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

Zweyter und letzter Band

Bayreuth: bei Johann Andreas Lübecks Erben, 1789

http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1696968690

Band (Druck) Freier Zugang

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1696968690/phys_0001
DFG

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1696968690/phys_0002
DFG

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1696968690/phys_0003
DFG

1802

Kl. f. – 636 (2)

Kl. f. – 636 (2)

9. 11. 29. zurück Hilde

Universitäts Bibliothek Rostock

http://purl.uni-rostock.de
/rosdok/ppn1696968690/phys_0004

DFG

Theoretisch-praktischer

Commentar

über

die Pandekten

nach Anleitung des Hellfeldischen Lehrbuchs

worinn 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.

Zweyter und letzter Band.

Bayreuth,
bei Johann Andreas Lübecks Erben.
1789.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1696968690/phys_0007
DFG

Ex libris
Ferd. Kammerer, Dr.

Ex Bibliotheca Academiae Rostochiensis

Vorrede.

Dies ist denn nun der zweyte und letzte Theil meines Commentars, dem ich so viele Vollständigkeit, als Faßlichkeit zu geben bemüht war.

Der erste Theil ist, wie ich sattsam belegen könnte, im Ganzen gut aufgenommen worden. Ich darf also meine Arbeit nicht für verlohren achten. Nur ein einziger Recensent hat seinen ganzen Unwillen über mich ausgeschüttet. Er hätte sich aber die Mühe ersparen können, mich seinen Zorn über Druckfehler empfinden zu lassen, welche bei einem so weitläuftigen Werk unvermeidlich und deren Anzeige beim Schlus des Werks schon vorläufig versprochen war. Daß ich die Lehre von den pactis unilateralibus nicht nach des Recensenten System umarbeite, sondern so stehen lasse, dazu habe ich Gründe genug.

Wenn

Wenn indessen hie und da ein Recensent auch über diesen Theil sein Urtheil kund werden lassen will, so wünsche ich nur, daß er gewissenhafter zu Werke gehe, nicht so ängstlich nach verzeihlichen, oder vermeintlichen Fehlern hasche und das Gute nicht ganz mit Stillschweigen übergehe.

Ob ich übrigens Beruf dazu gehabt habe, diese Arbeit jetzo schon dem Druck zu übergeben, das mag der Kunstrichter entscheiden. Vielleicht geben meine Rechtsfälle, die ich hie und da mit dem Werk zu verbinden suchte, sattsame Winke zu diesem Urtheil. Ein Sachregister hielt ich für unnöthig, weil das Hellfeldische hinreichend ist. Das über die Proceßmaterien aber wird manchem gute Dienste thun.

Erlang, den 1. October 1789.

Bauriedel.

LIBER XX.

TIT. I.

De pignoribus et hypothecis et qualiter ea contrahantur et de pactis eorum.

§. 1077.

Pignus wird hier genommen für Pfandrecht. In dieser Bedeutung ist es ein Ius reale in securitatem creditî constitutum. Dieses wird nun dem Creditori entweder cum traditione rei oppignoratae übergeben — da heist es pignus stricte sic dictum; oder das ist nicht, sondern es wird ihm nur die Sache zum Unterpfand verschrieben — hypotheca.

In effectu sind beide einander gleich. Denn im Concurs kommen beide Creditores in einerley Klasse. Doch aber ist nach manchen Landesgesetzen eine Ausnahme: z. E. im Lübeckischen und Hamburgischen hat das Pignus str. s. d. oder Faustpfand einen Vorzug. Vid. L. 5. §. 1. D. h. t.

§. 1078. Ein Pfand wird constituirt l. cum consensu debitoris l. sine consensu eius. Im erstern Fall heist es pignus voluntarium, im letztern — necessarium.

Beide erstrecken sich lediglich auf das Vermögen des Schuldners. Mithin kann es nicht extendirt werden ad bona tertii, es wäre denn, daß der Tertius seine Einwilligung dazu gäbe. Sonst gilt zwar der Contract inter contrahentes, aber der Creditor bekommt kein Ius reale auf das Pfand.

§. 1079. Qu. Welche Sachen können verpfändet werden? Rsp. Alle diejenigen Sachen, die in commercio hominum sind, und Sicherheit geben. Also res praesentes et futurae, corporales et incorporales, e. g. nomina. Das Pfand erstreckt sich nun bald auf das sämmtliche Vermögen des Schuldners — dies heist: pignus generale; bald nur auf einen Theil

desselben — pignus speciale: z. E. ich verpfände dir meinen Garten.

Es giebt auch ein Pignus mixtum: e. g. ich verpfände Dir mein sämmtliches Vermögen, insbesondere aber mein Haus. Dies hat den Effect, daß der Gläubiger sich vorzüglich an das Pignus speciale halten muß: z. E. in dem gegebenen Beispiel an das Haus. Reicht aber das nicht hin, dann hält er sich an alles übrige. Es erstreckt sich das pignus generale sowohl auf das gegenwärtige, als zukünftige Vermögen. Es ist aber gar nicht nöthig, daß man hintennach setzt: sowohl beweglich als unbeweglich. Denn es entsteht daraus der Zweifel, ob auch die Nomina oder überhaupt die Res incorporales darunter begriffen sind. Sie sollen aber mit darunter zu verstehen seyn, denn die Worte: sämmtlich erklären es und der Zusatz: sowol beweglich als unbeweglich — kann nichts einschrenken, sondern ist blos als Erläuterung anzusehen. Inzwischen thut man doch immer besser, wenn man alles umständlich auseinander setzt: z. E. Ich verpfände Dir mein sämmtliches Vermögen, iura et actiones, liegende und fahrende Habe, gegenwärtig- und zukünftiges Gut. Pignus generale begreift nicht unter sich, was gar nicht verpfändet werden kann: z. E. arma militum; auch diejenigen Sachen nicht, die einer gar nicht entbehren kann: z. E. die Bücher des Gelehrten.

Jedoch kann sich der Creditor pignoratitius, in subsidium an alle bona halten, und zwar:

a) an das nöthige Hausgeräthe. Dies darf aber dem Schuldner nur im äussersten Nothfall genommen werden. So auch

b) an das Handwerkszeug und Geschirr beim Landmann — an die Bücher beim Gelehrten, wenn sonst gar nichts mehr da ist, wovon sich der Creditor bezahlt machen könnte.

§. 1080. Pignus speciale erstreckt sich nur auf res singulares. Dazu gehört aber auch eine Universitas rerum: z. E. eine Bibliothek, Waarenlager, Landkutsche ꝛc.

Wenn aber eine Universitas rerum verpfändet ist, so hält sich der Creditor pignoratitius

1) an die Universitatem oder das ganze Corpus, wenn auch unterdessen einzelne Stücke daraus verkauft und andere dafür sub-

substituirt worden wären: z. E. der Kaufmann hätte sein Waarenlager ganz verpfändet, einzelne Species davon losgeschlagen, und dafür neue angeschaft.

2) Hält er sich auch an die einzelnen aus der Universitate verkauften Stücke, wenn sie nicht wieder angeschaft worden sind.

Observ. Der Debitor pignoratitius hat keine Exception, wenn die Species mercium völlig verändert worden sind: z. E. Das Waarenlager bestünde aus ganz neuen Speciebus, die alten wären alle fort; oder Du hättest Deine Landkutsche so, wie sie ist, verpfändet und wolltest jetzt vorschützen, daß keine Speiche mehr von der alten vorhanden wäre. Die Antwort ist: dies verschlägt bei einer Universitate rerum nichts.

§. 1081. Pignus est vel necessarium, vel voluntarium. Pignus necessarium

1) aut ab ipsa lege immediate constituitur, dies heist: pignus legale s. tacitum — das gesetzliche oder stillschweigende Unterpfand;

2) aut ab ipso praetore ante sententiam per decretum et mediante immissione in bonis debitoris — pignus praetorium;

3) aut praevia causae cognitione per executionem in bonis condemnati, i. e. wenn die Sache schon rechtskräftig worden und der Creditor sich nun ex bonis condemnati bezahlt machen will, so findet:

a) entweder die Auspfändung statt, oder

b) Die Einsetzung in den Besitz von des Schuldners Vermögen.

Pignus voluntarium dividitur in publicum et privatum.

1) Pignus privatum ist dasjenige, welches nur aus einem Privatinstrument erwiesen werden kann: z. E. aus einer Schuldverschreibung, aus einem Testament ꝛc.

2) Pignus publicum.

A. Iure romano est illud, quod ex instrumento publico probatur. Dahin zu rechnen:

a) Die Verpfändung die gerichtlich constituirt wird; denn die kann per protocolla et acta iudicialia bewiesen werden.

b) Die von drey glaubwürdigen Zeugen männlichen Geschlechts unterschrieben ist.

B. Iure hodierno publicum est, quod publica auctoritate, i. e. a iudice competente, constitutum est. Daraus folgt: daß sub pignore publico, das legale, Praetorium und iudiciale mit verstanden wird; also was ganz anders.

§. 1082. Pignus voluntarium ist mit Einwilligung des Schuldners constituirt worden. Es ist aber nicht nöthig, daß der Debitor das Wort: Pfand, in der Schuldverschreibung ausdrückt; sufficit, wenn er declarirt, daß es sein Wille sey, der Creditor soll ein Ius reale haben: z. E. Der Creditor werde an das Gut NN. gewiesen, daß er sich soll desselben bemächtigen können, falls er nicht befriedigt würde. Doch muß man darauf sehen: es muß erhellen, daß der Creditor an eine Sache gewiesen ist, und nicht an eine Person. Uebrigens ist es gleichviel, ob der Schuldner sich in eigner Person oder per mandatarium verpfändet hat. In Sachsen muß die Obrigkeit darein consentiren, wenn immobilia verpfändet werden, sonst gilt die Verpfändung nicht. Er kann aber sein Pignus privatum in ein publicum verwandeln: z. E. es gerichtlich confirmiren lassen. Dies gilt nichts, wenn es zehnmal der Amtmann hinter dem Debitore gethan hätte; denn der Amtmann hat das Eigenthum von der re oppignorata nicht.

§. 1083. Pignus ist ein Ius reale; es producirt daher auch eine actionem realem, und zwar actionem generalem et specialem.

Letztere heist Actio Serviana, erstere Quasiserviana s. hypothecaria. Von beiden sind hier die Definitionen zu merken.

1) Actio Serviana est actio realis, quae datur locatori praedii rustici adversus colonum et quemcunque possessorem ad res pignori pro mercede obligatas, persequendas. Diese Klage findet indistincte statt, die Sachen mögen expresse, oder tacite verpfändet seyn.

2) Actio quasiserviana s. hypothecaria est actio ad exemplum Servianae introducta, quaeque datur omnibus reliquis creditoribus contra debitorem et quemque rei oppignoratae possessorem, ad res oppignoratas persequendas.

§. 1084.

§. 1084. Actio hypothecaria est realis, ergo kann sie nicht nur gegen den Schuldner, sondern auch gegen jeden andern Besitzer des Pfands angestellt werden; hac tamen distinctione: gegen den Schuldner alternative, i. e. daß er entweder den Garten bezahle oder abtrete; gegen den Tertium aber nicht alternative, (Doch wird hier die Klage nicht gleich verworfen, wenn das Petitum alternativisch eingerichtet gewesen wäre).

Aber ein Fehler ist es allemal. Nun noch die Distinction: Pignus ist entweder ein pignus speciale oder generale s. mixtum; hier können die Exceptiones excussionis vorgeschützt werden, dort aber finden sie nullo modo statt

§. 1085. Actio hypothecaria kann sowohl gegen den Schuldner als gegen einen jeden Tertium angestellt werden;

Doch ist ein Unterschied ratione probationis. Er klagt nämlich:

1) entweder gegen den Debitorem; da beweist er:
   a) titulum, daß die Sache verpfändet worden sey;
   b) den Besitz des Beklagten vom Pfande. Oder er klagt:
2) gegen den dritten Besitzer der verpfändeten Sache; da muß bewiesen werden:
   a) rem oppignoratam tempore oppignorationis in bonis debitoris fuisse;
   b) daß der Schuldner freye Befugnis, ein Pfand zu constituiren, gehabt habe;
3) reum possidere aut dolo desiisse possidere.

LIB. XX. TIT. II.

In quibus causis pignus l. hypotheca tacite contrahitur.

§. 1086. Pignus legale s. tacitum (§. 1081) ist dasjenige, welches die Gesetze immediate ohne Bewilligung des Debitoris constituiren. Also: ein Pignus legale kann nicht gedacht werden sine lege hoc pignus constituente. Dies muß wohl gemerkt werden.

Wer sich auf ein solches Pfandrecht beruft, der muß die Legis dispositionem darthun. Alle Analogie, alle Argumentation

tation fällt hier weg. Nicht einmal ob maiorem causam darf hier der Lex übertragen werden; denn die ganze gesetzliche Verordnung ist Ausnahme. Einerley aber ist es, ob es Lex scripta oder non scripta ist.

§. 1087. I. Pignus tacitum speciale hat nun

1) Der Locator praedii urbani auf die invecta et illata des Miethmanns, wenn sie in der Absicht eingebracht worden, daß sie im Haus seyn und bleiben sollen.

Es fängt sich an — a tempore illationis, und erstreckt sich nicht nur auf das schuldige Miethgeld, sondern auch auf andere Praestationes, die ex contractu herrühren.

Qu. Ob sich dies Pfand auch auf die illata und invecta des Afterpachters erstrecke? Rsp. Es kommt darauf an, ob er was schuldig ist oder nicht. Ubi nullum debitum, ibi nullum pignus. Conferatur ea de re Pufendorf alleg. loco.

2) Der Locator praedii rustici. Dies erstreckt sich aber lediglich auf die Früchte; keineswegs aber auf die invecta et illata des Pachters, ex L. 4. et 7. pr. D. et L. 5. C. h. t. Excipe: wenn sie ausdrücklich verpfändet worden.

3) Diejenigen, die zur Reparatur eines Hauses Geld creditiren. Nur vom Geld ꝛc. redet der Lex.

Obs. Man extendirt es aber auch auf Baumaterialien und den Lohn der Arbeitsleute, ob paritatem rationis. Ratio est: interest reipublicae, ne urbs ruinis deformetur. So auch — wenn jemand ad restaurationem aedium creditirt. Allein durch diese Extensiones wird nur Confusion verursacht. Wir sollten lieber bei den Buchstaben des Gesetzes stehen bleiben; denn sonst stoßen wir alle Augenblicke an. —

Daraus folgt: daß dies pignus tacitum nicht statt findet, wenn jemand zum Kauf, zur Erbauung eines neuen Hauses creditirt. Conferatur Walchii diss. de privilegio pecuniae in refectionem aedium creditae.

Eben so findet es nicht statt, wenn ich zur Reparatur einer Wiese ꝛc. creditirt habe.

4) Diejenigen, die aus einem gewissen Gut annuos reditus zu fordern haben. Doch dies bezweifeln die DD.

5) Der Fiscus auf die bona derjenigen, die mit ihm contrahirt haben. Dies erstreckt sich nun auch auf die bona post contractum acquisita.

6) Der

6) Der Pupill auf die bona, die mit seinem Geld erkauft worden.

§. 1088. II. Pignus tacitum generale steht:

1) dem Fiscus, und
2) den Städten zu, auf das sämmtliche Vermögen ihrer Administratoren: z. E. der Steuereinnehmer;
3) Ferner auf das Vermögen derer, die Steuern und andere öffentliche Abgaben schuldig sind. Der Fiscus hält sich hier nicht blos an die Güter des Schuldners, von welchen die Steuern zu praestiren sind, sondern auch auf andere Güter. Conferatur L. 1. C. h. t.
4) Dem Ehemann auf das Vermögen dessen, der ihm einen Dotem versprochen.
5) Den Eheweibern auf das Vermögen ihrer Männer ratione dotis. Es fängt sich an a tempore initi matrimonii, ex L. unica §. 1. C. de rei uxoriae actione.
6) Haben es die Eheweiber auch ratione paraphernalium — a tempore illationis; et ob donationem propter nuptias a die nuptiarum; und wo das Beilager zur Vollziehung der Ehe gefordert wird — vom folgenden Tage an.
7) Die Kinder,
   a) auf das Vermögen ihres Vaters, wenn er das Peculium adventitium der Kinder administrirt. Der L. 6. princ. §. 2 et 4. C. de bonis quae liberis — sagt zwar blos: ratione bonorum maternorum. Aber ex L. 1. C. und ex Tit. C. de bonis maternis et materni generis sieht man: daß das pignus auch statt finde bei bonis materni generis, i. e. quae a bonis materni generis proveniunt. Hingegen sie auf andere Sachen zu extendiren, ist selbst dem all. L. 6. C. zuwider. Hellfeld beruft sich in der Note auf die Praxin; Allein auch hier ist es sehr zweifelhaft. Es streitet darwider: Leyser spec. 164. med. 8. und andere.
   b) Haben es auch die Kinder auf das Vermögen beider Eltern, wenn sie sich zur zweyten Ehe wenden, und etwas auf sie gekommen, das den Kindern erster Ehe zu restituiren.
   c) Haben die Kinder auf das Vermögen des Stiefvaters ein solches Pignus, wenn er die Mutter geheurathet, ohne daß sie vorher Rechnung abgelegt hat.

8) Die Pupillen auf das Vermögen ihrer Vormünder. Deswegen brauchen sie keine Caution zu stellen, und stellen auch keine. Es wird extendirt auf alle Vormünder, die zugleich Administration des Vermögens und Besorgung der Person auf sich haben: z. E. auf den Curatorem furiosi, prodigi etc.

Allein dies ist nicht sowohl Argumentatio als vielmehr Identitas rationis, der nämliche — ganz der nämliche Fall, nur nicht litteraliter ausgedrückt. Ja, es tritt hier noch maioritas rationum ein. Aber, damit wir strenge bei unserm obigen Satze stehen bleiben (§. 1086 sub fine), so berufen wir uns nicht darauf, sondern sagen lieber: der Fall ist der nämliche. Der Gesetzgeber hat nur nicht weitläuftig seyn wollen, sonst hätte er auch gewiß diesen Fall berührt. — Uebrigens ist der Fall auch in praxi gerechtfertigt:

9) Die Legatarii. In praxi wird letzteres wieder auf die donatarios mortis causa extendirt. Wir aber haben schon declarirt, was wir von solchen Extensionen halten.

§. 1089. Pupillen und Minderjährige haben ein Pignus tacitum auf das sämmtliche Vermögen ihrer Vormünder. Dies wird nun wieder auf die Administratores der Kirchen und rerum ad pias causas extendirt. Die Gründe sollen seyn:

1) Die Reformatio politica de Ao. 1548. Tit. 31.
2) Die Polizeiordnung de 1577. Tit. 32. wo die Administratores ecclesiasticarum rerum den Vormündern aequiparirt werden.

LIB. XX. TIT. III.

Quae res pignori l. hypothecae datae obligari non possunt.

§. 1090. Oppignoratio est via ad alienationem, l. oppignoratio est eventualis alienatio. Ratio: weil der, so ein Pfand constituirt, ein Ius distrahendi bewilligt. Daraus folgt:

1) Was

1) Was nicht veräußert werden kann, kann auch nicht verpfändet werden.
2) Was zur Veräußerung erforderlich ist, ist auch bei der Verpfändung nothwendig.

Diese Schlusart ist ganz richtig. Denn in der Verpfändung liegt der Grund zur Veräußerung, sie schlummert nur noch bis zu einer gewissen Zeit.

§. 1091. Die erste Regel war: Was nicht veräußert werden kann, kann auch nicht verpfändet werden. Daraus folgt: Ergo können nicht verpfändet werden:
1) Res — quae non sunt in commercio hominum, außer im Nothfall. Conferatur Capit. 9. X. de pignor. L. 29. C. de sacro sanctis ecclesiis.
2) Sachen, deren Veräußerung im Gesetz oder Testament verboten worden.
3) Servitutes praediales, sine dominante praedio.
4) Res alienae invito domino.
5) Fundus dotalis.

§. 1092. Die zweyte Regel: Was zur Veräußerung erforderlich ist, daß ist auch bei der Verpfändung nothwendig. Daraus folgt:
1) Daß die Güter der Pupillen, Minderjährigen, Kirchen und milden Sachen, anders nicht als mit eben den Solennien verpfändet werden dürfen, als sie veräußert werden. Die Solennien bestehen darinn, daß man ein Decretum magistratus dazu haben muß.
2) Immobilia bona sine consensu iudicis rei sitae, oppignorari nequeunt. Dies gilt auch von Mobilibus, die in Iure für unbeweglich gehalten werden: Z. E. Bibliotheken, Waarenlager, Naturaliensammlungen.
3) Feuda non — sine consensu domini directi.

LIB. XX. TIT. IV.

Qui potiores in pignore l. hypotheca habeantur et de his, qui in priorum creditorum locum succedunt.

§. 1093. Hier verdient nachgelesen zu werden: Christ. Gottl. Gmelins Ordnung der Gläubiger bei dem über ihres Schuldners Vermögen entstandenen Gantprocesse.

Wenn eine und eben dieselbe Sache mehrern Gläubigern verpfändet ist, und es fragt sich, wer unter ihnen potior in pignore sey? — so muß man vor allen auf den Unterschied sehen, der zwischen dem pignore qualificato und simplici obtinirt. Pignus qualificatum ist nämlich dasjenige, welches mit einem Iure praelationis verbunden ist. Simplex — das oppositum. Ius praelationis ist das Recht, einen Vorzug vor allen öffentlichen, auch ältern Pfändern, zu prätendiren. Wo das nicht ist, da sind die Pignora ihrer Natur nach einander gleich. Soll inzwischen ein Vorzug unter ihnen statt finden, so muß das Recht dazu in einem gewissen äusern Umstand liegen, und zwar:

1) entweder in fide publica, oder
2) in prioritate temporis.

§. 1094. Qu. In welchen Fällen findet das Pignus qualificatum statt? Rsp. In manchen Fällen beim pignore tacito, in manchen beim pignore expresse constituto.

1) Beim pignore tacito. Da ist der Fall:
   a) Daß der Princeps in Ansehung der Steuern und Gaben ein solches Pignus qualificatum hat.
   b) Auch hat es der Fiscus auf die bona debitoris post contractum acquisita.

      Conferatur Paul Wilh. Schmidt de iure praelationis fisco intuitu tributorum competente.
   c) Die Eheweiber, aber lediglich intuitu dotis. Beim Concurs kommt also, wer ein solches Pignus hat, in die zweyte Classe.

      Darüber ist nun kein Streit, daß die Frau ratione dotis auf die bona mariti ein Pignus qualificatum hat.

Aber

Aber eine andere Frage ists: Ob solches auch die Kinder haben? —

Man antwortet mehrentheils: Ja! Denn das Dubium, daß ein Ius personalissimum nicht auf die Erben übergehen könne, ist durch die Gesetze selbst widerlegt. Conferatur L. ult. §. 1. C. qui potiores in pignore. Hier wird es als Ausnahme den Kindern zugestanden. Aber haben es die Kinder indistincte? Die meisten Rechtslehrer sagen wieder: Ja! Aber nach der Theorie ist diese Meynung offenbar falsch. Sie haben ein Ius qualificatum, das ist nicht zu läugnen; aber nur alsdann, wenn sie mit einer zwoten Mutter, mit einer Stiefmutter *concurriren*. Dies haben wir wohl zu merken, obgleich die Praxis widerspricht. Zoller (in Leipzig) hat die praktische Meynung defendirt. Elsaesser aber hat ihn bündig widerlegt. Der Imperator hatte lediglich die Absicht, die Kinder erster Ehe ratione novercae sicher zu stellen. Favor matrimonii heist blos: favor liberorum primi matrimonii, sonst giebt es gar keinen favorem primi matrimonii.

Struv, Senckenberg und Stryck haben hierüber geschrieben.

d) Die zur Reparatur der Häuser creditirt haben.

e) Ille, cui onera realia debentur: z. E. census.

2) Beim pignore expresse constituto, findet die praelatio statt. Dahin gehört:

a) Derjenige Gläubiger, der schon vorher, ehe noch der Schuldner die Sache acquirirt, ein Pfandrecht hatte. Ratio: quia eiusmodi creditoris hypotheca omnium est antiquissima. Doch ist dies nur in Sachsen so. Die ausersächsischen Rechtslehrer behaupten, daß hier kein Ius praelationis statt finde. Conferatur Hofmann in der Reichs-Praxi.

b) Das Creditum in militia, i. e. wenn ich einem creditire, um sich ein Amt oder eine Charge davon zu acquiriren.

c) Diejenigen, die sich beim creditiren zur Verbesserung einer Sache ein qualificirtes Pfandrecht bedungen haben.

§. 1095. *Pignora simplicia* sind diejenigen, womit kein Ius praelationis verbunden ist. Da kommt es auf die prio-

rita-

ritatem pignoris an. Diese bestimmt diejenige Zeit, wo die Schuld gewirkt und auch das Pfand constituirt worden. Beide Umstände gehören zusammen. Ex. gr. Du willst Geld aufnehmen und kommst deswegen zu einem, der dir sagt: du sollst dir von der Obrigkeit einen Consens erbitten. Du bringst denselben bei und nun vertröstet er dich bis Michaelis. Du wirkst dir nun einen andern Consens aus, und erhältst bei mir das Geld augenblicklich. Um Michaelis holst du auch das Geld bei dem andern. In diesem Fall hab ich das Ius praelationis, weil bei mir die Schuld älter ist.

Qu. Wie ist es aber, wenn das Debitum ein Debitum conditionatum ist?

Rsp. Die Bedingung kann invito debitore existent werden — hier ist die Regel: Conditio existens retrotrahitur ad tempus initii: z. E. Der Schuldner sagt: ich habe ein Haus zu hoffen, wenn mein Vater stirbt, Herr Creditor, solls Ihnen verpfändet seyn.

Wenn aber die Existenz der Bedingung von dem Willen des Debitoris dependirt, so ist die Prioritas temporis a tempore existentis conditionis an zu rechnen. Ratio: non enim pignus plene constitutum erat, quod a voluntate debitoris dependebat.

Qu. Wie da? wenn die Prioritaet der Pfänder ungewiß ist? wenn z. E. kein Datum in der Schuldverschreibung steht?

Rsp. Ein Pfandgläubiger ist entweder im Besitz des Pfandes, oder das ist nicht. Im ersten Fall hat der Besitzer allemal den Vorzug, nam in pari causa melior est ratio possidentis. Im zweyten kann einer oder der andere ein Tempus dociren, wo sein Pfand constituirt worden — so geht dieser allen andern vor; oder es kann dies keiner — so sind sie gleich und müssen pro rata befriedigt werden.

§. 1096. De concursu pignorum et praeferentia. Ein wichtiger §. — Merke folgende Regeln:

1) Pignus qualificatum praefertur simplici.
2) Wenn mehrere pignora qualificata concurriren, giebt die prioritas temporis die Praeferenz. Doch ist eine Ausnahme:
   a) Der Fiscus geht den ältern Pfandgläubigern vor.
   b) So auch das Creditum in militia.

Qu.

Qu. Wie aber wenn diese beide — nämlich der Fiscus und das Creditum in militia concurriren? Rsp. Fiscus praefertur.

3) Pignus publicum praefertur privato. Publicum ist dasjenige Unterpfand, welches ex instrumento publico erwiesen werden kann. Mithin sind Iure Romano die pignora legalia et tacita nicht darunter zu verstehen. Ratio: L. 11. C. h. t. weil das, was ex publico instrumento bewiesen werden kann, eine völlige Gewißheit des dati giebt; bei andern hingegen kann leicht das datum verruckt werden.

Jedoch nach Proceßordnung wird nun vielfältig das Pignus tacitum mit zum publico gerechnet. Einige Rechtslehrer behaupten aber fälschlich, wie z. E. Leyser spec. 226. med. 1. Huber in prael. ad D. h. t. Cap. 15. daß es iuris communis sey. Gegen sie hat Boehmer alleg. loco recht.

4) Prioritas temporis giebt den Vorzug, wenn mehrere pignora publica mit einander concurriren.

5) Eben so, wenn mehrere privata miteinander concurriren.

§. 1097. Das *Ius offerendi* — l. successio creditorum ist ein Recht, vermöge dessen den nachstehenden Pfandgläubigern erlaubt ist, den vorstehenden zu bezahlen und hiedurch dessen iura prioritatis sich zuzueignen. Es steht der Ausdruck zwar nicht im Spho, aber die Sache. Dies Ius findet:

1) nur unter creditoribus hypothecariis, nicht aber unter chirographariis statt. (Chirographarius ist — der kein Pfandrecht hat).

Ratio: cum chirographarius hypothecam non habeat, nihil accipere potest, nisi ex iure cesso. L. 21. Cod. de iure pignoris. Also ein Ius cessum wenn er hat, gehts doch an.

2) Der Creditor offerens muß die ganze prioritätische Forderung bezahlen: also nicht nur Capital, sondern auch Zinnsen ꝛc. Hat er aber alles bezahlt, so kann er die Prioritaet praetendiren, wenn auch der andere nicht will, ex regula: quod tibi non nocet, alteri vero prodest, ad id potes compelli.

a) Der Schuldner braucht hier nicht befragt zu werden.

b) Wer für den Fiscus bezahlt, hat auch iure ipso die Rechte des Fisci, und braucht keine cession. Aber, was für Vortheile hat man denn davon, da doch alles übrige gleich bleibt

bleibt? Rsp. Der Vorzug besteht in der Pluralitaet der Stimmen, wenn z. E. ein Grundstück veräusert werden soll.

LIB. XX. TIT. V.

De distractione pignorum et hypothecarum.

§. 1098—99. Distrahere pignus, i. e. rem oppignoratam alienare.

Der Pfandgläubiger hat ein Ius distrahendi pignus. Vorausgesetzt:

1) Daß der Schuldner in mora solvendi sey, i. e.
   a) Wenn der Zahlungstermin verflossen ist; dies enim interpellat pro homine.
   b) Wenn kein Zahlungstermin bestimmt ist, so wirkt die Interpellation des Creditoris moram.
2) Daß der Creditor es denuncirt habe. Denunciren hat den Zweck, das Ius distrahendi zu acquiriren. Deswegen ist sie auch sub poena nullitatis erforderlich.

Da ist nun zu distinguiren. Schuldner und Gläubiger haben entweder ein Pactum miteinander gemacht, oder nicht. Im letzteren Fall braucht der Gläubiger nur einmal zu denunciren, doch soll er noch zwey Jahre warten und dann zur Veräuserung schreiten.

Im erstern Fall aber sind zwey Fälle zu bemerken. Das Pactum geht dahin:

1) Ut vendatur — Hier glauben viele Rechtslehrer wäre gar keine Denunciation nöthig. Allein Leyser spec. 232. med. 1. und Schaumburg in D. h. t. behaupten: daß allerdings una denunciatio erfordert werde. Diese Meynung scheint auch nach dem L. 4. C. h. t. richtig zu seyn, denn da wird die Denunciatio indistincte erfordert. Dubium: Wozu aber das Pactum: ut vendatur Pignus? Rsp. Es nutzt dazu, daß man das Biennium nicht abwarten darf!
2) ne vendatur — Dies ist derjenige Vertrag, wodurch sich der Pfandschuldner bedingt, daß der Gläubiger sein Pfand nicht veräusern soll. Dazu ist erforderlich:

a)

a) Trina denunciatio — daß er das Pfand verkaufen werde, wenn es nicht eingelöst würde.

b) Es muß diese trina denunciatio geschehen per congrua intervalla, nicht früh, Mittag und Abends, sondern drey ordinäre Fristen.

c) Muß er sein Biennium abwarten. Es ist dies zuverläßig, ob es gleich nicht in lege steht, sondern ex hac ratione: weil es die Veräuserung nicht erleichtern sondern erschweren soll.

Das Pactum: ne vendatur kann nicht so erklärt werden, als ob das Pfand nie veräusert werden dürfte, denn es wäre alsdenn so gut als gar kein Pfand — erschwert aber soll es dadurch werden.

§. 1100. Wenn Du mir ein Pfand giebst, so versteht sich es schon tacite, daß ichs soll veräusern können, Falls Du es nicht einlöseſt. Also kann es alienirt werden:

1) Ex voluntate debitoris.

Regula: Creditor distrahens pro debitoris mandatario habetur. Conferatur L. 29. D. familiae herciscundae. Daraus folgt:

a) Der Creditor muß h. c. wie jeder Mandatarius bona fide agiren und modum conventum, i. e. die verabredete Art der Veräuserung befolgen:

Wenn der Gläubiger mala fide handelt, so findet gegen ihn die Actio pignoratitia directa statt; gegen den Emtorem aber, der an dem Betrug Theil genommen hat, die Actio emti utilis.

b) Er muß den Ueberschuß vom Pfandgeld dem Schuldner zurück geben; denn er muß als Mandatarius reliqua restituiren.

c) Er muß das Pfand so gut transferiren können, als der Mandans selbst.

d) Der Pfandgläubiger ist nicht zur Gewährsleistung verbunden, sondern der Pfandschuldner. Doch aber sind einige Ausnahmen:

α) Er muß sie selbst leisten wenn ers versprochen hat.

β) Wenn er wuste, daß das Pfand eine fremde Sache war, und es gleichwohl veräusert hat.

γ) Wenn er das Pfand als seine eigene Sache veräusert hat.

§. 1101. In diesem §. ist die Frage zu erörtern: wie die Veräuserung bewirkt werden könne? —

Rsp. Bei dem pignore voluntario s. conventionali dependirt der Modus völlig vom Creditore. Der Weg der gerichtlichen Veräuserung ist inzwischen allemal der sicherste. Das Pignus necessarium muß aber publica auctoritate veräusert werden und zwar so:

a) dem Schuldner wird eine vier monatliche Zahlungsfrist gesetzt;

b) Die Pfänder werden dem Creditori genommen, in gerichtliche Verwahrung gebracht und nach zwey Monaten öffentlich feil geboten. Sind es Immobilia, so werden sie sub hasta versteigert.

Noch ist bei den Immobilibus zu merken, daß sie, wenn sich Käufer finden, dem Plus licitanti adiudicirt werden. Finden sich aber, wie bei Grundstücken gar oft geschieht, keine Käufer; so kann der Gläubiger verlangen, in den Besitz gesetzt zu werden, um sich aus den Früchten bezahlt zu machen. Das ist aber ein fataler Weg. Daher thut er besser, wenn er sich das Gut pro pretio taxato zuschlagen läst. Conferatur L. ult. C. de iure dominii impetrando, da wird man finden, daß der heutige Gerichtsbrauch, den wir docirt haben, vom Iure Romano abgeht; denn dort war absolute ein Decretum principis erforderlich. Und es war noch ein Odiosum dabei, nämlich, daß der Schuldner noch zwey Jahre lang das Einlösungsrecht hatte. Daher hat man hodie an den mehresten Orten eine andere Pfandordnung, die einen weit kürzern Weg bestimmt.

LIB. XX. TIT. VI.

Quibus modis pignus vel hypotheca solvitur.

§. 1102. Ein Pfand kann auf dreyerley Art erlöschen und wegfallen:

1) Wenn der Creditor keine Sicherheit mehr braucht;
2) Wenn er keine Sicherheit mehr haben will;
3) Wenn kein Ius reale mehr statt finden kann.

§. 1103.

§. 1103. Ad. 1) Wenn für den Pfandgläubiger keine Sicherheit mehr nöthig ist. Dies ist:

a) Wenn die Schuld erloschen ist: corruente enim principali corruit accessorium.

Jedoch *plene* heists, i. e. der Creditor muß völlig bezahlt seyn, und nicht, wie Schaumburg meynt, zur Hälfte. Conferatur L. 19. de pignoribus, da heists: qui plures res pignori accepit, non cogitur unam liberare, nisi accepto universo quantum debetur. Im L. 6. D. Quibus modis pignus etc. heist es §. 1. Qui paratus est solvere, merito videtur pignus liberasse. Es thut aber nichts: ob die Schuld per solutionem, oder auf eine andere Art erloschen ist.

§. 1104. Ad. 2) Wenn er keine Sicherheit mehr haben will; also:

a) per remissionem pignoris, i. e. per spontaneam renunciationem, nisi de alia mente constet: z. E. Ich leihe Dir Deine bei mir versetzte Repetir-Uhr auf einen Tag ad ostentationem. Aber ob schon da das Pfand erloschen ist, so bleibt doch die Actio personalis, v. g. actio mutui dem Creditori, weil von der remissione pignoris auf die remissionem debiti nicht geschlossen werden kann.

b) Wenn der Gläubiger ihm das Pfand im Testament vermacht.

c) Wenn er in die Veräuserung des Pfands consentirt.

Dies geschieht auf eine gedoppelte Art, nämlich:

1) Oefters sub conditione, i. e. ut sibi ex pretio satisfiat: z. E. Der Pfandgläubiger spricht: Du kannst Dein mir verpfändetes Gut verkaufen, aber von dem Pretio muß ich bezahlt werden. Hier hat er auf das Pretium eine neue Hypothek.

2) Bisweilen pure. — Hier wird auch schlechterdings das Pfandrecht verlohren. Jedoch vorausgesetzt:

a) Daß die Veräuserung secundum conventum modum geschieht.

b) Daß sie nicht dolose unternommen wird.

c) Daß die Contrahenten nicht re adhuc integra wieder davon abgehen; denn da bleibt das Pfand in statu quo und also auch meine Hypothek. Ein anders ist, wenn es post contractum wieder an den Schuldner kömmt, h. e. non revivisci pignus.

d) Wenn statt des Pfandes der Gläubiger Bürgen annimmt.

Qu. Ob das Pfandrecht dadurch verlohren geht, daß der Gläubiger von der Veräuserung weiß, und dazu schweigt? Rsp. Nein! denn die Regel: Qui tacet, cum loqui poterat et debebat, consentire videtur, ist hier nicht applicable. Ratio: 1) loqui non poterat — er konnte die Veräuserung nicht verhindern. 2) loqui non debebat, denn sein Pfandrecht ist ein Ius reale, es kann folglich contra quemcunque possessorem exercirt werden.

Am Ende des §. bemerkt Hellfeld noch: daß die Einwilligung des Pfandgläubigers in ulteriorem oppignorationem keineswegs das Pfandrecht, sondern nur das Ius prioritatis aufhebe — und diese Meynung ist vollkommen richtig, obgleich dagegen gestritten worden. Denn alle renunciationes sind strictissime zu interpretiren. Ich schwäche ja ohnehin durch sie meine Rechte. Wenn ich Dir also erlaube, daß Du Deine goldene Dose, auf welche ich 100 fl. geliehen habe, weiter versetzest, so habe ich auf nichts renuncirt, als auf mein Ius praelationis. Dies hat jetzt der zweyte Creditor Pignoratitius; aber ich höre um deßwillen nicht auf Gläubiger zu seyn, ich stehe ihm nur nach.

§. 1105. Ad. 3) Das Pfandrecht fällt auch weg, wo kein Ius reale statt findet, d. i.

1) Wenn die Res oppignorata völlig zu Grunde gegangen. Also wenn noch ein Theil davon da ist, so bleibts Pfandrecht; auch wenn nur eine Veränderung damit vorgenommen worden. Es müste denn seyn, sagen die ICti, daß plane nova species daraus erwachsen, welche nicht mehr in priorem formam gebracht werden kann; denn da heist es: res pro interita habetur: z. E. Korn in Brod. So auch, es wird mir silva caedua verpfändet, und nun sind Schiffe daraus gebaut. Allein, contra eos, behaupten wir, das Pfandrecht bleibt.

2) Resoluto iure debitoris etc. Diese Regel gilt nur, wenn der Gläubiger ein Ius revocabile hatte.

3) Lapsu temporis — dies bedarf keiner Erklärung. Der Creditor kann immer auf sein Ius renunciren, aber der Debitor kann ex mora sua nie einen Vortheil ziehen.

4) Prae-

4) Praescriptione. Es besitzt die rem oppignoratam entweder der Debitor selbst, so wird er vom Pfand befreyt, wenn binnen 40 Jahren der Creditor sein Pfandrecht nicht verfolgt hat; Oder es besitzt sie ein Tertius, hier muß distinguirt werden: Er besitzt sie:

a) entweder bona fide — hier ist das Pfandrecht per praescriptionem longi temporis erloschen. Aber wohl zu merken, er muß sowohl ratione dominii, als hypothecae in bona fide seyn.

b) Oder — mala fide; hier ist die Actio hypothecaria in 30 Jahren erloschen.

LIB. XXI. TIT. I.

De aedilitio edicto.

§. 1106. Dies Edictum aedilitium rührt von den aedilibus curulibus her. Diese waren Obrigkeiten, deren Amt dasjenige betraf, was wir h. z. T. Polizey nennen. Sie hatten z. E. die Aufsicht über die Gebäude, öffentlichen Straßen, öffentlichen Huren ꝛc. Sie hatten auch die Befugnis edicta zu proponiren. Doch nicht aediles singuli, sed omnes simul edicta proponebant. Daher die Redensart im Plurali: aiunt aediles und nie: ait aedilis. Von diesem Edicto haben wir drey Capita im Iure Iustinianaeo.

Das 1. De venditione mancipiorum.

Das 2. De venditione iumentorum.

Das 3. De animalibus noxiis, ubi iter fit non habendis. Ex L. 40. D. hoc titulo.

Es kommt noch ein viertes Cap. vor, davon wir in L. 27. §. 28. ad legem aquiliam noch ein paar Worte haben. Eberhard Otto hat einen Commentar darüber geschrieben.

Hier handeln wir von den beiden ersten Kapiteln. Sie verordnen: daß die Verkäufer der Mancipiorum und Iumentorum dem Käufer alle Fehler und Krankheiten ordentlich und deutlich anzeigen sollen. Dies will der Ausdruck *palam* im §. Palam heist: bona fide et ut emtor perfecte concipere possit vitia.

§. 1107. Ratio huius legis est aequitas. Denn der Käufer kann nicht alle Fehler wissen, die das Vieh an sich hat, aber der Verkäufer muß sie wissen. Die Ratio legis erstreckt sich aber weiter, als die Dispositio desselben: z. E. auch auf Grundstücke, auf alle contractus oneroſos et dominii translativos: z. E. Tausch, Theilung, dationem insolutum. Leyser spec. 295. med. 3. zieht es sogar auf Eheleute. Jedoch sind venditiones fiscales ausgenommen. Zwar ein unbilliges Privilegium, das der Fiscus hat, aber wir finden mehrere davon: z. E. in L. 1. C. de primis conditis in horreis etc.

§. 1108. Also der Venditor muß die Fehler deutlich und öffentlich anzeigen. Doch die Ratio legis giebts schon, daß dies nur von vitiis occultis s. latentibus zu verstehen. Vitia sunt enim:

1) l. patentia — dafür haftet der Venditor nicht, sondern der Emtor muß es seiner eigenen Schuld beimessen, wenn er dadurch in Schaden gekommen. Wer die Augen nicht aufthut, muß den Beutel aufthun. Laudat, qui vult vendere merces. Ratio: L. 15. C. h. t.
2) l. latentia — diese müssen angezeigt werden: z. E. wenn das Pferd haarschlächtig, faul im Leibe ist.

Qu. Wohin sind die sogenannten Finnen der Schweine zu rechnen? (Man nennt die Schweine porcos concrinoſos). Man soll es sehen können, wenn man den Rüssel der Schweine öfnet und die Zunge besieht. Rsp. In der Regel sind sie unter die latentia zu rechnen, besonders wenn sie gemeine Leute kaufen. Kauft sie aber ein Metzger, so ist sie ein vitium patens und braucht nicht angezeigt zu werden; denn der muß es verstehen.

Hodie wird wohl wegen der Finnen kein Streit mehr zu befürchten seyn, da die neusten Aerzte sie für keine Krankheit halten.

§. 1109. 1) Obscura vitii affirmatio non sufficit: z. E. Du verkaufst mir einen Gaul, der Buchlahm ist, und sagst: zum curvettiren sey er eben nicht völlig eingerichtet.
2) Befreyt den Venditorem die Ausflucht nicht: daß er die Sache so gut verkaufe, als er sie besitze.

