeratione pecuniae führen? Rsp.

1) Per testes.
2) Durch ein besonderes schriftliches Bekenntnis vom Schuldner, i. e. ein solches, das der Schuldner, auser der Handschrift, ausstellt. Es ist consilii, daß man sich solches immer geben lasse, denn da ist die Sache keinem Zweifel mehr unterworfen.
3) Per agnitionem debitoris in testamento; z. E. der Schuldner sagt in seinem Testament: daß er mir 1000 Rthl. schuldig sey und fordert von seinen Erben, daß sie mich vor allen bezahlen sollen.
4) Per solutionem usurarum; ich werde ja doch keine Zinnsen entrichten, wenn ich das Geld nicht bekommen habe?

Qu. Ob die exceptio non numeratae pecuniae im Executiv-Proceß zu zulassen sey?

Rsp. In diesem Proceß finden keine Exceptiones statt, die nicht in continenti liquid sind.

Qu. Ist denn exceptio non numeratae pecuniae eine solche?

Rsp. Quidam affirmant: z. E. Menochius in tract. de praesumt. Lib. I. quaest. 50. N. 6. Ratio: sie sey eine exceptio iuris — man praesumirte in den Gesetzen, daß er das Geld noch nicht bekommen habe. Allein, Hellfeld — sagt mit Recht: Nein! Ratio: weil der Executiv-Proceß lediglich in Legibus germanicis seinen Ursprung hat; nun aber Dinge, welche deutschen Ursprungs sind, nach römischen Gesetzen beurtheilen wollen; giebt allemal eine unschickliche Anwendung; ergo etc. Conf. Schilter exercit. 22. Th. II.

Also im Executiv-Proceß findet sie nicht statt, aber in der Reconvention kann ich sie ausführen, und da findet eben das

das ius singulare statt, wovon wir supra handelten. Wer die exceptionem non numeratae pecuniae dolose vorschützt und der Lüge überführt wird, soll in duplum condemnirt werden. Hellfeld sagt am Ende des §phi, daß sie nicht statt finde; allein es ist schon da gewesen, was hierauf zu antworten ist. Er sagt nämlich mit andern: daß die Privatstrafen hodie nicht statt finden könnten, also auch die poena in duplum nicht.

§. 788. Wird der Schuldner post biennium belangt, so findet die exceptio non numeratae pecuniae nicht mehr statt, und wenn auch der Excipiens den Beweis übernehmen wollte. So — entscheidet Hellfeld, und mit Recht. Aber Carpzov, part. 1. const, 22. def. 6. Schilter exerc. 23. §. 31.

Lauterbach in coll. theoret. practico h. t. §. 3. und andere dissentiren. Sie sagen: die exceptio non numeratae pecuniae sey einzutheilen in privilegiatam et non privilegiatam. *Privilegiata* sey die Exceptio, wo der Excipiens vom onere probandi befreyt ist, und diese solle nur intra biennium statt finden; *non privilegiata* — wo der Excipiens das onus probandi zu übernehmen schuldig sey und welche auch post biennium noch statt habe. Allein diese Distinction ist ungegründet. Denn einmal wäre der contractus litteralis ganz vergeblich; und dann sind viele Leges da, denen man sehr viele Gewalt anthun müste, wenn man diese Distinction aufrecht erhalten wollte: z. E. der L. 8. 10 und 14. C. de non numerata pecunia. Wir bleiben also hier bei der Hellfeldischen Lehre. Sie findet also post biennium gar nicht mehr statt,

1) ex natura contractus litteralis. Der ist eingeführt zu dem Ende, daß der Schuldner ex sola scriptura verbunden seyn solle, und wenn er auch gar kein Geld empfangen haben sollte. Ex solis litteris nascitur obligatio.

2) Dann ist die Meynung dieser Lehrer gar nicht mit dem L. 8 und 10. zu vereinigen. Z. E. merke man den Ausdruck: exceptio evanescit — ferner: omni modo soll der Schuldner angehalten werden.

3) Hat ja der Schuldner Remedia genug, seine Handschrift binnen zweyen Jahren zurückzurufen, Z. E. die condictio-

dictionem sine causa, die provocationem ex Lege si contendat und andere mehr.

Aber andere Exceptiones finden statt, sie stehen sub fine §phi im Compendio.

LIB. XII. TIT. II.

De iureiurando sive voluntario sive necessario s. iudiciali.

§. 789. Schwören heist: Gott zum Zeugen und Rächer der Lügen und Untreu anrufen. Diesen Begrif nehmen wenigstens die ICti an. (§. 340.) Conf. Pfafs Dissertatio de vera iuramentorum notione ex sacris Pandectis depromenda.

§. 790. Beim Eidschwur kommt es also auf gewisse Formuln und Worte nicht an, alle Worte, welche die Absicht ausdrucken, sind gut; ja der blose Ausdruck: ich schwöre! ist hinlänglich, denn im definito liegt die Definition selbst.

Doch um Furcht zu erregen, sind Eidesformeln und andere Solennien erforderlich:

1) wenn vor Gericht geschworen werden soll;
2) wenn ein Meineid abgeschworen werden soll.

Conf. Dreyer (Synd. zu Lübek) von der sonst in Hollstein üblichen Art den Eid an der Degenklinge abzulegen. Leyser spec. 137. form. 2.

Baldinger, in seinem Magazin für Aerzte, erzählt die Gewohnheiten der alten Waliser. Vor der Reformation schwur man: so wahr mir Gott helfe und seine Heiligen. Die Protestanten weigerten sich diese Formel zu behalten. Im Passauer Vertrag wurde daher diese substituirt: so wahr mir Gott helfe und sein heiliges Evangelium. Sie wurde in dem Reichs-Abschied von Anno 1555. bestätigt, und noch wird sie beibehalten. Doch die neuern Protestanten sind wieder gröstentheils davon abgewichen, und haben die im §. zuletzt angeführte substituirt.

Auser Gerichten sind die Worte: an Eides statt genug. Doch thut man sicherer, man läßt die Worte hinzusetzen: an Eides statt — und so wahr mir Gott helfe.

§. 791. Der Eid wird eingetheilt in iuramentum solenne et minus solenne. Die Begriffe sind leicht. Die Solennia sind entweder ordinaria — die in der Regel bei allen Eidschwüren zu beobachten; oder extraordinaria, die nur bei gewissen Eidschwüren beobachtet werden, z. E. beim purgatorio, in causis criminalibus etc.

I. Ordinaria. Dahin gehört:

a) die Erklärung des Eides — es versteht sich, bei gemeinen Leuten, und nicht bei Gelehrten.
b) Die Verwarnung vor dem Meineid und dessen Strafen.
c) Das Aufheben der drey Vorderfinger. Dies soll das Anrufen der S. S. Trinitatis seyn. Die Weiber legen die Hand auf die Brust, auch die Geistlichen hie und da.

Conf. *Iugler* de ritu tangendi sacrosanctum evangelium in iureiurando.

Man pflegte nämlich sonst auf das Evangelium zu schwören, und die Frauen legtens auf die linke Brust.

II. Extraordinaria. Dahin gehört:

1) daß ein Geistlicher dabei adhibirt wird.
2) Daß man das Zimmer mit Lichtern erleuchtet, das bedeutet, daß Gott alles sehe.
3) Daß man ein Schwerd, einen Todenkopf auf den Tisch setzt, die Thüre öfnet, das Zimmer schwarz behängt ꝛc.

Hommel in rhapsad. observ. 465. hat ein artiges Exempel von den Wirkungen dieser Solennien.

§. 792. Der Endzweck dieser Solennien ist: um dem Schwörenden mehrere Motiva zu geben, die Wahrheit zu sagen. Daraus folgt:

1) daß jeder bei dem wahren Gott schwören müsse. Dies ist subiectivisch zu nehmen, i. e. jeder muß bei dem Gott schwören, den er für den wahren hält.

Conf. Estors Abhandlung von Abfassung der Urthel, §. 540. Dies Buch muß man haben, wenn man einen Juden schwören lassen will. Denn die Juden glauben nicht, daß sie verbunden wären, den Eid zu halten, wenn man sie nicht auf die Art schwören läßt, wie sie gewohnt sind. Estor giebt daher alle mögliche Cautelen. v. Zangen (in Allendorf) Sammlung einiger practischen Rechtserläuterungen. Wetzlar 1783. 2te Sammlung. In der 2ten Sammlung kommt auch eine schöne Abhandlung über den Judeneid vor, wo besonders

besonders gezeigt wird, wie man sich zu verhalten hat, wenn eine Jüdin schwören soll.

2) Daß ein Eid nicht cum reservationibus mentalibus geschworen werden dürfe. Dies sind: Gedanken, wodurch der Schwörende sich eine andere Vorstellung beim Eid schwören macht, als er sich nach der bewußten Intention dessen, der ihm den Eid auflegte, machen sollte.

Das ist der Grund, warum die Canonisten beim Eid einem die veritatem iuramenti auflegen.

Veritas iuramenti est; iuramentum actu praestari secundum intentionem eius, qui illud detulit.

§. 793. Finis iuramenti ist, daß man mehrere Motive bekomme, die Wahrheit zu sagen, oder, daß die Verbindlichkeit dadurch verstärkt werde. Daraus folgt:

1) Impuberes können nicht schwören, ob defectum ingenii et iudicii. Jedoch wenn jemand einen impuberem freywillig zum Eid zuläßt, so muß er ihn wider sich gelten lassen. Impuberes werden nach dem Iure Canonico im 14ten Jahr zugelassen; so auch de iure communi. Pubes kann aber ablegen:

1) l. iuramentum extraiudiciale et promissorium, das wird überall für gültig erkannt, wenn Pubes 14 Jahr alt ist;

2) l. iudiciale — das gilt nur wenn er 18 Jahr alt ist, i.e. plenepubes. Daher der Ausdruck: die Eidesmündigkeit. Doch merke, dies bestimmen blos Landesgesetze, das ius commune nimmt allemal 14 Jahr an.

§. 794. Folgen:

1) Kein Eid kann ad impossibilia obligationem wirken, auch
2) nicht contra legem prohibitivam. Doch ists ein anders, wenn eine Handlung beschworen wird, welche nur für ungültig erklärt ist, zum besten einer gewissen Person. Z. E. die Bürgschaft der Weiber ex SCto Velleiano.
3) Gelten die Eidschwüre nicht, die vi et metu extorquirt worden. Es versteht sich metus iniustus nec vanus. Ratio: weil der andere dadurch kein Ius erlangen kann, so kann auch auf der andern Seite keine obligatio entstehen.

Ja hier ist gar keine Relaxatio erforderlich, i. e. obrigkeitliche Entbindung von den Wirkungen des Eidschwurs. Dies ist nach dem iure hodierno richtig, wenn nur der Eid

für nichtig erklärt ist. Doch die Catholici verlangen auch hier Relaxation, weil sich der Schwörende Gott verbindlich gemacht habe, so müsse er von seinen Ministris (d. i. den Geistlichen) davon relaxirt werden. Dies Principium nehmen wir aber nicht an.

§. 795. Die Anrufung Gottes darf nicht ohne Noth geschehen. Daraus folgt:

1) die irrelevanten Eide müssen verworfen werden. Sie heisen auch impertinente Eide, i. e. solche, die nichts zur Entscheidung der Sache beitragen. Sie müssen verworfen werden, und wenn sie auch a iudice approbirt worden wären. Res iudicata steht nicht entgegen. Denn ist der Eid irrelevant, so entsteht daraus kein wahres ius quaesitum.

2) Die Eidesdelation darf mit andern Beweisgründen nicht cumulirt werden. Der Satz ist wohl zu fassen. Du hast z. E. einen Zeugen und willst dabei zugleich dem andern den Eid deferiren, geht nicht an. Du must erst den Zeugen fallen lassen. Merke also:

a) das cumuliren — ist nicht erlaubt. Aber successive sich der Eides-Delation und anderer Beweismittel zu bedienen, ist nicht verboten. Z. E. Du hättest Deine Schuldforderung durch Deine Zeugen nicht genug beweisen können, so kannst Du ohne Bedenken Deinem Debitori den Eid deferiren.

b) Ist die Cumulatio nur verboten super uno eodemque facto; also über verschiedene facta sich verschiedener Beweismittel zu bedienen, ist erlaubt, und kommt quotidie vor.

3) Derjenige kann nicht zum Eid gelassen werden, gegen den schon plene bewiesen ist.

4) Der Wiederruf des Eides findet statt ob novas probationes repertas. Hellfeld will das beweisen ex L. 11. C. de rebus creditis. Allein nach diesem Lege ist es einem jeden erlaubt, einen falschen Eid zu revociren, nur muß er dem andern die Kosten ersetzen.

5) Wenn einem Collegio oder einer Universitati der Eid deferirt worden, so brauchen nicht alle Membra zu schwören, sondern nur zwey oder drey derselben.

Qu. Wer aber hat diese Membra zu wählen?

Rsp.

Rsp. Distinguendo: der Gegentheil kann entweder gewisse Personen angeben, die eine bessere Wissenschaft von der Sache haben, oder das ist nicht. Im ersten Fall kann er auch verlangen, daß diese schwören sollen. Im zweyten Fall hat nach Hellfelds Meynung die Universitas die Wahl. Leyser hingegen glaubt, spec. 143. medit. 3. man könne fordern, daß die Praesides und Directores einer solchen Universität schwören müssen. Diejenigen, welche haben wollen, daß der Syndicus schwören solle, haben am wenigsten Wahrscheinlichkeit. Denn ein Syndicus ist so viel als Administrator l. Procurator universitatis, welcher im Namen der Gemeinde nicht schwören darf.

§. 796. Die species iuramentorum sind folgende:

1) Iuramentum promissorium — derjenige Eid, welcher über ein Versprechen geschworen wird: z. E. Du beschwörst das Versprechen, Deine Schulden zu bezahlen.

2) Iuramentum assertorium — wenn das, worüber geschworen wird, ein bloses assertum ist. Z. E. das Assertum ist ein Zeugnis. Hoc determinat.

a) aut aestumationem controversam s. quantum, quod praestandum est; dann heist der Eid: iuramentum aestumatorium: z. E. dient das Iuramentum in litem.

b) aut non. Eius modi iuramentum,

α) aut directe facit ad decisionem; hier heist es: iuramentum principale s. decisorium. Und dies ist wieder l. voluntarium s. delatum — wenn es ein Theil von dem andern verlangt; l. iniunctum s. necessarium s. legale — wenn es vom Richter aufgelegt wird.

β) aut non directe facit ad decisionem; hier heist es: iuramentum minus principale. Z. E. der Zeugeneid, das Iuramentum dandorum et respondendorum- perhorrescentiae etc.

3) Iuramentum mixtum — wo das, worüber geschworen wird, theils promissio, theils assertio ist: Z. E. das Iuramentum manifestationis, Iuramentum calumniae generale.

§. 797. Modus quoque asseritur. Daher der Unterschied: der Schwörende versichert entweder, daß das wirklich wahr sey, was er schwört; dies heist: iuramentum veri-

veritatis; oder daß er nicht anders wisse und glaube, dies heist: iuramentum credulitatis. Dies ist ein subsidiarischer Eid, i. e. der nur alsdenn zuzulassen, wenn iuramentum veritatis nicht statt finden kann, i. e. wenn einer de facto tertii schwören soll.

Iuramentum credulitatis de facto tertii scheint Iure romano nicht statt gefunden zu haben. Conf. L. 11. §. 2. D. de actione rerum amotarum. Allein aus der Meynung der ICtorum s. Interpretum ist diese Distinction entstanden, welche in dem neusten Reichs-Abschied de anno 1654. bestätiget ist. Sonst haben beide Iuramenta einerlei Effecte.

§. 798. Iuramentum deferre — den Eid zuschieben, auch das Gewissen rühren — heist: seinen Gegner zum Schwören auffordern, zu dem Ende, damit dasjenige, was er beschwören wird, für wahr angenommen und der Streit entschieden werde. Wenn einem der Eid deferirt wird, und der andere acceptirt dies Iuramentum delatum, so entsteht ein pactum de lite decidenda.

Daraus folgt, daß

1) die Eides-Delation effectum transactionis et rei iudicatae habe.
2) Entsteht ex iuramento delato nova causa, i. e. causa debendi. Das ist Titulus, fundamentum.
3) Entsteht also actio et exceptio ex iuramento delato praestito.
4) Tale iuramentum delatum non potest *retractari* (ex L. 1. C. de rebus creditis.)

Retractari heist: den Eidschwur aus dem Grund, daß falsch geschworen worden, anfechten.

Dies ist nun controvers. Distingue igitur: ob das Periurium, das der eine Theil behauptet, ein formale oder materiale sey.

1) Wenn es ein formale ist, i. e. wo dolose falsch geschworen worden, da ists strittig. Denn der L. 1. C. de R. C. sagt einmal: non potest retractari sub practextu periurii — nisi hac lege specialiter excipiatur. Sodann erlaubt der L. final. C. h. t. daß der Eid angefochten werden könne. Wir glauben daher: daß auser diesem Fall in L. finali die retractatio iuramenti delati nicht statt habe.
2) Wenn es ein materiale ist, i. e. wo es Errore geschehen, da ist es extra dubium, daß es nicht angefochten werden könne.

Conf.

Conf. Leyser Spec. 563. med. 12. Spec. 143. med. 1. welcher die Retractation in allen Fällen behauptet.

Qu. In wie ferne nach der peinlichen Halsgerichts-Ordnung Kaiser Carl V. Art. 107. die retractatio iuramenti delati statt finde?

Rsp. Einige sagen: daß zwar keine Civil-Klage deshalb angestellt werden könne, wohl aber actio criminalis; und mithin sowohl processus inquisitorius als accusatorius statt finde. Wenn nun Periurus des Meineids schuldig befunden worden, so kann er auch mit zur Schadensersetzung condemnirt werden.

§. 799. 1) Das Iuramentum delatum wird entweder in causa in iudicium deducta deferirt, oder in causa nondum in iudicium deducta. Dort heist es: iudiciale, hier extraiudiciale. Dies soll nach Hellfeld vom Pacto der Partheyen abhangen; allein angesehene Rechtslehrer behaupten, daß es hodie gar nicht mehr statt finde. Jenes, das Iudiciale, ist instar transactionis. Daraus folgt: nur diejenigen, welche transigiren können, können den Eid deferiren. Hellfeld setzt hinzu: quamvis infamis sit. Carpzov dissentirt aus zweyen Gründen:

1) Weil man einem Infami den Eid nicht referiren könne, denn er wäre doch allemal de periurio suspectus;

2) Weil ein Infamis nicht das iuramentum calumniae schwören könne. Allein diese Meynung ist doch ungegründet: denn

a) ist es ein falsches principium, daß jeder infamis de periurio suspectus sey. Es ist zwar wahr: qui semel malus, semper praesumitur talis — sed tantum in eodem genere.

b) Wenn Du dem Infami nicht den Eid referiren kannst, so schwöre ihn selbst.

2) Wo kein Vergleich statt findet, kann auch keine Eides-Delation statt finden.

Also findet die Eides-Delation statt:

1) in omnibus causis civilibus, sogar in causis famosis. Z. E. in causa stupri, wenn die stuprata gegen den stupratorem actionem de partu agnoscendo anstellt. (NB. Das iuramentum delatum findet statt — aber nicht das purgatorium, wo nicht indicia da sind.);

2) In causa super delicto — in soferne de satisfactione privata die Rede ist; quoad satisfactionem publicam kannst Du den Eid nicht deferiren. Darüber können auch privati nicht transigiren.

3) In causis matrimonialibus. Hier ist wieder zu distinguiren: Es ist entweder gewis, daß die sponsalia geschlossen sind, und das Matrimonium vorhanden ist; hier behauptet die Praxis noch immer: daß die Eides-Delation nicht statt findet: z. E. der Mann behauptet, die Frau sey adultera, die Frau läugnet; der Mann muß beweisen, und es geht nicht an, der Frau den Eid zuzuschieben. Oder es ist nicht gewis, sondern der Proceß betrift die Frage: ob ein Matrimonium geschlossen worden. Da findet die Eides-Delation sine dubio statt.

Jedoch viele neue Rechtslehrer gehen von dieser Meynung ab. Z. E. 1) Leyser spec. 135. med. 8. 2) Hommel in comp. Iuris Canonici pag. 137. 3) Struck de delatione iuramenti in matrimonio. Diese Meynung ist auch der Vernunft gemäser. Denn ich soll auf die Ehescheidung klagen, und doch, wenn ich Verdacht und nicht genugsamen Beweis habe, den Eid nicht deferiren dürfen? Das hiese mit der einen Hand nehmen, was man mit der andern gegeben hat.

3) Er kann demjenigen deferirt werden, mit welchem man es in der Sache zu thun hat. Sind mehrere Litis-Consorten, so kann nach Gefallen allen, oder einigen der Eid deferirt werden. Litisconsorten haben nicht gleiche iura privilegiata mit den Universitatibus, denn sie müssen alle schwören, wenn ihnen der Eid deferirt wird.

Einem Vormund, Anwald ꝛc. kann kein Eid deferirt werden, es müste denn die Sache seine eigne Handlung betreffen. Mithin muß man den Eid dem Pupillen deferiren. Aber diese können oft propter aetatem nicht schwören? Rsp. Die Sache kann entweder aufgeschoben werden bis zur Eidesmündigkeit, so geschieht es; oder die Sache leidet keinen Aufschub, so kann der Vormund schwören, wenn er will.

§. 800. Die Eides-Delation ist ein Beweismittel, weil das, was beschworen worden, für wahr gehalten werden muß. Allein besser sagen wir so: est medium, quod relevat a probatione, non vero medium probationis. Ratio:

transactio non est medium probationis — est decisio; ergo.

Daher kann:

1) ein jeder, der einen Beweis zu führen hat, sich der Eides-Delation bedienen. Ferner:

2) Er muß iusto tempore deferirt werden. Hier ist wieder zu distinguiren nöthig.

Die Landesgesetze bestimmen entweder eine Zeit, in welcher der Eid deferirt werden muß. Gut, so geht es darnach. — NB. In Sachsen muß er in ipso libello deferirt werden. Oder dies ist nicht; so ist die Eides-Delation an die Beweisfrist gebunden und findet nach der Beweisfrist nicht mehr statt. Wo aber per legem provincialem keine Beweisfristen eingeführt sind, da findet die Eides-Delation statt, usque ad finem causae.

Wider diese Meynung stund neuerlich auf: v. Pufendorf observ. 154. und

Struben in rechtlichen Bedenken P. 1. pag. 390. Sie behaupten: daß man nicht an die Beweisfrist gebunden sey; weil es erlaubt sey, daß man sich successive der Beweismittel und also auch der Eides-Delation bedienen könne. Ferner ich erfahre nicht eher, ob meine Zeugen was ausgerichtet haben, bis die Zeugen Rotul ausgegeben werden. Wenn dies geschieht, sind aber die Beweisfristen längst vorbei. ergo etc.

Die Eides-Delationes müssen:

1) a iudice geschehen und approbirt werden.

2) Es ist nicht erlaubt, den Eid über Gegenbeweisartickel zu deferiren, die den Beweisartikeln gerade zuwider sind. Denn entweder wird in den Beweisartickeln bewiesen, was bewiesen werden soll; Da findet sie nicht statt: quia plene probatum est, quod probandum erat. Oder es wird dies nicht bewiesen; so findet sie wieder nicht statt. Ratio: quia iuramentum esset fruſtraneum.

§. 801. Iuramenti delatio ist eine Art von Vergleich. Zu Transactionibus kann man nicht gezwungen werden; ergo auch zu der Eides-Delation nicht. Doch kann man sie auch nicht schlechterdings abweisen. Daher drey Rechtsmittel:

Wenn der Eid deferirt worden, so muß man ihn

1) entweder acceptiren, i. e. sich erklären, daß man ihn schwören wolle.
2) Oder referiren (zurückschieben), i. e. erklären, daß derjenige, welcher ihn zugeschoben hat, selbst leisten soll.
3) Oder das Gewissen mit Beweis vertreten (conscientiam exonerare), i. e. durch andere Beweismittel darthun, daß die Umstände, über welche man schwören soll, falsch sind.

Eins von diesen drey Mitteln muß man wählen. Iure Saxonico ist die Zeit, in welcher gewählt werden muß, ein Octiduum. Bei uns hier dependirt es a iudice, dieser bestimmt entweder 14. Tage, drey Wochen oder sonst einen Termin. Es wird auferlegt: in der Zeit zu schwören sub poena iurare nolentis, i. e. widrigen falls nehme man an, er könne nicht schwören und habe also die Artikel eingeräumt, worüber ihm der Eid deferirt worden.

§. 802. Derjenige, dem der Eid zugeschoben wird, hat unter den drey vorhin angegebenen Mitteln die Wahl. (§. 801.) Hier handeln wir von dem Fall:

Wenn der Eid acceptirt wird. Da errichten sie ein Pactum.

a) Mithin muß der Eid praecise geschworen werden, i. e. semel facta acceptatione, pactum est initum, a quo nulla pars sola recedere potest.
b) Er (der Deferens) kann das iuramentum delatum nicht revociren, wenn es einmal acceptirt worden. Doch in L. 11. C. de R. C. steht, der Eid soll revocirt werden können usque ad terminum litis. Der Grund ist sanctitas iuramenti; ob sanctitatem iuramenti müsse man immer und bis zu Ende des Processes revociren lassen. Qu. Warum läst man aber demohngeachtet hodie nicht revociren, wenn der Eid einmal acceptirt ist? Rsp. Weil bei uns die Pacta von größerer Verbindlichkeit sind.

Ausgenommen, er müste denn neue vorgefundene Beweismittel haben, die da zu erkennen geben, daß der andre falsch schwört; da kann der Delations-Eid noch revocirt werden, denn alle Pacta verstehen sich nur rebus sic stantibus. Doch muß derjenige, der die Beweismittel vorzeigt, auf Verlangen das Iuramentum calum-

calumniae schwören, daß er sie jetzt erst vorgefunden habe.

Qu. Wie aber, wenn der Acceptans vor der Praestation des Eides stirbt?

Rsp. Einige sagen: er müsse, pro iuramento praestito gehalten werden, quilibet enim salutis aeternae memor praesumitur. Allein Lauterbach antwortet mit Recht: non omnis moriens, moritur ut Ioannes Evangelista. Daher behauptet auch Hellfeld, daß der Eidschwur von den Erben des Defuncti noch praestirt werden müsse. Ex L. 12. de rebus creditis.

Doch giebt Hellfeld Ausnahmen zu, nämlich, der Eid könne pro praestito geachtet werden:

1) wenn der Defunctus ein unbescholtener ehrlicher Mann war.
2) Wenn die Oblatio von ihm selbst und nicht per procuratorem geschehen.
3) Wenn der Defunctus aus purer Chicane an der Praestation des Eides verhindert worden. Und diese Ausnahmen finden allerdings statt, wenn nur der Deferens unterdessen keine bündigen Beweismittel vorgefunden hat, welche zu erkennen geben, daß der Acceptans falsch geschworen haben würde.

§. 803. Die Relatio findet nicht in allen Fällen statt. Daher die Regel: wo derjenige, dem der Eid zugeschoben wird, bessere Wissenschaft von dem Facto hat, da findet die Relatio nicht statt et vice versa.

Wir müssen daher folgende drey Fälle wohl unterscheiden. Der Eid ist deferirt worden:

1) entweder über ein Factum commune, d. i. ein solches, zu dessen Wesen das Zuthun zweyer handelnden Personen erforderlich ist: z. E. fleischliche Vermischung, ein Vergleich ꝛc. Da findet die Relatio statt, denn beide haben gleiche Wissenschaft.
2) Oder über ein Factum proprium — das ist ein solches Factum, wo das Wesen von der Handlung die Mitwirkung der andern Person nicht erfordert: z. E. Versprechen, Schimpfen ꝛc. Da findet die Relatio in der Regel nicht statt. Ratio: weil nicht praesumirt werden kann, daß der andere eine Mitwissenschaft gehabt habe. Ja es findet sogar

sogar nach dem Iure Saxonico ob relationem die poena desertionis statt, der Eid ist verlohren, du darfst nicht mehr schwören. Jedoch — de iure communi gilt letzteres nicht. Excipe: Wenn der Deferens eine Mitwissenschaft von dem Facto proprio zugiebt; da wird es wie ein factum commune betrachtet.

3) Oder über ein Factum alienum, d. i. dasjenige, welches die Person, welcher der Eid zugeschoben worden, weder verrichtet, noch auch zur Verrichtung desselben beigetragen hat. Hoc casu iterum locum habet relatio.

Wenn dem Deferenten der Eid gehörig referirt worden, so muß er schwören, und darf ihn nicht weiter referiren, denn sonst würde das De- und Referiren in infinitum fortdauern; und auch sein Gewissen nicht mit Beweis vertreten, quia iusiurandum delatum illi displicere non debet, qui illud ipse detulit.

§. 804. Wenn mir der Eid deferirt worden, so muß ich ihn l. acceptiren, l. referiren, l. mein Gewissen mit Beweis vertreten.

Probatio pro exoneranda conscientia ist in LL. nicht gegründet. Beweis L. 38. D. h. t. Also ist die Gewissensvertretung durch das Gewohnheitsrecht aufgekommen; weil es Leute giebt, die auch in iustissima causa nicht schwören wollen, so ist dies für sie ein Mittel sich zu retten.

Sie ist auch im Concept von der Kammer-Gerichts-Ordnung parte 2. eingeführt.

Regulae:

1) Der Gewissensvertreter darf sich der Eides-Delation nicht bedienen, sondern anderer Beweismittel.

2) Die Gewissensvertretung muß auf das Factum, worüber der Eid deferirt worden, dergestalt gerichtet werden, daß der Beweis geradezu das Contrarium darthut. Mithin darf der Gewissensvertreter in seinen Beweis keine Exceptiones mit einflechten, sondern blos das Contrarium geradezu darthun.

Ratio: Gegen die Gewissensvertretung wird dem Gegner kein Beweis erlaubt.

Excipe tamen. Wenn in dem Beweis eine Qualitaet angeführt wird, die nicht anders, als durch Exceptiones elidirt werden kann.

Die

Die Effectus probationis pro exoneranda conscientia sind diese: Er hat

1) entweder plene bewiesen. Gut; so wird er von der Verbindlichkeit zu schwören frey und es ist eben so viel, als ob das Iuramentum delatum geschworen worden wäre.
2) Oder er hat nur etwas bewiesen. Hier muß das Iuramentum purgatorium l. suppletorium zugelassen werden.

Observ. In praxi wird mehrentheils das Iuramentum delatum erkannt.

3) Oder er hat gar nichts bewiesen; so nimmt man in praxi an, daß er dennoch den Regreß zu dem Iuramento delato habe; denn durch die Gewissensverretung begebe man sich seiner Rechte nicht. Es wäre denn, wie Cocceji h. t. quaest. 29. darthut: daß er gegen sich selbst bewiesen hätte.

§. 805. Es muß ein Termin zum Schwören anberaumt werden, welchen der Richter nach dem iure communi ex officio, oder nach der Instantia partium ansetzt.

In diesem Termin sind zwey Eide zu schwören:

1) Deferens muß das Iuramentum calumniae sub poena iuramenti delati remissi schwören. Er schwört aber auch
2) Das Iuramentum delatum (h. l. den Haupteid). Dieser Eid muß geschworen werden sub poena desertionis, daß man widrigenfalls annimmt, er könne und wolle nicht schwören und sey mithin pro confesso et convicto zu halten.

Excipe tamen:

a) Wenn das Iuramentum relatum geschworen wird, da braucht nach dem Iure communi das Iuramentum calumniae nicht geschworen zu werden, weil es für die lange Weile wäre. Doch nach dem Iure Saxonico ist es nöthig, daß beide Eide geschworen werden.
b) Wenn der Eid remittirt wird, wie sich von selbst versteht.

§. 806. De modo iurandi. Der Eid muß:

1) in forma, in qua delatum est, geschworen werden, i. e. so wie ihn der andre von mir verlangt; mithin darf nichts anders dafür substituirt werden. Ratio: weil die Eides-Delation dem Deferenten zum Beweis dienen soll.

Doch

Doch kann der Richter irrelevante Umstände wegwerfen.

2) Muß die praestatio iuramenti in loco iudicii geschehen. Excipe: Vornehme und kranke Personen können auch zu Hause schwören. Doch nur so, daß der Gegner nicht vom Dabeiseyn abgehalten werde.

Abwesende können bitten, daß ein Procurator ad videndum iurare bestellt werde.

3) Nicht per procuratorem (in die Seele) darf geschworen werden. Jedoch das Iuramentum calumniae kann a procuratore nach dem Iure communi geschworen werden, nur in Sachsen nicht.

Das Iuramentum delatum ist aber dem Procuratori entweder directe aufgetragen worden, oder nicht. Im ersten Fall kann er schwören; im zweyten aber muß er erst ein speciale mandatum beibringen.

§. 807. Iuramentum assertorium ist z. E. der Zeugeneid — wo nämlich über ein Assertum geschworen wird. Die Species davon siehe im §. 796. Der Endzweck ist bald der Chicane vorzubeugen oder dem Streit ein Ende zu machen. Die Gesetze erlauben in gewissen Fällen, daß es ein streitender Theil dem andern zuschiebt; wenn es aber der Richter auflegt, so heist es necessarium s. legale.

§. 808. Iuramentum calumniae (Eid für Gefährde), für Bosheit, daß man nicht chicaniren wolle. Calumnia-Gefährde ist, wenn jemand streitet, wissentlich, daß er kein Recht habe; h. l. tamen calumnia sumitur sensu generaliori, nämlich so, daß auch tergiversationes, dilationes non necessariae, et stratagemata darunter verstanden werden; kurz alle Vexationes.

Iuramentum calumniae ist also derjenige Eid, wodurch der Schwörende versichert, daß er aufrichtig handle und seine Sache für gerecht halte, oder kürzer: ein Eid, wodurch der Verdacht der Gefährde abgelehnt wird.

Er wird:

1) entweder gleich zu Anfang des Processes und über die ganze Sache geschworen. Hier heist er: Iuramentum calumniae generale — der allgemeine Eid für Gefährde. Dieser Eid ist zum Theil ein Iuramentum assertorium, zum Theil promissorium.

a) Asser-

a) Assertorium — denn man schwört, man halte die Sache für gerecht.

b) Promissorium — denn man verspricht, man wolle nichts unternehmen, das dem Gegner zum Nachtheil gereichen könnte.

2) Oder nicht gleich zu Anfang des Processes, sondern während dem Lauf desselben, bei einzelnen Handlungen, so oft sich ein Verdacht der Gefährde ereignet. Hier heist er; Iuramentum calumniae speciale — der besondere Eid für Bosheit. Dieser ist bald in den LL. bestimmt: z. E. wenn einer die dritte Frist sucht, wenn einer dem andern den Eid deferirt, wenn einer editionem instrumentorum verlangt; bald aber wird er vom Richter aufgelegt, wenn er nämlich sieht, daß wahrscheinlicher Weise der eine Theil zum Praeiudiz des andern etwas vornehmen möchte. Iustinian hielt das generale für besser. Allein das speciale ist per Ius Canon. wieder eingeführt worden und heist im Iure Canon. *iuramentum malitiae* (Eid für Bosheit). Ja in vielen deutschen Landen ist das generale ganz abgeschaft, weil es zu 100 Meineiden Anlas giebt. Doch nach dem Iure communi gilt das Iuramentum generale: z. E. in Holstein und vielen andern Provinzen, wo keine besondere Leges Provinciales sind.

§. 809. An adsit suspicio? — das muß der Richter untersuchen. Daher kann er den Eid für Gefährde fordern, wenn ihn auch die Partheyen nicht verlangen, und ihn auch remittiren, wenn schon die Partheyen selbigen verlangt hätten. Si auctor compendii decidit. Sed distinguendum nobis videtur inter iuramentum generale; das ist ein iuramentum praeceptum, i. e. quod in iure praeceptivo nititur. Dies also kann der Richter fordern, ob es gleich die Partheyen einander remittirt haben; et speciale; Dies ist ein ius partium; daher wenn diesen Eid die Partheyen einander erlassen, so kann ihn der Richter nicht fordern. Conferatur L. 34. §. 4. h. t. Hier heist es: Qui iuram: defert, prior de calumnia iurare debet, si hoc exigatur — wenns nämlich der Gegner verlangt.

Wenn das Iuramentum calumniae generale nicht durch Landesgesetze abgeschaft ist, so muß nicht nur von den Partheyen, sondern auch von Advocatis und Procuratoribus kurz von allen recht-

rechtlichen Beiständen geschworen werden. Doch schwören diesen Eid nicht:

1) Die *ex officio* klagen. Dahin gehören, die Advocati fisci. Allein dies behaupten zwar die Rechtslehrer, obgleich nichts davon in den LL. steht, wie Ayrer (in Göttingen) längst dargethan hat.

Conferatur Ayrer de necessitate officii a iuramento calumniae non liberante. In opusculis suis zu finden.

2) Die Ministri principum. Der Fürst und andere Reichsstände, wenn sie im Namen ihrer Herren agiren — das ist extra dubium.

3) Personen, denen man Ehrerbietung schuldig ist: z. E. Aeltern und Patroni. Lex vexatissima aber ist der in der Note allegirte L. XXXIV. D. §. 4. h. t. Es steht darinn: Qui iusiurandum defert, prior de calumnia debet iurare, si hoc exigatur; deinde ei sic iurabitur. Hoc iusiurandum neque parenti, neque patrono est remittendum. Sed textus in mendo cubat. Haloander hat dies in seiner Editione D. sehr wahrscheinlich gemacht. Die Lesart ist durch einen Abschreiber corrumpirt worden, welcher aeque in neque verwandelt hat. In unserer Vulgata ist also auch dieser Druckfehler, wie er im Codice Florentino geschrieben steht. Wir dürfen ihn aber nur in aeque verwandeln, so past alles zusammen.

§. 810. Der Effectus iuramenti calumniae ist:

1) anders, wenn der Eid geschworen wird. Da ist nämlich die Wirkung: Suspicio calumniae removetur; keineswegs aber wird der Ligitans von der temeritate litigandi (Streitsucht) befreyt, i. e. wenn einer procesirt, ohne hinreichenden Grund zu haben.

Bei der Calumnia praesumirt man allemal dolum; bei der temeritate litigandi ist dies nicht, man kann ja ex culpa streitsüchtig seyn, ohne daß man es seyn will, und Unrecht haben, ohne dabei dolum zu Schulden kommen zu lassen. Hier also: muß der temere litigans die Kosten ersetzen. Haud liberat — sagt Hellfeld — und mit Recht, obgleich in praxi gemeiniglich das Contrarium angenommen wird.

2) Anders, wenn er nicht geschworen wird. Hier ist derjenige, der den Eid nicht schwört,

a) ent-

a) entweder Kläger; so ist der Proceß verlohren. Aber — quod probe notandum — nur beim iuramento calumniae generali, nicht beim speciali; denn da verliehrt der Kläger nur den Vortheil, den er aus der Sache ziehen konnte und sollte.

b) Oder Beklagter, — dieser wird pro confesso et convicto gehalten.

c) Oder Advocat — dieser darf in der Sache nicht weiter dienen und kann noch mit einer willkührlichen Strafe belegt werden.

§. 811. Iuramentum iniunctum s. necessarium ist derjenige Eid, den der Richter wegen eines unvollständigen Beweises einem oder dem andern Theil zu dem Ende auflegt, daß dadurch die Sache entschieden werden soll, und zwar ist hier die Absicht wieder gedoppelt. Es soll nämlich:

1) Probatio imperfecta dadurch supplirt werden. Dies heist: iuramentum suppletorium: z. E. wenn ein oder der andere Zeuge fehlt.

2) Probatio minus plena soll dadurch elidirt werden — Purgatorium: z. E. Ein Mädchen giebt mich an. Sie kann nichts aufbringen, als Verdacht dadurch erregen, daß sie Zeugen aufführt, welche behaupten, sie hätten mich oft alleine mit ihr gesehen.

Iuramentum suppletorium ist im Iure Romano nicht gegründet. Dies hat Heineccius de lubricitate iurisiurandi suppletorii — und zwar unwiderlegbar bewiesen. Denn die Römer wiesen den, der nicht plene bewies, ab. In der Praxi ists aber allgemein angenommen.

§. 812. Folgen aus diesem: Sind diese beiden Species: iuramenta necessaria, so können sie nicht referirt werden. Es findet auch hier die Gewissensvertretung nicht statt.

Doch mit dem Unterschied: Die dem Schwörenden gesetzte Beweisfrist ist:

1) entweder verlaufen; so kann er nicht mehr schwören, auch das Gewissen nicht mit Beweis vertreten; es sey denn ob probationes noviter repertas.

2) Oder nicht verlaufen; so ist kein Bedenken, daß es dem Schwörenden nicht frey stehen sollte, sein Gewissen mit

Beweis zu vertreten. Nun von den Wirkungen des Eides:

a) Wenn das suppletorium geschworen worden, so ist probatio plena da — pars altera ergo condemnatur. Wird es aber nicht geschworen, so ist der Proceß verlohren.

b) Wenn das Purgatorium geschworen worden — so wird der Schwörende absolvirt; wo nicht, so wird er pro confesso et convicto gehalten.

Retractatio iuramenti findet h. l. statt; denn es ist hier von einem Iuramento necessario die Rede. Also kann ein solcher Eid angefochten werden, wenn per testes oder documenta bewiesen werden kann, daß falsch geschworen worden. Und alsdenn findet die Restitutio in integrum statt, sowohl gegen das Purgatorium, als Suppletorium; denn hier beruht der Eid nicht auf einem Vergleich, wie beim Iuramento delato.

LIB. XII. TIT. III.

De in litem iurando.

§. 318. Iuramentum in litem — Würderungseid. Würdern, i. e. aestumare, etwas schätzen, taxiren.

Iuramentum in litem (sensu generali) ein Eid, wo über das Quantum geschworen wird, welches den Werth eines obiecti litis bestimmt.

1) Ist dieser Werth ein solcher, den die Sache an und für sich betrachtet hat, so heist der Eid, der darüber geschworen wird: Iuramentum in litem veritatis. Ist er

2) ein solcher, den jemand der Sache ex singulari quadam affectione zueignet, so wird der Eid: Iuramentum in litem affectionis genennt. Si vero est

3) pretium, quod res cum lucro cessante et damno emergente spectata habet, iuramentum dicitur in litem singularis Interesse.

Conferatur v. Cramer de iuramento in litem affectionis et veritatis.

Eius.

Eiusdem tract. de iuramento in litem singularis interesse.

Hellfeld statuirt blos die eine Speciem, nämlich das Iuramentum in litem affectionis. Die Gründe wider diese Meynung kommen §. 818. vor. Hier ist zu merken: wenn das Iuramentum in litem affectionis statt finden soll, so müssen zwey Requisita da seyn.

1) Mein Gegner muß sich entweder in dolo, oder in culpa befinden.

Ist dies, nämlich er mag mir das Praestandum entweder nicht leisten wollen, oder nicht können; so schwör ich das iuramentum in litem affectionis.

2) Die Sache muß füglich nicht anders geschätzt werden können.

Ich kann folglich auch ultra verum pretium nach meiner Affection schwören.

§. 814. Iuramentum in litem affectionis ist folglich ein subsidiarischer Beweis ex n. 2. §. 813. Mithin muß:

1) eine richterliche Sentenz darüber gesprochen werden.
2) Wenn dieser Eid nach richterlicher Sentenz statt findet, so wird er nicht imponirt, sondern nachgelassen.
3) Deswegen kann niemand zu diesem Eid gezwungen werden, denn er ist zum Faveur des Schwörenden nachgelassen.

Qu. Aber wenn er nicht schwören will? Rsp. So kann das Pretium

a) ab arbitrio iudicis bestimmt werden,
b) Kann auch bisweilen der Adversarius zu einer eidlichen Specification gelassen werden. Und der Adversarius kann per mandata poenalia zu dieser Specification angehalten werden.

§. 815. Der Actor kann die rem ultra verum pretium zur Strafe des Adversarii ob dolum l. culpam latam schätzen. Mithin kann dieser Eid gar nicht statt finden,

1) wenn der Adversarius nur in culpa levi ist;
2) Contra heredes; Ratio: quia delicta suos tantum tenent auctores. Es müste denn seyn, daß mit dem Defuncto schon lis contestirt worden.

§. 816. Es findet das Iuramentum in litem nur statt, wenn sich das Pretium auf eine andere Art nicht schätzen läst.

Die Person also, welche zum iuramento in litem zugelassen werden will, muß drey Punkte dociren:

1) Daß die Sache eine solche ist, wobei eine Affectio statt finden kann: z. E. bei mobilibus et immobilibus, seltenen Geldstücken findet sie statt. Regulariter aber findet sie nicht statt bei rebus fungibilibus: z. E. Wein, Korn. Doch wenn besondere Umstände eintreten, da kann auch res fungibilis von solcher Beschaffenheit seyn, daß Affectio dabei statt findet.
2) Daß die Affectio vernünftig sey. Hievon kann der Grund liegen entweder in der Sache. Der Grund ist z. E. raritas des Stückes, man kann es kaum mehr haben. Oder es ist ein Artificium — oder bei Naturalien ein lusus naturae. Oder ausser der Sache. Der Grund kann seyn ambitio, daß man sich z. E. eine Ehre draus macht, eine Sache zu besitzen. Aber ex voluptate et avaritia kann keine vernünftige affectio hergenommen werden.
3) Dolus et culpa adversarii muß docirt werden. Das ist das Haupt-Requisitum.

§. 817. Ultra verum pretium res secundum affectionem aestumari potest. Einige LL. z. E. L. 8. D. h. t. und L. 68. de rei vindic. sagen in infinitum solle da fort geschworen werden; oder L. 4. §. 2. et 3. h. t. sagt nicht in immensum soll es geschehen dürfen. Allein infinitum bedeutet nur, daß die Gesetze kein Quantum bestimmen wollen; immensum zeiget blos das offenbar übertriebene, welches der Richter moderiren muß. Verstehts der Richter, was die Sache ohngefähr werth seyn möchte, gut; versteht ers nicht, so thut er wohl, wenn er Kunstverständige zu Hülfe nimmt.

§. 818. Die Doctores theilen das Iuramentum in litem ein in iuramentum veritatis — wo der wahre Werth beschworen wird; et affectionis. wo ich das Pretium beschwöre, das ich aus einer besondern Neigung der Sache beilege.

Ersteres, sagt Hellfeld, sey eine Species des iuramenti suppletorii, und nicht des Würderungseides, und finde statt, wenn es gewiß ist, daß mir der andere zu etwas verbunden sey, nur ungewiß, quantum mihi debeat.

Ferner:

Ferner: es könne ob culpam levem auch contra heredes geschworen werden.

Die Haupt-Controvers ist hier diese: Ob bei der culpa levi adversarii das Quantum praestandum beschworen werden könne? Thomasius in not. allegatus behauptet: schlechterdings nicht, sondern der Iudex müsse es bestimmen. Nach dem L. 4. §. 4. D. h. t. scheint er auch Recht zu haben. Es heist: Ex culpa (levi) non esse deferendum iusiurandum sed aestumationem a iudice faciendam Observa: wenn in LL. culpa blos steht, verstehe allemal levem darunter, —

Conferatur autem L. 3. et 5. h. t. Diese widerlegen ihn wider. Distingue itaque: Der Richter ist entweder ausser Stand, den Werth einer nicht mehr vorhandenen Sache zu bestimmen; da gelten die beiden erstgedachten Leges und das iuramentum veritatis findet statt. Oder er ist es noch wohl im Stande zu thun; H. c. findet der L. 4. §. 4. h. t. statt und folglich bestimmt der Richter den Werth.

Conferatur Struben in seinen rechtlichen Bedenken p. 2. N. 93.

§. 819. Species iuramenti in litem est iuramentum Zenonianum — derjenige Eid, der einem, welcher durch Gewaltthätigkeiten verletzt worden, erlaubt wird, um den Betrag des Schadens, welchen der Beleidigte erlitten, darnach zu bestimmen. Hier also wird vis praesupponirt, welche aber nicht bei dem Iuramento in litem praesupponirt wird. Merke hierbei:

1) Niemand ist zuzulassen, der seinen Schaden auf eine andere Art dociren kann, folglich ist es ein subsidiarischer Eid, wie das Iuramentum in litem.
2) Kann auch das Pretium irrationale a iudice moderirt werden.

Nach dem Iure Saxonico hat man statt dessen, das Iuramentum minorationis, quod est illud, ubi quis, qui vim intulit, ad damni restitutionem conventus aestumationem damnorum ab actore factam minuit. Es ist also gerade hier umgekehrt. Nicht der Laesus schwört, um die Grösse seines Schadens zu bestimmen, sondern der Laedens muß schwören, um das Quantum zu mindern, welches der Laesus angegeben hat. Uebrigens ist dies Iuramentum minorationis wider alle Analogie der Rechte. Denn der Laedens kann doch den Schaden nicht so gut wissen, als der Laesus und der

der Unschuldige muß allezeit eher zum Eid gelassen werden, als der Schuldige. In Churſachſen iſt es auch ganz abgeſchafft, nur im Herzoglichen Sachſen obtinirt es noch.

LIB. XII. TIT. IV.

De condictione causa data, causa non secuta.

Hier wird alſo von den Actionibus perſonalibus gehandelt.

§. 820. Condictio heiſt in ſenſu generali ſo viel als actio perſonalis (§. 273). Hier nehmen wir es aber in ſenſu ſpecialiori, wo es nach Hellfelds Definition eine Klage bedeutet, die nicht aus einem Contract entſteht, ſondern blos auf Billigkeit beruht. Dieſe Definition iſt aber zu eng; wir müſſen alſo ſagen: Condictiones ſunt actiones perſonales, quae partim ex aequitate, partim ex facto obligatorio proficiſcuntur. Man hat ihnen dieſen Namen: Condictiones, deswegen gegeben, weil es im Iure Romano ſehr gewöhnlich iſt, daß gewiſſen ſpeciebus das Nomen generis vorzüglich beigelegt wird.

Die erſte von den Condictionen iſt die Condictio cauſa data, cauſa non ſecuta — quae eſt actio perſonalis, qua repetitur id, quod ob cauſam futuram honeſtamque datum eſt, hac cauſa ſ. re non ſecuta. Denn cauſa heiſt h. l. res.

Es ſind drey Requiſita nöthig, wenn dieſe Condictio ſtatt haben ſoll.

1) Ut cauſa alteri ſit data. Dare muß hier in weitläuftiger Bedeutung für tradere, factum praeſtare, remittere, ſolvere etc. genommen werden, kurz für jede Leiſtung.

2) Ob cauſam futuram, i. e. ob rem ſ. factum ab altero praeſtandum. Cauſa h. l. eſt cauſa finalis — ein gewiſſer Endzweck.

3) Ut haec cauſa finalis non ſit ſecuta: z. E. Ich habe mich mit einem Mädchen verſprochen. Sie giebt mir gutherzig ſogleich den Dotem; nun wird aber aus der Sache nichts, ich mag ſie nicht mehr. Den Dotem gab ſie mir der Ehe wegen

wegen, das war causa finalis; ergo muß ich ihr solchen zurückgeben und sie kann diese Klage anstellen.

§. 821. Vorauszusetzen ist also, daß einer dem andern eine Sache gegeben, ob causam finalem. Gegeben, begreift sowohl dationem naturaliter talem; Wenn ich einem wirklich etwas gebe, als civiliter talem, i. e. wenn es nach den Gesetzen eben so gut ist, als ob ich etwas gegeben hätte: z. E. statt 100 Rthl. einen Wechselbrief.

Doch muß die Datio immer geschehen, ob causam finalem futuram; mithin findet die condictio nicht statt, ob causam existentem.

§. 822. Wenn ich dem andern etwas leiste ob causam finalem futuram, so kann ich es wieder zurück fordern per hanc condictionem. Doch nicht indistincte. Man hat nämlich dem andern etwas gegeben:

1) l. ex contractu nominato — Da findet die Condictio causa data causa non secuta nicht statt; sondern ich kann nur klagen ex contractu nominato, daß der andere seinen Contract auch erfüllen solle, weil ich den meinigen erfüllt habe. Aber es geht nicht an, daß ich sage, weil Du nicht erfüllt hast, erfülle ich auch nicht. Dies hat man wohl zu merken; Es geht bei einem Contractu durchaus nicht an.

2) l. ex nudu pacto — So wird das Pactum zwar auf Seiten des Accipientis Contract, aber nicht auf Seiten des Dantis, da ists nur nudum pactum; mithin ist Dans nicht perfecte obligirt; folglich kann er poenitiren; folglich kann er auch condictione causa data causa non secuta — das was er gegeben zurück fordern.

Diese Condictio geht dahin: daß Accipiens die rem datam cum omni causa restituiren soll. Doch kann man Iure Romano keine Zinnsen verlangen.

Ratio: Weil diese Klage auf die Billigkeitsregel gegründet ist: nemo cum damno alterius fieri debet locupletior. Doch fällt dies Iure hodierno weg, unbedenklich können Verzugszinnsen gefordert werden.

§. 823. Fälle, wo sie nicht statt findet:

1) Si propter causam inhonestam s. turpem est datum. — Ratio: weil beide Theile in turpi causa versiren, da gilt die

die Regel: melior est ratio possidentis: z. E. ich mache einem Mädchen Präsente, ut tractabilior fiat etc.

2) Si culpa ipsius dantis ex altera parte implementum non sequatur: z. E. ein Student zahlt sein Honorarium und schwänzt das ganze halbe Jahr fort, nachher will er die Condictionem anstellen; sie findet aber nicht statt.

3) Si res restituenda casu perierit: z. E. Wir wollen Pferde tauschen. Ich gebe das Meinige her, du aber nicht. Nun reut es mich, ich fordere das Meinige zurück, aber leider ists inzwischen krepirt. Qu. quis sentit damnum? Rsp. Dominus und daß bist Du, Accipiens, und ich nicht.

4) Si praestitum sit factum; Ratio: quia factum infectum fieri nequit, Also bleibt mir nichts übrig, als ich klage.

Qu. Wie aber, wenn dem Accipienti die Erfüllung seines Versprechens unmöglich ist? Rsp. Es war ihm diese:

1) entweder schon tempore contractus unmöglich — hier findet die Condictio statt.

2) Oder sie wurde erst ex post unmöglich, und zwar:

a) l. dolo l. culpa accipientis — h. c. hat die Condictio wieder statt.

b) l. ex casu fortuito; dies ist ein sehr intrikater Fall in den Gesetzen. Hellfeld sagt: da findet die Condictio etc. nicht statt. Allein obstat L. ultima D. h. t. — Ein ewiges Hindernis.

Da heist es expresse: ich könnte mein Geld wieder zurück fordern, ex ratione: dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares. Es muß da ein gewisses Negotium unter dieser Formel verborgen liegen, das verlohren gegangen.

Conferatur Oelerichs thesaurus novus dissert. belgicarum. Volum. 2. p. 383. Darinn ist diese Meynung gegründet, die sehr wahrscheinlich ist.

Nach Hellfelds System findet sie nicht statt, ausser in zween Fällen:

1) Nisi mora adsit; dies ist per se klar.

2) Si in obligatione faciendi dantem poeniteat: z. E. das Mädchen, mit der ich mich verlobt habe, stirbt: ergo kann ich das Meinige wieder zurückfordern. In L. 5. D. h. t. ist die Decisio.

§. 824.

§. 824. Bei den Römern konnte man bei den Pactis leicht poenitiren, hodie aber nicht; denn alle Pacta haben bei uns perfectam obligationem. Aber doch giebts einige Fälle, wo die Condictio statt findet:

1) Wenn das Versprechen gleich Anfangs unmöglich war.
2) Wenn der Accipiens es dolo et culpa dahin bringt, daß er sein Versprechen nicht erfüllen kann.
3) Wenn dolo l. culpa accipientis es dahin gekommen, daß die Erfüllung des Versprechens dem Danti nichts mehr nutzt: z. E. ich will Hochzeit machen und der Schneider macht mir mein versprochenes Kleid nicht, das ich ihm vorausbezahlt habe.

LIB. XII. TIT. V.

De condictione ob turpem l. iniustam causam.

§. 825. Causa h. l. wieder causa finalis. Causa turpis et iniusta aber ist schwer zu bestimmen. Es soll ein Unterschied seyn. Dist. ergo: Es ist hier etwas zu Grunde zu legen, welches contra leges decori unternommen worden, und zwar:

1) contra leges decori solum; dies ist turpis causa: wenn z. E. bei den Römern die Meretrix Geld nahm.
2) Quoque contra leges iusti; dies ist causa iniusta: z. E. wenn einer Geld nimmt, um den andern aus der Welt zu schaffen, oder: wenn der Iudex Geld nimmt, daß er mir beistehe.

Qu. In wie ferne kann denn das, was ex turpi l. iniusta causa gegeben worden, zurückgefordert werden?

Rsp. Hier sind drey Fälle zu bemerken. Das Acceptum ist:

1) entweder lediglich intuitu accipientis turpe l. iniustum; da kann es per hanc condictionem wieder zurückgefordert werden: z. E. Meinem Freund will aus Chicane ein Mensch die Schande machen und ihm an seinen Ehrentag ein Kind in die Kirche bringen; Ich gebe ihr ein Stück Geld — das kann ich wieder zurück fordern; denn das

Acceptum ist blos auf ihrer Seite schändlich; sie hätte frey von ihrem Unternehmen abstehen sollen.

2) Oder turpe s. iniustum intuitu dantis solum. Da hat die Condictio nicht statt: z. E. Ich habe mit einem ehrlichen Mädchen Umgang und mache ihr Präsente. Sie denkt es geschieht in guter Absicht und nimmt sie. Ich aber denke: nemo gratis bonus, und muthe ihr unerlaubte Dinge zu. Das thut sie aber nicht. Qu. Kann ich da die Präsente zurückfordern? Rsp. Minime!

3) Oder endlich turpe et iniustum intuitu utriusque partis. Hier hat die Condictio wieder nicht statt: z. E. Der Stuprator hat der Stupratae Geld gegeben. Die Ratio ist: ambo in pari turpi causa versantur. Aber der Fiscus kann das Geld zurückfordern und behalten.

Anmerkungen: §. 826.

1) Zu den turpiter acceptis gehört:

a) Wenn jemand Geld annimmt um etwas zu thun, was er Amts halber umsonst thun sollte: z. E. der Amtmann zu N. muß immer ein Schock Krebse haben, wenn er sich angreifen soll.

b) Wenn er Geld nimmt, etwas zu thun, wozu er perfecte obligirt ist: z. E: der Depositarius nimmt Geld an, wenn er das Depositum wieder herausgeben soll.

2) Die Condictio ob turpem causam hat den Effect, daß das turpiter acceptum cum omni causa restituirt werden soll.

Allein Zinnsen können Iure Romano nicht gefordert werden, ob sie gleich iure hodierno ob moram statt finden.

LIB. XII. TIT. VI.

De condictione indebiti.

§. 827. Condictio indebiti ist diejenige persöhnliche Klage, wodurch eine Nichtschuld, welche einer dem Andern aus Irrthum bezahlt hat, zurückgefordert wird,

Requiritur:

1) Das solutum muß ein indebitum gewesen seyn.

2) Der

2) Der Solvens muß in ignorantia s. errore versirt haben.
3) In accipiente wird wieder ignorantia s. error erfordert.
Observ. Die drey Umstände muß derjenige beweisen, der condictionem anstellt.

Das Fundament von dieser Klage ist das Gesetz der Billigkeit: nemo cum damno alterius fieri debet locupletior.

§. 828. Indebitum (Nichtschuld) est id, ad quod praestandum alteri non sumus obligati.

Indebitum est:
1) l. naturaliter tantum — wenn zwar die obligatio civilis vorhanden ist, obligatio naturalis aber mangelt.
2) l. civile tantum — wo zwar naturalis obligatio da ist, aber die civilis mangelt.
3) l. mixtum — wo beide mangeln. Und dies ist erforderlich, wenn die condictio indebiti statt finden soll.

Beispiele: Wenn ich eine Schuld bezahlt habe, welche ich nach dem SCto Macedoniano zu bezahlen nicht verbunden war; so kann ich die Actionem indebiti nicht anstellen. Ratio: nam obligatio naturalis manet. Wenn ich aber 1000 Rthl. Spielschuld bezahlt habe, so kann ich sie ex allatis in Titulo de aleatoribus per condictionem indebiti wieder repetiren. Ratio: nam obligatio naturalis hic reprobata et, ut ita dicam, plane devastata est.

§. 829. Beim indebito naturali tantum findet die condictio indebiti nicht statt, also:
1) wenn ich ex obligatione imperfecta dem andern etwas geleistet habe: z. E. Ich habe dem Caius, der in der Abwesenheit mein Haus reparirt hat, zur Dankbarkeit sechs Louisd'or gegeben.
2) wenn ich dem andern etwas gegeben habe, das ich ex nudo pacto ihm zu geben schuldig war.
3) Wenn der filiusfamilias geborgtes Geld bezahlt hat. Wenn er gleich ex SCto Macedoniano nicht verbunden war, so hatte er doch obligationem imperfectam naturalem.
4) Wenn man usuras indebitas bezahlt hat: z. E. ich habe einen Zinnsen bezahlt ohne sie versprochen zu haben.
5) Wenn ex causa transactionis und

6) pie-

6) pietas etwas bezahlt worden: z. E. die Frau hätte dem Mann den dotem zugewendet.
7) Wenn einer iniusta iudicis sententia absolvirt worden.

§. 830. Quod naturaliter debetur, condici nequit. Excipe: wenn die naturalis obligatio inefficax ist, so findet die condictio indebiti statt. Ratio: weil der Beklagte gar keine Rechtsmittel hat, wodurch er sich gegen die Condictionem vertheidigen könnte. Mithin condictio institui potest:
1) Von einer Weibsperson, welche ihre Bürgschaftsschuld bezahlt hat.
2) Wenn Spielschulden bezahlt worden (Rep. §. 628.)

§. 831. Quod ex obligatione civili debetur. Da findet wieder die condictio indebiti nicht statt. Also nicht statt:
1) Si solutio facta est, ob causam, ex qua lis inficiando crescit. Das ist die Strafe der Lüge. *Brunnemann* ad L. 9. C. h. t. giebt die Raison an: ein solches solutum wäre als ein Vergleich anzusehen; er hätte bezahlt, damit er nicht in die poenam inficiationis verfallen möchte. Allein wir halten diese Raison für unbefriedigend. Denn es ist vielmehr ein privilegium singulare, daß dergleichen Sachen nicht sollen wieder aufgewärmt werden.

Zusatz: Condictio indebiti etiam locum non habet, wenn einer ex causa iudicati bezahlt hat; da ist zwar keine obligatio naturalis, aber civilis.

Conferatur Wernher de condictione indebiti ex causa iudicati.

Exceptio: Es müste denn seyn, daß die obligatio civilis per exceptionem aufgehoben wäre, da findet sie statt: z. E. wenn das ius civile zu streng war bei den Römern, so gaben die Praetores exceptiones ex aequitate.

§. 832. *Fundamentum*: nemo cum damno alterius fieri debet locupletior. Ergo non locum habet cond. indebiti:
1) wenn der Solvens keinen Schaden hat.
2) Wenn der Accipiens nicht reicher worden.

Wenn sie angestellt werden kann, so steht dem Kläger nicht entgegen: renunciatio generalis — i. e. die Begebung aller Rechtsbehülfe und Einreden. Ratio: Renunciatio

tio non extenditur ad non cogitata, ergo non ad indebitum.

§. 833. *Condictio est actio personalis*: denn sie steht ex lege aequitatis immediate zu; daher findet sie nicht contra quemcunque statt, sondern nur contra accipientem. Contra tertium possessorem kann nicht einmal reivindicatio angestellt werden. Ratio: weil der solvens s. dans animo transferendi dominium veräußert; ad transferendum dominium sufficit titulus putativus, si verus deest,

Wer aber die condictionem indebiti anstellen will, muß die drey Stücke im Spho beweisen. Excipe:

I. Bisweilen wird indebitum praesumirt, wenn nur solutum bewiesen ist: z. E.

1) wenn der Beklagte das factum solutionis läugnet, und der Lüge überführt wird. Die Regel heißt ex L. 25. D. de Probat. actor s. condicens probare debet; es sey denn, daß Accipiens das factum solutionis läugnete. Wird letzterer ex post der Lüge überführt, so legen ihm mit Recht die Gesetze den Beweis ex delicto auf.

2) Wenn die specifica debendi causa nicht in der Schuldverschreibung ausgedrückt ist: z. E. Ich Endes Unterschriebener bekenne, daß ich Hrn. N. N. 100 fl. schuldig bin ꝛc. — Qu. Wofür? Wo ist der Titel? — Hier wird Indebitum praesumirt.

Im *Executiv*-Proceß darf man keine solche Schuldverschreibung zum Beweis oder Fundament der Klage brauchen, man wird abgewiesen.

3) Wenn der Solvens die Rechte nicht versteht. Hier ist noch zu merken: der Solvens muß errorem beweisen. Doch der Pupill darf nur indebitum beweisen, seinen errorem praesumiren die Gesetze ob aetatem. Wie aber, wenn ich wissentlich ein Indebitum bezahlt habe? — Conf. L. 53. D. de R. I. Da heißt es: qui sciens indebitum solvit, ea mente, ut illud ex post repetere velit, si condicit, non audiatur. Merke noch das Beispiel von der Mutter und den beiden Söhnen, die aus Edelmuth ihren errorem verschwiegen. Leyser und Harpprecht dissentiren. Aber sie können nichts repetiren, denn der Lex ist zu deutlich, und paßt ganz auf die beiden Söhne, ob sie gleich erst ex post in errorem consentirten. Der Jurist hat das Recht

nicht,

nicht, aequitatibus Gehör zu geben, wo es dubiös ist, noch vielweniger, wo die Gesetze deutlich sind.

II. Zuweilen wird auch der Error praesumirt, wenn ich das indebitum bewiesen habe. Nemo enim suum iactare praesumitur. Jedoch weil es mit zum Beweis der Klage gehört, so muß Kläger das suppletorium schwören um seinen Beweis zu ergänzen.

§. 834. Wer wissentlich eine Nichtschuld bezahlt, kann nichts zurückfordern, quia eiusmodi solvens donasse praesumitur. Ja diese Praesumtion gilt, wenn er auch gleich beweisen wollte, daß er diese Absicht nicht gehabt habe, quia reservatio in mente nihil operatur.

Doch ist auch hier noch ein Unterschied zu bemerken, nämlich man muß sehen:

1) ob der Errans in errore facti versirt. Hier ist die Regel: error facti non nocet. Also kann die Condictio angestellt werden.

2) Oder ob er sich in errore iuris befindet — hic error nocet erranti. Es müste denn seyn, daß die Person eine solche wäre, welcher in iure verziehen wird.

Es ist auch in L. 7 et 8. de iuris ignorantia der Unterschied enthalten: ob der Errans

1) eines Gewinnstes beraubt wird — hier hat die Condictio nicht statt: z. E. ich habe den Abzug ex lege Falcidia nicht gemacht.

2) Oder ob er etwas von dem seinigen verlohren hat — hier findet die condictio statt. Z. E. Ich verinteressire die von meinem Vater hinterlassene 100 fl. Schuldzinnsen. Dazu war ich nicht verbunden, ich repetire sie also gänzlich.

Hieher gehört die berühmte Gesetzstelle, nämlich der L. 26. pr. et §. 1. et 2. D. de condictione indebiti. Bekanntermasen hat Ulpian in diesem Lege das Recht Zinnsen zu fordern sehr limitirt. Hieraus entstanden nun große Streitigkeiten unter den Rechtslehrern. Die meisten glaubten, daß man die Zinnsen nicht zurückfordern könne. Allein contra Doctores hoc statuentes, merken wir an: daß in der allegirten Gesetzstelle nur von solchen Zinnsen die Rede sey, die ein Schuldner wissentlich als solche bezahlt, zu welchen er keine Verbindlichkeit hatte: Beweis — ist uns

a) der

a) der Context: wer ein indebitum überhaupt wissentlich bezahlt, soll nicht zu condiciren befugt seyn. Also auch wer wissentlich Zinnsen bezahlt ꝛc. Und nun ex opposito: wer sie unwissentlich bezahlt, der repetirt sie.

b) Würde es auch der Analogie der Rechte zuwider seyn, wenn Ulpian die aus Irrthum bezahlte Zinnsen zurückzufordern nicht verstatten wollte.

c) So lehren es ja die Worte des Gesetzes selbst: nec videtur sciens indebitum solvisse. Wenn ich folglich in einem Jahr zu viel Zinnsen bezahlt habe, so ziehe ich sie das andere Jahr gleich am Kapital ab.

Conf. L. 4. C. de compens. et L. 1. in fine D. de solutionibus.

§. 835. Per condictionem indebiti verlangen wir zurück:

1) quod in iure s. possessione consistit — condictio indebiti incerti.

2) Id quod in quantitate s. specie consistit: z. E. 100 Rthl. — 1 Pferd — Condictio indebiti certi.

Diese geht also auf zwey Fälle:

a) wenn quantitas indebiti: z. E. Geld gegeben worden. Hier hat die Klage die Beschaffenheit der actionis mutui. Doch können ex L. 1. C. h. t. keine Zinnsen gefordert werden, quia unice illud persequitur, quod indebite solutum est. Jedoch nach dem Iure hodierno können Verzugszinnsen gefordert werden. Conf. Koenig: utrum usurae veniant ex condictione indebiti? Hal. 1775.

b) Wenn das Indebitum eine Species: z. E. ein Pferd ist. Hier hat die condictio naturam actionis commodati. Res ergo in specie restituenda est, si adhuc existit. Wenn sie aber nicht mehr vorhanden ist, so sind zwey Fälle zu merken:

α) Sie ist entweder doloſe veräusert worden — hier muß der Alienans id, quod interest praestiren. Ja, die ICti statuiren sogar, es könne die condictio furtiva gegen ihn angestellt werden. Und dies hat so viel zu sagen:

αα) der Alienans muß pro periculo haften.

ββ) Res a quolibet possessore vindicatur.

γγ) Klä-

γγ) Kläger kann das Iuramentum in litem schwören. Observ. Um dieser drey Punkte willen wird die condictio furtiva für vortheilhafter gehalten.

δ) Oder nicht dolose; hier muß das Pretium restituirt werden.

LIB. XII. TIT. VII.

De condictione sine causa.

§. 836. *Causa* h. l. idem est ac *titulus*. Condictio sine causa est ea, qua repetitur id, quod sine causa s. titulo valido apud alterum est.

Es sind drey Fälle, wo die condictio sine causa statt hat:

1) wenn der Accipiens gleich Anfangs keinen titulum gehabt hat; z. E. der Pupill hat ihm etwas inscio curatore gegeben.

2) Wenn er zwar Anfangs einen Titulum gehabt hat, welcher aber in der Folge wegfällt: z. E. der Pfandgläubiger giebt das Pfand, nachdem die Pfandschuld bezahlt ist, nicht heraus, so kann condictio sine causa angestellt werden.

3) Wenn man zwar eine andere Condiction hat, bei welcher es aber an einem Requisito mangelt. Deswegen heist sie: Condictio generalis.

LIB. XIII. TIT. I.

De condictione furtiva.

§. 837. Die Ursache, warum diese Klage eingeführt worden, da der Bestohlene doch schon zwey Klagen hat, nämlich: 1) actionem furti und 2) reivindicationem, ist: weil diese beiden Klagen nicht hinlänglich sind. Ratio:

1) *Actio furti* — est actio poenalis, und geht folglich nicht gegen die Erben, und

2) *Rei-*

2) *Reivindicatio* geht nur gegen den Besitzer, und hilft nichts mehr, wenn die Sache nicht mehr existirt. Z. E. der Dieb hat meinen Wein ausgesoffen, da kann ich ihn nicht mehr vindiciren, mithin würde es an einer Klage mangeln. Dies ist aber nicht die einzige Ursache, denn es müste daraus folgen: die condictio furtiva wäre also nur subsidiarisch. Man merke daher vielmehr diese Ursache hauptsächlich: daß man den Dieb nicht beschimpfen will.

§. 838. Condictio furtiva est actio personalis competens domino vero ac ficto (i. e. bonae fidei possessori) ut et creditori pignoratitio contra furem eiusque socios et heredes, ad id, ut res furtiva in specie cum omni causa restituatur l, si hoc fieri nequeat, aestumatio praestetur. Socius est is, qui opem, auxiliumve tulit, et quidem

1) aut lucri furtive particeps factus est; h. c. condictio furtiva locum habet.
2) aut non, h. c. condictio locum non habet. Ratio: die condictio furtiva gründet sich auf die Billigkeitsregel: nemo cum damno alterius fieri debet locupletior; mithin kann niemand mit dieser Klage belangt werden, der nichts vom Diebstahl erhalten hat.

§. 839. Condictio furtiva entsteht ex furto. — Es ist zwar richtig: furtum ist als causa sine qua non — bei dieser Klage zu betrachten; jedoch ist das furtum nicht als die causa proxima, worauf die Klage beruht, zu betrachten; sondern furtum wird hier nur als ein factum illicitum angesehen, wodurch sich einer mit des andern Schaden bereichert hat.

Natur und Eigenschaft dieser Klage:

1) Sie kann contra plures in solidum angestellt werden. Ratio; quia beneficio divisionis indigni sunt fures. Doch so, daß die Regel gilt: uno solvente, reliqui liberantur; denn alsdenn cessirt das Fundament der Klage.
2) Sie kann angestellt werden, der Dieb mag die gestohlene Sache noch besitzen oder nicht mehr besitzen.
3) Sie kann auch gegen die Erben des Diebs angestellt werden; denn furtum ist nicht die causa proxima der Klage. Und notable ist es, die Erben können damit belangt wer-

den, sie mögen locupletiores worden seyn durch den Diebstahl oder nicht. Jedoch plures heredes haften nur pro rata.

4) Sie ist nicht actio famosa, i. e. reus non in poenam infamiae incidit.

§. 840. Condictio furtiva hat den Endzweck, daß die gestohlene Sache oder deren Werth dem Kläger wieder zugestellt werden soll; mithin ist sie blos rei persecutoria actio. Daher fällt die Klage nicht weg: wenn der Dieb schon bestraft worden; Conf. Leyser spec. 149. med. 4. Ratio: quia diversissima sunt: *vindictam persequi et restitutionem damni petere.* Eins hebt das andere nicht auf. Und wir haben im Iure viel ähnliche Fälle ꝛc. Dies ist nach dem Iure communi ausser allem Zweifel. — Aber die constitutio electoralis 12. in not. alleg. ging hievon unbilligerweise ab. Da sollen die Erben nicht belangt werden können, wenn der Dieb an Leib oder Leben bestraft worden. Es kam dies von der übeln interpretatione des altdeutschen Sprüchworts: mit dem Tode wettet man den Richter und büset den Kläger — her. Büsen heist nicht so viel, als damnum restituere, sondern: mulctam solvere. Sensus: wenn der Dieb mit dem Tode bestraft worden, so kann man von ihm weiter keine Strafe mehr fordern. Dies ist aus oben angeführtem Grund die falsche Erklärung. Die Strafe kann ja den Erben das Recht nicht nehmen, Schadensersetzung zu fordern. Ferner heist es: wettet man den Richter. d. h. auch der Richter soll keine Sporteln mehr fordern können. Wir sagen: Allerdings verlangt er sie mit Recht, wenn der Dieb noch Vermögen hat. Hat er keines mehr, so versteht es sich von selbst, daß der Richter zufrieden seyn muß. Bleibt hingegen noch was übrig, so bekommen es die Erben, es wäre denn, daß das Verbrechen von der Art ist, daß das sämmtliche Vermögen des Diebs nothwendig confiscirt werden muß. Ferner: der Dieb muß die gröste aestumationem rei, die sie in der Zwischenzeit hatte, praestiren. Sie hatte z. E. tempore furti 100 fl. Werth; in der Zwischenzeit steigt der Werth auf 200 fl. Er muß mir also 200 fl. zahlen, aber bestraft wird er nur, als einer, der 100 gestohlen hat.

Anmerkung: In Churſachsen ist neuerlich die Constitutio elect. 12. selbst abgeändert worden.

§. 841.

§. 841. Condictio furtiva tendit ad rei ablatae restitutionem. Es thut nichts, wenn casu die restitutio rei verhindert worden. Der Dieb muß ex L. 3. et 8. Princ. et §. 1. h. t. doch restituiren. Denn er wird in allen Fällen als ein debitor morosus betrachtet und kann ex L. all. gar keine moram innocuam vorschützen. Principaliter also muß er die Sache selbst restituiren und zwar cum omni causa. Jedoch in subsidium auch die aestumationem und zwar den höchsten Werth, den die Sache seit dem verübten Diebstahl gehabt hat. (Repet. §. 840. in fine.) Ja, es thut nichts, si cura ipsius furis pretium rei creverit, i. e. per impensas a fure factas. Z. E. er hätte mein Pferd weit besser gehalten als ich — oder er hätte die Schweine recht gut gemästet; so sollen seine impensae pro donatis zu achten seyn.

LIB. XIII. TIT. II.

De condictione ex Lege.

§. 842. Condictio ex Lege findet so oft statt, als durch ein neues Gesetz eine Verbindlichkeit eingeführt und nicht bestimmt worden, quo genere actionis aus dieser Verbindlichkeit geklagt werden könne. Das wesentliche ist: daß per legem novam eine Verbindlichkeit eingeführt worden; jedoch so, daß dabei kein negotium certum et determinatum zu Grunde liegt.

Sie sind mancherley, daher benennt man sie mit Beifügung des legis: z. E. cond. ex L. 35. §. ult. C. de donationibus. Zu den im §pho allegirten Beispielen füge noch folgende: Condict. ex L. ult. §. 1. C. de heredit. petitione. Cond. ex L. 22. §. 1. C. de iure deliberandi. L. ult. C. de aleatoribus.

Ex analogia hat man hodie auch condictiones ex canone, moribus et statutis eingeführt. Ex moribus, wenn durch Observanz und Gewohnheitsrechten, wo man sonst keine Klage hätte, geklagt werden kann; so auch ex statutis, aus den Landesgesetzen ꝛc.

LIB. XIII. TIT. III.

De Condictione Triticiaria.

§. 843. Weder den Namen, noch die Natur dieser Condiction haben die ICti erklären können. Selbst Noodt hat gestanden, daß er diese Condiction nicht verstehe. Hellfelds Distinction ist auch irrig, v. Pufendorf aber giebt uns den rechten Begrif.

I. Hellfeld sagt: es kann seyn, daß mir einer etwas zu praestiren hat und nicht praestirt, wodurch er mich in Schaden bringt. Dieser Fall ereignet sich entweder bei einem Contractu bonae fidei — da hab ich die actionem ex contractu; oder bei einem contractu stricti iuris — da fehlt es an einer Klage, und deswegen haben die Römer diese Condiction statuirt. Daß aber diese Distinction irrig sey, erhellet daraus: wir haben

1) deutliche Gesetze, daß bei allen contractibus gewöhnlich gewesen, ut pretium in locum rei succederet. Conf. L. 5. §. ult. D. de in litem iurando. L. 2. §. 2. D. commodati.

2) Ists irrig, zu behaupten, per cond. triticiariam könne nur aestumatio rei gefordert werden; denn ex L. 1. D. h. t. kann auch ipsa res verlangt werden, baares Geld ausgenommen.

II. v. Pufendorf Tom. II. observ. 41. sagt: *Cond. triticiaria* est actio: quae locum habet, quoties alter ad dandum obligatus est, praeter pecuniam numeratam, neque alia actio suppetit.

Die Condictiones sagt er, muß man überhaupt als solche Klagen betrachten, die ex aequitate gegeben würden, wenn keine andere da war. Diese könnten nun gegeben worden seyn, so, daß der Beklagte dadurch entweder ad faciendum oder dandum verbunden worden:

1) ad faciendum; dazu hatten die Römer keine Condictiones.

2) Ad dandum. Distingue:

a) aut ad certam pecuniae summam Solvendam, Dies war condictio certi.

b) aut non. Hier mangelte es an einer Klage und deswegen gab der Praetor diese condictionem triticiariam.

Der

Der Name wurde auch verschiedentlich abgeleitet. Bald von einem gewissen Triticiario, bald von tritico, weil dieses von den Römern nach dem Geld für das beste gehalten wurde; bald von trito, weil diese Klage sehr gewöhnlich war. Pufendorf aber leitet sie richtiger ab von den Anfangsworten des Edikts.

§. 844. Die Condictio triticiaria hat den Endzweck:
1) ut res praestetur, l.
2) ut rei aestumatio fiat.

Qu. Wie aber soll der Werth der Sache, die ich zu fordern berechtigt bin, geschätzt werden?

Rsp. Es ist entweder pacto ausgemacht worden; da hat die Sache keinen Zweifel, es geht nach dem pacto. Oder es ist kein pactum deswegen da. Hier wird die Sache entweder ex mora nicht praestirt — so kann der Kläger den höchsten Werth intra tempus morae fordern; oder ex dolo l. culpa debitoris — hier giebt man die Regel: bei obligationibus puris sey das tempus interitus; bei conditionatis das tempus conditionis existentis zu beobachten. Die Sätze sind wahr, doch aber nicht hinlänglich, alle Fälle zu bestimmen. Denn wenn mir ein Debitor nicht leistet, was er schuldig war, so ist nicht immer interitus rei die Ursache, er kann ja gleich Anfangs beim Versprechen nicht im Stande gewesen seyn, mir die Leistung zu halten, er kann die Sache veräusert haben ꝛc.

Nun haben wir den L. 3. D. h. t. da steht: tempus condemnationis spectandum esse, i. e. die Sache sey nach dem Werth zu schätzen, denn es zu der Zeit der Condemnation hatte. Hingegen in L. ult. D. h. t. steht: cum iudicium acciperetur — dadurch wird ausgedrückt, daß das tempus litis contestationis zu beabsichtigen sey.

Conferatur Westenberg in titulo; de rebus creditis. §. 46.

Der hat die Sache noch am besten zu vereinigen gesucht. Denn dies sind zwey Gesetze, die vielleicht am schwersten zu vereinigen sind. Er sagt: die Aestumatio geschieht entweder a iudice — so muß auf das tempus litis contestationis gesehen werden; oder a reo — so sieht man auf das tempus condemnationis.

LIB. XIII. TIT. IV.

De eo quod certo loco dari oporteat.

§. 845 — 848. Wenn bei contractibus stricti iuris ein gewisser Ort verabredet war, wo nämlich der Promittens sein Versprechen erfüllen sollte, so konnte der Promissarius an keinem andern Ort mediante actione ex contractu die Erfüllung des Versprechens fordern. Nun war es aber bisweilen möglich, daß der Promittens an dem Ort nicht anzutreffen war, daß er z. E. entweder nicht kommen wollte, oder ob captivitatem nicht kommen konnte; da würde es nun doch übel und unbillig seyn, wenn der Promissarius gar nicht klagen können sollte. Deswegen wurde ihm a praetore die *condictio de eo, quod certo loco dari oporteat*: gegeben, quae est condictio, qua agitur ad hoc, ut reus adigatur solvere in eo loco quo agitur, atque simul id quod interest, praestare. Z. E. Caius sollte mir in Leipzig 2000 Rthl. zahlen, er läßt sich aber nicht antreffen, ich muß ihn in Hamburg aufsuchen, dort muß er mich bezahlen und id quod interest praestiren. Diese Klage ist nicht nöthig bei contractibus s. negotiis bonae fidei; denn da kann allezeit actio ex ipso contractu angestellt werden. Daher ist sie hodie plane nullius usus. Doch die Principia §. 847. müssen durchgelesen werden, denn die haben noch einigen Nutzen.

LIB. XIII. TIT. V

De constituta pecunia.

§. 849. Pecunia i. e. quaevis res, quae est in patrimonio nostro.

1) *Constituere* heißt so viel, als: semet collocare in locum alterius — daher sich für einen andern verbindlich machen, sich in den nexum eines andern begeben. Noch genauer heißt constituere — gemminare s. duplicare aliquid, daher constitutum — ein Versprechen, welches die Erfüllung einer schon vorhandenen Verbindlichkeit zusichert.

(Pro-

(Promittere, constituere und polliceri findet man bei den Auctoribus als Synomina; hier aber nicht.)

2) *Promittere* bezieht sich auf ein Versprechen, welches nudo pacto gegründet ist.

3) *Polliceri* — auf ein Versprechen, welches zum Besten des Staats geschehen und nicht acceptirt worden. Hoc loco de Constituto.

Constitutum est pactum quo anterioris obligationis praestatio promittitur. Es heißt aber entweder debitum proprium — hier heist der Vertrag: constitutum proprium; oder debitum alienum — so heist er: constitutum alienum (das Gutsagen für einen andern.) Von beiden wird in den nächstfolgenden §. 850 und 51. in specie gehandelt.

§. 850. I. *Constitutum proprium* ist deswegen bei den Römern eingeführt worden, weil nuda pacta nicht obligirten und folglich nicht daraus geklagt werden konnte. Aber wenn ein nudum pactum zum zweytenmal wiederholt wurde, dann war es verbindlich, weil es dem Praetor hart, unbillig vorkam, anzunehmen, daß einer sich zweymal irren sollte. Nun gab er auch die actionem de constituta pecunia. — Constitutum proprium ergo est pactum non nudum et praetorium.

§. 851. II. *Constitutum alienum* hat Aehnlichkeit mit der Bürgschaft, jedoch unterscheidet es sich davon darinnen, daß bei dem constituto alieno keine stipulation erforderlich ist. Ueberein kommt es damit: daß nur diejenigen gutsagen können, die alienam obligationem zu übernehmen im Stande sind: z. E. nur die Männer, und nicht die Weiber.

Ueberein kommt es auch mit dem constituto proprio darinnen:

a) daß beide eine schon vorhandene gültige Verbindlichkeit voraussetzen, welche nur bestärkt werden soll. Sufficit tamen: an naturalis l. civilis — nisi modo ineffi-cax sit.

b) Daß die schon vorhandene Verbindlichkeit nicht aufgehoben, sondern nur verstärkt wird. Ex quo sequitur:
α) Nullum constitutum novationem inducit.
β) Debitor principalis nunquam liberatur, si alius pro eo constituitur. Ex L. 28. D. h. t.

§. 852. Der Usus hodiernus dieser Lehre ist:

I. Das Constitutum proprium — ist in der Absicht, wie es die Römer eingeführt haben (§. 850.) nicht zu gebrauchen. Inzwischen kann man doch nicht sagen, daß ein constitutum proprium ohne allen Effect sey. Es können manche Einreden nicht vorgeschützt werden. Z. E. Exceptio non numeratae pecuniae, exceptio coactionis — bei Sponsalibus; — desgleichen exceptio minus deliberati promissi: auch exceptio SCti Velleiani etc.

II. Das Constitutum alienum unterscheidet sich nicht mehr von der Bürgschaft durch die Stipulation, denn diese sind nicht mehr in usu. Doch will man auch hodie noch den Unterschied machen:

1) quod alia plane res constitui possit. Z. E. der Hauptschuldner versprach 100 fl. in Geld, ich als Constitutor so viel an Getraide.

2) Quod incerto licet principali debitore, constitui possit. Z. E. mein Freund Sempronius starb. Nun wollen die Creditores gar nicht warten bis das Testament eröfnet wird. Es sind aber Hindernisse da, man kann es noch nicht eröfnen. Ich sage also gut pro incerto herede, denn ich weis noch nicht, wer im Testament steht.

3) Alii etiam, quam cui debetur; z. E. cessionario, negotiorum gestori, tutori etc.

4) ut plus loco et tempore, i. e. opportuniori loco et tempore constitui queat. Z. E. ich verspreche einen hier in loco zu bezahlen, damit er das Geld nicht von weiten Orten herholen darf. Oder ich verspreche es ihm vier Wochen früher zu bezahlen.

LIB. XIII. TIT. VI.

Commodati l. contra.

§. 853. Commodatum wird nicht ganz accurat genug durch Leihcontrakt übersetzt. Denn leihen, lehen, Anlehe geben ist ja eins. Also Commodatum ist ein contractus realis, mittelst dessen ich dem andern eine nicht verzehrliche Sache zu dem Ende übergebe, daß er sie zu einem gewissen be-

bestimmten Gebrauch unentgeldlich nützen und sodann in specie restituiren soll. Die Personen sind Commodans — der sie leiht. Commodatarius — der sie nimmt.

Requisita:

1) est contractus realis.
2) Die Sache muß zu einem bestimmten Gebrauch geliehen seyn: z. E. mein Pferd zu einem Ritt nach Kunreuth, nach Eglofstein. Denn dadurch unterscheidet sich Commodatum vom Precario.

Das Commodatum kann nicht eher zurückgefordert werden, als bis der Gebrauch zu Ende ist; aber das Precarium ist anderer Natur, denn der precario dans behält hier das Recht, die Sache omni tempore zu revociren. Dann ist auch der Unterschied zu bemerken: wer die Sache precario hat, haftet nur pro culpa (i. e. levi;) aber der Commodatarius muß culpam leviſſimam praestiren.

3) Res gratis commodanda est.
4) Commodatarius ad restitutionem in specie obligatur.

§. 854 — 855. Folgen:

1) der Commodatarius wird nicht Dominus; ergo commodans casum sentit, und besonders auch in dem Fall: wenn er seine Sache zu einem gefährlichen Negotio hergeliehen.
2) Alle Sachen, welche genutzt werden können, können auch commodato gegeben werden, sic etiam res immobiles.

Conf. Mascov. de Sectis Proculeianorum et Sabinianorum.

3) Commodatarius darf die Sache zu keinem andern als dem bestimmten Gebrauch anwenden.

Conf. §. 6 et 7. I. de obligat. ex delicto. et L. 54. de furtis.

Furtum usus wird aber hodie nicht mehr statuirt, daher kann lediglich ad id quod interest geklagt werden.

§. 856. Der Commodans muß dem Commodatario die Nutzung einer Sache unentgeldlich überlassen; wo dies nicht ist, ists kein commodatum, sondern das Negotium ist, wenn Geld dafür entrichtet wird, locatio conductio; oder wenn sonst etwas gegeben worden, contractus innominatus, und zwar l. do ut des, l. do ut facias. Z. E. ich gebe Dir mein Pferd, Du aber sollst mir dafür arbeiten.

Jedoch wird die Natur des Commodati nicht geändert, wenn der Commodatarius nachher — nach geschlossenem Contract, dem Commodanti ex mera liberalitate etwas giebt. Das ist ein honorarium, i. e. h. l. id, quod alteri ultro praestamus, in compensationem officii humanitatis nobis exhibiti. Iure perfecto kann dieses Honorarium nie gefordert werden.

§. 857. Commodatarius obligatus est, ut rem in specie restituat.

Anmerkung: Dadurch unterscheidet sich das Commodatum vom Mutuo, wo die Sache nur eodem genere et eadem quantitate et qualitate restituirt werden darf.

Daraus folgt:

1) Res fungibiles können nicht commodato geliehen werden. Es müßte denn seyn, sagt Hellfeld — ad pompam l. ostentationem, z. E. ich gebe einem 10 Louisd'or, um damit zu pralen,

2) Restitutio fiat bona fide; also darf der Commodatarius bei der Restitutione keine Chicanen machen; ja er kann nicht einmal exceptionem dominii vorschützen, i. e. er darf nicht sagen: res commodata käme ihm oder einem Tertio zu, und nicht dem Commodanti. Sagt er, sie gehören einem tertio, so ist das eine exceptio ex iure tertii, welche gar nicht statt hat. Sagt er aber res commodata gehören ihm, so muß er sie gleichfalls erst restituiren, und dann kann er sein Eigenthumsrecht anbringen und weiter suchen. Denn ein Commodatarius, der finito usu rem commodatam nicht restituirt, begeht ein spolium; Spoliator aber muß vor allen Dingen die rem spoliatam restituiren. Folgende LL. machen dies unwidersprechlich gewis: L. 20. D. de acquirenda l. amittenda possessione. Arg. L. 2. 5. C. Locati conducti. Arg. L. 12. D. de vi et armata.

3) Commodatarius muß auch die Sache mit gehörigem Fleis aufbewahren und in Acht nehmen. In der Regel muß er summam diligentiam adhibiren, mithin culpam levissimam praestiren, weil er aus dem Negotio allein den Nutzen hat. Es steht nicht entgegen §. 2. Inst. quibus modis re contrahitur wo exacta diligentia i. e. media erfordert zu werden scheint; allein es steht *sane* dabei, das drückt den Superlativum aus.

Ex-

Excipe:

1) Wenn das Commodatum zu beider Contrahenten Vortheil gereicht, so praestiren sie einander auch nur culpam levem. Z. E. ich leihe Dir mein Silbergeschirr, weil Du so gut seyn und meinen Gast aufnehmen willst.