3) Kommt

3) Kommt ihm auch nicht zu statten, daß er sagt, er wüste die Fehler nicht. Jedoch nur in so ferne, als er quod interest nicht praestiren darf. Haften aber muß er.
4) Es befreyt ihn nicht, daß er sagt: er stehe für keinen Fehler. Denn er scheint hier offenbar dolose zu handeln und die Fehler verbergen zu wollen.

§. 1110. Das Edictum aedilitium wird auch auf res mobiles et immobiles extendirt: z. E. Es haften auf dem Haus Servituten, wer kann das wissen. Ferner auf principales et accessorias: z. E. animalia fundi; denn es sind Pertinenz-Stücke.

Ferner: wenn er zwey, drey oder vierspännige iumenta verkauft. Excipe tamen: wenn eine Universitas verkauft wird: z. E. eine Heerde Schaafe. Da haftet er fürs totum aber nicht pro singulis individuis in specie, wenn anders das Kaufgeld aufs totum, und nicht auf species singulas bestimmt worden.

§. 1111 — 1112. Hier ist von den Klagen die Rede. Die verkaufte Sache ist entweder eines Fehlers wegen ganz unbrauchbar, oder das ist nicht. Im ersten Fall findet die Actio redhibitoria, im zweyten die Actio quanti minoris statt.

1) Actio redhibitoria est ea, quae datur emtori ac omnibus, quorum interest, adversus venditorem eiusque heredem ad rem vitiosam recipiendam pretiumque acceptum restituendum.
2) Actio quanti minoris s. aestumatoria est ea, quae competit emtori adversus venditorem eiusque heredem, ut tantum de pretio restituat, quanti minoris res fuit, cum venderetur.

Unterschied: Wer die Actionem redhibitoriam anstellt, der gründet sich darauf:
a) Ich habe einen Fehler entdeckt,
b) es war vitium occultum,
c) Coexistebat tempore contractus,
d) rem ad usum plane inhabilem reddit; wer hingegen mit der Actione quanti minoris kommt, muß zeigen:
a) vitium occultum,
b) tempore contractus coexistens,
c) diminutionem pretii.

Wenn eine Sache für ganz unbrauchbar, untauglich zu halten sey, dies wird mehrentheils per leges provinciales bestimmt: z. E. wenn ein Pferd rotzig, stetig, haarschlechtig, oder staarblind ist. Wo das nicht ist, muß man sich eben an Kunstverständige halten.

Vorauszusetzen ist also bei beiden Klagen: ut sit vitium antecedens contractum; nam vitia supervenientia non praestat venditor. Aber der Beweis: daß das vitium tempore contractus coexistirte, also schon vorher da war, ist schwer, sehr schwer.

Dahero statuiren die Rechtslehrer den Unterschied: Der Fehler äußert sich:

1) entweder binnen drey Tagen — da hält man ihn für ein Vitium antecedens, der Emtor muß ihn aber sogleich anzeigen.
2) Oder nicht — da hält man ihn pro vitio superveniente.

In beiden Fällen, versteht sich — salva probatione contraria.

§. 1113. Differentia harum actionum —

1) ratione fundamenti agendi.
2) Ratione effectus. (Beides kam in den Definitionen vor).
3) Ratione reiterationis.

Die Actio quanti minoris kann mehr als einmal angestellet werden; redhibitoria aber mehr nicht als einmal, wenn er schon einmal damit abgewiesen worden; obstat enim res iudicata, denn es ist erkannt worden: rem non plane esse inhabilem ad usum. Aber die Actionem quanti minoris kann er noch anstellen).

4) Ratione durationis.

Die Actio redhibitoria wird geschwinder verjährt, als die Actio quanti minoris.

Dist. Der Venditor hat entweder für den Fehler zu haften cavirt, oder nicht. Im letztern Fall wird die Actio redhibitoria in zwey Monaten und die Actio quanti minoris in sechs Monaten praescribirt; im letztern Fall aber wird die redhibitoria in sechs Monaten und die Actio quanti minoris intra annum verjährt.

Sowohl die Monatsfrist, als die Jahresfrist sind tempora utilia. Was das heise — ist da gewesen.

Weil

Weil es aber schwer zu eruiren ist, so statuiren die Rechtsgelehrten ein tempus quatruplicatum, die sechs Monate machen zwey Jahre und das eine, vier Jahre, ex L. final. C. de temporibus in integrum restitutionis, wo auch statt der Jahresfrist vier Anni continui von Iustinian verordnet worden, weil die tempora utilia gar zu schwer im Iure zu zählen wären. Obs. Auch hieraus sieht man, wie schwer die Gesetze an die Rescission gehen. Deswegen setzen sie der Klage, die darauf geht, durchgängig eine kürzere Zeit.

§. 1114. Unterschied: Hat der Venditor die Fehler gewust und verschwiegen, so praestirt er omne id quod interest. Hat er sie aber nicht gewust, so praestirt er blos damnum emergens, keineswegs aber lucrum cessans,

---

LIB. XX. TIT. III.

De evictione et duplae stipulatione.

§. 1115. *Evincere* — entwähren — ist eben soviel, als: vincere in lite super re quadam orta — kurz: in einem Prozeß obsiegen. Evictio (die Entwährung) ist, wenn ein Recht, welches ein anderer auf mich zu transferiren verbunden war, verlohren geht, wegen des Obsiegs, den ein dritter wider mich gerichtlich erstritten hat. Es ist also ein Verlust, nicht aber wie Hellfeld meynt, ablatio — quia datur evictio rei nunquam possessae: z. B. Du hast mir den fundum Tusculanum verkauft, ehe Du mir ihn aber tradirest, streitet mir ein Tertius solchen ab; da war ich noch nicht im Possess.

Durch die Entwährung wird der, dessen Sachen entwährt worden, in Schaden gesetzt, deswegen kann er bisweilen Entschädigung verlangen, d. h. evictionis praestatio (Gewährleistung) Ersetzung des Schadens, welche aus der Entwährung entstanden. Zum Schaden rechnet man:

1) Einbuse des Kaufgeldes.
2) Das Lucrum cessans.
3) sumtus rei et litis.

Der Gewährsmann ist entweder zu diesem allen verbunden — dies heist evictionis praestatio *plena*; oder nur zu einem und dem andern; wo sie evictionis praestatio *minus plena* genennt wird.

§. 1116. Die Gewährsleistung hat zum Fundament, daß mir einer zu verschaffen verbunden ist: ut rem tanquam meam habeam. Dieser heist *auctor*.

Auctor secundus ist derjenige, der für den eigentlichen Auctor Bürgschaft geleistet hat: z. E. L. 4. D. h. t.

Qu. Wenn muß dem einer Gewähr leisten? Rsp.

1) Wenn er sich pacto dazu verbindlich gemacht hat. (Der Pfandgläubiger ists in der Regel nicht schuldig, aber wenn er sich pacto dazu obligirt hat, alsdenn.)
2) Wenn dies nicht ist; so lassen sich zwey Fälle gedenken, nämlich:
   a) ob dolum,
   b) ob culpam.

§. 1117. Die Gewährsleistung entsteht manchmal ex natura negotii. Merke daher die Regel: In negotiis onerosis evictionis praestatio locum habet, in negotiis mere lucrativis cessat evictionis praestatio. Und zwar sowohl bei solchen negotiis, wobei das dominium transferirt wird, als bei solchen, wo es nicht transferirt wird.

1) Bei negotiis dominium translativis. Zuförderst beim Kauf. Allein es ist auch auf Tausch, und die dationem in solutum, so wie auf die dotis dationem extendirt worden. Doch bei letztern nicht indistincte; denn ist der dos nicht aestumato gegeben worden, so findet sie nicht statt. Vid. L. 1. Cod. de iure dotium. — Auch bei contractibus emphyteuticis findet sie statt.
2) Bei negotiis dominium non translativis. Ex L. 9. princ. und L. 33. locati — gehört die locatio conductio hieher. Auch bei einer hereditate universali, wenn sie ganz verkauft worden.

§. 1118. Das Fundamentum von der Gewährsleistung ist, daß einer verbunden ist, uns eine Sache zu verschaffen, so, daß wir sie als die unsrige haben und behalten können. Sie findet also nicht statt:

1) si ex universitate vendita res singularis est evicta.

2) Si

2) Si spes simplex est promissa — eine Sache, die lediglich vom Zufall abhängt, z. E. iactus rhetium; mein Loos in der Lotterie.

3) Wenn einer wissentlich, daß die Sache nicht unser ist, sie dennoch kauft: z. E. ein Faustpfand.

Hellfeld sagt: nec pretium his casibus repeti potest. Wenn z. E. einer auf meine Stube kommt, ein Buch liegen sieht, mir es feil bietet, und ich ihm gesagt habe, daß es nicht meine sey; er aber gleichwohl fortfährt mich darum zu bitten und sagt, daß der Tertius, dem es gehören soll, in seinem Leben nicht wieder komme; ich gebe es ihm nun zu kaufen, und per varios casus, per tot discrimina rerum kommt der wahre Eigenthümer wieder und vindicirt sein Buch; so fragt sich's doch: kann der Emtor sein Kaufgeld wieder verlangen? Rsp. Viele sagen rundweg: Nein! Allein wir müssen unterscheiden:

1) Der Emtor hat rem extra dubium alienam gekauft, so kann er sein pretium nicht zurück fordern; denn er hat auf sein Risico gekauft, folglich muß er sich auch die Folgen gefallen lassen.

2) Er hat rem dubie alienam gekauft: z. E. rem litigiosam. Da kann ers zurückfordern. Ratio: nemo suum iactare praesumitur. Also wird niemand die Gefahr übernommen haben wollen, sein Kaufgeld zu verliehren, wenigstens kanns nicht praesumirt werden. Accedit, daß er geglaubt haben könne, die Sache werde widerrechtlich in Anspruch genommen. Conferatur Struben Tom. 3. numr. 103.

Die Gewährleistung findet nicht statt:

4) Wenn einer nicht suo nomine, sondern alieno nomine verkauft — z. E. der Pfandgläubiger das pignus distrahirt.

5) Wenn Sachen in Bausch und Bogen verkauft und einzelne Sachen davon entwährt worden. Ratio repet. ex Nro. 1. h. §phi.

§. 1119. In causis lucrativis findet die evictionis praestatio in der Regel nicht statt: z. E.

1) bei Schenkungen — wann sich der Donator nicht pacto dazu verbindlich gemacht hat, oder in dolo versirt.

Die Rechtslehrer distinguiren hier inter donationem speciei et generis.

1) Wenn von einer donatione speciei die Rede ist — da ist der Donator nicht zur Gewährsleistung verbunden: denn, wenn er die speciem donatam dem Donatario übergeben, so hat er alles erfüllt, was er erfüllen sollte; wird nun die species entwährt, so findet die ratio legis 62. statt, so wäre es unbillig, si donator liberalitatis suae poenam pateretur.

2) Wenn das Donatum ein Genus ist, so ist es wieder
   a) entweder überhaupt — so im Allgemeinen versprochen worden: z. E. der Donator hätte gesagt, er wolle mir einen Budel schenken. Hier ist er zur Gewährsleistung verbunden, weil, wenn die geschenkte Sache entwährt, der Schenker sein Versprechen noch nicht erfüllt hat.
   b) Oder es ist das Genus auf eine gewisse Zahl von Sachen eingeschrenkt: z. E. eins von meinen vier Reitpferden. Hier haftet der Donator nur für die bestimmte Zahl, weiter nicht. Ich gebe Dir eins, es wird evincirt; jetzt muß ich das zweyte hergeben. Wird es wieder evincirt, — das dritte, vierte. Aber weiter hafte ich nicht.

§. 1120. Der Autor nur ist Gewähr zu leisten verbunden, dem Besitzer die Sache so zu schaffen, daß er sie besitzen kann. Also nicht verbunden:

1) wenn die Sache casu zu Grunde gegangen.
2) Wenn sie culpa possessoris verlohren ging. Z. E. wenn die fatalia von ihm versäumt worden.
3) Wenn der Besitzer l. vi. l. facto principis aus dem Besitz getrieben worden. Z. E. wenn der Fürst ein Steuer freyes Gut, nachdem es verkauft worden ist, mit Steuern belegt; ausgenommen, wenn der Venditor sich verbindlich gemacht hat, die Sache wider Recht und Unrecht zu gewähren. Daher muß man sich vor diesem Ausdruck hüten.
4) Wenn eine Sache ex iure retractus entwährt ist: z. E. ich habe Dir das alte Stammgut Bärenfels verkauft.

Ratio: nam res non evincitur ideo, quod sit aliena, sed ex sua natura, ex L. 11. D. h. t.

§. 1121. Die Gewährsleistung kann auch ex pacto praestirt werden müssen. Dahin gehört

1) das pactum de evictione praestanda. Dies Pactum hat seinen

seinen Nutzen, sowohl, wo ex natura negotii die Gewährsleistung nicht gefordert werden kann — dies versteht sich von selbst — als auch bei diesen, deren Natur schon die Gewährsleistung mit sich bringt; denn es kann näher bestimmt werden und so weiter: z. E. per poenas conventionales.

2) Das pactum de non praestanda evictione. Wenn z. E. der Käufer darauf renuncirt.

Qu. Kann er das? Rsp. Ja! Ratio est duplex.

a) Worauf man tacite renunciren kann, darauf kann man auch expresse renunciren.

b) Die Gewährsleistung ist zwar ein naturale contractus, aber kein essentiale desselben. Conf. L, 31. §. 4. de donationibus inter virum et uxorem. Da ist der Unterschied: ob es in continenti beigefügt worden oder nicht.

3) Duplae stipulatio — dies ist der Vertrag, wo sich der Verkäufer verbindlich macht, im Entwährungsfall das Duplum vom Pretio zu restituiren, und hat den Nutzen, daß der Emtor das quantum eius, quod interest nicht zu beweisen nöthig hat.

§. 1122. Die Verbindlichkeit Gewähr zu leisten entsteht zuweilen: ex natura negotii — zuweilen: ex pacto.

I. Ex natura negotii: Da ist sie

1) eine obligatio bonae fidei.

2) Bei dieser Gewährsleistung muß der Gewährsmann de omni damno haften. Folglich ist die evictionis praestatio hier plena. Das Kaufgeld, lucrum cessans und die Sumtus rei et litis müssen restituirt werden.

3) Muß auf das tempus evictionis Rücksicht genommen werden. Was zu der Zeit die entwährte Sache werth war, das zahlt der Gewährsmann, mehr nicht.

II. Ex pacto: hier ist sie

1) obligatio stricti iuris.

2) Hier kommt es auf die Worte des Vertrags an. Diese sind strictae interpretationis, (obgleich die stipulatio hodie cessirt.) Ratio: weil man nicht praesumiren kann, daß jemand ein Onus hat übernehmen wollen, ohne es mit Worten anzuzeigen.

3) Hier sieht man auf das tempus promissionis.

§. 1123.

§. 1123. Die Gewährsleistung setzt allemal eine würkliche Entwährung voraus. Eine würkliche Entwährung ist aber nicht eher vorhanden, als bis mir die Sache vom Richter abgesprochen worden. Also ist keine Gewährsleistung zu fordern:

1) So lange nur noch timor evictionis da ist.

2) Es ist auch nicht hinlänglich: tentata evictio; denn die Evictions-Klage kann noch abgewiesen werden, und folglich hat der Kläger die Klage mit Unrecht erhoben, folglich sind auch dem Gewährsmann nicht die Kosten zur Last zu legen.

Qu. Wie aber, wenn in limine contractus schon eine Entwährung zu befürchten?

Rsp. Dist. Das ius evincentis ist

1) entweder klar, er hat z. E. klare Documente — da (sagt Hellfeld) könnte der Emtor vom Kauf wieder abgehen. Allein der lex 30. in nota alleg. ist sehr schwankend.

2) Oder nicht klar, sondern dubiös — da könne der Emtor das Kaufgeld zurückbehalten und die exceptionem imminentis evictionis vorschützen.

§. 1124. Gewährsleistung findet nicht statt, wenn der Besitzer an dem Verlust der entwährten Sache selbst Schuld hat. Schuld hat er

1) wenn er sich vergleicht — (dies darf er ja nicht thun.)

2) Wenn er sich am Beweis versäumt,

3) Die Exceptiones nicht vorschützt.

4) Wenn er die contrairen Urtheile rechtskräftig werden läst.

Daher, um sich aller Schuld zu entledigen, soll er tempestive litem contestiren, i. e. zu einer solchen Zeit, wo ihn der Gewährsmann noch vertheidigen kann. Dem Gewährsmann aber können leicht durch den Verzug Beweismittel entgehen: z. E. Zeugen sterben.

Daher, wenn der Actor litem denuncirt, so thut ers am besten bei der Replic, denn da kann ihm der beste Beistand geleistet werden. Wenn aber der Beklagte litem denuncirt, so ist dies am besten ante litis contestationem, denn da müssen nach dem neusten R. A. alle exceptiones peremtoriae beigefügt werden.

Denuncirt er aber nicht litem: so soll er auch seinen Regres

Regreſs nicht gegen den Auctorem nehmen können; ausgenommen:

1) Wenn die Verbindlichkeit litem zu denunciren pacto iſt remittirt worden.
2) Wenn der Gewährsmann in dolo verfirt, z. E. er hat rem alienam wiſſentlich verkauft.
3) Wenn der Beſitzer beweiſen kann, daß die Litisdenunciation nichts geholfen haben, ſondern vergeblich geweſen ſeyn würde. Allein dies iſt ein ſchwerer Beweis, man kann leicht darinn ſuccumbiren.

§. 1125. Litis denunciatio (Verkündigung des Rechtsſtreits) iſt eine Aufforderung zum Beiſtand im Proceß, die aus dem Grunde geſchieht, weil ich wider den andern den Regreſs zu nehmen befugt bin, wenn der Proceß verlohren gehen ſollte.

Die erſte Frage iſt hier: in welcher Sache die L. D. ſtatt finde? Reſp. In allen Sachen, wo man den Regreſs wider den andern nehmen kann: z. E. bei der Ceſſion — Du haſt mir nomen cedirt, der Debitor macht exceptiones, Dir alſo, dem Cedenti denuncire ich litem. So auch der Mandatarius wider den Mandantem.

Die zweyte Frage iſt: Quo modo muß die L. D. geſchehen? Reſp. Man diſtinguire zwiſchen Sachſenrecht und dem Auerſächſiſchen Recht.

1) Nach Sachſenrecht muß die L. D. allemal ſchriftlich geſchehen; man muß mit einem Schreiben einkommen. Und Hellfeld bemerkt, daß es rathſam ſey, auch auſer Sachſen dieſen Weg einzuſchlagen, weil der Beweis leichter iſt, wenn man litem denuncirt hat.
2) Nach dem Auerſächſiſchen Recht hält man die ſchriftliche L. D. nicht nöthig; ob ſie gleich erlaubt iſt; weil dies formale in den L. L. nicht deutlich erfordert wird.

In beiden Fällen iſt erforderlich, daß dem L. Denunciaten communicirt werden muß, was in der Sache ergangen, i. e. es müſſen demſelben Copien von den Acten zugeſchickt werden.

Die dritte Frage betrift das tempus L. D. wovon §. antecedente das nöthige beigebracht iſt.

§. 1126. Der Denunciat ſoll kommen und Beiſtand leiſten; mithin verſteht ſich von ſelbſt: in dem foro, ubi lis

lis pendet; mithin kommt ihm keine exceptio fori incompetentis zu.

Doch ist zu distinguiren: der Denunciat findet sich entweder ein, oder nicht ein.

1) Der erste Fall: er findet sich ein. Hier erkennt er
   a) entweder seine Verbindlichkeit dem Litisdenuncianti beizustehen — gut, so kann er den Proceß, als ein Procurator in rem suam, allein übernehmen; denn es gereicht zu seinem Vortheil, weil der Regreß, im Fall er verlohren gieng, an ihm genommen würde; oder sie können beide als Litis-Consorten den Streit mit einander endigen.
   b) Oder er erkennt diese Verbindlichkeit nicht. Hier entsteht ein neuer Proceß zwischen dem Litisdenuncianten und Denunciaten, Dieser neue Proceß wird aber verschoben, bis der vorige geendigt ist, denn der Litisdenunciat kann noch seinen Proceß gewinnen. Ferner, so gehört auch dieser Proceß nicht vor das forum, ubi lis pendet, sondern vor das forum ordinarium des Litisdenunciati. Z. E. Wenn es ein Clericus ist, vor das Consistorium; denn es sind nicht causae connexae und machen mithin keinen Aufenthalt in der Sache.
2) Der zweyte Fall: der Denunciat findet sich nicht ein. Da wird in dem Hauptproceß fortgefahren, ohne ihn zu zwingen, daß er kommen soll. Denn der Beistand ist ja zu seinem Vortheil ernannt und wenn er nicht kommt und der Proceß verlohren geht, so wird gegen ihn der Regreß genommen.

§. 1127. Wenn die Sache entwährt worden, kann der Besitzer seinen Regreß wider den Gewährsmann nehmen. Auctor immediatus ist derjenige, der die entwährte Sache unmittelbar von dem Gewährsmann erhalten hat—; und denen, die sich accessorie obligirt haben. Dies sind fideiussores, constitutores und mandatores. Keineswegs aber kann ich gegen den Tertium die Gewährsleistung praetendiren, nisi ex iure cesso. Qu. Welche Klage findet statt? Rsp. Die Verbindlichkeit zur evictionis Praestation rührt her:

1) entweder ex stipulatione — da hatten die Römer die actionem ex stipulatu.

2) Oder

2) Oder ex natura negotii — hier findet die actio emti statt. Und wenn das negotium kein Kauf ist, so kann doch nach dem L. 4. C. h. t. die actio emti utilis angestellt werden. Ja, nach der Meynung vieler Rechtslehrer, findet die actio ex quolibet contractu statt.

In fine §phi ist noch die Frage zu erörtern: wie die Gewährsleistung da gefordert werden könne, wenn plures auctores unius rei pro indiviso possessore vorhanden sind?

Rsp. Die plures auctores haben die Sache verkauft

1) entweder pro uno pretio. Hier ist zu distinguiren zwischen der obligatione ad defensionem und der obligatione ad praestandum id quod interest. Was die erstere anlangt, so gilt die Regel: haec singulis in solidum incumbit, weil sie eine obligatio individua ist. Was aber die letztere betrift, so ist zur Regel anzunehmen, daß jeder pro rata haftet, weil sie eine obligatio dividua ist.
2) Oder jeder seinen Antheil, und zwar pro diversis pretiis. Hier haftet jeder pro parte, quia tot venditiones intelliguntur, quod partes sunt venditae.

LIB. XXI. TIT. III.

De exceptione rei venditae et traditae.

§. 1128. Bisweilen will der Verkäufer die fremde Sache, die er verkauft, entwähren, dieser Unbilligkeit wegen verstatten die Leges dem Käufer die exceptionem rei venditae et traditae. Sie wird im L. 17. D. de evict. auch exceptio doli mali genennt. Ihr Endzweck ist, daß der Verkäufer und seine Erben durch sie mit ihren Ansprüchen auf immer abgewiesen werden sollen.

Sie cessirt natürlicher Weise

1) Wenn in dem Kaufcontrakt die Eviction oder Vindication reservirt worden.
2) Wenn der Kauf selbst ex legis dispositione null und nichtig ist, oder

3) der

3) Der Mandatarius die Grenzen der Vollmacht überschritten hat: z. E. der Onkel giebt mir einen Tobackkopf zum verkaufen. Ich soll ihm wenigstens 1 Carolin dafür bringen und ich geb ihn für 6 fl. hin.

LIB. XXII. TIT. I.

De usuris et fructibus et causa et omnibus accessionibus et mora.

§. 1129. Usura im Singulari, ist so viel, als: usus. Im Plurali — Zinnsen. Jedoch merke: Usurae
1) in sensu latiss. accessiones rei — quicquid ad rem accedit.
2) In sensu strict. id quod solvitur pro usu rei.
3) In sensu strictiss. id quod solvitur pro usu sortis.

Sors — Hauptstuhl, Capital — geht nicht blos aufs Geld. Ich kann Dir 100 Eimer Wein leihen und Zinnsen dafür nehmen, welches auch Sors heist. — Die Römer hielten ein Hauptbuch — Calendarium, ein Buch, worinn sie Capital und Zinnsen schrieben, welche sie an den Calendis einforderten. Seneca sagt an einem gewissen Ort: nemo beneficia in calendaria scribit. Conf. L. 39, §. 8. D. de administr.

Der deutsche Ausdruck: Zinns, ist sehr vag. Man sagt daher lieber Zinnse.

Nach dem Naturrecht sind Zinnsen wohl erlaubt und nach dem iure divino sind sie nicht verbothen, sondern nur der Wucher, der Misbrauch der Zinnsen. Foenus ist nach gutem Latein keine unerlaubte Sache. Das Wort: Wucher, im Deutschen war es Anfangs auch nicht; aber nach und nach hat es eine böse Nebenbedeutung des Misbrauchs bekommen.

Auch nach dem Iure romano sind die Zinnsen erlaubt. Nur das Ius Canon. hat sie verboten ex male intellecto iure divino, i. e. daß man das Mosaische Recht nicht verstanden. Deuteron. cap. 23, 19—20. v. et V. 15. v. 5.

sind

sind die Stellen. Ja auch im N. T. z. E. Luc. cap. VIto. Allein eines Theils erklären diese Stellen den unmäßigen und übertriebenen Wucher, andern Theils gehören sie zum jüdischen Gesetz, welches bei uns aufgehoben worden. In sensu strictiori heißt Sors — incrementum pecuniae mutuo datae. Conferatur Noodt de usuris et foenore lib. 1. cap. x.

§. 1130. Die Gesetze also gebieten die Zinnsen nicht, sondern sie erlauben nur Zinnsen zu fordern; also an sich ist man nicht zu Zinnsen verbunden, sondern nur, wenn ein besonderes Fundament dazu vorhanden ist. Dies Fundament kann seyn:

1) pactum,
2) mora debitoris,
3) immediata legis dispositio.

Ist das Fundament ein Vertrag, so heisen die Zinnsen im Iure: usurae conventionales; ist es mora debitoris, so heisen sie: usurae punitoriae s. usurae morae; ist es aber unmittelbare Verordnung eines Gesetzes, so werden sie usurae legales genennt. Diese letztere wollen verschiedene Rechtslehrer nicht paßiren lassen.

Allein L. 13. §. 20. de actione emti heißt es: so bald der Kauf geschlossen und perfect ist, so soll der Käufer, wenn er nicht bezahlt, Verzugszinnsen geben, damit er nicht ein doppeltes Lucrum habe. So auch L. 5. C. eod. titulo heißt's: der Emtor solle Zinnsen geben, *etsi non sit in mora*: Conf. et L. 12. §. 9. mandati — L. 19. §. 4. de negotiis gestis aliasque leges. Conf. et Leyser spec. 244. et 248. med. 9. wo die Sache in ihr volles Licht gesetzt worden.

§. 1131. Verzugszinnsen zu zahlen, ist eine Nebenverbindlichkeit. Deswegen haben hier die Gesetze keine besondere Klage ertheilt. Man muß daher die Hauptklage aus dem Negotio anstellen: z. E. ex mutuo — ex emtione etc.

Wo diese Klage erloschen, hat man auch kein Remedium mehr zu den Verzugszinnsen; folglich:

1) wenn das Urthel rechtskräftig worden. Daher merke die Cautel: wenn die Zinnsen übergangen sind, so muß man

ein remedium interponiren: z. E. eine Appellation einlegen.

2) Wenn ein Gläubiger ohne Vorbehalt das Capital annimmt und kein remedium darüber interponirt, so sind die usurae morae erloschen.

Alles dies aber findet nicht statt bei den usuris conventionalibus — denn da hab ich immer noch ein Fundament ex pacto.

§. 1132. 1) Zinnsen werden für den Gebrauch eines Capitals entrichtet; corruente autem principali corruit etiam accessorium.

2) Soweit sich ein Gläubiger Zinnsen entrichten lassen, so lang muß er dem Debitori das Capital lassen.

Qu. Ist dies erlaubt, die Praenumeration der Zinnsen anzunehmen? Rsp. An und vor sich allerdings. Iure divino verbietet es auch kein lex. Aber im Codice scheint der Lex 26. zu oppugniren. Nach diesem L. ist zu distinguiren. Der Schuldner hat

1) entweder das ganze Capital schon in Händen — da ist es nicht verboten die Zinnsen zu praenumeriren.

2) Oder er hat das Capital noch nicht, sondern sie werden ihm gleich davon abgezogen — das ist nullo modo erlaubt; denn es ist zu vermuthen,
   a) daß er gezwungen worden und dann
   b) hat er ja auch das ganze Capital zur Nutzung nicht.

3) Langezeit entrichtete Zinnsen wirken Wahrscheinlichkeit, daß ein Capital vorhanden sey. Qu. Wie lang aber? Rsp. Godofredus ad legem 6. de usuris statuirt aus wahrscheinlichen Gründen, das tempus decennii sey hinlänglich.

4) Zinnsen müssen in eben den Geldsorten bezahlt werden, in welchen das Capital vorgeliehen worden.

§. 1133. Unsere Gesetze erlauben Zinnsen zu nehmen, aber doch nicht ohne Einschränkung, nämlich nicht ultra legitimum quantum et modum.

Was das Quantum anlangt, so müssen wir

I. auf die usuras morae sehen. Da ist der Hauptstert der recessus deputationis in not. all. Der verordnet 5 pro Cent; doch soll der Creditor mehr nehmen dürfen, wenn

wenn er den Beweis übernimmt, von dem Schaden, den er ex mora debitoris erlitten zu haben vorgiebt.

II. Auf die usuras conventionales. Hier ist das Römische Recht von dem Deutschen zu unterscheiden.

1) Das Ius Romanum varirt in Ansehung des Quanti. Denn Illustres sollen 4 pro Cent bezahlen, Kaufleute 8 und die übrigen in der Regel 6. Doch wenn ein Gläubiger ein Rifico übernimmt, das Capital zu verliehren, soll er auch 12 pro Cent nehmen dürfen.

2) Im Iure Germanico sind nach dem neusten R. A. de anno 1654. nur 5 pro Cent, nach Legibus provincialibus auch 6 pro Cent erlaubt.

Nach dem neusten R. A. de anno 1654. §. 175. hat Hr. v. Meiern aus den Reichstags-Acten bewiesen, daß dieser lex kein lex perpetua, sondern nur temporaria seyn soll, i. e. er hat nur damals gelten sollen bei den Calamitaeten des 30jährigen Kriegs; folglich cessante calamitate, sollte er aufhören, und wir 6 pro Cent nehmen dürfen. Allein die Praxis nimmt den legem pro perpetua an, obgleich Hr. v. Meiern aus den Acten hinlänglichen Beweis geführt. Ja sogar wird in dem R. K. G. allemal jedem Provinzialen der 6te pro Cent abgesprochen, worauf man Rücksicht zu nehmen hat.

§. 1134. Zinnsen sollen nicht ultra alterum tantum genommen werden, i. e. die das Capital selbst übersteigen. Schon in den Digestis finden wir LL. die dies verbieten; allein sie sind dunkel und schwankend; daher haben wir den L. 10. C. de usuris, welcher sehr deutlich ist und den Unterschied macht: inter usuras restantes — i. e. wenn der Schuldner noch so viel Zinnsen rückständig ist, daß die Summe das Capital übersteigt; et inter particulariter solutas, i. e. wenn der Schuldner nach und nach so viel Zinnsen bezahlt hat, daß, wenn man sie alle zusammen rechnet, sie mehr betragen, als das Capital. Letztere sollen nach dem lege 10. C. statt finden, erstere aber nicht.

Nun hat Iustinian wirklich diesen vernünftigen Legem durch den L. 27. C. eod. T. und durch die Nov. 121. und 138. ganz abrogirt, und die usuras ultra tantum indistincte verboten. Quid ergo hodie? Rsp. Pugna inter Doctores. Einige haltens mit dem L. 10. C. andere mit

Iustiniano und den Novellen. Z. E. Leyser, und dies mit Recht; lex enim posterior derogat priori.

Der andern Doctorum Grund, daß der L. 10. C. vernünftiger wäre, ist nicht hinlänglich, wenn vorgegeben wird: daß die Novella nicht in der Authentica enthalten sey; es ist ja gar nicht nothwendig. Allein demohngeachtet treten wir doch dieser Meynung bei, aber aus einem andern Grund. Denn §. 174. Nr. 3. in dem neusten R. A. ist der Lex 10. C. approbirt. Es heist daselbst: wenn etwas am Capital oder Zinnsen schon bezahlt ist, so soll deswegen keine Abforderung oder Abkürzung statt finden. Es steht hier nicht entgegen, daß es ein lex temporaria sey; denn war es dort bei jenem Calamitaeten erlaubt und billig, um wie vielmehr jetzt. —

Zusatz: Das K. G. hat hier wieder eine ganz besondere Praxin. Es läst die usuras ultra tantum passiren und wenn sie das Capital 2 bis 3 mal übersteigen sollten.

§. 1135. Anatocismus ist, wenn ein Gläubiger von den Zinnsen, mit welchen ihm sein Schuldner im Rest geblieben, wieder Zinnsen nimmt. Soll es anatocismus seyn, so muß eben derselbe Schuldner, der die Zinnsen schuldig worden, wieder Zinnsen davon geben. Porro: eben derselbe Creditor muß die Zinnsen von Zinnsen annehmen. Uebrigens wird der Anatocismus eingetheilt in separatum und coniunctum. Anatocismus separatus — wenn nämlich von den Zinnsen ein neues Capital gemacht wird — ist erlaubt, weil man annimmt: es falle dies dem Debitori nicht zur Last. Coniunctus — wenn die Zinnsen zum Capital geschlagen und mit dem Capital wieder verzinnset werden, ist verboten.

§. 1136. Die Zinnsen ultra legitimum quantum sind verboten. Legitimum quantum aber ist in den meisten Landen 5 pro Cent, darnach muß man sich richten. Wenn nun einer diese gesetzliche Vorschrift nicht beobachtet, so kann er

1) die unerlaubten Zinnsen nicht nur nicht fordern, sondern es entsteht auch
2) daraus das *crimen usurariae pravitatis*. Dies ist aber nicht eher vorhanden, als bis der Gläubiger die widerrechtlich

rechtlich versprochen, oder bedungene Zinnsen bekommen hat.

Die Strafen, die auf diesem Verbrechen stehen, waren Iure romano antiquo die poena quadrupli; Iure romano novo aber die poena infamiae. Obs. Die alte Strafe, nämlich die poena quadrupli war angemessener.— Das ius canonicum bestättigt das römische Recht; fügt aber noch hinzu: daß der Wucherer

a) kein Testament machen,
b) excommunicirt,
c) nicht ehrlich begraben werden soll.

Die Reichsgesetze (not. 3. all.) bestimmen, daß der Wucherer den vierten Theil vom Capital verliehren soll. Zur Hälfte bekömmt ihn die Obrigkeit des Gläubigers, zur Hälfte die Obrigkeit des Schuldners.

Die Landesgesetze müssen an jedem Ort gelernt werden.

Die Praxis geht jedoch von allen diesen LL. ab, und bestimmt dafür Geldstrafe, Gefängnis oder Relegation.

Anmerkung: Das crimen usurariae pravitatis ist verbothen, es mag entweder apertum, oder palliatum seyn.

Palliatum ist es, wenn es unter dem Namen der Schenkung, oder des pacti de retrovendendo geschieht: z. E. ich will Dir Dein Landgut abkaufen für 4000 fl. und in zwey Jahren sollst Du es für 6000 wieder haben. Oder: ich schenke Dir jetzt 100 Ducaten, aber wenn das Jahr zu Ende ist, mußt Du mir Deinen Garten schenken, der Dich praeter propter 200 kosten mag.

Obs. Im Bayreuthischen sind 6 pro Cent erlaubt, wenn es ausdrücklich bestimmt worden.

§. 1137. Mit den Zinnsen hat eine Aehnlichkeit

1) das id quod interest — a) weil man die Zinnsen oft ein Interesse zu nennen pflegt. b) weil Verzugszinnsen zu 5 pro Cent gefordert werden können, so bald der Debitor in mora ist.

Differentia:

a) usurae non intelliguntur sine sorte; aber bei dem id quod interest ist kein sors nothwendig.

b) Das id quod interest begreift damnum emergens und lucrum cessans; welches man von den Zinnsen nicht geradehin sagen kann.

c) Das id quod interest supponirt eine vorgängige Bescheinigung, i. e. summarischen Beweis von dem erlittenen Schaden und dessen Quanto; dies ist aber bei den Usuris nicht.

2) Haben diese Aehnlichkeit annui reditus. Sie sind in sensu generaliori soviel als: census; aber in sensu proprio et stricto soviel als: jährliche Gilten oder Renten — census privati per emtionem venditionem aut similem titulum dominii translativum constituti: z. E. durch Tausch, durch die dationem in solutum. Sie sind loco usurarum verordnet worden. Sie kamen durch die Geistlichen auf, welche nach dem iure canonico keine Zinnsen nehmen durften.

Nach den allegirten Reichsgesetzen dürfen sie nicht mehr als 5 pro Cent, wie Usurae betragen.

§. 1138. Eine Aehnlichkeit mit den Usuris haben endlich auch die fructus. Fructus wachsen zwar aus der Substanz der Sache hervor, und dies kann von den Usuris nicht gesagt werden; aber doch ist eine Aehnlichkeit zwischen den fructibus civilibus und den usuris. Fructus haben auch eine grössere Gunst in den Rechten, als Usurae. Daher giebt sich der Unterscheid:

1) Quod fructus in stricti iuris iudiciis debeantur, i. e. man kann sie auch bei iudiciis stricti iuris praetendiren, aber Zinnsen nicht. Conf. Heinecc. in D. h. t. §. 92.

2) Fructus können ultra alterum tantum gefordert werden, aber Zinnsen nicht. Leyser spec. 249. med. 4.

3) Ein malae fidei possessor muß sowohl fructus perceptos als percipiendos restituiren; aber die usuras percipiendas nicht. Allein diese Dist. cessirt nach dem Reichs-Deputations-Abschied de anno 1600. §. 139. — Denn nach demselben sollen bei allen Negotiis Verzugszinnsen gefordert werden können.

LIB.

LIB. XXII. TIT. II.

De nautico foenore.

§. 1139. Usurae sunt
1) vel vulgares — si periculum sortis non est penes creditorem;
2) vel non vulgares — si periculum sortis penes creditorem est.

Dahin gehört das:
Foenus nauticum — est usura pecuniae traiectitiae.

Pecunia traiectitia ist ein Geld, das über die See geschickt wird, und für dessen Gefahr der Gläubiger so lange haftet, bis es an Ort und Stelle ist. Der Zinns davon ist — foenus nauticum.

Obs. 1) Man sollte das Foenus nauticum nicht mehr unter dem Namen der Zinnsen passiren lassen, sondern es lieber pretium aleae nennen; denn im Grunde ist es doch nichts anders.

Obs. 2) Hodie wird selten mehr baares Geld über die See geschickt, wir bedienen uns der Wechsel, bei welchem im Grunde kein periculum navigationis zu befürchten ist.

§. 1140. Foenus nauticum kann bis auf 12 pro Cent stipulirt werden. Doch nur so lang als die Gefahr dauert. Daher fällt das foenus nauticum weg, so bald die Gefahr vorbei ist.

§. 1141. Usurae non vulgares sind auch erlaubt bei dem contractu assecurationis. Dies ist ein Vertrag, wodurch einer dem andern gegen ein gewisses Praemium eine verabredete Summe zu bezahlen verspricht, wenn dessen Schiff, dessen Waare oder Leute auf einer bestimmten Reise zur See, Unglücksfälle erleiden sollten.
1) Die Gefahr versteht sich in der Regel nur von äusern Unglücksfällen: z. E. Sturm, Seeraub.
2) Von Schiff, Waaren und Leuten, i. e. von den Ranzions-Geldern — dafür muß der Assecurator stehen.
3) Man nimmt ein gewisses Praemium. Dies wird durch die Größe der Gefahr pacto bestimmt. Dies Praemium, die Reise und die Gefahr muß in einem Instrument ode

schriftlichen Aufsatz, welcher Polizza heist, bestimmt werden. Ich will z. E. für 200000 fl. Waaren nach Amerika transportiren lassen und habe berechnet, daß ich, wenn die Waaren glücklich ankommen, 300000 fl. profitiren kann. Aber es ist Gefahr zur See, ich kann meine 200000 fl. verliehren. Das will ich nicht, ich lasse daher lieber einem Dritten, wenn er assecuriren will, eine Prämie von 150000 fl. Nun hat er das periculum während der Navigation.

Anmerkung: Der Actien-Handel ist eine Species davon. Die Brandschatzungskassen aber gehören zum contractu societatis, und nicht hieher.

§. 1142. Bodmeria (Gall. grosse aventure, germ. Bodemerey-Contract,) ist ein Anlehn, welches dem Schiffer oder dem Ausrheder zu Bestreitung des bei der Schiffarth nöthigen Aufwands vorgeliehen wird, dergestalt, daß das Capital mit beträchtlichen Zinnsen restituirt werden soll, wenn das Schiff an dem bestimmten Ort glücklich ankommt und so viel geborgene Waaren mitbringt, als zur Bezahlung der Schulden erforderlich sind. Der Magister navis darf dies nur im höchsten Nothfall thun; aber der Exercitor in der Regel.

Bei diesem Negotio übernimmt der Creditor wieder eine grosse Gefahr, daher darf er auch Zinnsen nehmen ultra legitimum quantum. Gewöhnlich doppelt so viel, als bei der Assecuration.

Der Creditor hat kein Unterpfand auf das Schiff, wenn er sich solches nicht ausdrücklich bedungen hat.

§. 1143. Contractus vitalitius (Leib-Renten oder Alimenten-Contract) ist ein Contract, wodurch einer sich dem andern zur Alimentation umsonst, oder nicht umsonst verpflichtet. Also

1) umsonst. Hier ist das negotium lediglich secundum regulas donationis zu beurtheilen.

2) Nicht umsonst. Dies ist gewöhnlich und so, daß der Alimendandus dem andern sein Vermögen übergiebt unter dem Vorbehalt, daß er ihn Zeitlebens dafür füttere. Es ist ein Rifico dabei; der Alimentans kann dabei gewinnen, wenn der Alimentandus bald stirbt; verlieren, wenn der kein Deutsch versteht und lang lebt.

Der

Der Punkt, in Ansehung der Leichenkosten muß besonders im Contrakt berührt werden. Wird er nicht berührt, so muß man darauf sehen, ob der Alimentans das ganze Vermögen bekommen hat, oder nicht. Im ersten Fall muß er die Leichenkosten tragen; im zweyten Fall der Erbe.

Unter Bauern sind dergleichen Contrakte noch sehr gewöhnlich und man findet fast durchgängig, daß der Grosvater lieber zum Enkel als zum Sohn geht, woraus zu schliessen, daß im Durchschnitt genommen die Liebe zu den Enkeln stärker seyn muß, als zu den Kindern.

LIB. XXII. TIT. III.

De Probationibus et Praesumtionibus.

Probatio sumitur in triplici sensu.

1) Pro actu, 2) pro effectu, 3) pro remediis probandi. Hoc loco wird es pro actu genommen. *Probatio* igitur est actus, qui eo tendit ut iudex convincatur de veritate s. verisimilitudine eius quod facti est. Der Zweck alles Beweises ist die Ueberzeugung des Richters und zwar de facto dubio. Daraus folgt: Probatio hat allemal zum Gegenstand ein Factum dubium. Probatione igitur non indigent

1) *ea, quae iuris sunt.* Davon die Regel: Facta probantur, iura deducuntur.

Factum dubium ist dasjenige, das der eine Theil behauptet, der andere aber läugnet oder widerspricht. NB. Es muß ein solches Factum seyn, das zur Entscheidung etwas beitragen kann.

Nun also: die Iura werden nicht bewiesen, es müste denn seyn: daß mit dem Iure eine Quaestio facti verbunden wäre, an existat hoc l. illud ius: z. E. Bei dem Iure consuetudinario, ingleichen privilegiis et iuribus singularibus.