2) Wenn es einzig und allein zum Vortheil des Commodantis gereicht, da praestirt der Commodatarius nur culpam latam et dolum. Z. E. ich leihe einem geschickten Clavierspieler mein Forte-Piano, daß er mir es ausspiele oder ich leihe dem Stallmeister mein Pferd, damit es nicht steif werde, und bitte, er soll mirs recht zureiten.

So viel im allgemeinen. — Wenn wir jedoch bei der imputatione culpae nicht anstosen sollen, so wird nöthig seyn, daß wir uns einen besondern Fall vorlegen und denselben mit den Gesetzen vergleichen. Er soll folgender seyn:

Ludwig Sammet aus L. entlehnt zu T. den 6 May 1788. von Jacob Spiegel einige silberne Gefäse zu einer Abendmahlzeit, die er Tags darauf zu L. mit seinen Freunden halten wollte, und läst diesem dafür sein Pferd zum Unterpfand zurück.

Den 8 May sollte er sie nun seinem Versprechen gemäs zurückgeben, allein er behält sie nicht nur diesen, sondern auch noch den folgenden Tag.

Unterdessen crepirt das Pferd, welches er bei dem Spiegel zurückgelassen; obgleich dieser, um es wieder herzustellen, alle mögliche Sorgfalt angewendet und deshalb keinen Aufwand gescheuet hatte.

Denn 10. endlich begiebt sich Sammet mit seinen Gefäsen auf den Weg, wird aber, ehe er noch T. erreicht, von Räubern überfallen, rein ausgeplündert, und kann auch alles Nachsuchens ohnerachtet mit schwerer Mühe und Kosten nur einige Stücke wieder bekommen, welche er dem Eigenthümer zustellt, und ihm den Vorfall erzählt.

Spiegel verlangt nun Schadensersetzung; als sich aber Sammet hierzu nicht verstehen will, so belangt ihn jener deswegen vor Gericht, und begehrt nicht nur den Werth der fehlenden Gefäse, sondern auch den auf das Pferd gemachten Aufwand.

Sammet läugnet diese Forderung schlechterdings und stellt eine Wiederklage an, in welcher er die Erstattung der auf die Wiedererhaltung der Gefäse gemachten Kosten verlangt.

Qu.

Qu. I. Ist Sammet den Werth der geraubten Gefäse zu ersetzen schuldig?

Rsp. In dem L. 5. §. 4. D. commodati l. contra heist es: si commodatum vi latronum ereptum est, nihil imputandum erit ei, qui commodatum accepit. Daraus ist denn klar, daß ein commodatarius regulariter für den Zufall nicht haftet. Doch diese Regel leidet einen grosen Abfall, wie in der angeführten Gesetzstelle selbst bemerkt ist: si aliqua culpa interveniat. Und daß hier der Commodatarius in culpa sey, ist auser allem Zweifel; denn die Gefäse wurden ihm zu einem gewissen bestimmten Gebrauch gegeben, und nach demselben sollte er sie wieder in die Hände des Eigenthümers zurückliefern. Da nun dies nicht geschehen ist, so fängt sich von dieser Zeit die mora an. Als debitor morosus aber ist er in culpa.

Qu. II. Für welchen Grad der Fahrlässigkeit muß er haften?

Rsp. Für den geringsten Grad derselben. Dies sagt:
1) L. 5. §. 8. D. commodati etc. ausdrücklich, ferner:
2) der L. 18. D. eiusdem t. wo es heist: In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem *diligentissimus* paterfamilias suis rebus adhibet. — Idem valet, si cui ideo argentum commodaverim, quod is amicos ad coenam invitaturum diceret, et id peregre secum portaverit, sine ulla dubitatione casum praestare tenetur.
3) §. 6. I. de obligat. quae ex delicto nascuntur. Eine noch merkwürdigere Stelle, wo der Unterschied zwischen dem Commodato und andern Contracten recht auffallend gemacht wird, scheint mir
4) der L. 13. §. 1. D. de pignorat. actione etc. zu seyn. Es heist daselbst: venit autem in hac (pignoratitia) actione et dolus et culpa (levis) at in commodato venit et custodia, i. e. diligentia summa.

Obs. Es heist zwar im Text: ut in commodato; allein mir scheinet dies wider alle principia. wenigstens wüste ich nicht, wie ich die oben angeführte Stellen erklären sollte. Ich trete daher dem Noodt bei, welcher L. 1. c. 3. und L. 4. c. 3. probabilium diese Verbesserung des Textes unternommen, at statt ut gesetzt und die Interpunction abgeändert hat.

Alles

Alles bisher gesagte gilt nicht etwa nur vom ganzen Commodato, sondern auch von jedem Theil desselben. Denn fehlt ein Theil von der Sache, welche in specie restituirt werden soll, so ist sie eben so anzusehen, als ob sie deteriorirt wäre. Res vero deterior reddita, sagt der §. 1. Legis 3. D. Commodati — non reddita dicitur, nisi quod interest praestetur.

Dies vorausgesetzt, fragt sichs nun weiter:

III. Wie muß der Werth der geraubten und nicht mehr vorhandenen Gefäse bestimmt werden? —

Die Gesetze sagen blos: id quod interest. Allein dabei bleibt noch immer die Frage: wie viel? — Der wahre Werth der Sache kann nicht mehr bestimmt werden; der Commodans kann sie leicht zu hoch anschlagen; was ist daher zu thun? — Ich glaube: der Richter muß hier den Commodantem schwören lassen, daß er die Sache keinem unter dem Preis gelassen hätte, den er begehrt hat, und dann — die Summe moderiren.

Qo. IV. Kann Sammet, wenn er den Werth der verlohrnen Sachen ersetzt hat, die Erstattung der Kosten begehren, die ihm die Einlösung der Gefäse verursacht hat?

Rsp. Nichts weniger, als dieses. Denn

1) war er debitor speciei, und muste folglich sein möglichstes thun, um die speciem selbst zurückgeben zu können.
2) War er in culpa. Es tritt folglich hier die Rechtsregel ein: damnum quod quis sua culpa sentit, sentire non videtur,

Die letzte Frage ist nun endlich:

V. Kann Spiegel den Ersatz des Aufwands verlangen, den er in Ansehung des Pferds gehabt hat?

Wenn wir diese Frage gehörig beantworten wollen, so müssen wir genau distinguiren: Spiegel leiht

1) dem Sammet silberne Gefäße. Wenn es dabei geblieben wäre, so wäre nunmehro der Vortheil ganz allein auf Seiten des Commodatarii; dieser müste folglich pro culpa leviſſima haften, und jener, der Commodans würde, nämlich in dem Fall, wenn der Commodatarius dadurch in Schaden käme, nur latam praestiren dürfen. Allein Sammet giebt
2) dem Spiegel dafür sein Pferd zum Unterpfand. Hieraus kann eine gedoppelte Veränderung entstehen,

ent-

a) Entweder gab er es ihm zu seinem Gebrauch, oder blos zur Sicherheit. Im ersten Fall sind die Vortheile einander gleich, und beide Theile praestiren einander folglich ex L. 14. D. de P. A. culpam levem. Im letztern Fall aber zweifle ich, ob man dies sagen kann. Der Commodans hatte vorher schon, ausserdem, daß er seine Gefäße usque ad certum tempus entbehren muste, in dem sub Nr. 1. angegebenen Fall culpam latam zu praestiren; und nun hat durch die Uebernahme des Pfandes seine Verbindlichkeit noch einen Zuwachs bekommen, weil er nun auch in gewisser Rücksicht für das Pfand stehen muß. Wie? sollte er nun nicht Schadensersetzung fordern können, da ihm das Pfand ohne seine Schuld, solchen zugezogen hat? Würde er nicht auf diese Weise für seine Willfährigkeit dem andern zu dienen ein damnum positivum leiden müssen? — Ich glaube nach dem strengsten Recht und Billigkeit diese Frage bejahen zu müssen.

b) Kann es auch seyn, daß das Pferd schon einen unheilbaren Fehler an sich hatte, als es der Commodans übernahm. Kann dies durch Kunstverständige erwiesen werden, so wird der Commodans abermal frey von aller Verbindlichkeit; denn der Commodatarius würde es eben so wenig haben retten können. Und in dem L. 13. D. de P. A. heist es: vis maior tamen non venit. Dem Commodatario müssen jedoch alle Kosten erstattet werden, weil er eben dadurch, daß er auf die Wiederherstellung des Pferds, Aufwand gemacht hat, zeigte, daß er mit dem Pfand, wie ein guter Hausvater umgegangen und seiner Pflicht, es in specie zu restituiren, eingedenk war.

Sonsten aber, wenn überhaupt von der Restitutione impensarum die Rede ist, so distinguiren die Rechtslehrer inter impensas modicas et immodicas. Jene sind diejenigen, welche das gewöhnliche Locarium nicht übersteigen und von dem Commodatario nicht ersetzt verlangt werden können: z. E. Benignus leiht mir seinen Schimmel auf 8. Tage nach Kunreuth. Ich reite von da mit auf den Rottenberg, verliehre ein Hufeisen, laß das Pferd wieder beschlagen und da ich nach Haus komme, verlange ich die 15 Kreutzer erstattet. Das wäre eine

absurde

absurde Forderung. Diese sind aber solche, welche das gewöhnliche Locarium übersteigen und allerdings ersetzt werden müssen: z. E. Du leihst mir bei Blanchards Luftfahrt dein Karriol nach Nürnberg und ehe ich nach Buch komme, bricht die Axe.

§. 858. Wenn der Commodatarius die rem commodatam nicht in specie restituiren kann, so ist der Grund davon:

1) entweder in casu mere tali zu suchen; da gilt die Regel: casum sentit dominus, weil die Rede ist von einer re domino restituenda; Oder:
2) in culpa s. dolo. Da kann id, quod interest verlangt werden. Das — interest — kann man per iuramentum in litem suchen.

Wie aber, wenn mir einer die beschädigte Sache zurück giebt, bin ich's zu nehmen schuldig?

Rsp. Ja; es sey denn, daß sie so sehr beschädigt wäre, daß ich sie gar nicht brauchen könnte. L. 3. §. 1, L. 10. et ult. D. h. t.

Qu. Wie es gehalten wird, wenn plures commodatarii etwas geliehen haben? Rsp. Es ist die Rede:

1) l. de restitutione rei ipsius commodatae: so kann jeder in solidum belangt werden; denn diese obligatio entsteht ex natura rei indivisae;
2) l. de aestumatione. Dies ist res dividua ein Quantum; da ist mithin jeder pro rata zu haften verbunden; es sey denn, daß einer allein dolose die Sache ruinirt hätte.

§. 859. Commodatum est contractus unilateralis; mithin entspringt daraus nur eine einzige obligatio principalis (§. 857. et 58.) Doch kann auch noch eine obligatio minus principalis zufälliger Weise hinzukommen, und diese ruht nun auf dem Commodante, und besteht darin, daß er den Commodatarium entschädigen muß, wenn er ihn dolo s. culpa lata in Schaden gebracht: i. e.

1) wenn er ihm eine gänzlich untaugliche Sache, die gar nicht zu gebrauchen ist, geliehen hat: z. E. ein rotziges Pferd.
2) Wenn er ante finitum usum die Sache zurückfordert.
3) Wenn er die geliehene Sache bezahlt bekommen und nachher die Sache wieder bekommen hat: z. E dem Commodatario ist das Pferd aus dem Stall gekommen, er zahlts also;

also; nachher aber macht der Commodans den Spitzbuben ausfindig.

4) Wenn er impensas immodicas darauf verwendet hat.

§. 860. De actionibus. Es klagt:

1) l. commodans contra commodatarium; h. c. actio commodati directa locum habet.

2) l. commodatarius contra commodantem — actio commodati contraria — diese geht, wie alle actiones contrariae, auf indemnitatem.

LIB. XIII. TIT. VII.

De pignoratitia actione.

§. 861. Pignus sumitur:

1) pro re — für die Sache, die einem andern verpfändet worden: z. E. in Tit. de distractione pignoris.

2) pro iure — das Pfandrecht — quod est ius reale creditori in securitatem crediti constitutum. Es wird constituirt:

l. so, daß dem Creditori die verpfändete Sache, würklich tradirt wird — *pignus in specie* — ein handhabendes — oder Faustpfand, quia de manu in manum traditur; l. daß dem Creditori nur die Sache zum Unterpfand verschrieben nicht aber tradirt wird — *hypotheca* s. ius hypothecae.

Viele ICti wollen diese Eintheilung nicht gelten lassen. Sie sagen: pignus in specie wären res mobiles und hypothecae — res immobiles. Daß es aber wirklich eine hypothecam mobilium gebe, elucet ex L. 34. D. de pignore. Auch Heilfeld in diss. de hypotheca mobilium hat letzteres gut dargethan.

3) *pro contractu* — (Pfandcontract). H. c. pignus est contractus realis, quo in securitatem crediti res creditori traditur soluto debito in specie restituenda.

a) Es ist ein Contractus accessorius, weil ein Creditum dabei praesupponirt wird.

b) Denn

b) Dem Creditori muß die verpfändete Sache allemal bei diesem Contract tradirt werden.

Pactum de hypotheca est pactum praetorium, quo ius in re in securitatem crediti, absque rei traditione, constituitur. Daraus erhellt der Unterschied vom Pacto hypothecae und dem Contractu pignoris hinlänglich.

§. 863. Alle Sachen, die Sicherheit geben, können verpfändet werden, also auch nomina, immo res alienae. Doch ist hier zu distinguiren: Es geschieht bei letztern die Verpfändung

1) entweder mit Einwilligung des Domini. Da ist es so gut, als ob der Dominus die Sache selbst verpfändet hätte.
2) Oder dies ist nicht. Hier betrachtet man die Verpfändung;
   a) in Absicht auf die Contrahenten, da ist der Contract gültig.
   b) In Absicht auf den Eigenthümer. Da gilt die Verpfändung nichts, sondern der Dominus ist berechtigt, das Pfand zu vindiciren: z. E. Ich leihe Dir meine Uhr und Du versetzest sie. Hier tritt die Regel ein: Ubi rem meam invenio, ibi vindico, und zahle keinen Pfandschilling.

   Der Creditor erhält also aus dieser Verpfändung kein ius reale, sondern einzig und allein bekommt er ein ius personale adversus debitorem.

§. 864. Der Pfandcontract ist ein Contractus accessorius, indem er immer in securitatem crediti geschlossen wird. Credere heist sonst einem etwas auf Treu und Glauben geben. H. l. aber ist Creditum jede Forderung, die ich an jemand zu machen habe, es sey obligatio naturalis s. civilis. Nur inefficax darf sie nicht seyn; denn diese gilt ja gar nichts.

Wo kein Creditum ist, findet auch kein Pfandrecht mehr statt.

Hieraus folgt: so wie sich die Hauptverbindlichkeit auflöst, verschwindet auch das Pignus. Dies ist sogar auch philosophisch richtig. Obstare tamen videtur L. 2. C. de luitione pignoris. Da heist es: vincula pignoris perdurant. Allein dieser Lex muß mit dem L. 1. verbunden werden, wo von dem Fall die Rede ist, daß nur $\frac{1}{3}$ vom Ganzen bezahlt ist und $\frac{2}{3}$ davon noch stehen. Hier kann ich nicht sagen: daß das debitum

exstinctum sey. Es enthält also der L. 2. C. keine Ausnahme, wie einige ICti flugs statuiren wollten. Pignora sunt individua, ich muß ganz bezahlt seyn, wenn das Pignus aufhören soll.

Cautela: Jungen Interpreten ist hier anzurathen, daß sie die Gesetze im Zusammenhang lesen und nicht gleich zu Ausnahmen die Zuflucht nehmen wollen. Man überwindet dadurch manche Schwierigkeit.

§. 865. Der Creditor erlangt aus dem Pfand-Contract weder Eigenthum, noch Nutzung, sondern blos Sicherheit; das ist der Effectus pignoris. Doch was die Nutzung betrift, so merke zwey Exceptiones.

1) Wenn dem Pfand-Contract das Pactum antichreticum angehängt worden. (§. 870.)
2) Wenn eine res frugifera verpfändet worden: z. E. hortus, pecora etc.

Der Creditor muß aber:

a) davon seine Zinnsen abrechnen und
b) das übrige am Capital abrechnen.

Qu. Ob nicht ein pactum antichreticum tacitum hier zu verstehen sey? — Es besteht darinn: daß der Gläubiger von den Früchten der verpfändeten Sache rechtmäßige Zinnsen zu nehmen befugt sey, wenn auch solches nicht ausgemacht worden. — Rsp. Nach dem L. 8. D. in quibus causis pignus l. hypotheca tacite contrahitur — muß man die Frage bejahen. Es heist daselbst: potest creditor ad modum legitimum usuras retinere.

Andere ICti behaupten negativam sententiam ex L. 9. et 14. §. 1. de rebus auctoritate iudicis possessis. Da steht, daß der Creditor dem Debitori die Früchte restituiren müsse, denn er wäre als negotiorum gestor zu betrachten. Sie antworten ferner auf den L. 8. daß er falsch sey; es wäre die particula non ausgelassen.

Conferatur Kemmerich in diss. de creditore antichretico rationes non reddente Ienae 1733. et Thomasii diss. de usu practico distinctionis inter emtionem cum pacto de retrovendendo et contractu pignoratitio.

§. 866. Der Creditor erhält dreyerley Befugnisse aus dem Pfand-Contract.

1) Ius

1) Ius retinendi pignus, i. e. die Befugniß, rem oppignoratam so lange zurück zubehalten, bis er völlig befriedigt ist; und zwar nicht nur in Ansehung dieser Sache, sondern auch anderer Schulden: z. E. Du borgst auf deine Uhr 1 Luisd'or, und weil du einmal mit dem Creditore bekannt bist, so borgst du noch zwey auf eine Handschrift; nun löst Du die Uhr ein; der Creditor kann die Uhr gleichwohl zurückbehalten, bis Du Deine übrige Schuld abgetragen, ex L. unica C. etiam ob chirographariam obligationem etc. wo es ganz deutlich zu ersehen.
2) Ius persequendi pignus, i. e. agendi —
3) Ius distrahendi - i. e. das Pfand zu veräussern und sich davon bezahlt zu machen.

§. 867. Aus dem Pfand-Contract bekommen beide Theile Vortheil, der Creditor Sicherheit, der Debitor, daß ihm creditirt worden. Daraus zu schliessen: daß sie einander culpam levem praestiren. Lex vexatissima vero est L. 13. §. 1. D. h. t. Venit autem in hac actione dolus et culpa ut in commodato; *venit et custodia*, vis maior non venit, i. e. casus non praestatur. Das ist wider alle Principia des Rechts.

Conferatur Noodt in probabilibus, Libro I. C. 4. et libro IV. C. 3.

Dieser sagt: der Lex muß falsch seyn, und hat ihn folglich verbessert. Aus *ut* macht er *at* — und nach culpa setzt er ein *comma*. Also heist es jetzt: venit autem in hac actione dolus et culpa, i. e. levis culpa, at in commodato venit et custodia, i. e. diligentia summa. Das ist richtig.

Uebrigens Wieling in lect. iuris civilis Libr. I. Cap. 7. sucht *in hac actione* die Interpretation. Diese Worte, spricht er, beziehen sich nicht auf actionem pignoratitiam, sondern auf eine ganz andere. Aber es ist dies ohne Grund. Lambrecht L. 13. D. h. t. hat ihn widerlegt. Noodt bleibt also hier Meister!

§. 868. Der Creditor muß mit dem Pfand wie ein guter Hausvater umgehen, weil er es in specie restituiren muß. Er ist id quod interest zu praestiren verbunden, wenn etwas davon verdorben ist; doch so, daß er den Pfandschilling abziehen kann. Vis maior tamen non venit, i. e. casum non sentit, sed debitor, is est dominus pignoris (des Pfands).

§. 869 — 70. Die Pacta adiecta sind entweder erlaubt oder unerlaubt.

Zu den erlaubten gehört das Pactum antichreticum (von χραομαι, utor — in sensu grammatico). Dies ist ein Vertrag zwischen dem Pfandschuldner und Pfandgläubiger, in welchem versprochen wird, daß letzterer die Früchte von der re oppignorata statt der Zinnsen haben und behalten soll.

Observ. Der Name des Pacti steht nicht in den Legibus; aber die Sache ist erlaubt, dies ist extra dubium.

Jedoch, weil kein Gläubiger zu viele Zinnsen nehmen darf, so fragt sich: ob und in wie ferne er Rechnung von den Früchten abzulegen habe? Rsp. Wenn es fructus certi sind, so muß er Rechnung ablegen; sind es aber fructus incerti, i. e die ein Jahr mehr, das andere weniger tragen, so braucht er sie nicht abzulegen. Ratio: ubertas unius anni compensatur cum sterilitate alterius.

Zu den unerlaubten gehört der Lex commissoria.

Lex h. l. est *pactum* — also *pactum commissorium* ist ein Vertrag des Pfandschuldners und Pfandgläubigers, nach welchem dem Pfandgläubiger das Pfand zugehören soll, wenn es der Schuldner nicht zu rechter Zeit einlöst.

Dies Pactum commissorium ist nach dem Iure Naturae kein unerlaubter Vertrag, ja auch im Iure Romano antiquo war es nicht verboten, bis auf Constantinum M. Von diesem aber rührt der L. ult. C. de pactis pignorum her, worinn der lex commissoria ausdrücklich verboten ist, und bei uns ist er gar nach allen Rechten unerlaubt. Conferatur R. A. de anno 1577. et L. Feudorum cap. 27. Die Gesetze nehmen an, daß ein solcher Schuldner immer in angustiis sey, er hilft sich wie er kann, und würde dadurch oft um ein Bagatell seine Sache verliehren. Jedoch ist es anders, wenn das Pactum so geschlossen worden, daß es der Creditor pro iusto pretio haben soll, wenn es nicht zur bestimmten Zeit eingelöst wird. Das Iustum pretium aber wird entweder gleich Anfangs beim Pfandcontract bestimmt: da gilt das Pactum wieder nichts; weil der Debitor hier leicht wieder zuviel versprechen könnte; Oder nicht, sondern erst ex post facto. Da gilts; denn der Debitor ist nicht mehr in angustiis, mithin cessirt die Causa, es kann folglich das Pretium iustum noch bestimmt werden. Das ist aber soviel als nichts gesagt. Denn es ist nicht mehr lex commissoria, wenn der Schuldner sein Gut um den wahren Werth los wird.

§. 871.

§. 871. Der Pfandgläubiger braucht das Pfand nicht eher zu restituiren, als bis er bezahlt ist. Der Schuldner muß ihn also völlig befriedigen, i. e. nicht nur das Capital bezahlen, sondern auch die Interessen ꝛc. Das Capital

a) in debita quantitate, i. e. nicht etwa etwas auf Aufschlag; und

b) qualitate, i. e. in guten Münzsorten. Exstincto autem debito, exstinguitur pignus; corruente enim principali, corruit accessorium. Dies findet auch statt, wenn der Pfandgläubiger das Pfand weiter versetzt haben sollte. Ex L. 1. C. si pignus pignori datum sit.

Anmerkungen:

1) Wie es zu halten, wenn der Pfandgläubiger beim zweyten Versatz mehr darauf genommen, als der Debitor schuldig war? Rsp. Der Schuldner bezahlt nicht mehr als sein Debitum mit den Interessen, und der Creditor secundus muß das Pfand herausgeben. Nemo enim plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet. Conferatur L. 54. D. de regulis Iuris. Mithin muß sich der zweyte Creditor an den ersten Pfandgläubiger halten.

2) Es geschieht auch öfters, daß wenn ein Pfandgläubiger das Pfand weiter versetzt, so will der Schuldner mit dem zweyten Pfandgläubiger nichts zu thun haben. Hat nun dieser fundatam intentionem? die Antwort ist: quod non! Wenn er nicht mehr darauf genommen hat, so haftet er für weiter nichts, denn er hat sich blos seines Rechts bedienet; qui vero iure suo utitur, neminem laedit.

Conferatur Leyser Spec. 155. med. 6.

§. 872. Es entsteht ex contractu pignoratitio Anfangs nur eine Obligation, welche auf dem Pfandgläubiger ruht. Die Punkte im §. sind schon da gewesen.

§. 873. Ex post facto kann auch eine zweyte Obligation hinzukommen, nämlich auf Seiten des Schuldners, daß er den Creditorem indemnisiren muß, und zwar:

1) wenn der Creditor durch das Pfand in Schaden gekommen: z. E. Du versetzst etwas bei mir, und es ist eine gestohlne Sache. Man sucht das Haus durch und findet sie bei mir ꝛc. ich komme in Verdacht und Kosten, klage also gegen Dich ad id quod interest.

2) Wenn der Schuldner rem alienam verpfändet hat und selbige vindicirt worden.

3) Wenn er Aufwand auf die rem oppignoratam gemacht hat. Die impensae sind:

a) aut necessariae — diese muß der Schuldner indistincte ersetzen.

b) aut voluptuariae — diese werden nie ersetzt, ex regula: tolli possunt, ast vero non repeti.

c) aut utiles. Diese sind entweder mit Einwilligung des Debitoris gemacht worden; so müssen sie ex mandato ersetzt werden. Die Klage heist: actio mandati. Oder nicht mit Einwilligung des Debitoris. Hier ist noch zu distinguiren: Er hat entweder expresse contradicirt, oder nicht. Im ersten Fall braucht sie der Debitor nicht zu ersetzen. Contradicentis enim non geruntur negotia. Es ist daher rathsam in dem Contract mit einzurücken: daß man die Impensas nicht ersetzen werde. Im zweyten Fall müssen sie ersetzt werden, denn der Creditor hat die versionem in rem. Doch merke den L. 25. D. h. t. Er sagt: wenn die impensae nimis onerosae, i. e. so beträchtlich wären, daß dem Debitori das Einlösen erschwert würde, so sollen sie ex arbitrio iudicis aestumirt und so moderirt werden, daß der Debitor seine Sache einlösen kann.

§. 874. Die Klagen, welche aus dem Pfandcontract entspringen sind folgende: Es klagt

1) entweder der Debitor gegen den Pfandgläubiger; hier heist die Klage: actio pignoratitia directa. Worauf sie geht, erhellet ex §. 872. Oder es klagt:

2) der Pfandgläubiger gegen den Schuldner — diese heist: actio pignoratitia contraria und geht, wie alle actiones contrariae auf Indemnisation.

Doch wird die Actio pignoratitia contraria selten angestellt, weil der Creditor das Ius retensionis hat.

§. 875. Qu. Ob die Actio pignoratitia directa contra tertium angestellt werden könne? — Haec est quaestio intricata. Nach Principiis scheints blos contra debitorem könne sie angestellt werden, wie alle Actiones personales die ex contractu entspringen. Allein Hellfeld bemüht sich ex LL. zu beweisen, daß sie contra tertium angestellt werden könne:

1) Wenn

1) Wenn der Tertius mit dem Creditore unam personam ausmacht.
2) Wenn der Tertius seine Einwilligung zum Contract gegeben. Also findet sie contra tertium statt:
   a) Wenn der Gläubiger sein Ius einem Tertio cedirt hat. Cedens et cessionarius unam personam constituunt.
   b) Wenn der Creditor ex mandato debitoris das Pfand weiter verpfändet hat. Mandans enim cum mandatore unam personam constituunt.
   c) Wenn der Tertius die verpfändete Sache wissentlich annimmt, es mag sie der Creditor verpfänden, oder unrechtmäsig veräusern. Ratio: nam qui consentit in antecedens, consentit etiam in consequens. Allein, der Ausdruck: wissentlich, steht nicht in den Legibus. Vielmehr scheint ex L. 2. C. si pignus pignori datum — et L. 3. C. si vendito pignore — et L. 40. §. 2. D. h. t. und aus dem Iure Canonico cap. 6. X de pignoribus — vollkommen und deutlich zu erhellen, daß diese Actio auch contra tertium statt finde.

Conferatur Leyser Spec. 155. med. 5. Er beweist aus den Worten des Textes, daß er nur von der actione pignoratitia handle. Mithin findet sie contra tertium statt.

Conferatur Struben in rechtlichen Bedenken Part. 5, Nr. 7. Die Actio pignoratitia hat viel Aehnlichkeit mit der Actione hypothecaria, nur kann letztere contra quemcunque tertium angestellt werden. Daher haben vielleicht die Kaiser erlaubt, daß diese auch gegen einen Tertium angestellt werden soll.

LIB. XIV. TIT. I.

De exercitoria actione.

§. 876. Actiones adiectitiae qualitatis sind solche, die ex facto alieno contra nos angestellt werden können. Dergleichen finden nun statt propter negotiationem, und zwar sowohl propter negotiationem maritimam als terrestrem.

Im ersten Fall haben wir die Actionem exercitoriam, von welcher im gegenwärtigen Titel die Rede ist.

Im zweyten aber die Actionem institoriam, wovon im Titulo III. die Rede seyn wird.

Beide sind also actiones adiectitiae qualitatis.

§. 877. Actio exercitoria ist eine solche, die aus dem Contract des Schiffers gegen den Ausrheder statt findet, zu dem Ende, daß letzterer halten solle, wozu er sich verbindlich gemacht hat.

Exercitor — Ausrheder, Schifsrheder — im plurali heissen sie: Schifsfreunde;

Exercitor — est is, ad quem reditus et obventiones navis perveniunt. Es verschlägt nichts, er mag Eigenthümer oder Miethmann vom Schiff seyn. Also ists falsch, wenn ihn einige dominum navis nennen; er ist der, der die Einkünfte vom Schiff hat, sonst nichts.

Magisternavis — Schiffer oder Setzschiffer — Schifspatron — derjenige, der vom Exercitore über das ganze Schif gesetzt worden; und wenn dieser Geld aufnimmt, so kann gegen den Exercitorem navis diese Klage, von welcher gegenwärtiger Titel handelt, angestellt werden.

§. 878. Es kann gegen den Exercitorem navis geklagt werden: quia exercitor eum navi praeposuit; qui enim vult antecedens, velle etiam debet consequens. 2) Accedit, ut salus publica promoveatur. Wer würde dem Schifspatron borgen, wenn der Exercitor nicht zu bezahlen angehalten werden könnte.

§. 879. Der Magister navis mag seyn liber homo, oder servus, minderjährig oder volljährig, es mag einer oder mehrere Schiffer über das Schif gesetzt seyn; so wird der Exercitor doch obligirt. Non vero indistincte im letztern Fall; die Magistri navis sind entweder abgesondert und haben officia divisa, oder dies ist nicht. Im erstern Fall haftet der Exercitor nur in soferne, als jeder in seinem angewiesenen Departement contrahirt hat. Im andern Fall muß er haften und wenn auch nur einer contrahirt hätte.

Es verschlägt auch nichts, es mag der Magister navis oder sein Substitut (welcher Promagister heist) contrahirt haben. Denn bei der Schiffarth muß einer substituirt werden

den können, weil, wenn der Schiffer krank worden, er nicht nach Haus schreiben kann.

Plures exercitores solien in solidum belangt werden können. Doch an den mehresten Orten haften sie hodie nur pro rata.

§. 880. Lex praepositionis — vulgo: Schifsordre — i. e. die Instruction, welche der Ausrheder seinem Schiffer ertheilt hat.

Es ist aber nicht schlechterdings erforderlich, daß dasjenige, was der Magister navis aufnehmen darf, ausdrücklich in der Schifsordre stehe, genug, wenn es nur darinn enthalten ist, daß er die Macht dazu hat.

Actio exercitoria autem non datur:

1) Wenn der Schiffer ex delicto obligirt worden. Es müste denn seyn, daß durch das Delictum des Schiffers die Sachen, welche auf dem Schif aufbewahrt worden, beschädiget worden; denn er soll dafür besorgt seyn, daß die Schiffer nicht betrügen.
2) Wenn der Schiffer Geld aufnimmt zu einem andern Zweck, als der ihm committirt ist: Z. E. der Schiffer ist bestimmt nur in der Levante zu bleiben, nun aber will er eine weitere Tour machen ꝛc. Es thut aber nichts, wenn das Geld zu dem Zweck, der in der Ordre enthalten ist, aufgenommen und anders verwendet worden; da findet die actio exercitoria statt und der Exercitor kann sich an seinen Schiffer halten.
3) Wenn nicht der Schiffer, sondern eine andere Person, z. E. ein Matrose, oder ein Subaltern — das Geld aufgenommen, denn dieser ist nicht vom Exercitore dazu bestellt worden.

§. 881. Es ist möglich, daß ein Creditor es lieber mit dem Schiffer, als mit dem Exercitore zu thun haben will, nun da ist die Frage: ob er gegen den Schiffer klagen darf? Rsp. Der Schiffer steht entweder noch in officio suo; da findet die Klage gegen ihn statt; denn er kann dem Ausrheder alles in Rechnung bringen; oder das ist nicht. Hier kann in der Regel der Schiffer auch nicht belangt werden, ausgenommen: wenn seine eigene Verbindlichkeit hierinn concurrirt.

Diese concurrirt:

1) wenn er das Geld in seinen eigenen Namen geborgt hat.

2) Wenn er fines mandati überschritten, z. E. mehr Geld aufgenommen, und
3) wenn er sich verbürgt hat, so ist er auch noch zu zahlen verbunden.

§. 882. Qu. Kann denn auch der Exercitor ex facto magistri navis contra tertium klagen? Rsp. Nach dem Iure Rom. heists nein! Ratio: weil die Römer statuirten: neminem pro alio agere, neminem alium obligare posse. Mithin muß der Exercitor gegen den Schiffer, und der Schiffer gegen den Tertium klagen.

Excipe tamen;

1) Wenn der Schiffer dem Exercitori seine Klage cedirt.
2) Wenn der Exercitor gegen den Schiffer nicht klagen und das seinige nicht erhalten kann. Der Fall ist: wenn der Schiffer ein Servus war. Ein Dominus konnte nicht gegen seinen servum klagen.

LIB. XIV. TIT. II.

De lege Rhodia: de iactu.

§. 883. Die Rhodier hatten damals den florisantesten Handel und es blühten auch Künste und Wissenschaften. Daher hatten sie auch vortrefliche Gesetze in Absicht auf das Seewesen. Ein solches ist das gegenwärtige Rhodische Gesetz: de iactu.

Iactus — est, quando navis levandae causa ad evitandum periculum tempestate ortum merces eiiciuntur.

Dieser Lex Rhodia verordnete, daß derjenige, dessen Sachen ausgeworfen worden, Schadensersetzung bekommen soll, von denen, die dadurch geborgen worden. Der Beitrag heist: contributio — also: ut contributio fiat illi, cuius res eiectae erant.

Das Rescript findet man im L. 9. D. wo es aufgenommen worden und mit dem römischen Recht kam es nach Deutschland, und ist an allen Seeorten üblich, weil es auf Billigkeit gegründet ist. Ganz ist der Lex Rhodia nicht hergestellt. Conf. Bynkershoek in diss. ad leg. Rhod. §. 5.

worinn

worinn diejenigen ICti, die die Wiederherstellung desselben behaupten, widerlegt sind.

§. 884. Fundamentum obligationis est aequitas. Regula: Omnium contributione sarciri oportet, quod pro omnibus datum est damnum, i. e. es ist billig, daß derjenige entschädiget werde, der sich für andre aufgeopfert hat.

Wo der Lex Rhodia statt haben soll, muß

1) eine augenscheinliche Gefahr vorhanden seyn.
2) Durch den Auswurf muß einer in Schaden gekommen seyn.
3) Durch den Auswurf muß das Schif mit allem, was drauf ist, geborgen worden seyn.

§. 885. Der Lex findet also nicht statt:

1) Wenn ex culpa s. imperitia magistri navis die Gefahr entstanden. Qu. Welche aber sonst? Rsp. Die actio ex lege aquilia gegen den Schiffer. Denn diese Actio findet so oft statt, als mich einer aus Unverstand in Schaden gebracht hat.
2) Wenn einer ex vano metu seine Sachen hinausgeworfen hat. Ex Regula: damnum, quod quis sua culpa sentit, sentire non videtur.

§. 886. Der Lex Rhodia findet ferner nicht statt:

3) Wenn die ausgeworfenen Sachen wieder aufgefangen worden, z. E. per urinatores. L. 5. 7. und 4. §. 1. h. t. Urinatores sunt — qui rebus eiectis recuperandis operam dant.
4) Wenn die ausgeworfene Sache am Strand angeworfen worden; denn da kann er sie vindiciren.

NB. Das Strandrecht ist hodie nicht mehr in usu. *Ius littoris* bestand nicht nur in der Befugnis die Güter der Schifbrüchigen zu occupiren, sondern auch die Gestrandeten zu Sklaven zu machen. In Deutschland sah man die Ungerechtigkeit dieser Befugnis in Absicht auf die Gestrandeten bald ein; aber nicht so bald in Absicht auf die Güter der Schifbrüchigen. Dies dauerte fort, bis es durch die peinliche Halsgerichts-Ordnung (Art. 218.) K. Carls V. ganz abgeschaft wurde. Aber dies findet statt, daß sie Bergegeld bezahlen müssen, i. e. dafür, daß die Sachen publica auctoritate

ritate in Sicherheit gebracht und dem Eigenthümer aufbewahret worden.

Die Contribution kann auch gefordert werden:
1) Wenn Sachen um das Schif zu erleichtern in ein Boot gesetzt worden und das Boot zu Grunde gegangen.
2) Wenn die aufgefangenen Sachen verdorben worden.
3) Wenn ein Schif von Räubern ranzionirt worden.

§. 887. Jedoch ist es genug, wenn das Schif nur einmal geborgen worden, und es thut nichts, wenn es in der Folge dennoch zu Grunde geht. Denn da das Schif einmal geborgen worden, so ist obligatio semel nata da, haec vero obligatio per casum supervenientem non tollitur.

§. 888. *Contributio* — Haverei — a portu — ein Haven, weil die contributio nicht eher vorgenommen wird, bis das Schif glücklich in den Haven angekommen ist) — est resarcitio damni ex iactu mercium perpessi.

Qu. 1) Wer dazu verbunden? Rsp. Alle diejenigen, die durch den Auswurf ein lucrum aestumabile erhalten. Z. E. der Schiffer, der Executeur, jeder der Waaren auf dem Schif hat, sie mögen das Schif beläftigen oder nicht, wie z. E. die Perlen ꝛc. Obs. Libera corpora et cibaria praestiren nichts.

Qu. 2. Wie die Contribution geschieht? Dist.
a) aut spectes res eiectas;

Diese werden nach dem Einkaufs-Pretio aestumirt, Z. E. ich hätte in Norden an der See Eisenwerk gekauft und auf das Schif gebracht: sie wurden aber ob periculum ausgeworfen; nun können sie nicht nach dem hiesigen Werth geschätzt werden, sondern nach dem Pretio des Orts, wo sie gekauft worden. Ratio: quia detrimenti, non lucri fit praestatio ex Lege Rhodia.

So — nach dem Iure Romano, Doch geht man hievon in Engelland und Holland ab.

b) aut conservatas. Diese werden aestumirt nach dem Werth, wofür sie verkauft werden können. Ratio: weil das fundamentum contributionis conservatio ist.

Man distinguirt nämlich so: die Waaren sind entweder schon zur Hälfte des Wegs transportirt; so werden die res eiectae nach dem Werth geschätzt, wie sie verkauft werden:

oder

oder das ist nicht; hier nach dem Preis, den sie da haben, wo sie gekauft worden. — Noch ist zu merken, daß alle Sachen, die auf das Schif gebracht werden, in das sogenannte Schiffs-Tarif eingetragen werden müssen.

§. 889. Diejenigen, welche durch die Auswerfung geborgen worden sind, sind zur Contribution verbunden. Quautem welche Klage findet statt? — Einige, z. E. Pachenstecher, sagen: condictio ex lege rhodia de iactu. Allein wir haben im Iure keine einzige Stelle, wo einer solchen Klage erwähnt wird. Daher ist die Hellfeldische Meynung gegründeter, daß derjenige, cuius res eiectae sunt, die actionem locati gegen den Schiffer anstellen kann. Der Schiffer aber hat drey Mittel sich davon zu befreyen:

1) das ius retentionis. Er läßt nichts verabfolgen, bis von jedem die Contribution geschehen; weil der Auswurf unter die impensas utiles, ja so gar necessarias zu rechnen.
2) Er kann actionem ex conducto anstellen und impensarum restitutionem verlangen ex pari ratione.
3) Kann er dem, cuius res eiectae sunt, seine Klage cediren.

§. 890. Der lex Rhodia handelt blos de iactu, aber die ratio legis erstreckt sich viel weiter; daher wird er auch extendirt auf alle Fälle, wo in gemeinschaftlicher Gefahr sich einer für andere sacrificirt. Hauptsächlich auf Feuersbrünste, Ueberschwemmungen und Contribution. Z. E. in Feuersgefahr reist einer sein Haus nieder, um die Stadt zu retten. So auch wenn die Vorstädter ihre Häuser wegbrennen, um die Stadt oder Vestung besser zu verwahren. So auch, wenn die Stadt die Contribution nicht erlegen kann, und einer bezahlt sie, da kann er sie wieder verlangen; oder Ueberschwemmungen drohen, diesen und jenen Gebäuden den Umsturz, nun leitet man, um sie zu schonen, die ganze Gewalt des Wassers auf meinen fundum hin, welcher dadurch ganz verdorben wird.

LIB. XIV. TIT. III.

De institoria actione.

§. 891. Hier ist das nämliche Verhältnis, wie im Tit. I. bei der actione exercitoria. Der Hauptunterschied ist nur der:

1) daß nicht von einem negotio maritimo die Rede ist.
2) Daß der Institor nicht substituiren darf. Ratio: weil er an seinen Herrn recurriren kann. Kann er wegen allzugroser Entfernung und aus andern Ursachen nicht recurriren, so tritt der Grund wieder ein und der angegebene Unterschied fällt weg. Nun zur Sache:

Institor — ist einer, der einer Handlung überhaupt vorgesetzt worden; z. E. bei uns ein Factor-Provisor, Handlungsvorsteher. Keineswegs aber kann Institor ein Ladendiener genennt werden; denn letzterer ist nicht über die ganze Handlung gesetzt; auch nicht Procurator, denn der ist nur eines oder des andern negotii praecipue iudicialis wegen constituirt. Nun ex facto institoris soll gegen den Praeponentem geklagt werden können.

Praeponens est is, qui alteri curam negotiationis quaestuariae in genere comittit.

Die Klage heist: actio institoria, quae est actio personalis ex contractu institoris competens adversus praeponentem et eius heredes, ad id, ut praestet ea, quae institor promisit.

§. 892—893. Die actio institoria geht gegen den Praeponentem und seine Erben, sie ist folglich eine actio adiectitiae qualitatis. Wenn sie aber statt finden soll, so ist nothwendig, daß man den Contract mit dem Institore über ein Geschäft eingegangen habe, worüber er zu contrahiren befugt war. Die Klage hat also ganz die nämlichen Requisita, welche die actio exercitoria hat; nur ist zu bemerken: (wie ab initio gedacht worden) daß sie negotiationem terrest rem supponirt und daß der *Institor* ohne *Consens* des *Praeponentis* keinen andern *substituiren* darf; Ratio: weil Praeponens mit auf seine persönliche Qualitaeten gesehen hat. Bei dem Magistro navis ists eine nothwendige Sache.

LIB.

LIB. XIV. TIT. IV.

De tributoria actione.

§. 894—895. Zum Begrif dieser Klage ist erforderlich, daß man inter peculium, mercem peculiarem et dominicam wohl zu distinguiren wisse:

1) Unter dem Peculio wird in iure Pandectarum allemal das peculium profectitium verstanden, i. e. dasjenige, welches der Vater seinem Sohn oder der Dominus seinem servo ad negotiandum gegeben. Observ. Die übrigen Species vom Peculio sind erst im Codice aufgekommen.
2) Merx dominica — eine Waare, womit der filius oder servus als institor patris s. domini negotiirt.
3 Merx peculiaris est merx, quam filius servusve aut per negotiationem cum peculio aut operis suis acquisivit. Auf die Art läst sich merx peculiaris sine peculio profectitio gedenken.

Blos hierauf geht die *actio tributoria*, quae est actio competens creditoribus filii aut servi quibus cum hi, scientе patre l. domino contraxerunt adversus patrem dominumve ad merces peculiares pro rata dividendas.

Requisita:

1) ut servus l. filius negotietur,
2) in merce peculiari,
3) sciente domino l. patre.

Doch hodie hat die Klage keinen Usum mehr; denn wenn die filii handeln, so haben sie gemeiniglich auch separatam oeconomiam, und den statum servorum haben wir nicht mehr.

Doch kann die Klage noch statt finden, wenn der Vater seinem Sohn Unterhalt giebt und ihm erlaubt, mit dem peculio profectitio zu negotiiren, nachher aber die Gläubiger nicht befriedigen, sondern nur sich allein aus der Masse bezahlt machen will.

LIB. XIV. TIT. V.

Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.

§. 896. Der Filiusfamilias ist in relatione ad alios cives, persona; daraus folgt, daß er Contracte schliesen kann. Dist. tamen: der Contract betrift entweder mutuam pecuniam, davon handelt das Senatus-Consultum Macedonianum (Tit. VI. huius. libri); oder ein gewisses anderes Geschäft. Hier gilt der Contract, nur vorausgesetzt, daß der filius maiorenn ist. Ergo konnte er auch aus einem solchen Contract belangt werden. Nur aber muste die Execution aufgeschoben werden, bis er sui iuris wurde. Ausgenommen, daß er ein peculium hatte, und cum consensu patris contrahirte, und da fand die Klage gegen den Vater selbst statt. Wenn der filius aber sui iuris geworden, so stund ihm gewissermassen das Beneficium competentiae zu, quod — est privilegium, quo efficitur, aliquem non posse condemnari in solidum, sed tantum in id, quantum facere potest.

Ratio: daß ein neuer Bürger im Staat nicht sogleich aller Güter beraubt und ein unnützes Mitglied des Staats werden möchte.

Qu. In welchen Fällen wurde es verstattet?

Rsp. 1) Wenn er emancipirt war.

2) Wenn er minimam l. modicam partem hereditatis bekommen hatte.

3) Wenn er enterbt worden war, oder die Erbschaft revisirt hatte.

§. 897. Beneficium competentiae est privilegium personalissimum; also kommt es nicht den Erben zu, auch denen nicht, die sich desselben unwürdig gemacht haben. Dies sind z. E.

1) diejenigen, welche sich dolose pro patribusfamilias ausgegeben haben; Ratio: dolose agentibus non succurrunt iura.

2) Wenn die Verbindlichkeit des filiifamilias ex delicto herrühret. Z. E. er hat mich bestohlen.

3) Wenn

3) Wenn er viele Jahre nachher, nachdem er sui iuris geworden, nicht bezahlt hat; denn da ist er nicht mehr novus civis.

Zusätze:

1) Dies Beneficium wurde auch ex post dem Liberto, dem Marito, den Militibus, Donatoribus, denen, welche das beneficium cessionis hatten und andern — doch nur sub quibusdam requisitis ertheilt.

2) Es ist noch eine Frage, ob die exheredati hodie das beneficium competentiae haben. Denn nach der Nov. 115. kann einer nur exheredirt werden ob delicta graviora. Delinquentibus autem privilegia non conceduntur, nec iura succurrunt.

LIB. XIV. TIT. VI.

De Senatusconsulto Macedoniano.

§. 898. Senatusconsultum Macedonianum — ist dasjenige römische Gesetz, welches verordnet, daß ein Gläubiger, welcher einem filiofamilias Geld geborgt hat, nicht soll klagen können.

Filiusfamilias bedeutet masculos und foeminas, wenn sie nur sub potestate paterna stehen; ja wenn auch nach dem L. 1. §. 3. D. h. t. ein Sohn in Dignitate wäre, so könnte man in diesem Fall nicht gegen ihn klagen. — Es heist im SCto Macedon. ne ei, qui filiofamilias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, i. e. neque actio personalis, neque realis. ideoque nunquam cum effectu agere potest creditor. *Realis* z. E. er wollte es vindiciren — findet nicht statt ex L. 178. §. 2. de verbor. significationibus.

Merke noch zwey Punkte:

1) Ursprung und Gelegenheit dazu ist wahrscheinlich ein Vatermord gewesen. Ein Sohn, welcher Schulden hatte und nicht bezahlen konnte, gerieth auf den verzweifelten Entschluß, seinen Vater zu ermorden, um Erbe zu werden. Wahrscheinlich ex Theophilo etc. und L. 1. D. h. t.

hies er Macedo — denn da heißt: Macedonem *aes alienum* adhibuisse, welches nur von einem Schuldner gesagt werden kann.

2) Qu. Welcher Kaiser das SCtum gemacht habe?

Rsp. Tacitus sagt: Claudius — Suetonius aber eignets dem Vespasiano zu. Es kann seyn, daß beide Recht haben und daß der eine nur Consul, der andere aber Kaiser gewesen.

§. 899. SCtum Macedonianum findet lediglich beim Geld — (mutua pecunia) statt. Jedoch ist kein Zweifel, wenn ein anderer Contract in fraudem SCti mit dem filiofamilias geschlossen worden, daß es gleichwohl statt finde. Ein solcher Contract ist der Contractus Mohatrae, qui est contractus, quo quis pecunia indigenti certas merces cariori pretio credit seu vendit, quas ille viliori pretio vendere tenetur ut pecuniam consequatur.

Observ. Das Wort Mohatra ist spanischen Ursprungs und soll in dieser Sprache einen solchen Contract anzeigen.

Die Statuten extendiren dann oft das SCtum Macedonianum noch weiter, nämlich auf alle Schulden, die ad luxum verwendet werden. Hieher gehört auch das Erlanger Contomandat:

§. 900. Das Senatusconsultum ist zum Besten des filiifamilias gemacht worden; doch hauptsächlich nicht zu seinem faveur, sondern zum faveur des Vaters. Daher kann der filiusfamilias

1) auf das SCtum allein nicht renunciren;
2) Er kann auch die Schulden nicht ratihabiren.
3) Auch kann er in praeiudicium patris das mutuum nicht bezahlen. Hat er es bezahlt, so hat der Creditor entweder das Geld noch — da kann es der Vater vindiciren; oder er hat es nicht mehr — so hat die condictio sine causa statt.

§. 901. Das SCtum Macedonianum verordnet, daß der Gläubiger, der einem filiofamilias Geld geborgt hat, nicht klagen könne. Mithin die ganze Verbindlichkeit des Schuldners wird durch das Gesetz nicht aufgehoben, es bleibt allemal obligatio naturalis, und wird nicht plene inefficax et reprobata. Daraus folgt:

1) daß

1) daß der filiusfamilias, wenn er die Schuld bezahlt hat, das Geld nicht exceptione indebiti zurückfordern kann.
2) Findet auch das SCtum Macedonianum nicht statt, wenn der Debitor es ipso facto agnoscirt hat. Denn da ist er zuweilen
   a) absolute zur Bezahlung verbunden, wenn er z. E. auf Abschlag etwas bezahlt hat. Dies finden wir allegirt im L. 7. §. 16. h. t. si partem solverit debiti, cessabit SCtum Macedonianum.
   b) Pro concurrente summa — wenn der Debitor ein Pfand gegeben; hier haftet er pro concurrente summa, wenn er paterfamilias geworden, so weit, als sich das Pfand erstreckt, ex L. 9. D. h. t. Die ratio ist hier schwer anzugeben. Einige sagen: pignus hätte certam aestumationem, so weit hätte sich also der Schuldner zur Zahlung verpflichtet, als sich das angegebene Pfand erstrecket. Allein der Grund ist nicht hinlänglich, denn wer ein Pfand giebt, agnoscirt die Schuld sine restrictione; atqui; ergo. Aber demohngeachtet muß der Lex befolgt werden.

§. 902. SCtum Macedonianum ist vornehmlich zum faveur des Vaters gemacht worden, mithin, wenn der Vater seine Einwilligung dazu giebt, so müssen die Schulden bezahlt werden. Er giebt aber seine Einwilligung
1) l. *expresse* — da findet keine Ausflucht statt.
2) l. *tacite* — wenn er weis, daß sein Sohn auf Credit Gelder nimmt, oder sonst Schulden macht und dazu schweigt. Oder wenn er das debitum ipso facto agnoscirt. Z. E. die eingeschickten Conto bezahlt. Oder auch, wenn er vorher schon oft Schulden für den Sohn bezahlt hat, da muß man ja wohl seine Einwilligung vermuthen.
3) l. *praesumte* —
   a) wenn das aufgenommene Geld zu des Vaters Nutzen verwendet z. E. gute Bücher gekauft worden.
   b) Wenn das Geld zu solchem Aufwand verbraucht worden, den der Vater nothwendig hergeben muß. Ist aber z. E. der Sohn hinter seinem Vater auf die Universität gegangen, so zahlt der Vater nichts, und die Schuldner sind um ihre Forderungen.

Obs. Ein Hofmeister darf nur Geld aufnehmen, wenn er dazu expresse autorisirt ist.

§. 903. Wann der Gläubiger klagt, so wird ihm die Exceptio SCti Macedoniani opponirt.

Diese Exceptio steht zu:

1) filio;
2) patri eiusque heredibus und
3) Mandatori und fideiussori. Ratio: denn die Exceptiones, die dem Hauptschuldner zukommen, kommen auch diesem zu.

Sie muß aber vorgeschützt werden, wenn sie was helfen soll. Wird sie nicht vorgeschützt, so wird sie auch nicht vom iudice supplirt; quilibet enim favori suo renunciare potest. Sie kann aber omni parte, i. e. zu Anfang, medio, und zu Ende i. e. bei der Execution — noch vorgeschützt werden. Nur hodie gilt letzteres nicht, denn nach dem Iure hodierno muß jede peremtorische Exception der Litiscontestation angehängt werden; also auch diese. Man kann auch nicht sagen, daß dadurch der Kläger in dolum versetzt wird.

§. 904. Nicht statt findet sie:

1) Wenn einem filiofamilias auf sein peculium castrense l. quasi castrense geborgt worden; denn da wird er pro patre angesehen.
2) Wenn er sich fälschlich pro patrefamilias ausgegeben; iura enim non succurrunt dolose agentibus. Vorausgesetzt aber wird, daß der Gegner das Gegentheil nicht gewust haben muß.
3) Wenn der Creditor aus rechtmäßiger Ursache den debitorem pro patrefamilias gehalten hat. Z. E. Dein Vater ist im Krieg, es kommt eine Nachricht er sey im Treffen geblieben, und da glaubt man, Du Sohn, seyst paterfamilias, man borgt Dir. Nachher kommt Dein vermeintlich todter Papa wieder zum Vorschein. (Conf. L. 3. pr. D. h. t.)
4) Wenn ein Pupill dem filiofamilias Geld geborgt hat. Ex L. 3. §. 2. D. h. t.
5) Wenn ein Minor dem filiofamilias geborgt hat; denn da entsteht collisio privilegiorum, der Gläubiger hat die restitutionem in integrum, der Schuldner das SCtum M. der Minor hat mehr favour im Iure, daher wird er in integrum restituirt. L. 3. §. 2. h. t.
6) Die Kirchen und Civitates haben auch restitutionem in integrum. Dies ist geradezu wider den L. 15. D. h. t.

Aber

Aber die Praxis steift sich auf die Analogie der Rechte der Kirchen und Minorennen etc. Daher also auch hier das SCtum Macedonianum nicht statt hat.

Noch ist anzumerken: daß Thomasius und Ludwig behaupten wollten, das SCtum fände hodie nicht mehr statt, weil es bei den Römern nur des Vatermords wegen eingeführt worden. Rsp. Es ist zwar möglich, daß diese Ratio bei uns wegfällt, obgleich das schreckliche Factum des Macedo noch wiedergebohren werden kann. Aber wenn auch die ratio legis weggefallen, so kann demohngeachtet der lex noch ob aliam rationem subsistiren.

LIB. XV. TIT. I.

De Peculio.

§. 905 — 907. Repetatur Lib. I. Tit. VI. da steht Begrif und Eintheilung. Dividitur Peculium in militare et paganum.

1) Militare dividitur in castrense et quasicastrense. Diese gehören dem filiofamilias pleno iure, i. e. er hat darüber dominium, proprietatem et usumfructum. Ja der filius wird in Ansehung desselben pro patrefamilias gehalten; mithin kann er darüber inter vivos et mortis causa disponiren.

2) Paganum dividitur in profectitium et adventitium. Diese gehören dem Vater pleno iure. Also hat der Sohn lediglich die Administration davon und zwar nur so lange, als sie ihm der Vater gestattet. Mithin kann der Vater ein solches peculium revociren. Doch hat diese facultatem revocandi blos der Vater. Also
   a) nicht der fiscus, wenn der Vater stirbt.
   b) Es hat solche der Vater nur so lange der Sohn nicht emancipirt ist.

§. 908. Peculium adventitium est l. regulare l. irregulare. Von letzterm wird §. 910. von ersterm aber h. l. gehandelt.

Merke: von diesem hat der Sohn Proprietatem; der Vater den Usumfructum und die Administration — nämlich in der Regel; davon heist es: regulare. Dieses Recht hat der Vater so lang er lebt, oder so lange er seine Kinder nicht emancipirt hat. Doch im letztern Fall soll er die Hälfte der Güter nach der Emancipation nach dem I. Romano als ein praemium emancipationis behalten.

Qu. Ob dies noch in usu sey? Rsp. So viel ist gewiß, daß dies praemium emancipationis bei unserer oeconomia separata nicht statt finde.

Conf. Homberg de bonis adventitiis liberis sui iuris factis a patre restituendis.

Homberg sagt: die Emancipation ist hodie keine so grose Wohlthat, wie bei den Römern; und wir müssen bedenken, daß Kinder eine separatam oeconomiam invito patre anfangen können.

§. 909. Der Vater hat beim peculio adventitio den Usumfructum und die Administration. Die Advocaten nennen dies Recht unschicklich: die natürliche Vormundschaft, da es nicht die geringste Aehnlichkeit — die Administration ausgenommen — mit der Vormundschaft hat. Vielmehr differirt es auf folgende Weise:

1) Vormünder sollen gerichtlich bestättigt werden; ein Vater aber nicht.
2) Vormünder müssen Caution machen, den Vormundschafts-Eid ablegen ꝛc. der Vater aber wieder nicht.
3) Vormünder müssen Inventaria machen, Rechnung ablegen; alles dies braucht der Vater nicht.

Qu. Woher kommen denn diese so vorzüglichen Rechte des Vaters?

Rsp. Aus dem alten Eigenthumsrecht, daß sie über die Kinder hatten.

So braucht auch ein Vater bei der Veräuserung kein decretum alienandi. Ratio: weil die Decreta nur erforderlich sind, bei pupillis et minoribus.

Er darf aber nur in einigen Fällen veräusern ex L. 8. §. 4. et. 5. C. de bonis, quae liberis, und zwar:

1) wenn Schulden halber die Veräuserung nothwendig ist. Nur darf der Vater die Schulden nicht gemacht haben.

2) Wenn

2) Wenn es den Kindern an Alimenten mangelt.
3) Wenn res onerosae l. damnosae da sind.

§. 910. Peculium adventitium irregulare — dasjenige, wovon dem Vater der Ususfructus nicht zusteht. Die Fälle, wo der Ususfructus dem Vater nicht zusteht, sind folgende:

1) Wenn der Sohn wider des Vaters Willen etwas acquirirt; Ratio: ex eo quod quis impugnat, non debet sentire commodum. Z. E. der Sohn will eine Erbschaft antreten und der Vater contradicirt; der Sohn tritt sie aber doch an; — nun bekommt der Vater keinen Usumfructum davon,
2) Wenn dem Vater und Sohn zugleich eine Erbschaft zugefallen: z. E. wenn der leibliche, der vollbürtige Bruder stirbt.
3) Wenn den Kindern etwas geschenkt oder im Testament unter der Bedingung ausgesetzt worden, daß der Vater den Usumfructum nicht haben soll. Z. E. der Vater hätte mir mein Mädgen weggefischt.
4) Wenn der Sohn ein Pathengeld (pecuniam lustricam) hat. Pecunia lustrica ist dasjenige Geld, welches von dem Taufpathen, als solchem, aus Gelegenheit der Taufhandlung dem Kind geschenkt wird. Sparhafengeld ist davon verschieden. Wenn es nicht lokale Nothwendigkeit oder Etiquette ist, daß um Ostern oder Weihnachten dem Kinde vom Pathen etwas geschenkt wird, so ist es Sparhafengeld und nicht pecunia lustrica.
   a) Conf. Brunnemann ad L. 1. de collationibus. Er behauptet: es wäre zu dem peculio castrensi zu rechnen: weil das Kind solches während des Streits mit dem Teufel, i. e. in der Taufe — acquirirt hätte. Allein das ist absurd.
   b) Conf. Thomasius de hypotheca tacita sub pecunia lustrica. Der sagt: die Kinder bekommen es statt des Pathenschmauses, und also ist es peculium profectitium. Allein dies ist nicht universell wahr; man rechnet es daher lieber zum peculio adventitio. Denn es wird dem Kind zur Erinnerung der Taufe und des Taufpathens oder zum Andenken gegeben.

Qu. Zu welchem aber soll es gerechnet werden? Zum peculio adventitio, regulari oder irregulari? Rsp. Zum regu-

regulari. Denn der Vater hat doch von allen peculiis den Usumfructum wo die Leges keine Ausnahme machen; nun aber machen die Leges keine Ausnahme beim Pathengeld; ergo dürfen wir auch keine machen. Wahr ist es, daß der Vater alte, rahre Geldstücken nicht ausgeben darf; aber wenn es gangbare Münzen sind, warum sollte der Vater den Usumfructum nicht haben? Siehe Cocceji ius Contr. h. t. §. 13. Leyser specim. 166. med. 1. et Braun de usufructu parentum inter liberos,

5) *Donata a principe.* Dies Peculium rechnen andere ICti ob L. 7. C. de bonis quae seu militari liberis etc. zum peculio castrensi, Ratio: wenn der Princeps Geschenke macht, so wird praesumirt, daß es wegen der Verdienste der Person geschehen. Dies ist erheblich, denn ist es ein peculium militare, so darf der Sohn ein Testament darüber machen; ist es aber kein militare, so fällt die facultas testandi weg.

§. 911. Der Vater hat zwar den Usumfructum über ein peculium adventitium nicht, aber doch die Administration, wenn dem Kind kein Curator gesetzt worden. Dem Kind wird aber ein Curator gesetzt, wenn ein Donator oder Testator es ausdrücklich verboten hat, daß der Vater ob prodigalitatem suam das Geld nicht in die Hände bekommen soll. Aber es muß dies ausdrücklich und deutlich vom Testatore gesagt worden seyn.

§. 912. Des Peculii wegen kann gegen den Vater die Actio de peculio angestellt werden. Doch nicht in allen Fällen.

Man muß daher zwischen dem peculio pagano et militari distinguiren.

I. Das peculium paganum ist:
   1) l. profectitium — hier findet die Actio de peculio statt.
   2) l. adventitium — hier findet sie nicht statt. Außer wenn der Vater den Kindern die Administration cedirt hatte.

II. In Ansehung des peculii militaris kann der Vater nicht belangt werden; denn der Filius ist hier als Paterfamilias anzusehen. Conferatur L. 18. D. de castrensi peculio.

Actio

Actio de peculio est actio adiectitiae qualitatis adversus patrem ad ea, quae ex contractu debentur quatenus peculium sufficit deductis, quae patri debentur.

Erläuterung des Begrifs:

1) Sie ist eine Actio adiectitiae qualitatis. Daraus folgt: daß also consensus patris allemal dabei zu praesumiren ist, er sey entweder consensus expressus oder tacitus. Nur ist vorauszusetzen, daß es nicht iussus patris ist; denn alsdann findet die Actio de iussu statt.

2) Sie geht gegen den Vater ad eaquae ex contractu debentur. Hieraus ist zu schliessen: daß ob delictum gegen den Vater nicht so geklagt werden könne. Conferatur L. 58. de regulis iuris. Doch aber, wenn der Sohn ex delicto belangt und condemnirt worden ist, dann kann der Vater belangt werden, ut ex peculio solvat. Denn alsdann rührt die Actio ex quasi litiscontestatione contractus her.

3) Quatenus peculium sufficit, deductis etc. Also mehr ist der Vater nicht schuldig. Jedoch was er von dem Sohn zu fordern hat, daß darf er ohne Bedenken abziehen.

Diese Klage fand auch Iure Romano contra dominum ex contractu servi statt. Hodie kommt sie selten vor; denn gemeiniglich fängt der Sohn gleich separatam oeconomiam an, und ist nicht mehr sub patria potestate.

LIB. XV. TIT. II.

Quando de peculio actio annalis. est

§. 913. So lange die patria potestas dauert, dauert auch die Actio de peculio. Aber wenn der Sohn emancipirt ist, so ist auch die Klage erloschen. Doch dies schien dem Praetor nicht billig, sondern hart, daß jetzt der Creditor keine Klage mehr haben sollte. Deswegen gab er diese Verordnung, welche eine Subtilitaet der Römer ist. Sie wollten nicht sagen, daß ein Vater kein peculium tanquam pater besitzen könne; deswegen erlaubte der Praetor, daß der Creditor innerhalb einem Jahr noch das Recht haben soll gegen ihn de peculio zu klagen. Der Titel cessirt hodie ganz.

LIB. XV. TIT. III.

De in rem verso.

§. 914. Es kann ein Vater auch praeter peculii rationem bisweilen ex pacto liberorum belangt werden. Dahin gehört:

1) Wenn der Sohn auf Befehl des Vaters contrahirt hat. Da findet actio de iussu gegen ihn statt. Davon Titulo sequenti.

2) Kann ex versione in rem ohne des Vaters Geheis vom Sohn gegen ihn geklagt werden, daß ist, si ex contractu filii patris utilitas promota sit. — Dies wird versio in rem genennt: z. E. der Sohn hat Geld geborgt, und damit des Vaters Schulden bezahlt, oder sein Haus reparirt. Die Klage heist: Actio de in rem verso, quae est actio adiectitiae qualitatis, competens adversus eum, in cuius rem versio est facta, ut tantum restituat, quantum utilitatis intuitu rei suae percepit.

§. 915. Das Fundament ist die Regel der Billigkeit: nemo cum damno alterius fieri debet locupletior.

Da es nun sehr häufig kommen kann, daß ich zu eines andern Vortheil contrahire, und aus diesem Contract wirklich ein Vortheil auf den andern übergeht; so war die Actio de in rem verso um so nothwendiger.

§. 916. Diese Actio de in rem verso erfordert eine Nutzverwendung; ergo non locum habet:

1) Wenn etwas zum Vergnügen verwendet worden; utilitas et voluptas enim valde differunt.

2) Si satisfactio iam est bona fide praestita, wenn der Eigenthümer dasjenige schon vergütet hat, was zu seinem Nutzen verwendet worden ist. Ich habe Dir z. E. meine Fenster bezahlt, die in meiner Abwesenheit das Hagelwetter hineingeschlagen hat und Du repariren lassen; aber das Geld in der Redoute durchgebracht hast.

3) Wenn Du zwar meinen Nutzen hast befördern wollen, aber actu nicht befördert hast.

4) Wenn nur ein Theil zum Nutzen verwendet worden, so brauch ich nur den Theil zu vergüten.

5) Si

5) Si versio probari nequit: z. E. Du wolltest bei einem Tertio Geld entlehnen und stellst eine Handschrift aus, die gerade so lautet, als ob Du das Geld in mein Haus verwendet hättest. Diese Handschrift beweist nichts gegen mich. Der Innhaber der Handschrift muß die L. C. anstellen, und der, der die Handschrift ausstellt, muß jetzt die versionem beweisen.
6) Wenn der Dominus die Nutzverwendung nicht annimmt, sondern darauf renuncirt.

§. 917. Haec actio instituitur:
1) Aut ex contractu filii s. servi contra patrem dominumve quo casu dicitur: actio de in rem verso *directa*;
2) Aut ex contractu alius personae — h. c. dicitur actio de in rem verso *utilis*. Haec actio utilis datur illi, qui contraxit cum negotiorum gestore contra dominum negotiorum, quatenus in huius utilitatem aliquid ex contractu versum est.

§. 918. I. Die Actio de in rem verso hat große Aehnlichkeit mit der Actione negotiorum gestorum; denn beide gründen sich darauf, daß des Rei Nutzen befördert worden. Doch differiren sie darinn, daß die Actio negotiorum gestorum von dem negotiorum gestore selbst, die Actio de in rem verso aber vom Tertio angestellt wird.
II. Hat die Actio de in rem verso auch Aehnlichkeit mit der Actione ex lege Rhodia, nämlich sie hat einerley Grund, daß etwas zum Besten des andern geschieht. Aber sie differiren wieder darinn: Actio ex lege Rhodia, erfordert eine Nutzverwendung und Aufopferung fürs allgemeine Beste; aber die Actio de in rem verso nicht, sondern nur den Privat Nutzen des andern.

Merke noch drey singularia von dieser Klage:
1) Daß sie auch gegen den statt findet, der aus dem Negotio nicht obligirt ist.
2) Daß sie ex contractu solcher Personen statt findet, qui tertium alias non obligant: z. E. ein Administrator civitatis, l. ecclesiae, ein Socius.
3) Daß die Versio in fundum, den Fundum zu einem Hypothekpfand macht.

LIB. XV. TIT. IV.

Quod iussu.

§. 919. Actio quod iussu est actio adiectitiae qualitatis competens illi, quocum filius aut servus patris dominive iussu contraxit adversus patrem l. dominum (iubentem) ut praestet id, quod in contractum deductum est.

Wo sie statt findet ist schon da gewesen. Uebrigens kommt sie bei uns nicht mehr vor; es wird dafür Actio ex contractu angestellt. Wenn ich aber mit dieser nicht durchkommen sollte, so ist kein Zweifel, daß sie nicht noch statt habe, da sie eine Actio adiectitiae qualitatis ist.

LIB. XVI. TIT. I.

Ad SCtum Velleianum.

§. 920. Dies SCtum Velleianum ist Anno 765 oder 771. urbis conditae wahrscheinlich gemacht worden, weil zu der Zeit die Consules dieses Namens regirt haben. Conferantur Heineccii antiquit. Lib. 3. Tit. 12. C. 2 §.

SCtum Velleianum ist dasjenige römische Gesetz, welches verordnet, daß die Intercession der Weibspersonen unverbindlich seyn soll. Intercessio ist jede Handlung, wodurch jemand eine fremde Verbindlichkeit auf sich nimmt. Man kann aber intercediren:

I. aut obligando res suas, wenn ich z. E. für eine fremde Schuld Pfand gebe.

II. Aut obligando personam suam. Hier wird intercedirt:

1) aut obligando principaliter. Hoc fit:
   a) per expromissionem — wenn ich eine fremde Schuld auf mich nehme.
   b) per correalem obligationem — z. E. so, daß man jetzt in solidum obligirt seyn will.
2) aut accedendo alterius obligationi. Dahin gehört:
   a) Constitutum.
   b) Man-

b) Mandatum.
c) Fideiussio.

Adde hoc generale: Alle Arten von erstbenannten Intercessionen sind ex SCto Velleiano bei den Weibspersonen unverbindlich.

§. 921. Der Grund der Anfangs statuirt wurde, war der: weil bei den Römern die Intercessio ein *virile negotium ac officium civile* war, i. e. quod a viris modo expediri poterat: z. E. Procuratorem esse, postulare in foro; so auch die interceſſiones.

Officia civilia sunt ea, quae ex legibus civilibus originem habent: z. E. magistratum gerere.

Es heist aber manchmal auch soviel: quod in conspectu civium expeditur, est officium civile: z. E. was in foro, in senatu geschah.

Wir können eigentlich hodie nicht sagen, daß Weibspersonen von officiis civilibus ganz ausgeschlossen wären. Es giebt bei uns Regentinnen, und solche, die die Iurisdictionem patrimonialem haben. Aber der Grund, warum das SCtum Velleianum hodie noch statt findet, ist auch nicht der, sondern vielmehr die Schwäche dieses Geschlechts — imbecillitas sexus. — Sie verbürgen sich gar zu leicht, gar zu geschwind; und wie oft würden sie sich daher um ihr Vermögen bringen.

Hellfeld rechnet es zu den LL. absolute prohibitivis; aber mit Unrecht; es gehört vielmehr zu denen Gesetzen, welche mir die Freyheit ertheilen, ob ich eine natürliche Verbindlichkeit erfüllen oder nicht erfüllen will. Dies ist keine Logomachie. Wäre es ein Lex absolute prohibitiva, so könnte man nicht darauf renunciren, aber auf das SCtum Velleianum kann man renunciren; ergo

§. 922. Mulier — jede Person weiblichen Geschlechts, sowohl die mündig als unmündig ist, sowohl verheirathet, als ledig; honestae et minus honestae, i. e stupratae personae et meretrices. Jede Intercessio derselben pro marito, oder pro extraneo, pro masculo oder pro foemina gilt nichts; z. E. die Tullia sagt für mich gut, für das was ich bei einer andern Weibsperson schuldig bin; gilt nichts — ex L. 5. C. ad SCtum Velleianum.

Die

Die Regel: Privilegiatus contra privilegiatum iure suo non utitur (§. 105.) ist hier nicht zu appliciren.

§. 923. Die Intercessio der Weibspersonen ist also ex SCto Velleiano ungültig — inefficax obligatio. Dist. Mulier intercedens hat:

1) entweder die Schuld schon bezahlt; so kann sie solche per condictionem indebiti wieder zurückfordern.
2) Oder sie hat nicht bezahlt. Hier sind zwey Fälle zu merken:
   a) Sie hat vielleicht dem Creditori ein Pfand gegeben; so kann sie es per reivindicationem oder condictionem sine causa wieder zurück fordern.
   b) Hat sie auch dies nicht gethan; gut — so zahlt sie auch nicht. Und wird sie belangt, so hat sie die Exceptionem Senatusconsulti Velleiani.

Wenn sie sich correaliter obligirt hat; so ist sie nicht in solidum, sondern nur pro sua rata verbunden.

Wenn sie zugleich sich mit einem Masculo verbürgt hat, so sagt Hellfeld subducta muliere masculus solus obligatur — die Weibsperson entzieht sich der Sache und der Masculus ist ganz allein zu zahlen schuldig ex L. 48. D. de fideiuss. Allein accurater heist es: wenn er sich mit der Muliere verbürgt, so muß er allein die ganze Schuld bezahlen; wenn er aber mit ihr expromittirt, so haftet er nur pro sua rata, ex L. 8. C. et L. 18. D. h. t.

§. 924. Weibspersonen haben zwar das SCtum Velleianum; doch giebt es Fälle, wo es ihnen nicht zu statten kommt.

1) Wenn sie dolose handeln; dolose agentibus non succurrunt iura: z. E. sie haben sich für eine Mannsperson ausgegeben, wie z. E. der famöse Ritter d'Eon.

   Zum Dolo gehört insbesondere, wenn sie weis, daß sie ex SCto Velleiano nicht verbindlich ist, und sich gleichwohl verbürgt, da kommts ihr nicht zu statten. Allein Observa: es wird nicht praesumirt, daß es eine Weibsperson wisse ex L. 9. D. de iuris et facti ignorantia.

   Excipe tamen:

   a) Si mulier consiliariis instructa sit. Und aus diesem Grund haben foeminae illustres das SCtum Velleianum nicht zu gebrauchen: z. E. Fürstinnen;

b) Wenn

b) Wenn die Intercessio nach zweyen Jahren a muliere wiederholt worden; so wird praesumirt, daß sie während der zwey Jahre es erfahren habe.

Also wenn eine Ehefrau sich für ihren Mann nach zwey Jahren nochmalen verbürgt, so gilt die Praesumtion nicht, man vermuthet nicht mehr daß sie gezwungen worden.

2) Wenn si intercedirt ex pietate s. animo donandi: z. E. pro dote.

Adde: in Praxi hat man die Regel: so oft eine intercessio ex pietate geschieht, so ist sie gültig, und das SCtum Velleianum kommt ihr nicht zu statten.

3) Wenn sie Erbinnen des Hauptschuldners worden, denn da zahlen sie als Erbinnen, nicht ex intercessione.

4) Wenn sie pretium fideiubendi bekommen: z. E. Geld — und wenn auch das Geld nicht soviel beträgt, als die Bürgschuld. Denn die Weiber sind eines Privilegii SCti Velleiani unwürdig, wenn sie ex intercessione ein Lucrum suchen wollen.

5) Wenn sie indemnisirt worden oder die Hauptverbindlichkeit zu ihrem Nutzen ausgeschlagen ist.

6) Wenn Kaufmannsweiber sich verbürgen in einer Sache, die ihre Handlung betrift.

Ratio: Weil die Kaufleute strengen Fidem unter sich eingeführt haben.

Doch aber muß man nicht confundiren: *mulierem mercatricem*, i. e. eine solche, die selbst Kaufmannschaft treibt, und *mercatoris uxorem*, i. e. eine solche, die ihrem Mann in der Handlung nur beisteht. Letztere gehört nicht hieher, sie hat das Privilegium; erstere aber hat es nicht.

§. 925. Weiber können also auf das Senatus-Consultum Velleianum renunciren, ex L. 32. §. 4. h. t. et L. 21. C. h. t. wo es ganz deutlich steht. Jedoch, wenn sie renunciren, certioratio praecedere debet, i. e. es muß der Weibsperson vorher erklärt werden, was das SCtum Velleianum eigentlich sagen wolle, alioquin enim ad non cogitata extenti non possunt iura. Die Renunciatio braucht weder gerichtlich noch eidlich zu geschehen; außer wenn sie pro marito intercediren, denn da gilt ihre Renunciation nichts, weil man vermuthet, daß sie es aus Furcht vor dem Mann gethan

than haben. Doch nach dem Iure Canonico gilt sie, wenn sie eidlich geschieht, oder an Eides statt und mit den Worten: so wahr mir Gott helfe!

Obs. Im Wirtenbergischen muß die Renunciatio auf das SCtum Velleianum und in specie auf die Authenticam si qua mulier etc. wie bei den Römern gerichtlich geschehen; an andern Orten ist dies aber nicht.

§. 926. Wenn Weibspersonen ex intercessione belangt werden, so können sie sich mit der Exceptione SCti Velleiani schützen.

Qu. 1) Gegen wen kann sie vorgeschützt werden?

Rsp. Gegen alle und jede Gläubiger, auch sogar contra minorem findet die Exceptio statt.

Qu. 2) Ob der Minderjährige hier nicht auf die Restitutionem in integrum provociren kann?

Rsp. Der Hauptschuldner ist:

1) l. non solvendo — Da wird der Minor in integrum restituirt; quia minoris causa maiorem in iure favorem habet; zwey Privilegia stehen in collision, da wird das Privilegium minoris vorgezogen.

2) l. solvendo — da kann sich die Weibsperson des SCti Velleiani bedienen und den Hauptschuldner ausklagen.

Effectus exceptionis SCti Velleiani. Er ist der: tollitur actio ex intercessione, mithin wird die Frau von ihrer Verbindlichkeit frey.

Qu. 3. Ob die Verbindlichkeit der Weibsperson ipso iure aufgehoben ist oder ope exceptionis? Rsp. Diverso respectu findet beides statt. Wenn sie in instrumento publico intercedirt hat, so wird die Obligatio nicht ipso iure aufgehoben, sondern ope exceptionis, i. e. dadurch, daß sie ihre Exceptionem SCti Velleiani vorschützt; ipso iure aber wird ihre Verbindlichkeit aufgehoben, wenn sie auf eine andere Art intercedirt hat. Wir finden dies in L. 23. §. ult. C. h. t.

Doch steht dem Gläubiger noch frey, den Hauptschuldner zu belangen, wenn auch schon die Frau expromittirt haben sollte. Sonst wird zwar der Hauptschuldner durch die Expromission ganz frey, allein hier ist die Expromissio völlig ungültig. Ja es thut auch nichts, wenn der Creditor Erbe von der Weibsperson geworden, welche promittirt

cirt hat: z. E. ich wäre 100 Rthl. an meinen Bruder schuldig; meine Schwester expromittirt diese Schuld, stirbt hernach und setzt meinen Bruder zum Erben ein. Qu. Kann mein Bruder die Schuld von mir noch prätendiren? Rsp. Allerdings, ihre Expromission ist ungültig gewesen, sie hatte dadurch keine Verbindlichkeit bekommen, mithin auch der Heres nicht.

Qu. 4) Wem die Exceptio Scti Velleiani zusteht?

Rsp. Derjenigen Weibsperson, die intercedirt hat, ihren Erben und auch allen denjenigen, qui se pro muliere obligarunt, i. e. den Rückbürgen; ingleichen denjenigen, qui ex mandato mulieris se obligarunt. L. 6. D. h. t.

Qu. 5) Quo tempore exceptione uti possis?

Rsp. Sie ist eine Exceptio peremtoria; mithin kann sie zu allen Zeiten vorgeschützt werden:

1) als exceptio litis ingressum impediens, wenn sie nur liquid ist; ja

2) auch noch bei der Exsecution, wo schon res iudicata ist, wenn sie liquid ist. So — im Iure Romano.

Der neue Reichsabschied von 1654. §. 137. verordnet, daß alle Exceptiones peremtoriae der L. C. angehängt werden sollen und zwar sub poena praeclusi; atqui; ergo. Dies gilt auch hodie.

§. 927. Sctum Velleianum erklärt nur die Intercessiones mulierum für ungültig; ist aber das Negotium keine Intercession, so kann auch das Frauenzimmer nicht auf das SCtum Velleianum provociren. Also nicht provociren:

1) Wenn es ein Geschäft ist, das gleich Anfangs sie selbst betraf: z. E. sie hätte ein Mutuum für sich genommen.

2) Si a creditore alteri est delegata, i. e. quoties debitor quidam mulierem sibi debentem consentiente creditore substituit: z. E. Ich wäre meinem Onkle 100 Rthl. schuldig und die Tullia ist mir 100 Rthl. schuldig. Er will sein Geld, ich habs nicht, und frage deswegen, ob er der Tulliä Schuld annehmen will? — Er antwortet Ja! — Nun muß Tullia zahlen.

3) Wenn sie ihre Negotia einem committirt hat.

4) Wenn sie eine fremde Verbindlichkeit nicht auf sich nimmt, sondern eine fremde Schuld gleich bezahlt, fremde Pfänder einlöst ꝛc. z. E. ein Mädchen bezahlt meine Schulden, löst meine Pfänder ein ꝛc. diese kann sich der Exceptionis Scti Velleiani nicht gegen mich bedienen; nam facilius se mulier obligat, quam solvit. L. 4. §. 1. D. h. t.

Dies Gesetz ist in verschiedenen Statuten ganz aufgehoben, besonders an solchen Orten, wo der Handel stark getrieben wird: z. E. in Nordhausen, Frankfurth, Lübeck, auch zum Theil in Nürnberg; aber de iure communi gilt es noch.

Schlußanmerkung: Das Sctum Velleianum ist moralisch genommen für Weiber allemal keine Ehre; pecuniarisch aber vortheilhaft für sie. Sie müssen es also für eine große Ehre halten, daß man sie in propriis negotiis zahlen läst.

LIB. XVI. TIT. II.

De compensationibus.

§. 928. Compensatio (Abrechnung) est modus tollendi mutuum debitum mutuumque creditum eiusdem generis — Oder wie Modestinus in L. 1. D. h. t. sagt: debiti et crediti inter se contributio.

Requisita:

1) Zwo Personen müssen einander reciprocirlich schuldig seyn — das ist mutuum debitum.

2) Die Schulden müssen von einerley Art seyn.

Nun sub his requisitis sollen die mutua debita ipso iure aufgehoben seyn.

Ipso iure, i. e. gleich von der Zeit an, wo das mutuum debitum existirt. Es scheint, als wenn die römischen Gesetze eine solutionem brevi manu factam dabei praesumirt hätten.

Ratio: Wenn zwey Personen einander reciprocirlich schuldig sind, so ist jeder in der That schon befriedigt; mithin kann keiner von dem andern etwas fordern und wollte einer

einer was fordern, so stünde ihm die Exceptio entgegen: tu iam habes, quod petis.

Hier könnte man fragen: Wozu bedarf es denn aber einer Exception, wenn mutuum debitum ipso iure aufgehoben seyn soll? Rsp. Die Exceptio ist im Grunde auch nichts anders, als allegatio compensationis iam factae. Man sucht durch sie des andern Klage nicht erst zu tödten, sondern nur zu opponiren, daß das Debitum ipso iure per compensationem aufgehoben sey.

§. 929. Wo Mutuum creditum mutuumque debitum ist, findet die Compensation statt und kommt hiebei nichts auf das Fundament an, woher diese Verbindlichkeiten rühren. Es thut also nichts, ob die Schulden obligationes naturales oder civiles sind, (nur inefficaces dürfen sie nicht seyn). Es thut nichts, ob sie ex contractu, oder ex delicto herrühren. Ex delicto? Hoc fit duplici modo: Delinquens tenetur:

1) Aut ad satisfactionem publicam — da findet die Compensation nicht statt: haec res enim non est privati arbitrii.

2) Aut ad satisfactionem privatam, i. e. zur Genugthuung, die der Laesus von dem Laedente praetendiren kann. Diese betrift nun wieder:

a) Aut satisfactionem pecuniariam — da findet die Compensation unbedenklich statt.

b) aut non — da gibt es eilfige Fälle, wo sie statt findet. Sie sind folgende:

1) Adulterium cum adulterio compensatur.
Ratio: weil die Rechte nicht gestatten, jemand wegen eines selbst begangenen Verbrechens anzuklagen. Mores enim quos in se quis agnovit, in altero reprobare nequit.

2) Iniuria cum iniuria —

3) Dolus cum dolo, culpa cum culpa compensantur.

§. 930. Zur Compensation sind Debita und Credita mutua, und zwar eiusdem generis erforderlich, i. e. ubi tantundem est, i. e. res in eadem quantitate et qualitate. Die Regel aber tantundem est idem findet nur bei rebus pecuniariis et aliis fungibilibus statt.

Compensirt kann also nicht werden:

1) Species cum specie l. genere: z. E. ein Haus und ein Garten — oder ein Fuchs, mit einem Pferd aus deinem Marstall. Ratio: Es kann dadurch keine völlige Gleichheit bewirkt werden.
2) Diversum genus cum diverso genere: z. E. zwey Ochsen mit acht Schweinen.
3) Crimina — in so ferne de satisfactione publica die Rede ist:
Conferatur Kapf de compensat. circa maleficia Tubing.
4) Wenn einer possessionem iniuste occupirt hatte. Das ist Spolium — quod ante omnia restituendum est. Denn es wird in iure nur das letzte spolium attentirt: der erstere hätte klagen sollen. Anders aber ist, wenn es in continenti geschieht: z. E. daß ich Dich zum Haus hinauswerfe, eben da Du mich hinausgeworfen hast. L. 17. D. de vi et vi armata.
5) Nec in causa depositi; Ratio; es ist gegen den bonam fidem, welchen der Depositarius bei der Uebernahme zu leisten versprochen hat. L. ult C. depositi. §. 30. Inst. de actionibus.
6) Nec in causa commodati. In L. ult commodati steht, daß die Exceptio hier nicht statt finde; aber im §. 30. Inst. de actionibus steht vom commodato nichts. Daher meint Cuiaz in L. ult C. sey es falsch; das Wort commodatum, müsse in commendatum abgeändert werden, und commendatum wäre dann so viel als depositum. Aber diese Meynung des Cuiallii ist nicht wohl anzunehmen.

Besser distinguirt Hellfeld mit dem Donellus der in der Note allegirt ist, man müsse sehen, ob die Rede sey:
1) l. de aestumatione praestanda — Hier findet die Compensatio statt, weil de re pecuniaria die Rede ist.
2) l. de ipsa specie a commodatario restituenda. Hier soll auch die Compensation nicht statt finden.

§. 931. Die wechselseitige Schuld und Forderung muß zahlbar und unbezweifelt seyn. Daraus folgt:
1) Debitum compensandum debet esse liquidum, i. e. de quo in continenti constat, quid, quale et quantum debeatur. Inde regula: liquidi cum illiquido nulla est compensatio — ex L. Fin. C. h. t.

Confe-

Conferatur Carrach de procardico: liquidi cum illiquido nulla est compensatio.

Doch ist es genug, wenn eine Forderung nur tempore rei iudicatae oder executionis liquid ist.

Denn die Verordnung des neusten R. A. daß nämlich alle Exceptionis der L. C. angehängt werden sollen, versteht sich unter der Einschrenkung, daß der Kläger nicht dadurch in dolum versetzt wird, denn ist dies, so findet sie auch noch tempore executionis statt.

2) Compensari nequit debitum purum cum conditionato; neque cum debito in diem concepto, denn diese Schuld wäre nicht zahlbar. Excipe tamen: wenn dies et conditio zum faveur desjenigen gereicht, der die Compensation vorschützt; quilibet enim favori suo renunciare potest. Oder wenn ein Schuldner zur Zahlung verurtheilt worden, und der Richter ex causa humanitatis ihm noch eine kleine Frist gestattet, da findet die Compensatio allemal statt.

§. 932. Compensatio requirit eosdem creditores et debitores, die sich einander reciproce schuldig sind.

Si hoc: compensatio locum habet, cuiuscunque aetatis, sexus aut conditiones sint creditores et debitores. Also: 1) Minores etc. 2) masculi et foeminae. Ja 3) kann auch die Compensatio gegen den fiscum principis et aerarii vorgeschützt werden. Denn L. 3. C. h. t. schließt das Wort: *respublica* — die Civitates nicht aus. Doch ist hier erforderlich: 1) Ut eadem debeat statio; i. e. eine Kasse — eben dieselbe Kasse muß mir schuldig seyn, welcher ich schuldig bin: z. E. ich hätte bei der Domainenkammer zu fordern und wäre der Steuerkasse schuldig; da geht die Compensatio nicht an. 2) Ut ad eundem usum destinatum sit. Ratio: ne officia diversa confundantur.

Qu. Wenn einer vom Fisco kauft, ob er wegen des schuldigen Kaufgeldes die Compensation vorschützen könne? Rsp. In der Regel geht dies nicht an; allein eine Ausnahme ists, wenn es unbezweifelt ist, daß der Emtor mit dem Kaufgeld bezahlt werden muß.

Hellfeld sagt, wenns nur wahrscheinlich ist, daß er bezahlt werden müsse. Dies sagt auch Leyser, der in der Note allegirt ist. Allein hieran ist noch sehr zu zweifeln; weil es

alles liquid seyn muß, und illiquide Forderungen nicht compensirt werden können.

§. 933. Die Forderung, womit ich compensiren will, muß mein seyn. Regula: Eius, quod non illi debetur, qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest. in L. 9. C. h. t.

Excipe:

1) Wenn eine fremde Forderung cessione mein geworden.
2) Wenn der Tertius, dem die Forderung gehört, mit mir unam personam ausmacht: z. E. heres et defunctus.
3) Wenn ich ex obligatione tertii belangt werde: Z. E. Bürge bin. Denn nach der Regel heißt es: alle exceptiones, die dem Hauptschuldner zukommen, müssen auch dem Bürgen zukommen.

Qu. 1) Ob der Vormund compensiren könne?

Rsp. distinguendo: der Vormund will durch die Compensation:

1) entweder seine eigene Schuld mit dem Credito des Pupillen tilgen — das geht nicht an.
2) Oder des Pupillen Schuld mit seinem eigenen Gelde — dies findet ohne Bedenken statt.

Qu. 2) Ob der Ehemann seine eigne Schuld cum credito uxoris compensiren kann? Leyser Spec. 173. med. 4. sagt: ja! Allein contra Leyserum non locum habet compensatio in regula. Excipe:

a) wenn die Eheleute in communione bonorum stehen;
b) wenn der Ehemann das Dominium über den Dotem hat.

§. 934. Die Aufhebung wird ipso iure bewirkt, und zwar bald in totum — wenn die Schulden gleich sind — z. E. 400 — 400. Dies heißt: compensatio totalis; bald in tantum, wenn die Schulden ungleich sind, z. E. 400 zu 200. Dies ist compensatio partialis.

Anmerkungen:

1) Auch ein Erbe kann *active* und *passive* compensiren nach dem Verhältnis seiner Erbportion.
   a) *Active* — wenn jemand dem Defuncto schuldig war, und der Erbe eben diesen schuldig ist.
   b) *Passive* — wenn jemand dem Heredi schuldig ist, und der Defunctus eben diesem schuldig war.

2) Durch

2) Durch die Compensation werden die Schulden cum omni causa aufgehoben. Cum omni causa, i. e. die Verbindlichkeit Zinnsen zu fordern und zu zahlen; — Ferner — die Bürgschaft; ingleichen die Verpfändungen hören auf.
3) Die Compensatio findet auch im Concurs statt; nämlich
a) wenn beide Debita vor eröfnetem Concurs bewirkt worden;
b) wenn beide Schulden nach demselben — und
c) wenn die eine vor, die andere nach eröfnetem Concurs gewirkt worden.