2) *Facta notoria.* *Notorium* est, quod omnibus, aut plerisque publice notum est, qui ea de re notitiam habent. Ratio: weil die Kundbarkeit die Stelle des Beweises vertritt. Notorietas aber ist ebenfalls facti, und muß, wenn sie der Gegner läugnet, ebenfalls bewiesen werden. Denn

sonst könnte jeder sagen, es sey kundbar, wenns zehnmal nicht ist. Vid. Cap. 14. X. de appellationibus.

Der Beweis ist schwerer als ein anderer Beweis, denn sie müssen vernünftiger Weise mehrere Zeugen aufführen, als sonst; notorium enim involuit notionem, multis rem constare.

3) Diejenigen Sachen, die nichts zur Entscheidung beitragen. Haec sunt irrelevantia s. impertinentia. Regel: Non sunt ad probationem admittenda quae probationem non relevant.

§. 1146. Vorauszusetzen ist beim Beweis: Factum esse dubium. Dubium est quod alter negat, alter affirmat. Talia facta, quae ab utraque parte conceduntur, non indigent probatione, ex regula: confessio est optima probatio seu potius: relevat ab onere probandi.

Denn nur facta dubia werden bewiesen. Aber die Dubietas facti fängt sich ja erst mit der negativen Antwort des Beklagten an; wie könnte daher das, was von dieser Dubietaet zugestanden worden, Beweis seyn? Nach der Schärfe genommen, gewis nicht. Inzwischen sagt man überall noch so. — Confessio (Geständniß) ist eine Erklärung, wodurch man die Wahrheit eines Facti, welches unsere Iura oder Obligationes betrift, anerkennt.

Jetzt zur Eintheilung. Das Bekenntniß wird abgelegt;

1) entweder coram iudice competente (dem gehörigen Richter) — hier heist es: confessio iudicialis;

2) Oder nicht vor Gericht, sondern an einem andern Ort — confessio extraiudicialis.

Obs. Hieher ist auch das Geständnis zu rechnen, das coram iudice incompetente geschieht. Conferatur Cap. 4. X. de iudiciis.

Confessio iudicialis wird wieder eingetheilt in veram et fictam. Geschieht vera confessio verbis, so heist es expressa; geschieht es factis — tacita. Man hat die Regel: was der eine Theil anführt und der andere nicht widerspricht, wird für tacite eingestanden gehalten. Ficta confessio ist dasjenige, welches per leges fingirt wird, aber nicht geschehen ist. Es kommt hauptsächlich bei der Contumacia vor.

§. 1147.

§. 1147. Was eingestanden wird, braucht keines Beweises. Nun erfährt man nicht eher, was der Beklagte eingesteht, als bei der Litis-Contestation; daher die Regel: nur nach der L. C. braucht bewiesen zu werden. Excipe tamen: Im summarischen Prozeß und vorzüglich:

1) im possessorio summarissimo muß man gleich mit der Klage den Beweis übergeben; denn der Kläger bekommt gleich das Manutenenz-Decret, daß er geschützt werden soll.
2) Wenn von einem Incident-Punkt die Rede ist, so kann der Beweis recht gut und am besten früher beigebracht werden.

§. 1148. Es ist ferner eine Ausnahme: bei der probatione in perpetuam rei memoriam (Beweis zum ewigen Gedächtnis). Dies ist ein Beweis, welcher wegen Gefahr des Verlusts der Beweismittel, eher als es sonst nöthig, zum künftigen Gebrauch unternommen wird. Der Grund ist: periculum amittendorum mediorum probationis: z. E. Derjenige, der mir einen Zeugen abgeben soll, ist krank; ich laß ihn also abhören, obs gleich noch nicht nöthig ist, damit ich durch seinen Tod nicht um mein Beweismittel komme. So auch bei Documenten: z. E. Caius hat ein Document, ich brauche es, er will nach Ostindien reißen, ich laß mirs also vor seiner Abreise geben. Ja selbst beim Eid kanns statt finden: z. E. Ich habe Caio meine Schuld bezahlt und die Quittung verlohren; er hat auch nichts mehr daran; ich laß ihn also schwören, weil er noch lebt.

Wenn die Gefahr befunden wird, muß sowohl Kläger als Beklagter zu diesem Beweis zugelassen werden. Doch muß der Kläger sein Klaglibell zuerst übergeben; sonst ist er selbst Schuld daran, wenn er ein Beweismittel verliehrt. Denn der Iudex muß ja arbitriren, ob eine Gefahr vorhanden sey. Uebrigens sind bei diesem Beweis eben die Solennia erforderlich, wie beim ordinären Beweis; ausgenommen es müste denn seyn, daß es die äußerste Noth nicht verstattete: z. E. wenn der Zeuge in den lezten Zügen läge.

Also dürfen die Zeugenaussagen nicht sogleich publicirt werden, sondern sie müssen aufgehoben werden, bis es in der Ordnung des Prozesses dahin kommt, daß die Zeugenaussagen publicirt werden dürfen.

§. 1149.

§. 1149. Ratione modi probandi wird der Beweis eingetheilt:

1) in artificialem et
2) naturalem. Merke: Der Unterschied der Beweismittel macht den Unterschied der Beweise nicht aus; sondern es kommt darauf an:

I. Probatio naturalis ist — wenn der Beweisführer so zu Werke geht, daß er geradezu dasjenige zu beweisen sucht, was zu beweisen ist: z. E. ich bin von Caio bestohlen worden; ich verklage Caium und führe Zeugen auf, die ihn in actu sahen.

II. Probatio artificialis — wenn der Beweisführer etwas zu beweisen sucht, woraus dasjenige was zu beweisen ist, wahrscheinlicher Weise geschlossen oder gefolgert werden kann: z. E. ich kann keine Zeugen, die Caium in actu furti sahen, aufführen, aber er hat solches Geld ausgegeben, wie mir gestohlen worden.

Ratione perfectionis theilt man den Beweis ein:

1) in probationem plenam et
2) minus plenam.

Plena — wenn alle Requisita vorhanden sind, welche nach den Gesetzen zur Ueberzeugung des Richters erforderlich waren: z. E. 2 Testes omni exceptione maiores.

Minus plena — wenn nicht alle Requisita vorhanden sind, welche zur Ueberzeugung des Richters gehören. Daher sind hievon dreyerley Gradationen zu merken:

a) Semiplena — z. E. 1 Testis omni exceptione maior macht einen halben Beweis.
b) Semiplena maior — z. E. 1 Testis omni exceptione maior und 1 suspectus.
c) Semiplena minor — z. E. 1 Testis non omni exceptione maior.

Obs. Diese Beweise bewirken selten Gewisheit. Allein man muß nur bedenken, daß juristische Wahrheit überhaupt nur eine gewisse Stufe von Wahrscheinlichkeit ist, die der Gesetzgeber für Wahrheit erklärt. Philosophische Wahrheit ist freilich keiner Gradation unterworfen. Aber der Rechtsgelehrte muß diese auch nicht verlangen, wenn nur Wahrscheinlichkeit erzielt werden kann.

§. 1150.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1696968690/phys_0054
DFG

§. 1150. I. Probatio plena. Was diese sey, bestimmen:

A. In manchen Fällen die Gesetze.
   a) Beim Beweis durch Zeugen. Regel: was zwey bis drey unbescholtne Zeugen attestiren, macht plenam probationem.
   b) Was von einem oder dem andern Theil beschworen worden, macht plenam probationem.
   c) Was aus klaren Urkunden ersichtlich ist.
   d) Was sich aus der Besichtigung ergeben.

B. In manchen Fällen ist es dem Arbitrio iudicis überlassen und zwar in allen übrigen Fällen, die erst sub litt. a bis d nicht berührt sind.

§. 1151. II. Probatio minus plena hat drey Grade. Sie ist nämlich:

1) Semiplena. Hier kommt es auf das Arbitrium iudicis an. Aber gemeiniglich wird das Purgatorium erkannt. Ratio: quia iudex pronior esse debet ad absolvendum, quam ad condemnandum.

2) Semiplena maior. Diese hat den Effect, daß der Beweisführer zum Suppletorio gelassen wird. Doch vorausgesetzt:
   a) Daß er ein unbescholtener Mann sey; denn ist er de periurio suspectus, so wird der Gegner zum Purgatorio zugelassen.
   b) Wenn der Gegner de veritate schwören kann, so wird er zugelassen vor dem Beweisführer.

3) Semiplena minor. Diese hat den Effect daß derjenige, gegen den der Beweis geführt worden, zum Purgatorio zugelassen wird.

§. 1152. Praesumtio est assertio eius, quod facti est, ob probalitatem iuridicam. Das System im §pho ist nicht richtig. Es sollen alle Vermuthungen als species probationis artificialis angesehen werden, dies geht aber nicht in allen Fällen an. Ferner werden die Praesumtiones der probationi plenae entgegengesetzt; allein es giebt Praesumtiones, die so viel gelten, als plena probatio, und sind doch keine species probationum.

Wir müssen also den Unterschied so fassen: Die Praesumtion ist:

1) ent-

1) entweder durch ein ausdrückliches Gesetz eingeführt — hier heist sie: praesumtio iuris und überhebt von der Last des Beweises; folglich ist sie keine Species probationis: z. E. ich zerreise meine Handschrift, mache Fidibus daraus und laß Dir Deine Pfeiffe damit anzünden — oder gebe sie Dir so zerrissen in die Hände. Da vermuthen die Gesetze, daß ich auf die Schuld verzicht gethan habe. Aber NB. sie sagen nicht: es ist apodictisch gewis.

2) Oder sie ist nicht durch ein Gesetz eingeführt — da heist sie Praesumtio hominis s. facti. V. g. Solus cum sola non praesumuntur orare: pater noster. Eiusmodi praesumtio inservit probationi artificiali.

Noch ist zu merken: die Praesumtiones iuris sind wieder von gedoppelter Art.

1) Entweder sind sie so beschaffen, daß gar keine Probatio in contrarium mehr dagegen statt hat, in diesem Fall heißen sie: Praesumtiones iuris et de iure: z. E. wer wissentlich eine Nichtschuld bezahlt, von dem ist zu vermuthen, daß er geschenkt habe.

2) Oder es findet noch probatio in contrarium statt. Da heissen sie: praesumtiones iuris simplices: z. E. Pater est, quem iustae nuptiae demonstrant. — Quilibet praesumitur bonus etc.

Anmerkung: Genau genommen sind auch die Praesumtiones iuris et de iure keine Species von Praesumtionen. Denn es ist ja hier vollkommene gewisheit. Also sollte man sie lieber veritates forenses nennen. Wenn ich post biennium mit der Exceptione non numeratae pecuniae komme, so vermuthet der Richter nicht, sondern er nimmt für gewiß an, daß ich das Geld erhalten habe.

Der Effectus praesumtionis iuris et de iure ist also: daß sie schlechterdings für Wahrheit angenommen werden muß.

Der Effectus praesumtionis simplicis — daß sie für Wahrheit angenommen werden muß, jedoch so, daß Probatio in contrarium statt findet.

Der Effectus praesumtionis hominis — daß eine Wahrscheinlichkeit zum Iuramento suppletorio l. purgatorio Anlaß giebt. Dies ist blos dem Arbitrio iudicis überlassen.

Regula; Praesumtio fortior vincit minus fortem.

Merke

Merke noch drey Regeln:

1) Praesumtio hominis cedit praesumtione iuris.

2) Praesumtio generalis cedit speciali. Specialis ist diejenige, welche besondere Umstände und Verhältnisse voraussezt; generalis das Oppositum, Generalis z. E. ist die: Quilibet praesumitur bonus. Specialis ist die: z. E. die auf die besondern Qualitäten, Lage et s. p. dieses Menschen gegründet ist.

3) Praesumtio hominis debilior cedit fortiori. Dies ist lediglich dem Arbitrio iudicis zu überlassen.

Conferatur I. H. Böhmer de collis. praesumtionum, in suis exercit. ad D. Tom. IV. et Homburg (Zu Vach) de concursu praes. Marpurg 1734.

§. 1153. Onus probandi est obligatio ad probationem in iudicio suscipiendam. Reg. affirmanti non neganti incumbit probatio. Enthält eigentlich zwey Regeln:

Reg. 1. Affirmanti incumbit probatio.

1) Affirmans ist derjenige, der im Gericht ein zweifelhaftes Factum für sich wider seinen Gegner anführt.

Diese Regel hat eine einzige Ausnahme: wenn nämlich eine Praesumtio iuris für den Affirmantem streitet: z. E. der Kläger behauptet, daß sein Praedium frey sey. Da braucht er nicht zu beweisen: Ratio: Weil diese Praesumtio vim plenae probationis involvirt.

Reg. 2. Neganti non incumbit probatio:

2) Negans: Der einem wider ihn angeführten Facto widerspricht. — Der beweist nicht, vorausgesetzt, daß es vera negatio sey. Ergo:

1) Bei Propositionibus verbo tantum negativis bin ich nicht frey vom Beweis: z. E. Caius non est solvendo. — Es liegt doch ein Factum darinn, das ich behaupte. Ferner: z. E. der heres institutus hat die Erbschaft nicht angetreten. Ferner — der Testator ist nicht compos mentis gewesen, i. e. er war ein Narr.

2) Wenn in der Läugnung ein Factum enthalten ist, welches zu den Exceptionibus des Negantis gehört: z. E. wenn ich sage: ich negire, daß der andere den Contract debito modo erfüllt habe. Da liegen Exceptiones in facto quiescentes darinn, diese müssen bewiesen werden.

Conferatur Cocceji de directa probatione negativa.

§. 1154.

§. 1154. Probatio hat die Absicht, daß der Richter von der Wahrheit eines Facti dubii überzeugt werden soll. Ergo: Probatio fit principaliter judici. Jedoch muß es auch den Partheyen geschehen, auch diese müssen gehört werden super forma et meritis probationis.

1) Forma, i. e. die Solennia die beim Beweis zu beobachten sind.

2) Merita, i. e. die Argumenta die ein Beweisführer vorbringt.

Der Iudex concurrirt beim Beweis triplici modo:

1) Antecedenter —

a) so, daß er durch ein Urtheil zu erkennen giebt, wer beweisen soll.

b) Quid probandum — das sind die Themata probandi. Sie werden bald specialiter bald generaliter ausgedrückt: z. E. daß Kläger den Grund seiner Klage und so viel ihm daran geläugnet worden, beweisen solle.

c) Tempus intra quod probandum, i. e. die Beweisfrist.

Zusatz: Die Sachsen behaupten: kein streitender Theil sey eher den Beweis zu übernehmen schuldig, bis ihn der Richter auflegt. Allein, dies ist zwar in Sachsen, aber außer Sachsen ist rathsamer, das der, dem das Onus probandi obliegt, sponte seinen Beweis beibringt.

2) Concomitanter — indem er die Beweishandlung dirigirt. Ergo ein Beweis coram notario gilt nichts, er muß beim Richter beigebracht werden und zwar beim gehörigen, und nicht bei einem fremden; es sey denn, daß der Iudex ihn zum iudice causae hierinn constituirt hätte. So — in processu ordinario. Im possessorio summarissimo kann man die Zeugen abhören lassen, wo man will.

3) Subsequenter — indem er nach vollendetem Beweis zu erkennen gegeben hat (per sententiam definitivam) ob bewiesen worden oder nicht.

§. 1155. Der Iudex kann auch das Tempus intra quod probandum bestimmen, dies ist — terminus probatoris — die Beweisfrist.

Der Terminus probatorius kann:

1) a

1) a lege bestimmt werden — dann heist er: Terminus legalis und ist ein Fatale.

2) A iudice — dann heist er: Terminus iudicialis und ist nicht schlechterdings ein Fatale, sondern es kommt darauf an, ob die Worte darinn stehen: sub poena praecluſi.

Ein gemeines in ganz Deutschland geltendes Gesetz haben wir nicht. Es bestimmt zwar der L. 1. C. de dilationibus einen Terminum probatorium; Allein wir nehmen ihn nicht an, weil in dem neusten R. A. §. 50 und 54. die Bestimmung des Termini probatorii dem Arbitrio iudicis überlassen ist.

Es giebt deutsche Provinzen, die dergleichen Leges haben, und solche die sie nicht haben. Conferatur Martini Commentar. de proceſſu ſaxonico. Tit. XX. §. 1.

Wo keine Beweisfrist bestimmt ist, da darf der Beweisführer ceteris paribus usque ad finem proceſſus beweisen.

Qu. 1. Wenn fängt sich die Beweisfrist an? Rsp. Hellfeld sagt: von dem Moment an, wo die Sentenz, welche mir den Beweis auflegt, rechtskräftig und purificirt worden, i. e. wenn dasjenige geschehen, was nach der Sentenz vor allen Dingen geschehen soll: z. E. wenn die Caution bestellt worden — oder wenn der Beklagte sich per mandatum legitimirt hat. DD. in utrumque partem disputant.

Qu. 2. Was muß in der Beweisfrist geschehen? Die Praktiker sagen: Probatio eſt inſtituenda, non abſolvenda, i. e. der Beweis braucht nur angetreten, nicht geendigt zu werden.

Zum Antreten gehört:

a) Daß der Beweisführer seine Beweisartikel übergeben muß, d. s. Fragstücke, in welchen er seine Themata probandi einschliest. Sie müssen in Sachsen bei allen Arten von Beweisen so beigebracht werden. Bei uns nur, wenn man per teſtes beweist. Diese Beweisartikel müssen: 1) nicht impertinent — (die gar nicht zur Sache gehören), 2) nicht irrelevant seyn — (die nichts zur Entscheidung beitragen). Viele Rechtslehrer nehmen diese beiden Ausdrücke auch für ſynonima.

b) Daß man dem Iudici seine Beweismittel anzeigen muß: z. E. die Punkte, wodurch man den Eid deferirt,

angebe, teſtes denominire — die Documenta in Abſchrift übergebe. ꝛc.

c) Daß man den Richter bittet, das nöthige zur Fortführung des Beweiſes beizutragen.

Qu. 3) Welcher Effect daraus entſteht, wenn die Beweisfriſt verfloſſen? Reſp. Reg. Neque ulterior neque melior probatio admittitur.

Adde: Wenigſtens nicht in der Inſtanz. Es müſte denn ſeyn, daß der Beweisführer reſtitutionem in integrum bekommen hätte. Die Reſtitutio in integrum wird auch erlangt, wenn einer media probandi noviter reperta beibringt; da findet denn freylich probatio ulterior et melior ſtatt.

§. 1156. Ratione finis iſt der Beweis entweder ein ſolcher, der zum Endzweck hat den Beweis des Producenten zu entkräften. Da heiſt er Reprobatio (Gegenbeweis); oder das iſt nicht, ſo bleibt der Name Probatio. Beim Gegenbeweis kommt es nicht auf die Perſon an, nämlich, ob es Kläger oder Beklagter ſey; ſondern lediglich auf die Abſicht, die man dabei hat. Der Gegenbeweis differirt von der probatione darinn:

Gegenbeweis zu führen hat man nie Verbindlichkeit, ſondern lediglich Befugnis; Aber anders iſt es beim Beweis. Ratio: der Gegenbeweis iſt eine Species defenſionis, dazu hab ich wohl ein Recht, aber perfecte bin ich nicht dazu obligirt.

Deswegen wird der Gegenweis immer nur vorbehalten, nie aufgelegt und dieſe Reſervatio verſteht ſich ſtillſchweigend, weil der Richter nie jemand ſeine Vertheidigung nehmen kann.

Der Gegenbeweis geſchieht entweder ſo, daß man geradezu das Gegentheil zu erweiſen ſucht von dem, was der Adverſarius beweiſen will — dies heiſt: reprobatio directa; Oder das iſt nicht, ſondern es werden exceptiones, oder replicae bewieſen, wodurch der Beweis des Gegners entkräftet werden ſoll. — reprobatio indirecta.

Probatio iſt ferner:

1) l. ordinaria ſ. ſolennis — wo der Modus probandi dieſer iſt, daß alle zum Beweis gehörige Solennia beobachtet werden.

2) l. ſummaria ſ. minus ſolennis (Beſcheinigung) wo bei dem Modo probandi nicht alles Feierliche beobachtet wird.

Es

Es hat auch die Bescheinigung ihre Grade. Der geringste Grad davon heist: das Beibringen, dies geschieht ohne alle Feierlichkeit. Noch ist zu merken: Die Personen heißen beim Beweis: Producent und Product, Reproducent und Reproduct; bei der Bescheinigung: Demonstrant und Demonstrat.

Conferatur Boehmer ius eccleſt. Proteſt. Tom. I. p. 171. et Leyſer ſpec. 259. med. 2.

LIB. XXII. TIT. IV.

De fide inſtrumentorum.

§. 1157. Jetzt kommen wir auf die Beweismittel, — i. e. id, per quod probaturus quis iudicem convincere vult de veritate eius quod probandum — das sind Beweismittel. Es gehören dahin unter andern:

Inſtrumenta ſ. documenta (Urkunden, Orkunden, Orikundia. Das Wort Ur hat immer eine Beziehung auf den Ursprung oder Anfang einer Sache).

Inſtrumentum:

1) In ſenſu generaliſſ. eſt omne id, quod cauſam inſtruit. Also zuweilen auch teſtis.
2) In ſenſu ſtrictiſſ. pro inſtrumento ſolenniter confecto ſumitur.
3) In ſenſu ſtricto et proprio: pro ſcriptura de re geſta fidem faciente. So — im gegenwärtigen Titel.

§. 1158. Inſtrumenta in ſenſu ſtricto ſunt l. publica, quorum fides publica eſt, l. privata, quorum fides privatis debetur.

Alle Exempel von Inſtrumentis publicis sind auf drey Klassen zu reduciren.

1) Wenn der Aussteller der Urkunde eine öffentliche Person ist und ein Inſtrument ausstellt in Sachen, die sein Amt betreffen: z. E. der Amtmann.

Also sind publica inſtrumenta — die Inſtrumenta notariorum — die Pfarr- und Kirchbücher der Geistlichen, NB. nur müssen sie nichts hineinschmieren, was nicht ins Amt gehört) die cataſtra etc.

2) Diejenigen, die von öffentlichen Gerichtspersonen confirmirt worden: z. E. ich schreib mein Testament auf — instrumentum privatum — und laß es vom Prorektor confirmiren — publicum.

3) Si instrumentum loco publico asservatur. In Archiven sind an und vor sich viele Privatinstrumente, aber durch das Aufbehalten werden sie da zu öffentlichen, wenn sie anders nicht fraudulenter dahin gebracht worden sind: z. E. während des Prozesses erhält ein Privatinstrument den Characterem publicitatis nicht. Die Archivarii sind vereidete Personen die darauf sehen müssen, daß lauter ächte Urkunden da aufbewahret werden.

Quasipublica instrumenta sind diejenigen, die von drey glaubwürdigen unbescholtenen Männern unterschrieben sind.

§. 1159. Qu. Was ist der Grund von der Beweiskraft der Urkunden? Rsp. Dist. Eine Urkunde wird:

1) entweder gegen denjenigen producirt, der sie ausgestellt hat — so kann kein anderer Grund da seyn, als propria confessio. Dies allein ist der Grund ihrer Beweiskraft. Aber versichert muß man seyn, daß sie wahr sey, und die Versicherung erlangt man durch die Recognition.

2) Oder gegen einen andern — so läst sich kein anderer Grund gedenken, als der, daß die Urkunde ein glaubwürdiges Zeugnis enthalte.

Noch ist zu distinguiren: Das Instrument ist

a) entweder ein instrumentum publicum. Davon die Regel: plene probat: z. E. Der Iudex giebt mir ein Attestat, daß ich Erbe des Benignus bin. Ratio:

α) Weil es von einer öffentlich und vereideten Person herrührt.

β) Weil auch die Form da ist, die in öffentlichen Urkunden herrscht.

Doch verstehe dies: salva probatione contraria ex L. 18. C. de probat. Nov. 73. C. 3. welches aber ein ziemlich schwerer Beweis ist. Denn erst muß die Praesumtio iuris entkräftet, dann das Gegentheil rotunde gezeigt werden.

b) Oder privatum. Dieß beweist — unbeschworen eben so wenig, als ein unbeschworner Zeuge. Testi iniura-

to

to non creditur — sagt die Regel. Beschworen aber läßt man es im summarischen Prozeß noch gelten, aber im ordinario gilt es wieder nichts. Ratio: weil diese Testimonia nicht in der gehörigen Form abgefaßt sind.

§. 1160. Bei den Urkunden unterscheide den Inhalt und die Wahrheit derselben.

Die Wahrheit besteht darinn, daß sie würklich von denjenigen herrühren, der für den Aussteller ausgegeben wird.

Die Wahrheit wird erforscht per recognitionem instrumentorum. (Anerkennung) Recognitio est veritatis instrumenti producti assertio. Das Oppositum heißt: Diffessio — quae est negatio veritatis instrumenti producti. Wird sie eidlich bestärkt: so heißt sie: eidliche Ablängnung (diffessio iurata). Diese Recognition kann sowohl expresse als tacite geschehen. Tacite, i. e. wenn derjenige, gegen den eine Urkunde producirt wird, nichts erinnert.

§. 1161. De forma probationis per instrumenta. Es gehört dazu:

I. Inductio instrumentorum, quae est actus, quo probans declarat, quibus instrumentis in probando uti velit. Betrachte hier das Tempus und den Modum.

A) Das Tempus. Was dies anlangt, so haben wir darauf zu sehen, ob eine Beweisfrist anberaumt ist, oder nicht. Im ersten Fall haben wir die Regel: daß die Urkunden nur in der Beweisfrist inducirt werden können. Ausgenommen — wenn man Restitutionem in integrum erlangt hätte. Dahin gehören instrumenta noviter reperta. Diese werden aber nicht eher zugelassen, als bis das Iuramentum calumniae speciale geschworen ist.

Die Fälle, wo post rem iudicatam die Urkunden noch beigebracht werden können, sind folgende:

1) Wenn Urkunden eine im Executions-Termin zulässige Einrede beweisen. Dies sind die Exceptiones, welche den Kläger in dolum versetzen.

2) Wenn die Urkunde Restitutionem in integrum bewirken kann.

Im zweyten Fall gilt die Regel: daß die Urkunden inducirt werden können usque ad conclusionem in causa, keineswegs aber post rem iudicatam. Die

Ausnahmen von letzterem, sind die nämlichen, wie in vorstehendem Fall.

B) Den Modum. Quoad modum ist zu bemerken:

a) daß man die Instrumenta nicht in Originali inducirt.

b) Ja nicht einmal totum instrumentum braucht man zu induciren, sondern nur einen Extract, oder den passum concernentem.

Cautel. Rathsam ists, daß man immer den Eingang und den Schluß der Urkunde mit in den Extract setzt, sonst weis man öfters nicht, was es seyn soll.

§. 1162. II. Communicatio folgt gleich auf die Induction. Sie geschieht vom Iudice. Und hier distinguirt sich wieder der sächsische und ausersächsische Gerichtsbrauch.

1) In Sachsen wird vom Iudice der Terminus productionis angesetzt.

2) Auser Sachsen geschieht das nicht eher, als bis der Product Einwendungen macht.

Terminus productionis est is, in quo instrumenta ab inducente producenda ab altero vero recognoscenda sunt.

In diesem Termin muß der Beweisführer die Urkunden produciren.

Productio instrumentorum est exhibitio originalium iudici et parti adversae facta.

Die Originalurkunde ist dasjenige Instrument, welches zuerst aufgesetzt worden. Sie heist auch: Urschrift, Hauptbrief. Die Abschrift, welche sonst davon genommen wird, heist Copia s. exemplum auch Transsumtum, die Kopie. Bei dieser ist noch ein Unterschied zu bemerken:

1) Entweder ist a persona publica ein Zeugnis von der Wahrheit der Urschrift beigesetzt worden: z. E. ein Actuarius oder Notarius setzt darunter: daß vorstehende Schrift mit dem Original in allem gleichlautend, bekräftiget hiemit ꝛc.

Hier heist die Schrift: Copia vidimata s. authentisata, auscultata, auch fidemata.

2) Oder es ist kein solches Zeugnis beigesetzt — so bleibt der Name: Copia simplex, und zu merken ist: dergleichen Kopien beweisen nicht in allen Fällen, obgleich in einigen. Conferatur Hellfeld Diss. de probatione per exempla s. copias documentorum in opuscul. suis p. 344. Sie beweisen plene:

a) Wen

a) Wenn der andere damit zufrieden ist, nicht widerspricht.

b) Wenn der Gegner als Contumax das Original nicht herausgeben will.

Semiplene — wenn der Product das Original selbst zertrümmert hat.

Copiae vidimatae beweisen völlig, wenn sie nach der Form des Cap. final. X. de fide instrumentorum verfertigt worden sind. Da heist es: daß die vidimirte Copie mit Zuziehung aller Interessenten gerichtlich verfertigt werden soll.

§. 1163. De officiis producti in termino productionis. Die Pflicht des Producti in termino productionis ist, daß er documenta sibi producta recognosciren; i. e. die Richtigkeit der vorgelegten Urkunden eingestehen muß. Doch merke den Unterschied:

Instrumentum productum duplicis generis est, publicum et privatum.

1) Instrumentum publicum. Unsere Rechtslehrer halten mit Grund dafür, daß dies gar keiner Recognition bedürfe. Ratio: Hand und Siegel giebt schon sattsam zu erkennen, daß das Instrument richtig sey. Folglich findet h. c. auch die eidliche Diffession nicht statt.

2) Instrumentum privatum. Bei diesem hat der Product die Wahl, ob er recognosciren oder eidlich diffitiren will.

Iurata diffessio — die eidliche Abläugnung einer Urkunde.

Merke: Die Recognition muß sowohl in Ansehung der Unterschrift, als in Ansehung des Inhalts geschehen und es geht durchaus nicht an, daß der Product blos die Unterschrift recognoscirt, den Inhalt aber abläugnen wolle. Ratio: quia, qui instrumentum subscripsit, contenta eiusdem legisse et adprobasse censetur.

Wer eidlich diffitiren will, der muß indicia anzugeben wissen, die dem Richter die Vermuthung beibringen, daß die Urkunde falsch sey. Die Indicia aber müssen wichtig seyn; leviora indicia werden nicht leicht admittirt. Conferatur Leyser specim. 278. med. 5.

§. 1164. Der Product kann secundum leges entweder recognosciren oder eidlich diffitiren. Daher steht dem Pro-

dukten diese Wahl auch zu, wenn der Iudex per sententiam die Recognition ausdrücklich erkannt hätte. Sententia iudicis est tacite alternativa, weil der Iudex einem sein Wahlrecht nicht nehmen kann, das die Gesetze verstatten.

Wenn der Product weder recognosciren noch eidlich diffitiren will, so muß dem Product die Recognition auferlegt werden sub poena recogniti; und wenn er die Auflage nicht befolgt, so wird das Documentum pro recognito geachtet.

§. 1165. Der Product ist die vorgelegten Urkunden zu recognosciren oder eidlich zu diffitiren verbunden, wenn die Urkunden instrumenta recognoscibilia sind. Daher kann man dem Producten die Recognition nicht zumuthen:

1) Wenn die Urkunde sichtbare Fehler an sich hat. *v. g. cancellatio, rasura, litura scriptura interlinearis, scriptura marginalis* — wenn etwas dazwischen oder am Rande derselben beigeschrieben ist. Allein diese Fehler machen die Urkunde nicht indistincte verwerflich. Es findet sich:
   a) ein solcher Fehler an einem wesentlichen Theil der Urkunde, ex qua parte instrumenti decisio controversiae dependet; h. c. ist das instrumentum iure irrecognoscibile.
   b) Oder der Fehler betrift keinen wesentlichen Theil, da schadet ein solcher Fehler nichts.

   Wenn solche Fehler bei Urkunden begangen werden, so ist consilii, daß man in fine instrumenti eine Anmerkung macht, daß dieser Fehler ex vitio scribentis geschehen.
2) Wenn die Instrumente einen großen Verdacht der Verfälschung wider sich haben. v. g. wenn in den Urkunden verschiedenes Papier gefunden wird — wenn verschiedene Tinte und Handschriften in derselben zu finden sind.
3) Wenn sie sich auf andere Urkunden beziehen. Daher die Regel: Referens instrumentum sine relato nil probat, i. e. in quo ad tenorem alius instrumenti relatio fit. Relatum ist dasjenige, ad cuius tenorem remissio fit. — Diese Regel gilt nur von dem Fall, wenn man von dem Inhalte des Relati aus dem Referente sich nicht genug unterrichten kann; daher, wenn der Inhalt des Relati dem Referenti hinlänglich inserirt ist, da gilt diese Regel nicht.

4) Wenn

4) Wenn sie der Producent selbst geschrieben hat, ex reg. Instrumenta privata probant quidem contra scribentem, ast non pro scribente, weil sie desjenigen Eingeständnis enthalten, der sie geschrieben hat.
5) Wenn die Urkunden nicht relevant sind, i. e. die nichts zur Entscheidung der Sache beitragen; non sunt ad probationem directa.
6) Wenn die Urkunden die erforderliche Form oder die gehörigen Requisita nicht haben v. g. ein gerichtliches Protocoll ohne Unterschrift des Actuarii — Donatio mortis causa, die nicht von fünf Zeugen unterschrieben ist.

§. 1166. Instrumenta non pro sed contra scribentem probant; ausgenommen:
1) Wenn der Product eine solche Schrift adprobirt hat oder sie mit seiner Bewilligung ausgefertiget worden. Zum Beispiel sind die Kaufmannsbücher. Der Kaufmann kann damit gegen den Schuldner beweisen, wenn sie die gehörigen Requisita haben und eidlich bestärkt werden. Jeder, der beim Kaufmann auf Conto Waaren nimmt consentirt darein, daß er in das Handelsbuch als Schuldner eingetragen werde. Vor allen Dingen muß aber der Kaufmann beweisen, daß der Schuldner, gegen den er das Handelsbuch producirt, bei ihm Waaren auf Credit genommen habe. Dazu gehört:
a) Die Schuld muß eine solche seyn, die zu der Handlung des Kaufmanns gehört.
b) Der Kaufmann muß auch das Haup:buch produciren, wenn er mit dem Handelsbuch beweisen will.
Strazza oder Iournal ist dasjenige Buch, wo alles in der Geschwindigkeit eingeschrieben wird, was in der Handlung vorgeht.
c) Müssen auch in dem Handelsbuch die Data und Accepta genau angemerkt,
d) Jahr und Tag angezeigt seyn.
e) Der Kaufmann selbst oder sein Buchhalter muß das Buch geführt haben, wenn es Fidem haben soll.
Diese Personen, die das Haupt- und Handelsbuch führen, müssen unbescholtne Personen seyn. Daher gelten die Handelsbücher eines Banqueroutiers nichts, und die Bücher der Juden haben nur semi — plenam

probationem, wenn sie contra Christianos producirt werden.

Conferantur Estors Anfangsgründe des gemeinen und Reichsprocesses; Tom. II. §. 379.

2) Wenn der Product ex pietate vel unitate personae die Schrift des Scribentis wider sich gelten lassen muß: z. E. Kinder müssen die Schriften der Aeltern in beiden Fällen als Beweise gegen sich gelten lassen.

3) Wenn eine solche Schrift aliunde glaubwürdig wird;
   a) wenn sie von Zeugen unterschrieben, oder
   b) wenn sie von der Obrigkeit confirmirt worden ist.

§. 1167. De effectu recognitionis. Effectus recognitionis besteht darinn: daß dies instrumentum recognitum pro vero zu achten, welches von demjenigen ausgestellt worden, der für den Auctor ausgegeben wird. Diesen Effect hat auch recognitio ficta, i. e. diejenige Recognitio, die in contumaciam fingirt wird, wenn einem sub poena recogniti eine Urkunde zu recognosciren auferlegt worden und er recognoscirt sie nicht. Beide haben gleichen Effect und in beiden Fällen haben die exceptiones contra veritatem instrumenti nicht statt. Inzwischen bleiben doch dem Product exceptiones contra vim probandi in salvo. Vis probandi instrumentorum in eo consistit, ut ex tenore illorum constet de eo, quod probandum est. v. g. exceptio doli, simulationis etc.

Die exceptiones contra vim probandi aber hat der Product

1) beim Beweis — h. e. können die Exceptiones noch beim Gegenbeweis an- und ausgeführt werden.

2) Beim Gegenbeweis — h. e. kann der Producent allenfalls eine andere Klage anstellen.

Diese Exceptiones contra vim probandi stehen dem Producten zu, wenn schon sententia pure concepta wäre, darinn die Exceptiones dem Producten nicht vorbehalten worden sind.

§. 1168. Das Instrumentum privatum kann der Product l. recognosciren l. diffitiren. Wird der Product eidlich diffitirt, so wird das Instrumentum für eine unwahre Urkunde gehalten, und beweist mithin nichts, ja ist dem, der sie producirt, sehr nachtheilig. Doch diesen Nachtheil von

von sich abzuwenden, hat er zwey Rechtsmittel. Das erste ist:

1) *comparatio litterarum* (Vergleichung der Handschriften) ist eine Art des Beweises durch Kunstverständige, und geht dahin, daß den Artis peritis — die Urkunde, welche abgeschworen werden soll, nebst einer andern, die der Auctor instrumenti unläugbar geschrieben hat, vorgelegt wird, um zu urtheilen und ein Gutachten zu erstatten, ob aus den zwey vorgelegten Urkunden eine Aehnlichkeit der Hände zu ersehen sey, oder nicht.

2) Recognitio per testes (Anerkennung der Urkunden durch Zeugen) ist überhaupt ein Zeugenbeweis von der Richtigkeit einer Urkunde. Er wird auf gedoppelte Art geführt:

a) so, daß die Zeugen eidlich aussagen, daß sie die Ausstellung der Urkunde von dem Auctore instrumenti gesehen; oder von ihm gehört, daß er sich dazu bekannt habe. Z. E. ein Jud hat dem andern auf einen Wechsel Geld geliehen; nun aber da er zahlen soll, will er den Wechsel abschwören. H. c. kann der andere, wenn er Zeugen herbeibringt, machen, daß dieser den Wechsel nicht abschwören, sondern ihn per testes recognosciren muß.

b) so, daß die Zeugen eidlich erhärten, daß sie des Autoris Handschrift und Siegel wohl kennen, und glauben, daß er sie ausgestellt habe. Sie schwören also das Iuramentum credulitatis.

Prakt. Anmerkung: Man thut am besten, wenn man die Handschriften gleich in Gegenwart gewisser Zeugen, oder vor Gericht unterschreiben läst.

§. 1169. Diese beide Arten sind Species vom Zeugenbeweis, mithin muß man alles beobachten, was beim Beweis durch Zeugen überhaupt zu beobachten ist. Differunt autem:

1) Bei der ersten Gattung von recognitione per testes müssen die Artikel dahin gerichtet seyn, daß die Zeugen die Richtigkeit der Urkunde aus eigner Erfahrung attestiren; sonst ist der Zeuge, ein Zeuge de auditu, und ein solcher beweist nichts; bei der zweyten hingegen werden die Artikel dahin gerichtet, daß die Zeugen des Ausstellers Hand

und

und Siegel wohl kennen, weil sie oft Schriften von ihm gesehen, sie auch gewis glauben, daß die vorgelegte Urkunde von dem Auctore instrumenti herrühre.

2) Differunt in effectu: bei der ersten Gattung entsteht ein vollständiger Beweis, wenn zwey unbescholtene Zeugen die Richtigkeit der Urkunde attestiren. Dies hat den Erfolg, daß die Urkunde für wahr gehalten werden muß, und folglich die eidliche Diffession nicht gestattet wird. Wird die Urkunde nur durch einen Zeugen attestirt, so wird der Beweisführer zum Suppletorio gelassen und die eidliche Diffession wird wieder nicht gestattet; denn die Urkunde beweist doch auch etwas, und das Zeugnis kommt auch hinzu, mithin ist mehr als semiplena probatio da. Die zweyte Gattung wirkt lediglich eine Vermuthung, derentwegen der Iudex ein iuramentum legale erkennen muß, l. suppletorium l. purgatorium. Allein dies Mittel ist mislich, fehlschlagend, und daher in der neuen Churfächs. Gerichtsordnung ganz abgeschaft; aber auser Sachsen bewährt sie der Gerichtsbrauch fast durchgängig. Merke hier ein Paar Allegata:

Conf. Brunnemann proc. civ. cap. XI.
Puffendorf parte II. cap. VIII.

Bei der comparatione litterarum sind noch zwey Fälle zu merken. Die Schreibmeister halten

1) entweder einhellig dafür, daß die beiden Urkunden richtig sind; hier, sagt Hellfeld, werde der Beweisführer zum suppletorio gelassen. Adde: auch der Gegner zum purgatorio, und immer mehr wird das purgatorium erkannt, als das suppletorium. Ratio: weil aus der Erfahrung bekannt ist, daß die Hände auf das genauste nachgemacht werden können. Daher ist die comparatio litter. kein sicheres Beweismittel.

2) Oder das ist nicht; so muß die eidliche Diffession gestattet werden; manchmal zieht man auch diejenige Meinung vor, die mit den meisten Gründen unterstützt wird.

§. 1170. Manchmal will einer durch Urkunden beweisen und besitzt sie nicht. Hier sind zwey Fälle zu unterscheiden:

1) entweder sind sie in den Händen einer dritten Person, (§. 1171.)

2) Oder

2) Oder sie sind z. E. durch eine Feuersbrunst verlohren gegangen; h. e. ist zwar das Beweismittel, aber um deswillen noch nicht die ganze Sache verlohren. Er kann sich anderer Beweismittel, z. E. der Zeugen bedienen, oder den Eid deferiren.

Ja er kann bisweilen darthun

1) daß ihn sein Gegner dolose um die Urkunde gebracht habe. Hier (sagt Hellfeld) könne der Beweisführer durch ein iuramentum suppletorium die Urkunde bewähren. Nach dem L. 20. C. de probat. wird nicht einmal das Suppletorium erfordert, sed furtum demonstrasse sufficit.

2) Oder er kann dies nicht darthun — so findet das suppletorium statt, wenn der Beweisführer die Existenz und den Innhalt der Urkunde plus quam semiplene bewiesen. Und wenn er es plene bewiesen hat, ist das suppletorium gar nicht nöthig.

§. 1171. Wenn die Urkunde in den Händen eines Dritten ist; so ist der Beweisführer die editionem instrumentorum zu fordern berechtigt. Editio instrumentorum est, si in iudicio exhibentur instrumentorum originalia ad iuvandam probationem.

Diese Editio muß geschehen tempestive; i. e. zu einer solchen Zeit, daß man die Urkunden im Productions-Termin hat und *produciren* kann. Berger und Wernher haben hier offenbar Unrecht. Conferantur eorum alleg. in notis; wo sie behaupten, daß die Edition noch in termino productionis gefordert werden könne. Allein dies ist viel zu spät.

Qu. Ist denn der Besitzer der Urkunde sie herauszugeben verbunden?

Rsp. Du mußt zwey Fälle annehmen. Der erste Fall: wenn

1) die Urkunde ein instrumentum proprium l. commune vom Beweisführer ist; so ist jeder Besitzer sie herauszugeben verbunden.

2) Der zweyte Fall: wenn sie weder ein instrumentum proprium noch commune ist; so kommt es auf den Unterschied an: Du forderst die Urkunde

a) von

a) von einem Tertio — der muß sie herausgeben, nach der bekannten Rechtsregel: quod tibi non nocet, alteri vero prodest, ad id potes compelli.

b) Von dem Gegner im Proceß; da sind zwey Regeln zu merken:

A. Reus actori edere non tenetur.

B. Actor reo edere tenetur,

Qu. Warum ist der Beklagte nicht zur Edition verbunden?

Rsp. Weil niemanden zuzumuthen, seinem Gegner die Waffen wider sich in die Hände zu geben. Doch giebts hievon genug Ausnahmen, und alles kommt hier aufs arbitrium iudicis an.

Hellfeld hat nur 3 Exceptiones bemerkt:

a) der Beklagte muß ediren: wenn der Kläger die Urkunde zur Replic braucht. Ratio: actor in replicando habet favorem rei.

b) Wenn der Kläger ein besonderes Privilegium hat. Eigentlich hat es nur der Fiscus; in der Praxi aber auch ecclesiae et piae causae.

c) Wenn es der iudex für nöthig findet, weil er nicht anders aus der Sache kommen kann: z. E. bei Neubrüchen ratione des Zehenden. Adde:

d) Wenn der Kläger die Urkunde tantum ad iuvandam probationem verlangt. Er hat schon bewiesen, nur nicht vollständig, hier muß der Beklagte ediren. Conf. Boehmer in Ius D. h. t.

§. 1172. Gesetzt ich fordere die Urkunde in den benannten Fällen, und der Possessor verweigert sie, so muß der Beweisführer zwey Stücke bescheinigen:

1) Sein Interesse. (Hoc fieri potest a probaturo per iuramentum calumniae speciale.) Wenn er z. E. keine andere Beweismittel haben sollte.

2) Daß derjenige, von dem die Editio gefordert wird, die Urkunde besitze. Dieser Beweis kann im Fall der Noth mit der Eidesdelation geführt werden. Rigoureus darf der Beweis nicht seyn, praesumtiones sufficiunt. Z. E. daß Zehendrollen da seyn müssen — oder wenn bewiesen werden kann, daß ehemals die Urkunde da zu haben war.

Hier

Hier wird

1) entweder Gewisheit bewirkt; h. e. wird er schlechterdings zur Edition verdammt;

2) oder Wahrscheinlichkeit; h. e. wird alternative erkannt, l. zu ediren l. den Editions-Eid zu schwören.

Iuramentum editionis est — quo quis asserit, se nec instrumentum desideratum habere, nec dolose habere desisse.

§. 1173. Gesetzt der Besitzer versteht sich zu keinem von beiden, so ist die Frage: quommodo hanc eius contumaciam coërceas?

Rsp. Er ist

1) entweder ein Tertius — hier sind die Mittel ihn zu nöthigen, Strafbefehle; a) Geldstrafe und b) Gefängnis.

2) Oder der Gegner. Hier hat der Beweisführer

a) entweder eine Abschrift — so wird die poena editi et recogniti in contumaciam erkannt.

b) Oder keine Abschrift. Hier kommt es darauf an: ob er den Innhalt der Urkunde angegeben hat, oder nicht. Im ersten Fall droht man: daß man ihn pro confesso et convicto achten werde; im zweyten wird er mit der Gefängnisstrafe bedroht, oder, daß er id quod interest praestiren müsse.

LIB. XXII. TIT. V.

De Testibus.

§. 1174 — 1175. Zu den Beweismitteln gehören auch die Zeugen. *Testis* est persona, cuius testimonio nuncupativo aliquid probari potest, si a iudice competente ad testandum evocatur.

Testes in habiles et inhabiles dispescuntur.

1) Testes *habiles* (tüchtige, fähige Zeugen) sunt, qui fidem facere possunt.

2) — *inhabiles* (verwerfliche) qui fidem haud facere possunt.

Adde:

Ad. 1) Testes habiles *aut* sunt ii, quibus aliquid obiici potest, quod fidem illorum minuit — h. c. dicuntur: suspecti s. non omni exceptione maiores; *aut* ii, quibus nil obiici potest — testes omni exceptione maiores (unbescholtene, klassische Zeugen.)

Ad. 2) Testes inhabiles aut natura tales sunt v. g. furiosi, mentecapti, infantes; aut civiliter tales v. g. iudicio publico damnati, i. e. durch dasjenige Gericht, welches ob delictum publicum gehalten wird.

§. 1176. Testes inhabiles — die gar keinen Glauben verdienen. Von diesen die Regel: non sunt admittendi. Sie werden daher weder vereidet, noch abgehört, denn es würde ja ein vergeblicher Eidschwur zugelassen werden. Jedoch muß die Inhabilitas liquid seyn. Ist sie illiquid, so folgt die Praxis dem Cap. 13. X. h. t. nicht. Dies verordnet, daß man die Hauptsache soll ruhen lassen und die Inhabilitaet untersuchen — eine seltsame Verordnung. Daher die Praxis so: daß man den Zeugen abhört, salvis exceptionibus.

Wir haben vorhin gehört: daß zu den civiliter inhabilibus testibus

1) publico iudicio damnati gehören. *Delictum publicum* ist dasjenige, vermöge dessen dem Richter ex lege publica erlaubt ist eine Strafe zu nehmen. Das ius canonicum extendirt dies auf alle die Fälle, wo infamia iuris statt findet.
2) Sind inhabiles foeminae, quae palam corporis quaestum fecerunt. Z. E. öffentliche Huren.
3) Bestochene Zeugen.
4) *Pagani*, haeretici et apostatae. Haereticus, qui religionem approbatam haud sectatur. Fällt dieser von der approbirten Religion ab, so heist er Apostata. Pagani sind alle die, so sich zu keiner von den drey christlichen Religionen bekennen. Allein dies kann unmöglich nach protestantischen Gesetzen statt finden; denn es beruht auf falschen Grundsätzen. Ich kann nicht schliesen, qui fidem theologicam non habet, nec habet iuridicam. Daher, wenn bei uns Juden ꝛc. geduldet werden, so sind sie auch habiles, aber freilich können sie suspect seyn, nur nie inhabiles.

§. 1177.

§. 1177. De testibus suspectis. (Das meiste kommt hier auf das arbitrium iudicis an ex L. 3. §. 2. D. h. t. und ex L. 13. eod.)

Testes sunt suspecti:

I. Ob aetatem minorem. Distingue inter puberes et impuberes.

1) Puberes *aut* sunt plene puberes — von diesen die Regel: in causa civili plene probant. Adde. Man nimmt hier das 18. Jahr ohne Unterscheid des Geschlechts an — *aut* minus plene puberes; diese haben nicht viel mehr fidem, als die pubertati proximi, denn sie können nicht vereidet werden.

2) Impuberes *aut* sunt pubertati proximi, *aut* non, sed infantes s. infantiae proximi. Erstere haben in civilibus aliqualem fidem, sed ad modum exiguam; ratio: weil dergleichen Zeugen nicht vereidet werden können. Letztere sind plane inhabiles. Doch in causis criminalibus werden Infantes abgehört, weil man durch ihre Aussage Gelegenheit nimmt, der Sache weiter nachzuspüren. Uebrigens aber sind sie alles Beweises unfähig.

Qu. Kann denn ein plene pubes etwas bezeugen, das er in seiner Kindheit gesehen hat?

Rsp. Wenn von Begebenheiten die Rede ist, die er als pubertati proximus gesehen hat, so wird er zugelassen. Doch kann man dies nicht allemal; denn es ist nichts auf seine Relation zu bauen, wenn de re ardua die Rede ist. Conf. Leyser spec. 233. med. 4.

Von dem, was er als Kind gesehen, beweist sein Zeugnis wieder nichts: quia tenera infantum aetas saepissime fallitur.

II. Ob singularem amorem l. odium. Amor singularis ist eine solche Zuneigung gegen den Producenten, daß der Zeuge dessen Schicksale für die seinigen ansieht NB. Wenn nicht amicitia intima ist, so pflegt man nicht darauf zu attendiren; so auch, wenn es nicht odium capitale ist.

III. Ob nexum sanguinis propinquiorem. Z. E. Eltern und Kinder sind gar nicht zuzulassen. Geschwisterkinder haben hodie schon völligen fidem. Iure Rom. sind sie bis zum vierten Grad verdächtig. Eadem ratio est affinitatis.

IV. Ob nexum subiectionis et reverentiae. Der Unterthan nicht für seinen Superiorem. Jedoch glaubt hodie die Praxis, daß es statt finde, wenn der Unterthan seines Eides entlassen worden.

V. Ob infamiam.

VI. Ob defectum sensus. Allein dies ist mehr Inhabilitas, als suspicio.

VII. Ob qualitatem causae — i. e. wenn der Zeuge Schaden oder Vortheil aus dem Geschäft hätte. Diese heißen testes in propria causa. Dist. Ob dem Zeugen aus dem Proceß immediate Vortheil oder Schade erwächst, oder nicht. Im ersten Fall darf er freylich nicht zugelassen werden; im zweyten aber, wenn er nur per indirectum Vortheil aus der Sache ziehen sollte, kommt es auf das Arbitrium Iudicis an.

Adde: Ist der Zeuge in dem Fall, daß er durch sein Zeugnis ein Verbrechen von sich abwenden kann, so ist er nicht zuzulassen; ist er aber nicht in dem Fall, so ist er zuzulassen.

Testes suspecti werden in der Regel vereidet und abgehört, jedoch salvis exceptionibus et salvo arbitrio iudicis, wie viel ihnen Glauben beizumessen.

Excipe:

1) impuberes, und
2) testes in propria causa — denn diese werden gar nicht abgehört.

§. 1178. Zeugen können zur Ablegung des Zeugnisses gezwungen werden, nach der Regel: quod tibi non nocet alteri vero prodest, ad id iure compelleris. Die Zwangsmittel sind Geldstrafen, Gefängnis und Tortur. Tortur findet statt:

1) wenn das Verbrechen wichtig, i. e. ein solches ist, worauf Leib- oder Lebensstrafe steht;
2) wenn der Zeuge in dolo versirt;
3) wenn die Sache nicht anders herausgebracht werden kann. Aber man geht auch in diesem Fall nie über das Daumenschrauben bei der Tortur.

Anmerkung: Wahrheit kann durch die Tortur nie erzielt werden.

Aus-

Ausnahme von dem obigen ist es, wenn die Ablegung des Zeugnisses mit andern Pflichten streitet, welche dem Zeugen obliegen. Dahin gehört:

1) daß ein Advocat nicht gezwungen werden kann, die Geheimnisse zu entdecken, die ihm sein Client anvertraut. Daher die Regel: die Gebrechen, die man dem Arzt entdeckt, die Verbrechen, die man dem Beichtvater anvertraut und das, was der Client seinem Advokaten offenbaret — soll in ewigen Stillschweigen begraben liegen. Dieser Regel zufolge müssen auch

2) Clerici schweigen, ratione dessen, was sub sigillo confessionis anvertraut worden.

Conferatur Hertii paroemiarum Liber 1. Nr. 63.

Vermöge des sigilli confessionis haben sie auch keinen fidem, wenn sie ausschwatzen.

Excipe: Es müste dem Geistlichen ein crimen comittendum anvertraut worden seyn, das darf er nicht verschweigen.

Anmerkung: Ich kann auch denen nicht beitreten, welche behaupten, daß der Geistliche ein schon begangenes Kapital-Verbrechen verschweigen müste, wenn es ihm sub Sigillo confessionis anvertraut worden.

3) Können nicht gezwungen werden, Aeltern und alle Kinder indistincte, leibliche und adoptirte ꝛc. Ferner coniuges, socer et v. v. gener. Ratio: weil sie sich in allen Fällen üble Folgen zu versprechen haben. Excipe: wenn die Wahrheit anders nicht zu haben ist. Eine fatale Exception. Sie heist so: non dicitur ex eo, quod alii testes non intervenerint, sed ex eo, si per ipsam rei atque negotii naturam intervenire non potuerint: z. E. die in einem Collegio beisammen waren, die können von dem wissen, was da vorgieng, und sonst niemand.

§. 1179. Form des Beweises durch Zeugen. Dazu gehört:

1) die Antretung. Dahin gehört:

a) daß die Beweisartickel von dem Beweisführer übergeben werden müssen; diesen aber muß

b) die denominatio testium cum directorio beigefügt werden. *Directorium* bedeutet eine Anzeige der Artickel, über welche der Zeuge abgehört werden soll.

Die Benennung der Zeugen muß regulariter in der Beweisfrist geschehen; nachher kann der Beweisführer novos testes nicht denominiren, weder über neue noch über die vorigen Artickel. Ja, sagt Hellfeld, es findet nach sächsischem Recht nicht einmal statt ob testes noviter repertos. Doch aber nach dem iure communi, und also auser Sachsen fast überall. Ein anders ist es, wenn Testes vor ihrer Abhörung versterben, h. c. findet die Stellung neuer Zeugen indistincte statt, man mag einen in locum plurium und plures in locum unius substituiren; Ratio: es kann seyn, daß man einen Mann mit einer so vollständigen Wissenschaft nicht wieder finden kann.

Ein solcher Zeuge ist aber

1) entweder ante denominationem tod gewesen; h. c. muß der Beweisführer das Iuramentum calumniae speciale schwören, nämlich in der Hinsicht, daß er von dem Tod des Testis denominati nichts gewust habe. Dies kann z. E. treffen, wenn ich nach Sulzbach schreibe und einen Richter allda requirire, er solle mir Hn. N. N. über gewisse Punkte abhören. Dieser aber antwortet: es sey ihm dermalen schlechterdings unmöglich, weil Hr. N. N. schon ½ Jahr lang nicht mehr unter den Lebendigen sey.

2) Oder post denominationem; da braucht er nicht zu schwören, weil der Eid überflüssig seyn würde.

Obs. Bei der substitutione novorum testium ist es nicht mehr erlaubt, die Artickel zu verändern.

§. 1180. Zur Form des Beweises gehört:

2) der Richter muß auch gebeten werden, um Anberaumung eines Productionstermins, ingleichen daß die Zeugen sollen gebeten, vereidet und abgehöret werden.

Wenn er den Productionstermin ansetzt, so werden

a) erst die Partheyen citirt. Der Product wird citirt ad iurare videndum testes, und um die Fragstücke vorzulegen (ad danda interrogatoria). Deswegen müssen ihm die Abschriften von den Artickeln vorgelegt werden.

b) Bei der Citatione der Zeugen merke folgendes. Sie stehen

1) entweder immediate unter der Gerichtsbarkeit des Richters, h. c. werden sie immediate citirt;

2) oder

2) oder nicht unmittelbar; so hat der Richter doch die Hoffnung, daß der fremde Richter ihm die Zeugen stellen werde — hier wird die Citation mediate erlassen; oder er hat diese Hofnung nicht — so müssen die litterae requisitoriales s. subsidiariae an den Richter erlassen werden. Diese heisen Compass-Briefe, à compaciscendo.

Der Iudex wird darinn gebeten: er soll die Zeugen gehörig abhören und dem iudici requirendi die Roteln davon übersenden.

Omnia autem fiunt sumtibus impetrantis, mithin muß der Beweisführer die Kosten bezahlen. Wie viel? — Das muß der Iudex nach Umständen arbitriren. Jedoch können die Zeugen keine Praenumeration der sumtuum fordern. Dies; wollen die Worte im §: *post testimonii dictionem.*

§. 1181. Von dem Productionstermin kommt her Producent — der Beweisführer; Product — gegen den die Zeugen aufgeführt werden. Wir müssen also sehen, was beide zu beobachten haben. Wir handeln hier

1) Von der Obliegenheit des Producenten: dieser hat in termino productionis

a) die Zeugen sub poena desertionis zu produciren. Ueberall steht bei Versäumnis seiner Obliegenheit, i. e. die poena desertionis darauf. Die Zeugen sind nun entweder wirklich erschienen, oder nicht. Im ersten Fall werden sie realiter dem Richter producirt; im zweyten verbaliter, i. e. absentes tanquam praesentes. Im letzten Fall muß jedoch eine Ungehorsamsbeschuldigung beigefügt und gebeten werden, daß man sie unter Strafbefehlen citiren möge.

Die Testes realiter producti werden im Beiseyn der Partheyen vereidet. Doch thuts auch nichts, wenn der Product ausgeblieben ist.

§. 1182. 2) Was der Product zu beobachten hat. Dies sind Iura und keine Obligationes. Er kann

A) exceptiones vorschützen, sowohl gegen die Personen der Zeugen, als auch gegen die Beweisartickel.

α) Wider die Person — da müssen die Exceptiones liquid und auf testes suspectos gerichtet seyn.

A) Wider die Artickel — da muß wieder liquid seyn, daß sie gerade wider den und den Artickel gerichtet sind. Hat nun der Product solche Exceptiones, so kann er gegen die Vereidung und Abhörung protestiren. Hat er sie nicht, so thut er besser, er läßt die Vereidung und Abhörung geschehen — jedoch reservatis exceptionibus, sonst wird er in die Kosten condemnirt.

B) So kann er auch seine Fragstücke übergeben. Fragstücke sind von den Beweisartickeln unterschiedene Fragen, die an die Zeugen gerichtet sind, und worüber sie gleich mit abgehöret werden sollen.

Daher kommt die Eintheilung in interrogatoria generalia et specialia.

1) Interrogatoria generalia (gemeine Fragstücke) sind gedoppelter Art. Sie gehen
   a) Theils auf die Personen und heisen dann: personalia, z. E. wenn ich frage: ob ihm der Producent etwas gegeben, oder versprochen habe.
   b) Theils auf die Sache selbst — hier heissen sie: praeliminaria ad causam. Z. E. wenn man Exceptiones mit einmischt. Bei uns sind sie fast überall zulässig, aber in Sachsen nicht. Der Product hat den Vortheil davon, daß er seinen ganzen Productions-Beweis mit hineinbringt.
2) Interrogatoria specialia (besondere) sind diejenigen, welche einzelne Fragstücke betreffen. Auch diese sind aller Orten gebräuchlich.

§. 1183. Die Zeugenabhörung muß von dem Iudice causae oder auf dessen Requisition geschehen. Vor einem Notario ist die Abhörung null; ferner ist auch die schriftliche Bezeugung null, weil der Product dadurch um seine interrogatoria käme.

Form:

1) das Verhör muß in loco iudicii geschehen: ausgenommen kranke und vornehme Personen (nur merke man: daß dem Product auch in diesem Fall das Beiseyn nicht verwehrt werden darf.
2) Sollen singuli seorsim abgehört werden.

3) Par-

3) Partibus remotis — die Partheyen müssen abtreten — Kläger und Beklagter. In England sind sie noch dabei und im Iure Romano antiquo waren sogar die Advocaten mit dabei, um ihnen recht verfängliche Fragen vorzulegen. Allein schon sub Iustiniano ist es abgekommen. Conf Wernher in Comment. ad D. Tom. II.

4) Muß sie geschehen über Artickel und die Interrogatoria licita.

a) Der Iudex darf ex suo nichts dazu thun.

b) Aber obscuritatem und ambiguitatem muß er heben. Er zergliedere also jede Propositiön, erkläre alle Kunstwörter.

5) Bei Local-Streitigkeiten muß der Richter die Zeugen auf den Streitort führen und ihnen da die Sache sinnlich zu machen suchen. Was der Grenzstein A und B sey, ob der Stein A stets diese proclivitatem gehabt habe? Das weis der Bauer freylich nicht.

6) Muß die Zeugenaussage iisdem verbis niedergeschrieben werden. Aendert der Zeuge seine Aussage, so streiche man die erste nicht aus, sondern lasse sie stehen, und schreibe das veränderte darunter. Ratio: der Product kann dadurch Gründe zum Verdacht der Zeugen hernehmen.

7) Das Zeugnis wird hierauf in continenti vorgelesen und

8) muß dem Zeugen Stillschweigen aufgelegt werden.

§ 1184. Wenn das Zeugenverhör vollendet worden, so folgt die Publication des Zeugenrotuli.

Rotulus ist diejenige Schrift, welche aller einzelnen Zeugen zum Protocoll gebrachte Aussagen in sich enthält. In diesem Rotulo werden die Aussagen der Zeugen in gewisse Ordnung gebracht.

Die Ordnung ist diese: Vorher gehen die Interrogatoria generalia; dann folgen die Artickel und die zu jedem Artickel erforderliche interrogatoria specialia. Am Ende des Zeugenrotuli folgt die attestatio et subscriptio iudicis et sigillum iudiciale. Attestatum iudicis ist ein Zeugnis, daß alles sehr genau in dies Zeugenrotul gebracht worden.

Publicatio rotuli ist eine gerichtliche Handlung, wodurch den Partheyen die Zeugenaussagen bekannt gemacht werden —; und wird dazu ein besonderer Termin angesetzt, wozu die Partheyen citirt werden.

Sie geschieht in den Terminen

1) *verbaliter* — quando iudex nudis verbis declarat, attestata testium publica esse.

2) *realiter* — quando testium depositiones praelegi curat l. inspiciendo partibus exhibet.

Der Effect ist, daß kein anderer Beweis per testes mehr statt findet.

§. 1185. Zur Form des Beweises gehört auch noch

3) die Ausführung. Nach der Publication des Rotels folgen die Disputir-Sätze oder das Hauptverfahren. Es ist dies ein Verfahren zwischen dem Producenten und Product, in welchem der Punkt, ob und wie viel erwiesen worden, erörtert wird.

Nach dem neusten R. A. wird von beiden Theilen ein Scriptum übergeben; hierauf spricht der Iudex das Endurtheil, in welchem zu erkennen ist, ob erwiesen worden sey oder nicht. Hiebei hat er die Gründe des Beweises wohl zu erwägen. Daher merke folgende Regeln:

1) Testis de auditu alieno nil probat, i. e. vom Hörensagen; Ratio: weil da der Richter nie überzeugt seyn kann, daß das Zeugnis auf einem sichern Grund beruhe. Jedoch ist eine Ausnahme: bei rebus antiquis — da gilt das testimonium de auditu alieno. Ratio: weil es hier nicht möglich ist, eigne Erfahrung oder testes de propria scientia zu haben.

2) Testes mere negativi nil probant, secundum regulam: duobus testibus affirmantibus plus creditur, quam mille negantibus. Ratio: die Negantes können es um deswillen negiren, weil sie nichts davon wissen; aber deswegen kann ja doch das Factum wahr seyn. Doch aber versteht sich, daß es Ausnahme sey: wenn jemand ein factum proprium negirt: z. E. der Hirt sagt, er habe nie den Reitochsen des Herrn auf die Weide getrieben. So auch, wenn gesagt wird, um die und die Zeit sey auf meiner Stube eine Schlägerey gewesen, und ich sage nein; so ist mein Zeugnis allemal besser, als der affirmantium.

3) Wenn aber testes, nicht übereinstimmen, so betrift der Dissensus entweder ein factum, oder facta diversa.

I. *Vnum factum.* Die Zeugen widersprechen sich hier:

A. ent-

A. entweder in ipso facto; so muß man auf den numerum testium sehen. Ist der numerus testium aequalis, so heißt es: nihil probatum est, actore autem non probante, absolvitur reus. Doch vorausgesetzt, daß die Zeugen einander gleich sind respectu fidei et habilitatis. Ist der numerus ungleich, so betrift der Streit entweder eine Summe, oder etwas anders, z. E. ein Recht. Betrift er eine Summe; so wird das Zeugnis derer vorgezogen, welche de minima summa testiren. Die Ratio legis ist: summa maior et continet minorem. Vid. L. 9. D. de regulis iuris, wo es heist: in obscuris semper, quod minimum est, sequimur. It. L. 27. §. 3. de receptis. Hier heist es: Qu. apud Iulianum. si ex tribus arbitris unus quindecim, alius decem, tertius quinque condemnent, cui sententia stetur? Iulianus scribit, *quinque deberi praestari*, *quia* in hanc summam omnes consenserunt. Betrift er aber eine andere Sache, oder ein Ius, so ist zur Regel anzunehmen: testes plures pauciores vincunt; vorausgesetzt, daß die plures den paucioribus respectu fidei gleich sind.

B. Oder in Nebenumständen. Da kommt alles auf das arbitrium iudicis an und er muß aus den Umständen arbitriren, ob das factum wahr oder nicht wahr sey. Leyser giebt spec. 287. med. 1. ein Beispiel. Die Zeugen contradicirten in allen Nebenumständen, und kamen gleichwohl in der Hauptsache zusammen.

II. *Diversa facta.* Hier heisen die Zeugen: Testes singulares. Plenam probationem machen diese freylich in der Regel nicht; aber es kann doch plena probatio daraus entstehen, wenn die Umstände einander unterstützen. Z. E. Einer sagte: Benignus hat die Triftgerechtigkeit in der hiesigen Meilwaldung, denn er hat sie von 1757 bis 1770. ausgeübt; der andere sagt von 1767 bis 1777. Der dritte von 1777 bis hodie ist sie von ihm exercirt worden.

4) In dubio muß der Richter mehr für den Beklagten sprechen, als für den Kläger.

5) Was zwey unbescholtne Zeugen atteſtiren, ist für völlig erwiesen zu achten; doch, sagt Hellfeld, manchmal ist auch das Zeugnis eines einzigen genug dazu, nämlich
a) wenn es ein Testimonium personae publicae ist;
b) wenn es Incident-Punkte sind; wenn es

c) peccati praecavendi causa ist — z. E. einer sagt; die Personen, welche zusammen heurathen wollen, sind Bruder und Schwester.

LIB. XXII. TIT. VI.

De iuris et facti ignorantia.

§. 1186. Ignorantia besteht im gänzlichen Mangel einer Wissenschaft.

Error — wenn man zwar eine Wissenschaft hat, aber nicht die richtige.

Doch sind hier in Effectu beide einerley. Ignorantia est vel *facti* vel *iuris* und zwar erstere l. facti proprii l. alieni; letztere l. ignorantia iuris naturalis, l. iuris civilis.

Reg. Iuris ignorantia nocet, ignorantia facti non nocet.

Nocet, i. e. man kann sich nicht auf die Unwissenheit berufen, um sich von einem unangenehmen Erfolg der Unwissenheit zu befreyen.

§. 1187. Doch diese Regel hat sehr viele Ausnahmen: Sie muß also, wie im §. bemerkt worden, gehörig eingeschrenkt werden. Wenn nämlich einer etwas nicht gewust hat, so war er entweder verbunden, es zu wissen, oder nicht verbunden. Im letztern Fall kann ihm auch die Unwissenheit nichts schaden. Ratio: ubi nulla obligatio, ibi nulla imputatio. Im erstern Fall aber ist zu distinguiren inter ignorantiam vincibilem et invincibilem. Ignorantia vincibilis est ea, quam quis adhibita attentione et debita diligentia discutere potuisset. Davon die Regel: Haec ignorantia nocet (§. 1186. in fine). Ignorantia invincibilis est, quam quis omni attentione adhibita non discutit. Davon die Regel: Haec ignorentia non nocet. Doch in beiden Fällen muß man das Vincibile und Invincibile nicht in abstracto, sondern in concreto, i. e. pro conditione personae nehmen.

§. 1188. I. Ignorantia iuris. Davon haben wir folgende Regeln:

A·

A. Die Unwissenheit der natürlichen Gesetze entschuldiget niemand, ideoque semper nocet; Ratio: weil natürliche Gesetze von jedem mittelst des richtigen Gebrauch seiner Vernunft eingesehen werden können und müssen.

Qu. Wenn eine nach natürlichen Gesetzen verbotene Handlung durch positive Gesetze mit harter Strafe belegt ist, und diese der Delinquent nicht gewust hat, ob ihm hier seine Unwissenheit zu statten komme?

Rſ. ICti dissentiunt.

1) Hellfeld und Leyser mit Böhmern sagen: Nein.

2) Sam. Fried. Boehmer ad Carpzovium quaest. 149. observ. 4. behauptet das Gegentheil in so ferne, daß nach Umständen eine solche Unwissenheit verdiene verabsichtigt zu werden. Diese sind: z. E.

a wenn die Strafe ganz ungewöhnlich strenge, und

b) der Delinquent novus civis l. advena ist.

Was uns anlangt, so treten wir letzterem ganz bei; denn wenn eine solche Strafe statt finden soll, so muß bei ihm summus gradus moralitatis vorhanden seyn; hat er aber nichts von einer solchen Strafe gewust, so ist dieser nicht vorhanden.

B. Die Unwissenheit positiver Gesetze schadet nicht

a) advenis;

b) wenn solche nicht rite promulgirt worden. Daher bekommen gemeine Leute, wenn sie so sind laedirt worden, gar leicht die restitutionem in integrum, nur vorausgesetzt, daß sie Rechtsgelehrte leicht haben fragen können, oder wenn es wahrscheinlich ist, daß sie zu dumm waren, als daß sie glaubten, daß sie in einer solchen Sache Jemandes Rath nöthig hätten.

c) Diese Unwissenheit schadet auch nichts, wenn de damno evitando gestritten wird.

Conferatur L. 7 et 8. D. h. t.

d) Sie schadet nichts personis, quibus iura ignorare licet. Dies sind Minores, foeminae etc. Doch in lucro quaerendo his personis non succurrere debent leges; ex L. 8-9. D. h. t.

C. Wer die Rechte nicht weis, kann sich die Vortheile nicht machen, die er sonst aus den Rechten hätte erhalten können.

§. 1189.

§. 1189. II. Ignorantia facti est l. facti proprii l. alieni. Jene Unwissenheit schadet, es müste denn von einem negotio antiquo l. gravi die Rede seyn. Gravi, i. e. wobei viele und mancherley Umstände concurriren. Diese schadet nichts, ausgenommen: es müste ignorantia crassa et supina seyn, i. e. die zur culpa lata gerechnet werden müste.

LIB. XXIII. TIT. I.

De Sponsalibus.

§. 1190. Desponsatio s. sponsalia (Verlöbnisse) sunt (nach dem L. 1. D. h. t.) mentio et repromissio futurarum nuptiarum.

Mentio — Anwerbung.

Repromissio — Zusage oder Jawort.

Definire kürzer: Verlöbnis ist ein Vertrag, welcher eine künftige Ehe zum Zweck hat.

Obs. Diese Verträge haben ein Singulare, nämlich dies, daß man einseitig resiliren darf und zwar dies der traurigen Folgen wegen, die ein absoluter Zwang unausbleiblich nach sich zöge.

Im Iure Canonico hat das Wort Sponsalia eine weitläuftigere Bedeutung. Sunt enim pactum de matrimonio. Da kann auch eine gegenwärtige Ehe der Gegenstand seyn.

§. 1191. Sponsalien sind nach dem römischen Recht Verträge; es ist also wie bei allen Verträgen die Einwilligung nothwendig. Man distinguirt: inter consensum sponsalitium et matrimonialem.

1) Consensus sponsalitius est is, qui in futurum matrimonium ineundum declaratur. Die Formel ist hier: accipiam te in uxorem.

2) Consensus matrimonialis est is, qui in matrimonium actu invicem ineundum declaratur: z. E. Die Einwilligung beim Trauungsactu. Formel: Accipio te Benignam in uxorem.

Sponsalia konnten nudo pacto und per stipulationem eingegangen werden. Dort fand keine Klage statt, hier aber die Actio ex stipulatu.

§. 1192.

§. 1192. Kinder, Rasende, Wahnsinnige, äußerst Betrunkene können sich nicht verloben ꝛc.

Verloben können sich:

1) Impuberes — und zwar entweder sie selbst, oder ihre Aeltern können sie verloben. Das Verlöbnis findet statt, denn es hat nur eine künftige Ehe zum Zweck. Doch haben die Sponsalia nur in soferne Verbindlichkeit, als die Verlobten adepta pubertate dabei bleiben. Wollen sie nicht, so können sie abgehen, auch einem Theil steht es frey, wenn er früher pubes wird, als der andere. Merke jedoch zwey Ausnahmen:
   a) Wenn commixtio corporum bei den impuberibus vorgefallen. Nisus non sufficit, Iure Canonico.
   b) Wenn der eine Verlobte Theil pubes der andere impubes ist; so sind die Sponsalia claudicantia und also nur auf Seiten des einen Theils verbindlich. Pubes muß sein Versprechen halten; Impubes aber ist nicht gezwungen. Conferatur Cap. 1 et 7. X. de desponsatione impuberum.
2) Minores — und zwar salva restitutione in integrum. Sie können sich verloben, sagt Hellfeld absque curatoris consensu. Aber das ist streitig, wenigstens nach dem Iure communi. Conferantur Beck de sponsalibus sine consensu curatorum non contrahendis. Wir treten jedoch dem Auctori bei. Rationes:
   a) Weil es doch ausgemacht ist: Curator primario datur rei.
   b) Accedit L. 20. D. de ritu nupt. et L. 8. C. de nuptiis. Diese Leges sind klar: aber man giebt sie für unächt aus, weil der L. 20. in dem Florent. Text eine ganz andere Lesart hat. Allein der Florent. Codex hat ja mehrere Fehler, und dann ist ja doch die Vulgata in foro recipirt.
3) Die Sponsalia filiorum filiarumque familias sind de Iure Rom. cum consensu patris gültig. Conferatur §. 1196. et L. 14. D. de Sponsal. wo es heißt: daß cum consensu patris sogar Kinder von sieben Jahren Sponsalia eingehen können — nisi modo minores sint 7. annis — heißt es,

§. 1193. Sponsalia requirunt consensum; ergo vitia consensus vitiant sponsalia. Mithin werden die Verlöbnisse ungültig,

1) Dolo.

1) Dolo. Dolus muß hier Dolus causam dans seyn. Dolus giebt aber nur dem betrogenen Theil ein Recht von der Verlobung abzugehen Dies muß man merken, weil das Cap. 26. X. de sponsalibus sogar (recht unsinnig) dem Betrüger das Recht giebt abzugehen. Auch Dolus a tertio commissus berechtigt mich von der Verlobung wieder abzugehen. Es scheint zwar nicht als ob ich das Recht hätte, weil nur der Tertius, und nicht die Verlobte in dolo versirt; allein es ist doch erlaubt: weil der Tertius den Schaden nicht ersetzen kann. Conferatur L. 4. C. quod metus causa.

2) Vi et metu. Zwang und Furcht — und wenn sie auch von den Eltern oder von der Obrigkeit geschehen; denn mich zu zwingen, dazu hat weder der Vater noch die Obrigkeit ein Recht. Ein Ius imperfectum hat zwar der Vater, aber kein perfectum.

In L. 22. D. de nuptiis ist jedoch der Fall: wenn der Vater den Sohn nur generaliter gezwungen, so soll die generalis coactio (wo der Vater seinen Sohn nicht zu einer gewissen Person, sondern zur Heyrath überhaupt zwang) dem Verlöbnis nichts schaden; quia haec sponsalia non sunt inter invitos contracta.

3) Errore. Davon giebt Hellfeld folgende Principia.

Der Irrthum bei Verlöbnissen ist entweder so beschaffen, daß, wenn man ihn gewust, diese Verlobung nicht geschehen wäre, oder er ist nicht von dieser Beschaffenheit. Im letztern Fall macht er die Verlobung nicht ungültig, denn er betrift nichts Wesentliches. Im erstern Fall kommt es auf den Unterschied an: ob der Irrthum solche Stücke betrift, die jeder Verlobte von dem andern praesumiren kann: z. E. daß Mademoiselle Y noch kein Kind gehabt habe, oder solche, die man nicht vermuthen kann. Dort macht der Irrthum wieder das Verlöbnis ungültig; hier aber kann des Irrthums wegen nicht abgegangen werden, wenn es nicht ausdrücklich ausbedungen worden: z. E. ich hätte gesagt: ich liebte sie sterblich ihrer 1000 fl. wegen.

§. 1194. Quia sponsalia fiunt consensu; non opus est:

1) scriptura, arrha aliave solennitate. — Der schriftliche Aufsatz und Malschatz sind keine substantialia.

2) Ver-

2) Verlobungen können sowohl inter praesentes, als absentes geschehen: z. E. per procuratores inter illustres.
3) Die Einwilligung kann sowohl verbis, als factis declarirt werden. Factis — dazu gehört:
   a) Silentium. Qui enim tacet, cum loqui poterat et debebat, consentire videtur,
   b) Datio et acceptatio annuli. Doch das ist streitig. Wir glauben in zwey Fällen, außerdem nicht. —
      α) Wenn die Acceptatio annuli auf tractatus sponsalitios praevios geschehen.
      β) Wenn es in einem Lande oder Ort Sitte ist, bei Verlobungen Ringe zu geben und zu nehmen. Dies war in Deutschland von jeher. Daher das Sprichwort: Ist der Finger beringt, so ist die Braut bedingt. Conferantur Eisenhardts Grundsätze des deutschen Rechts in Sprüchwörtern, Sect. 2. n. 3.
4) Surdi et muti können sich verloben, wenn sie ihren Willen declariren können.

§. 1195. Sponsalia können, wie andere Pacta mit und ohne Bedingung eingegangen werden. Daher die Eintheilung in sponsalia conditionata et pura. Die Conditio adiecta aber ist entweder possibilis oder impossibilis. Impossibilis, die z. E. contra finem matrimonii gerichtet ist, macht die Sponsalia null, sie mag entweder affirmative oder moraliter talis seyn; negative enim vel naturaliter talis pro non adiecta habetur — man sieht so schon, daß es nicht Ernst gewesen, wenn ein Frauenzimmer bei Abschliessung des Verlöbnisses zu ihrem Bräutigam sagt: ich will dich heurathen, wenn du dir deine Nase nicht abbeisen wirst.

Bei der Conditione possibili ist, wie bei Verträgen, der dreyfache Unterschied zu merken:
1) Conditio pendet. So lange dies ist, ist auch keine Verbindlichkeit zu Vollziehung der Ehe da, obgleich Verbindlichkeit den Ausgang der Sache abzuwarten, i. e. ob die Conditio existent wird, oder nicht. Excipe:
   a) Wenn die Erfüllung der Condition von der freyen Willkühr des einen Verlobten abhängt, denn da hat die Actio ad consummandum matrimonium statt: z. E. Du hast gesagt, wenn ich Amtmann zu S.. werde ꝛc. und Du kannst es jetzt werden.

b) Wenn

b) Wenn die Bedingung zum Faveur des einen Verlobten beigefügt worden, und dieser renuncirt hat, so kann der andere ad consummationem matrimonii klagen.

c) Wenn der eine Verlobte die Bedingung erfüllen will und der andere hindert ihn daran: z. E. Heckel ist bereit Doktor zu werden, aber Mademoiselle Y. giebt ihm das Geld nicht, das sie zu seiner Promotion herzugeben versprochen hat.

2) Conditio existit — hier sind die Verlöbnisse als Sponsalia pura zu betrachten, nach der Regel: Conditio existens retrotrahitur ad tempus initii.

3) Conditio deficit — h. e. sponsalia fiunt irrita.

§. 1196. Sponsalia rite consensu perficiuntur. Daher ist keine äußerliche Form nöthig. Doch aber ist juris communis, daß die Aeltern mit einwilligen müssen. Nun aber muß das Römische Recht von dem Iure hodierno wohl unterschieden werden.

I. Nach dem Iure Romano gründet sich der Eltern Einwilligung auf die väterliche Gewalt. Sufficit ideo patris consensus; ast necessarius est ex L. 20. C. de nuptiis et L. 2, D. eod. Tit. et L. 68 de iure dotium. Daraus folgt: die Verlobungen der Kinder ohne väterliche Einwilligung sind ungültig. Ja, Hellfeld behauptet, daß nicht einmal eine Ratihabitio statt finde, und es hat dies auch in Princ. Inst. de nuptiis einen Schein. Es heist da: justus patris praecedere debet. Allein Huber in praelect. ad Institut. Titulo de nuptiis und Thomasius de validitate conjugii invitis parentibus contracti §. 17. haben hinlänglich bewiesen, daß ratihabitio patris eben so gut statt finde, als consensus antecedens. Das Wort praecedere muß nur nicht so strenge, sondern h. l. pro accedere genommen werden.

II. Nach dem Iure hodierno soll — wie die Rechtslehrer behaupten — die Einwilligung reverentiam parentibus debitam zum Grunde haben. Uns scheint aber dieser Grund nicht befriedigend; denn es würde daraus folgen, daß verheurathete Kinder so gut, als unverheurathete, die Eltern um Erlaubniß bitten müsten. Dies ist aber nicht: also ist vielmehr der wahre Grund: quia exeunt liberi ex familia, cui parentes imperant. Dies ist offenbar: auch daraus erhel-

erhellet es, daß obiger Grund nicht statt findet, weil die Kinder, welche nicht mehr sub patria potestate und schon in Diensten stehen, auch ohne elterliche Einwilligung heurathen dürfen. Uebrigens ist hodie beider Eltern Einwilligung erforderlich, jedoch so, ut in dissensu patris consensus potior sit. Es ist auch eins, ob die Eltern antecedenter oder subsequenter einwilligen. Und wenn endlich die Eltern gebeten worden, so können sie ohne rechtmäsigen Grund nicht dissentiren; sonst supplirt die Obrigkeit ihren Consensum.

Was causa iusta sey, kann nicht allgemein bestimmt werden. Doch kann man annehmen, daß es iusta causa sey: wenn die Kinder außer Stand heurathen wollten — wenn die Tochter noch keine Wirthschaft führen könnte — wenn die Eltern sähen, daß sich ihr Kind unglücklich machen würde ꝛc.

§. 1197. Landesgesetze erfordern doch vielfältig eine Form bei den Eheverlöbnissen. Sie variren sehr, aber was man a potiori findet, ist:

1) Consensus curatorum.

Conferatur Ienichen alleg. loco. Es steht dies Scriptum in Leysers med. ad D. Tom. XI.

2) Parochi praesentia: z. E. im Braunschweigischen.

3) Testium praesentia: z. E. in Churſachsen — besonders, wenn die Eltern nicht mehr leben.

4) Propinquorum consensus — auch wenn die Eltern nicht mehr leben. Das ist so die gewöhnliche Form.

Sind nun die Eheverlöbnisse nach der in LL. vorgeschriebenen Form eingegangen worden, so heißen sie: Sponsalia publica und produciren eine Klage. Die Idee der Publicität liegt also nicht in dem Pomp der äusern Feyer, sondern in der in den LL. vorgeschriebenen Form. Daraus zu schließen: die Sponsalia gehören zwar zu den actibus facultatis, aber nicht zu den actibus meae facultatis, weil der modus desponsandi nicht mehr ganz von meiner Willkühr abhängt.

Sponsalia clandestina sind das Oppositum von den publicis; wo also die Form nicht beibehalten worden. Diese sind nach der Hellfeldischen Theorie null. Doch nehmen viele Rechtslehrer diesen Satz nicht an. Sie sagen: Dergleichen Sponsalia sind wohl strafbar und unerlaubt, aber

nicht null. Und dieser Meynung treten auch wir bei. Denn sie sind der Analogie der Eherechte vollkommen gemäs. Der Iudex soll sich immer mehr bemühen, das Matrimonium zu conserviren, als zu trennen. Man nehme nur z. E. wenn sich ein paar Leute ohne Proclamation trauen lassen, so wird diese Handlung bestraft, aber die Ehe bleibt ja doch feste.

§. 1198. Dieser und die vier folgenden §§. handeln de effectibus sponsalium.

Sie sind anders nach dem römischen, anders nach dem kanonischen, und anders nach dem protestantischen Recht. Was

1) das römische Recht betrift, so werden die Sponsalia entweder nudo pacto geschlossen — diese produciren keine Klage, poenitere ergo cuilibet licet; oder mediante stipulatione — diese produciren die actionem de sponsu.

Jedoch wurde der widerspenstige Theil nicht zur Ehe gezwungen. Dies hat seinen Grund in der licentia divortiorum, die bei den Römern gros war. —

Iudex litem pecunia aestumabat, i. e. der Richter condemnirte den widerspenstigen Theil nur ad id quod interest. Ja zu den Zeiten der Kaiser fand nicht einmal diese Strafe statt. Doch dies wurde noch beobachtet:

a) daß die Arrhae verlohren giengen, und
b) die conventional-Strafen statt fanden, wenn sie nicht zu gros waren.

Conferatur L. 5. C. de sponsalibus. Conferatur Hellfeld in diss. de effectu poenae conventionalis sponsalibus adiectae in opusculis suis.

2) Was das Ius Canonicum anlangt, so sind die sponsalia de praesenti et sponsalia de futuro wohl zu unterscheiden. Bei erstern findet ein absoluter Zwang statt, bei letztern aber nicht.

Daß ein Zwang statt finde, sieht man aus allen Texten des iuris Canonici; aber die Päbste waren nur de modo nicht einig.

Conferatur Boehmer in Iur. Prot. libr. 1. §. 145.

§. 1199. Sponsalia de futuro sunt: quibus solus consensus sponsalitius declaratur.

Diese

Diese Sponsalia sind nach dem Iure Romano die einzigen und wahren Sponsalia.

Sponsalia de praesenti sunt: quibus simul consensus matrimonialis declaratur absque tamen solennitate ecclesiastica.