Hier ist zu distinguiren: die Concurs-Masse wird entweder einem Debitori, oder ein Gläubiger der Concurs-Masse schuldig. Im ersten Fall hat die Compensation statt, im zweyten aber nicht.

Conferatur Walchii Diss. de compensat. in concursu creditorum.

§. 935. Mutuum debitum et creditum wird ipso iure gegen einander aufgehoben. Also wenn einer von beiden klagt, so kann der Beklagte exceptionem compensationis vorschützen, nicht zu dem Ende, daß die Verbindlichkeit des Beklagten aufgehoben werden soll, sondern: ut iudici innotescat, compensationem adesse.

Verwirft sie der Richter, so ist sie entweder illiquid; da steht dem Beklagten noch frey, seine Forderung ad liquidum zu bringen und deswegen eine besondere Klage anzustellen; oder sie wird als ungegründet verworfen; da findet sie nicht mehr statt; denn es steht exceptio rei iudicatae entgegen.

Anmerkung: Wenn einer hätte compensiren können und hat es nicht gethan, so wird vermuthet, daß seine Forderung entweder ungegründet, oder erloschen sey. Jedoch ist vorauszusetzen, Schuldner und Gläubiger müssen öfters miteinander abgerechnet und nie compensirt haben; einmal ist nicht genug.

§. 936. Compensatio wird unbillig a ICtis als eine Species iuris retentionis angesehen. Denn *retentio* (Zurückhaltungsrecht) est ius rem alienam l. alteri debitam ex sua possessione non dimittendi donec de eo, quod nobis vicissim debetur, satisfactum sit. Fundamentum retentionis est

1) l. lex — hier heißt das Zurückhaltungs-Recht — ius retentionis legale.
2) l. dispositio hominis et quidem.
   a) l. pactum et expressum et tacitum: Z. E. B. giebt mir ein Pfand.
   b) l. testamentum. Im ersten Fall haben wir ius retentionis *conventionale*, im zweyten *testamentarium*.

Wir müssen uns also die Sache so vorstellen: In qualibet compensatione quidem latet retentio, sed longe diversum tamen est ius retentionis. Wir können sagen: wer ein Unterpfand hat, hat auch ein ius retentionis, aber negative können wir nicht sagen: wer kein Unterpfand hat, hat auch kein ius retentionis; subsistere enim potest retentio sine idea pignoris.

§. 937. Requisita iuris retentionis:
1) Ne sit retentio vitiosa. Ein spoliator kann nie ein ius retentionis exerciren.
2) Ex L. 5. C. h. t. muß die Forderung liquid seyn. Aber wenn auch das Quantum illiquid wäre, so findet die retentio doch statt, bis die Cautio gestellet ist, nämlich a debitore.
3) Das ius retentionis erfordert auch eine Conexion zwischen der Schuld und der Sache, die man retiniren will. Die Conexion z. E. kann gemacht werden:
   a) ex versione in rem. Z. E. die illata einer adelichen Dame sind auf das Gut verwendet worden, sie behält also die Güter im Besitz.
   b) ob impensas. Z. E. die Wäscherin behält die Wäsche zurück, bis Bruder Studeo sie bezahlt hat. Oder Mevius giebt mir eine gewisse Sache aufzuheben. Ich muß die Sache der Sicherheit wegen transportiren lassen, und habe 20 fl. Unkosten. Jetzt hab ich ein ius retentionis auf die Sache, bis ich intuitu der Auslagen befriedigt bin. Ratio: sie sind connex mit dem Deposito. Wenn mir aber Mevius 500 fl. ex locato conducto schuldig ist, so darf ich das Depositum nicht retiniren.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0598
DFG

LIB. XVI. TIT. III.

Depositi vel contra.

§. 938. Depositum est contractus realis, quo alicui res gratis custodienda traditur, ita ut eadem in specie restituatur. (Depositum — ein anvertrautes Gut, sonst auch receptum und commendatum.) L. 156. de verbor. significat. etc. Die Contrahenten heisen: Deponens und Depositarius.

§. 939. Deponi autem possunt omnes res, quae alterius fidei et custodiae mandari possunt. Daher: sowohl eigene, als fremde, so bewegliche als unbewegliche — letztere wollen viele, z. E. Heineccius und Huber, bezweifeln und sich auf das Wort deponere beziehen, welches so viel als legen, weglegen hiese; allein L. 1. §. 1. h. t. steht indistincte, daß eine Res das Obiect vom Deposito sey, so muß die bewegliche und unbewegliche darunter zu verstehen seyn. Z. E. ich verreise und übergebe jemand mein Haus zur Aufsicht bis ich wieder komme. *Accedit*: das Sequestrum hat bei Immobilibus statt und manches Sequestrum ist eine species depositi. (pr. §. 948.)

Doch kann man distinguiren: es bekommt einer die custodiam entweder cum administratione — hier ist es ein Mandatum; oder sine administratione, so ist es ein Depositum.

§. 940. Custodia ist beim Deposito Hauptverbindlichkeit:

1) Darinn unterscheidet sich Depositum von andern Contracten.

2) Depositarius bekommt solam custodiam; also keine Nutzung, keinen Gebrauch, kein Eigenthum; nach dem L. 29. D, h. t. begeht er sonst ein furtum usus, wenn er sich desselben bedienet. Er bekommt auch kein Pfandrecht; nisi aliter conventum sit.. Z. E. ich soll einen alimentiren, er traut mir nicht, bis ich bei ihm deshalben ein Pfand deponire.

So kann auch dem Depositario ein ius utendi per pactum constituirt werden: z. E. heb mir mein Pferd auf, bis

ich wieder komme, und reite es, so oft dir's beliebt. Dies ist constitutio expressa.

Sie kann aber auch tacita seyn: z. E. Wenn man einem das Geld unversiegelt giebt. Braucht der Depositarius das Depositum nicht, so bleibt es in suo statu; braucht ers aber, so entsteht daraus ein depositum irregulare. Dies aber wird allerdings in einen andern Contract verwandelt, nämlich res est l. fungibilis — h. c. depositum fit mutuum; l. non fungibilis. h. c. depositum fit commodatum. Z. E. ich gebe dir mein Pferd.

Viele ICti wollen nur den usum expresse concessum verstatten. Z. E. Richter in seinen selectis iuris.

§. 941. Depositarius custodiam rei depositae suscipit gratis. Nimmt ers nicht gratis, so ists kein Depositum, sondern es ist wie beim Commodato §. 850.

Wenn ein Lohn stipulirt worden, so geht der Contract in locationem conductionem über. Aber ein Honorarium ändert an der Sache nichts. Ists kein Lohn, sondern eine andere Sache, welche dafür versprochen worden, so ist der Contractus innominatus da. Z. E. Do ut des, ut facias.

§. 942. Qu. Also keinen Nutzen, kein Eigenthum hat der Depositarius? Rsp. Nein! also praestirt er nur dolum et culpam latam; casum sentit dominus i. e. deponens.

Excipe:

1) Wenn der Depositarius einen gröbern Fleis, genauere Aufsicht versprochen hat.
2) Wenn er sich freywillig dazu offerirt hat. Ratio: leges non favent iis, qui se sponte rebus alienis immiscent.
3) Wenn er in mora versirt; denn da muß er so gar den Casum tragen. Mora enim transfert periculum in debitorem morosum.

Versirt er in mora, so muß er id quod interest praestiren, und die Verzugszinnsen bezahlen. Hier ist noch eine Cautel zu merken: wenn der Depositarius sein Depositum stehlen läst, so klage ja nicht auf culpam, sondern lediglich ex contractu. Denn klagst Du so, daß Du ihm culpam vorwirfst, so must Du die Culpam beweisen, welches allemal schwer seyn möchte. Allein klagst Du ex contractu, so wird er excipiren, daß es ihm casu abhanden gekommen, und diese Exception muß er beweisen.

§. 943

§. 943. Qu. Wie aber, wenn dem Depositario ein versiegeltes Paket, ein verschlossenes Behältniß gegeben worden?

Rsp. Das Behältnis ist beim Zurückgeben entweder noch unversehrt, unverletzt; so wirds so restituirt, wie es ist; es sey denn, daß wichtige Indicia da wären, wider den Depositarium. In der Regel kommt der Depositarius zum suppletorio; oder das ist nicht. Hier wenn es verletzt ist, hat der Depositarius die Praesumtion wider sich und der Deponens wird zum suppletorio gelassen, wenn er nur einigermassen sein Angeben wahrscheinlich machen kann. Der Depositarius aber wird zur probatione contrarii zugelassen.

§. 944. Die obligatio principalis des Depositarii ist, daß er die rem depositam dem Deponenti in specie restituiren muß, und zwar so bald restituiren, als es der Deponens verlangt, wenn es auch anders per pactum ausgemacht worden wäre. Ja, weil das Depositum ein Contract ist, der sich auf Freundschaft und Zutrauen gründet, so nehmen die Gesetze auch dem Depositario alle Praetexte, wodurch er die rem depositam anfechten und zurückbehalten, und die restitution vereiteln könnte. Z. E. die Compensation, Retention, und die exceptiones dominii competentis et deficientis s. tertii.

1) Competentis — wo der Depositarius sagt, daß er selbst Dominus sey. Da muß er die Sache doch zurückgeben und sein Dominium sodann erst ausführen.
2) Deficientis s. tertii — wo er vorgiebt, daß nicht der Deponens, sondern ein Tertius dominus sey. Dies ist eine exceptio de iure tertii, welche nullo modo statt findet.

Jedoch eine Ausnahme wäre es, wenn der Depositarius das Dominium in continenti liquidiren könnte, und bei der Restitution ein Verlust der Sache zu besorgen wäre; z. E. es sind in dem Kasten gestohlne Sachen von mir; ja, da geb ich sie nicht zurück.

Ferner ist es eine Ausnahme: ob impensas necessarias kann der Depositarius das Depositum zurückbehalten.

Anmerkungen:

1) Die Restitution geschieht auf Kosten des Deponentis.
2) Die Treulosigkeit des Depositarii wird cum infamia bestraft; denn es ist ein contractus fiduciae.

§. 645.

§. 945. Ein Depositum wird constituirt:

1) entweder aus Furcht, welche durch eine plötzliche entstandene Gefahr veranlaßt worden; hier heißt es: Depositum miserabile. Z. E. es kommt Feuer aus — es fällt der Feind ins Land, und ich fürchte es wird geplündert ꝛc. Hier findet die poena dupli statt; wenn es der Depositarius abläugnen will; Ratio: quia peior is est, qui fiduciam egentis fallit, quam qui non egentem decipit. Diese poena dupli ist in vielen Landesgesetzen ausdrücklich wieder eingeschärft worden: z. E. in Frankfurth, im Wirtenbergischen, in Churſachsen und andern Landen.

2) Oder nicht aus Furcht — depositum simplex. Hier findet nur restitutio simplex statt.

Anmerknng: Die poena dupli wird hodie von Facultäten nicht leicht mehr beim deposito miserabili erkannt; sondern Zuchthausstrafe, welche auch der schändlichen Handlung ganz angemessen ist.

§. 946. Aus dem contractu depositi entsteht nur eine Hauptverbindlichkeit; doch kann auch der Deponens, ex post facto eine obligationem minus principalem bekommen, nämlich den Depositarium zu entschädigen. Es klagt also:

1) entweder der Deponens gegen den Depositarium, so heist die Klage: actio depositi directa.

2) Oder der Depositarius gegen den Deponentem — actio depositi contraria. Die actio depositi directa ist gleich vorhanden, so bald das Depositum fundirt ist; contraria aber erst alsdann, wenn ich Aufwand gemacht habe; denn sie geht auf Schadensersetzung.

§. 947. 1) Qu. Quid iuris, wenn plures coheredes bei diesem Contract cohaeriren? Rsp. distinguendo: Res depositi est:

a) l. dividua. Da gelten die Regeln:

α) Quilibet heres deponentis ratam suam exigere potest. Dies Depositum wird gerichtlich oder im Beiseyn einiger Zeugen entsiegelt werden, und in beiden Fällen wird der Depositarius durch die Aufzählung frey.

β) Quilibet heres depositarii pro rata tenetur. Es sey denn, daß einer ex facto illicito in solidum zu haften verbunden wäre.

b) l.

b) l. individua. Da gelten die Regeln:

α) Quilibet heres deponentis solidum exigere potest. Ein solcher Heres muß Caution machen, daß ers den Miterben communiciren will.

β) Quilibet heres depositarii in solidum tenetur.

2) Qu. Quid iuris, wenn der Heres die res depositas veräußert hat?

Rsp. Die Distractio ist entweder bona fide geschehen, oder nicht. Im ersten Fall kann die res distracta wieder abgelöst werden, so geschieht es; ist sie nicht mehr zu haben, so ersetzt der Erbe mehr nicht, als das pretium acceptum, weil ihn die Unwissenheit entschuldigt. Im zweyten Fall haftet der Distrahens in solidum, die übrigen Mitwissende pro rata.

§. 948. Mit dem Depositо hat das *Sequestrum* eine Aehnlichkeit. Sequestrum ist, wenn jemandem eine streitige Sache zur Verwahrung übergeben wird, bis nach geendigtem Streit, die Sache dem obsiegenden Theil überliefert werden kann.

Differt a depositо triplici modo:

1) Depositum fit regulariter tantummodo ab una persona; sequestrum autem fieri potest a pluribus de dominio rei litigantibus.

2) Depositum semper fit a volente; sequestrum vero fit aut cum consensu litigantium — hier heist es: voluntarium. Dies kommt nicht leicht vor; weil ein Besitzer thörigt handeln würde, wenn er sich gutwillig seines Besitzes während des Streits begeben wollte; aut dissentientibus litigantibus a iudice — hier heist es: sequestrum necessarium.

3) Per depositum sola custodia transfertur ad depositarium; in sequestro autem cura, administratio et possessio ad sequestrem transferri potest. Und hier in diesem Fall kann das Sequestrum niemals als Species depositi angesehen werden; sondern als ein Mandatum. Doch giebt es Rechtslehrer, welche dies ein Depositum irregulare nennen, der Sequester-Vogt möge die Sache cum aut sine administratione verwahren.

§. 949. Sequestrum necessarium wird vom Richter ohne Einwilligung der streitenden Partheyen verfügt. Dies ist

ist nun eine Execution, welche vor der Entscheidung der Sache geschieht; weil das strittige Obiect dem Besitzer genommen und während des Streits einem andern übergeben wird. Diese Execution findet in der Regel nicht statt, sondern nur wenn ein rechtmäßiger Grund dazu vorhanden ist. Dies ist z. E. eine grose Gefahr. Diese kann entstehen:

1) ex metu armorum. Z. E. wenn die Partheyen über den Possess streiten und keiner noch geschützt ist, da kann leicht einer ad arma greifen: z. E. zwey Nobiles streiten miteinander um die Jagdgrenze.
2) Ex suspicione fugae; z. E. es wird über ein Mobile gestritten, und der Possessor desselben hat kein Immobiliar-Vermögen.
3) Ex metu dilapidationis. Z. E. ich habe eine Klage gegen Sempronium; der merkts und lebt laute alle Tag herrlich und in Freuden, bis kein obiectum litis mehr da ist, wenns zur Execution kommen soll.
4) Ex metu damni irreparabilis. Z. E. zwey oder mehrere streiten um die prioritatem sponsalium; da ists leicht möglich, daß sich einer in possession der Jungfer setzt und die Jungfrauschaft schmaust. Conf. Cocceii de sequestro foeminarum.

Anmerkungen:

Sequestrirt kann nicht werden, wenn

1) der Possessor Caution macht.
2) Muß causae cognitio angestellt werden, damit man sehe, ob würklich Gefahr da sey.
3) Das Sequestrum kann nicht eher zurückgefordert werden, als bis der Streit zu Ende ist; es sey denn, daß ein pars litigans gute Caution macht und causam probabilem hat. Conf. Leyser spec. 177. med. 3.
4) Aus dem Sequestro erwächst bald actio depositi irregularis, bald actio mandati. Obs. Der Richter muß behutsam mit der Sequestration zu Werke gehen, denn wenn er voreilig ist, kann er iniuriarum belangt werden.

LIB. XVII. TIT. I.

Mandati vel contra.

§. 950. Mandatum est contractus consensualis, quo alicui negotium alienum gratis expediendum committitur.

Das Mandatum ist in den ältern Zeiten kein förmlicher Contract gewesen, sondern als ein Freundschaftsdienst angesehen worden. Beweis: es ist in den ältern Zeiten keine actio davon da gewesen, und sola datio manus war hinlänglich einen zu verpflichten, das Mandatum zu befolgen.

Conferatur Noodt probabilium Libr. IV. Cap. 12.

Dies hat sich zwar geändert; doch blieb das Principium, das Mandatum als ein freundschaftliches Geschäft zu betrachten.

§. 951. Mandatum est contractus consensualis. Er findet also statt:

1) so wohl inter praesentes als absentes. Bei letztern z. E. per epistolas, per nuncium.
2) Es kommt also nicht auf gewisse Worte an.
3) Es kann auch ratihabitione ein Mandatum entstehen, i. e. consensu subsequente, wenn nämlich das Negotium non plene peractum ist. Denn ist es plene peractum, so kann kein Mandatum statt finden, quia nil perficiendum restat; ergo nilcomitti potest. Alsdenn ist es also negotiorum gestio, welches sehr von dem Mandato differirt.

§. 952. Mandatum ist ein Auftrag, daß ein anderer mein Geschäft in meinem Namen expediren wolle. Es kommt daher nichts darauf an, ob das negotium expediendum a) zum Besten des Mandantis, oder b) zum Besten des Mandatarii oder c) eines Tertii gereicht. Das Mandatum ist daher verschiedentlich einzutheilen, nämlich entweder in mandatum simplex, quo alteri negotium comitto in meam utilitatem expediendum; oder — qualificatum — quo alteri comitto negotium, quod in tertii utilitatem meo periculo agendum est.

Der-

Derjenige, der einem ein mandatum qualificatum aufträgt, heißt Mandator. Z. E. ich sage: gieb dem Caio auf meine Gefahr 100 Rthlr. ich will dir dafür stehen, so bin ich der Mandans, in diesem Fall Κατ'εξοχην — Mandator. Es enthält eine Speciem intercessionis, und ist folglich (ex SCto Velleiano und dem, was wir dort gesagt haben, klar) daß die Weiber kein mandatum qualificatum geben können.

§. 953. De mandato rei turpis s. inhonestae. Dies ist der Auftrag eines unanständigen oder unerlaubten Geschäfts.

Qu. Erwächst daraus eine Verbindlichkeit?

Rsp. Es ist die Rede:

1) entweder von den Contrahenten — da entsteht keine Verbindlichkeit; folglich ist 1) der Mandatarius nicht obligirt, das Mandatum zu vollziehen. Ratio: ad impossibilia non datur obligatio. Ferner: 2) der Mandans ist nicht obligirt den Mandatarium zu indemnisiren; ex L. 46. de regulis iuris und §. 7. inst. de mandato. 3) Ferner, wenn der Mandatarius in solidum belangt worden, so wird er wieder nicht indemnisirt.

2) Oder von dem Tertio. Da entsteht Verbindlichkeit, und zwar

a) den Schaden zu ersetzen. Mandans et mandatarius tenentur in solidum. Ratio: Delinquentes haben kein Privilegium, mithin auch kein beneficium divisionis.

b) Strafe zu leiden, welche ex L. 5. C. de accusat. wieder beide trift. Ja, es bemerkt Hellfeld, daß dem Mandanti so gar der Excess des Mandatarii zu imputiren sey, wenn er vorauszusehen war. Z. E. ich sage zu meinem Bedienten: schlag den Kerl halb tod, und er schlägt ihn ganz tod. Die Ratio ist: vulnera non dantur ad mensuram.

Conferatur Carpzov in praxi criminali. Part. 1. quaest. 4.

§. 954. Der Mandatarius ist schuldig

1) das *negotium sibi commissum fideliter* zu *expediren*. Doch in extraiudicialibus z. E. Kauf ꝛc. kann er alium substituiren.

Qu.

Qu. Findet denn in denen Negotiis, wo auf die Qualitäten der Personen gesehen wird, eine Substitution statt? Rsp. Es kommt auf das Negotium an; bei extraiud. negotiis gehts an. Conf. L. 13. C. de contrahenda et comittenda stipulatione.

Jedoch haftet der Mandatarius h. c. für die Gefahr ex L. 8. §. 3. h. t. und L. 28. D. de negotiis gestis — auch pro culpa substituti.

Negotia iudicialia kann ein Mandatarius keinem Substituto anvertrauen; denn in negotiis iudicialibus kann nur der dominus litis einen Administratorem constituiren.

2) Er muß den gehörigen Fleis anwenden, und zwar *omnem i. e. summam diligentiam;* und hier haftet er pro culpa leviſſima ex L. 13 und 21. C. h. t.

Qu. Ja, aber er muß es doch gratis expediren? Wie kommt er denn zur culpa leviſſima?

Rsp. Es ist als ein Freundschaftsdienst angesehen worden, und von einem Freund verlange ich die größte Accurateſſe.

v. Pufendorf distinguirt zwischen der Culpa, die in ipso exsequendo negotio susceptο, und der, welche in alia obligatione begangen worden. Im ersten Fall nur muß, nach seiner Theorie, culpa leviſſima praestirt werden, und zwar

1) wenn das negotium susceptum gar nicht expedirt worden;
2) wenn es nicht nach der Vorschrift des Mandantis expedirt und
3) wenn die Grenzen des Auftrags überschritten worden.

Im zweyten Fall aber, bei der Nebenverbindlichkeit, wird lediglich culpa lata praestirt, es wäre denn, daß der Mandatarius Vortheil aus dem Negotio hätte.

Conf. v. Pufendorf de culpa part. 4. c. 3. §. 1. seq. Er sagt: ponamus, ich gebe dir den Auftrag, mir ein Paar Pferde zu Leipzig auf dem Rosmarkt von der Größe, Farbe, dem Alter und um den oder jenen Preis zu kaufen — und du hast dies alles gethan; so hast du auch die Hauptverbindlichkeit erfüllt; aber noch eine Nebenverbindlichkeit hast du auf dir; die ex bono et aequo fließt, nämlich die, mir die Pferde auch auf dem Weg gut in Acht zunehmen und sie wohlbehalten hieher zu schaffen; in diesem Fall kann ich aber auch nicht mehr, als culpam latam praestirt verlangen.

Doch dissentiren hier andere Rechtslehrer. Der Mandatarius hat alles Incommodum und der Mandans allen Vortheil; nach der Grundregel haftete daher ersterer nur pro culpa lata, es ist also genug, wenn von ihm culpa levis praestirt wird. Denn wollten wir sub omni culpa die levissimam verstehen, so wäre zwischen diesem und andern Contracten kein Verhältnis mehr. Das Wort omnis muß also hier restrictive genommen werden; denn im Codice herrscht überhaupt keine so große Praecision, wie in den Digestis.

Der Mandatarius muß die Grenzen seines Auftrags genau beobachten.

Limites — sunt forma negotii mandatarii a domino praescripta. Z. E. ich sage: Du sollst mir den Garten des Caius für 400 Rthlr. kaufen und Du giebst 600 dafür — so hast Du die Grenzen überschritten.

Dies Negotium verbindet den Mandantem nur in so weit, als sich seine Vollmacht extendirt. Das ganze Negotium ist aber nicht null.

Gegen den Mandantem findet nicht einmal actio negotiorum gestorum statt; Ratio: contradicentis enim negotia non geruntur.

§. 955. Der Mandatarius muß

4) das Negotium gratis expediren. Merces (Miethlohn) findet dabei nicht statt, aber ein Honorarium kann ex pacto adiecto gefordert werden. Der Unterschied ist in den Gesetzen der: durch den Mercedem würden die Dienste des Mandatarii compensirt, durch das Honorarium aber würde nur gratus animus mandantis zu erkennen gegeben.

5) Muß der Mandatarius alles zum Nutzen und Besten des Mandantis thun, nichts aber zu seinem Vortheil unternehmen; Ratio: denn er verrichtet ein negotium alienum. Z. E. Du giebst mir Erlaubnis des Caii Bibliothek Dir für 1000 Rthlr. zu erstehen, und ich bekomme sie für 600; sollte ich nicht die übrigen 400 in die Tasche stecken können? — Resp. Nein; es versteht sich immer: Du sollst so viel geben, wenn Du sie nicht wohlfeiler bekommen kannst.

6) Endlich muß der Mandatarius die rem administratam et commissam restituiren und wie jeder Administrator Rechnung ablegen. Betrügt er, so steht die poena infamiae darauf;

darauf; denn es ist ein Freundschafts-Contract. Aber NB. nur ob dolum und nicht ob culpam latam findet die poena infamiae statt. Notable ists, daß diese Strafe auf beiden Seiten der Contrahenten statt findet; denn bei den übrigen contractibus fiduciae findet sie nur statt auf Seiten dessen, gegen den actio directa angestellt werden kann; hier aber auf beiden Seiten.

§. 956. Mandatum ist ein negotium gratuitum. Jedoch muß der Mandans seinen Mandatarium indemnisiren, und zwar:

1) wenn er Aufwand gehabt hat — muß er impensas necessarias et utiles restituiren. L. 4. C. h. t. Voluptuariae tolli tantummodo possunt. Wenn das Negotium nicht nach Wunsch ausgeschlagen, so muß doch der Aufwand ersetzt werden, wenn es nur nach der Vorschrift expedirt worden. Qui enim consentit in antecedens consentit quoque in consequens.
2) Muß der Mandans die Schäden ersetzen, wenns nicht damna mere casualia sind. Z. E. der Mandatarius wird auf dem Weg krank ꝛc.
3) Muß auch der Mandans den Mandatarium von der Verbindlichkeit befreyen, die er Anfangs übernommen. Z. E. Bürgschaft abnehmen, die Pfänder, die Mandatarius seinetwegen versetzt, einlösen ꝛc.

§. 957. Die aus diesem Contract entspringende Klage heist: actio mandati. Von ihr hat der Titel die Ueberschrift: mandati l. contra. Auch sie wird in directam et contrariam eingetheilt. *Directa* actio wird von dem Mandante gegen den Mandatarium angestellt. Und was der Endzweck derselben sey, erhellet aus den §§. 954—955. *Contrariam* stellt der Mandatarius gegen den Mandantem an, wenn er Indemnisation fordern kann.

§. 958. Der Mandatarius verrichtet nomine et voluntate mandantis ein Geschäft, deswegen wird er mit dem Mandante pro una persona gehalten; ergo mandans ex contractu agere et conveniri potest. Dies ist wohl zu verstehen.

a) *Agere* — Conf. L. 8. §. 5. L. 43 et 45. h. t. Daraus erhellet, daß der Mandans nicht eher klagen

kann, als bis ihm der Mandatarius seine Klage cedirt, aus dem römischen Rechts-Principio: alius pro alio nil acquirere potest. Doch hodie gilt das Principium nichts, folglich kann der Mandans ohne Cession contra tertium klagen.

b) *Conveniri* etc. Dies ist ad exemplum institoris eingeführt worden, deswegen erlaubten die Römer contra mandantem zu klagen. Conf. L. 10. §. 5. h. t. Die Actio heist: actio quasi institoria utilis.

Hellfeld sagt weiter: *Immo actio* etc. i. e. der Mandans kann belangt werden aus diesem Contract, wenn auch der Mandatarius seine geheime Instruction überschritten haben sollte. Z. E. Du versetzest Deine Uhr; der Versetzer nimmt 3 Louisd'or mehr drauf; Du bist doch obligirt; Ratio: 1) wer sich einer Person anvertraut, der muß sich auch an die Person halten, und der Tertius hat hier keine Schuld. Accedit 2) argum. L. 9. §. 1. D. de actione exercitoria.

Es kann auch der Mandatarius belangt werden, daß er solutionem ex meis bonis praestiren soll. Hieraus folgt: daß der Mandatarius nur so lang könne belangt werden, als er Mandatarius ist; nachher nicht mehr, denn er steht nicht mehr in connexione mit dem Mandante.

Excipe:

a) wenn er in seinem Namen contrahirt hat;
b) wenn der Tertius dem Mandatario auf sein Wort credidirt;
c) wenn der Mandatarius fideiubirt;
d) wenn er die Grenzen überschritten hat.

§. 959. Mandatum ist ein Contract, der sich auf Freundschaft und Zutrauen gründet, mithin wiederruflich; folglich geht zur Fortsetzung des Contracts weder Ius noch Obligatio mit auf die Erben über. Aber andere Verbindlichkeiten gehen freylich mit auf die Erben über. Mandatum ergo finitur

1) *morte* tam mandantis, quam mandatarii. Excipe: wenn ich einem praestationem dotis committirt habe.
2) revocatione. Diese geschieht entweder von dem Mandante per contramandatum, oder von dem Mandatario. Beides findet statt, nur muß der Mandatarius 1) sich tempestive und 2) absque fraude erklären. Der Mandans

dans kann auch tacite revociren, wenn er z. E. sein Geschäft einem andern committirt; jedoch nur unter folgenden Requisitis:

1) daß es dem Mandatario bekannt gemacht werde. Conf. L. 26. §. 1. h. t.

2) Contramandatum fieri debet re adhuc integra, i. e. ubi negotium nondum coeptum est. Wenn das Negotium schon angefangen ist, so kann zwar noch contramandirt werden, aber der Mandatarius muß vollkommen indemnisirt werden.

§. 960. Vom mandato differirt: Rath und Empfehlung, und zwar dadurch, daß beide letztere nicht verbindlich sind, dasjenige zu erfüllen, was gerathen und empfohlen worden.

Commentatio betrift allemal ein negotium tertii; Consilium hingegen nicht, sondern mein eigenes.

Qu. Ob nicht der Rathgeber verbunden wird, wenn sein Rath übel ausschlägt? Rsp. Der Rath geht

1) entweder auf ein factum illicitum. Da wird er allerdings verbunden. In wie ferne? und wozu? — muß in Iure criminali ausgemacht werden.

2) Oder auf ein factum licitum. Da kommt es darauf an: ob der Rathgeber in dolo versirt, oder nicht. Im erstern Fall muß der üble Rathgeber allerdings den Schaden ersetzen, versteht sich, wenn anders reparatio damni möglich ist. Im andern Fall gilt die Regel: consilii non fraudulenti nulla est obligatio, und das ist recht.

Excipe:

1) Wenn der Rathgeber eine besondere Verbindlichkeit hatte, Schaden abzuwenden. Hier wird der Consiliator allerdings ex malo et speciali consilio obligirt. *Speciale consilium* est id, quod additis rationibus alterum movere debet. Wenn consilium verbindlich werden kann, so kann es auch Commentatio werden: z. E. der Fürst sagt: ich soll ihm eine Person zu dem und dem Amt empfehlen. Hier hab ich juristische Verbindlichkeit unpartheyisch zu Werke zu gehen und alle Qualitäten der Person wohl zu untersuchen. Hier ist große Vorsicht nöthig. Ein Anfang kann geringe scheinen, aber daß große Folgen daraus entstehen können, lehrt die Erfahrung.

2) Wenn der Rathgeber dazu setzt: meo periculo.
3) Wenn ein Kaufmann dem andern Credit-Briefe giebt.

Credit-Briefe heisen bei den Kaufleuten, wenn einer den andern versichert, daß er einem dritten ohne Gefahr borgen könne; also eine gewisse Art von Commendationibus. Aber es ist bei den Kaufleuten ausgemacht, daß, wenn einer Credit-Briefe ausstellt, er auch haften müsse.

LIB. XVII. TIT. II.

Pro Socio.

§. 961. Dies ist der zweyte contractus consensualis. Societas (Gesellschafts-Contract, Magenschaft, Mascopey) ist also ein contractus consensualis, mittelst dessen die Contrahenten verabreden, daß sie entweder Güter conferiren, oder ihre Dienste vereinigen wollen, in der Absicht, um einen gemeinschaftlichen Gewinn oder Gebrauch zu machen. Die Contrahentes heisen Socii. Von ihnen gilt das principium: Socii sunt instar fratrum; weil dies wieder ein contractus fiduciae ist.

Aus diesem Grund heist auch der deutsche Ausdruck: Magenschaft, Maskopey — von Magen. Magen heisen alle diejenigen, quos sanguinis coniunctio iungit — also: Vater, Sohn, Bruder. Auch auf das weibliche Geschlecht wurde der Name extendirt; dies zeigt das Wort: Mägdlein.

Conferatur Wachter in glossario p. 1020. seq.

§ 962. Die Societas von der wir hier reden, heist eigentlich Societas quaestuaria s. negotiatoria, und ist allemal mit einer communione bonorum verbunden. Es lassen sich dabei folgende Fälle gedenken. Es betrift nämlich die communio bonorum

1) entweder substantiam et acquaestum. Hier ist zu distinguiren. Die Gemeinschaft wird betrachtet:
   a) l. intuitu omnium bonorum — dies heist societas universalis, und davon giebt es hodie keine Beispiele, ausser unter Ehegatten. Z. E. in Lübeck, Hamburg und in den hiesigen Landen.

b) l.

b) l. intuitu quorundam bonorum. Da ist eine societas particularis vorhanden: z. E. Mein Onkel und ich, wir hätten uns einen Garten gekauft.

2) Oder lediglich den acquaestum und zwar wieder
a) l. acquestum omnium bonorum — societas generalis, welche wieder inter coniuges generales gefunden wird.
b) l. acquaestum quorundam bonorum — societas specialis: z. E. wir machen eine Lieferung für den Feind.

Observ. Der Societaet wird in sensu iuris communio entgegengesetzt. Communio existere potest sine societate et societas sine communione. Hinc: in communionem incidimus, societatem vero inimus.

§. 963. Iura societatum universalium et generalium.

1) Bei der societate universali sind alle Acquisitiones die sie machen, gemein; sie mögen titulo oneroso oder lucrativo gemacht werden. Also Erbschaften, Donationes, Vermächtnisse u. s. f. gehören dazu. Dies ist aber nicht bei der societate generali; denn da ist blos der Erwerb gemein, der titulo oneroso gemacht worden.

2) In societate generali ist eine traditio reciproca nöthig, hingegen bei der universali ist keine Tradition erforderlich. Ratio: *tacite* enim illa intervenire censetur, veluti constitutum quoddam possessorium; qui enim hactenus res suas sibi dedit iure domini, is nunc constituit possidere ex causa societatis, non tantum sibi, sed etiam socio. Conf. Noodt probabilium I. Civ. Lib. 2. C. 9.

Excipe tamen — die Nomina; diese werden nicht eher gemeinschaftlich, als bis sie ein Socius dem andern cedirt. Das kommt aus der römischen Hypothese her, daß nomina et actiones ossibus personae inhaerirten; ergo sine cessione ab illa separari non possunt. Cessio tamen et tacite fieri potest: z. E. wenn die nomina ins gemeinschaftliche Schuldbuch der Sociorum eingetragen sind.

3) In societate universali können alle Ausgaben, welche ein Socius zu bestreiten hat, aus der gemeinschaftlichen Kasse verlangt werden. Und NB. es kommt hier auf keine Proportion an. Dies ist wiederum bei der societate generali nicht, denn da kann man nur den acquaestum verlangen.

4) In dubio generalis societas, non universalis praesumitur; Ratio; weil bei letzterer keine Proportion beobachtet wird, Schenkungen gemacht werden — und diese werden nicht praesumirt.

§. 964. 1) Societas ist ein contractus consensualis, mithin wird wesentlich kein schriftlicher Aufsatz erfordert, auch die Tradition nicht. Doch muß gleich Anfangs ein Societäts-Plan gemacht werden, der die Mittel enthält, den Endzweck zu erreichen — und dieser wird mehrentheils niedergeschrieben.

2) Societates können sowohl expresso als tacito consensu constituirt werden. Im L. 4. D. h. t. heißt es: et re et verbis. *Re* i. e. *factis* s. tacite. Z. E. wenn sie einen communem administratorem constituiren.

Ja es kann so gar societas universalis tacite constituirt werden. Z. E. per matrimonium an solchen Orten, wo universalis statt findet.

Die Traditio ist zwar nicht zum Wesen dieses Contracts erforderlich, aber sie gehört doch ad implementum.

§. 965. In der Societate verabreden die Contrahenten, entweder Güter zu conferiren, oder Dienste zu vereinigen. Daher giebts dreyerley Societaeten:

1) — conferiren alle socii res — Societas rerum,
2) oder alle — operas (z. E. in einer Porcellan-Fabrik) — Societas operarum,
3) oder einige res, andere operas: Societas mixta. Z. E. zwey Kaufleute schiesen Geld zum Fond der Handlung her, und ein dritter treibt den Handel.

Von allen drey Arten merke:

1) die operae, die conferirt werden sollen, müssen licitae et honestae seyn.
2) Jeder muß secundum legis conventionem conferiren.
3) Derjenige, der operas conferiren will, muß sie als Socius und nicht als Institor praestiren. Als Socius aber praestirt er seine operas, wenn er seinen Antheil vom Lucro bekommt, und am Schaden Antheil nimmt. Als Institor, wenn er dafür mercedem — Miethlohn bekäme.

Es ist zuweilen dubiös, ob einer als Socius oder Institor in einer Handlung gestanden. Findet man aber, daß das-

dasjenige, was er bekommen, in den Rechnungen ein Jahr, wie das andere, war, so ist zu praesumiren, daß er Institor war, wo nicht, so war er Socius.

§. 966. Kein Lucrum kann gedacht werden, nisi deducto damno; ergo müssen Socii, die einen gemeinschaftlichen Gewinn haben wollten, auch gemeinschaftlich den Schaden tragen.

1) Qu. Quando lucrum dividendum?

Rsp. In der Regel: wenn die Gesellschaft geendigt ist; jedoch versteht sich von selbst, nisi aliter conventum sit, daß z. E. alle Jahr oder zwey Jahr die Kasse gestürzt werden soll.

2) Qu. Quomodo lucrum dividendum sit?

Rsp. Socii haben den Modum entweder Vertragsweise oder auf eine andere Art bestimmt.

1) Vertragsweise. Hier geht es nach dem Vertrag, und wenn es auch ungleich bestimmt worden wäre. Nur muß das Pactum nicht dem Wesen der Societät zuwider seyn. Ist dies, so heist die Gesellschaft: Societas leonina.

Societas leonina est ea, qua quis omne lucrum stipulatur, alter vero omne damnum suscipere tenetur. Conf. Stryck in Usu moderno h. t.

2) Alio modo. Distingue: die Socii haben entweder aequaliter oder inaequaliter conferirt. Aequaliter; hier wird auch das lucrum aequaliter unter sie vertheilt. Inaequaliter; hier geschieht die Theilung secundum proportionem geometricam.

Dies bestimmt die Regel: quo plus quisque contulit, eo plus lucri damnique subit; quo minus quisque contulit, eo minus lucri capiet damnique feret. Diese Regel heist in der Arithmetik: regula societatis.

Qu. Wie da, wenn einer oder der andere socius operas conferirt haben sollte?

Rsp. Die Operae müssen durch Kunstverständige taxirt werden, und nach Proportion des quanti taxati bekommt er seinen Antheil; nur wenn der Sors (der Fond) getheilt wird, da kann er nichts praetendiren.

§. 967. 1) Der Socius, der dolose gegen den andern handelt, fällt in die poenam infamiae.

2) Socii müssen einander das beneficium competentiae gestatten. Einige wollen behaupten propter L. 16. D. de re iudicata — daß dies blos in societate universali statt finde. Allein der Lex sagt dies nicht ausschliesungsweise. Also gilt die Regel: unius positio non est alterius exclusio.

3) Socii müssen es bei Ablegung der Rechnungen nicht zu genau nehmen, i. e. keinen rigoureusen Beweis verlangen: z. E. wenn einer eine Reise gethan und die Kosten in Anschlag bringt, Quittungen verlangen, was er in jedem Gasthof verzehrt habe. Es kommt darauf an, ob die Posten wichtig oder geringfügig sind. Bei letztern müssen Socii mit einer eidlichen Versicherung beim Rechnungablegen zufrieden seyn.

§. 968. De obligationibus sociorum. Sie sind mutuae, i. e. die ein Socius wie der andere hat; also:

1) ein Socius muß wie der andere conferiren, was er versprochen hat.

2) Muß er gehörigen Fleis anwenden — i. e. mediam diligentiam in concreto; also praestirt ein socius dem andern culpam levem; Ratio: weil Socii theils einander freywillig erwählet, folglich durch die Wahl den Fleis approbirt haben; theils weil jeder Socius frey aus der societate heraus gehen kann, wenn er mit dem Fleis des andern nicht zufrieden seyn kann.

3) Müssen Socii einander die Schäden ersetzen, die ex dolo und culpa des andern erwachsen sind.

4) Müssen sie einander Rechnung ablegen.

5) Ihre Reste, oder was sie für Gewinn oder Obligationes acquirirt haben, der Societät communiciren.

6) Müssen sie einander impensas factas restituiren, und können

7) auch in einigen Fällen von einander usuras fordern, nämlich:

a) wenn einer in mora ist: z. E. er hat Geld eingenommen und nicht zu rechter Zeit restituirt.

b) Wenn einer von einem gemeinschaftlichen Capital, das er einkassirt, selbst Zinnsen bekommen hat.

§. 969. In Ansehung der Klagen, die bei der Societät angestellt werden, findet eine andere Klage stante societate

tate statt; dies ist die actio pro socio. — Diese steht jedem Socio zu und geht dahin, daß die übrigen Socii ihre Verbindlichkeiten erfüllen; eine andere, soluta societate. Dies ist das Iudicium de communi dividundo.

Wohl zu merken: ex societate nulla enasci potest actio, quam ea, quae ad implendum contractum tendit, ergo actio pro socio. Kein Dritter kann sie anstellen, und gegen keinen Dritten kann sie angestellt werden. Ferner können wir hier auch die Eintheilung in actionem directam et contrariam nicht statuiren, denn die Verbindlichkeiten sind gleich.

§ 970. Actio pro socio findet nur inter socios statt; folglich kann sie ein Extraneus nicht anstellen, der mit der Societaet contrahirt; ein solcher muß Actionem ex contractu anstellen.

Qu. Ob er so schlechterdings die ganze Societaet belangen kann? Rsp. Der Contract ist geschlossen worden:

1) mit Einwilligung aller Sociorum. H. c. ist kein Bedenken, daß die Klage nicht wider alle Socios statt habe. Qu. Autem: Ob denn die Socii in solidum belangt werden können? Rsp. Carpzov. P. II. const. 17. obs. 12. sagt: in allen Fällen müsten die Socii in solidum haften. Lauterbach aber in dissert. sua de sociorum obligatione, quae oritur ex conventione cum extraneis cap. 3. §. 23. seq. hat eine andere Meynung. Und Hellfeld distinguirt folgendermaßen: Die Societaet besteht entweder noch; so können die Socii auch in solidum belangt werden. Nur ist vorauszusetzen, daß sie communem massam haben; denn wer die gemeinschaftliche Kasse führt, kann auch daraus bezahlen. Ist aber die gemeinschaftliche Kasse nicht zureichend, oder gar keine vorhanden, so müssen die Socii pro rata belangt werden. Oder die Societaet besteht nicht mehr und es sind doch noch Schulden übrig. Hier haftet auch jeder nur pro rata ex L. 44. D. de edicto aedilitio. Doch ist eine Ausnahme, wenn die Socii per institorem oder magistrum navis contrahirt haben; denn da können sie ex facto eius in solidum belangt werden.

2) Wenn aber der Contract nicht expresso consensu omnium sociorum geschlossen worden, so kommt es auf den Unterschied an. Es geschah:

a) ent-

a) entweder nomine societatis. Hier wird die Societaet selbst doch nicht verbunden, wenn sie nicht dem Socio contrahenti ein Mandat dazu ertheilt hat, oder versio in rem nicht bewiesen werden kann.

b) Oder auch dies ist nicht, hier obligirt der Contract die Societaet wieder nicht ex L. 67. §. 1. h. t. Es müste denn der Creditor versionem in rem societatis beweisen können, denn hier kann er actionem de in rem verso anstellen. Wenn man daher mit einem socio contrahirt, läst man allezeit auffschreiben T. und Compagnie, weil der Contract sonst, wenn ihn der Socius für sich allein unterschreibt, die Societaet nicht obligirt.

Qu. Ob die Compagnie auch ex contractu sociorum acquiriren und also daraus klagen kann? Rsp. Nur in diesen Fällen:

1) Wenn die Societas universalis ist, denn da ist alles gemein.

2) Wenn die übrigen Socii Vollmacht ertheilen und der Contract nomine societatis geschlossen worden. Hier ist das nämliche Rechtens, was vom Mandante §. 958. gesagt worden.

3) Wenn die Societas den Contract des Socii ratihabirt.

§. 971. Societas est contractus consensualis. Daher endigt sich der Contract:

1) Mutuo consensu. Merkwürdig aber ists, daß sie auch

2) Renunciatione unius aufgehoben werden kann. Dies ist verordnet propter odium communionis. Nur muß die Renunciatio;

a) nicht dolose geschehen: z. E. man sähe, man bekäme eine Erbschaft, und um die Societaet darum zu schwänzen, gienge man ab, dies wäre wirklich ein Dolus.

b) Muß die Renunciation tempestive geschehen und

c) bekannt gemacht werden. Werden diese Requisita nicht beobachtet, so wird auch der Socius nicht von seiner Verbindlichkeit frey, und muß den Schaden ersetzen.

Es hindert aber die Renunciation kein Pactum, daß z. E. die Socii verabredet hätten entweder gar nicht, oder in sehr langer Zeit nicht abzugehen. Ratio: denn dies versteht sich nur: rebus sic stantibus, i. e. donec concordia durat. (§. 776.) Doch ist eine Ausnahme bei Societatibus, welche

che eines einzelnen Geschäfts halber ad tempus eingegangen worden sind. (§. 738).

3) Fallen auch Societates weg morte unius socii; fidei enim et industriae ratio habetur in ineunda societate; das sind aber persöhnliche Eigenschaften; mithin kann die Societaet nicht auf die Erben übergehen.

Die Erben werden nicht einmal verbunden die Societaet fortzusetzen, wenn es gleich ausdrücklich ausgemacht worden wäre. Doch ist das nur zu verstehen, wenn ein solches Pactum gleich zu Anfang gemacht worden ist; wird es ex post eingegangen, so obligirt es allerdings die Consentientes.