Sponsalia de futuro sind z. E. wenn er sagt: accipiam te in uxorem — und sie sagt: consentio.

Sponsalia de praesenti sind: z. E. Accipio te — und sie sagt: Consentio. Dies heist: jetzt wollen wir die Ehe anfangen. Diese sind eine Ehe, obwohl eine heimliche Ehe.

Qu. Warum nennt man aber Sponsalia in so weitläuftiger Bedeutung matrimonia clandestina?

Rsp. 1) Weil die patres sie wirkliche Ehen nannten.
2) Weil die kirchliche Feyerlichkeit dabei mangelt.

§. 1200. Sponsalia de praesenti sind:
1) unzertrennlich;
2) keine Eides-Delation wider dieselben, kein Transact, keine restitutio in integrum wider dieselbe findet statt.

Anders aber ist es bei den sponsalibus de futuro, da gelten keine Eherechte. Die Sponsalia de praesenti haben wir Protestanten nicht mehr, selbst die Katholiken nicht. Man sollte also in den Compendiis nicht mehr davon reden.

Lutherus in seinem Buch von Ehesachen, verstand unter den Sponsalibus de praesenti die Verlöbnisse ohne Bedingung; und unter den Sponsalibus de futuro — diejenigen, die mit Bedingung eingegangen worden wären. Allein diese falsche Erklärung, dieser Irrthum hatte schreckliche Folgen. Denn die Leute, die sich ohne Bedingung verlobten, wurden obtorto collo zum Traualtar geschleppt, und getraut, sie mochten wollen oder nicht. Diese Grausamkeit dauerte fort, bis Stryck und Thomasius kamen und das ungereimte in dieser Lehre zeigten. Seitdem lehren die Canonisten einhellig: daß es keine Sponsalia de praesenti gebe.

Conferatur Boehmer de incongrua distinctionis inter sponsal. de praesenti et de futuro in foris protestantium applicatione.

§. 1201. Wenn die Verlobung ohne Einwilligung der Eltern geschehen ist, so können sie blos die künftige Ehe oder

die Vollziehung hindern. Nicht hindern aber können sie solche:

1) Wenn die priesterliche Trauung und
2) der Beischlaf hinzugekommen ist und die geschwächte Verlobte darauf besteht, daß die Ehe vollzogen werden soll.

Ad. 1) Merke hievon: pater hoc matrimonium dissolvere nequit. Doch Landesgesetze können ein anders bestimmen: z. E. auf Akademien werden dergleichen Winkelehen doch getrennt.

Ad. 2. Merke hievon:

Der Grund ist eine Collision. Die Rechte der Eltern collidiren mit dem Recht der Geschwächten, und in dieser Collision muß das Recht der Eltern dem Iuri defloratae filiae nachstehen.

§. 1202. 3) De effectibus sponsalium secundum Ius Protestantium. Sponsalia secundum Ius Protestantium wirken perfectam obligationem et actionem ad consummandum matrimonium. Daraus folgt: daß nach dem protestantischen Recht auch Zwang statt finde und zwar ad matrimonium consummandum. Distingue tamen inter coactionem absolutam — quae omnem contumaciam superat; et inter coactionem secundum quid talem — quae cedit contumaciae extremae. Diese findet nur in Regula statt, in der Maße, daß man Geldstrafe und Gefängnis eine Zeitlang adhibirt, und dann, wenn sie nichts fruchten, nachläßt. Auf einer deutschen Universität erkannte man einmal 10 Tage Gefängnis bei Wasser und Brod — das war das äußerste Zwangsmittel. Ratio: est Cap. XVII et X. de sponsalibus — nach diesem Cap. Iuris Canonici darf man nicht weiter gehen, weil die Ehe 1) eine Gesellschaft ist die auf Liebe gegründet ist und 2) die traurigsten Folgen aus absolutem Zwang entstehen. Wenn daher dieser Zwang nicht fruchtet, wird das Eheverlöbnis getrennt, so, daß der Contumax condemnirt wird,

1) den andern zu satisfaciren. Da wird vom Iudice ein Quantum bestimmt, das er dem andern zahlen muß. Bei gemeinen Leuten und Bauern ist die Strafe gewöhnlich zwey, drey Goldgulden.
2) Muß er die Conventional-Strafe erlegen.

3) Wird

3) Wird er zu einer Geldbuse condemnirt. Diese mulcta wird ad pias causas angewandt.

4) Die Unkosten zu ersetzen.

In den ältern Zeiten wurde auch die Kirchenbuse erkannt, hodie aber, zu Deutschlands Ehre, nirgends mehr.

Coactio absoluta findet nur als Ausnahme in dreyen Fällen statt:

1) Wenn der Stuprator die Stupratam nicht dotiren kann.

2) Wenn die Sponsa geschwängert worden und sie auf der Ehe besteht.

3) Wenn zwey Personen lange Zeit als Eheleute miteinander gelebt haben.

Objic. Ob denn nicht die traurigsten Folgen diesem entgegen stehen? Rsp. Allerdings; aber man pflegt auch eben dieses Grundes wegen, die Ehe wieder zu scheiden, wenn sie nicht gut geräth. — Aber so spielt man ja nur damit? Rsp. Nein! es hat seinen Nutzen, 1) die Frau wird dadurch von ihrem Schandfleck frey, 2) das Kind wird ehelich. NB. Es ist bei dieser Ehe eine besondere Trauungsformel adhibirt. Sie steht im Carpzov. infra in notis alleg.

§. 1203. Es giebt jedoch Fälle, wo von den Verlöbnissen wieder abgegangen werden kann. Pacta sponsalia solvuntur:

1) mutuo dissensu — wie alle pacta. Die Unzertrennlichkeit der Ehen findet doch nun nicht bei Eheverlöbnissen statt. Doch eine Observanz ists in allen Consistoriis, daß die Aufhebung der sponsalium auctoritate consistorii geschehen müsse. Man giebt ihnen einen Bescheid, aber er ist ganz vergeblich, weil, wenn Theile sagen: ich mag dich nicht mehr, kein Dissensus da ist; — aber es geschieht wohl aus andern guten Gründen.

2) Unius voluntate — kann auch von den sponsalibus abgegangen werden; zwar nicht indistincte; aber doch wenn ein hinlänglicher Grund da ist. Causa est vel nullitatis, vel repudii.

1) Causa nullitatis ist ein solcher Grund, weswegen gleich Anfangs die Verlobung für ungültig anzusehen war: z. E.

a) Wenn es an dem Consensu mangelte.

b) Wenn die in den Gesetzen vorgeschriebene Form nicht beobachtet worden.

c) Wenn sich Personen verlobten, die sich nicht verloben konnten: z. E. Ich und meine Schwester.

2) Causa repudii ist ein solcher Grund, weswegen ein Anfangs gültig eingegangenes Eheverlöbnis in der Folge doch wieder aufgehoben werden kann.

Der Exempel sind unzählig viele. Conferatur Hommels Rhapsod. observ. 400. und Leyser alleg. loco.

Zu den Causis repudii gehört:

a) Fidei violatio: z. E. wenn der eine Theil ein Stuprum begeht — oder der eine Verlobte bina sponsalia eingeht. (ein Hauptgrund).

b) Nehmen auch die Kanonisten amissionem virginitatis an, und wenn es auch nur per stuprum violentum geschehen seyn sollte.

c) Notabilis rerum mutatio — dies ist eine solche, die uns abgehalten haben würde das Verlöbnis einzugehen, wenn wir selbige vorausgesehen hätten. Dies gründet sich auf die Regel: Alle Pacta verstehen sich nur: rebus sic stantibus: z. E.

α) Animi deliquium, d. i. wenn der eine Verlobte rasend oder wahnsinnig wird. Die Doctores statuiren, daß man sowohl ob furorem temporarium, als perpetuum abgehen könne.

β) Paupertas.

γ) Beträchtliche Leibesfehler — hieher gehören besonders: morbi contagiosi.

δ) Criminis famosi perpetratio. Dahin gehört in specie: furtum, es mag gros oder klein seyn.

ε) Mora in consummando matrimonio admissa. Nach dem Iure Romano ist ein zweyjähriger Verzug hinlänglich, wenn sich die Verlobten in eadem provincia befinden — drey Jahre in diversis provinciis. L. 2. C. et L. ult. D. h. t. Doch ist Iustum impedimentum ausgenommen, und überhaupt wird das Tempus Iure Romano datum so genau bei uns nicht befolgt.

ζ) Odium et inimicitia. Qu. ist das eine causa repudii? Rsp. Der Haß gründet sich entweder auf iustam causam repudii: z. E, auf Untreue. H. c. ist Iusta causa zur Trennung vorhanden, aber nicht propter odium

odium, sondern propter causam, ex qua odium ortum. Oder das ist nicht — da ist odium auch keine iusta causa repudii. Mithin wird gegen einen solchen Verlobten, der ein solches Odium vorschützt, wie gegen einen Widerspenstigen agirt. (repet. §. 1202).

§. 1204. A sponsalibus rite contractis kann einseitig ohne rechtmäßigen Grund nicht abgegangen werden. Daher stantibus prioribus sponsalibus darf keiner zu der zweyten schreiten. Thut ers, so ist die zweyte Verlobung null und nichtig. Ja sie ist auch ein Verbrechen, das nach dem Iure Romano mit der poena infamiae bestraft werden soll.

Qu. Wer in concursu plurium sponsalium den Vorzug habe?

Rsp. Die 1. Regel ist hier: wenn sponsalia publica mit clandestinis concurriren, daß die Sponsalia publica den Vorzug haben; denn clandestina haben nicht die mindeste Wirkung um die Rechte einer dritten Person zu untergraben.

2) Wenn mehrere Sponsalia publica vorhanden sind, so ist Regel: daß die erstern den spätern oder letztern vorgezogen werden und wenn auch die priora, conditionata seyn sollten. Denn sobald die Bedingung existent wird, so heißts: conditio existens retrotrahitur ad tempus initii. Es verschlägt auch nichts, wenn zu den sponsalibus posterioribus der concubitus hinzugekommen, und die erstere Person noch will. Ratio: denn der Beischlaf hat nur fornicationis rationem, weil die letztern sponsalia schlechterdings null und nichtig sind. Wenn auch zu den posterioribus Sponsalibus der Eidschwur hinzugekommen, so haben doch die Priora den Vorzug. Denn nach dem Iure Romano und Canonico wirkt der Eid in praeiudicium tertii gar nichts. Wie aber, wenn zu den posterioribus priesterliche Trauung hinzugekommen? Rsp. Die Trauung ist h. c.

1) entweder nach vorgängigem Aufgebot geschehen — So hat der erstere Verlobte sein Ius ad consummandum matrimonium verlohren. Ratio: das Aufgebot hat die Kraft einer Edictal-Citation und zieht also die poenam praeclusi nach sich.

2) Oder das ist nicht, da entzieht die Trauung dem erstern sein Ius quaesitum nicht; denn sie ist ein Factum dolose a ministro ecclesiae elicitum.

LIB. XXIII. TIT. II.

De ritu nuptiarum.

§. 1205. Das Wort Ehe kommt von dem altdeutschen Wort Eh oder Ewa her, welches soviel hies, als Gesetz und also den Begrif der Gesetzmäßigkeit in sich fast.

Matrimonium — die Ehe — wird verschiedentlich definirt. Nach Hellfeld ist sie: Societas liberorum procreandorum et educandorum causa rite et legitime inita. Nach dem Iure Romano ist die Definition richtig. Der wesentliche Zweck der Ehe ist die Erzeugung der Kinder; dies sieht man schon daraus, weil die Römer zur Ehe pubertatem erforderten. Ferner ist die Ehe societas rite et legitime inita. Rite, i. e. nach Vorschrift der kirchlichen Gesetze. Legitime, i. e. nach Vorschrift der bürgerlichen.

Schott in seinem vortreflichen Buche über das Eherecht definirt p. 127. so: Die Ehe ist ein von einem Mann und einem Weib nach der vorgeschriebenen Form geschlossener gesellschaftlicher Vertrag um Kinder zu zeugen und einander die genauste Beihülfe unaufhörlich zu leisten. Einige setzen den Zweck der Ehe: in Liebe und Glückseligkeit; allein so schön er lautet, so ist er doch zu idealisch. Andere in extinctionem libidinis: z. E. Hommel — allein hier ist Mittel und Endzweck verwechselt. Noch andere blos in Beihülfe — allein so scheinbar dies ist, so fehlt es doch dieser Darstellung an Bestimmtheit, weil nicht jede gegenseitige Beihülfe eine Ehe ist.

Nach unserer Meynung ist der Zweck der Ehe blos Erzeugung der Kinder. In dem Begrif von der Erzeugung liegt schon der Begrif von der Erziehung. Dies also allein ist der bestimmte, nothwendige und beständige Zweck der Ehe, und alle andere sind zufällig.

Objic. Aber warum läst man denn Leute heurathen, bei welchen der Zweck gar nicht mehr statt finden kann?

Rsp. Das ist nicht unsere Schuld, das Ius Canonicum hat diese Verwirrung gemacht. Wir können sie eigentlich kein Matrimonium nennen, sondern eine Gesellschaft, welche das Ius Canon. per modum conniventiae noch eine Ehe nennet, weil sie so viele ähnliche Verhältnisse mit der Ehe hat.

§. 1126.

§. 1206. Matrimonium est societas; wo daher eine ehliche Gesellschaft ist, finden auch alle Ehestandsrechte statt. Dist. igitur:

1) Inter sponsalia. Diese würken nur ein Ius ad rem s. personale, i. e. dasjenige Recht, das ein Theil von dem andern verlangen kann die Ehe zu vollziehen.

2) et matrimonia. Diese hingegen wirken alle Ehestands-Rechte.

Differentia Sponsalium a matrimoniis.

1) Zu den Sponsalibus wird die Fähigkeit zum Beischlaf nicht erfordert.

2) Unter Verlobten findet keine Communio bonorum statt — auch keine Successio; aber beides inter coniuges.

3) Verlobung wirkt keine Mittheilung der Würden und des Gerichtsstands vom Sponso; aber wohl inter coniuges findet eine solche Mittheilung statt.

4) Die Schwägerschaft entsteht nicht ex sponsalibus, sondern nur ex matrimonio.

5) Verlobte können einander schenken, Eheleute nicht.

6) Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand findet wohl bei Verlobten aber nicht im Ehestand statt.

7) Von Verlobungen kann mutuo dissensu abgegangen werden; von Ehen nicht, doch auch ersteres nur sub auctoritate consistorii.

§. 1207. Sponsalia et matrimonia conveniunt:

1) In Absicht auf Ehliche Treue. Die Verletzung der Treue bei Verlobten wird quasi adulterium genennt. Quoad civilia hat das quasi adulterium eben die Folge, wie bei Verehlichten, nämlich es zieht divortium nach sich. Conferatur Hommels Rhapsod. etc. §. 33.

2) In Absicht auf die Ablegung des Zeugnisses. So wenig coniuges gezwungen werden können wider einander zu zeugen, so wenig können es Verlobte.

3) In Absicht auf die Vindication der Iniurien. Diese zu rächen — ist der Verlobte eben so gut berechtigt, als der Maritus.

4) Kein Diebstahl findet unter Verlobten statt. Es heist: crimem rerum amotarum, wie bei Verehlichten.

§. 1208. *Impedimenta matrimonii sunt* l. naturaliter talia — l. moraliter talia, §. 1209. seq.

I. Naturalia impedimenta finden statt:

1) bei Impuberibus. Das Ius Rom. fordert 14 Jahr bei masculis — 12 bei foeminis. Qu. Ob dies hodie statt findet? Rsp. Carpzov in Iurispr. consistor. Libr. II. Defin. 12. sagt: Nein! — Es wird hodie plena pubertas erfordern. Nun ist es zwar wahr, daß Landesgesetze dies erfordern; aber ein lex communis ist nicht vorhanden. Carpzov sagt auch blos, daß es nicht rathsam sey, solche junge Leute heurathen zu lassen.

2) Bei Castraten. Wenn sich ein Castrat verehligt; so geschieht dies entweder ohne Vorwissen des andern Theils — h. e. matrimonium est nullum; oder mit Wissen des andern Theils — h. e. und zwar Iur. rom. ist eine solche Ehe nicht als ein matrimonium legitimum gehalten worden. Doch haben wir kein Beispiel, daß sie wären getrennt worden. Conferatur L. 39. de iure dotium.

Das Ius Canonicum aber erlaubt dergleichen Ehen. Es sagt: wenn sie nicht als Eheleute mit einander umgehen können, so können sie es doch als Brüder und Schwestern. Was heist aber dies? — Merke: es soll heissen: es findet doch noch das mutuum adiutorium statt. Nach dem Iure Protestantium aber giebts verschiedene Meynungen. Hellfeld nimmt mit Böhmern an: sie wären nicht zu dulten.

Boehmer nimmt zwey Gründe an:

1) Es würde ein scandalum seyn, und
2) ein Misbrauch mit der Trauungsformel begangen werden.

Hingegen Hommel de matrimonio sine proposito liberos procreandi — in rhapsodia sua zu finden — hat die gegentheilliche Meynung.

Ratio:

1) das Ius Canon. gilt bei uns vorzüglich.
2) Es kann nicht bewiesen werden, weder ex legibus positivis noch divinis, daß eine solche Ehe unerlaubt sey.
3) Bei spadonibus. Spado in sensu latiori est quilibet qui generare non potest. Spado in sensu strict. homo frigidus.

Einem solchen wird aber die Ehe erlaubt, denn die potentia generandi kann wieder hergestellt werden.

§. 1209. II. Impedimenta moralia sunt:

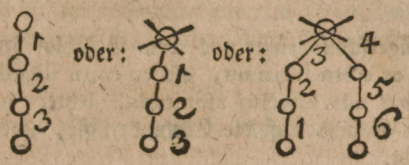
1) nahe Verwandschaft und Schwägerschaft. Consanguinitas

nitas est series personarum ab eodem stipite dependentium.

Die Verwandschaft hat Grade. Gradus est numeratio generationum. Das übrige ist alles erklärt.

§. 1210. Die Verwandschaft kann nah und ferne seyn. Dies wird per computationem graduum ausgerechnet. Dies ist eine Untersuchung, in welchem Grad Personen, von deren Verwandschaft die Rede ist, von einander entfernt sind.

Je nach dem die Computatio in den kanonischen oder bürgerlichen Rechten gegründet ist, heist sie auch Computatio canonica oder civilis. Bei letzterer gilt die Regel: Quot sunt generationes, tot sunt gradus, oder: so viel Personen vorhanden sind, den Stammvater abgerechnet, so viel zählt man Grade. Z. E.



Was die computationem canonicam betrift, so sind die Personen, von welchen die Rede ist, entweder in linea recta verwandt — da gilt eben die Regel, die erst bei der computatione civili gegeben wurde; oder in linea collaterali — da ist zur Regel anzunehmen: daß die Grade nur auf einer Seite gezählet werden dürfen. Ist diese Linie gleich, so ists gleich viel, welche Seite man zählen will; ist sie aber ungleich, so müssen die Grade von der längsten Seite gezählt werden. Z. E.

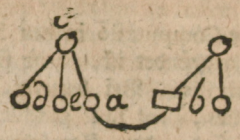
B und D sind wie B und C im 3ten Grad verwandt.

Nach der Prari wird die Computatio canonica allein in der Lehre von den verbottenen Ehen und von delictis carnis angewandt; in allem übrigen Fällen: z. E. in der Suc-

Suc-

cessions-Lehre, in der Lehre de tutelis, de testibus, de retractu, de delictis, findet die computatio civilis statt.

§. 1211. Affinitas (die Schwägerschaft) ist eine Beziehung unter Personen, die im Beischlaf ihren Grund hat und sich von dem einen Concumbente auf des andern Concumbentis Verwandte erstreckt. Z. E.



c, d, e sind Schwäger zu b.

Also:

1) Schwägerschaft rührt aus dem Beischlaf her und zwar sowohl ex coitu legitimo, als ex coitu illegitimo. Die erstere hat alle Effectus affinitatis, letztere hat sie zwar auch in Absicht auf die Ehehindernisse, aber im übrigen nicht.

2) Die Schwägerschaft entsteht zwischen dem einen Concumbente und des andern Concumbentis Anverwandten.

Regeln:

1) Alle Verwandte von dem einen Concumbente sind Schwäger von dem andern Concumbente, oder: Alle Verwandte vom Manne sind Schwäger von der Frau.

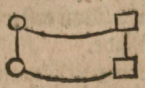
2) Die Verwandten der personarum concumbentium unter sich sind nicht affines: Z. E.

Diese dürfen einander ohne Bedenken heurathen.

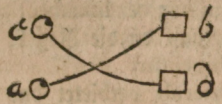
Daher sind nicht Schwäger: conprivigni (zusammengebrachte Kinder) auch nicht die Eltern zweyer Ehegatten.

Daher

Daher geht es gar wohl an, daß der Sohn die Tochter, und der Vater die Mutter heurathet: z. E.



Ja es kommt sogar im Iure Canonico vor, daß der Sohn a die Mutter b heurathet und der Vater c die Tochter d z. E.



Es geht auch an, daß zwey Brüder zwey Schwestern ehligen: z. E. mein Bruder hat eine Frau, nun bin ich Schwager von seiner Frau; aber seiner Frau Schwester darf ich heurathen.

§. 1212. Schwägerschaft entsteht ex coitu. Daraus folgt:

1) Bei der Affinitate giebts keine Grade. Denn Gradus bedeutet generationem, generatio non facit affinitatem. Daher findet auch keine Linea statt, denn Linea est series graduum. Doch analogice sind die Grade auch hier eingeführt worden. Daher die Regel: In eben dem Grad, in dem ich mit einem Blutsfreund verwandt bin, in eben dem Grad ist dessen persona concumbens mein affinis. Also secundum computationem canonicam im zweyten Grad mit meines Bruders Frau in linea collaterali verschwägert.

Verlobungen würken keine Schwägerschaft, doch ein Ehehindernis, dies heist: quasi-affinitas s. honestatis publicae impedimentum. Dies beruht blos in suspicione commixtionis inter desponsatas. Daher wenn der Verdacht durch einen Eid abgelehnt wird, so wird facillime dispensirt: z. E. Tullia hat sich mit meinem Vater verlobt, und da er sie nun nicht nimmt, so möchte ich sie haben ꝛc.

§. 1213. De prohibitione graduum. Wir müssen hier die Prohibitionem iuris divini von der prohibitione iuris humani unterscheiden. Von ersterer handelt der §. 1218. von letzterer ist h. l. die Rede.

1) In Iure humano distinguirt man die Blutsfreundschaft von der Schwägerschaft. Bei der Schwägerschaft hast Du die einzige Regel zu merken: So weit die Ehen in consanguinitate verboten sind, so weit sind sie auch in affinitate verboten. Bei der consanguinitate unterscheidet man lineam rectam von der linea collaterali.

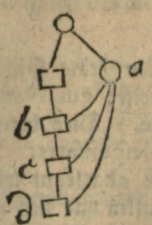
a) In linea recta hast du die Regel: omnes nuptiae in infinitum prohibentur.

b) In linea collaterali verbietet das römische Recht die Ehen bis zum zweyten Grad; das kanonische Recht verbietet die Ehen bis zum vierten Grad inclusive; das protestantische Recht aber bis zum dritten Grad in ungleicher Linie.

Das Ius protestantium ist ursprünglich ein sächsisches Recht; und weil man bei der Reformation überall die sächsischen Instituta nachahmte, so ist auch dies sächsische Recht in den meisten Landen recipirt worden. —

Wo Respectus parentelae eintritt, sind die Ehen schlechterdings verboten. Ausgenommen, daß die Kanonisten behaupten, weiter als zum vierten Grad wären die Ehen nicht verboten, wenn auch respectus parentelae eintreten sollte.

Respectus parentelae findet bei solchen Anverwandten statt, die so in linea collaterali verwandt sind, daß der eine immediate sub communi stipite steht, der andere aber entfernter ist: z. E.



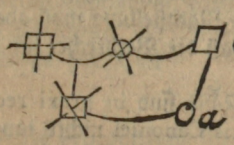
Weder b noch c noch d kann a heurathen, ob! respectum parentelae.

§. 1214.

§. 1214. Das Ius Canonicum statuirt 3. genera affinitatis. Dies sind Schwägerschaften, die daher entstehen, daß eine mit mir verschwägerte Person sich mit einer andern fleischlich vermischt.

Iure Canonico novo ist das secundum genus kein Ehehindernis mehr und also das tertium genus affinitatis viel weniger. Die Protestanten haben auch diese Genera nie observirt. Jedoch dies Principium gilt unter den Protestanten, daß Personen, die sich als Eltern und Kinder ansehen können, einander nicht heurathen dürfen. Dies statuirt auch der L. 15. D. h. t. Der Fälle sind da zwey:

1) Der Stieftochter Mann soll die Stiefmutter nicht ehlichen; z. E.



b Stiefmutter.

a Stieftochtermann.

2) Der Stiefvater soll des Stiefsohns Wittwe nicht ehlichen. Mehr Fälle stehen nicht im L. Aber die Praxis statuirt mehr ähnliche.

§. 1215. Ein anderes Impedimentum morale ist die cognatio civilis et spiritualis. Cognatio est l. vera l. ficta. Vera, quae per sanguinem facta est. Ficta, quae per legem fingitur. Ist dieser Lex ein Lex civilis, so heist die Verwandschaft: cognatio civilis s. legalis; ist er ein Lex ecclesiastica so heist sie: cognatio spiritualis. Cognatio civilis, entsteht aus der Annehmung an Kindesstatt; spiritualis ex baptismo, confirmatione et poenitentia. Diese haben die Protestanten nie angenommen. Cognatio civilis erstreckt sich übrigens sowohl auf die Personen in linea recta, als in linea collaterali.

Conferantur die Leges in der ersten Note. Adde: L. 22 et 14. h. t. Sie findet bei uns theils wegen des Iuris Romani, theils auch weil sie in Iure Canonico gegründet ist, noch statt. Doch kommt sie selten vor, wird aber leicht dispensirt.

§. 1216.

§. 1216. Es ist auch ein Impedimentum morale: wenn die Ehen dem gemeinen Besten schädlich seyn könnten. Sie heißen: Nuptiae noxiae. Dahin gehören:

1) Die Ehen zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin. Ratio: Weil sie leicht Gelegenheit geben könnten, dem unschuldigen Ehegatten nach dem Leben zu stehen. Das Ius Canonicum aber erlaubt sie, weil doch auch David eine Ehebrecherin geheurathet hätte. Die folgenden Päbste sahen aber ein, wie vernünftig das Ius Romanum sey, und daher wurden zwey Fälle verboten:
   a) Wenn Ehebrecher und Ehebrecherin sich mit einander versprochen und dann den Ehebruch begangen haben. Allein hart bringt man das heraus.
   b) Wenn sie dem unschuldigen Ehegatten nach dem Leben gestanden. Diese Nachstellung muß aber um deßwillen geschehen seyn, daß die Verbrecher sich einander heurathen wollen.

   Diese beiden Fälle sind in praxi recipirt, obgleich die Dispositio iuris Canonici nichts taugt.
2) Die Ehen inter raptorem et raptam. Auch dieses ist per Ius Canonicum geändert worden, weil es die Ehe erlaubt, wenn die Rapta wieder in völlige Freyheit hergestellt ist und ihre Einwilligung in die Heurath giebt. Ein merkwürdiges Beispiel haben wir hievon vom Graf Toddleben unter dem vorigen Könige von Preußen.
3) Die Ehen inter christianos et infideles.

§. 1217. Noch ist ein impedimentum matrimonii morale:

Vinculum connubii, wenn eine Person schon verehlicht ist, indem die Polygamie Iure hodierno verboten ist.

Polygamia — ist, wenn eine Person sich mit mehrern des andern Geschlechts verehlicht. Geschieht dies zu einer Zeit, so heist die Vielweiberey Polygamia simultanea; diese ist nach allen positiven Rechten verboten. Vid. Art. 121. CCC, er disponirt poenam capitalem; Geschieht es aber zu verschiedenen Zeiten, so heist sie: Polygamia successiva und diese ist secundum ius hodiernum erlaubt. Aber in soferne verboten, daß sie nicht intra tempus luctus geschehen darf. Die Weiber müssen ein Jahr warten, um turbationem sanguinis zu vermeiden.

Die

Die Strafen, die bei der succeſſiva polygamia ſtatt finden, werden poenae feſtinatarum nuptiarum genannt v. g. poenae infamiae L. 1 et 2. Cod. de ſecundis nuptiis. Nov. 22. Cap. 22.

Dieſe Strafen müſſen nicht confundirt werden mit den diſpoſitionibus in favorem liberorum prioris thori. Die poenae feſtinatarum nuptiarum ſind ſammt dem tempore luctus in iure canonico aufgehoben; allein dieſes iſt nicht zu extendiren auf die diſpoſitiones in favorem liberorum prioris thori.

Das Ius proteſtantium hat das tempus luctus iure particulari wieder eingeführt, welches bei einer Wittwe ein Jahr, und bei einem Wittwer ein halb Jahr ſtatuirt. Aber die poenae feſtinatarum nuptiarum gelten bei den Proteſtanten nichts, ſondern die Strafe dependirt von den iuribus particularibus, welche das tempus luctus wieder eingeführt haben.

§. 1218. De Prohibitione iuris divini. Die verbotenen Grade ſind im dritten Buch Moſis Cap. 18 und 20. befindlich, wo die Perſonen, die ſich nicht ehlichen ſollen, namentlich benannt ſind. Daher ein großer Streit zwiſchen den Juriſten und Theologen über die Frage: Ob das göttliche Verbot blos auf die benannten Fälle einzuſchrenken, oder auch auf andere ähnliche Fälle zu extendiren ſey, entweder wegen Gleichheit der Grade oder Gleichheit des Grundes? — Die Juriſten behaupten faſt durchgängig, daß nur die namentlich benannten Fälle für verboten zu achten wären, und zwar aus folgenden Gründen:

1) Ex paritate rationis — kann man das göttliche Verbot nicht extendiren, weil Gott die rationem legis nicht angeführt hat.

2) Die Grade ſind damals nebſt der computatione Graduum, da dieſes moſaiſche Recht obtinirte, noch gar nicht bekannt geweſen. Die computationes graduum ſind ein Inventum der Griechen und von den Römern verbeſſert angenommen worden. Es iſt alſo abſurd, nach neuen menſchlichen Erfindungen das alte göttliche Verbot zu interpretiren. Wir fügen hier noch folgende Gründe hinzu:

a) Moses hat die Absicht gehabt seinem Volke deutlich anzuzeigen, welche Ehen verboten sind, er muste also alle und jede einzeln anzeigen.

b) Der gemeine Mann versteht die gelehrte Kunst analogisch zu schließen nicht. Leges prohibitivae müssen also faßlich ausgedrückt seyn.

c) Wenn Moses hätte die Grade verbieten wollen, hätte er nicht im 20. Cap. die nämlichen Fälle Buchstäblich zu wiederholen Ursache gehabt.

d) Er hätte leicht hinzusetzen können: der ganze Grad bis da und dahin. Er hätte Regeln angeben können.

Uebrigens ist inter prohibitionem graduum iuris divini et humani ein gedoppelter Unterschied:

1) Verbotene Grade, die das menschliche Recht verbietet, können und werden jetzt gegen leibliche pretia ut plurimum gerne dispensirt; die Prohibitiones des iuris divini hingegen werden per dispensationem niemals aufgehoben, selbst im Preußischen nicht. Nur der Pabst behauptet, daß er solche verbotene Fälle dispensiren könne — natürlich! weil er Christi Stadthalter ist. Wir aber bleiben dabei:

Aufgehoben können die mosaischen Gesetze nie werden, denn die meisten Ehen, die Gott durch Mosen verboten hat, contrastiren mit salute publica. Conferatur Michälis Mosaisches Recht.

2) Ehen, die gegen die göttlichen Verbote geschlossen worden, werden wieder getrennt; die Ehen aber, die contra dispositiones legum humanarum geschlossen worden, werden nicht getrennt, sondern mediante dispensatione nur tolerirt, und die Personen (wenn sie keine Dispensation erhalten und eine solche Ehe geschlossen haben) nur bestraft.

Das matrimonium putativum qua tale gilt, und die Kinder sind wahre Kinder (legitimi). Von dem Augenblick an aber, in welchem sie sich als Bruder und Schwester erkennen, wird die Cohabitatio mit der Todesstrafe belegt.

Es ist streitig: Ob der göttlichen Intention gemäs sey, die contra prohibitionem legum divinarum eingegangene Ehe zu trennen, weil Gott auf einige Fälle blos poenam sterilitatis, nicht aber poenam nullitatis matrimonii gesetzt hat.

§. 1219.

§. 1219. Es gereicht zum Besten des Staats, wenn die Ehen nicht heimlich eingegangen werden. Denn geschieht es heimlich, so muß manches matrimonium initum wieder solvirt werden, welches aber Nachtheil und Prozeß veranlassen würde. Daher ist in den Gesetzen vorgeschrieben und verordnet:

1) Das Aufgebot —
2) Die Trauung.

Proclamatio (Aufgebot) ist Verkündigung vorhabender Ehen in öffentlicher Kirche und mit Bestimmung einer Frist, worinn die vorhandenen Ehehindernisse anzuzeigen einem jeden erlaubt seyn sollen. Die Requisita davon sind:

a) Daß sie in beiden Kirchen, wovon die Verlobten sind, geschehen muß, weil an beiden Orten impedimenta matrimonii vorhanden seyn können,
b) Es soll regulariter proclamatio trina seyn.
c) Die Proclamatio soll dem Matrimonio vorgehen. Doch ist das Aufgebot nichts wesentliches bei der Ehe und kann per dispensationem ganz oder zum Theil wegfallen. Den Verlobten wird aber in diesem Fall der Eid der Ledigkeit abgenommen, i. e. daß sie sich mit keinem andern in eheliche Verbindung eingelassen hätten.

Der Effectus proclamationis ist anders, wenn sie beobachtet, anders, wenn sie nicht beobachtet worden:

1) Wenn sie beobachtet worden, so hat sie die Kraft einer Edictal-Citation und involvirt die poenam praeclusi; ita ut termino elapso alterius ius contradicendi excludatur. Dies ist so zu verstehen: diejenigen impedimenta, welche die Iura privatorum betreffen, können nicht weiter urgirt werden; aber diejenigen impedimenta, welche das Interesse publicum betreffen, werden allerdings noch urgirt: z. E. Lisette entspringt aus dem Kloster und läßt sich, an einem dritten Ort unter erdichteten Namen mit ihrem Bruder aufbieten und trauen.
2) Wenn sie nicht beobachtet worden, findet Strafe auf Seiten beider Contrahenten statt. Die poena ist nach dem Iure communi arbitraria — auf Seiten der Priester nach dem kanonischen Recht die poena suspensionis. Aber die Ehe ist keineswegs schlechterdings null ob omissam proclamationem, sondern es kommt darauf an, ob sich in der

Folge ein Contradictor meldet, oder nicht. Im letztern Fall besteht die Ehe, im erstern Fall kommt es darauf an, ob sein Einspruch gegründet ist oder nicht.

§. 1220. Was das Ius Romanum betrift, so war in den ältesten Zeiten die Confarreatio üblich, und war ein ritus nuptias ineundi solennibus verbis adhibitis testibus et solenni sacrificio peragendus. Die Copulirten konnten anders nicht, als auctoritate pontificum die Ehe wieder aufheben und trennen. Nihil enim est tam naturale quam unumquodque eodem modo dissolvi, quo colligatum est. Sub imperatoribus waren die pacta dotalia gewöhnlich. Bei den ersten Christen war gewöhnlich professio apud defensorem ecclesiae, i. e. daß sie sich beim Bischoff meldeten und mit dessen Wissen und Rath die Ehe eingiengen. Bei geringern Personen war die coemtio in usu. Dies war bei den Römern ein ritus praecipuus, quo uxores certo pretio emere solebant. Die Coemtio war aber bei den Römern blos eine emtio venditio immaginaria; und da diese abgekommen war, so blieb doch der Ritus noch in usu. Per usum, i. e. per consuetudinem vitae konnten die matrimonia contrahirt werden, wenn die Frau sich ein ganzes Jahr lang beim Manne aufgehalten hatte und nicht drey Nächte von ihm entfernt oder abwesend war.

§. 1221. De iure hodierno.

Iure hodierno hat man außer der Proclamation auch die priesterliche Trauung.

Benedictio sacerdotalis (priesterliche Trauung) est actus, quo interveniente promissione coniugii precibus praeviis matrimonium a parocho confirmatur.

Apud protestantes ist die Benedictio sacerdotalis ein wesentliches Stück der Ehe, denn consensus matrimonialis non intelligitur legitime declaratus nisi hoc fiat in actu benedictionis sacerdotalis.

Per leges scriptas ist die benedictio sacerdotalis nicht eingeführt; aber allgemeine Observanz, wenigstens in Deutschland. In Holland gehen die Verlobten blos aufs Rathhaus und schreiben sich da als künftige Eheleute ins Buch ein.

Selbst die Katholiken rechnen die Trauung gar nicht zum Wesen eines matrimonii rati. Qu. Wer hat die Trauung

ung zu verrichten? — In regula, parochus sponsae. Allein das Concilium Tridentinum ist kein Kirchengesetz für die Protestanten, sondern blos für die Katholiken. Die Protestanten haben blos die Observanz davon ex regula decori angenommen: quia sponsus sequi debet sponsam. Doch giebt es Ausnahmen:

1) Wenn der parochus competens seine Einwilligung giebt, daß die Trauung anderswo geschehen kann.
2) Wenn einer Dispensation bekommt.

Qu. Ob der Parochus competens seine Gebühren verlangen kann? Rsp. Allerdings, denn die Dispensation versteht sich salvo iure tertii. Außerdem ist es strafbar sich coram alio parocho trauen zu lassen; doch die poena nullitatis findet nicht statt.

§. 1222. Zur Vollziehung der Ehe gehört nach vielen deutschen Gesetzen die Consensio thalami (Beilager, Bettsprung). Sie besteht darinn, daß beide Verehlichte unter einer Decke gelegen haben. Die fleischliche Vermischung ist nicht erforderlich. Es dependiren aber von dieser consensione thalami alle effectus civiles matrimonii; folglich wenn selbige nicht geschehen, so ist die Verehlichte nicht als Frau oder Wittwe, sondern noch als Sponsa zu betrachten. Folglich hat sie nicht dignitatem mariti, nicht portionem statutariam; ferner findet auch nicht dotalitium statt und die pacta dotalia haben noch keine Wirkung:

§. 1223. De effectibus matrimonii. Diese sind Iura et obligationes. Erstere sind einzutheilen:

I. In iura naturalia, die aus dem Zweck und Wesen der Ehen fließen. Finis matrimonii ist: Procreatio sobolis. Daraus folgt:
   1) Recht und Verbindlichkeit zum Beischlaf,
   2) zur ehlichen Treue und
   3) zum gesellschaftlichen Umgang
II. In civilia — die in LL. positivis ihren Grund haben.

§. 1224. Iura civilia sunt l. communia l. propria. Iura communia sind diejenigen, welche beiden Ehegatten zu stehen: z. E.

1) Das Recht der Erbfolge,
2) Die Communio bonorum an den Orten, wo sie üblich ist: wie z. E. in unsern Landen und im Wirtembergischen. Sie variirt ungemein nach Partikular-Gesetzen und Statuten.

Conferatur Giddemeister de communione bonorum. Goettingae 1775.

Iura propria — die nur einem von beiden Ehegatten zustehen. Folglich haben andere Rechte auf Seiten des Mannes, andere auf Seiten der Frau statt.

A. Auf Seiten des Mannes:

1) Maritalis potestas. Dies war in den alten Zeiten so viel wie patria potestas. Doch ist es zweifelhaft, ob der Mann je ein Ius vitae et necis über die Frau gehabt habe. Iure novo est: facultas dirigendi uxorem in commodum societatis matrimonialis. Diese Potestas steht dem Manne zu:
   a) weil er das Haupt ist,
   b) wegen Vorzug seines Geschlechts.
2) Das Recht die Frau mäßig zu züchtigen; in der Nov. IV. C. 14. steht: fustibus atque flagellis.
3) Das Recht gewisse Operas von der Frau zu fordern, und zwar:
   a) Operas oeconomicas — was im Haus zu thun ist,
   b) Operas obsequiales, quae ex reverentia fluunt.
   Obs. Artificiales aber kann er nicht prätendiren. Was sie sich per operas artificiales erwirbt, erwirbt sie sich, es sey denn, daß sie darüber die operas oeconomicas versäumte. Daher das Rechts-Principium: Omnia in dubio praesumuntur esse mariti. Dies ist wichtig im Concurs. Die Römer statuirten dies Principium, damit die Frau keinen schändlichen Gewinn treiben möchte.
4) Nach sächsischen Recht ist der Mann Usufructuarius von allem Vermögen der Frau; nach dem Iure Communi aber von den paraphernalibus nicht.

B. Auf Seiten der Frau:

1) Erhält sie dignitates mariti und behält sie auch als Wittwe, so lange sie ihren Wittwenstuhl nicht verändert.
2) Forum mariti. Dies Forum bekommt die Frau sogleich mit der Heyrath und wenn sie auch die Wohnung des Mannes nicht betreten hätte.
3) Sacra mariti, wenn sie nämlich von eben derselben Religion ist. Zu eben dem Kirchspiel, wozu der Mann gehört, gehört auch die Frau.
4) Domicilium mariti und die daraus entstehenden Iura.

§. 1225

§. 1225. Obligationes die nur einem Theil von beiden Ehegatten zustehen, sind wieder:

A. Auf Seiten des Mannes:

1) Daß er die Frau zu alimentiren schuldig. Hieher gehören auch die Kurkosten. Es wollen zwar einige den L. 22. §. 9. soluto matrimonio anführen, worinn es heist: er solle sie alimentiren secundum dotis quantitatem. Diesen L. wollen einige so interpretiren, als wenn der Mann der Frau gar nichts geben dürfe, wenn sie ihm keinen dotem zugebracht hätte. Allein der L. will nur sagen: daß eine Frau, die einen großen Dotem zubringt, besser alimentirt werden müße. Der Mann ist schuldig sie zu alimentiren, wenn sie auch ihren dotem dilapidirt, oder ihn den Mann ad tempus verlassen hätte. Doch wenn sie den Mann dolose deserirt hätte und nicht wieder zu ihm wollte, wenn er sie annehmen will, ist er dies nicht schuldig. So auch, wenn die Frau kein Vermögen hat und will mit dem Manne processiren, so ist er nicht verbunden ihr die Kosten zu geben.

Conferantur Wolle quaestiones ex vario Iure. Die 2 Obs. Lipsi. 1780.

2) Daß er die Frau sowohl in Absicht auf ihre Person, als ihr Vermögen vertheidige.

3) Daß er sie beerdigen lasse, wenn sie nichts hat. Hat sie, so heists: quilibet est sepeliendus de propriis.

B. Auf Seiten der Frau. Dahin gehört:

1) daß sie ihren Willen dem Willen des Mannes unterwerfen muß. In dubio mariti voluntas est potior.

2) Daß sie dem Manne folgen muß, wenn er sein Domicilium verändert; Ratio: denn er soll sie veralimentiren. Hellfeld setzt hinzu: wenn auch an der Veränderung des Domicilii eine Relegation Schuld seyn sollte. Beweis:

a) Cap. 2. X. de divortiis.

b) Novell. 22. Cap. 15. ob deportationem et interdictionem aquae et ignis non solvitur matrimonium.

Qu. Ob denn so eine Frau in allen Fällen dem Manne zu folgen verbunden sey, wenn er sein Domicilium verändert?

Rsp. Wir dürfen in divortiis weder ganz nach dem Iure Romano, noch ganz nach dem Iure Canonico gehen. Wir distinguiren daher so: die Frau hat sich entweder pacto bedungen,

dungen, daß sie dem Manne zu folgen nicht verbunden seyn will, oder dies ist nicht. Im erstern Fall befreyt das pactum die Frau von der Verbindlichkeit zu folgen; im letztern Fall distinguiren die Rechtslehrer, ob der Mann sein Domicilium ob relegationem oder ex alia causa verändere. Hier — muß die Frau folgen; dort — ist die Relegatio entweder mit der Infamie verbunden, da folgt sie nicht; oder nicht — so kommt es darauf an, ob er sie ernähren kann — da folgt sie; oder nicht — da braucht sie nicht zu folgen.

§. 1226. Accessoria matrimoniorum. Dahin gehören:

1) Arrha (Malschatz) eine Schenkung, welche zum Zeichen, daß ein Verlöbniß zur Richtigkeit gekommen ist, gemacht wird.

2) Sponsalitia largitas — solche Geschenke, welche Verlobte einander machen, um einander ihre Liebe zu beweisen. Beide kommen darinn überein, daß sie donationes sub conditione futurarum nuptiarum sind. Daher können sie zurückgefordert werden — ob repudium.

Der unschuldige Theil kann vor dem Consistorio Ersatz praetendiren, wenn die Geschenke nicht mehr da sind. In vielen Ländern wird der Malschatz von dem Consistorio eingezogen.

§. 1227. *Morgengaba* denotat

1) ea, quae viduae ex mariti mortui bonis alicui debentur. Diese Bedeutung gehört ins Ius Germanicum.

2) — donationem, quae uxori postridie nuptiarum eum in finem fieri solent, ut possessionem thalami apprehensam esse significetur. Diese Bedeutung gehört hieher. Sie hat also lediglich die Absicht um zu zeigen, daß die conscensio thalami geschehen und folglich die Frau alle effectus matrimonii habe.

Sie ist einzutheilen:

1) *in legalem* — die in LL. bestimmt ist: z. E. In der Mark bekommt die Frau für jedes zugebrachte 1000 Rthl. 10 Dukaten.

2) in conventionalem — welche expresse versprochen worden.

§. 1228.

§. 1228. Dona nuptialia (Hochzeitgeschenke) sind solche, welche den Neuverehligten in Rücksicht auf ihre Ehe gemacht werden. Dist.

1) Der Schenker hat entweder bestimmt, wem er ein solches Geschenk zugedacht habe — so gehört es dem Theil.
2) Oder er hat nichts bestimmt, so gehörts beiden Theilen; mithin kann die Frau beim Concurs oder sonst, wenn sie ihre illata repetirt die Hälfte praetendiren. Doch findet man iura particularia die ein anders bestimmen. An vielen Orten gehören die Hochzeitgeschenke dem, der den Schmaus ausgerichtet hat.

Schlußanmerkung: In den alten Zeiten wußte man nur von ordentlichen Ehen, aus welcher die bisher vorgetragenen Effecte entsprangen. In der Folge wurde das Wort: Ehe, weitläuftiger gemacht und man sprach auch von einer Ehe zur linken Hand, worinn die Kinder blos der Mutter Namen und Vermögen bekommen sollten. Die Lateiner nennten diese Ehe ein matrimonium morganaticum, Das Wort: morganaticum, kommt her von: na der morgan, i. e. nach der Mutter gehen. Andere Arten von Ehen nicht zu gedenken.

LIB. XXIII. TIT. III.

De iure dotium.

§. 1229. Dos (Brautschatz, Ehesteuer, Mitgift) est quaelibet res, quae marito ad sustinenda onera matrimonii data est. Er besteht also in Sachen, welche dem Manne zur Bestreitung der Ehelasten gegeben worden, und ist verschieden von der Ausstatrung, welche alles Geräthe, was die Frau zu dem Mann mitbringt, bedeutet. Z. E. Vestes, ornamenta, die Meubles etc. Die Ausstattung ist eine species vom Dote; denn es kann keine Frau für völlig dotirt geachtet werden, wenn sie keine Ausstattung mitbringt. Die Ausstattung besteht schlechterdings in Mobilibus; der Dos kann aber auch Geld seyn.

§. 1230. Dos kann in mobilibus et immobilibus bestehen; item: in universitate rerum: z. E. in taberna; grege etc. — ferner in rebus corporalibus et incorporalibus; endlich et omnia et quaedam bona dari possunt in dotem. — Dos est

1) l. aestumata — si pretium rei adjicitur,
2) l. inaestumata — ubi pretium rei non adjectum est.

Aestumatio fit aut eum in finem, ut pro pretio aestumato res marito sit vendita — h. c. dicitur: Dos aestumata venditionis causa; aut non; sed eum in finem, ut culpa mariti re dotali deteriorata l. plane peremta de eius aestumatione constet — h. c. dicitur: Dos aestumata taxationis causa.

Im erstern Fall ist der Dos anzusehen, als wenn er dem Mann verkauft wäre, mithin darf ihn der Mann nicht in natura restituiren, wenn er nicht will; aber im letztern muß er ihn in natura restituiren. In Sachsen, wo der Mann heres mobiliaris ist, können sich die Schwiegereltern viel schaden, wenn sie Grundstücke als einen dotem aestumatam venditionis causa mitgeben.

§. 1231. Dos datur aut a patre, h, c. dicitur: dos profectitia; aut non a patre — dos adventitia.

1) Der dos profectitia ist necessaria; hingegen der dos adventitia voluntaria.
2) Dos profectitia repeti potest, adventitia non potest repeti.
3) Wegen des dotis profectitiae muß der Ehemann Gewähr leisten, wegen des adventitiae nicht. —

Nach dem Iure Romano ist der Vater schuldig seiner Tochter einen Dotem zu geben,

1) weil er ihr conditionem nubendi verschaffen muß;
2) weil die Töchter iure antiquiore von der Erbschaft ausgeschlossen waren.

Hellfeld will behaupten, diese Schuldigkeit fiele weg, weil die rationes wegfielen. Allein viele angesehene Rechtslehrer dissentiren; denn es ist doch gewiß, daß der Dos die conditionem nubendi auch bei uns noch befördern kann. Hellfeld statuirt selbst 2 Ausnahmen. Der Vater ist die Tochter zu dotiren schuldig:

1) wenn

1) wenn er Güter besitzt, in welche Töchter nicht succediren können: z. E. bona feudalia etc.
2) Wenn der überlebende Gatte die Nutzung von den gemeinschaftlichen Gütern behält.

Es ist übrigens unbezweifelt, daß der Vater eine reiche Tochter nicht zu dotiren verbunden,
a) weil sie keine Alimenta nöthig hat;
b) weil der Grund wegfällt, daß dadurch die conditio nubendi befördert werde.

Conf. Knorr Diss. de dote filiae locupletis. Halae 1756. edit. novissima.

§. 1232. Mitgift wird zu Bestreitung des Ehestandes gegeben. Folglich hat der Mann die Nutzung des Dotis; er hat sowohl die fructus civiles, als naturales stante matrimonio perceptos zu genießen. Jedoch ausgenommen sind:
1) die fructus extraordinarii,
2) und was nicht zu den Früchten gerechnet werden kann: z. E. alluvium, thesaurus in fundo dotali repertus, partus ancillae etc. Alle diese Stücke acquirirt er quoad substantiam nicht. *Quoad substantiam*, i. e. constante matrimonio haec lucra quoque habet maritus, sed matrimonio soluto cum ipsa re dotali restituenda sunt.

§. 1233. Die Mitgift wird gegeben zur Bestreitung des Ehestandes; soluto igitur matrimonio dos est restituenda. Des Mannes Recht auf den Dotem ist also nur ein ius temporarium et revocabile. Er muß also den Dotem mit möglichstem Fleis zu erhalten und aufzubewahren bedacht seyn. Qu. Welchen gradum culpae aber muß er praestiren? Hellfeld sagt: culpam levem in concreto sey er zu praestiren schuldig; mithin ist er ad mediam diligentiam verbunden; Ratio: quia in administranda dote suam potius, quam uxoris causam agit.

§. 1234. Das Recht des Ehemannes auf die Mitgift ist ein zeitiges und widerrufliches Recht; doch aber wird ihm ein dominium in LL. beigelegt. Das kommt her von der conventione in manu mariti.

Doch zweifeln einige, ob der Mann ein wahres Eigenthum habe, weil die Frau doch selbiges soluto matrimonio repetiren könne. Die meisten D. distinguiren daher inter domi-

dominium naturale — welches so viel ist, als das ius in actu primo, sed quiescens, so lange nämlich der Ehestand dauert; et civile — welches in dem exercitio iuris dominii besteht; mithin so viel als, was die Philosophen, ius in actu secundo nennen.

§. 1235. Der Mann hat also das dominium civile über den Dotem. Daraus folgt:

1) daß er ihn vindiciren,
2) nomina beitreiben kann. Und dies kann er, sine *cessione*. Seine legitimationem ad causam kann er lediglich durch die illationem in dotem beweisen: z. E. ex instrumentis dotalibus. — Ja der Mann kann diese nomina auch invita uxore beitreiben.
3) Daß der Mann die Rechte der Frau sowohl agendo als excipiendo vertheidigen kann.
4) Daß er verbunden ist, Abgaben und Beschwerden von der re dotali zu tragen. Qui enim commoda rei habet et incommoda sentiat.

§. 1236. Das dominium civile war in iure antiquiori ein dominium liberum, nachher aber wurde es per L. Iuliam de adulteriis *restrictum*: ne maritus fundum dotalem Italicum (i. e. der in fundo Italico liegt) invita uxore alienaret; Ratio: §. 12. I. de usucapionibus. Aus diesem Grund konnte die Frau den fundum dotalem immer wieder repetiren.

Diesen Legem hat Iustinian auf alle res immobiles extendirt. Ferner dahin, daß res immobiles nec consentiente, nec invita uxore veräusert werden dürfen. Ratio: weil der Mann aut minis, aut blanditiis es dahin bringen könnte, daß die Frau wohl einwilligen müste.

Hier müssen wir distinguiren: inter res dotales mobiles et immobiles. Was

1) die Mobiles anlangt, so sind sie
   a) entweder fungibiles — darüber hat der Mann das volle und uneingeschränkte Eigenthum. Ratio: weil er die Sache nur in eodem genere zu restituiren verbunden ist.
   b) Oder non fungibiles — Diese dürfe er (sagen die Rechtslehrer) nur consensu uxoris veräusern; würden sie aber invita uxore veräusert, so könnte sie die Frau

soluto matrimonio vindiciren. Allein der L. 30. C. h. t. redet nicht von diesem Fall, wenn sie der Mann veräusert, sondern, wenn sie noch da sind. Also gegen diese Meynung ist 1) der L. 3. C. h. t. 2) daß des Iustinians Gesetze lediglich de immobilibus reden; wir müssen folglich behaupten, daß bei mobilibus das Ius antiquum geblieben sey.

2) Was die res dotales immobiles betrift, so kann der Mann sie weder veräusern, noch verpfänden, es wäre denn, daß es dos aestumata venditionis causa wäre. Denn ein solcher Dos ist als res mobilis, als baares Geld anzusehen, mithin ꝛc.

§. 1237. Dos constituitur aut inter vivos, aut per ultimam voluntatem. Hier finden auch die Actiones statt, die bei Testamenten statt finden: z. E. actio personalis ex testamento, actio hypothecaria etc. Dort aber geschieht die constitutio dotis

1) l. datione de praesenti — so bekommt er sogleich das Dominium;

2) l. promissione de futuro — so bekommt der Maritus nur ein Ius personale, die dationem dotis zu verlangen. Die condictio ex L. findet nur statt, wenn kein Dos versprochen worden.

§. 1238. Dos est l. profectitia l. adventitia. Beim dote profectitia ist auch ein unbestimmtes Versprechen verbindlich; beim dote adventitia aber nicht. Unter einem unbestimmten Versprechen verstehen wir ein solches, in welchem nicht bestimmt worden: quid, quale, quantum. Hier muß der Iudex arbitriren mit Rücksicht auf die Würde des Mariti und das Vermögen des Promissoris.

Conferatur Leyser spec. 303. med. 13. Hier ist ein artiges Exempel zu finden, wo der Schwiegervater nur versprach: es würde noch ein mehreres nachfolgen. Er wurde gezwungen es wirklich nachfolgen zu lassen. Conf. L. 1. C. de dotis promissione.

§. 1239. Der Ehemann ist Dominus vom Dote; dotis datio ergo est translatio dominii; ergo alienatio; ergo in dubio dos non praesumitur. Die Güter der Frau also sind

in

in dubio paraphernalia. Doch ist der Satz controvers. Meister in not. all. hat das Gegentheil behauptet. Wir bleiben bei der Meynung unseres Hellfelds aus zwey Gründen:

1) weil alienationes nicht praesumirt werden;
2) weil der Dos zur Bestreitung der Ehestandslasten gegeben wird. Dieser Umstand beruht in facto. Facta vero non praesumuntur. Conf. Coccei Ius controvers. h. t. (2

Excipe tamen:

1) Wenn die Güter dem Manne von der Frau gleich Anfangs zugebracht worden, nach der Regel: praesumitur id, quod plurimum fit.
2) Wenn die Güter in der ersten Ehe als bona dotalia zum Manne gebracht worden, und deren Illation auch in der zweyten Ehe bewiesen werden kann, so sind sie auch als bona dotalia zu praesumiren. Doch beides sind nicht so wohl praesumtiones, als vielmehr tacitae constitutiones — wie Elsaesser mit Grund erinnert. Hellfeld hat mehrmals diese Dist. negligirt.

Wir haben eine Regel: Dos prioris matrimonii renovata censetur in secundo matrimonio. Diese Regel ist unrichtig und zwar ex L. 30. D. h. t. Soll sie richtig seyn, so muß sie so bestimmt werden:

1) daß die Frau beweist: daß sie dem Manne einen Dotem inferirt habe. Muß sie
2) beweisen: daß die illatio in qualitate dotis geschehen.
3) — — daß sie eben dieselben Sachen auch dem zweyten Manne zugebracht habe.

3) Dos cauta interdum habetur numerata. *Cauta dos* s. cautio dotis ist eine Quittung, welche der Eidam seinem Schwiegervater über den empfangenen Dotem ausgestellt zu einer Zeit, wo er ihn noch nicht empfangen hat.

Aus der cautione dotis entsteht contractus litteralis, wenn die Quittung das gesetzliche Alter erlangt hat. Dist. Die Ehe wird entweder intra decennium, oder erst post decennium getrennt. Post decennium; da hat die Quittung die Natur des Contracts, folglich findet die exceptio non numeratae dotis nicht mehr statt und der Dos muß restituirt wer-

werden. Intra decennium; hier sind zwey Fälle zu merken. Die Ehe wird getrennt:

1) l. intra biennium — da findet die exceptio non numeratae dotis noch ein Jahr statt, nachher aber nicht mehr.
2) l. post biennium — da findet die Exceptio noch drey Monate statt, nachher hat die Quittung wieder naturam contractus.

§. 1240. So weit vom Dote. —

Bona paraphernalia sind alle güter, welche eine Frau auser dem Dote zum Manne bringt. In Ansehung dieser bonorum distinguirt Hellfeld zwischen dem Iure Romano et Germanico.

1) Nach dem Iure Romano hat der Maritus von den Paraphernal-Gütern nicht einmal die Nutzung, geschweige denn ein Eigenthum; es wäre denn, daß die Frau ihm die Nutznehmung und Administration erlaubt hätte. Hier aber kann sie ex L. 9. §. 3. h. t. et L. 17. C. de donat. inter virum et uxorem et L. 95. ad L. Falcidiam etc. Rechnung von ihm fordern. Der Lex 8. C. de pactis conventis scheint entgegen zu stehen. Allein Struben in rechtlichen Bedenken Part. 4. Nr. 6. hat diesen Legem treflich erklärt und gezeigt, daß er nicht entgegen stehe.
2) Nach den mehresten deutschen Rechten hat der Mann den Usumfructum von den Paraphernalibus. Dies — sagt Hellfeld — sey ein Ueberbleibsel von der alten communione bonorum der Deutschen. Allein es ist dies eigentlich nur ein sächsisches Recht, daß auser Sachsen in der Regel nicht gilt. Conf. Wernher part. 5. observ. 136. — Auser Sachsen geht man nach dem Iure Romano, wo nicht eine andere Gewohnheit oder ein Gesetz erwiesen werden kann.

§. 1241. Bona receptitia — so viel als Spindelgelder, Nadelgelder, auch Spillgelder von Spille, i. e. weiblich, also weibliche Gelder — sunt bona, quorum proprietatem, usumfructum et administrationem uxor sibi reservavit. Sie sind nicht Iuris Romani, sondern Germanici und eingeführt worden, an den Orten, wo der Mann den Usumfructum von allen Gütern der Frau hat — zu dem Ende,

Ende, damit doch die Frau auch noch was für sich haben möchte. Diese bona receptitia muß sich die Frau gleich Anfangs vorbehalten; denn so bald die Ehe geschlossen, hat der Mann ein ius quaesitum auf ihre Güter, die sie ihm nicht nehmen kann.

§. 1242. De donatione propter nuptias. Donatio propter nuptias (Wiederlage oder Gegenvermächtnis.) Der Begriff ist ungemein controvers. Conf. Rave de vera indole donationis propter nuptias.

Rave hat alles über die Materie gesagt, was zu sagen ist. Conf. v. Pufendorf in Iure univers. Libr. II. Observ. 39.

Man ist nicht einig über den Endzweck der donationis propter nuptias. Einige sagen: es sey selbiger die Sicherheit des Dotis. Dies kann aber nicht seyn; Ratio: weil die donatio propter nuptias gleiche Rechte hat mit dem Dote. Mithin hat die Frau von der donatione propter nuptias das Dominium. Ist blos die Sicherheit der Endzweck, so sieht man nicht ein, warum man sie eine Schenkung nennen will? —

Andere behaupten mit Hellfeld, daß die Frau Sicherheit wegen der Alimenten durante matrimonio bekomme. Allein es läßt sich wieder die Natur der Donation hiebey nicht gedenken.

Daher besser Hr. v. Pufendorf so definirt: Donatio propter nuptias besteht in Sachen, welche der Eheman oder eine andere Person in dessen Namen der Frau zu dem Ende aussetzt, daß sie während der Ehe im Nothfall sich und die Ihrigen davon unterhalten, nach getrennter Ehe aber in gewissen Fällen selbige lucriren soll.

Nun zum Spho:

1) die donatio propter nuptias giebt der Frau eben das Recht, das der Mann auf den Dotem hat. Beweis:
   a) Iustinian nennt sie selbst einen dotem, also muß sie die Natur des Dotis haben. Conf. L. final. Cod. de donatione ante nuptias.
   b) Die donatio propter nuptias wird antipherna genennt, das heist aber dos contraria; ergo.
2) So lang, als der Mann die onera matrimonii bestreitet, hat die Frau ein ruhendes Recht auf die donationem propter nuptias

nuptias, i. e. ein Recht, das sie nicht exerciren kann. Also während dieser Zeit, hat auch der Mann die Administration und den Usumfructum von der donatione propter nuptias.

3) So bald aber der Nothfall eintritt, so kann die Frau sich, ihre Kinder und selbst den Maritum von diesen Gütern alimentiren.

4 bis 6) sagt Hellfeld, wenn die Ehe getrennt ist und Kinder da sind, so bleibt der Ususfructus von der Donatione propter nuptias bei der Frau; wenn keine da sind, so muß sie restituirt werden, es sey denn, daß es pacto anders ausgemacht worden.

Wir distinguiren aber hier so: hat die Frau nach getrennter Ehe Kinder vom Manne, so lucrirt sie ipso iure die Donationem propter nuptias; denn dies ist eben der Grund, warum sie eine species donationis genennt wird. Hat sie aber keine Kinder von ihm; so lucrirt sie die Donationem propter nuptias nicht, es sey denn, daß es pacto expresso ausbedungen worden, daß sie solche dennoch lucriren soll.

Mithin ist nach Nr. 8 et 9. die Donatio propter nuptias an Recht, an Quanto und in Ansehung der Verträge dem Doti vollkommen gleich.

§. 1243. Dotalitium wird von den Ictis oft mit dem Vidualitio verwechselt. Vidualitium ist aber in specie eine gewisse Revenue, welche die Frau nach dem Tode ihres Mannes zieht, um sich davon zu ernähren. Es wird also in casum viduitatis, i. e. auf den Fall bestimmt, wenn die Frau Wittwe bleibt. Vidualitium kann eine Wittwe erhalten, wenn sie auch keinen dotem inferirt hat; dotalitium aber setzt dotem illatam voraus, daher kann es nicht durch Wittum, Leibzucht oder Leibgeding übersetzt werden.

Das Dotalitium hat in den alten Zeiten nicht blos in Einkünften bestanden, sondern es konnte in einem ganzen praedio, auch in reditibus praedii und auch in quadam pecuniae summa bestehen. Das Quantum war nicht per leges bestimmt, wohl aber die Verbindlichkeit des Mannes. Das Quantum dependirte öfters vom arbitrio iudicis.

Nach dem Iure Romano wurden die Töchter sowohl inter nobiles als privatos dotirt, und der Mann muste eine donationem propter nuptias festsetzen. Daher sta-

tuirten die ICti, daß das Dotalitium in gedoppelten Zinnsen vom Dote und der Donatione propter nuptias bestehe — oder daß das Dotalitium in vierfachen Zinnsen vom Dote (welches einerley ist) bestehe. Daraus wurde gefolgert: Wittwen, die ein Dotalitium praetendiren, müssen

1) dotis illationem beweisen.

2) Muß ihnen nach Beschaffenheit des Dotis ein Dotalitium bestimmt werden. Daher das Sprüchwort in Sachsen: Reiche Weiber machen arme Kinder.

Diese Lehre obtinirt aber eigentlich nur in Sachsen und ist durch kein Gesetz eingeführt, sondern blos durch die Rechtslehrer.

Conferatur v. Selchow in Iure German. §. 450. seq. Da ist alles umständlich auseinander gesetzt.

Anmerkung: Bei Allodial-Dotibus kommt hodie alles auf Verträge an.

LIB. XXIII. TIT. IV.

De Pactis dotalibus.

§. 1244. Pacta dotalia (Eheverträge, nicht ganz adaequat, denn auch sponsus und sponsa können solche Verträge errichten.) sunt pacta legitima de dote, donat. propter nuptias aliisque a coniugibus sibi invicem praestandis inita. In den pactis dotalibus können also auch die Alimenta, die Spillgelder, das domicilium und impensae in rem dotalem faciendae bestimmt, auch wie es mit der Succession, Erziehung und Religion der Kinder gehalten werden soll, ausgemacht werden.

§. 1245. Pacta dotalitia sunt pacta legitima; sie können also solo consensu eingegangen werden; ein schriftlicher Aufsatz ist also nicht wesentlich erforderlich; folglich, wenn ein Fehler im Aufsatz sich eingeschlichen, so schadet dies den Pactis nicht. Jedoch in Statuten und Landesgesetzen ist bisweilen das Gegentheil verordnet: z. E. im Hamburgis. und Preußischen ist ein schriftlicher Aufsatz schlechterdings erforderlich. Ferner im Braunschweigischen, Magdeburgischen und

und Wirtembergischen ist auch eine gerichtliche Confirmation erforderlich.

Nach dem Iure Communi haben pacta dotalia folgende Requisita:

1) daß sie nicht contra leges eingegangen werden dürfen: z. E. Die pacta successoria waren nach dem Iure Romano verboten; daß die Frau nicht soll klagen können propter res amotas etc.

2) Daß sie nicht contra essentiam matrimonii s. dotis eingegangen werden dürfen: z. E. daß der Mann keinen Nutzen vom Dote haben soll.

3) Daß sie causam dotis nicht deterioriren dürfen. Z. E. Das Pactum, daß der Mann den Dotem gar nicht, oder doch in minori quantitate restituiren soll. — Oder das Pactum, ut ne maritus culpam praestet. Conf. L. 6. D. h. t.

4) Daß dergleichen Pacta einem Tertio nicht zum Praeiudiz gereichen dürfen: z. E. den Kindern ꝛc.

§. 1246. Die römischen und deutschen Grundsätze contrastiren sehr in dieser Lehre. Es ist bekannt, daß bei den Römern keine pacta successoria eingegangen werden durften. Die Deutschen waren von jeher Liebhaber davon. Nun kamen diejenigen deutschen Jünglinge, so auf italienischen Universitäten studiert hatten, in ihr Vaterland zurück und decidirten nach dem römischen Recht: pacta successoria non valent. Da gabs Controversen. Nun wollte man der Confusion dadurch vorbeugen, daß man die beiden Systeme mit einander zu vereinigen suchte. Man theilte daher das pactum dotale ein

1) in *simplex* — wo man nicht abgehen kann, und
2) in *mixtum* — wo man auch einseitig, wie bei Testamenten, wieder abspringen kann.

Allein damit ist nichts gesagt, blos die Worte sind verändert, die Sache bleibt. Pactum mixtum ist ja kein Pactum mehr.

Nachher galten auch blos die pacta simplicia bei den Deutschen, bis die Icti sich wieder um das pactum mixtum zankten und das Abgehen von einer Seite aufs neue erlaubten. Aber dies war der Weg zu tausend Schwierigkeiten und Controversen. Die Ehefrau sagte immer: das Pactum ist

simplex, die Erben: es ist mixtum. Nun setzte man falsche Interpretations-Regeln fest. Wo man 5 Zeugen antrift, sollte mixtum seyn; wo weniger waren, simplex. Wer hinderte mich aber beim pacto simplici 5 Zeugen zu nehmen? Es kann also die Zahl der Zeugen keinen characterem distinctivum abgeben. — Nun trat in der Folge eine bessere Interpretation an die Stelle, nämlich der Grundsatz: In dubio praesumuntur pacta simplicia. Dies ist den deutschen Rechten gemäs. Nun kann ich sagen, wenn Du von Deiner Disposition intutiu dotis einseitig abspringen willst, so mußt Du 5 Zeugen nehmen, nämlich ad formam testamentorum. Nur sollte man sich des Ausdrucks: pactum mixtum — ganz enthalten, weil er wider alle Begriffe der Verträge ist. Inzwischen werden sie in praxi noch hodie statuirt und hie und da sind sie auch per leges statutarias eingeführt.

§. 1247. Die pacta simplicia et mixta differiren auf vierfache Art:

1) Simplicia können nur mutuo dissensu aufgehoben, mixta aber auch einseitig wiederrufen werden. Ja man behauptet, sie würden allemal per testamentum superveniens aufgehoben.

2) Mixta erfordern 5 Zeugen zu ihrer Gültigkeit; die simplicia aber gar keine.

Zusatz: Es wird behauptet: daß ein pactum mixtum ohne Zeugen gelte, wenn es den Intestat-Erben mündlich eröfnet worden wäre.

3) Bei den mixtis wird behauptet, daß der Intestat-Erbe die IVtam Falcidiam abzuziehen berechtigt sey; hingegen bei den simplicibus finde das nicht statt. Adde: Es ist aber dies erstere absurd, weil der heres pactitius als verus heres zu betrachten ist, wie soll ihm denn nun die IVta abgezogen werden können. Conferatur Boehmer in not. all.

4) Wird behauptet: daß mixta nicht per procuratorem übergeben werden können. Uebrigens hält man dafür, daß allemal den Eltern von den Paciscenten der Pflichttheil müsse ausgesetzt werden. Alle diese Sätze beruhen auf den Opinionibus Doctorum; doch gelten sie Praxi.

§. 1248.

§. 1248. Pacta dotalia mixta sind wiederruflich. Es ist dies ein irregulare; deswegen werden pacta dotalia mixta nicht praesumirt, sondern es ist die Regel: praesumuntur simplicia, si modo aliqua ratione tanquam actus inter vivos sustineri possunt.

Daraus folgt:

1) Mixta werden nicht praesumirt, wenn der Todesfall erwehnt worden.

2) Nicht praesumirt — wenn die Worte: erben, *succediren* oder erblich haben, in den Pactis stehen. Der letzte Ausdruck wird häufig bei actibus inter vivos gebraucht und zeigt an, daß jemand für sich und seine Erben etwas acquiriren soll.

3) Nicht praesumirt, wenn clausula codicillaris darinn enthalten oder 5 Zeugen adhibirt worden. Denn auch diese Clausul wird vielfältig bei actibus inter vivos gebraucht, zu dem Ende, daß, wenn der actus inter vivos, qua talis nicht gilt, er doch die Gültigkeit eines Codicills habe.

Das pactum mixtum also kann nicht praesumirt werden, auser wenn deutlich erhellt, daß es die Natur eines letzten Willen haben soll. Conf. Stryck in cautelis contractuum Sect. 3. Cap. 8. §. 18. seq. et Berger in Oeconomia Iuris. Lib. 1. Tit. III. S. XI. Not. 4.

Die pacta dotalia involviren nicht immer einen stillschweigenden Verzicht auf das statutarische Erbtheil (das den Ehegatten nach Statuten gebührt,) weil die Renunciationes nicht praesumirt werden können. Dissentiunt tamen Mevius part. 6. decis. 31. et Stryck de success. ab Intestato cap. 5. diss. 8. Sie berufen sich auf die Nov. 117. Es wird aber geantwortet, die pacta successoria überhaupt sind nicht zu praesumiren, denn sie sind deutschen Ursprungs.

§. 1249. Alle pacta dotalia gründen sich auf die stillschweigende Bedingung, daß die Ehe erfolge und bis auf den Tod fortdauere. Sie fallen also weg:

1) Wenn die Ehe nicht zu Stande kommt.

2) Wenn die Ehe durch das Divortium getrennt wird. Ratio: Denn in jedem pacto dotali liegt die stillschweigende Bedingung, daß die Ehe nicht werde durch ein Delictum getrennt werden, bis in den Tod.

3) Mutuo quoque dissensu tolluntur.

4) Fallen sie weg: wenn Kinder gezeugt werden. Denn es ist nicht zu praesumiren, daß Eltern ihre Kinder haben enterben wollen. Conf. Eisenhardt all. loco.

LIB. XXIII. TIT. V.

De fundo dotali.

§. 1250. Sub fundo dotali versteht man alle res immobiles, die zum dote inferirt werden. Iustinian hat jede Veräuserung darüber sub poena nullitatis verboten. Alienatio h. l. in sensu latiori est quaelibet translatio iuris realis. Mithin ist nicht nur translatio dominii, sondern auch impositio et remissio servitutis, verboten. Also auch verboten: translatio in heredes, successores alios etc. Die Alienation soll auch ungültig seyn, wenn die Frau ihre Einwilligung selbst dazu gegeben hätte; denn der Maritus, sagt Justinian, kann die Frau vi, minis et blanditiis zur Einwilligung bringen.

§. 1251. Alienationes fundi dotalis sind null; daraus zu schliesen: daß die Frau den fundum dotalem vindiciren kann. Dist. tamen: Sie will ihn vindiciren, l. stante matrimonio — da steht ihr die Vindicatio nicht zu; denn ihr Recht ist stante matrimonio ein ius quiescens; l. soluto matrimonio — da kann sie es; denn ihr Recht reviviscirt jetzt.

Merke noch:

1) daß die Frau dem Käufer sein Kaufgeld pro fundo alienato nicht zu restituiren verbunden ist. Excipe: nisi ob versionem in rem.
2) Wenn des Mannes Erbschaft zu ihrer Entschädigung hinreichend ist, so kann sie doch vindiciren; aliud enim pro alio nemini obtrudi potest.
3) Der Maritus hingegen und dessen Erben können den fundum alienatum nicht vindiciren; ratio: es steht die exceptio rei venditae et traditae entgegen. Vielmehr ist der Mann und des Erben dem Käufer Gewährleistung schuldig.

§. 1252

§. 1252. Die Frau also darf ihren fundum dotalem vindiciren. Excipe:

1) Wenn dos aestumata venditionis causa ist, denn da ist er als baares Geld anzusehen.

2) Si alienatio fuerit necessaria; non solum propter aes alienum, sed etiam si socius ad divisionem provocet; ex L. 2. Cod. h. t.

3) Wenn die Frau die Veräuserung, welche mit ihrem Willen geschehen, nach 2 Jahren genehmigt. Dies sagt Leyser aber irrig. Denn die Nov. 61. in not. all. handelt de intercessione mulieris und nicht von der Veräuserung des Dotis. Accedit L. unic. §. 15. C. de rei uxoriae actione — dieser sagt indistincte: daß consensus mulieris nichts gelten soll.

4) Wenn die Veräuserung zum Besten der Frau geschehen.

5) Wenn die Frau ihre Einwilligung eidlich ertheilt. Hier hält man die Veräuserung nach dem Iure Canonico für gültig, quia omnia iuramenta servanda sunt, quae salva salute servari possunt. Aber es ist hier noch immer die Frage, ob die Regel anzuwenden sey; denn sie kann contra legem prohibitivam nichts wirken. Und der Fall tritt hier ein.

6) Wo die communio bonorum statt findet. Doch kann der Mann sine consensu uxoris nur seinen Antheil veräusern, sonst nichts.

Obs. Nach der Bayreuther Landes-Constitution müssen die pacta dotalia innerhalb 3 Monaten nach der benedictione sacerdotali gemacht werden, sonst sind sie nicht mehr gültig — sonst ist communio bonorum vorhanden. Dies ist lex universalis Baruthina, welcher bei Hohen und Niedern applicirt wird. Wenn also Eheleute kein solches pactum dotale positivum gemacht haben, so stehen sie in communione bonorum universali (secundum leges statutarias nimirum Baruthinas). Hiebei eine Frage: Wie aber, wenn sie aus dem Territorio ziehen und sich in ein anderes begeben, wo die communio bonorum particularis eingeführt ist; nach welchen Gesetzen sind sie da zu beurtheilen?

Ich will hier nur kurz antworten: nach ihrem pacto tacito negativo, d. i. nach der Bayreuther Landes-Constitution. Pacta bleiben, wie sie sind. Haben sie kein positives errichtet, so wird praesumirt, daß sie in bonorum communione

nione universali bleiben wollen, und daß sie dies pactum tacite errichtet haben.

*) Die weitere Auseinandersetzung und Beantwortung dieser Frage hab ich noch unter der Feder; ich werde sie dem Publico bei einer andern Gelegenheit vollständig darlegen.

Man spricht übrigens viel für und wider die communionem bonorum universalem. Allein die Dubia für dieselbe überwiegen immer letztere. Man sagt z. E. durch die communionem bonorum universalem kann die Frau um alles kommen, wenn der Mann liederlich seyn will. Rsp. Es ist wahr; aber ist es nicht besser, wenn sie blos betrogen wird, die doch einmal in einem gewissen Verhältnis mit ihm steht, als daß viele fremde Personen unschuldiger Weise um noch weit mehr gebraucht werden?

7) Si Uxor in Saxonia iudicialiter — consensit. Dies ist nicht blos Sachsenrecht, sondern fast überall eingeführt, also — iuris communis. Conf. Struvii Syntagma iuris civilis.

LIB. XXIV. TIT. I.

De donationibus inter virum et uxorem.

§. 1253—1254. Rechtsgeschichte. Schenkungen unter Eheganen waren Iure antiquo verboten, weil Mann und Frau für eine Person gehalten wurden. Die Einheit der Personen rührt her von der alten conventione uxorum in manum mariti. Sie wurden pro filiabus gehalten. Diese aber ist abgekommen. Doch ist Iure novo das Verbot geblieben, daß die Schenkungen inter virum et uxorem nicht gelten sollten, ex rat. daß nicht zu Ehescheidungen Gelegenheit gegeben würde. Denn leicht hätte der eine Theil den andern durch Schmeicheleyen ausspoliren und sich dann scheiden lassen können. Endlich per SCtum hat sich Anno 955. die Sache geendigt, sub imperatoribus Antonino (Caracalla) et Severo (denn das SCtum rührt von beiden her.)

Darum

Darinn wurde verordnet: daß Donatio inter virum et uxorem erlaubt und gültig seyn sollen; doch aber soll dem Schenker frey stehen, die Schenkung zu revociren, so lang er lebt.

§. 1255. Nach dem Iure noviſſimo also sind die donationes inter virum et uxorem erlaubt, jedoch revocabiles usque od mortem; und zwar erlaubt, sie mögen directe geschehen seyn, i. e. wenn sich die Coniuges einander selbst geschenkt haben; oder indirecte — wenn Coniuges solche Personen beschenken, die unter des andern Theils Gewalt stehen: z. E. Kinder erster Ehe von meiner Frau. Ferner sind die donationes revocabiles, wenn sie per simulationem geschehen, z. E. unter dem Vorwand des Kaufs. Die Mittel zur Revocation sind folgende:

Res donata ist

1) entweder noch beim Donatario zu haben; so findet die Reivindication statt. Und hier kann der Donatarius die exceptionem praescriptionis nicht vorschützen. Ratio: weil die donationes inter coniuges nur einen titulum revocabilem abgeben.
2) Oder sie ist nicht mehr beim Donatario; da kann das Geschenk condicirt werden, und zwar per condictionem sine causa, weil der andere Theil keinen iustum titulum mehr hat, so bald ich wiederrufen habe.

Anmerkung: Auch tacite können die donationes revocirt werden — z. E. per alienationem rei donatae.

§. 1256. Schenkungen — inter virum et uxorem können, so lange der Ehegatte lebt, wiederrufen werden; nach dem Tod des Donatoris können seine Erben dieselben nicht mehr wiederrufen; auser in folgenden Fällen:

1) Wenn der Schenker schon bei Lebzeiten seine Absicht zu wiederrufen declarirt hat, aber durch den Tod lediglich daran verhindert worden.
2) Wenn donatio inofficiosa ist — nämlich per querelam inofficiosi kann sie angefochten werden.

Aber ein Tertius kann die Schenkung nicht anfechten; also auch die Creditores und der Fiscus nicht, im Fall der Maritus ein Verbrechen begangen hätte, weswegen sein Vermögen confiscirt werden könnte.

Die Creditores sind jedoch in zwey Fällen dazu berechtigt:

a) wenn sie Pfandrecht auf die rem donatam haben,

b) wenn donatio in fraudem creditorum geschehen — und zwar per actionem Paullianam. Jedoch müssen auch hier die Requisita vorausgesetzt werden, die bei der Actione Paulliana unten vorkommen werden.

§. 1257. Donationes inter coniuges waren Iure novo verbothen, damit sie nicht Gelegenheit zur Ehescheidung geben möchten. Daher müssen ausgenommen seyn:

1) Die Schenkungen unter den Verlobten.

2) Die Schenkungen, die post divortium geschehen. Dies ist zwar hodie nicht mehr usuell; aber bei den Römern kam es oft vor; denn die Coniuges blieben auch post divortium noch gute Freunde.

3) Schenkungen auf den Todesfall sind nie verbothen gewesen Hellfeld hat sich nur nicht recht ausgedrückt.

4) Wenn es keine wahre und eigentliche Schenkungen sind. V. g. donatio propter nuptias, remuneratoria; ferner: ea, quae alimentorum rationem habet, z. E. wenn der Mann seiner Frau Kleidungsstücke schenkt. Dist. Wenn der Mann dies thut, so geschieht dies hodie:

a) entweder um die Stelle derjenigen zu ersetzen, welche die Frau zu ihm gebracht und im Ehestand verbraucht hat — diese Kleider haben alimentorum rationem und können folglich nicht revocirt werden.

b) Oder es geschieht nicht in der Absicht, z. E. er schenkt ihr einen Schmuck, oder Pretiosa — diese haben nicht alimentorum rationem. Ja, sie werden nicht einmal als eine Schenkung praesumirt, sondern nur als ein commodatum.

Obs. Diese Principia sind beim Concurs immer anzuwenden. Conf. L. 51. §. et L. 51. D. h. t.

5) Sind auch alle Schenkungen unwiederruflich, wodurch der Schenker nicht ärmer und der Donatarius nicht reicher worden. Dieser Satz ist selbst in dem SCto vom Antonino und Severo enthalten. Vid. L. 3. et 32. §. 2. D. h. t. Dahin gehören:

a) Wenn ein Coniux dem andern rem alienam geschenkt hat. Diese giebt dem Donatario zwar das Eigenthum nicht, aber doch usucapiendi conditionem.

b) Wenn

b) Wenn ein Coniux zum Besten des andern eine Erbschaft oder ein Legat ausschlägt.

c) Wenn die Schenkung nur ex causa commiserationis geschehen: z. E. der Mann wäre in Gefangenschaft und die Frau schenkt ihm so viel, daß er sich ranzioniren könnte.

d) Wenn die Frau ad dignitatem acquirendam dem Manne schenkt: z. E. daß er in magistrum promoviren soll.

Ferner wenn Schenkungen revocirt werden sollen, so können doch die fructus consumti nicht revocirt werden; denn blos das kann revocirt werden, was den donatarium tempore L. C. reicher macht.

6) Wenn die Schenkungen beschworen worden, können sie secundum ius canonicum nicht wiederrufen werden.

§. 1258. Soll die Schenkung wiederrufen werden, so muß derjenige, der sie wiederruft, beweisen, im Fall der andere Theil sie läugnet; donatio enim est facti. Doch ist, nach verschiedener Rechtslehrer Meynung, ein rigoureuser Beweis nicht erforderlich.

Praesumtio ist schon hinlänglich, wenn sie per iuramentum suppletorium unterstützt wird. Wir aber halten dafür: eben so streng, wie in andern Fällen, muß der Beweis geführt werden; das Suppletorium findet freylich statt, aber nur, wenn ein halber Beweis da ist, quod probe notandum! Ein halber Beweis ist aber kein legerer Beweis.

Excipe tamen:

Wenn der Maritus von seiner Frau Sachen als geschenkte Sachen vindicirt, so braucht er nicht zu beweisen; Ratio: omnia praesumuntur mariti. Die Frau also muß beweisen.

LIB. XXIV. TIT. II.

De divortiis et repudiis.

§. 1259. Daß Ehen durch den Tod getrennt werden — ist per se. Sie werden aber auch bei Lebzeiten beider Ehegatten getrennt und zwar:

1) entweder mit beider Ehegatten Bewilligung; hier findet der Fall nach dem Naturrecht — nach dem römischen L. 9. C. de repudiis und der Novelle 22, Cap. 4. (also auch nach Gesetzen von christlichen Kaisern) allerdings statt; aber hodie — ob leges divinas nicht mehr.

2) Oder nach dem Willen eines von beiden. Hierzu ist iusta causa erforderlich. Diese ist:

a) l. causa nullitatis, i. e. ein solcher Grund, weswegen die Ehe gleich Anfangs nicht gültig eingegangen werden konnte: z. E. dolus, vis, metus. Die Trennung heißt h. c. cassatio s. annihilatio matrimonii (Vernichtigung, gänzliche Aufhebung der Ehe).

b) l. causa divortii, i. e. der Grund, weswegen eine Anfangs gültig eingegangene Ehe doch wieder getrennt werden kann. Die Trennung heißt: divortium (die Ehescheidung).

Divortium est dissolutio validi matrimonii vivis coniugibus ex iusta causa facta.

§. 1260. Was die nullitatem matrimonii betrift, so ist sie:

1) entweder so beschaffen, daß die Ehe nicht bestehen kann, wenn auch gleich beide Eheleute es zufrieden wären; dies heißt nullitas absolute talis. Diese ist vorhanden, wenn die Causa nullitatis das Interesse publicum betrift: z. E. Nullitas ob prohibitionem iuris divini, wenn z. E. Bruder und Schwester, Vater und Tochter, Mutter und Sohn ex errore zusammengeheurathet hätten; oder ob polygamiam simultaneam etc.

2) Oder sie ist nicht von der Beschaffenheit; so heist sie: nullitas respective s. secundum quid talis. Diese ist vorhanden, wenn die Causa nullitatis lediglich das Interesse privatorum betrift, also nicht das Interesse publicum: z. E. wenn sie erzwungen, oder dolo vel errore eingegangen

gen

gen worden. Auch impotentia tempore initi matrimonii existens macht eine solche Nullität.