Davon, daß morte unius socii die Societaet aufhört, sind ausgenommen: die Societates vectigalium, i. e. wo plures reditus publicos gepachtet haben. Hierbei müssen die Erben die Gesellschaft fortführen.

NB. Viele ICti behaupten, daß ein Pactum, in welchem verabredet worden, daß die Erben die Societaet fortsetzen sollen, jetzt allgemein gültig und verbindlich sey. Conferatur ea de re Wernher Part. II. obs. 167.

4) Hört die Societas auch auf morte sociorum civili.

5) Per cessionem ac publicationem bonorum. Doch kann in diesen Fällen societas operarum noch statt finden, wenn keine Güter mehr vorhanden sind.

6) Rei interitu, intuitu cuius existit.

7) Lapsu conventi temporis.

8) Wenn die Societas wegen eines gewissen Endzwecks errichtet worden, und derselbe erreicht ist.

Wenn dissoluta societate gemeinschaftliche Schulden vorhanden sind, so können die Socii von einander Caution fordern, daß jeder seinen Theil bezahlen wolle.

LIB. XVIII. TIT. I.

De contrahenda emtione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis, et quae res venire non possunt.

§. 972. Der dritte contractus consensualis ist Emtio Venditio, quae est contractus consensualis de re pro certo pretio alteri tradenda.

Erläuterung:

1) Est *contractus consensualis*, i. e. zu dessen Perfection der consensus reciprocus hinlänglich ist.
2) *de re* (nicht Dominio, wie Hellfeld sagt, denn es giebt ja Kauf-Contracte, wo man das Dominium nicht transferiren will: z. E. emtio rei incorporalis rei alienae u. s. f).
3) *Pro certo pretio alteri tradenda.* Der Kaufschilling muß genau bestimmt seyn.

§. 973. Das erste Requisitum emtionis vend. ist I. Consensus. Daher sind vitia consensus auch vitia emtionis venditionis; also wird emtio vendito ungültig:

1) per dolum causam dantem,
2) per vim et metum.

Man kann nicht gezwungen werden zu kaufen oder zu verkaufen, außer ob salutem publicam. Conferatur Cujacius quaest. XXVII. obs. 9. und nach dem L. 2. D. de his, qui sunt sui l. alieni iuris kann auch einer gezwungen werden die Sache zu verkaufen: si re sua male utatur. Der Fall kann auch vorkommen in Theuerungen, wenn epidemische Krankheiten grassiren, da muß ich mich mit Arzeneyen versehen, muß kaufen ob salutem publicam.

Observ. Zu der Emtione Venditione gab die Unbequemlichkeit der Permutation Anlaß. Es hatte nicht jeder das, was der andere für seine Sache gerne haben wollte. Deswegen sann man auf eine allgemeine Sache, die der Käufer für die zu kaufende Sache geben sollte, nämlich baares Geld.

§. 974.

§. 974. Emtio venditio wird solo consensu perfect; weil sie ein contractus consensualis ist, (§. 972.) und es ist also:

1) nicht Scriptura nöthig;

2) auch nicht Arrha oder eine andere Solennitaet. Es ist genug, wenn die Contrahenten über die Sache und das Kaufgeld einig geworden. Excipe tamen:

a) wenn in den Landesgesetzen besondere Solennia verordnet sind, oder

b) wenn die Contrahenten ausgemacht haben, daß der Kauf nicht eher gültig seyn soll, als bis Scriptura darüber aufgesetzt worden. Alsdenn der Kauf nicht eher verbindlich, als bis das Syngraphum aufgesetzt und subscribirt worden, ausserdem nimmt man an, daß scriptnra blos probationis causa hinzugekommen sey.

§. 975. Das zweyte Substantiale emtionis venditionis ist:

II. Res l. merx. Alle Sachen, deren Eigenthum auf den andern transferirt werden kann, können auch das Obiect eines Kaufkontracts seyn. Res praesentes et futurae, corporales, incorporales, immo et alienae certo respectu. Wenn res alienae verkauft werden, so bekommt der Emtor zwar kein Dominium, sondern höchstens nur possidendi conditionem; aber es ist doch der Kauf gültig in Absicht auf die Contrahenten.

Daraus folgt, daß unter den Contrahenten auch die Klagen statt finden, die sonst bei der Emtione Venditione statt finden. Hingegen verbieten die Gesetze die Veräusserung von Sachen l. absolute, i. e. daß in keinem Fall und auf keine Weise die Veräuserung geschehen soll: z. E. Iure Romano res sacrae, religiosae; liber homo und dergleichen, dürfen in keinem Fall verkauft werden; l. secundum quid.

Qu. In welchem Betracht?

Rsp. 1) Respectu temporis cuiusdam darf z. E. der Fundus matrimonialis nicht veräusert werden durante matrimonio — res litigiosae — durante lite etc.

2) Respectu personarum: z. E. gewisse Grundstücke nicht an die Ausländer, nicht an die Juden ꝛc.

3) Respectu modi, i. e. daß eine Sache nicht soll veräusert werden, ausser auf eine in den Gesetzen bestimmte Art und Weise: z. E. Die Güter der Pupillen,

Wenn

Wenn ausser diesen Fällen eine Veräusserung geschieht, ist sie nach den Gesetzen null und nichtig; ausgenommen:

a) daß durch das Gesetz die Veräuserung nur für strafbar erkannt wird; oder wenn

b) das Gesetz die Veräuserung nur zum Faveur einer gewissen Person verbietet und die Person sich ihres Favoris nicht bedient, so besteht der Kauf auch: z. E. Fideicommiss-Güter dürfen nicht veräussert werden; aber wenn nun die Successores darein willigen, so kann es geschehen.

Folgen:

1) Es kommt auf den Unterschied an, ob der Venditor dem Emtori die Sache schon übergeben hat, oder nicht. Ist das erstere, so kann er die rem traditam nicht vindiciren, denn es steht ihm die Exceptio venditionis et traditionis entgegen; ist letzteres, so ist er auch nicht ad tradendum obligirt.

Im ersten Fall gilt die Regel:

Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit actio. Conferatur L. 17. de evictionibus. L. 2. C. ne fiscus rem, quam vendidit, evincat.

Es müste denn seyn, daß dem Emtori die Acquisition der Sache auch verboten wäre: z. E. dem Juden. In diesem Fall kann der Emtor keinen Schutz verlangen.

2) Wenn nach geschlossenem Kauf ein Gesetz gegeben wird, das die Veräuserung verbietet, so ist der Venditor nicht verbunden seinen Contract zu erfüllen. Jedoch ist der Käufer:

3) berechtigt, das Kaufgeld per condictionem wieder zurückzufordern und zwar per condictionem ob causam datam, causa non secuta. Denn ein eigentlicher Casus ist das dazwischen gekommene Gesetz nicht, weil der Venditor die Sache nicht verliehrt, und es in der Regel heist: nemo cum damno alterius fieri debet locupletior.

§. 976. Die Veräuserung einer Sache kann auch:

2) per testamentum verboten seyn. Doch aber wenn es de facto geschieht, daß die Sachen dennoch veräusert werden, so kann der Venditor die rem alienatam nicht anfechten, wohl aber der Tertius, der ein Interesse dabei hat, sobald sein Ius exercirt werden kann. Dies kommt vor

bei

bei Fideicommissis familiae: der Venditor kann sie nicht mehr anfechten; aber jeder Tertius nach seinem Tod, wenn er ein Interesse zeigen kann.

3) Per Pactum. Hier verbindet freylich das Pactum blos die Paciscenten, mithin keinen Tertium; daher kann vom Tertio, wenn er die Sache schon im Besitz hat, dieselbe nicht vindicirt werden. Ratio: Ex pacto entsteht nur ein Ius personale. Derjenige also muß belangt werden, der z. E. das Gut alienirt hat, und zwar ad id quod interest. Doch zuweilen kann eine solche Sache auch dem Tertio abgefordert werden, nämlich:

a) Wenn es der Tertius gewust hat, daß es dem Pacto zuwider war. Das Argument wird

α) hergenommen, von der Actione Paulliana, welche gegen einen Tertium angestellt werden kann.

Accedit:

β) L. 15. D. de rei vindicatione. Das nämliche gilt auch beim Iure protimiseos conventionali, und kommt nicht selten vor.

b) Wenn der Verkäufer die Sache sub hac lege besessen hat, daß sein Eigenthum pro non translato dominio gehalten werden soll, sobald er die Sache veräusern will. Dies ist Conditio resolutiva, die das Eigenthum sogleich aufhebt; nun hat er kein Dominium transferiren können; so kann es auch vom Tertio mit jedem Augenblick vindicirt werden.

§. 977. Das dritte Substantiale emtionis venditionis ist:

III. Pretium, (Kaufgeld, Kaufschilling) quod est certa et determinata pecuniae numeratae summa, quae venditionis l. aestumationis causa constituitur. Also ist es nicht Kauf sondern Tausch, wenn pretium in solle gegeben wird, d. h. dessen Quantum nicht bestimmt ist. Also ist es nicht Kauf, sondern Tausch, wenn res pro re gegeben wird.

Allein zweifelhaft wird es, wenn der Acquirens zum Theil Geld zum Theil aber aliam rem giebt. Da ist zu distinguiren:

Es ist entweder gleich Anfangs auf Geld gehandelt worden; hier ist das Negotium Kauf, und wenn auch der Venditor, in der Folge Sachen statt des Kaufgeldes annehmen sollte

Ratio: In diiudicandis contractibus et rebus semper initium respiciendum est. Die nachher erfolgten Umstände ändern das Wesen des Contracts nicht. L. 8. D. mandati L. 9. C. de rescind. emt. vend. etc.

Oder: es ist nicht auf Geld gehandelt worden. Hier kommt es noch auf den Unterschied an: Es ist

a) entweder gewis, daß das Geld mehr beträgt, als die Sache, welche dem Venditori gegeben worden. Da ist es wieder Emtio Venditio; nam a potiori fit denominatio.

b) Oder gewis, daß die Sache mehr werth ist, als das Geld; da ist es Permutatio — ex eadem ratione.

c) Oder es ist ungewiß; hier wird in dubio emtio venditio praesumirt.

Ratio: Iura nostra praesumunt quod plerumque fieri solet; und teste experientia geschehen 100 Käufe, bis ein Tausch geschieht; ergo etc.

Differentia:

1) Tausch ist ein Contractus innominatus, wobei Poenitentia statt findet, das ist aber nicht beim Kauf.

2) Beim Kauf findet das Näherrecht statt, nicht aber beim Tausch.

§. 978. Requisita pretii (des Kaufgeldes):

I. Ut certum sit, i. e. dessen Summe bestimmt ist: Distingue: Die Contrahenten haben:

1) entweder selbst die Summe bestimmt — da ist der Kauf sogleich perfect.

2) Oder nur die Art und Weise, wie die Summe bestimmt werden soll. Dies kann geschehen:

a) l. per relationem ad aliam quantitatem: z. E. ich sage, erst auf Pfingsten verkauf ich meinen Haber, und der Käufer sagt: was er alsdann kostet, will ich Dir geben. Hier ist der Kauf perfect so bald man das Quantum weis.

b) l. per collationem in arbitrium tertii. Hier ist der Kauf perfect:

α) wenn sich die Contrahenten über die Person vereinigt haben, und

β) der Tertius den Antrag angenommen hat. Obs. Mangelt eins von beiden Requisitis, so ist noch kein Kauf

Kauf da. Spricht der Tertius das Wort, so muß es dabei bleiben. Jedoch findet die Reductio in boni viri arbitrium statt: wenn mich z. E. der Tertius bei Bestimmung des Kaufgeldes lädirt hätte.

Endlich ist in diesem §. noch zu merken: Ein Kauf gilt nichts, wenn die Bestimmung des Kaufgeldes einem allein überlassen wird, denn es mangelt alsdenn consensus reciprocus, welches ein wesentliches Stück des Kaufkontracts ist. Conferatur L. 7. D. h. t. L. 35. §. 1. eod. Tit.

§. 979. II. *Ut iustum sit*, i. e. das mit dem wahren Werth der Sache in gehöriger Proportion steht. Das Kaufgeld bestimmt nun:

a) entweder ein Gesetz oder die Obrigkeit; dies heist: pretium legale: z. E. Fleischtaxe. Hier gilt die Regel: Minima laesio reparanda est.

b) Oder es wird von den Contrahenten bestimmt — hier heist es: pretium conventionale, und die Regel ist: Laesio ultra dimidium s. laesio enormis tantummodo attenditur.

Usque ad dimidium, si dolus absit, naturaliter licet contrahentibus se circumvenire. Circumvenire, i. e. commodum suum pro virili promovere, ex L. 16. §. 4. de minor. etc. Wenn aber Dolus begangen worden ist, so kann jeder ob quamlibet laesionem Schadensersetzung praetendiren.

Uebrigens kann jeder seine Sache herausstreichen wie er will, weil sie wandelbar ist und über Nacht schon verändert werden kann, welches von einer Quantitate nicht zu behaupten ist. Doch sind auch Quantitates von summis individuis wohl zu unterscheiden: z. E. 1000 fl. Kapital sind was ganz anders, als die hier auf dem Tisch liegende 1000 fl.

§. 980. III. *Ut sit verum*, i. e. wo die Contrahenten die Absicht haben, ein dem Werth der verkauften Sache gemäses Kaufgeld zu bestimmen.

Ergo ist es kein Kauf:

a) wenn die Contrahenten dicis causa nur unum l. alterum nummum zum Kaufgeld bestimmen: z. E. Ich gebe Dir mein Haus für zwey Groschen

b) Kein Kauf — wenn ich zwar ein Pretium constituire aber ohne Absicht es in meinem Leben zu verlangen. In beiden Fällen heist es: Scheinkauf oder Gnadenkauf und ist so viel als eine Schenkung. Hingegen ist es ein wahrer Kauf, wenn Anfangs ein iustum et verum pretium constituirt, selbiges aber dem Käufer ex post facto entweder ganz oder zum Theil remittirt worden. Ratio: In diiudicandis contractibus et rebus ad initium attendi debet. Es kommt darauf viel an, wegen des Iuris protemiseos.

§. 981. Bei rebus fungibilibus: z. E. Wein, Brennholz ꝛc. wird das Pretium nach Zahl, Maas und Gewicht bestimmt. Jedoch wird es bestimmt:

1) entweder nach einzelnen Quantitaeten: z. E. für jede Klafter Holz vier Rthl. — hier ist der Kauf nicht eher perfect, als biß die Sache zugemessen, zugewogen oder zugezählt worden. Ratio: denn sonst wäre ja weder das Pretium noch das Obiect genau genug bestimmt; und es kommt viel darauf an, ob der Kauf perfect ist, oder nicht; denn der Emtor muß das Periculum tragen, sobald der Kauf perfect ist.

2) Oder es wird überhaupt unum pretium generaliter constituirt, das heist: emtio venditio per aversionem — Kauf in Bausch und Bogen. Da ist der Contract gleich perfect, ohne Zumessung, Wägung ꝛc. Ja, es haftet auch der Venditor nicht für eine gewisse Anzahl von Klaftern oder Scheffeln ꝛc. Es müste denn seyn, daß er sich verbindlich gemacht hätte, für eine gewisse Zahl zu stehen; dann heists emtio venditio per aversionem modificative facta: z. E. ich sage 200 Scheffel müssen da in dem Haufen befindlich seyn, dafür stehe ich. — Da ist Rechtens, daß, wenn z. E. der Haufe die 200 Scheffel nicht hält, der Käufer abgehen kann. Hält er aber mehr, so kann der Venditor nichts praetendiren, als was ausgemacht worden.

§. 982. Arrha (Angabe) est id, quod tanquam signum iuris pactitii datur. Arrha datur:

1) Aut contractu iamiam perfecto et quidem:
   a) aut tanquam signum, contractum esse irrevocabilem. Hier wird die Angabe arrha confirmatoria genennt, und

es

ist nicht erlaubt wieder vom Contract abzugehen; denn diese Arrha wird als ein implementum emtionis venditionis angesehen, mit welcher der Emtor einen Anfang seiner Bezahlung machen kann.

b) aut tanquam signum facultatis poenitendi. Man setzt z. E. sechs Louisd'or aus, daß man in acht Tagen wieder soll abgehen können. Diese heist daher: arrha poenitentialis (der Reukauf)

2) Aut nondum perfecto contractu: z. E. Der Onkel bietet mir seinen Garten an. Ich aber sage: Herr Onkel, mit Ihnen ist in Ansehung des Gartens schwerlich zu handeln, denn sie haben ja ihr einziges Vergnügen darinn. Er aber spricht: es sey sein völliger Ernst und bietet mir zum Beweise sechs Louisd'or an. Hoc casu et illo, ubi arrha poenitentialis constituebatur, recedere possum. Aber es ist wohl zu merken: wenn derjenige abgeht, welcher die Arrham gegeben hat, so verliehrt er sie; und wenn der Accipiens abgeht, so restituirt er sie in duplo.

In dubio praesumitur arrha confirmatoria; non autem poenitentialis. Man kann auch die Arrham in einer andern Absicht geben, allein dies sind die gewöhnlichsten.

§. 983. Obligationes venditoris.

1) Er muß die verkaufte Sache dem Emtori mit allen Zubehör übergeben; wenn er sich die Accessiones nicht reservirt hat. In dubio versteht sich es, daß die Accessiones mit darunter begriffen werden, nam non in relatione ad alias res vendi possunt: z. E. das Ius patronatus, servitutes reales — wenn das Praedium dominans verkauft wird. Man versteht sub accessionibus:

a) Fructus fundo adhuc cohaerentes.

b) Alles was Erd, Heerd, Wand, Band, Nied und Nagelfest ist.

§. 984. Ex hac obligatione oritur alia: ut rem venditam usque ad traditionem diligenter custodiat, ideoque diligentiam mediam adhibeat, hinc, quia uterque utilitatem habet ex contractu, quoque culpam levem praestet. Hat aber der Venditor dolo l. culpa levi verursacht, daß er die Sache gar nicht, oder nur beschädigt tradiren kann; so muß er id quod interest praestiren, und es hat dabei das

Iuramentum in litem statt; keineswegs kann aber der Venditor dem Käufer id quod interest aufdringen, wenn er die Sache selbst zu tradiren im Stande ist; aliud enim pro alio, nemini obtrudi potest.

§. 985. Quomodo traditio facienda sit? Rsp.

1) Realiter, i. e. actu corporali, wodurch der Besitz auf den Emtorem transferirt wird. Non sufficit traditio verbalis; Ratio: Der Emtor bekommt dadurch nicht den Besitz.
2) Der Verkäufer muß dem Käufer vacuam possessionem verschaffen — fines ostendere — instrumenta edere: z. E. die Grenz-Recesse, Documenta, Privilegia etc.
3) Er muß machen, daß der Emtor die Sache als die Seinige haben und behalten kann. Aus diesem Grund muß er die Gewähr leisten.
4) Er muß rem venditam cum omni causa praestiren.
5) Praestare debet rem haud vitiosam: etc. z. E. ein Pferd, wenn es als Zugpferd gekauft worden, muß ziehen.
6) Praestet rem ad usum habilem. Davon handelt der Tit. de de aedilitio edicto.
7) Praestet rem ab oneribus liberam. Dist. onera sunt l. ordinaria — womit jede Sache von der Art in der Regel behaftet ist: z. E. Steuern, sind onera ordinaria; die muß sich jeder Käufer gefallen lassen, denn sie waren zu praesumiren; l. extraordinaria. Für diese muß der Venditor stehen, wenn er sie nicht angezeigt hat, und id quod interest praestiren: z. E. Census.

§. 986. Obligationes emtoris.

1) Er muß das Pretium bezahlen, so bald ihm die res vendita übergeben worden, nisi aliter conventum sit, oder, daß ihm die Sache auf Credit gegeben worden.
2) Er muß Zinnsen von dem Pretio entrichten, wenn ihm das Kaufgeld nicht auf Credit gegeben worden, und ihm doch das verkaufte Gut tradirt ist, ex L. 5. Cod. de actione emti venditi — wo es deutlich steht, daß er Zinnsen geben müsse, wenn er auch nicht in mora wäre. Dies ist der Fall, wenn ihm z. E. a magistratu Arrest drauf gelegt worden wäre, da hätte er zwar iustam retinendi causam gehabt und wäre folglich nicht in mora: Allein er muß nichts destoweniger doch Zinnsen geben. Ferner muß er

auch

auch Zinnsen geben, wenn er das Pretium wegen einer besorgten Eviction zurückbehalten hat.

Ratio: Die Gesetze wollen nicht, daß der Käufer ein gedoppeltes Lucrum haben soll.

§. 987. Der Käufer ist:

3) verbunden, dem Venditori die expensas necessarias et utiles zu restituiren, die er hat machen müssen, seitdem der Handel geschlossen ist. Der Grund ist Billigkeit; die Billigkeit gründet sich aber darauf, weil der Käufer von dem Tag des Kaufs an, alle Nutzungen von der re vendita hat.

4) Muß er ihn in solchem Geld bezahlen, das er behalten kann, i. e. nicht mit fremden sondern mit seinem eigenen Geld. Denn fremdes Geld könnte der Eigenthümer vindiciren, und condiciren, wenn es der Käufer mala fide dazu genommen hätte; aber die rem venditam kann er für sein Geld nicht praetendiren, er müste denn ein Ius singulare haben (§. 580.) Und in diesem Fall muß der Emtor den Venditorem indemnisiren.

§. 988. Unterschied der Perfection und des Implementi:

1) Perfectio contractus ist vorhanden, wenn die Contrahenten de re et pretio einig sind;

2) Implementum, ubi rei venditae traditio et solutio pretii facta est. Von dem Implemento oder der Consummation dependirt das Dominium rei emtae. Sola traditio giebt ihm das Dominium noch nicht; sondern es muß hinzukommen solutio pretii, oder daß ihm das Pretium auf Credit gegeben wird. Denn die Traditio versteht sich unter der stillschweigenden Bedingung, wenn er das Kaufgeld erlegt; erlegt ers nicht, so ist das Dominium pro non translato zu achten, und der Dominus kann die Rem vindiciren. Aber wenn es ihm auf Credit mit oder ohne Zahlungstermin gegeben worden, so hat er augenblicklich das Dominium, denn es ist das so anzusehen, als wenn das Kaufgeld wirklich bezahlt, und vom Venditore als ein Mutuum tanquam brevi manu wieder zurückgegeben worden. Daß aber creditirt worden, muß der Emtor beweisen, denn es folgt nicht aus der Tradition. Conferatur

Stryck de fide habita und Schorcht de eo quod iustum est circa venditionem, fide de pretio habita. Erfurth 1744. in 4.

§. 989. Der Kaufkontract ist:
1) ein Contractus bilateralis, mithin:
2) Utrinque onerosus, i. e. wo kein Theil dem andern etwas schenken will.
3) Bonae fidei et
4) Consensualis. Daraus folgt: daß alle kaufen und verkaufen können, die in etwas consentiren können, nisi speciali lege interdictum.

Verboten ist es z. E.
1) Dem Tutori. Jedoch kann ein solcher auch des Pupillen Güter kaufen, nämlich:
   a) Palam — wenn die Obrigkeit verkauft, denn da kann jeder darauf bieten; nur muß
   b) dabei der Tutor in bona fide versiren.
2) Dem Arzt; dieser soll ex L. 3. de extraord. cognit. dem Kranken nichts abkaufen können. Allein es folgt nichts daraus, als daß nur der Kauf nichts gelten soll, der vi et metu extorquirt worden. Aus solchen besondern Fällen ein Ius commune abstrahiren wollen, ist lächerlich. Conferatur Leyser spec. 139. med. 5. seq.
3) Sollen auch die Clerici nicht Handelschaft treiben. NB. Sachen, die sie auf ihren Gütern bauen und erwerben, dürfen sie ohne Bedenken verkaufen.

Es ist aber eine falsche Meynung, wenn man behauptet, der Nobilis verlöhre seinen Adel, wenn er handele.

§. 990. Pacta die dem Kauf-Contract angehängt worden sind:
1) Pactum protemiseos, i. e. derjenige Vertrag, wodurch sich einer ein Näherrecht bedingt — est ius, rem venalem prae aliis acquirendi oblatis iisdem conditionibus.

Es heist deutsch: Näherrecht, Vorkauf, Einsprache, Beisprache, Einstand, Abtreibung, Losung, Nähergeld, Zugrecht, Anstand, Besprechung, Beschüttung. Man muß diese verschiedene Namen wissen, weil man sich sonst aus alten Urkunden nicht finden kann. Anstandsrecht heist sonst auch das Moratorium. Aber Losung, Einsprache

und

und Näherrecht sind die gewöhnlichsten Bedeutungen des Iuris protimiseos.

Also wird dazu erfordert:

a) Res quaedam venalis s. alienanda. Ergo bei Verpfändungen findet das Näherrecht nicht statt. Denn Alienatio wird h. l. in sensu strictiori genommen, daß nämlich darunter alienationes inter vivos verstanden werden; also bei donationibus mortis causa, bei Theilungen in der Erbschaft kann das Ius protimiseos nicht gesucht werden.

b) Muß derjenige, der das Näherrecht sucht, easdem conditiones offeriren, i. e. er muß eben die Bedingungen erfüllen, die der andere, vor welchem er das Näherrecht haben will, erfüllen wollte. Mithin findet das Näherrecht statt:

α) Bei Emtionibus;

β) Bei dationibus in solutum;

γ) Wenn dos aestumata venditionis causa gegeben wird;

δ) Beim Tausch, wo mehr Geld als Sache gegeben wird.

Es findet also nicht statt: wenn die Sache an die nächsten Verwandten, die sie ohnehin erben würden, oder an sonst jemand, dem der Käufer sie vorzüglich gönnen möchte, verkauft wird, sondern die Regel ist: omnes alienationes, in quibus singularis personae acquirentis ratio non habetur, atque alienantis peculiariter non interest, alium contrahentem intervenire, admittunt ius protimiseos. Also kurz zu sagen: es findet nur statt, wenn es dem Verkäufer einerley ist, wer die Sache bekommt.

Conferatur Walch vom Näherrecht — ein Haupt-Scriptum hierüber.

§. 991. Species iuris protimiseos. Es steht Ratione fundamenti entweder immediate ex lege zu, oder es ist facto cuiusdam constituirt worden. Im ersten Fall heist es Ius protimiseos legale; und dies ist:

1) bald ein Ius retractus (wovon §. 993. gehandelt wird).

2) Bald Ius protimiseos legale in specie sic dictum, wovon im folgenden §. die Rede ist.

Im zweyten Fall ist es entweder in einem Vertrag gegründet — dann heist es: Ius protimiseos conventionale; oder in einem Testament — testamentarium.

Das (conventionale) ist nur ein persönliches Recht; mithin kann es nicht gegen den Tertium exercirt werden. Ausgenommen in den zween Fällen die §. 976. in fine da waren. Adde: daß es auch ein ius reale ist, wenn ich mir bei Veräuserung meiner eigenen Sache ein ius protimiseos vorbehalte.

Ist es ein testamentarium, so glaubt Hellfeld, daß es eben so beschaffen sey, wie das conventionale. Davon gehen viele ab, und halten es für ein ius reale aus zween Gründen:

a) Alienationes contra testamentum sunt nullae.

b) Legatarii haben ein ius reale tacitum so lange sie nicht befriedigt sind. Conf. Leyser spec. 196. med. 3.

§. 992. Ius protimiseos legale in specie tale steht dem Domino zu,

1) wenn eine Emphyteuse veräusert wird,

2) wenn eines Schuldners Güter sub hasta veräusert werden; hier steht es den Creditoribus zu, und zwar vorzüglich dem, der die stärkste Forderung hat;

3) dem, der das erste Gebot thut, bei einer Subhastation — dies heist: ius primi liciti. Es ist aber ob malum effectum per multas leges provinciales abrogirt.

§. 993. Ius retractus (Einstandsrecht, Zug, Losung) est ius consummata licet alienatione rem immobilem praestitis iisdem conditionibus iterum repetendi ab eo, in quem alienata est. Oritur

1) ex iure vicinitatis (Nachbarrecht) i. e. weil das veräuserte Gut an dem meinen anliegt.

2) ex iure congrui s. retractu territoriali (Gespilde-Recht) i. e. weil das veräuserte Gut ehedem eine Hufe von dem meinen war. Es ist dies blos deutschen Ursprungs. Conferatur v. Lynkers diss. de Catastris,

3) ex iure incolatus, (Markloesungsrecht) i. e. weil ich Einwohner bin und der andere, an den das Gut verkauft worden soll, ein fremder ist;

4) ex iure communionis — i. e. weil ich Miteigenthümer von dem Gut bin, das jetzt an einen andern veräusert wird;

5) ex

5) ex iure consanguinitatis (Erblosung, oder Erbfreundrecht) s. iure retractus gentiliti — wenn Güter, die der Familie gehören, an Fremde veräusert werden.

Retractus gentilitius wird dies Ius consanguinitatis genennt, in soferne Gens eine Beziehung auf Verwandschaft hat. Z. E. Hessen — ist das nomen gentis; Kassel, Homburg, Darmstadt — nomen familiae.

6) Giebt es noch einen retractum censualem, wenn nämlich die praedia vicina einen und eben demselben Herrn zinnsbar sind, so retrahirt der Vicinus das Gut, weil es dem Zinnsherrn angenehm seyn muß, den Zinns von zween Gütern nunmehr aus einer Hand zu erhalten.

§. 994. Species iuris retractus gelten nur, quatenus usu receptae l. moribus introductae sunt (denn sie sind nicht iuris communis.) Mithin derjenige, der ein solches ius retractus behauptet, muß die Observanz beweisen. (Dies muß man wohl merken, um dem fatalen Urthel zu entgehen, daß die Klage angebrachtermasen nicht statt finde.) Doch macht Hellfeld eine Ausnahme bei dem retractu gentilitio. Er sagt: dieser sey iuris communis, folglich brauche er nicht bewiesen zu werden. Beweiß, daß er iuris communis sey:

1) Lex 16. de rebus auctor. iudicis possessis zeigt, daß es in iure romano gegründet sey. Allein L. 14. de contrah. emt. zeigt, daß dieser Lex aufgehoben sey und überdies ist es noch zweifelhaft, ob von einem Retractu oder nur vom iure protimiseos in diesem L. allegata die Rede sey. Man beruft sich ferner auf einen Text des Iuris feudalis; allein es ist zweifelhaft, ob dieser nicht blos für die Römer gemacht sey.

2) Daß er in dem alten deutschen Recht gegründet sey. Dies ist unbezweifelt richtig.

Unsere Deutschen machten ehemals einen Unterschied zwischen den neuerworbenen Gütern (diese konnten verschenkt und veräusert werden, wie man nur wollte) und zwischen den Erbgütern (davon — im Sachsenspiegel das Sprüchwort: was einmal in den Erbgang kommen, soll drinnen bleiben). Diese also durften nur mit Einwilligung der Erben veräusert werden. Allein da man nicht behaupten kann, daß alles, was Iure German. antiquo galt, auch bei uns gelten müsse, so muß auch hier der retractus gentilitius

litius bewiesen werden. Allein es ist auch nicht zu läugnen, daß er in den mehresten Landen beibehalten worden und deswegen statuiren die Rechtslehrer, daß die Observanz desselben nicht braucht bewiesen zu werden. —

Lyncker in all. loco behauptet, nur bei bonis avitis finde der retractus gentilitius regulariter statt.

Avita bona — quae a maioribus familiae aquisita sunt. Mithin findet der retractus gentilitius nicht statt bei bonis noviter acquisitis. Doch weichen Leges provinciales hievon ab und erlauben auch bei bonis noviter acquisitis den Retract zu exerciren.

Man hat die Regel: uti succeditur, ita quoque retrahitur. Jedoch nach manchen Landesgesetzen findet der Retract nur bei Kindern, nicht bei Verwandten statt. Im Magdeburgischen bei Verwandten nur bis zum 4. Grad.

§. 995. Regula: Retrahens induit personam emtoris. Wenn also

1) die res retrahenda mit einer andern zugleich verkauft worden, so muß der Retrahens beide redimiren oder beide fahren lassen. Ratio: denn a) würde sonst eine große Confusion beim Kaufgeld entstehen. b) Wer das Näherrecht sucht, muß easdem conditiones praestiren. Es ist aber doch eine Ausnahme, wenn auf singulas res, singula pretia constituirt worden. Z. E. ein Grundstück 100 Rthl. und die übrigen beide jedes für 300 Rthl. Da kann ich eines retrahiren und die übrigen fahren lassen.

2) Muß der Retrahens das Kaufgeld und alles übrige, was der Käufer aus Nothdurft aufgewendet hat, restituiren. Z. E. das Aufnahm-Geld; sumtus bibales, (denn daß bei einem solennen Kauf tapfer pokulirt wird, dies war von jeher deutsche Sitte.) Qu. Ob nicht ein gedoppeltes Lehngeld könne gefordert werden? Rsp. Nein! nach dem principio: retrahens induit personam emtoris, ergo unus tantum, non etiam alter, laudemium solvit. Das Kaufgeld muß er dem Emtori restituiren, und wenn er auch ultra dimidium laedirt worden wäre; denn die Laesio ultra dimidium muß er mit dem Venditore ausmachen, und nicht mit dem Emtore.

3) Muß auch der Emtor dem Retrahenti die fructus pendentes restituiren; ja auch perceptos fructus, nur vorausgesetzt

setzt, daß er das Kaufgeld bezahlt oder deponirt hat. Ratio: Denn sonst ist der Emtor bonae fidei possessor, und als ein solcher percipirt er die Früchte.

§. 996. Das Näherrecht fällt weg —

1) per praescriptionem. Doch distinguiren die ICti:

a) das Ius protimiseos conventionale fällt weg, wenn es nur einem Tertio tradirt ist. Aber ich habe die actionem ad id quod interest 30 Jahre lang gegen den Contrahentem, der mir ein Ius protimiseos per pactum constituirt hat.

b) Das Ius protimiseos legale ist

α) entweder ein solches, welches dem domino emphyteuseos zusteht — das erlöscht in zween Monaten.

β) Oder ein solches, welches einem ex alio fundamento zukommt — da ist das tempus praescriptionis nach dem Iure communi 1 Jahr, nach Landesgesetzen aber einige Monate über 1 Jahr.

Allein die Rechtslehrer confundiren hier retractum und ius protimiseos. Bei ersterm könnte man den Annum noch annehmen, bei letztern aber nicht, denn es fällt weg, wenn das ius protimiseos adiudicirt worden. Diese Distinction sollten wir also annehmen, obs gleich nicht geschieht. —

Der Annus fängt sich an: a tempore plenae notitiae, i. e. daß er gewust:

a) die Sache sey verkauft,

b) an wen? und

c) wie theuer? ꝛc.

2) Per renunciationem. Welches jedoch nicht sogleich ex consensu zu schliesen, wenn ich mich meines Rechts blos zum faveur

a) einer gewissen Person, oder

b) eines gewissen Kaufpreises, begeben habe.

3) Per cessionem. Diese findet aber nur bei dem iure protimiseos conventionali statt, und nicht beim legali.

Qu. Ob die Contrahenten wieder von ihrem Contract abgehen können, wenn sie einmal den Retractum declarirt haben?

Rsp. Res est l. adhuc integra — hier können sie abgehen; l. non — so kann auch nicht mehr abgegangen werden.

§. 997. Zu den Verträgen, die dem Kaufcontrakt angehängt werden, gehört ferner:

II. Pa-

II. Pactum de retrovendendo est pactum contractui emtionis venditionis adiectum, ut pretio oblato emtor eiusque heredes venditori eiusque heredibus rem restituere teneatur. Auch dieses Pactum kann also dem Kaufcontrakt angehängt werden. Es ist ganz von dem Iure retractus unterschieden; denn es kann nicht eher exercirt werden, als bis die Sache veräusert wird, oder werden soll; aber beim iure retractus kann man die Sache binnen der festgesetzten Zeit alle Tage wieder erlangen.

§. 998. Qu. Wenn ist der Verkäufer zum Wiederkauf berechtigt? Rsp. Tempus definitum est:

1) aut per pactum. Distingue: Tempus est
   a) aut terminus intra quem, z. E. ich verkaufe mein Haus und bedinge mir aus, daß es mir binnen 10 Jahren frey stehen soll, es wieder zu kaufen.
   b) aut terminus a quo: z. E. ich verkaufe mein Landgut und bedinge mir den Wiederkauf nach 12 Jahren aus. Da hab ich vor Ablauf der 12 Jahre kein Recht, aber nach Verlauf derselben kann ich es 30 Jahre lang exerciren. Daß diese beiden termini per pactum constituirt werden können, ist keinem Zweifel unterworfen. Ponamus autem:
2) tempus plane non definitum esse; da sagen die Rechtslehrer: ich könnte mich des Wiederkaufsrechts zu allen Zeiten bedienen. Allein Hellfeld geht mit Recht hievon ab. Ein ius meræ facultatis ist ein solches, daß ich ohne Klage exerciren kann. Hier aber muß ich klagen und ohne Klage kann ich mein ius protimiseos nicht exerciren. Hieraus erhellet denn also, daß ich mich desselben nicht omni tempore bedienen kann. Das tempus præscriptionis ist folglich 30 Jahr.

§. 999. Wiederkauf ist eine Species vom Kauf, erfordert also ein pretium. Das pretium ist entweder pacto bestimmt worden — hier gehts nach dem Pacto, wenn nur keine pravitas usuaria darunter verborgen ist; oder nicht — hier behaupten Carpzov, Schilter et alii, daß man das Pretium annehmen müsse, das man beim Kauf gehabt habe; allein wahrscheinlicher sagt Leyser, daß man die rem venditam taxiren müsse. Denn Wiederkauf ist ein neuer Kauf und erfordert also ein neues Pretium. Conf. Leyser specim. 191. med.

med. 9. Und bei Emphyteusen kann also auch ein neues Laudemium gefordert werden.

Wenn das pretium per taxationem geschieht, kann kein Streit über die Meliorationen entstehen, die der Käufer gemacht hat, denn diese sind in pretio taxato mit begriffen. Wenn aber das pretium per pactum bestimmt worden, so kann der Besitzer Vergütung seiner Meliorationen verlangen, und hierunter muß auch der Aufwand gerechnet werden, der z. E. auf die Wiederherstellung eines Casu abgebrannten Hauses gemacht worden.

§. 1000. Zu den Pactis, welche dem Kaufcontrakt angehängt werden können, gehört auch

III. Pactum displicentiae, das ist ein solches Pactum, wodurch einer oder der andere von den Kaufcontrahenten sich ausbedingt, frey wieder vom Kauf abzugehen, wenn er ihn gereuen sollte. Es kann zur Gunst des Käufers sowohl als des Verkäufers eingegangen werden. Wenn abgegangen wird, muß jeder dem andern das seinige restituiren.

IV. Pactum reservati dominii — wenn sich der Verkäufer das Eigenthum von der re vendita so lange bevorhält, bis er wegen des Kaufgeldes befriedigt worden. Dadurch unterscheidet sich dieses Pactum vom pacto reservatae hypothecae, wodurch sich der Verkäufer nur eben deswegen ein Unterpfand vorbehält.

Das pactum reservati dominii scheint vergeblich, weil der Venditor ohnehin Dominus bleibt, bis er befriedigt worden; allein es ist demohngeachtet nöthig und nützlich, weil das Dominium gleich auf den Käufer übergeht, wenn ihm die Sache auf Credit gegeben worden.

Qu. Wer trägt den Casum und das periculum, wenn das dominium reservirt worden?

Rsp. Der Emtor. So? — warum denn? Rsp. Der Emtor muß, so bald der Kauf Perfect ist, für allen Schaden haften, mithin auch das Periculum übernehmen.

V. Pactum constituti possessorii — derjenige Vertrag, wodurch sich der Debitor verpflichtet, eine Sache nicht suo nomine, sondern nomine creditoris zu besitzen, bis er den Creditorem befriedigt hat. Dies hat den Effect, daß der Schuldner nur als naturalis possessor zu betrachten ist;

civilis

civilis possessor aber wird eo ipso brevi manu auf den Gläubiger transferirt. Dies Pactum wird in den Kaufbriefen nicht ganz ausgedrückt, sondern es heist in praxi nur: sub clausula constituti possessorii.

LIB. XVIII. TIT. II.

De in diem addictione.

§. 1001. VI. Pactum addictionis in diem — ist derjenige Vertrag, vermöge dessen vom Kauf wieder abgegangen werden kann, wenn dem Venditori bessere Bedingungen angeboten werden. Addicere heist h. l. plus offerre.

Meliores conditiones, i. e. alles was dem Verkäufer mehr Nutzen bringt: z. E. baare Bezahlung — eine ungetrennte Summe — ein höheres Quantum — bessere Geldsorten ꝛc.

§. 1002. Durch das pactum addictionis in diem wird dem Kaufcontrakt eine Conditio beigefügt. Diese kann seyn

I. conditio suspensiva — si id agitur, ut nemine conditionem meliorem offerente, contractus perficiatur. Z. E. ich sage: der Kauf soll nicht eher gültig bleiben, als bis es sich ausweist, daß in ½ Jahr keiner mehr giebt.

1) Hier bekommt der Emtor kein Dominium, ja nicht einmal usucapiendi conditionem, weil kein iustus titulus zur Praescription da ist.
2) Hier lucrirt der Emtor keine Früchte.
3) Hier trägt der Emtor das Periculum nicht.

II. Conditio resolutiva — si hoc actum est, ut meliore conditione oblata ab emtione discedatur. Z. E. ich sage: der Kauf soll richtig seyn, aber mit der Bedingung, daß keiner mehr giebt.

1) Hier geht das Eigenthum sogleich auf den Emtorem über; es ist aber nur ein dominium revocabile.
2) Hier lucrirt der Emtor die Früchte,
3) Hier aber muß er das Periculum tragen.

Annuer-

Anmerkungen:

1) Wenn jemand meliores conditiones offerirt, so hat der Emtor das Recht eben so viel zu bieten und praecedirt mithin dem andern.
2) Wenn plures venditores vorhanden und einer die meliores conditiones angenommen, die übrigen nicht; so bleibt der Kauf in statu quo; denn alle müssen acceptiren.

§. 1003. Nach dem pacto addictionis in diem kann der Käufer abgehen, wenn meliores conditiones offerirt worden. Es fragt sich aber: wenn geht er ab? — Rsp. tempus

1) aut per pactum definitum est — hier geht es nach dem Pacto;
2) aut non — hier hat er die ordentliche Verjährungszeit, nämlich 30 Jahr; doch kann auch der Iudex ein tempus arbitriren.

Die Verbindlichkeit des Verkäufers ist hiebei, daß er es, so bald einer meliores conditiones offerirt, dem erstern Käufer sogleich melde. Hier fügt sichs nun, daß öfters der Verdacht entsteht, daß der Emtor glaubt, er werde hintergangen; was ist da zu thun? Rsp. Er kann den Venditorem und Pluslicitantem schwören lassen, daß keine Chicane darunter verborgen sey.

§. 1004. Qu. Quaenam actiones venditori competunt? Rsp. Die res vendita ist

1) entweder dem Emtori schon tradirt — hier kann aus dem pacto addictionis in diem die actio emti venditi angestellt werden;
2) oder nicht tradirt — so ist auch keine Klage nöthig. — Nun aber entsteht die Frage: ob der Venditor nicht gegen den Tertium die Reivindicationem anstellen kann?

Die Antwort hierauf ist diese: das Pactum ist entweder sub conditione suspensiva, oder sub conditione resolutiva eingegangen worden. Im erstern Fall ist die Sache keinem Zweifel unterworfen; aber im letztern Fall findet die Reivindication nicht statt, weil er sein Eigenthumsrecht auf den Käufer transferirt hat, welches er durch den Vertrag allein nicht wieder erlangen kann.

Andere Rechtslehrer aber machen folgenden Unterschied: das pactum addictionis in diem ist entweder verbis directis

et re integra geschlossen worden, oder das ist nicht. Im letztern Fall kann der Venditor die Reivindication nicht anstellen; denn wenn das Pactum post traditionem geschlossen worden, so hat der Venditor kein Dominium mehr, und kann sich folglich auch keines reserviren.

Conferatur Boehmer in diss. de verbis directis et obliquis. §. 30. seq.

Im erstern Fall ist zu bedenken: daß, wenn sich die conditio resolutiva ereignet, das dominium emtoris sogleich aufgelöst und wieder völlig auf den Venditorem transferirt wird; mithin kann der Venditor allemal die Reivindication anstellen. Dies hat sehr viele Wahrscheinlichkeit. Noch ist zu erklären, was verba directa et obliqua sind.

1) *Directa verba* sunt, quae indicant, contractum ipso iure dissolvi absque interveniente facto hominis. Z. E. wenn der Ausdruck wäre: res esto inemta — oder: contractus esto nullus.

2) Das Oppositum sind: *verba obliqua*, quae factum emtoris involvunt.

3) *Res integra* hoc loco est ante traditionem.

§. 1005. Anmerkungen:

1) Pactum additionis in diem beruht in facto; kann folglich nicht praesumirt werden, weil es ein irregulare contractus ist. Doch ists eine Ausnahme: in der Natur der Subhastation liegt das Pactum addictionis in diem tacite mit verborgen; denn die Licitation macht den Kauf nicht gleich perfect, vielmehr geht das plus licitiren fort, bis mir auf mein Licitum die Sache adiudicirt wird. Auch der höchste Licitans kann noch abgetrieben werden, wenn sich nämlich die Herrschaft den letzten Streich vorbehalten hat.

2) Wenn einer meliores conditiones offerirt, so steht dem Venditori frey, diesen zu revisiren, und beim ersten Käufer zu verbleiben; Ratio: das Pactum addictionis in diem gereicht blos zum faveur des Venditoris.

Das nämliche gilt auch bei den Subhastationen: die Obrigkeit kann unter gewissen Umständen den Plusliciantem revisiren, quod probe notandum est.

LIB. XVIII. TIT. III.

De lege commissoria.

§. 1006. VII. Lex commissoria ist ein Vertrag, wodurch stipulirt wird, daß man vom Kauf wieder abgehen könne, falls diese oder jene Bedingung nicht erfüllt würde. Die Definition im Compendio ist angustior suo Definito. Es darf nicht heisen: si pretium ex mora — sondern generaliter: wenn diese oder jene Bedingung, sie mag seyn welche sie will, suspensiva oder resolutiva, nicht erfüllt wird. Merke: der Venditor kann vom Kauf wieder abgehen, wenn die Bedingung nicht erfüllt wird; er kann aber auch dem Legi commissoriae renunciren und länger warten, wenn er will. Der Emtor also kann ihn nicht zwingen, abzugehen.