§. 1261. Zu den causis nullitatis gehört auch das Unvermögen zum Beischlaf. Doch nicht schlechterdings. Impotentia est:

I. 1. antecedens matrimonium, und rührt her:

a) entweder aus einem Mangel der zur Zeugung erforderlichen Werkzeuge: z. E. Freund Willhelm ist ein Castrat. Dies ist — nach Hellfeld und Böhmern — causa nullitatis absolute talis und soll bei Protestanten schlechterdings nicht zu dulten seyn. Im Iure Canonico ist sie aber erlaubt.

b) Oder aus einem andern Grund — dies ist causa nullitatis secundum quid talis, ergo matrimonium subsistit inter volentes. Volentes sind diejenigen, welche wissend, daß der andere Theil impotens sey, gleichwohl eine Ehe mit ihm eingehen, oder continuiren. Ratio: Sie haben das Matrimonium ratihabirt. Iure Canonico ist verordnet, wenn eine Frau drey Monate bei dem marito impotente bleibt, so kann sie die Ehe nicht mehr anfechten. Hingegen wo dergleichen Einwilligung nicht vorhanden ist, kann auf die Cassation der Ehe geklagt werden. Es versteht sich aber, daß derjenige, der auf die Trennung klagt, die Impotenz beweisen muß. Das Eingeständnis der Impotens beweist aber nichts, weil fraudes et colluſiones vorgehen könnten, wodurch gültige Ehen getrennt werden müßten. Daher verordnet das Ius Canonicum, die Impotenz müßte per inſpectionem ocularem bewiesen werden. — Man adhibirt Kunstverständige utriusque sexus, medicos atque chirurgos bei viris, bei feminis aber ex pudicitia sexus, uxores rem intellegentes v. g. obstetrices. Diese berichten nun einhellig, sie hätten impotentiam indubiam gefunden; so wird die Ehe cassirt und ist kein Eidschwur erforderlich. Oder sie berichten einhellig, daß sie:

α) potentiam indubiam gefunden — so ist anzunehmen: matrimonium esse ratum ideoque continuandum.

β) Oder

β) Oder sie berichten, daß es zweifelhaft sey, ob der beklagte Theil impotens sey, oder nicht; da schreibt der Papst den Modum vor:

1) Triennale experimentum soll inter coniuges angestellt und während demselben fleißig gefastet, gebetet und versucht werden. Das Tempus triennale wird gerechnet a tempore initi matrimonii.

2) Soll die Sache sodann noch eidlich bestärkt werden, entweder von beiden Theilen, oder nur von einem, wenn nämlich nur einer die Impotenz behauptet. Die Eidesformel vide apud Berger in responsis. Parte II. respons. 57.

II. l. superveniens. Da kann der Fehler in beiden Ehegatten liegen. Es ist dies keine causa nullitatis, ja nicht einmal eine causa divortii. Ein solcher Umstand ist für einen Unglücksfall zu achten, welchen Eheleute vermöge des mutui adiutorii mit einander tragen müssen.

§. 1262. Die Causae divortii sind anders nach dem römischen, anders nach dem kanonischen, anders nach dem protestantischen Recht. Was

I. Das Ius Romanum anlangt, so kann die Ehescheidung l. mutuo dissensu l. voluntate unius geschehen.

1) Mutuo dissensu — dies hies bona gratia discedere und war bei den Römern divortium frequentissimum. Der Mann sprach: z. E. Du kannst dein Zanken nicht lassen, und ich das Saufen nicht, wollen wir also lieber in der Güte auseinander gehen. Sie wars zu frieden, und damit wars gut. Die Gründe die sie zu diesem divortio hatten, waren:

a) nihil est tam naturale, quam unumquodque eodem modo dissolvi, quo colligatum est.

b) Glaubten sie, es könnten dadurch viele Processe vermieden werden. So war denn Iure Romano solus dissensus zur Ehescheidung hinlänglich und es steht zu erwarten, ob dies nicht einst der Fall wieder bei uns seyn wird.

2) Voluntate unius — z. E. die Frau sagte, ich sehe schon, daß ich mich täglich mit dir prügeln müste, ich will lieber gleich zusammenpacken und meiner Wege gehen — das war

war das eigentliche Divortium. Und dies hat, nachdem die conventiones in manum mariti abgekommen, ob quamcunque causam statt gefunden. Conferatur L. 61 et 63. §. 1. D. de donat. inter V. et V.. Ratio: weil bei den Societäts-Contrakten es jedem erlaubt war, abzutreten.

Obs. Unter den Kaisern sind jedoch gewisse causae per leges bestimmt worden: z. E. Theodosius und Anastasius, Valentinianus gehören hieher. Die LL. stehen in der Note. Iustin. Conferatur L. 10 et 11. §. 2. C. de repudiis. — Novell. 22. Cap. 6. Nov. 117. Cap. 8. seq. (wo die causae divortii, die in der Note Z bemerkt sind, expressis verbis stehen.) et Nov. 140. Cap. I. die letztere muß besonders gemerkt werden, weil darinn von christlichen Kaisern das bona gratia discedere ausdrücklich eingeprägt worden.

§. 1263. II. Nach dem Iure Canonico giebt es schlechterdings keine Ehescheidung, weil die Ehe ein Sakrament und eine so feste Vereinigung ist, wie sich Christus mit der Kirche vereinigt hat. Hellfeld will jedoch den einzigen Fall ausnehmen: wenn ein ungläubiger Ehegatte einen Gläubigen verlassen habe. Merke: der Satz ist wahr; aber es ist kein wahres Divortium. Denn dies setzt voraus, daß ein Matrimonium ratum vorhergegangen sey, dies war es aber nicht secundum ius Canonicum.

§. 1264. III. Causae divortii nach dem protestantischen Recht. Diese befolgen blos Legem divinam, sonst weder das Ius Romanum noch das Ius Canonicum. Nun ist schon nach dem A. T. die Absicht Gottes gewesen, daß die Ehen nicht getrennt seyn sollen. Conferatur Mosheim de divortio — eine Hauptschrift hiezu.

Conferantur quoque loci ex novo Test. in notis alleg. Das Wort πορνεια macht die Hauptschwierigkeit. Conferatur Pufendorf Tom. I. obs. 160.

Viele übersetzen es blos durch Ehebruch. Allein es ist nicht wohl darauf einzuschrenken, denn das Wort hat significationem longe latiorem und geht auf alle Verbrechen, die dem Zweck der Ehe entgegen sind. Nur ein einziges Beispiel. Ponamus: meine Frau will mich vergiften und wird nur durch einen Zufall daran verhindert, ist das kein

maius

maius delictum? Und doch müste ich meine Frau behalten, wenn Adulterium die einzige Ursache der Ehescheidung seyn sollte.

Lutherus sagt: um der Hurerey willen — ist aber auch nicht recht getroffen.

Die in foro recipirte Auslegung ist die im §. allegirt ist.

Daher die Regel: Omnis causa, quae fini matrimonii eiusdemque essentiae contraria est, atque dolosam pacti coniugalis violationem in se continet, ea gravis ac iusta divortii causa est. Hellfeld sagt in fine §phi: diese Interpretation stimme mit der Vernunft überein und sey auch den Worten des Heilandes gemäs. Allein wir können keines von beiden zugeben. Denn ponamus: Ein Coniux wird in perpetuum furiosus: vernünftig wäre es, daß die Ehe getrennt werden sollte, allein es geschieht nicht.

Dem menti Christi ist aber diese Interpretatio wieder nicht gemäs. Denn er hat hier blos eine Frage der Pharisäer beantworten wollen; aus dieser Frage muß die Stelle erklärt werden. Die Frage betraf blos die Scheidung mittelst eines Scheidebriefs. Darüber stritten die Hillelianer und Schemalianer. Conferatur Seldenii tractatus: uxor hebraica Lib, 3. Cap. 6.

§. 1265. Nach obiger Regel gehört zu den causis divortii:

I. Adulterium in sensu latiori. Die Sodomiterey und Knabenschänderey wird auch dazu gerechnet und adulterium muß dolo commissum seyn. Also, wenn die Frau genothzüchtigt worden, ist es keine causa divortii: Aber außer dem adulterio vero ist auch das adulterium praesumtum — wo man die stärksten Vermuthungen hat — eine causa divortii: z. E. Nudus cum nuda werden in einem Bette angetroffen.

Doch findet das divortium ob adulterium nicht statt, wenn dazu:

1) vom Manne Gelegenheit gegeben worden,

2) wenn der unschuldige Theil dem Schuldigen vergeben hat. Es muß seyn qualificata remissio, quae est ea, quae cum receptione in thorum coniuncta est;

3) Wenn

3) Wenn die Compensatio vorgefallen. Wenn aber beide nicht compensiren wollen, so müssen sie geschieden werden.

§. 1266. Zu den causis divortii gehört:

II. Malitiosa desertio (die böslichе oder muthwillige Verlassung). Desertio wird hier in so ausgedehnter Bedeutung genommen, daß es schwer hält, den Begrif davon zu geben. Die Ursache ist: die Rechtslehrer wollen nach der Bibel nur zwey Ursachen der Ehescheidung statuiren. Nun giebt es nach dem Grund der Bibel selbst mehrere; daher dehnen sie diesen Begrif so sehr aus. Hellfeld definirt nicht recht. Wir distinguiren:

Desertio est:

1) l. visibilis s. proprie talis — si alter coniugem revera fugit.

2) l. invisibilis s. improprie talis — si praesens coniux alteri cohabitare nolit, aut suo facto non possit.

Desertio ist malitiosa zu nennen, wenn der Coniux, der von der Obrigkeit angewandten Mittel ohngeachtet, doch nicht davon abläst.

§. 1267. Desertio malitiosa est facti; deswegen kann die Ehe nicht sogleich getrennt werden, wenn ein Coniux den andern verlassen; es muß erst der Desertions-Prozeß angestellt werden, an desertio sit malitiosa nec ne. Der Desertor muß also citirt werden. Dist. Man weiß;

1) entweder wo er sich aufhält; gut, so wird l. mediate l. immediate eine Privat-Citation an ihn erlassen. Mediata citatio findet statt, wenn er sich außerhalb des Bezirks befindet, denn da muß der Iudex desselben Orts requirirt werden ihn vorzuladen. Immediata citatio — wenn sich der Desertor in dem Gerichtsbezirk des Consistorii citantis aufhält.

2) Oder man weis es nicht; so ist die Edictal-Citation zu erheben. Sie geschieht auf die nämliche Art, wie bei andern Fällen, nämlich durch drey Fristen. Das einzige besondere ist, daß sie an die Kirche angeschlagen, oder abgekanzelt wird.

Auf die Citation erscheint nun der Desertor oder er erscheint nicht. Im erstern Fall ist er entweder bereit zu seinem Ehegatten zurückzukehren — so muß ihn der andere

wieder annehmen, nam malitiosa desertio non adest. Doch kann man auch das Purgatorium verlangen. Oder er ist nicht bereit dazu — so werden zuförderst Zwangsmittel adhibirt. Es geschehen nämlich:

1) Admonitiones severiores,
2) folgen Geldstrafen und Gefängnis,
3) dann Sententia divortii.

Im andern Fall wird er auf angebrachte Ungehorsamsbeschuldigung pro confesso et convicto erklärt und nach der Sentenz des Richters wird das Divortium erkannt.

§. 1268. Malitiosa desertio est l. visibilis l. invisibilis. Zur invisibili gehören die Fälle:

1) Praefracta debiti coniugalis denegatio (hartnäckige Verweigerung). Dazu ist erforderlich:
   a) daß kein rechtmäßiger Grund dazu vorhanden sey,
   b) daß Zwangsmittel nicht fruchten, um den Denegantem zu bewegen, daß er von seiner Weigerung abstehe (§. 1267).
2) Perversa debiti coniugalis praestatio — est ea, quae eo directa est, ut sobolis conceptio evitetur.
3) Alle Verbrechen, welche bewirken, daß Ehegatten einander die ehliche Pflicht nicht leisten können. Dahin zu rechnen: alle delicta famosa; Ratio: ein solches Delictum bewirkt, daß der Coniux dem Infami mit Ehren nicht beiwohnen kann So auch, wenn Eheweiber relegirt werden, kann der Mann der Frau nicht folgen; anders ist es, wenn der Mann relegirt wird (wie oben erwiesen worden). So auch, wenn der eine Coniux Zeitlebens ins Zuchthaus gesetzt worden.

Obs noch mehr causas divortii gäbe? darüber ist ein großer Streit. Einige Rechtslehrer glauben, wir dürften nicht mehr als zwey statuiren, weil nicht mehrere als zwey namentlich in der Bibel stehen. Andere aber sagen richtiger: Man muß mehr auf den Grund sehen. Ist dies; so ist auch eine Causa:

1) Sterilitas malitiose procurata. Ovidius weiß schon von diesem Verbrechen, daß Weiber den uterum vitiiren, i. e. unfruchtbar machen können.
2) Insidiae vitae structae und andere ähnliche Ursachen mehr.

§. 1269.

§. 1269. Nach dem Iure Canonico wird das Divortium betrachtet als eine Trennung:

1) Quoad vinculum matrimonii — dies ist das eigentliche Divortium und nach dem römischen Recht das einzige;

2) Quoad thorum et mensam — dies ist ein Inventum iuris Canonici und wird auch sonst das Toleramus genennt. Ein Toleramus erkennen heist: eine Separationem quoad thorum et mensam erkennen. Es ist dies eine Handlung, wodurch Recht und Verbindlichkeit unter Ehegatten zum Beischlaf und gesellschaftlichen Leben suspendirt wird. Also es bleibt dies eine Ehe. Uebrigens ist diese Separatio einzutheilen;

a) in temporariam (auf einige Zeit). Diese findet bei uns statt ob rixas et saevitias. Der Erfolg ist, wenn die Zeit verlaufen ist, so hat sich entweder die Einigkeit wieder eingefunden, oder nicht. Im ersten Fall müssen sie ihr Matrimonium wieder continuiren, im zweyten wird die Separation noch einmal verlängert und — endlich erfolgt die Ehescheidung: ex capite malitiosae desertionis.

b) in perpetuam (auf Lebenslang). Diese findet nur bei Catholicis statt, fast in den nämlichen Fällen, wo wir die Ehescheidung gestatten, weil sie die Ehe für ein Sakrament halten, das in keinem Fall aufgehoben werden kann.

Wir Protestanten haben keine Separationem perpetuam, aber eine quasi perpetuam — diese besteht darinn, daß Ehegatten von Tisch und Bett geschieden seyn sollen, bis auf weitere Verordnung.

Der Ehemann behält dabei den Dotem, die Frau muß er alimentiren, die Kinder bleiben in ihrer vorigen Lage und ein delictum carnis wird auf beiden Seiten eben so hart bestraft, als wenn die Separatio gar nicht existirt hätte.

Prakt. Anmerkung. Die Erkennung des Toleramus ist mehrentheils von schlechtem Erfolg und daher schädlicher, als das Divortium, besonders in Rücksicht auf die Frau. Die Kosten des häuslichen Lebens belaufen sich doppelt so hoch; und wer leidet folglich mehr darunter, als die armen Kinder? — Bei der

Separatione perpetua catholicorum aber leidet der Staat offenbar noch mehr.

§. 1270. Divortium et separatio quoad thorum et mensam kommen überein:

1) Daß beide iustam causam erfordern,

2) daß sie beide publica auctoritate geschehen müssen.

Deswegen muß von der Obrigkeit zuförderst causae cognitio angestellt, der beklagte Theil mit seinen Exceptionen gehört werden, und dann erst wird per sententiam auf die Scheidung erkannt. Diese Eherechte agnosciren sogar Principes.

Die Principes evangelici haben das Singulare, daß sie in diesem Fall keinen Richter brauchen, den sie doch haben sollten: denn in Ehesachen stehen sie nicht unter den höchsten Reichsgerichten. Es pflegen dahero sich die Fürsten in solchen Fällen ihrem eignen Consistorio zu unterwerfen, nachdem sie vorher ihrer Pflicht quoad hunc actum entlassen worden. Die Fürstin muß es agnosciren, sie kann sich aber zwey Membra denominiren, die dem Consistorio sollen beigesetzt werden.

§. 1271. Differentia divortii et separationis quoad thorum et mensam. Sie ist folgende:

1) Durch das eigentliche Divortium wird das Band der Ehe getrennt, mithin dem unschuldigen Theil erlaubt, sich weiter zu verehlichen, hingegen dem Schuldigen, die weitere Verehlichung zur Strafe verboten. Diese Strafe war in den ersten Zeiten gewis nicht, aber aus der perpetua poenitentia ist sie entstanden. Deswegen ist sie auch heut zu Tag sehr dispensable. Ungereimt aber ists, wenn sie ertheilt wird unter der Bedingung: daß ein solcher das Land räume. —

2) Durch die Separation werden die Pflichten des Ehestandes nur suspendirt; deswegen bleiben alle übrige Eherechte den coniugibus in salvo:

1) Behält der Maritus die iura dotium.

2) Die Frau ihr Recht auf die donationem propter nuptias.

3) Beide Theile ihr Ius successionis.

4) Die

4) Die Frau das Recht alimenta vom Manne zu fordern. Das Quantum bestimmt das Consistorium. Mit den Kindern wirds eben so gehalten, wie beim Divortio.

§. 1272. Nach dem Iure Romano ist der Punkt der: Wer die Pflichten der Ehe verletzt, verliehrt die Vortheile der Ehe. Da aber das Lucrum bald größer, bald geringer ist, so hat man in neuerer Zeit mehr auf Billigkeit gesehen und hie und da ein Quantum verhältnismäßig bestimmt. Und wo es nicht in Statuten verordnet ist, da ist doch per consuetudinem eine dem Delicto angemessene Strafe eingeführt.

Wenn beide Theile an dem Divortio Schuld sind, so trift auch die Strafe beide. Dahin gehört unter andern der Verlust der Vortheile, die ex pactis dotalibus zu erwarten waren und das Verbot der weitern Verheurathung. Ist aber nur ein Theil an dem Divortio Schuld, so sind die Strafen anders auf Seiten des Mannes, anders auf Seiten der Frau.

1) Auf Seiten des Mannes:
   a) Er verliehrt die donationem propter nuptias;
   b) Die Frau erzieht die Kinder auf seine Kosten.
2) Auf Seiten der Frau:
   a) Sie verliehrt die Kinder,
   b) verliehrt sie auch den Dotem.

Qu. Ob diese letztere Strafe auch auf malitiosam desertionem extendirt werden könne?

Rsp. Viele Rechtslehrer haben dies behaupten wollen. Allein nach unserer Meynung findet hier keine Extension statt. Hommel in Rhapsodia obs. 487. läst diese Strafe des Verlusts der Mitgift nicht einmal beim adulterio praesumto zu.

In Ansehung der Kinder hat man doch zur Ehre der Menschheit die Erfahrung gemacht, daß immer beide Theile solche Ausschließungsweise haben wollen. Die Regel ist, wie aus dem bisherigen erhellet, daß sie der unschuldige Theil bekommt, wenn er anders im Stande ist, sie zu erziehen. Ist ers nicht im Stande, so kommen sie ins Waisenhaus und es wird von dem Verbrecher so viel erpreßt, daß der Fiscus einigermaßen dafür entschädigt werde. Es ist auch besser, wenn ihnen die Kinder gar genommen werden, denn sie werden mehrentheils schlecht erzogen, oft völlig verwahrlost.

LIB. XXIV. TIT. III.

Soluto matrimonio dos quemadmodum petatur.

§. 1273. Die Römer haben hier einen Grundsatz aufgestellt, der heut zu Tag nicht mehr anwendbar ist. Wir wissen, der Maritus ist dominus dotis, ast valde restrictus; er muß folglich den Dotem zurückgeben, es mögen Kinder da seyn, oder nicht, wenn nämlich die Frau früher stirbt. Dies schien etwas hart, deswegen hat es die Praxis modificirt.

Der Grund war bei den Römern: in solatium des Schwiegervaters, weil er sonst einen gedoppelten Verlust erleiden würde; ferner: weil der Maritus nun keine Onera matrimonii mehr zu bestreiten hätte.

Allein, wenn Kinder da sind, so ist es billig, daß er den Dotem behalte; wenn keine da sind, so giebt er die Hälfte zurück und von der übrigen Hälfte bleibt er dominus solitarie. So viel de patre dotem repetente. Das übrige wird im 1274. §. vorkommen. Nun zum Spho:

Wenn die Ehe durch den Tod des Mannes getrennt ist, so ist die Frau berechtigt den Dotem zu repetiren. Dazu hat sie verschiedene Rechtsmittel und zwar:

1) Das Ius retentionis, nach welchem sie nicht eher aus des Mannes Gütern weicht, als bis sie ratione dotis befriedigt ist. Nach Sachsenrecht muß sie auch so lange aus des Mannes Gütern alimenta bekommen. Zinnsen kann sie aber vom Dote nicht praetendiren.
2) Actiones et reales et personales. Zu den Actionibus realibus gehört:
   a) Reivindicatio. Mit dieser hält sie sich an alle Güter des Mannes, sowohl beweglich- als unbewegliche; nur mit dem Unterschied: an erstere nur in so ferne sie noch beim Manne befindlich sind; an letztere aber in allen Fällen, sie mögen vorhanden, oder alienirt seyn.
   Ratio; Sie war Domina. Ihr Dominium schlief, das ist wahr, aber es erwachte una cum solutione matrimonii, sive morte naturali sive adulterio mariti soluti facta sit.
   b) Actio hypothecaria. Diese steht der Frau zu, wenn ihre Sachen nicht mehr in natura vorhanden sind, weil sie

sie ein Pignus tacitum ratione dotis in bonis mariti hat. Diese Actio hypothecaria kann gegen einen jeden Besitzer von des Mariti Vermögen angestellt werden und hat zum Endzweck, daß der Beklagte die verpfändete Sache so lange der Frau zum Besitz übergeben soll, bis sie ratione dotis befriedigt ist.

Die Actio personalis war Iure Romano die Actio rei uxoriae, die aber Iustinian in actionem ex stipulatu verwandelt hat und zwar so, daß er derselben alle die Eigenschaften beilegte, die diese Actio ex stipulatu hat, und findet statt, wenn gleich bei der dotis datione keine Stipulatio eingegangen worden war.

§. 1274. Wenn die Frage ist: wer eigentlich den Dotem zurückzufordern berechtigt sey? — so antworte: Bald der Vater, bald die Frau selbst.

1) Der Vater der Frau ist zur Repetitione dotis berechtigt: modo dos fuerit profectitia. Die Tochter darf dem Vater nicht widersprechen, und sagen: der dos profectitia gehört jetzt mein und dein, deswegen muß auch mein Consens da seyn. So — nach dem römischen Recht. Iure hodierno hat sich dies geändert, (repet. §. 1273.) weil per nuptias filiae secundum ius Germanicum die väterliche Gewalt aufgehoben wird.

Conferatur Struv. Exercit 30. §. 49.

2) Die Frau selbst repetirt den Dotem — si dos fuerit adventitia. Der Extraneus, der den Dotem gegeben, hat kein Ius repetendi; es müste denn seyn, daß er sich das Ius repetendi dotem ausdrücklich vorbehalten hätte.

Wenn die Frau stirbt, so können ihre Erben den Dotem repetiren — dies ist nach der Praxi unläugbar. Aber nach dem Iure Romano konnte der Vater den Dotem profectitiam allemal repetiren. In der Not. p) sagt Hellfeld: patri dotem profectitiam, mortua filia, restituendam ex L. 6. C. de iure dotium colligunt. Allein weg mit dem colligunt; es steht ja ganz deutlich in der Gesetzstelle und ist folglich gar kein Zweifel da.

Allein, wie gesagt, die Praxis lehrt das Gegentheil; daher jener berüchtigte Streit zwischen dem Alricus und Pulgarus. Alricus lehrte: der Dos müsse zurück gegeben werden und als er selbst in dem Fall war, wollte er ihn behalten.

§. 1275. Die Frage ist hier: Von wem der Dos repetirt werden könne?

Rsp. Es kann ratione dotis geklagt werden:

1) Gegen den Maritum, er mag den Dotem selbst in Empfang genommen haben, oder ein anderer mit dessen Bewilligung.
2) Contra heredes mariti.
3) Gegen den Fiscum, wenn dieser etwa die bona mariti confiscirt haben sollte.
4) Gegen die Creditores mariti, wenn diese die bona dotalia zur Conkursmasse gezogen haben sollten.
5) Contra patrem mariti, wenn etwa der Vater von dem Sohne, der noch in seiner Gewalt stand, den Dotem sich hat geben lassen.
6) Mit der Actione hypothecaria gegen jeden Besitzer der verpfändeten Güter der Frau zur Sicherheit des Dotis.

§. 1276. Dos wird ad onera matrimonii sustinenda gegeben und kann dahero durante matrimonio der Regel nach nicht repetirt werden. Inzwischen haben wir doch folgende Ausnahmen zu merken:

1) Wird der dos durante matrimonio von der Frau repetirt, wenn sie desselben zu ihrem und der ihrigen Unterhalt benöthigt ist.
2) Wenn Gefahr vorhanden ist, daß sie den Dotem verlieren — ganz einbüßen dürfte. Dies ist der Fall, wenn der Maritus
   a) in tiefer Schulden steckt,
   b) ein Verschwender ist.

   Von dem Marito obaerato kann der Dos indistincte repetirt werden. Was aber den Maritum prodigum anlangt, so kann von solchem der Dos nur in so ferne zurück verlangt werden, in so ferne er die nöthige Caution nicht zu bestellen im Stande ist. Und nun die Regel: Cessante periculo dos marito statim restituenda est ad onera matrimonii sustinenda.

Wenn von der Zeit die Rede ist, in welcher der Frau, die ihren Dotem repetirt, derselbe zurückgestellt werden muß; so ist darauf zu sehen: Ob der Dos in re mobili, oder immobili besteht. Besteht er

1) in

1) in re mobili, z. E. in nominibus etc. so muß die Frau 1 Jahr warten und kann intra hunc annum keine Zinnsen vom Dote praetendiren.
2) Besteht er aber in re immobili, so muß der Dos, sobald die Ehe getrennt ist, restituirt werden. Wohl zu merken: es ist hier kein Gravamen zu gedenken, wenn der Dos gleich zurückgegeben werden muß; aber bei mobilibus verhält sich die Sache anders, der Mann würde in Schaden kommen, wenn er die res mobiles pro dote acceptas gleich restituiren müste, deswegen haben ihm die Gesetze 1 Jahr bewilligt. Die Restitutio dotis muß aber geschehen cum [redacted] accessionibus. Doch sind die Früchte des letzten Jahres hievon ausgenommen; denn diese werden pro rata zwischen den Erben des Mannes und der Frau getheilt. Ist das letzte Jahr zur Hälfte verlaufen, so wird die Hälfte getheilt. Das letzte Jahr muß aber gerechnet werden a tempore dotis traditae, ausgenommen, wenn der Dos von dem Schwiegerpapa (wie gar selten der Fall ist) schon vor der Heurath dem Manne gegeben worden wäre; denn hier wird das letzte Jahr a die nuptiarum gerechnet.

§. 1277. De modo dotem restituendi.

Der Dos besteht entweder in rebus fungibilibus oder in rebus non fungibilibus. Ist das erstere, so geschieht die Restitution in eadem quantitate et qualitate. Ist aber das letztere, so ist darauf zu sehen: Dos consistit
1) aut in re mobili; so sind die Sachen entweder noch in natura vorhanden — in natura ergo dos restituenda est; oder nicht — so wird die aestumatio dotis praestirt.
2) Aut in re immobili; h. c. dos in specie restituenda est. Ausgenommen, wenn res immobiles venditionis causa in dotem gegeben worden und wie baares Geld angesehen werden.

§. 1278. Was den modum repetendi dotem betrift, so ist man wirklich in praxi zu nachläßig, besonders in Ansehung des Zubringens-Inventarii. Dies sollte nie weggelassen werden, wie leider gar oft geschieht. Darinnen muß der Dos bestimmt ausgedrückt stehen. Es muß l. iudicialiter, l. coram notario entworfen werden; und ist dies, dann kann die Frau dotis illationem leicht beweisen. Wenn

es aber nicht ist, welche Verwirrung muß nothwendig entstehen! Wie läßt sich das Verhältnis der Illatorum von beiden Theilen herausbringen und bestimmen? Die Frau muß zurückgewiesen werden; nam dotis illatio est facti, facta probari debent et — omnia hic praesumuntur mariti. Aber die Frau versteht ja mehrentheils nichts davon? Rsp. Deswegen sollten die Eltern besser für sie sorgen.

Hier entsteht die Frage: wenn der Mann einräumt, daß die Frau ihm 2000 fl. zugebracht habe, gilt dies als Beweis?

Rsp. Wenn der Streit blos die beiden Coniuges angeht, so ist die Sache keinem Zweifel unterworfen. Aber, wenn die Frau ihren Dotem im Concurs verlangt, dann beweist des Mannes Bekenntnis nichts; denn die Creditores sagen; Du kannst nicht beweisen, Du bekennst in re propria. Also — dotis datio ist facti und muß daher bewiesen werden. — Aber weil der Dos so grosen favorem in iure hat, so darf hier der Beweis nicht so strenge gefordert werden. Denn die Frau provocirt nicht, wie bei der donatione inter virum et uxorem, auf ein lucrum, sondern sie will lediglich das Ihrige wieder haben. Deswegen werden hier auch testes suspecti admittirt. Z. E. Ihre Domestiken — und das Zeugnis ihrer Geschwister und Eltern wird nicht verworfen, ob es gleich in andern Fällen nichts effectuiren würde. Hier werden denn also auch Praesumtiones und andere Umstände, die sonst keinen halben Beweis ausmachen, für einen halben Beweis angenommen und das Suppletorium zugelassen. —

Endlich ist hier noch zu bemerken: daß der Mann das beneficium competentiae hat, wenn er den Dotem stante adhuc matrimonio herausgeben muß, welches der Billigkeit ganz gemäs ist. Denn es ist bei jeder Societate schon so, wie viel mehr bei der Societate matrimoniali. Es ist aber ein Ius reciprocum, und kommt folglich auch der Frau zu gut, wenn der Mann Forderungen an ihr hat.

§. 1279. Die Repetitio dotis cessirt ganz,

1) wenn res dotalis *casu* zu Grunde gegangen. Der Mann muß aber ganz ohne Schuld seyn, sonst kommt er nicht durch.

[2] Wenn

2) Wenn nach den pactis dotalibus der Mann den Dotem iure successionis bekommen hat.
3) Wenn die Frau ihn zur Strafe ob adulterium commissum verliehrt.

Wenn der Mann das beneficium competentiae hat, so cessirt zwar auch die Repetitio dotis, doch nicht ganz, sondern nur pro parte. Aber — wohl zu merken — das beneficium competentiae cessirt selbst, wenn der Mann in dolo versirt oder ihm sonst etwas pflichtwidriges zur Last gelegt werden kann.

Um den sub Nr. 3. enthaltenen Satz recht zu fassen, wollen wir uns einen Fall denken, der wirklich existirte, und ihn dann nach allen bekannten Umständen mit den Gesetzen vergleichen.

Er ist folgender:

Titia heurathet 1770 den Titius und bringt ihm an 1200 fl. Werth als Brautschatz zu.

Im Jahr 1775 begeht sie mit dem Caius einen Ehebruch, weswegen Titius gegen sie klagt und auf Ehescheidung dringt, welche er auch nach beigebrachten Beweisen und eigenem Geständnis der Titia erhält.

Nun verlangt Titia ihren Brautschatz zurück, er aber verweigert ihr solchen, weil sie durch den Ehebruch sich desselben verlustig gemacht habe.

Titia wendet sich deswegen an die weltlichen Gerichte, und behauptet, daß ihr geschiedener Mann den Brautschatz auf keine Weise zurückbehalten könne, weil er durch die geschehene Verweigerung der ehlichen Pflichten zu ihrem Ehebruch mit dem Caius Anlaß gegeben habe. Sie bittet daher in Rechten zu erkennen:

daß Beklagter den sich auf 1200 fl. belaufenden Brautschatz sammt den Verzugszinnsen herauszugeben und alle Kosten zu erstatten schuldig.

Beklagter giebt in seiner Antwort zu, daß er 1200 fl. Brautschatz erhalten, läugnet aber die Verbindlichkeit solchen herauszugeben, massen die Gesetze den Verlust desselben auf den Ehebruch ausdrücklich setzen.

Daß er durch Verweigerung der ehlichen Pflichten dazu Anlaß gegeben, sey ein bloser Vorwand der Geschiedenen, den sie nie erweisen könnte. Er habe ihr die ehlichen Pflichten nicht eher versagt, als von der Zeit an, wo er dem Richter

ter die Anzeige von dem Ehebruch mit dem Caius gemacht habe, und zwar in der Absicht, damit sie in der Folge nicht die exceptionem remissionis gegen ihn ergreifen möchte. Er bittet daher:

ihn von der Klage zu entbinden und Klägerin in die Kosten zu verurtheilen.

Klägerin beharret auf ihrer Behauptung und will solche beschwören.

Beklagter widersetzt sich dem Eid, und will gleichfalls schwören, daß er ihr die ehlichen Pflichten vor der gemachten Anzeige nie versagt habe.

Gutachten.

Daß der beleidigte Ehemann nach bewiesenem Ehebruch den Brautschatz seiner ehebrecherischen Frau nicht herausgeben dürfe, vielmehr zum völligen Eigenthum behalte, kann um so weniger gegründeten Zweifeln unterworfen seyn, als sich solches auf ausdrückliche und übereinstimmige Verordnung der Gesetze gründet:

L. 8. §. 5. C. de repudiis.
Novell. 117. C. 8. §. 2.
Novell. 134. C. 10.
C. 4. X. de donat. inter virum et uxorem.
Koch. Inst. Iur. Crim. §. 322.
Eisenhardt in Iur. Germ. L. 1. T. 17. §. 4.

Allein die Frage ist hier diese:

I. Kann der Mann auch alsdann den Brautschatz zurückbehalten, wenn er den Ehebruch auf irgend eine Art veranlaßt hat?

Hier sind vorzüglich 2 Fälle zu unterscheiden. Er hat entweder den Ehebruch durch das sogenannte Lenocinium veranlaßt, oder per contumacem debiti coniugalis denegationem. Im ersten Fall ist es ex

L. 47. D. Soluto matrim. dos quemadm. petatur etc. klar, daß er ihn zurück geben muß; im letztern Fall bestimmen die Gesetze nichts ausdrücklich, und es ist folglich zweifelhaft, ob er denselben nicht eigenthümlich zu behalten berechtigt sey? Denn

1) einmal ist doch der Ehebruch wirklich begangen worden, auf welchen obenangeführte Gesetze den Verlust des Brautschatzes setzen,

2) Der

2) Der Verlust des Brautschatzes ist nicht als eine besondere Strafe anzusehen, sondern als ein Accessorium von der Hauptsache, d. i. der Ehescheidung, welche auf Verlangen des beleidigten Theils allemal erfolgt, und für die Ehebrecherin, weil sie dadurch Unterhalt, Ehre und andere Vortheile des ehlichen Lebens verliehrt, welche mit dem Verlust des Brautschatzes in keiner Vergleichung stehen, um so viel empfindlicher seyn muß.

3) So grosse Vorzüge und Privilegien auch die Gesetze der Frau in Ansehung ihres Brautschatzes verliehen haben, so ist doch darinnen der Fall nicht bestimmt, daß sie ihn als Ehebrecherin behalten solle, wenn sie zeigen könnte, daß der Mann durch Verweigerung der ehlichen Pflichten den Ehebruch veranlaßt habe; (um so viel weniger also hier, wo sie nicht das geringste Beweismittel in Händen hat.) In Ermangelung besonderer Gesetze aber läßt sich eine solche Ausnahme nicht gedenken, wir müssen folglich bei jener allgemeinen Disposition der berührten Strafgesetze stehen bleiben. Und dieser Meynung ist auch

4) Boehmer in Iur. eccles. protest. Tom. 4. L. 4. Tit. 19. §. 27. zugethan.

Allein demohngeachtet und alldieweilen

ad 1) überhaupt Strafgesetze keine extensive Erklärung leiden, die angeführten Gesetze aber den Verlust des Brautschatzes nur alsdann auf den Ehebruch setzen, wenn der Mann dazu keine Gelegenheit gegeben hat, L. 47. D. Soluto matrim. etc.

ad 2) Der Verlust des Brautschatzes allerdings als eine besondere, ja manchmal noch als grösere Strafe anzusehen ist, denn die Ehescheidung selbst, wenn nämlich die Frau dadurch in einen solchen Zustand versetzt wird, daß sie sich nicht mehr zu ernähren vermögend ist.

ad 3) Die Privilegien des Heurathguts allerdings von groser Erheblichkeit sind, weil dadurch der Frau so lange Sicherheit verschaft werden soll, bis ein in den Gesetzen ausdrücklich bestimmter Fall sie desselben für verlustig erklärt. Ja noch überdies

4) Boehmer in consult. Tom. 1. Rsp. 141. Qu. 3. seine ehehin im protestant. Kirchenrecht geäuserte Meynung zurücknimmt; Brunnemann in comment. ad D. L. 24. Tit. III. ad L. 38. Soluto matrim. behauptet;

tet: quod si culpa mulieris divortium factum, mulier dotem non repetat; si vero culpa mariti, dotem amittat; und auch Koch im Iur. crim. L. 2. C. 15. §. 318. de adulterio eiusque poena dafür hält, daß ob debiti coniugalis denegationem die Strafe des Ehebruchs gelindert werden müsse; so halten wir dafür, daß de iure communi die Frage zu verneinen sey.

Und nun wären wir an dem Punkt, auf welchem die Entscheidung des vorliegenden Falls beruht. Wir haben nämlich noch die Frage zu erörtern:

II. Wer von beiden Theilen zum Eid zuzulassen sey? — Der Mann ist in causa dotali uxoris, wie Hellfeld §. 1177. sagt: testis in propria causa und daher suspect; das Factum worüber geschworen werden soll, ist von der Beschaffenheit, daß der Gewinn oder Verlust des Brautschatzes davon abhängt; es ist ferner ein factum commune, worüber jeder von beiden Theilen caeteris paribus schwören könnte; allein beide Theile haben sich schon zum Eid erboten, einer von beiden muß einen Meineid zu Schulden bringen wollen: wie ist diesem vorzubeugen? — Es ist zwar wahr, Titius ist ob qualitatem causae suspect, aber lange nicht in dem Grad, als Titia; denn

1) ist sie adultera,
2) Kann sie ex arg. L. 14 et 18. D. de testibus kein gerichtliches Zeugnis ablegen,
3) wird ihr solches auch verboten ob odium erga productum ex L. 21. §. 3. D. de test. inimico und in Nov. 90. C. 7.

Da nun im gegenwärtigen Fall die Wahrheit des facti nicht anders eruirt werden kann, so ist Titius zum Eid zuzulassen und das Urthel folgendermassen abzufassen:

Urthel:

Würde Beklagter eidlich erhärten, daß er der Klägerin die ehliche Pflicht vor denuncirtem Ehebruch nicht versagt, so ist er derselben die empfangene Mitgift zu geben nicht schuldig, sondern Klägerin solcher für verlustig zu halten.

V. R. W.

LIB.

LIB. XXV. TIT. I.

De impensis in res dotales factis.

§. 1280. Die Verbindlichkeit des Mannes intuitu dotis geht nur dahin — ihn zu conserviren; dies erhellet daraus, weil er unter gewissen Umständen restituirt werden muß; aber ihn zu melioriren, auf eigene Kosten zu melioriren — dies kann nicht von ihm verlangt werden. Hat also der Mann die rem dotalem mit Aufwand wirklich meliorirt, so ist es der Billigkeit gemäs, daß ihm sein Aufwand ersetzt werde. Ratio: nemo cum damno alterius fieri debet locupletior. Er hat also die Klage gegen die Frau und ihre Erben.

§. 1281 — 1282. Die Frau ist aber nicht schuldig, alle und jede impensas in res dotales factas indistincte zu ersetzen, sondern es kommt auf den Unterschied an: die impensae sind

1) entweder der Früchte wegen gemacht worden; h. c. kann sie der Mann nicht fordern, weil er dafür durch die Früchte den Ersatz erhalten hat. — Eben so ist es mit den oneribus realibus. Ratio: weil er alle Commoda von dem Dote hat, so muß er auch die Incommoda tragen.

2) Oder sie wurden der Substanz wegen gemacht. H. c. distinguendum est inter impensas necessarias, utiles et voluptuarias.

a) Impensae necessariae können zu dem Ende gemacht worden seyn, daß die Sache in statu quo conservirt werde. Z. E. sey die Reparatur des Hauses. Dergleichen Aufwand wird nicht restituirt, denn der Mann ist als Usufructuarius verbunden die Sache in gutem Stand zu erhalten. Sie können aber auch durch einen Zufall, z. E. durch Feuer, nothwendig geworden seyn. H. c. ist der Mann berechtigt, die Restitution derselben zu verlangen. Er kann also entweder diese impensas abziehen, wenn er nämlich eine theilbare Sache

zu

zu restituiren hat, oder er kann das Ius retentionis exerciren, oder klagen.

b) Impensae utiles sind diejenigen, wodurch die Substanz des fundi dotalis wirklich verbessert worden: z. E. der Acker im Thal unter meines Onkels Garten wäre 200 fl. Werth gewesen; nun ist er aber durch des Mannes Fleis dergestalt verbessert worden, daß er wenigstens 300 werth ist; da müssen ihm die 100 fl. herausgezahlt werden. Denn er hat nicht den legem meliorationis, wie der Emphyteuta, sondern nur die Pflicht, die Substanz zu conserviren.

Obs. Das Ius retentionis kann er h. l. nicht exerciren.

c) Impensae voluptuariae geben der Substanz entweder einen höhern Werth, oder nicht. Im erstern Fall kann man den voluptuarischen Auslagen leicht die Gestalt der nützlichen geben und sie restituirt verlangen, weil die Frau sonst cum damno alterius locupletior würde. Im letztern Fall aber heist es: non restituuntur, sed tolli tantum possunt, salva tamen substantia rei dotalis.

Qu. Ob der Mann berechtigt sey, die Proceßkosten zu repetiren, die er intuitu dotis gehabt hat?

Rsp. Die Rechtslehrer distinguiren: die Kosten sind

1) l. in conservationem rei dotalis aufgewendet worden; da könne er sie nicht repetiren;

2) l. non — h. c. könne er sie ersetzt verlangen. Allein die Sache scheint hier zu weit getrieben werden zu wollen. Denn war die res dotalis, res litigiosa und er hat in den Processen obgesiegt, so ist ihm die Frau pro conservatione dotis vielmehr Dank schuldig, geschweige denn, daß sie ihre Verbindlichkeit, ihm, den ihres Vortheils wegen gemachten Aufwand zu ersetzen, nicht gerne erfüllen sollte.

§. 1283. Hat der Mann seinen Dotem schon zurückgegeben, ohne abzuziehen, was er mit Recht abziehen konnte, so kommt es darauf an, ob er die impensas consentiente uxore gemacht hat, oder nicht. Im ersten Fall hat er die actionem mandati, im zweyten die actionem negotiorum gestorum utilem, oder auch die condictionem indebiti. — Jedoch mit den beiden erstern Klagen kommt er besser durch.

LIB.

LIB. XXV. TIT. II.

De actione rerum amotarum.

§. 1284. Nach dem römischen Principio, wo die substantia bonorum auf beiden Seiten der Ehegatten blieb, war Ablatio ein furtum im eigentlichen Verstande, welches bei unserer communione bonorum nicht so leicht gesagt werden kann. Aber die Legislatores waren hier delikat, und wollten der Sache einen gelindern Namen geben — daher: amotio.

Amotio bedeutet also eine Entwendung, welche Ehegatten durante matrimonio an einander begehen. Es wird auch crimen rerum amotarum genennt, aber nicht Furtum. Aus diesem Crimine entspringt die actio rerum amotarum und geht dahin — daß die entwendeten Sachen restituirt oder id quod interest praestirt werden solle.

Die actio rerum amotarum ist entweder directa, oder utilis.

1) *Directa* — wenn die Entwendung aus Furcht vor der Ehescheidung geschehen ist.

2) *Utilis* — wenn die Entwendung ex metu mortis geschehen ist. Diese kommt hodie noch oft vor, dahingegen jene bei den Römern häufiger war; denn bei uns ist der Plan zur Ehescheidung nicht so leicht zu machen.