Aber, wenn er einmal nur $\frac{1}{3}$ des Kaufschillings angenommen hat, so hat er seinem Iuri renuncirt. Qui enim partem, tanquam partem accipit, totum agnovit, ex L. 6. D. h. t.

§. 1007. Der Zahlungstermin ist entweder per pactum bestimmt worden oder nicht. Ist ersteres, so geht es nach dem Vertrag; im letztern Fall aber muß ihn der Iudex arbitriren.

Und in beiden Fällen muß die letzte Stunde vom Termin vorflossen seyn, wenn der Venditor wieder abgehen will. Ja, wenn der letzte Tag des Termins ein dies feriatus ist, so hat der Emtor die Freyheit noch den Tag nachher zu kommen.

§. 1008. Wenn der Lex commissoria statt finden soll, so muß

1) der Debitor als morosus zu betrachten seyn. Dies ist er, wenn der Termin völlig verlaufen ist. Er wird nicht gemahnet, dies enim interpellat pro homine,
2) Der Emtor muß das ganze Kaufgeld bezahlen, sonst bleibt der Lex commissoria doch.
3) Wenn er es aber ex iusta causa nicht bezahlen kann, z. E. der Venditor ist zur bestimmten Zeit nicht zugegen gewesen, oder Arrest an das Kaufgeld gelegt worden, so schadet ihm dieses nicht. NB. Doch ist consilii, daß er alsdenn lieber das Kaufgeld deponire.

§. 1009. Effectus legis commissoriae sind: daß der Verkäufer vom Kauf abgehen kann, wenn der Emtor zu bestimmter Zeit nicht bezahlt, dadurch wird die res inemta — sagen die Gesetze. Daraus folgt: daß der Kaufcontrakt ein contractus purus et perfectus sey.

Purus — in der Rücksicht, daß an sich betrachtet bei dem Kauf keine conditio suspensiva, wohl aber allerdings eine conditio resolutiva damit verbunden sey, und mithin kann gar wohl gesagt werden, daß der Kauf per legem commissoriam ein pactum conditionatum werde. L. 1. D. h. t. sagt dies deutlich. Nun können wir also unterscheiden

1) den Fall: si conditio pendet; da hat der Käufer das Dominium von der re emta; (denn das Kaufgeld ist creditirt worden) nur freylich ein dominium revocabile. Mithin ist der Emtor *pendente conditione* berechtigt, 1) die Sache zu vindiciren, 2) die fructus zu percipiren, 3) servitutes aufzulegen u. s. w. Aber alle diese Handlungen sind wiederruflich und gilt die bekannte Regel: resoluto iure constituentis, resolvitur quoque ius acquirentis.

2) Den Fall: ubi conditio existit, i. e. wenn er nicht mit der Zahlung einhält: h. c. 1) omnia facta revocantur in irritum. 2) Ist der Emtor verbunden rem cum accessionibus et fructibus an den Venditorem zu restituiren. Warum die Früchte? Ratio: weil er das Kaufgeld nicht bezahlt hat, so darf er sich auch ex L. 5. D. h. t. nicht cum damno venditoris bereichern. 3) Verliehrt er auch die Arrham: nec non L. 6. D. h. t. partem pretii solutam; Ratio: quia fidem fefellit, societatis civilis fundamentum.

Jedoch steht ihm im letztern Fall frey, die Früchte zu compensiren, nämlich mit dem, was er einbüßt: z. E. ich hätte 200 Rthl. auf Abschlag bezahlt, so behalte ich so viel von den fructibus perceptis zurück; nam hoc casu emtor non fit locupletior cum damno venditoris.

Nach dem Iure Canonico kann der Verkäufer nicht mehr vom Kauf abgehen, wenn der Emtor maximam pretii partem bezahlt hat; jedoch versteht sich es, daß der Venditor gleich klagen kann, so bald der Termin verlaufen ist.

§. 1010.

§. 1010. De actionibus. Eben dieselben Klagen, welche beim pacto addictionis in diem statt finden, finden auch hier ob legem commissoriam statt. Repetatur ergo §. 1004.

§. 1011. Lex commissoria ist ein Pactum zum favour des Venditoris; folglich kann sich

1) der Käufer nicht auf dies Pactum berufen, und im Fall er nicht bezahlt den Venditorem zwingen, daß er vom Kauf abgehe.
2) Der Venditor kann auf sein Recht sowohl ausdrücklich als stillschweigend renunciren. Tacite — wenn er nach dem Termin noch das Kaufgeld annimmt.
3) Wenn er sich des Rechts, das ihm ex lege commissoria zusteht, bedienen will, so muß er sich bald declariren; alioquin emtor moram purgare potest, i. e. er kann kommen und bezahlen. Dies ist zwar im Iure Romano nicht gegründet, denn nach diesem hat der Venditor ein ius quaesitum, das ihm der Emtor nicht nehmen kann; aber die Praxis erlaubt es.
4) Jedoch wenn sich einmal der Venditor declarirt, so soll er nicht mehr variiren können, ex L. 4. §. 2, D. h. t.

§. 1012. Der Lex commissoria findet nicht nur beim Kaufcontrakt, sondern auch bei andern Contracten statt: z. E. beim Tausch, bei den Transactionibus, der Locatione etc. z. E. ich habe mein Landgut verpachtet und ausgemacht, so bald er sein Pachtgeld nicht bezahlt, so will ich augenblicklich abgehen.

1) Beim Pfandcontrakt aber ist der Lex Commissoria in allen Gesetzen und Rechten verboten — gänzlich verboten.
2) Lex commissoria kann nie praesumirt werden, wenn er nicht deutlich dem Contract angehängt ist, denn er ist der Natur der Contracte zuwider.

LIB. XVIII. TIT. IV.

De hereditate vel actione vendita.

Die Ueberschrift dieses Titels sollte eigentlich diese seyn:
De emtione venditione iurium et praesertim hereditatis.

§. 1013. Von den rebus incorporalibus giebt uns der gegenwärtige Titel zwey Beispiele. Es kann verkauft werden

1) Hereditas — das Erbrecht, und
2) Actio (§, 1016. et seq.)

I. Hereditas — Kann diese verkauft werden?
Rsp. Sie wird betrachtet

1) l. qua nondum delata — wo der Erblasser noch lebt; da gilt Iure Romano der Kauf nichts, quia viventis non est hereditas — sagt Helfeld. Allein man muß noch hinzufügen: daß ein solcher Kauf ein pactum successorium dispositivum seyn würde, welches im Iure Romano gänzlich verboten ist.
2) l. qua delata — wo der Erblasser gestorben ist. Hier findet der Kauf statt, und der Heres transferirt sein Ius auf den Emtorem. Die Erbschaft aber wird verkauft
   a) l. tanquam spes, i. e. si id actum est, ut si quid iuris venditori in ea hereditate competat, illud veneat. Dies hat die Folge: daß der Venditor keine Gewähr zu leisten nöthig hat; es wäre denn, daß er (Venditor) in dolo versirte: z. E. gewiß wüste, daß er nicht Erbe wäre.
   b) l. tanquam vere delata: so ist der Verkäufer verbunden, dem Emtori die Erbschaft zu verschaffen oder id quod interest zu praestiren.

§. 1014. Regula: emtor hereditatis in locum heredis succedit seu vicem heredis obtinet, ex L. 2. §. 18. h. t. Daraus folgt: daß also der Venditor verbunden ist

1) alles, was er von der Erbschaft besitzt, dem Emtori zu übergeben;
2) die Actiones dem Emtori zu cediren;
3) die Schäden zu ersetzen, die er gemacht hat.

Hin-

Hingegen muß auch der Emtor
1) die onera hereditatis übernehmen,
2) die legata praestiren, und
3) die Schulden von der Erbschaft bezahlen. Notable ists, daß der Venditor diejenige Forderung, die er an dem Defuncto hatte, vom Emtore praetendiren kann. Es ist dies ein dubiöser Fall, denn die Schuld scheint per confusionem erloschen zu seyn. Der L. 2. §. 18. D. h. t. sagts aber deutlich und giebt den Grund der Billigkeit an.

§. 1015. Conventiones tertium non obligant; ergo
1) venditor hereditatis respectu tertii omnia iura et obligationes heredis retinet, NB. si a fisco discesseris ex L. 1. C. h. t.

Daraus folgt:
a) daß der Venditor noch nach dem Kauf die hereditatis petitionem anstellen kann;
b) daß er Schulden beitreiben, Nomina einklagen und andere Actiones anstellen kann. Jedoch darf er das, was er beitreibt, nicht für sich behalten, sondern ex contractu emti venditi dem Emtori auszahlen; Excipe; lucrum mere accidentale, das darf er behalten.

2) Können die Legatarii, Fideicommissarii und Creditores auch den Venditorem noch nach dem Kauf belangen; doch versteht sich von selbst, daß er seinen Regress an dem Emtore müsse nehmen können. Doch braucht man auch der Umstände nicht einmal, denn die Creditores etc. haben contra emtorem die actionem utilem; und der Emtor hat eben diese Klage in Ansehung der Erbschaftsschulden ꝛc.

§. 1016. II. *Actiones*. In der Regel alle, ohne Unterschied — natae et nondum natae, personales et reales etc. Jedoch solche Iura und Actiones müssen es seyn, die im commercio hominum sind und keine besondere persönliche Qualität voraussetzen.

Daraus folgt: vendi non possunt:
1) actiones criminales,
2) actiones litigiosae — die bereits in foro anhängig sind. Doch ist ein Streit, ob dies noch in usu sey.
3) Actiones, quae vindictam spirant, quia sunt actiones odiosae, z. E. die Iniurien-Klage und die querela inofficiosi testamenti.

§. 1017. *Vendere actiones*, i. e. pretium pro illis accipere aut stipulari. Da dies der Begriff ist, so kann man schliesen: daß durch den Verkauf die Klagen auf den Emtorem noch nicht transferirt werden, sondern es muß erst die Cession hinzukommen; wie bei rebus corporalibus die Traditio, so hier die Cessio.

Cessio (sec. Ius Rom.) est mandatum, ut aliquis exigat in iudicio debitum nostro quidem nomine in suam tamen utilitatem. Dies ist das mandatum in rem suam; ex |L. 1 und 3. C. de novationibus wird dieser Begriff hinlänglich gerechtfertigt.

Das ius cedentis wird daher durch die Cession von seiner Person nicht abgelöst, folglich wird auch der Debitor cessus nicht liberirt. — Aber die heutigen Practici lehren anders und statuiren das Contrarium, nämlich: daß das ius cedentis völlig auf den Cessionarium transferirt werde; mithin der debitor cessus nicht mehr dem Cedenti, sondern lediglich dem Cessionario verbunden sey. Conferatur Schilter exerc. 30. §. 62. seq.

1) Prima persona est cedens, qui ius suum cessione transfert.
2) Secunda persona est cessionarius, in quem ius transfertur.

§. 1018. Generalia de cessione.

1) daß praeter voluntatis declarationem zu einer Cession nichts erforderlich sey. Folglich kann die Cession a) so wohl schriftlich als mündlich, b) sowohl inter prae — als absentes, c) gerichtlich, als ausergerichtlich geschehen.
2) Wer eine Cession behauptet, muß den Beweis davon führen; denn es ist nicht facti. Der Beweis heist: legitimatio ad causam.
3) Niemand kann ad cedendum gezwungen werden. Coacta enim voluntas nulla est voluntas. Es sey denn, daß einer ex causa antecedente zur Cession verbunden wäre.

§. 1019. 4) Daß Cedens und Cessionarius pro una persona gehalten werden; denn letzterer repraesentirt erstern; aber nur respectu iuris cessi. Daraus folgt: daß der Cessionarius in Ansehung dieses Rechts nicht mehr und nicht weniger Recht habe, als der Cedens. Daraus folgt:

a) daß

a) daß der Cessionarius bei diesem Iure sich seiner eignen Privilegien nicht bedienen könne: z. E. ein Schuldner von mir ist in Concurs gerathen, ich bin ein bloser Chirographarius und vermuthe, daß ich da nichts kriegen werde. Ich sinne daher auf die Kriegslist, der Frau des Schuldners meine Schuldforderung zu cediren, weil sie mehr Recht hat als ich; allein sie darf sich diesmal ihrer Privilegien nicht bedienen.

b) Die Exceptiones, die gegen den Cedentem statt finden, müsse auch gegen den Cessionarium statt finden.

c) Dem Cedenti kann auch der Eid deferirt werden, denn er kann bessere Wissenschaft haben.

§. 1020. Durch die Cession bekommt der Cessionarius nicht mehr und nicht weniger Recht, als der Cedens. Daraus folgt: daß es nicht nothwendig, dem Schuldner die Cession bekannt zu machen, denn er hat weder Schaden noch Vortheil davon, mithin kann es ihm nichts verschlagen, ob er sein Capital an Caium oder Sempronium anheim zahlt. Jedoch ists rathsam, daß man ihm davon Nachricht giebt, weil sonst dieser Schuldner die Schuld bona fide an den Cedentem bezahlen könnte. Dann könnte der Cessionarius den Schuldner weiter nicht belangen, sondern müste seinen Regreß lediglich an dem Cedente nehmen.

§. 1021. Dieser §. enthält zwey Fragen:

Qu. I. Wer kann cediren? Rsp. Jeder, der über sein Rechte frey disponiren kann; denn Cessio ist hodie eine Art von Alienation.

Qu. II. Cuinam cedi possit? Rsp. Jedem, der acquiriren kann.

Weil aber doch durch die Cession conditio debitoris nicht schlimmer werden darf, so kann man in folgenden Fällen nicht cediren:

1) Nicht cediren *in potentiorem*. Potentior est, qui in tali constitutus est potestate, ut alterum terrere, premere et opprimere possit. Quod vero probe notandum: In Beziehung auf den Schuldner muß er so mächtig seyn, daß er das kann. Also nicht an meinen Landesherrn, aber wohl an den Kaiser von Fez und Marocco.

Qu. Wie, wenn ich meine Forderung einer Kirche oder piae causae cedire, ist dies keine Cessio in potentiorem?

Rsp. Nein! denn sie dürfen sich bei der *Cession* ihrer eignen Rechte nicht bedienen, sondern lediglich des iuris cessi.

2) Nicht die Schuld des Pupillen in tutorem; Ratio: weil es möglich wäre, daß der Vormund die Vertheidigungsmittel des Pupillen unterschlagen könnte, welche er doch allemal in Händen hat.

3) Kein Jud soll die Schuld eines Christen einem andern Christen cediren dürfen; an einen Juden darf er es, aber nicht an einen Christen, ex recess. imp. 1551. §. 79.

Die Ratio ist eine falsche Meynung: quod Christianus quidem iurari possit adversus Iudaeum non autem iudaeus adversus Christianum. Es wird gestritten, ob diese Verordnung des römischen Rechts noch in usu sey. Beim Kammergericht selbst wird nicht darauf gesehen. Andere aber, z. E. Pufendorf distinguiren: ob der Jud ein Schutzjud ist, oder nicht. Im ersten Fall müsse er auch die gemeinen Rechte im Lande haben, im zweyten Fall aber gehe es nach dem Iure Romano.

Beim Wechselrecht ist es was ausgemachtes, daß dies Reichsgesetz nicht in usu ist. Die Cessio in h. c. zieht die Folge nach sich, daß der Cedens sein ius cessum völlig verliehrt.

§. 1022. Cessio secundum ius romanum est mandatum; ex quo sequitur: der Cessionarius wird ein Procurator in rem suam; mithin kann er die actionem directam (cessam) nicht anders anstellen, als nomine cedentis. Dies kommt daher: die Römer statuirten: Personal-Klagen könnten ihrem Wesen nach nicht von der Person abgelöst und auf einen andern transferirt werden. Das Mittel also, Rechte und Klagen zu transferiren, war bei den Römern lediglich cessio in iure. Maier de ratione diversitatis, quae inter legata iurium in res et in personas intercedit. Goett. 1779. handelt recht umständlich hievon. Jedoch sub Antonino Pio ist aufgekommen, daß der Cessionarius in suo nomine auch actionem utilem soll anstellen können. In beiden Fällen aber muß er sich ad causam legitimiren, i. e. die Cession beweisen. Das geschieht durch den Cessions-Schein: Ich Endes Unterschriebener transferire dies Capital cum omni iure et actione auf Herrn Benignus und bin deshalb vollkommen befriediget worden.

Die

Die Legitimation kann:

1) *in omni parte iudicii* verlangt werden, i. e. zu Anfang, medio et fine processus; Ratio: weil solche Exceptiones, wodurch Nullitäten im Proceß vermieden werden können, omni tempore statt finden.
2) Zur Legitimation ist possessio instrumenti probatorii allein nicht hinlänglich; Ratio: denn der Possessor kann sie auch geschossen haben.
3) Nuda traditio ist auch nicht hinlänglich.

§. 1023. Es können auch Nomina cedirt werden und zwar sowohl gratis, als interveniente pretio. Hier muß der Cedens haften, daß es nomen verum sey, aber dafür, daß es nomen bonum sey, haftet er nicht.

Verum nomen ist da — wenn die Schuldforderung ihre Richtigkeit hat. Bonum nomen — wenn sie nicht nur richtig sondern auch exigible ist.

Für letzteres haftet also der Cedens regulariter nicht. Ausgenommen:

1) Wenn er sich pacto dazu verbindlich gemacht hat.
   Conferatur Stryck de cautelis contractuum. Sect. IV, cap. 2. §. 6.
2) wenn er in dolo versirt, i. e. wenn er gewust hat, daß der Schuldner nicht zahlfähig ist und gleichwohl das Capital für ein recht gutes ausgegeben hat.

§. 1024. Durch die Cession transferirt der Cedens alles Recht, das er hat, auf den Cessionarium. Doch der Lex Anastasiana macht hievon eine Ausnahme, und verordnet, daß Emtores nominum nicht mehr von dem Debitore cesso sollen praetendiren können, als dem cedenti venditori bezahlt worden, das übrige kommt dem Debitori cesso zu gute.

Die Veranlassung zu diesem Lege haben die Redemtores litium gegeben. Diese pflegten die Debitores auf das ärgste zu pressen, dadurch wurde der Zustand der Debitorum ausserordentlich verschlimmert. Man vermuthet nicht ohne Grund, daß diese redemtores litium bei den Römern die Advocati gewesen. Denn diese musten nach dem Lege Cincia umsonst dienen und durften bei den Römern kein Honorarium praetendiren. Nun handelten sie den Gläubigern ihre Nomina

mina ab um ein geringes Geld und drückten die Debitores auf das äuserste, daß sie bezahlen sollten.

Conferatur Brummers Abhandlung ad L. Cinciam cap. 9. Daraus folgt: daß der L. Anastasiana nicht statt findet:

1) wenn erhellet, daß die Cessio nicht animo vexandi, sondern ex probabili causa geschehen.
2) wenn das nomen venditum ganz unbezweifelt ist. Jedoch von diesen beiden Fällen ist ex ipsa lege nichts zu ersehen, die Rechtslehrer haben es blos ex ratione legis gefolgert.
3) Adde: Der L. Anastasiana ist bei den Wechselschulden völlig unanwendbar. Conferatur Leyser Spec. 203. med. 3.

Es ist auch sehr dubiös, wer den Beweis führen müsse, daß der Emtor nominis das nomen emtum bezahlt habe. Conferatur Struben in seinen rechtlichen Bedenken, Tom. IV. Nr. 190.

§. 1025. Der Lex Anastasiana muß stricte interpretirt werden — sagt Hellfeld. Er darf daher nicht extendirt werden auf Tausch, Schenkung und dergleichen. Multi tamen dissentiunt, v. g. Voetius in comment. ad D. Er behauptet, daß der L. Anastasiana statt finde bei allen Acquisitionen die titulo oneroso geschehen. — Wir treten der Meynung Hellfelds bei; aber bei der Datione in solutum muß er doch auch statt finden. — Der Usus legis ist noch bei uns zu behaupten, es sey denn, daß er durch ein Landesgesetz, wie im Brandenburgischen, abrogirt wäre.

LIB. XVIII. TIT. V.

De rescindenda venditione et quando liceat ab emtione discedere.

§. 1026. Käufe können aufgehoben werden:

1) l. ex causa nullitatis, i. e. wenn gleich Anfangs solche Umstände vorhanden waren, weswegen der Kauf nicht bestehen konnte: z. E. Vis, Metus, Dolus; Error, etc.
2) l. ex causa rescissionis, i. e. wenn zwar der Kauf Anfangs gültig war, aber sich ex post Umstände ereignen, weswegen er wieder aufgehoben werden kann.

Diese Umstände liegen Theils in der Natur des Contrakts, theils in einem pacto adiecto.

1) In der Natur des Contracts. Dahin gehört:
   a) Dissensus mutuus. (§. 1027.)
   b) Laesio ultra dimidium s. enormis. (§. 1028.)
2) In pacto adiecto: z. E.
   a) in pacto displicentiae,
   b) in lege commissoria,
   c) in pacto addictionis in diem.

§. 1027. I. Mutuus dissensus est modus tollendi omnes contractus consensuales s. ex contractu consensuali ortas. Reg. Nihil est tam naturale, quam unumquodque eodem modo dissolvi, quo colligatum est.

Jedoch sollen sie aufgehoben werden, so muß es geschehen re adhuc integra, i. e. zu einer solchen Zeit, wo die Contrahenten einander ihre Verbindlichkeit noch nicht erfüllt haben. Qu. Warum nicht nachher? Rsp. Eine Verbindlichkeit die schon erfüllt ist, existirt nicht mehr; was nicht existirt, kann nicht aufgehoben werden. In diesem Fall können sie nur einen neuen Contract eingehen. Der Unterschied dieser beiden Fälle äusert sich:

1) Ratione Gabellae (des Abzugsgeldes). Dies kann nicht gefordert werden, wenn vom Kauf wieder abgegangen werden kann; wird aber ein neuer Contract eingegangen, so muß es gegeben werden.
2) Ratione Laudemii. Wenn mutuo dissensu ein Kauf aufgehoben worden, so kann der Lehensherr kein Lehngeld for-

fordern; aber beim neuen Kauf wird es doppelt gefordert.

3) Ratione iuris retractus.

4) Ratione amissionis pignoris.

§. 1028. II. Laesio ultra dimidium s. enormis. Es findet in diesem wichtigen Lege allerdings auch eine Argumentation auf ähnliche Fälle statt: z. E. auf Permutation etc. Davon L. 2. C. h. t. Obgleich das Gesetz nur von dem Venditore redet, so muß es ex pari ratione doch auch vom emtore gelten.

Laesio ultra dimidium — wenn jemand nicht einmal die Hälfte desjenigen bekommen hat, was ihm nach dem Contract gebührt. Das Totum ist, was einem Contrahenten secundum regulas iustitiae ex contractu gebührt. — Daraus folgt: daß also

1) der Verkäufer laedirt ist, wenn er nicht die Hälfte dieses Geldes bekommen hat, das er secundum regulas iustitiae aus dem Contract bekommen sollte: z. E.

100 Rthl. ist das Totum — der Werth des Pferds, den ich bekommen sollte.

49 Rthl. bekam ich; also beträgt die Laesio

51 Rthl. — Ergo über die Hälfte.

2) Der Emtor ist ultra dimidium laedirt, wenn er nicht den halben Werth für sein Kaufgeld bekommen, oder, welches einerley ist, wenn er mehr als noch einmal soviel, als die gekaufte Sache in der That werth ist, bezahlt hat. Es muß also der Emtor doppelt so viel, als die Sache werth ist, und noch was drüber bezahlt haben: z. E.

49 Rthl. verum pretium des Pferds. Bezahlt hab ich aber

100 Rthl. Also beträgt die Laesio

51 Rthl.

Conferatur Mevius parte VI. decis. 223. v. Cramer de laesione enormi recte computanda.

Dissentit:

v. Ikstädt (in controversiis mit Herrn v. Cramer) de modo laesionem enormem in emtore perinde ac venditore ex dimidio veri et iusti pretii aestumandi.

Er sagt: wenn er ultra verum pretium rei emtae und etwas drüber bezahlt hat, dann ist er ultra dimidium laedirt: z. E.

49 Rthl. verum pretium; also
75 Rthl. wäre über die Hälfte laedirt, welche doch nur 26 Rthl. beträgt. Der Unterschied ist sehr subtil.

Die gemeine Meynung, die auch in praxi angenommen worden, ist aber besser; denn:

1) v. Ikstädt nimmt das richtige Totum nicht an.
2) Wenn die Ikstädtische Meynung angenommen würde, wäre keine Gleichheit mehr zwischen dem Emtore und Venditore. Denn da ist der emtor melioris conditionis.
   a) Der Kauf kann ob laesionem ultra dimidium rescindirt werden.
   b) Die Laesio ultra dimidium ist facti und muß daher bewiesen werden. Res vendita muß geschätzt werden nach dem Pretio, das es tempore contractus hatte Dieser Beweis des Klägers ist nicht leicht, denn er muß darinn rückwärts gehen.

§. 1029. Derjenige, so ultra dimidium laedirt worden, kann prätendiren, daß der Contract rescindirt werde. Qu. inde: Was für Rechtsmittel hat der Laesus? etc.

Rsp. Er hat entweder den Contract schon erfüllt, da muß er klagen: die Klage heißt: condictio ex L. 2. C. h. t. Oder er hat ihn noch erfüllt; h. c. kann er sich durch eine Exception schützen, wenn die Erfüllung von ihm verlangt wird. In beiden Fällen bewirken diese Rechtsmittel die Aufhebung des Contracts und die Reductionem in pristinum statum: es wäre denn, daß der Laedens die Laesion repariren wollte. Doch letzteres ist keine Verbindlichkeit, sondern eine Befugnis. Daraus folgt: daß es nicht nöthig ist das Petitum in dem Libel alternativisch zu formiren, sondern man kann geradezu auf die Rescission klagen.

§. 1030. Fälle, wo das Remedium ex L. II. C. nicht statt findet:

1) Si de laesione enormi haud constat, d. h. wenn sie nicht bewiesen werden kann; Ratio: weil das Fundament von der Klage wegfällt.
2) Wenn der Kauf ob dolum, vim et metum etc. per se null ist; denn da ist keine Restitutio in integrum nöthig, welche die obigen zwey Rechtsmittel bewirken,

3) Wenn

3) Wenn einer wissentlich und mit Willen ultra dimidium laedirt wird; volenti enim non fit iniuria. Jedoch wird dies nicht praesumirt, sondern muß genau bewiesen werden.
4) Wenn die Laesion nicht aus dem Contract, sondern aliunde herrührt.
5) Wenn der Laesus selbst renuncirt hat. — Dies ist per se; Ratio: ad iura renunciata non datur regressus.
6) Wenn eine Sache sub hasta verkauft worden; Ratio: illud iustum et verum pretium rei esse censetur; quod populo ad licitandum admisso constitutum est.

§. 1031. Durch das Remedium ex L. 2. C. h. t. wird bewirkt, daß der Kauf aufgehoben, und alles in vorigen Stand hergestellet wird; mithin muß der Venditor das Pretium, der Emtor die Sache wieder herausgeben. Die Zinnsen und Früchte aber müssen sie miteinander compensiren.

Qu. Wenn die res emta zu Grunde gegangen ist, ob da das Remedium noch statt finde? Rsp. distinguendo: Es ist
1) entweder der Emtor ultra dimidium laedirt worden — da findet das Remedium noch statt; denn die Ratio legis ist noch da, daß nämlich der Venditor sich mit des Emtoris Schaden bereichert hat.
2) Oder der Venditor ist ultra dimidium laedirt; da findet es nicht statt, denn die Ratio legis fällt weg; man kann nicht sagen, daß er sich mit des Emtoris Schaden bereichert habe. Und überhaupt ist zu merken: Debitor speciei per interitum rei casualem liberatur.

§. 1032. Die Ratio L. 2. C. h. t. ist: quod nemo cum alterius damno fieri debeat locupletior. Dieser wird auf alle contractus oneroſos extendirt: z. E. auf den Tausch, Pachtcontract, Transactiones. Zwar ist der L. 78. §. ult. ad Sctum Trebellianum dem von den Transactionen zuwider; aber in der Praxi wird er nicht beobachtet.

LIB. XVIII. TIT. VI.

De periculo et commodo rei venditae.

§. 1033 — 34. Periculum heißt iuridice: ein Schaden, der durch Unglücksfälle hervorgebracht worden.

Commodum — jede Nutzung, die ex ipsa re hervor- und zu ihr kommt.

Qu. Cuinam competit periculum s. commodum? Rsp. Dist. Ob die Emtio Venditio l. perfecta l. nondum perfecta sey.

Perfecta ist sie, wenn beide Contrahenten de re et pretio einig sind.

Imperfecta, wenn sie noch handeln.

Consummata — wenn der Venditor die Sache und der Emtor das Pretium schon tradirt hat.

1) Wenn die Emtio Venditio perfecta ist — periculum et commodum spectat ad emtorem. — Geht also die Sache zu Grunde, so muß der Emtor das Kaufgeld einbüßen. Ferner — ist er verbunden, das noch nicht bezahlte Kaufgeld zu bezahlen, wenn ihm res vendita ob periculum nicht mehr übergeben werden kann. Ja er muß auch den Casum schon ante traditionem tragen; denn die Regel: casum sentit dominus, ist nicht zu appliciren, wenn von einer re alteri danda die Rede ist; sondern die Regel heißt hier: res perit illi, cui debetur. Doch von diesem Satz ist in Sachsen eine Ausnahme; der Käufer trägt das Periculum nicht eher, als bis iudicialis resignatio geschehen — und dies findet man auch an andern Orten. Conferatur Carpzov. part. II. const. 39. defin. 35.

2) Wenn die Emtio Venditio noch nicht perfecta ist — periculum et commodum spectat ad venditorem.

§. 1035. Unvollkommene Käufe lassen sich gedenken:

1) Wenn noch keine verbindliche Einwilligung von den Contrahenten da ist: z. E. wenn sie ausgemacht haben, daß sie nicht eher verbunden seyn wollen, als bis ein schriftlicher Aufsatz darüber ausgefertigt ist.

2) Si conditio suspensiva nondum existat.

§. 1036.

3) Wenn de re et pretio noch eine Ungewisheit vorhanden ist. Also:

a) Wenn die Bestimmung des Kaufgelds einem Tertio überlassen worden und der Tertius noch nichts bestimmt hat.

Ein anders, sagt Hellfeld — ist es, wo das Pretium facto tertii vermehrt werden sollte.

b) Wenn eine Sache auf Maas, Zahl oder Gewicht verkauft — und diese Sache noch nicht zugemessen, zugewogen oder gezählet worden. Das ist bei rebus fungibilibus. Ratio: denn

α) ist die Sache noch nicht bestimmt,

β) weis man das Pretium noch nicht.

Ferner: licet emtor rei suum adposuerit signum: z. E. das Weinfas oben auf dem Spund versiegelt hat: dies hebt das Messen nicht auf; denn es kann in der Absicht geschehen, daß mir die res vendita nicht vertauscht oder verfälscht werden soll.

Excipe tamen: wenn der Emtor in mora versirt, so soll der Venditor weiter nichts als dolum et culpam latam tragen, und das Periculum trägt der Emtor. L. 5. D. h. t.

Ja es kann sich der Venditor des remedii ex L. 1. §. 3. h. t. bedienen.

Es besteht darinn, daß in diesem Fall der Venditor, wenn er seine Gefäße braucht, die rem venditam ausschütten kann, an jedem Ort, wo es ihm gelegen ist. Ulpianus sagt freylich, besser thut er, wenn er es unterläst; allein dies ist nur eine Suasio legis, und hebt die Befugnis nicht auf.

c) Si res ad gustum vendita, et nondum degustata perierit. Ratio: quia adhuc emtor rem improbare potest.

d) Si genus venditum et species tradenda nondum certa sit. Das deutliche Beispiel ist von den Pferden herzunehmen, wo große Stuttereien sind.

e) Wenn der Kauf ein alternativischer Kauf ist: z. E. emo a te Stychum aut Servilium. Hier soll der Emtor nicht eher den Casum tragen dürfen, als bis beide Sachen zu Grunde gegangen sind.

§. 1037.

§. 1037. Periculum est damnum, quod casu fortuito ortum. Andere Schäden also trägt der Emtor nicht:

1) Also damnum quod dolo aut culpa levi ortum, non emtor, sed venditor sentit: z. E. ich habe dir deine Rosinante abgekauft, kann sie aber noch nicht nehmen; nun giebst du ihr mehrere Tage lang kein Futter, so daß die arme Rosinante crepirt; da must du den Schaden tragen; denn du konntest den Aufwand gar wohl ersetzt verlangen.
2) Wenn der Venditor in mora tradendi versirt.
3) Wenn die Sache ex antiquo vitio zu Grunde gieng; denn da ists keine res invitiosa, welche er zu praestiren schuldig war.

§. 1038. Der Emtor trägt regulariter das Periculum; also auch alle andere Onera, sobald der Kauf perfect ist.

Daher ist er verbunden, den Aufwand, den der Venditor nach geschlossenem Kauf zur Conservation der Sache gemacht hat, zu ersetzen. Dagegen kann er auch augenblicklich alle Fructus verlangen; und mithin muß ihm der Venditor Rechnung ablegen und alle Accessiones mit der Hauptsache tradiren.

LIB. XVIII. TIT. VII.

De servis exportandis.

§. 1039. Der Venditioni servorum können verschiedene Pacta angehängt werden. Die Lehre davon hat aber bei uns keinen sonderlichen Nutzen mehr. Inzwischen lassen sich aus dem Titel doch viele Argumenta ziehen. Denn wir verkaufen wohl die homines proprios nicht einzeln; aber doch mit dem Gut, wenn sie nämlich glebae adscripti sind. In der Rücksicht hat also der Titel doch seine Anwendung.

Noch ist zu merken: daß der Servus um der Sicherheit seines Herrn willen exportirt wurde.

LIB. XIX. TIT. I.

De actionibus emti venditi.

§. 1040. Die Actiones, die des Kaufs wegen angestellt werden können, sind entweder civiles oder honorariae. Von letzteren haben wir zwey, nämlich die Actionem redhibitoriam und die Actionem quanti minoris. Beide kommen erst im Libro XXI. vor und gehen theils ad rescindendum, theils ad emendandum contractum.

Die Actiones civiles aber zwecken auf Erfüllung des Contrakts ab, und hier ist zu bemerken:

1) Wenn der Venditor contra emtorem klagt, so heist die Klage: actio venditi.
2) Klagt aber der Emtor contra venditorem, so heist sie: actio emti.

Von beiden wird in specie in den zween folgenden §§. gehandelt.

Anmerkung. Vielmals findet man die Namen dieser Klagen in den LL. verwechselt; dadurch müssen wir uns nicht irre führen lassen: Z. E. L. 13. §, 25. h. t.
L. 26. 66. §. penult. de edicto aedilitio.

§§. 1041 — 42. Hier ist nun von den Klagen selbst die Rede. Die Begriffe sind gut auseinander gesetzt. Wir merken nur noch an: auf Rescission kann nie durch diese Klagen gedrungen werden, sondern blos auf Erfüllung der Verbindlichkeit. Aber, ich mag entweder als Käufer, oder als Verkäufer agiren, so muß ich auf meiner Seite schon erfüllt haben, oder augenblicklich zu erfüllen bereit seyn. Denn hab ich nicht erfüllt, so setzt mir der Beklagte die Exceptionem non adimpleti contractus entgegen.

§. 1043. Die Actiones emti und venditi stehen nicht nur den Contrahenten, sondern auch denen Erben zu; daher sind sie:

1) Actiones in heredes transitoriae.

2) Der

2) Der Käufer muß sein Kaufgeld bezahlt haben, oder wenigstens bereit seyn, es zu erlegen. Denn man muß ja im Libell zeigen, daß man habe bezahlen wollen.

Depositio ist in der Regel keine Bezahlung, aber wenn der Venditor in mora ist, da gehts an.

3) Der Venditor muß erst die verkaufte Sache tradiren oder wenigstens bereit seyn sie zu tradiren; sonst steht ihm die Exceptio non adimpleti contractus oder implementi non secuti entgegen. Diese Klage schiebt den Beweis auf den Beklagten.

Ein anders aber ists, wenn eine Exceptio non debito modo adimpleti contractus vorgeschützt wird, da muß der Excipiens beweisen. Ratio; Denn diese Exceptio ist keine Exceptio mere negativa.

LIB. XIX. TIT. II.

Locati conducti.

§. 1044. Locatio conductio (Mieth- oder Pacht-Contract) — est contractus consensualis de rei usu l. operis pro certa mercede praestandis. Die Contrahenten sind: Conductor — Miethmann, der das Miethgeld entrichtet, Locator — Miethherr, der es bekommt. Wenn der Conductor ein Haus oder Zimmer gemiethet hat, heist er: Inquilinus; hat er aber ein Stück Land gepachtet — Colonus-Pachter.

§. 1045. Locatio conductio est contractus consensualis; ergo solo consensu perficitur, ergo solennia verba, solennis scriptura ist nicht zum Wesen des Contrakts erforderlich, nisi contrahentibus placuerit, besser: nisi ita pacti sint contrahentes, ut ex contractu obligati esse nolint, antequam scriptura super eo confecta fuerit. Dies hat den Effect, daß der Consensus pro nondum declarato zu achten, bis z. E. der Pachtbrief ausgefertigt ist. Uebrigens kann ein Miethkontrakt l. expresso l. tacito consensu geschlossen werden, und zwar:

1) gleich Anfangs: quando quis rem pro mercede locari solidam occupat: z. E. wenn sich einer auf die Post setzt und vorher nicht ausmacht, was er zahlen soll.

Locarium — das Mieth- oder Pachtgeld wird entweder per legem — wie z. E. das Postgeld; oder per arbitrium iudicis bestimmt: z. E. wenn kein Lex da ist und es zieht einer in mein Haus.

2) Kann tacito consensu ein Miethkontract continuirt werden, und dies heist: relocatio tacita — wenn nach geendigter Miethzeit der Pachter in der gemietheten Sache bleibt, ohne etwas zu sagen. Davon die Regel: eine solche Relocatio versteht sich unter eben den Bedingungen, die bei Anfang des Contracts verabredet worden. Doch aber schrenkt Hellfeld den Satz ein: es verstünde sich nur von denen Bedingungen, die ab arbitrio contrahentium dependiren, und also nicht von denen, die ab arbitrio tertii dependiren: z. E. So ist es bei Pachtungen gewöhnlich, daß der Pachter öfters einen Bürgen stellen muß; wenn die Zeit da ist, so muß der Bürge sich von neuem verbürgen.

Qu. Auf wie lange Zeit versteht sich denn aber eine solche relocatio tacita?

Rsp. Einige behaupten: auf eben so lange, als bei der ersten locatione bestimmt worden. So — Heineccius. Allein sec. L. 13. §. 11. D. h. t. ist dies falsch. Da ist zu distinguiren. Das tempus relocationis ist:

1) entweder gleich bei der ersten locatione mit festgesetzt worden; da geht es nach der Festsetzung. Dahin zielen die letzten Worte des allegirten Gesetzes.

2) Oder das ist nicht; so muß wieder distinguirt werden.

a) Inter relocationem praedii rustici. Da ist die Regel: ad id tempus facta videtur, quo fructus pleni percipi possunt. Das ist gewöhnlich ein Jahr; doch bei manchen Gütern auch drey Jahre.

b) inter relocationem praedii urbani. Da gilt die Regel: Ab utroque contrahente singulis momentis haec relocatio revocari potest: z. E. Du wohnst in meinem Hause. Da entsteht keine Confusion, wenn wir von einander kommen. Nur soll der Hausherr und der Miethmann einander civiliter begegnen. Das ist nicht grammatice zu nehmen. Es heist nur: der Richter soll darauf dringen können, daß der Inquilinus ausziehe. Er muß

ihm

ihm aber so viel Zeit lassen, daß er nach Umständen sich um eine ihm anständige Wohnung umsehen kann. Zieht er effluxo termino nicht aus, so giebt der Richter noch einen kurzen Termin, und will der Inquilinus noch nicht wandern, so läst der Iudex seine Meubles aussetzen.

Jedoch versteht sich von selbst, wo es nicht an manchen Orten per leges et consuetudines anders verordnet ist.

§. 1046. Locatio conductio hat ebenfals drey Essentialia, welche große Aehnlichkeit mit den Essentialibus des Kaufkontracts haben. Das erste ist:

1) Consensus. Daraus folgt:

a) Alle Personen, die consentiren können, können in der Regel pachten und verpachten. Ausgenommen sind folgende Personen;

α) Curiales — dies waren bei den Römern die Senatores in den Municipal-Städten. Sie hiessen auch Decuriones.

β) Milites — et clerici; Ratio: damit sie nicht von ihrem Amte abgehalten werden möchten.

γ) Vormünder, ehe sie ihre Vormundschafts-Rechnung abgelegt haben, sollen nicht res fiscales pachten können, Ratio: damit der Fiscus nicht in Collision mit dem Pupillen komme; denn der Pupille hat ein Pignus qualificatum auf das Vermögen des Vormunds.

δ) Handwerker die ein Geräusch machen, sollen nicht neben den Wohnungen der Gelehrten einmiethen können.

Rebuff hat dies beweisen wollen ex lege unica C. de studiis liberalibus.

Allein es steht kein Wort davon drinnen, nur dies: daß zu Constantinopel die Schulen und Wohnungen der Lehrer nicht zu nahe zusammen gebauet werden sollen, damit die Lehrer von den Schülern nicht gestört werden möchten. Es ist also kein Grund da; aber auf den meisten Universitaeten ist es Observanz, daß die opifices strepiferi an den Wohnungen, die den Docenten einmal eigenthümlich gehören, ihre Werkstätten nicht errichten dürfen.

b) Dolus vis et metus machen den Mieth-Contract ungültig.

c) Niemand kann ad locandum l. ad conducendum gezwungen werden.

Excipe tamen:

α) Wenn es salus publica erfordert: z. E. tempore incendii werden die Pferdphilister gezwungen ihre Pferde herzugeben. Auch in dem Ort, wo die Kaiserwahl geschieht, müssen die Leute ihre Häuser hergeben.

β) Die Bauern müssen an gewissen Orten eine Zeitlang vorher in dem Hof des Gutsherrn dienen.

§. 1047. Das andere Essentiale ist:

2) Usus rei l. operae. Wir haben daher zweyerley Arten von Mieth-Contract. Locantur enim aut res aut operae.

Im ersten Fall haben wir locationem conductionem rerum, im zweyten locationem conductionem operarum.

I. Qu. Welche Sachen können verpachtet werden?

Rsp Omnes res quae in commercio hominum sunt et usum praestant absque abusu; also alle res non fungibiles. Ratio: Bei rebus fungibilibus müste der Pachter Dominus werden; daher können fungibiles nicht das Obiect des Miethkontracts seyn.

Nach dem Iure communi können nicht verpachtet werden:

1) Servitutes reales — vrrsteht sich absque praedio dominante.

2) Servitutes usus — weil er nur hat, was er zu seiner Nothdurft brauchr.

3) Das Münz-Regal nach den Reichsgesetzen.

4) Nach gewissen Landesgesetzen auch die Jagd; Ratio: denn durch die Verpachtung wird sie gemeiniglich ruinirt.

Uebrigens können verpachtet werden:

1) res propriae et alienae. Sogar der Pachter kann die verpachtete Sache wieder verpachten. Dies heist: Afterpacht-sublocatio et subconductio, i. e. conductio rei a tertio locatae. Jedoch versteht sich hier: nisi aliter conventum sit.

2) Der

2) Der Pachter kann ferner alle Accessoria von der verpachteten Sache praetendiren, wenn sie nicht ausgenommen worden. Nach der Regel: veniunt per universitates conductionum, quae per se venire non possunt. Z. E. die Iurisdiction kann nicht verpachtet werden, wenn sie aber auf einem Gut haftet, so kann sie mit dem Gut zugleich verpachtet werden. So auch das ius patronatus. Doch bei letzterm wird es hodie nicht praesumirt. Ratio:
1) die Kirchengebete werden nicht auf die Pachter eingerichtet.
2) Weil die Pachter meistens ein Inventarium von den Stücken bekommen, die sie pachten.

Daher wenn das ius patronatus nicht im Inventario mit steht, so kann es vom Pachter nicht praetendirt werden.

§. 1048. II. Locatio conductio operarum. Die operae müssen illiberales seyn; nam operae liberales sunt locari non solitae.

Illiberales sunt, quae magis corpore quam ingenio praestantur. Liberales operae sind deswegen kein Object des Miethcontracts, quia inaestumabiles censentur. Das Negotium wäre im letzten Fall: contractus innominatus l. do ut facias l. facio ut des. — Die Operae werden hier versprochen:
1) l. simpliciter — dies heist locatio conductio operarum in specie. Z. E. Unsere Domestiken, Aufwärterinnen.
2) l. ad certum opus perficiendum — locatio conductio operis. Hier bekommen beide Contrahenten diverso respectu den Namen Locator und Conductor zugleich. Denn ich kann hier distinguiren die operas und das opus perficiendum. Was das Opus betrift, so kann wieder unterschieden werden:
A) is, qui opus faciendum curat — der heist locator operis, z. E. der Bauherr.
B) et is, qui illud facit — conductor operis, z. E. der Baumeister.

Wenn ich aber die Operas betrachte, so sehe ich
1) entweder auf denjenigen, der die Dienste leistet — der heist: locator operarum, z. E. der Baumeister.

2) Oder auf denjenigen, dem sie geleistet worden — conductor operarum, z. E. der Bauherr.

Hieraus sehen wir: der locator operarum und conductor operis ist eine Person: z. E. der Zimmermeister Thaler, der meinem Onkel eine Kegelbahn in seinem Garten anlegt; und der conductor operarum und locator operis ist wieder eine Person, nämlich mein Onkel, der die Kegelbahn anlegen läßt.

§. 1049. Das dritte und letzte Essentiale ist:

3) Merces (Pacht- oder Miethgeld). Merces est certa et determinata pecuniae numeratae summa.

Qu. Ob Merces schlechterdings im baaren Geld bestehen müsse?

Rsp. Die Doctores distinguiren zwischen der locatione rerum et operarum. Wenn bei letzterer statt des baaren Geldes etwas anders gegeben würde, sagen sie, so sey es offenbar kein Miethcontract, sondern contractus innominatus. Bei der locatione rerum aber ist ein Dissensus.

1) Einige z. E. Hellfeld behaupten: es müsse der Merces schlechterdings in Geld bestehen.

2) Andere: es können auch Früchte gegeben werden.

Conf. Strauss diss. de pecunia numerata in locatione conductione necessaria.

Wir distinguiren; der Pachter hat entweder vorher Geld versprochen und nachher Früchte dafür gegeben — da ist es unbedenklich ein Miethcontract zu nennen; nam in diiudicandis contractibus semper ad initium eorum spectandum est.

Anmerkung: Hieher rechnen die ICti den L. 35. §. 1. in fine h. t. Allein so gar klar ist der Lex nicht: oder das ist nicht — da ist die Sache sehr zweifelhaft ob Leg. 28. h. t.; denn da wird von colonis partiariis der Ausdruck locari gebraucht.

Coloni partiarii sunt ii, qui pro certa quantitate fructuum praedium alicuius duxerunt.

Man kann aber auch von den colonis partiariis zwey Fälle unterscheiden. Sie haben

2) aut *partem quantam* fructuum zu entrichten, i. e. einen absolute bestimmten Theil: z. E. der Pachter soll mir 100 Scheffel Korn von den Früchten geben, die er bauen wird

wird. Hier behaupten viele des allegirten Legis wegen, daß es eine locatio conductio sey. Wir glauben aber, daß es vielmehr ein vermischtes Negotium sey, und also ein contractus innominatus. Im Lege 21. h. t. wird das Wort in sensu latissimo genommen.

2) aut *partem quotam*, i. e. denjenigen, der nur relative bestimmt ist. Z. E. der Pachter soll mir die Hälfte von den Früchten geben, die er bauen wird. Da ists klar: daß die coloni partiarii nicht den Pachtcontract, sondern societatem unter sich errichtet haben; Ratio: weil gar kein merces bestimmt worden, sondern lucrum und damnum unter ihnen statt findet.

Zu Ende des Phi merke: Merces hat die nämlichen Requisita, die das Kaufgeld hat. Merces muß seyn iusta, vera et certa.

§. 1050. De obligatione contrahentium in locationis conductionis contractu. Er ist ein contractus bilateralis; also sind beide einander verbindlich und zwar müssen sie einander culpam levem praestiren, weil sie beide Vortheile aus dem Negotio haben. Besondere Verbindlichkeiten hat der Locator, und besondere der Conductor, wovon §. 1051—1056. die Rede seyn wird.

§. 1051. I. Obligationes locatoris rerum. Locator rerum obligatus est

A) ut rem ad usum habilem praestet. Z. E. Du hast eine Stube gemiethet, ich muß Dir also eine geben, die Du bewohnen kannst. Wenn nun dies nicht geschieht; so wird der Locator entweder casu gehindert: z. E. das Haus brennt ab: so kann dem Locatori nichts zur Last gelegt werden; aber der Conductor ist auch kein Miethgeld zu geben schuldig; ja er kann auch per condictionem indebiti, solches, wenn er es schon gegeben, wieder zurückfordern. Oder das ist nicht. Hier ist der Unterschied zu bemerken: die Hinderniß rührt

a) l. ex dolo s. culpa locatoris her; da muß der Locator id quod interest praestiren. Z. E. ich miethe ein Zimmer und da ich im Herbst einziehen will, ist kein Ofen darinnen.

b) l.

b) l. ex dolo ſ. culpa conductoris. Da muß er gleichwohl das Miethgeld bezahlen: z. E. Bruder Studeo ſchwänzt, da er bei mir einziehen ſoll.

§. 1052. B) Iſt der locator rerum verbunden, die zum Gebrauch dienliche Zeit zu laſſen, ſo lange die Miethzeit dauert. Alſo darf er den Miethmann nicht vertreiben; auſer wenn die Regel applicirt werden kann: daß ſich alle Pacta nur rebus ſic ſtantibus verſtehen; i. e. wenn dem Verpachter eine unvorhergeſehene, unvermuthete Noth in die Umſtände verſetzt, daß er ſein Zimmer, ſein Gut, das er verpachtet hat, ſelbſt braucht.

Merke: 1) unvorhergeſehen muß die Nothdurft ſeyn;
2) indigeat, i. e. unumgängliche Nothdurft muß es ſeyn, die den Pachter vertreibt. Alſo ein Vortheil, Commoditas für den Locator iſt nicht hinreichend.

Conferatur Struben in rechtlichen Bedenken part. 2. Nr. 34.

3) Kann der Pachter vertrieben werden: ſi merces non ſoluta ſit per biennium.
4) Wenn er die Sache phyſiſch oder moraliſch mißbraucht. — Phyſiſch, wenn die Sache zu Grunde gerichtet wird; moraliſch — wenn er den Geſetzen zuwider lebt, z. E. Huren hält.
5) Wenn eine nothwendige unaufſchiebliche Reparatur erfordert wird, da muß der Inquilinus weichen. Doch kann der Locator dies alles nicht eigenmächtig thun, ſondern es muß geſchehen *ſub auctoritate iudicis*, ſonſt wäre es ein ſpolium, quod ante omnia reſtituendum eſſet.

§. 1053. C. Iſt der locator rerum verbunden, den Conductorem zu entſchädigen;
1) wenn ihm der Schade dolo l. culpa levi locatoris zugefügt worden. Wenn aber der Pachter ohne Erinnerung Gebäude übernimmt, ſo iſt zu vermuthen, daß er ſie in gutem Stand bekommen, und daß er alſo ſelbſt Schuld daran ſey, wenn ſie jetzt in Baufälligen Zuſtand ſind.
2) Muß er ihn entſchädigen ratione impenſarum utilium et neceſſariarum.
3) Muß er ihm die Onera reſtituiren. Doch nicht indiſtincte. Onera haften:

1) ent-

1) entweder auf der Substanz der rei locatae. Dies sind z. E. Steuern, Grundzinnse ꝛc. Diese muß der Verpachter tragen, denn er ist Dominus und bekommt die Früchte oder doch Mercedem.
2) Oder das ist nicht. Hieher gehören z. E. die Kopfsteuern, der Zehende von den Früchten ꝛc. diese muß der Pachter tragen.

Qu. Wie ist es aber mit den Kriegscontributionen?

Rsp. Beide müssen sie gemeinschaftlich tragen; denn sie gereichen zum Nutzen beider, weil das Brennen und Sengen dadurch vermieden wird.

§. 1054. II. Locatoris operarum obligationes. Dieser ist verbunden die operas debita diligentia zu praestiren; wo nicht das Negotium von äuserster Wichtigkeit ist. Wenn nun aber die Operae nicht mit gehörigem Fleis praestirt werden, so liegt der Grund entweder auf Seiten des conductoris operarum, da muß der Conductor dem Locatori demohngeachtet sein Miethlohn geben; denn er ist daran Schuld, daß der Locator keine andere Dienste hat annehmen können, Oder der Grund liegt auf Seiten des locatoris operarum. Hier ist zu distinguiren. Der Locator ist
1) entweder casu gehindert z. E. krank worden. Da kann der Conductor id quod interest nicht praestirt verlangen, aber der Locator bekommt auch keinen mercedem. Contra Leyserum spec. 212. med. 5. welcher in Strubens rechtlichen Bedenken part. 1. Nr. 79. seine Widerlegung findet.
2) Oder er hindert den Conductorem dolose l. culpose, z. E. er macht sich unsichtbar. Hier hat er seinen mercedem verlohren und muß id quod interest praestiren.

§. 1055. Ein locator operarum ist den Casum zu praestiren nicht schuldig. Excipe:
1) wenn es kein casus mere talis ist. Z. E. wenn die Arbeit nicht gehörig praestirt worden und das Gebäude stürzt zusammen. Da wird nach dem L. 8. C. de operibus die Vermuthung angenommen: das Gebäude stürzt vor 15 Jahren ein — so wird praesumirt, daß der Baumeister daran Schuld sey, salva tamen probatione contraria;

traria; oder nach den ersten 15 Jahren; so wird vermuthet, daß er nicht daran Schuld sey salva tamen probatione contraria.

2) Si quis opus per approbationem l. mensuram praestandam conduxit et ante casus superveniat. Z. E. ich bestelle mir ein paar Pistolen die 200 Schritte weit tragen sollen; ehe ich sie aber probirt habe, gehen sie dem Büchsenmacher verlohren. Da muß der Handwerksmann, Fabrikant den Casum tragen. —

3) Wenn ers pacto auf sich genommen hat — da ists per se.

4) Wenn die Sache, woran der locator operarum seine Dienste leisten soll, nicht in specie, sondern in genere restituirt werden soll: z. E. der Müller braucht mir meine Gerste nicht in specie zu restituiren, sondern ich muß zufrieden seyn, wenn ich nur wieder Malz bekomme, mithin muß er den Casum tragen; Ratio: quantitates et genera non pereunt.

§. 1056. III. Obligationes conductoris. Der ist

1) verbunden: das Pacht- und Miethgeld zu entrichten. Hier hat man sich besonders in Acht zu nehmen, daß man bald ausmacht, wer die Unglücksfälle tragen soll.

Qu. Wie ist es da, wenn er wenige oder gar keine Früchte baut? Die Gesetze sagen: daß er Erlas bekommen soll.

Qu. autem: Wenn dieser Erlas vom Pachter gefordert werden könne? Rsp. Daß der Pachter die gehörigen Früchte nicht bekommen, davon liegt die Ursache

a) in sua ipsius culpa — hier kann er keinen Erlas verlangen und wenn er nur in culpa levissima wäre. Culpa levis praestatur, wenn einer dem andern den Schaden ersetzen soll, hier ist aber davon die Rede, daß einer den Schaden selbst tragen muß, da gilt die Regel: damnum quod quis sua culpa patitur, non sentire videtur.

b) l. in ipsius fundi natura, z. E. das Gut giebt sua natura wenig Früchte. Hier kann er keinen Remiss praetendiren, auser ob laesionem enormem oder wenn er dolose betrogen worden.

c) l.

c) l. in casu. Z. E, daß große Dürre eingefallen, daß der Hagel die Saaten hingemäht, oder Heuschrecken sie abgefressen haben ꝛc. Da ist zu distinguiren. Er hat

α) entweder gar keine Früchte bekommen. Hier ist er auch kein Pachtgeld zu entrichten schuldig; denn er hat nichts percipirt. Aber lucrum cessans kann auch der Pachter nicht von dem Locatore verlangen, wie einige erträumen wollten.

β) Oder er bekam doch einige Früchte. Hier distinguiren die Doctores noch einmal inter fructus perceptos et nondum perceptos. Betrift der Casus letztere, so kann er Erlas fordern, quia fructus non plane separati erant a fundo. Betrift er aber erstere, so muß der Pachter den Casum tragen; denn er ist durch die Perception dominus von den Früchten worden. Casum sentit dominus.

Doch ist hier wieder strittig: wenn können fructus percepti heisen? Gewöhnlich sind es diejenigen, qui a fundo separati sunt; also geschlagenes Holz, geschnittenes Getraide. Einige sagen ohne Grund: fructus wären erst percepti, wenn sie ausgedroschen wären.

Allein diese letztere Eintheilung wird von Struben part. III. in rechtlichen Bedenken und von Leyser verworfen. Sie sagen, der Pachter könne hier indistincte Erlas praetendiren, weil die Gesetze den Grund auf die Billigkeit setzten, die Billigkeit aber finde in beiden Fällen statt; ergo etc.

Noch ist die Frage übrig: wie der Erlas zu ertheilen sey? Rsp.

1) Die Früchte (wenn welche gebaut worden sind) müssen taxirt werden.

2) Die Impensae und das Pachtgeld muß berechnet werden. Doch darf er die impensas fructuum causae factas, z. E. Saamen, Ackerlohn ꝛc. nicht in Rechnung bringen; sondern diejenigen, die er auf die Substanz, z. E. das Vieh ꝛc. gewendet hat.

3) Wird der Ueberschlag gemacht, ob die Früchte weniger betragen, als die Impensae und das Pachtgeld; und so viel bekommt er Erlas; betragen die Früchte nicht weniger, so bekommt er gar keinen Erlas.

4) Uber-

4) Ubertas unius anni compensanda est cum sterilitate alterius anni. Alle Pachtjahre müssen daher berechnet werden.

§. 1057. Das Pachtgeld muß zu rechter Zeit bezahlt werden. Das Tempus ist entweder in contractu bestimmt worden, z. E. alle ½ Jahr, alle Jahr; da gehts nach dem Contract; oder das ist nicht. Hier ist zu distinguiren inter locationem rerum est operarum. Bei ersterer wird das Pachtgeld vor völliger Nutzung des Praedii nicht bezahlt. Bei letzterer kann der Locator seinen Miethlohn pro rata temporis praetendiren.

Das nämliche gilt bei der locatione operis, wenn sie per aversionem, in Bausch und Bogen geschehen. Z. E. für 1000 Rthl. will ich Dir ein Haus bauen.

§. 1058. Das ganze Pachtgeld muß an den Verpachter entrichtet werden und wenn auch der Pachter vor geendigtem Pacht davon gehen wollte. Es müste denn seyn, daß der Pachter iustam deserendi causam haben müste, i. e. wenn sich Umstände ereignen, weswegen er die gepachtete Sache nicht nutzen könnte. Z. E. bei feindlichen Einfällen, Brand, graßirenden Seuchen. Daß es mit den lieben Gespenstern hodie nichts mehr zu schaffen giebt, haben wir dem Thomasius zu verdanken.

Der Pachter darf das Gut nicht verlassen, wenn er etwa weniger Früchte baut, denn er bekommt ohnehin da Erlas.

§. 1059. 2) Ist der conductor operarum verbunden: ut rem conductam debita diligentia per totum tempus conductionis custodiat et conservet. Hingegen haftet er nicht pro damno casuali. Ratio: Es ist de re domino restituenda die Rede; casum sentit dominus. Doch ists anders, wenn der Pachter das Damnum übernimmt. Es hüte sich aber jeder Pachter den Schaden zu übernehmen, der durch ihn oder die Seinigen entstehen sollte. Denn er kriegt bei Feuersbrünsten die Vermuthung wider sich, daß er den Brandschaden ersetzen muß, so lange er nicht beweisen kann, daß es nicht culpa sua et suarum geschehen; und wie schwer hält das?

Prae-

Praesumitur enim: incendia plerumque culpa inhabitantium fieri. Hat er aber dies Pactum nicht gemacht, so haftet er pro familia sua nicht. Beim contractu socidae muß der Pachter den casum tragen.

Contractus socidae ist ein aus Kauf und Mieth vermischtes Negotium und ein Vertrag, nach welchem der völlige Gebrauch und das Eigenthum von einer bestimmten Anzahl Vieh gegen ein gewisses Miethgeld dergestallt auf einen transferirt wird, daß nach geendigtem Contract eben die Anzahl von Vieh restituirt werden soll. Dies heist das eiserne, oder Standvieh, weil es angesehen wird, als ein pars praedii. Es wird dem Pachter auf die Art übergeben, daß es taxirt und der Pachter verbunden wird, bei geendigtem Contract eben so viel wieder zu restituiren.

Den Casum muß er hier tragen; denn er ist kein debitor speciei, sondern ein debitor generis.

§. 1060. Der Conductor ist verbunden

3) die Sache nach verflossener Pachtzeit in specie zu restituiren; es müste denn iusta causa retentionis vorhanden seyn: z. E. impensae necessariae, der zufordernde Erlas ꝛc. Nur müssen seine Forderungen liquid seyn; sind sie nicht liquid, so wird ihm vom Locatore Caution gestellt (durch das Gut) und dann muß er weichen.

Hat er keine hinlängliche causam retinendi oder weswegen er nicht abgehen will, so muß er id quod interest praestiren, und räumt er das Gut nicht bis zur Sentenz, so soll er nach dem L. 34. C. h. t. den Werth des Guts bezahlen. Allein doch sagt Hellfeld, dies ist eine poena privata und findet nicht statt; ihn refutirt Berger in Oeconomia Iuris Libr. III. Tit. 4. §. 24. et Brunnemann centur. 3. decis. 85.

Die Restitution kann nicht aufgehalten werden

1) per exceptionem dominii tertii, auch
2) nicht per exceptionem dominii sibi competentis; der Grund davon war schon da.

§. 1061. Der Pachtcontract endigt sich,

1) wenn die Pachtzeit verlaufen;
2) soluto iure locatoris; resoluto enim iure concedentis resolvitur quoque ius acquirentis. Z. E. ein Vasal

hat sein feudum verpachtet und der Lehensmann stirbt, da fällts an die Agnaten. So auch, wenn der Maiorats-Herr stirbt.

Keineswegs aber wird der Pacht geendigt morte contrahentium. Ausgenommen: es müste denn bei der locatione operarum

1) auf Personen und ihre Qualitäten gesehen gewesen seyn;
2) oder es müste dem Contract qualitas precarii beigefügt seyn, i. e. daß er ad lubitum solle aufgehoben werden können.

Obligationes vero non transeunt in successores singulares; so auch wird ein Successor ex locatione antecessoris nicht verbunden. Ratio: der Pachter hat

1) kein ius reale;
2) Er hat auch in Absicht auf den Emtorem kein ius personale.

So deutlich dies scheint, so giebts doch viele, die das Gegentheil behaupten. Conferatur Nettelbladts Beiträge zur juristischen Litter. Historie p. 525.

In Hamburg gilt das Gegentheil und an andern Orten nicht weniger.

§. 1062. Der Successor singularis wird durch den Pacht- oder Miethcontrakt seines Antecessoris nicht verbunden. Folglich extradirt er auch die rem locatam nicht, wenn sie nicht schon vorher ad usum extradirt ist. Ist aber der Pachter schon in dem Besitz derselben, so hat der successor singularis verschiedene remedia ihn heraus zu treiben. Dahin gehört: das Interdictum unde vi, die Reivindication, die Condictio sine causa et ex L. 9. C. locati, welches letztere Mittel das stärkste darunter ist.

An dem Satz: Kauf geht vor Miethe, hat am ersten Zollius gezweifelt. Gerhard aber hat ihn widerlegt und die Sache auser allen Zweifel gesetzt. Ja, wenn sich auch der Locator durch ein besonderes Pactum anheischig gemacht hätte, den Conductorem vor dem 9. Jahr nicht zu vertreiben, so obligirt es doch den Emtorem nicht.

Anmerkung: So wie der successor singularis nicht verbunden ist, den Pachter im Pacht zu lassen, so ist letzterer nicht schuldig, darinn zu bleiben. Ratio: was einem Recht

Recht ist, ist dem andern billig. Conf. Beck de conductore contra locatorem iuste retorquente paroemiam: Kauf geht vor Miethe. Altdorf 1745. So wie der Locator sagen kann: migra colone! so kann dieser retorquiren.

Den Regress kann der Pachter an seinem Verpachter nehmen:

1) wenn er ohne Noth veräusert hat;
2) wenn er sein ius temporarium verschwiegen hat: z. E. er hatte das Gut zwar an sich gekauft, aber nur sub pacto de retrovendendo. Diesen Umstand hätte er dem Pachter sagen sollen.

§. 1063. Ein Successor singularis kann den Pachter austreiben; excipe tamen:

1) wenn der Pachter vom Fisco gepachtet hat, so muß er vollkommen Sicherheit haben. Dies ist ein Privilegium fisci. Die Rechtslehrer fügen noch hinzu:
2) wenn der successor singularis ein solcher ist, der nur ob damnum infectum in res alterius immittirt wird. Denn die Immissio giebt kein Dominium; also kann der Immissus auch die Pachtleute nicht austreiben.
3) Wenn das pactum de non alienando intra tempus conductionis beigefügt, und zur Sicherheit die Hypothek darauf constituirt worden; Ratio: die Hypothek ist ein reale, sie kann also gegen jeden exercirt werden. Allein wir haben schon bei dem vorhergehenden §. bemerkt, daß dies alles nichts hilft. Eine wahre Ausnahme aber ist noch:
4) wenn der successor singularis sich selbst verbindlich gemacht hat, den Pacht auszuhalten.

§. 1064. Actiones. Agit ex contractu l. locator adversus conductorem h. c. actio dicitur — locati, l. conductor adversus locatorem — actio conducti. Beide gehen auf Erfüllung der Verbindlichkeit, welche die Contrahenten einander zugesichert haben.

§. 1065. 1) Actiones locati et conducti sunt personales; ergo contra tertium instituí non possunt. Wie also, wenn una eademque res pluribus verpachtet worden? Rsp. Wenn sie einem übergeben ist, so hat dieser den Vor-

zug. Ratio: in pari causa melior est ratio possidentis. Wenn sie aber noch keinem übergeben ist, so geht derjenige vor, der zuerst gepachtet hat.

2) Actio locati kann nicht gegen den Afterpachter angestellt werden, und der Afterpachter kann nicht gegen den Locatorem klagen.

3) Beim Pachtcontract findet kein Näherrecht statt. Z. E. mein alter Pachter wollte jetzt, da ich wieder verpachte, sagen, ich gebe eben so viel, mithin must Du mirs geben; geht nicht an.

Noch merken wir schlüßlich an: daß der Verpachter eines praedii rustici auf die invecta et illata conductoris kein gesetzliches Unterpfand habe, ist aus den Gesetzen klar und allgemein anerkannt. Es scheint aber diesem Satz der L. 5. C. de locat. conduct. entgegen zu stehen; denn es heist daselbst: certi iuris est, ea, quae voluntate dominorum coloni in fundum conductum induxerint, pignoris iure dominis praediorum teneri. Quando autem domus locatur, non est necessaria in rebus inductis l. illatis scientia domini, nam ea quoque pignoris iure tenentur.

Jedoch fällt dieser scheinbare Widerspruch wieder hin, wenn man annimmt, daß im Gesetz von einem stillschweigenden conventionellen Unterpfand die Rede sey. Balduin, Donellus, Bachov, Weber und andere Rechtslehrer stimmen dieser Meynung bei und sie ist wirklich die beste.

LIB. XIX. TIT. III.

De aestumatoria.

§. 1066. Contractus aestumatorius (Trödelcontract). Es ist dubiös, was dies für ein Contract sey. Einige halten ihn für regulair, andere nicht; einige pro nominato, andere pro innominato. Conf. Müllers vindiciae contractus aestumatorii secundum eos, qui in nominatorum numerum asserunt etc. Lipsi. 1778.

Hellfeld gehört zu denen, welche behaupten, daß es ein contractus regularis sey. Er sagt: est conventio, quo alicui

alicui res traditur pro certo pretio aestumata ita, ut aut rem restituat, aut pretium aestumatum solvat. Dieser Contract hat nun eine grose Aehnlichkeit mit dem Kauf, ist aber doch kein Kauf. Denn beim Kauf muß ich schlechterdings pretium erlegen; hier hab ich alternative die Wahl.

Er ist der locationi conductioni ähnlich — wenn der Tröddler einen mercedem bekommt; ähnlich dem Mandato, wenn er nichts bekommt.

Unterschied: dem Tröddler wird die Sache mit der Absicht, das Dominium zu transferiren, gegeben; allein beim Mandato ist dies nie. Andere behaupten: er sey irregularis und könne eingegangen werden: entweder so, daß dem Tröddler die zu verkaufende Sache gegeben wird sub conditione, ut aut pretium solvat, aut venditione non secuta rem reddat; oder so, daß dem Tröddler eventualiter die Sache verkauft wird, daß, woferne er nicht rem restituirt, er verbunden seyn soll, sie für das und das Geld zu behalten.

Unterschied: im ersten Fall hat das negotium naturam mandati seu locationis conductionis operarum; also wird in diesem Fall das Dominium weder auf den Tröddler, noch auf den Locatorem transferirt, und der Tröddler trägt das Periculum nicht; im letztern Fall ist es keine bloße locatio conductio, sondern es tritt der Kauf mit ein; mithin muß der Accipiens das Periculum tragen, und so bald der Kauf zur Richtigkeit gedeiht, wird er auch Dominus.

Deswegen nun, weil es zweifelhaft ist, so haben die Römer, omnis dubitationis tollendi causa, eine besondere Action ertheilt und dies ist die actio aestumatoria: ex L. 1. D. h. t. Es ist also kein besonderer Contract gewesen.

§. 1067. Effectus. Sie sind anders auf Seiten des Gebers. Dieser hat nur ein ius personale, daß der Tröddler entweder Geld oder meine Sache wieder bringen soll. Mithin kann der Dans nicht beim Tertio die rem vindiciren. Anders auf Seiten des Accipientis, i. e. des Tröddlers.

1) Der ist instar domini.

2) Muß er omne periculum tragen.

3) Hat aber auch omne commodum, daß er machen kann, und darf,
4) über die Sache libere disponiren.
Im Concurs kommt der Dans in die fünfte Classe.

§. 1068. Der Contractus aestumatorius ist ein irregularis und innominatus. Notable ist es aber, daß er eine Klage führt, die gleichen Namen hat mit dem Contract. Allein sie ist eine Actio praescriptis verbis nach dem L. 1. D. h. t.

Actio est l. directa — die steht dem Danti zu gegen den Trödler, zu dem Ende, daß er die Sache restituire, oder das Pretium hergebe; l. contraria — die steht dem Accipienti zu, zu dem Ende, daß der Dans leisten soll, was er versprochen hat.

LIB. XIX. TIT. IV.

De permutatione.

§. 1069. Die Contractus innominati sind zweyseitige Verträge, welche dadurch, daß der eine Paciscent sein Versprechen erfüllt hat, zum Contrakt worden. Sie haben entweder ein Nomen specificum, i. e. nomen, quod negotium, de quo agitur, designat; oder das ist nicht. Im erstern Fall heissen sie Contractus irregulares, im zweyten regulares.

§. 1070. I. Die Contractus innominati regulares werden nun auf vier Formeln reducirt. Derjenige nämlich, der sein Versprechen erfüllt hat, hat entweder rem, oder factum praestirt.
1) Rem; und zwar in der Absicht, daß der andere wieder eine Sache dafür gebe; dies ist der Contractus: do ut des — so viel als Tausch. Oder in der Absicht, daß der andere ein Factum dafür praestire; so ist es der contractus: do ut facias.

2) Fa-

2) Factum und zwar wieder in gedoppelter Rücksicht. Einmal deswegen, daß der andere wieder ein Factum dafür praestire — facio ut facias; oder deswegen, daß er eine Sache dafür hergeben solle — facio ut des.

§. 1071. II. Irregulares contractus innominati sind drey. Mehrere werden im Iure nicht gefunden.

1) Der Contractus suffragii, quo aulico aliquid datur ut negotium nostrum principi commendet.

Merke: was einer ex officio zu thun verbunden ist, dafür darf er kein Geld nehmen; wo aber das nicht ist, findet dieser Contract statt.

2) Der Contractus aestumatorius.

3) Permutatio (Tausch-Contract) est contractus irregularis, quo alicui res pro re traditur. Nach dem L. 5. §. 1. D. de praescriptis verbis ist dieser Contract mit dem Contractu: do ut des einerley.

Inzwischen hat er Aehnlichkeit mit dem Kauf-Contract; doch ist er darinn vom Kauf unterschieden, daß beim Tausch kein Pretium statt findet; wohl aber pecunia in solle. Uebrigens kann auch der Tausch ob laesionem enormem ex argumento L. 2. C. de R. E. V. aufgehoben werden.

1072. Pro specie permutationis habetur: *Cambium* — das Wechselrecht. Es gehört aber gar nicht in die Pandekten, denn die Perfection des Wechselrechts ist deutschen Ursprungs. Die Sammlung der Wechselordnungen suche bei Siegel in seinem Corp. iuris cambialis. 3 Tom. 1742 — 46. und der vierte Tom. ist vom Professor Uhl zu Frankfurt an der Oder als ein Supplement beigefügt worden.

Conferantur etiam Eisenhardtii elementa iuris cambialis, welche mit in des Heineccii elementis etc. stehen.

Cambium hat drey Bedeutungen:

1) Den Wechsel-Contract,

2) Wechselbrief,

3) Geld; z. E. Laelius hat seinen Wechsel bekommen — subaudi: pecuniam cambialem. H. l. nehmen wir das Wort in der ersten Bedeutung.

Cam-

Cambium:

Es ist also ein Vertrag, nach welchem einem eine Summe Geldes unter Verpflichtung zum Gefängniß und zur promtesten Execution bezahlt werden soll.

Merke vier Personen:

1) Remittens — der Wechselherr — ist diejenige Person, die sich den Wechsel acquirirt, oder ausstellen läst.
2) Trassans — der Wechselaussteller — derjenige, der den Wechselbrief giebt: z. E. ein Kaufmann.
3) Praesentans — der Wechselinnhaber — der auf den Wechselbrief die Bezahlung fordern und beitreiben kann.
4) Acceptans l. trassatus — der Wechselbezahler — der gegen Zurückgabe des Wechselbriefs die darinn enthaltene Bezahlung leistet.

Doch, da ein Mensch plures personas repraesentiren kann, so geht es an, daß beim Wechsel nur drey Personen concurriren, wenn z. E. der Trassans auch der Wechselbezahler oder Acceptans ist. Ja, manchmal concurriren sogar nur zwey Personen — wenn der Remittens und Praesentans eine Person ist: z. E. ich will nach Frankreich reißen und laß mir hier beim Kaufmann einen Wechsel geben.

Zusatz:

Es ist eine streitige Frage: zu welcher Art von Negotiis das Wechselrecht zu rechnen sey. Zum Tausch — geht gar nicht an. Merke daher drey Negotia:

1) Dasjenige, welches zwischen dem Remittente und Trassante eingegangen wird — kann Kauf und Tausch seyn: z. E. ich geb ihm Geld oder Waaren dafür. Es kann auch datio in solutum seyn, wenn er mir schuldig ist.
2) Dasjenige, welches zwischen dem Trassante und Acceptante eingegangen wird — das ist Mandatum. Acceptans ist der Banquier.
3) Dasjenige, welches zwischen dem Praesentante und Trassante eingegangen wird, und das ist constitutum alienum. Constitutum alienum ist ein Pactum, wodurch ich die Verbindlichkeit einer fremden Schuld zu leisten verspreche. (rep. §. 849 und 851.)

Ganz falsch ist es, wenn Leyser und Heineccius, es zum Contractu litterali rechnen; denn da muß nothwendig ein Mutuum oder dotis datio zu Grunde liegen; das ist aber hier nicht.

§. 1073.

§. 1073. Cambium (Wechselbrief) est instrumentum solenne de certa pecuniae summa sub obligatione ad carcerem et paratissimam executionem solvenda.

Requisita:

1) Es muß das Wort: Wechsel darinn enthalten seyn: z. E. Auf diesen meinen Sola-Wechselbrief ꝛc Sola — dies bedeutet, daß der Wechselaussteller nur ein Exemplar ausgestellet habe.
2) Muß nomen acceptantis s. trassati darinn enthalten seyn.
3) Das Datum. Dies schreibt man oben drüber. Adj. — (soviel als: mit Gott) Erlang, den 21. April 1789.

Die verjährten Wechsel gelten nach manchen Wechselordnungen gar nichts mehr; nach manchen haben sie noch das Ansehen einer Handschrift.

4) Tempus solutionis.
5) Der Name dessen, dem die Bezahlung geschehen soll: z. E. Zahle dem Caius oder dessen Ordre so und so viel. — Ordre, i. e. dem er den Auftrag gab.
6) Die Summe.
7) Daß man die Valutam erhalten habe, i. e. pretium, quo cambium redimitur, solutum esse.

Man setzt auch: bin des Werthes wohl vergnügt. Es geschieht aber zuweilen, daß sich einer ohne diese Solennien nach Wechselrecht verpflichtet, i. e. sub obligatione ad carcerem et executionem etc. das heißt: cambium materialiter tale. Wird dies einem andern Contract beigefügt, so heißt es die Clausula cambialis. Dies fügen die Edelleute öfters ihren Contracten mit den Pachtern bei.

§. 1074. Die Wechsel haben ihre Vortheile, aber auch ihre Incommoda. Zu letztern gehört: die geschwinde Verjährung. Zu den Vortheilen gehört:

1) Daß sie bessere Sicherheit geben,
2) das Commercium erleichtern,
3) wenig Mühe machen,
4) Kurzen Proceß und die schleunigste Execution bewirken.

Der Schuldner muß den Wechsel entweder recognoscieren oder abschwören. Geschieht letzteres, so wird der Wech-

sel für falsch gehalten und der Schuldner liberirt. Im erstern Fall aber ist zu distinguiren: Der Wechselschuldner hat:

1) entweder exceptiones in continenti liquidas, z. E. eine Quittung über den bezahlten Wechsel. Hier muß er gehört und der Wechsel zurückgegeben werden.

2) Oder er hat andere Exceptiones; h. c. aut solvere, aut in carcerem migrare tenetur.

Wegen dieser Vortheile geschieht es öfters, daß man auch andere negotia in cambia verwandelt.

Daher werden die Cambia eingetheilt:

1) in cambia propria — wo der Wechselaussteller auch Wechselbezahler ist.

(NB. Gemeiniglich liegt da ein Mutuum zu Grunde.)

2) in cambia trassata — gezogne Wechsel, d. i. wo ein anderer den Wechsel bezahlen soll. Das versteht sich aber, wenn es der andere thun will; daher lassen sich zwey Fälle gedenken: der Trassatus declarirt:

a) daß er den Wechsel bezahlen wolle. Dies heist Acceptatio; der Trassatus bekommt den Namen Acceptans und er schreibt blos darunter: acceptirt.

b) Oder daß er nicht bezahlen wolle. H. c. findet sich:

α) entweder ein anderer, der in honorem cambii litterarum bezahlt, so ist dies: negotiorum gestio.

β) Oder es findet sich keiner. Da heist es: der Wechsel geht mit Protest zurück. Der Wechselinnhaber läst h. c. einen Notarium kommen und ein Instrument verfertigen, in welchem die Protestation des Trassati versichert wird. Nun wird der Wechsel zurückgeschickt und der Trassans muß id quod interest praestiren.

§. 1075. Der Wechselherr kann entweder selbst oder durch einen andern seine Zahlung fordern. Dies geschieht per indossamentum.

Indossamentum ist die Schrift, wodurch man einem andern die Befugnis, die Bezahlung des Wechsels zu erheben, ertheilet, und welche Schrift auf den Wechselbrief (in dorso) geschrieben wird.

In dorso — davon kommt das schlechte lateinische Wort: indossamentum her.

Wird

Wird nichts auf den Wechsel geschrieben; so heists: transportatio.

Transportatio autem est: cessio cambii in separata schedula facta. Conferantur Püttmanns Grundsätze des Wechselrechts. Leipzig, 1784.

LIB. XIX. TIT. V.

De Praescriptis verbis et in factum actionibus.

§. 1076. Die Klagen im Iure Romano sind:

1) entweder per leges expresse latas eingeführt worden. Diese haben grösstentheils ihre eigene Namen und wenn sie solche nicht haben, so heissen sie condictiones ex LL.
2) Oder per Iureconsultos. Diese haben:
   a) entweder eine Klage, die der Lex ertheilt, auf andere Fälle extendirt — actio utilis.
   b) Oder sie haben die Klage auf ein Factum gegründet — actio in factum. Diese gründet sich entweder auf einen contractum innominatum — actio in factum praescriptis verbis; oder auf ein anderes Factum — actio in factum in specie.

Conferatur Meister Diss. de in factum actionibus.

Ende des ersten Theils.

ERRATA.

Erster Theil.

Seite 1 lies: in Eu. Ottonis thesauro -- statt in Eberh. Ottonis thesibus. S. 2 infortiatum -- statt fortiatum. S. 7 agendum -- statt agentum. S. 9. genommen für jede Regel -- statt genommen für; jede Regel. S. 10 erstern LL. statt L. L. S. 16 Ius N. praeceptivum absolutum -- statt Ius N. praecept absolutum. ibid. die LL. naturales durch die LL. civiles statt: die L. naturales durch die L. civiles ibid. keine feuda statt können fouda. S. 24 ob praxin -- ob praxin. S. 27 vor Brisson. cfr. Brisson -- statt des Brisson. ibid. die Taurellische -- statt des Taurellii. Und weiter: Man sieht aber die Taurellische vor -- statt des Taurellii vor. Ibid. deleatur punctum nach *fit*. S. 29 in LL. positivis -- statt in L. positivis. S. 31 Cautelen statt cautelam. S. 33 und 34 commutativa -- statt cummutativa. S. 35 zu den speciebus juris non scripti -- statt zu den speciebus juris scripti. S. 36 mit einem lege scripta -- statt lege scripto. S. 37 LL. naturalibus -- statt L. naturalibus. S. 52 concedendi -- statt concedenti. S. 53 linea 19 et 20 die in Collision kommen sind 1) entweder ꝛc. -- statt sind entweder ꝛc. S. 58 naseturos -- statt pascituros. S. 59 ist auch hinlänglich -- statt ist hinlänglich. ibid. deformitate statt conformatione. S. 61 lin. 3 und 4 von unten: eine solche Geburt -- statt eine Geburt. S. 64 deutsch -- teutsch. ibid. glebae -- statt glaebae. S. 68 Haupschild statt Hauptschild. ibid. Herren -- statt Herrn. S. 69 etwas anders verabredet -- anders verabredet. ibid. lin. 6 von unten: dominium quiritarium -- statt jus quiritarium. S. 72 muß es statt: Eberhardt Otto in comment. ad D. nimmt an, heisen: andere nehmen an. S. 76 lies: peculium militare et paganum -statt peculium militare und pegnaum. S. 80 lin. 6 andern -- andereu. Weiter unten: ob favorem -- statt ab favorem. ibid. Legitimatio -- statt Legitimation. S. 81 lin. 4 zwo -- statt zwei. S. 83 die zween übrigen modi bleiben -- statt die zwei. S. 84 Ayrer -- statt Ayerer. S. 86 Woltär -- statt Voltaire. S. 89 und sonst überall verheurathen -- verheirathen. ibid. Antoninus Pius - statt Antonius. S. 94 LL. XII. Tabularum - statt L. XII. etc. S. 98 zwo Handlungen -- zween ꝛc. S. 103 die Brunnen -- statt der Brunnen ꝛc. ibid. von den Stoikern her -- statt her von den Stoikern. S. 104 lin. 29 entweder -- statt entweder. Lin. 21 nach aedificia setze: *praedia area*. Area est locus etc. -- Praedia sind etc. Lin. 24 oder -- statt oder. S. 110 dilapidiren -- statt dilaptiren. S. 111 lin. 8 ist -- statt sey. S. 113 lin. 4 nach) decernere, quid etc. S. 115 lin. 12 Indefinite -- statt indefinite. S. 116 lin. 12 sed -- statt sondern. lin. 13 einer -- statt eine. S. 119 §. 193 2) Sachen. In Ansehung dieser wird Iurisdictio wieder verschiedentlich eingetheilt -- statt Iurisdictio 2) ratione causarum dispescitur. S. 121 lin. 30 crimina maiora -- statt minora. S. 124 sie litten ja an ihrem -- statt er litte an seinem ꝛc. S. 128 deleatur in linea 21 distingue tamen. S. 137 Exsecution -- statt Execution, und dies so oft das Wort vorkommt. S. 138. in fragmentis

LL. XII.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0683
DFG

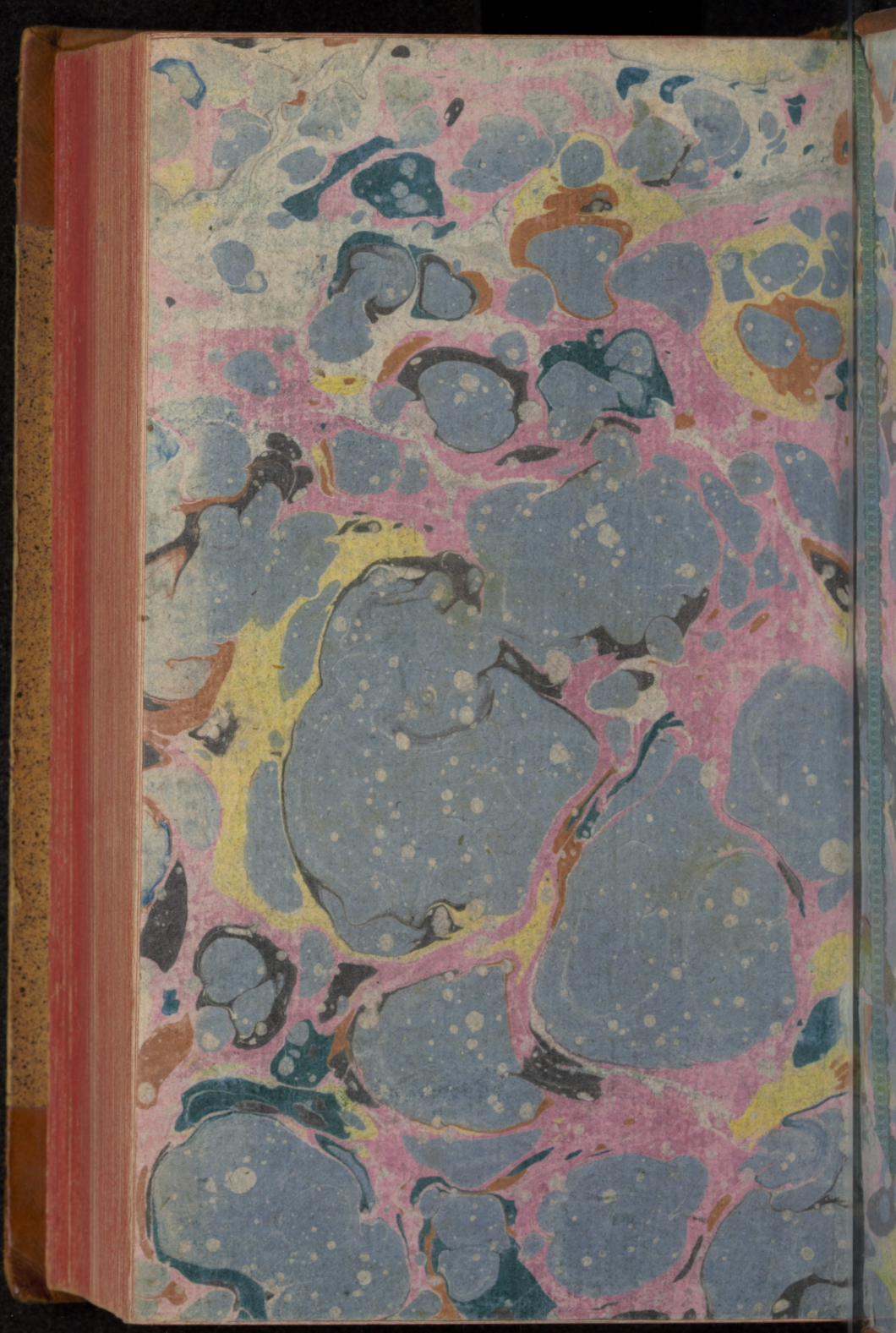
LL. XII. Tabularum Tab. VII. statt L. XII. Tabul. Tit. etc. S. 147 die solis -- statt daß am Sonntag. S. 150 lin. 24 jurisdictionis concurrentis -- statt jurisdictio concurrentis. S. 152 lin. 27 muste -- statt müste. S. 183 quasi -- statt quasii. S. 184 laedendi -- statt aedendi. S. 185 rar -- rahr. S. 188 rescindirt -- statt recindirt. S. 198 lin. 7 von unten: verso -- statt versio. S. 227 lin. 3 setze: Dist. Es soll transigirt werden -- statt Es kan hier ꝛc. S. 228 ob dolum -- statt ab dolum. S. 234 Calpurnia -- statt Calburnia. S. 238 dicis vero - statt divis vero. S. 239 bezalt -- statt bezahlt. S. 243 lin. 19 conferantur Noodtii probabilia juris civ. -- statt conferatur Noodtii praelect. jur. civ. S. 246 eingeweiht -- statt eingereiht. S. 253 a Regiſtratore -- statt A Regiſtratore. S. 274 lin. 3. exſecutionis -- statt executionis und vor- und rückwärts der Einförmigkeit wegen immer mit dem ſ. S. 286 lin. 14 Illustribus 14 -- statt 4. S. 288 in lin. vlt. schalte zwischen maior und haberem *illud* ein. S. 311 lin. 13 zween -- zwei. ibid. lin. 25 nach Antwort schalte ein: des Beklagten. S. 330 Junafrauen -- statt Junfern. S. 336 Provocation -- statt Provogation. S. 340 die wir in jure haben -- statt die in jure haben. S. 344 haud concedenda -- statt deneganda. S. 345 lin. 4 Zepernick -- statt Nettelbladt. ibid. in lin. vlt. juratam -- statt iuratum. S. 359 lin. 12 septuagenarius -- statt septungen. S. 392 lin. 3 den -- dem. S. 415 Galvanus -- statt Galbanus. S. 464 Endzweck -- statt Entzweck. S. 497 Gott zum Zeugen der Wahrheit und Rächer -- statt Gott zum Zeugen und Rächer. S. 504 Stryck -- statt Struck. S. 536 lin. 4 von unten: Anlehn -- Anlehe. Die übrigen in diesem Theil sind leicht zu verbessern.

Dieses Blatt Druckfehler muß beym ersten Theil angebunden werden.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0684
DFG

279

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0687
DFG



Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0688
DFG


Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0689
DFG


Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn169696864X/phys_0690
DFG

wieder in gedoppelter Rücksicht. Ein- ß der andere wieder ein Factum dafür ut facias; oder deswegen, daß er eine en solle — facio ut des.

rregulares contractus innominati sind en im Iure nicht gefunden.

uffragii, quo aulico aliquid datur ut principi commendet.

iner; ex officio zu thun verbunden ist, Geld nehmen; wo aber das nicht ist, ict statt.

estumatorius.

sch=Contract) est contractus irregula- es pro re traditur. Nach dem L. 5. riptis verbis ist dieser Contract mit dem des einerley.

er Aehnlichkeit mit dem Kauf=Contract; vom Kauf unterschieden, daß beim im statt findet; wohl aber pecunia in kann auch der Tausch ob laesionem nento L. 2. C. de R. E. V. aufgehoben

e permutationis habetur: *Cambium* — ß gehört aber gar nicht in die Pandekten, es Wechselrechts ist deutschen Ursprungs. Wechselordnungen suche bei Siegel in sei- bialis. 3 Tom. 1742 — 46. und der Professor Uhl zu Frankfurt an der Oder eigefügt worden.

lam Eisenhardtii elementa iuris cambia- des Heineccii elementis etc. stehen.

rey Bedeutungen:

ntract,

elius hat seinen Wechsel bekommen — n cambialem. H. l. nehmen wir das Bedeutung.

Cam-