Auser diesem Fall konnten die entwendeten Sachen auch mit der condictione sine causa condicirt werden. Wenn übrigens Coniuges einander soluto matrimonio etwas entwenden, so ist dies nicht crimen rerum amotarum; sondern es geschieht entweder vor Antretung der Erbschaft — da ists crimen expilatae hereditatis; oder hereditate jam adita — da ists Furtum.

LIB. XXV. TIT. III.

De agnoscendis vel alendis liberis, vel parentibus, vel patronis, vel libertis.

§. 1285. Soluto matrimonio kann die actio de agnoscendis vel alendis liberis insgemein die actio de partu agnoscendo angestellt werden. Agnitio est

1) l. *qualificata* — wenn ich mich für den Vater des Kindes erkläre,

2) l. *simplex* — wenn ich mich nicht erkläre, wo mir aber der Richter ex praesumtione, ich sey Vater, die Verbindlichkeit auflegt, für das Kind zu sorgen. Im letztern Fall kann ich ex post noch das Gegentheil erweisen. Mithin kann ich auch nach 3 Jahren noch das onus alimentationis durch Gegenbeweis von mir ablehnen. Aber im erstern Fall muß ich fort alimentiren, bis die Zeit kommt, wo sich der Alimentandus selbst ernähren muß.

Conferatur Gmelin de actione praeiudiciali de partu agnoscendo, Erlangae 1781.

Alimenta werden in diesem Titel in sensu generaliori genommen und begreifen Essen, Trinken, Kleider, Wohnung, Kur- und Unterweisungskosten. Man theilt übrigens die Alimenta ein, in *naturalia* — die blos zur Erhaltung des Lebens erforderlich sind, und in *civilia* — der zweckmäßige, oder Standesmäßige Unterhalt.

§. 1286. Quilibet alendus est de propriis. Dies ist die Regel, bei Kindern aber nicht zu appliciren, weil diese noch kein Vermögen haben und auch nichts acquiriren können. Dies ist so plan, daß nicht die geringste ratio dubitandi dabei möglich ist. Wenn aber Kinder Vermögen haben, so bleibt es bei der Regel, doch darf der Vater den Usumfructum nicht fordern. Auserdem sollen die Eltern verbindlich seyn, die Kinder zu alimentiren, vornämlich der Vater, quia est caput familiae et praecipua liberorum causa; und zwar statim a tempore partus muß die Alimentation ihren Anfang nehmen.

Der L. 9. C. de patria potestate disponirt zwar, daß der Vater die Kinder erst alsdann zu alimentiren schuldig sey, wenn sie 3 Jahre alt wären; allein dieser L. hat Beziehung auf

auf die alimenta lactea, welche die Mutter bis dahin prä-
tiren muß. Wenn man nun aber den Vater nicht weiß, so
ist die Mutter Ausschliesungsweise zur Alimentation ver-
bunden.

Uebrigens ist noch des Unterscheids zu gedenken: Li-
beri sunt l. legitimi l. illegitimi. Diesen ist der Vater
blos alimenta naturalia zu geben schuldig; jenen so wohl
naturalia, als civilia, es müste denn seyn, daß sie sich
merklich undankbar gegen den Vater bewiesen hätten. In-
gratitudo muß aber so beschaffen seyn, daß deswegen die
Enterbung statt findet.

§. 1287. Wenn ein Vater sich weigert, ein Kind zu
alimentiren, so findet gegen ihn die actio de partu agno-
scendo statt. Es fragt sich aber, wenn ist er schuldig, ein
Kind für das Seinige zu erkennen? Rsp. Wir haben hier
drey Fälle zu unterscheiden:

I. Wenn die Mutter zur Zeit der Empfängnis in iusto
matrimonio gelebt hat und das Kind durante matrimonio
gebohren worden. Hier ist die Praesumtion so lange für
den Ehemann, daß er Vater vom Kinde sey, bis das Ge-
gentheil von ihm selbst deutlich erwiesen worden. Wohl zu
merken: dies ist keine Fiction, sondern vera praesumtio
iuris (nicht de iure). Die Mutter braucht also die Pater-
nitaet nicht zu erweisen. Conf. L. 6. D. de his, qui sunt
sui l. alieni iuris.

II. Wenn die Frau post dissolutum matrimonium
schwanger ist, und sie ist
a) geschieden worden; so soll sie dem Manne von ihrer
Schwangerschaft innerhalb 30 Tagen die Anzeige machen.

Qu. Warum in 30 Tagen? Soll dies etwa soviel
heisen, daß es jetzt sicher sey, wenn sie in 30 Tagen nichts
von ihrer Schwangerschaft merkt, daß sie es von einem an-
dern seyn müsse? Rsp.

Quod non! Der Satz ist nur von unserm Hellfeld nicht
recht hingelegt worden. Die 30 Tage sind von dem Legis-
latore nur zur Regel angegeben worden; gewöhnlich ist dies
Spatium hinreichend, weil die Coniuges sich gewöhnlich schon
vor dem divortio quoad thorum et mensam scheiden. Conf.
l. 1. §. 1. D. h. t. et L. 1. §. 7. eiusd. tituli. Hier
heist es expresse, daß, wenn eine Frau auch nicht denuncirt

hat, sie doch gehört werden solle, wenn sie wichtige Gründe hat. Conceptus partus praesumitur a patre, i. e. a marito.

2) Ist die Ehe aber durch den Tod des Mannes getrennt, und sie ist schwanger; so dissentiren die Rechtslehrer. Einige halten dafür, die Denunciation sey h. c. gar nicht nöthig, besonders Berger in Oeconomia Iuris. Andere aber, z. E. Schilter exercit. 36. §. 125. behaupten: die Denunciation sey hier eben sowohl erforderlich, und consilii ist es auch, daß die Frau den nächsten Verwandten bald davon die Anzeige mache.

§. 1288 III. Wenn die Mutter des Kindes tempore conceptiones nicht in iusto matrimonio gelebt hat. Hier muß sie bei der actione de partu agnoscendo die paternitatem beweisen; folglich ist der angebliche Vater nicht schuldig das Kind zu agnosciren und zu alimentiren, wenn er nicht confessus und convictus ist, daß er tempore conceptionis mit der Mutter concumbirt habe. Gesteht er nun, nach erhobener Klage die Paternität zu, so muß er das Kind agnosciren und alimentiren; gesteht ers nicht zu, sondern opponirt etwa die exceptionem plurium constupratorum oder concubitus non consummati; so wird ein Decretum interimisticum seu provisionale ertheilt. Dies ist ein richterliches Dekret, wodurch der Stuprator condemnirt wird, einstweilen das Kind zu alimentiren, bis er seine Exceptiones, wie Recht, erwiesen und ausgeführt habe. Sola assertio matris aber macht keinen Beweis de paternitate. Und sie darf nur alsdann schwören, wenn sie zur Hälfte bewiesen hat, denn sie ist eine Delinquentin, die als solche keinen Fidem verdient. Daraus folgt, daß der Beschuldigte einem Dritten noch den Eid deferiren kann, wenn er gegründeten Verdacht hat, daß dieser Dritte Vater zum Kinde sey, und mithin kann er vielleicht noch durch diesen Gegenbeweis die Alimentation von sich wegwälzen.

Wenn aber drey angegeben worden, und alle drey einerley Tempus cohabitationis anzeigten, so entsteht die Frage: wer ist Vater? — Physice und Medice kann es nur einer seyn. Wer aber muß alimentiren?

Rsp. Einige sagen: der erste; andere der, den die Mutter angiebt; noch andere alle drey und Leyser Spec. 522. Med.

Med. 9. sagt: gar keiner. Aber so elegant diese letztere Meynung zu seyn scheint, so folgt doch zu viel daraus. Wir müssen nicht auf die Feminam, sondern auf den Partum sehen. Dieser braucht Alimentation und ein Delinquent willigt antecedenter schon in alle unangenehme Folgen seines Delicti; er willigt also auch darein, daß seine Hure plures admittirt; es ist daher billig, daß jeder pro rata das Seinige zur Alimentation hergebe.

§. 1289. Principaliter ist der Vater die Kinder zu alimentiren verbunden. Ist es aber der Vater wegen Armuth oder ob mortem nicht mehr im Stande, so distinguirt man inter liberos legitimos et illegitimos. Jene ist der avus paternus, ja die ganze linea paterna ascendens und wenn keiner mehr davon da ist, die Mutter zu ernähren schuldig. Diese ist nur die Mutter und die mütterlichen Ascendenten zu ernähren verbunden und nicht der avus paternus, weil im Iure die Praesumtion gilt, daß bei unehlichen Kindern der Vater ungewis sey. Diese praesumtio cessirt zwar, wenn ein Stuprator gesteht, daß er Vater sey, aber doch nur ratione confitentis und nicht ratione tertii. Es versteht sich jedoch von selbst, daß, wenn von der Mutter die Rede ist, immer nur alimenta naturalia, und keine civilia zu verstehen sind.

§. 1290. Die Eltern sind obligirt ihre Kinder zu alimentiren. Aber in subsidium können auch

1) die Kinder verbunden werden, ihre Eltern zu ernähren. Ja es erstreckt sich das onus alendi auch
2) auf leibliche Geschwister, wenn sie es aushalten können. Jedoch sind sie auch in diesem Fall nicht indistincte verbunden, sie können auf ihr ius successionis huius fratris l. sororis Verzicht thun, und dann sind sie frey.
3) Nach dem römischen Recht musten auch die Patroni von den Libertis alimentirt werden, wenn sie es bedürftig waren; auch die Kinder und Eltern der Patronen musten die liberti alimentiren. L. 5. §. 18. D. h. t.

Daraus ist im Iure Canonico geflossen, daß die Kirche den patronum ecclesiae egenum zu alimentiren verbunden seyn soll. Patronus ecclesiae heist der Schutzherr von der Kirche, nicht blos der, welcher der Kirche den Dotem gegeben hat. Das Quantum, das er als inops bekommt, bestimmt

stimmt der Iudex. Pauperes alendi sunt sumtibus publicis; wenn dergleichen Personen vorhanden sind, so hat die Obrigkeit die Befugnis Allmosen zur Unterhaltung der Armen zu colligiren. Daher unsere Armenanstalten.

Noch ist zu merken:

1) Alle causae alimentorum sind summarische Sachen.
2) Alle Personen, die Alimenta gegeben haben, den Vater ausgenommen, können sie repetiren, wenn derjenige, welcher ernährt wurde, ad meliorem fortunam gelangt.

LIB. XXV. TIT. IV.

De inspiciendo ventre custodiendoque etc.

§. 1291. Es ist ein möglicher Fall, daß die Frau nach getrennter Ehe schwanger ist. Damit nun kein Wechsel vorgehen, kurz kein Kind untergeschoben werden könne; so erlauben die Gesetze dem Manne und seinen Erben, gewisse Sachkundige Personen abzuschicken — ut ventrem inspiciant.

Venter h. l, mulier gravida.
Inspicere — i. e. diligenter et accurate perpendere.
Custodire, i. e. testes adhibere, ne partus alienus supponatur.

Die Inspectio ventris kann angestellt werden, wenn de impotentia coniugis disceptirt wird, oder wenn eine unverheurathete Person ihre Schwangerschaft läugnet. Die übrigen hieher gehörigen Fälle sind folgende:

1) Wenn eine geschiedene Frau dem Manne ihre Schwangerschaft denuncirt.
2) Wenn eine Mutter, nach des Mannes Tod, ventris nomine die bonorum possessionem sucht.
3) Wenn der Mann behauptet, daß die geschiedene Frau schwanger sey, diese es aber läugnet.

§. 1292. In L. 1. §. 1. h. t. ist das Rescriptum Imperator. enthalten, welches auf den Fall gerichtet ist, wenn eine Frau post divortium läugnet, daß sie schwanger sey,

sey, so soll der Maritus berechtigt seyn, die inspectionem ventris per tres obstetrices zu bewirken. Diese artis peritae berichten nun entweder, daß sie die Frau wirklich schwanger befunden haben, oder das Gegentheil. Im erstern Fall mag der Bericht von allen dreyen oder nur von zweyen erstattet worden seyn, so ist der Mann berechtigt, einen custodem ventris zu constituiren, damit nicht partus alienus untergeschoben werde. Im letztern Fall aber, wenn der Mann die Frau wider ihren Willen und ohne rechtmäßigen Grund hat visitiren lassen, findet gegen ihn die actio iniuriarum statt.

In dem Edicto praetorio L. 1. §. 10. h. t. werden Sicherheits- und Verwahrungsmittel vorgeschrieben, deren sich die Interessenten bedienen können, denen daran gelegen ist, daß kein partus alienus untergeschoben werde.

1) Soll die Frau verbunden seyn, wenn sie die heranna-hende Entbindung vermerkt, es den Interessenten aufs neue zu denunciren.
2) Sollen die Interessenten berechtigt seyn, 5 Weibsperso-nen abzuordnen, um bei der Entbindung zugegen zu seyn.
3) Soll in das Zimmer, wo die Gebährende sich befindet, niemand ohne genugsame Prüfung gelassen werden:
4) Soll das Zimmer wenigstens durch 3 Lichter erleuchtet seyn und nur einen Zugang haben.

Schilter behauptet exercitat. 39. §. 125. seq. daß man diese Dispositionem Iuris Romani hodie nicht mehr so strenge beobachte. Allein inter Illustres finden alle Formalitäten noch hodie statt: z. E. Bei Königinnen, wenn ein Kronprinz zu erwarten ist. In Frankreich kam der Fall oft vor. Vorzüglich finden sie statt:

1) wenn die schwangern Personen schon bei Jahren sind,
2) wenn ein fremdes Land spem succedendi hat; da muß die Schwangerschaft dem Lande denuncirt und Gesandte verlangt werden, die bei der Geburt zugegen seyn sollen.

LIB. XXV. TIT. V.

Si ventris nomine mulier in possessionem missa eadem possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur.

§. 1293. Eine Frau, welche sich nach des Mannes Tode schwanger befindet, ist berechtigt bonorum possessionem ventris nomine (i. e. ob graviditatem) zu fordern. Und weil es möglich ist, daß Trimelli gebohren werden, so werden auch drey Erbportionen für die Nascituros aufgehoben. Aber sie darf diesen Besitz nullo modo auf einen andern transferiren. Gleichwohl kann es geschehen, daß die Frau dieses thut, daher haben die Gesetzgeber den Interessenten zwey Remedia gegeben:

1) Soll gegen die Frau und alle diejenigen, die an der alienatione dolose Theil genommen haben, Actio in factum, welche auf id quod interest gerichtet und Actio perpetua ist, statt finden.
2) Derjenige Besitzer, der auf eine solche betrügerische Art in den Besitz von des verstorbenen Mannes Vermögen kommt, soll per interdictum quorum bonorum belangt werden können. Das Interdict geht auf Räumung des Besitzes.

LIB. XXV. TIT. VI.

Si mulier ventris nomine in possessione calumniae causa esse dicetur.

§. 1294. Wenn die Frau bonorum possessionem ventris nomine erhält, so erlangt sie dadurch kein Erbrecht und ihr Erbsitz wird daher bonorum possessio sine re genennt.

Die Effectus der Immission sind:

1) Daß sie nudam custodiam s. detentionem hereditatis hat, und
2) von den Fructibus bonorum hereditatis ihren Unterhalt nehmen kann.

Wenn

Wenn sich nun aber ex post ergiebt, daß sie nicht schwanger ist, so kommt es auf den Unterschied an, ob sie bei vorgegebener Schwangerschaft in bona oder mala fide versirt. Ist ersteres, so kann ihr von den alimentis perceptis nichts abgefordert werden, quia bonae fidei possedrix fructus consumtos lucratur; ist aber letzteres, daß sie dolose um dieser Vortheile willen sich für schwanger ausgab, so muß sie nicht nur die alimenta percepta restituiren, sondern kann auch ad id quod interest belangt werden.

LIB. XXV. TIT. VII.

De Concubinis.

§. 1295. Concubina war bei den Römern instar uxoris, daher sie auch quasi-uxor, amica-Kebsweib, Beischläferin genennt wird. Bei uns ist eine Maitresse nicht ganz, was dort Concubina war.

Der Concubinat war secundum ius romanum eine Verbindung mit einer Weibsperson geringern Standes, welcher unter der Bedingung eingegangen worden, daß die hier erzeugten Kinder von der Succession ausgeschlossen und überhaupt mit dem zufrieden seyn sollten, was der Vater der Mutter ausgesetzt hat. Dieser Concubinat der Römer hat also mit dem Matrimonio ad morganaticam sehr viele Aehnlichkeit.

Conferatur v. Selchow in antiquitatibus roman. h. t.

Von dem Matrimonio legitimo war er unterschieden:

1) In Ansehung der Form; indem beim Concubinat nicht die Solennien erforderlich waren, die man bei dem Matrimonio legitimo zu beobachten hatte.

2) In Ansehung des Effects; der Concubinat producirte blos die Effectus matrimonii naturales: z. E. Mutuam fidem, corporum communicationem; das Matrimonium aber producirte die Effectus civiles: z. E. das Ius successionis, Ius patronatus etc. Daher werden auch die aus dem Concubinat erzeugten Kinder liberi naturales, natürliche Kinder genennt.

§. 1296. Die Römer haben den Concubinat tolerirt, aber ihn nicht für anständig gehalten. Ein anders ist tolerare, ein anders connivere. Non omne, quod toleramus, simul honestum est — so wars hier. Wir können daher eigentlich nicht wohl sagen, daß es licita consuetudo war; denn licere setzt eine freye Erlaubnis der Gesetze voraus. Richtiger sagen wir dahero: der Concubinat konnte impune begangen werden, was aber impune begangen werden kann, ist noch nicht licitum. —

Die Römer dulteten den Concubinat, jedoch nicht ohne alle Einschrenkung:

1) Diejenigen, welche schon auf eine rechtmäßige Art verheurathet waren, durften keine Concubine neben her halten. Eine solche Person hies Pellex, und der Pellicat war de Iure Romano ganz verboten. Conferatur L. unic. Cod. h. t.
2) Durfte auch Niemand mehrere Concubinen zu gleicher Zeit halten.
3) Waren die Concubinae auch nicht ingenuae et honestae matronae, sondern Personen von geringer Herkunft — personae obscurio loco natae, meretrices, mulieres libertae.

§. 1297. Sub Leone imperatore wurde der Concubinat zuerst verboten, und zwar per Novell. 91. Hodierno iure ist der Concubinat ein Delictum, wovon im Iure criminali das weitere nachzusehen. Conferantur Recess. Imperii d. a. 1548 Tit. 25. it. d. a. 1577 Tit. 26.

LIB. XXVI. TIT. I.

De Tutelis.

§. 1298. Die alten Deutschen setzten keinen Zeitraum fest, in welchem die Vormundschaft aufhören sollte, sondern sie sagten: sie soll aufhören, wenn man sieht, daß sich der Kerl selbst regieren und dem Seinigen vorstehen kann. Ob nun gleich diese Grundsätze weit vernünftiger sind, als die Zeit-

Zeitabschnitte der Römer, so sind sie doch durch die Reception des römischen Rechts verdrängt worden.

Unser deutsches Recht weicht zwar in dieser Lehre noch oft von dem römischen ab. Denn nur ein vernünftiger Mann kann bei uns im Testament zum Vormund konstituirt werden, da es bei den Römern auch ein Dummer, ein Minorennis seyn kann. Bei uns müssen die Tutores alle Jahre Rechnung ablegen, bei den Römern hingegen geschah dies erst finita tutela u. s. w.

Inzwischen ist doch unsere Vormundschaftslehre im ganzen genommen auf das römische Recht gebaut, und folglich das Ius Romanum hier sowohl inter privatos, als illustres noch im vorzüglichen Gebrauch.

Inter illustres zeigt uns den Usum forensem in dieser Lehre am besten Cocceji de tutelis illustrium.

Tutor — der Vormund, von und vor und Mund, quia quasi os pupilli est, quia per tutorem loquitur pupillus. Mund ist bei den alten Deutschen eben soviel, als: persona masculini generis. Mund heist im Dänischen Mand, daher: Niemand. Der Vormund heist auch: Pfleger, Verweser, Pflegvater, Vogt; und der Curator an manchen Orten — Kriegsvogt.

Tutela — die Vormundschaft, an manchen Orten Mannberschaft.

Pupillus — der Pflegbefohlne, Mündel.

Die Gerichte heißen: der Tutelarrath, das Waisengericht, Vormundamt, Pflegamt, Oberpflegamt. Tutela est munus publicum personale, alicui *primario* ad id; ut pupillum educet atque defendat, et *secundario* ut eius bona administret, delatum.

Die Vormundschaft ist also ein öffentliches Amt, welches die Erziehung eines Unmündigen und die Verwaltung von dessen Vermögen betrift.

Zergliederung des Begrifs:

1) Die Vormundschaft ist ein öffentliches Amt, öffentliche Bürde — munus publicum,

2) welche die Erziehung eines Unmündigen (Impuberis) und die Verwaltung seines Vermögens betrift; ergo nicht eines Minderjährigen;

3) und zwar eines solchen, der homo sui iuris ist. Hieraus folgt:

a) Daß

a) Daß Puberes nie sub tutela stehen. Diese sind de iure novo nicht sub tutela, sondern sub cura. Vor dem Justinianäischen Rechte waren auch Puberes sub tutela, aber darunter waren nur die Weibspersonen begriffen. Diese stunden immer unter der Vormundschaft. Conferatur Eberhardt Otto de tutela mulierum dissertatio.

b) Patrem habendi non datur tutor. Ratio: weil ein solcher Mensch keine weitere Erziehung und Beschützung bedarf.

c) Servi stehen nicht sub tutela: Ratio: weil sie nach dem Iure Romano keine Iura haben, folglich keiner Defension fähig sind.

4) Die vornehmste Pflicht eines Vormunds ist die Erziehung des Pupillen; die andere: die Verwaltung seines Vermögens. Daher die Regel:

Tutor datur primario personae, secundario rebus. Wir haben im Corpus Iuris auch eine Erklärung von der Vormundschaft. Sie ist in L. 1. D. h. t. zu finden. Servius definirt sie folgendergestalt:

Vis atque potestas in capite libero, (i. e. in homine sui iuris) ad tuendum eum, qui propter aetatem sponte se defendere nequit, iure civili data et permissa. Conferatur Gebauer. programma de definitione *tutelae*. Goetting. 1738.

Ferner ergiebt sich auch aus der gegebenen Erklärung von der Vormundschaft, wer Tutor und Pupillus sey; nämlich Tutor diejenige Person, welche die Vormundschaft verwaltet; Pupillus Mündel, Mündling — homo impubes sui tamen iuris.

§. 1299. Die Vormundschaft ist ein munus publicum personale. Was ist ein munus publicum personale? — Es wird in verschiedenen LL. erklärt: z. E. in dem L. 214. und L. 239. §. 3. de verb. signif. etc. Nach diesen LL. ist es zu definiren:

Es ist eine Bürde, welche man vermöge Obrigkeitlicher Verordnung zum gemeinen Besten übernehmen muß.

Zum gemeinen Besten; d. i. in utilitatem totius universitatis.

Munus

Munus publicum personale autem est illud munus, quod animi provisione et corporis labore sine patrimonii deminutione praestatur, L. 18. D. de muneribus, e. g. militia —

Das Munus publicum aber ist nicht zu verwechseln mit dem officio publico (einem öffentlichen Dienst, Amt). Es bestehet in der Verwaltung gewisser den Staat (rempublicam) betreffender Geschäfte, die jemand überhaupt sind aufgetragen worden.

Qu. Wie unterscheiden sich Munus publicum und Officium publicum von einander? Rsp.

1) Munera publica (öffentliche Pflichten muß man übernehmen; Officia publica nicht.
2) Officium publicum (öffentlicher Dienst) ist mit Würde und Salario verbunden; das ist aber nicht beim Munere publico.

Zusatz: Publica instrumenta per se plenam fidem habent (subaudi: salva tamen probatione contraria); sed instrumenta cuiusdam, qui munere publico fungitur, ea destituuntur. Daher folgt, daß eine Vormundschaftsrechnung, qua talis, nicht ohne Beweis als richtig anzunehmen; und ist also ein großer Fehler den man macht, wenn man darauf provociren wollte, — eine Vormundschaftsrechnung müsse ohne Beweis paßiren, weil Tutela ein Munus publicum sey. Es käme eben so heraus, als wenn man der schriftlichen Aussage eines Thorwächters ohnbezweifelt Glauben beimessen müste.

Daß Tutela Usu hodierno ein Munus publicum sey, ist ein ausgemacht geltender Satz, denn der Grund der römischen Gesetze liegt im Naturrecht. Conferatur §. 6. I. de Atiliano tutore L. 2. §. 1. D. Ne de statu etc.

Daß es das Beste eines jeden Staats erfordere, daß Pupillen versorgt werden, wer will daran zweifeln?

Hieraus folgt:

1) Daß jeder Bürger gezwungen werden kann Vormundschaften zu übernehmen,
2) Daß die Vormundschaften gratis übernommen werden müssen.

§. 1300. Wer aber zu einem officio publico nicht fähig ist, kann auch nicht zur Vormundschaft gelassen werden. Dahin gehören:

A. Die

A. Die Weibspersonen. Sie waren Iure Romano antiquo gänzlich davon ausgeschlossen. Conferatur L. 16. D. h. t. Iustinian aber erlaubt durch die Nov. 118. Cap. 5. und die Auth. matri C. quando mulier tutelae offic. etc, daß die Großmutter und Mutter die Vormundschaft führen dürfen, wenn letztere Maiorenn ist; denn sonst braucht sie selbst noch einen Vormund oder Vorsorger. Diese Personen können aber nicht gezwungen werden; denn es fällt sonst der Grund des Gesetzes weg, nämlich Iustinian ließ diese Personen deswegen zur Vormundschaft, weil solche Personen praesumtive die stärkste Liebe zu den Pupillen haben.

Qu. Ob nicht ex paritate rationis auch andere Weibspersonen zur Vormundschaft gelassen werden können, wenn sie Liebe zu den Pupillen haben? —

Leyser spec. 331. m. 4 bejaht diese Frage. Allein wider diese Meynung streiten folgende Argumente:

1) Iustinian hat hier offenbar eine Ausnahme gemacht; also ist hier ein Ius singulare vorhanden, welches der ICtus nicht extensive erklären darf. Und außerdem stimmt auch

2) die Praxis nicht damit überein.

Indessen findet man doch ein Beispiel, wo der Mutter Schwester zur Vormundschaft gelassen worden. Conferatur Stryck de tutela matris princip. imperii. Volum. I. Dissert. Halens.

Die Zulassung dieser beiden Personen, nämlich der Mutter oder Grosmutter soll nach der Verordnung des Iustinians unter folgenden Requisitis geschehen:

1) Müssen sie dem SCto Velleiano renunciren. Ratio: Denn bei der Vormundschaft muß man sich manchmal verbürgen.

2) Müssen sie auch secundis nuptiis entsagen. Ratio: weil man in den LL. annimmt, daß diese Personen durch eine weitere Verheurathung ihre Liebe zu dem Pupillen verlieren möchten.

Allein diese Renunciation ist nicht so zu verstehen, als wenn sich diese Personen nach geendigter Vormundschaft und abgelegter Rechnung nicht wieder verheurathen könnten; sondern sie erstreckt sich nur dahin, daß diese Personen

nen, so lange sie die Vormundschaft führten, sich nicht verheurathen sollten.

Sollten aber diese Personen doch zu einer Heurath während der Vormundschaft schreiten wollen, und sich nicht in Ansehung der Vormundschaftsrechnung mit den Kindern abgefunden haben, so inhibirt man die Copulation.

Wenn die Frage ist: Ob das noch in usu sey, was von den beiden Renunciationen gesagt worden? — so antwortet Thomasius in notis ad D. de legitim. tutor. mit Nein! Allein Thomasius ist ein wunderlicher Kopf, der oft etwas behauptet, was er nachher widerruft. — Wir können daher ihm auch hier nicht Recht geben. Nach dem Iure communi fallen sie also nicht weg. Nach manchen Landesgesetzen aber hat die Renunciatio ad secundas nuptias nicht mehr statt: z. E. nach der Reformatione Norimbergensi. —

In Sachsen aber fällt die Renunciatio ad secundas nuptias nicht weg. Man findet auch Praeiudicia dafür in Carpzovii Defin. forens. part. 2. Con. 11. def. 14. und außerdem stimmen viele deutsche Landesgesetze mit dem Iure Communi überein: z. E. die Hamburgischen Statuten.

Auch die Renunciatio SCti Velleiani ist noch und selbst inter illustres üblich.

Die Renunciatio geschieht aber nicht eidlich; Denn es ist:

a) nicht in den LL. befohlen und

b) ist selbst der Vormundschaftseid in Deutschland nicht mehr in usu.

Mütter und Grosmütter werden in Uebernehmung der Vormundschaft allen übrigen Agnaten vorgezogen, den Grosvater väterlicher Seite ausgenommen. Ratio: Denn da ist das Principium einzuwenden: Patrem habenti non datur tutor.

NB. Als Unfähige werden von der Vormundschaft ausgeschlossen, die wegen Leibes- oder Gemüthskrankheit kein *Munus publicum* verwalten können. Dahin gehören: Mente capti, Furiosi, Prodigi, (denn diese haben selbst Vormünder, und unter der Gewalt, worunter sie stehen, können sie keine andere haben) surdi et muti. Was aber die Tauben und Stummen betrift, so müssen

müssen die Vitia coniuncta also nicht discreta seyn. Mehreres hievon wird in der Materie von den Testamenten abgehandelt (§. 1414).

§. 1301. Die vornehmste und erste Pflicht eines Vormunds ist die Erziehung des Pupillen, und die zweyte die Verwaltung seines Vermögens. Hieraus folgt:

Von denen keine gute Erziehung zu vermuthen ist, die können nicht zur Vormundschaft gelassen werden. Also:

1) Ignoti oder incerti — dies sind ungewisse oder unbekannte Personen. Observ. dieser Fall kann bei der Tutela testamentaria vorkommen; z. E. der Vater schreibt ins Testament: derjenige, welcher Doctor werden wird, soll meines Sohnes Vormund seyn. Ein solcher kann nicht confirmirt werden. Ratio: Denn die Tutoris datio soll in Rücksicht auf persöhnliche Qualitäten geschehen.

2) Die Geld geben um zur Vormundschaft zu gelangen. Ratio: Denn hier sind sie suspect.

3) Die schwere Verbrechen begangen haben. Ex pari ratione.

4) Die bei einer Vormundschaft schon einmal schlecht gewirthschaftet haben. Denn der Pupill ist hier sowohl ratione personae als auch ratione bonorum in Gefahr.

Und außerdem gilt hier der Grund: qui semel malus, semper praesumitur talis.

5) Die Gläubiger oder Schuldner von dem Pupillen, und alle die, welche praesumtive mit dem Pupillen in Prozeß gerathen können, sind nicht zur Vormundschaft zu zulassen; damit nicht der Pupill um seine Documenta und Vertheidigungsmittel gebracht werde.

Anmerkung. Nach dem Iure antiquo sind dergleichen Personen nicht schlechterdings verworfen worden, aber es war auch dort die Einrichtung ganz anders; nämlich man verordnete ihnen hier einen ganz besondern Curatorem litis.

Iustinian aber hat in der Nov. 72. indistincte verordnet und zwar mit der Strafe: diejenigen, die es verschweigen würden, daß sie Schuldner oder Gläubiger von den Pupillen wären, sollten, wenn sie die Vormundschaft dennoch übernähmen, ihrer Forderungen

wenn

wenn sie Gläubiger, und wenn sie Schuldner wären, ihrer Exceptionen verlustig seyn.

Die Strafe aber findet alsdenn nur statt, wenn der Tutor tempore susceptae tutelae es gewust, daß der Pupill Schuldner oder Gläubiger von ihm sey. Daher ist rathsam, daß der Vormund es sogleich melde, wenn er es ex post erfährt.

6) Sind nicht zuzulassen Unmündige und Minores; denn unter der Gewalt, worunter einer selbst steht, kann er keine andere haben. Jedoch wenn sie in einem Testament zu Vormündern ernennt worden sind, so werden sie nach dem römischen Recht nicht removirt, sondern es wird alsdenn ein Curator gesetzt, bis der tutor testamentarius maiorenn wird — aber nach deutschen Rechten werden Minores nicht confirmirt.

7) Auch Soldaten nicht, weil der Dienst oder der Pupill darunter leiden würde.

8) Bischöffe und Mönche. Doch ist ein Unterschied: Die Bischöffe und Mönche werden nicht zugelassen; erstere, weil sie für ihre geistliche Kinder sorgen sollen, und letztere ob votum paupertatis. Andere Geistliche aber dürfen die tutelam legitimam übernehmen. Bei uns Protestanten haben die Geistlichen excusationem voluntariam.

Observatio: Filiifamilias a tutela haud arcentur; nam habentur Filiifamilias in negotiis publicis pro patribus.

§. 1302. Primarium officium est, ut tutor pupillum educet. Dahero ist derjenige, welcher nichts mit der Erziehung des Pupillen zu thun hat, kein Tutor, kein Vormund. Wenn also die Vermehrung des Pupillen Vermögens oder andere vorfallende Geschäfte, die der Vormund nicht selbst besorgen kann, es zur Nothwendigkeit machen, daß ihm jemand an die Seite gesetzt wird, so heist der nicht Tutor; nam tutorem habenti non datur tutor; sondern es kommt auf den Unterschied an, ob diese Person dem Vormund von der Obrigkeit an die Seite gesetzt, oder ob sie vom Vormund selbst gewählt wird; im erstern Fall heist sie Curator, im zweyten Actor.

§. 1303. Unterschied und Eintheilung der Vormundschaft:

1) Wird sie bisweilen im Testament von dem Vater des Pupillen auf jemand übertragen; hier heist sie:
tutela testamentaria.

2) Steht sie gewissen Personen immediate ex legis dispositione zu, da wird sie die gesetzliche oder nach dem altsächsischen Ausdruck: die rechte Vormundschaft
tutela legitima
genennt.

3) Wird aber der Vormund von der Obrigkeit constituirt — so heist sie die gegebene Vormundschaft —
tutela dativa.

Anmerkungen:

1) Die testamentarische Vormundschaft hat vor allen übrigen den Vorzug.

2) Jedoch ist dieser Satz bei Tutoribus illustrium zweifelhaft. Es ist daher bei Friedrich V. Churfürsten von der Pfalz ein großer Streit gewesen, ob nicht der tutor legitimus dem Testamentarischen vorgehe? Die Gelegenheit zu diesem Streit gab die G. B. Cap. 7. §. 2. Hier steht: legitimus tutor solle die Vormundschaft vor Illustribus haben. Doch ist dieser Satz nicht anzunehmen. Die G. B. bezieht sich auf das alte deutsche Recht, nach welchem man von der testamentarischen Vormundschaft nichts wuste. Vid. v. Selchow in elem. iur. germ. §. 386.

3) Alsdenn hat die Legitima den Vorzug vor der Dativa. Dativa Tutela (die gegebene) ist also eine subsidiarische Vormundschaft, d. h. eine solche, die bei Ermangelung einer testamentarischen und gesetzlichen statt hat.

Qu. Ob nicht diesen drey Speciebus noch die tutela pactitia beizufügen ist?

Tutela pactitia — die bedungene — ist diejenige Vormundschaft, welche Vertragsweise errichtet wird.

Rsp. Angesehene Rechtslehrer sind der Meynung, daß auch den Römern die tutela pactitia bekannt gewesen sey. Dahin gehören unter andern:

Reinhard de tutela pactitia romanis non incognita.

Leyser spec. 328. med. 1. Durries de tutela pactitia tam in iure germanic. quam romano fundata. Sie berufen sich

sich auf den L. 15. §. 1. D. de excusat. tutor. und §. 9. Inst. de excusat. tutor. Allein contra doctores: non datur iure romano tutela pactitia. Ratio:

1) Es wird einer bedungenen Vormundschaft im römischen Recht nicht gedacht. Obstare videtur: L. 1. §. 1, D. de confirm. tutore: Da heist es: precor curam habere rerum. Dieser Ausdruck giebt aber noch keinen Grund zur Bestättigung, sondern er bezieht sich auf eine Vormundschaft, die in einem Codicill geordnet worden; denn das Wort: Precor — bediente man sich bei Codicillen.

2) Die Pacta successoria waren bei den Römern nicht gewöhnlich und galten nichts.

3) Pacta nuda hatten bei den Römern keine vim agendi. Die allegirten Gesetze sagen nicht, daß ein Vormund per pactum so constituirt werden könnte, daß er ein Recht daraus bekäme. Es ist nur so viel darinn enthalten, daß wenn der Vormund dem Vater des Pupillen versprochen hätte, die Vormundschaft zu übernehmen, so sollte er sich nicht entschuldigen können, wenn er im Testament dazu ernennt worden wäre.

Der Fall lies sich ohngefehr auf die Art gedenken. Ich habe einen Freund, der ist ein Geistlicher, er hat also voluntariam excusationem. Ich wünsche ihn aber zu der Vormundschaft meiner Kinder; weil ich von seiner Redlichkeit überzeugt bin, ernennte ich ihn im Testament dazu. Hier war es noch immer nicht ausgemacht, ob er sich nicht entschuldigen würde; daher war es Consilii, daß ich mir vorher es versprechen lies, und ihn alsdenn noch im Testament zum Vormund ernennte.

4) Können Privati durch einen blosen Vertrag andern ihr Recht nicht nehmen, und das wäre hier der Fall; nämlich der tutor legitimus und dativus würden hier von der Tutela ausgeschlossen werden. Conferatur Knorr de tutela pactitia romanis incognita. Schmid de tutela pactitia romanis incognita. Xantrop de fictitio tutelae pactitiae fundamento in iure romano.

Nach dem Iure Germanico findet sie ohnstreitig statt. Ratio: weil alle pacta licita bei uns gelten, und Ius, actionem et obligationem perfectam produciren, und weil man sie überdies in allen deutschen Gesetzen bestättigt findet. Conferatur specul. Saxonic. L. 1. Artic. 23.

So wie es aber hodie wie bei aller Vormundschaft auf das Erkenntnis des Richters ankommt, ob der Vormund tüchtig zur Vormundschaft sey, so kommt es auch hier darauf an — und ist also dies nichts besonders bei der tutela pactitia.

Anmerkung: Indessen ist die tutela pactitia bei uns selten; sogar inter illustres ist sie selten. Man findet aber doch Beispiele:

a) Beim Leyser spec. 328. m. 1.

b) Beim Stryck in usu moderno h. t. §. 14.

§. 1304. Die Güterverwaltung ist nicht wesentlich mit dem Amte eines Vormunds verbunden; tutor enim secundario datur administrationi bonorum pupillarium. Es giebt dahero Vormünder die sie nicht haben.

Die Vormünder selbst sind also:

1) Tutores gerentes — d. s. solche, welche die Administration des Vermögens haben, verwaltende oder Hauptvormünder.

2) — non gerentes, qui rem pupillarem non administrant. Diese sind wieder:

a) l. tutores honorarii (Ehrenvormünder) welche die Aufsicht über die tutores gerentes haben, daß sie ihr Amt gehörig versehen. Daher sind sie in subsidium dem Pupillen den Schaden zu ersetzen schuldig, den die tutores gerentes zugefügt haben, und müssen sich es selbst zuschreiben, daß sie die gehörige Aufsicht nicht gehabt haben.

b) l. notitiae causa dati. Dies sind diejenigen, welche dem Hauptvormund als Rathgeber vorgesetzt worden sind. Ihr Officium besteht also blos im Rathgeben, mit der Education und Vermögens-Administration haben sie nichts zu thun. Beide haben verschiedene Rechte und Verbindlichkeiten. Wir wollen mit den Ehrenvormündern den Anfang machen.

α) Rechte:

a) Sie können Rechnung von dem verwaltenden Tutore verlangen.

b) Sie können die Verfertigung eines Inventarii von dem tutore gerente verlangen.

c) Weil

c) Weil sie Sorgfalt anwenden müssen des Pupillen gelder zu conserviren, so haben sie auch das Recht nomina beizutreiben.

d) Sie können von dem tutore gerente Caution verlangen; weil sie für ihn in subsidium haften müssen. Dies ist klar:

1) Ex L. 3. §. 2. D. de admin. et periculo tutor.

2) Ex L. 1. et 2. C. de tutore l. curatore qui satis non dedit.

ß) Verbindlichkeiten. Sie dürfen sich nicht in die Verwaltung des Vermögens einmischen, wenn sie auch kein ausdrückliches Verbot deswegen hätten. Der Grund ist, ob ihn gleich kein Gesetz unterstützt: damit nicht confusio in der Verwaltung des tutoris gerentis entstehe: z. E. die Güter des Pupillen sollen verpachtet werden, gesetzt der tutor gerens hätte sie schon verpachtet und der tutor honorarius wollte es nachher auch bei andern thun ꝛc. Jedoch Erbschaften anzutreten, Schulden zu bezahlen — dies kann der tutor honorarius thun; und es verordnen die LL. solches ausdrücklich; weil manchmal periculum in mora ist.

Anmerk. Der Ehrenvormund kann vom Vater neben dem verwaltenden Vormund im Testament ernennt werden.

Was nun aber die tutores notitiae causa datos antrift, so findet man solche hauptsächlich bei Illustribus; aber auch bei andern Personen. Im ersten Fall heißen sie: Vormundschaftsräthe, und sie können von bürgerlichen Stande seyn. Sonst aber sind bei der tutela illustrium Erlauchte Personen: z. E. Benedict, ein reicher Kaufmann, hat seinem Sohn Benigno auch einen Kaufmann zum Vormund im Testament ernannt; weil er aber dem Sohn viele Prozesse und rechtliche Geschäfte hinterläst, so ordnet er, daß der geschickte R. Advokat H. tutor notitiae causa datus seyn soll.

Dieser tutor notitiae causa datus haftet lediglich nur de malo consilio und in dem Fall, wo ein jeder anderer Vormund haften muß, wenn er dolose handelt, oder culpam latam vel levem zu Schulden kommen läst.

LIB. XXVI. TIT. II.

De testamentaria tutela.

§. 1305. Die testamentarische Vormundschaft ist diejenige, die vom Vater des Pupillen in einer letzten Willenserklärung geordnet worden. Hellfeld leitet diese Befugnis theils aus dem Naturrecht her, (welchen Grund wir übergehen, weil wir mit den angesehensten Naturrechtslehrern im Naturrecht keine Testamente statuiren) theils giebt er zum Fundament die LL. civiles an, und beruft sich auf die LL. XII. Tabul. wo es heist: paterfamilias uti de pecunia tutelave rei suae legassit, ita ius esto. Es ist dies Principium im L. 120. de V. S. enthalten. Conferatur Languth ad L. 120. de V. S. — ein sehr gutes Scriptum. Paterfamilias uti — legassit, ita ius esto — was will der Satz sagen? Legare heist: eben so viel als mandare, legem dicere. Uti legassit — zeigt eine freye uneingeschrenkte Befugnis an. De pecunia, i. e. patrimonio (Vermögen) tutelavae rei suae. Res sagt hier so viel, als Kinder, die in patria potestate stehen. Hieraus folgt nun:

1) Daß nur der Vater und Grosvater testamentarische Vormünder ernennen können;
2) Daß diese Vormünder nur denen Kindern ernennt werden können, die sub patria potestate stehen und zwar unter unmittelbarer väterlicher Gewalt. Folglich Enkeln, wenn der Vater noch lebt, kann der Avus keinen Vormünd im Testament ernennen. Ratio: quia patrem habenti non datur tutor.
3) Daß die tutela test. per ultimam voluntatem constituirt werde.

§. 1306. Die väterliche Gewalt also ist das Fundament der tutelae testamentariae und die tutela testamentaria hat sehr eminente Vorzüge und Effectus vor andern Arten von Vormundschaften.

1) Der tutor testamentarius geht allen andern Vormündern und Agenten und selbst der Mutter des Pupillen vor. Conferatur Auth. matri C. si mulier tutel. Ratio: Weil der Vater eo ipso über die Mutter das Urtheil gefällt hat, daß er sie zur Vormundschaft für untüchtig halte. Ja es

gilt

gilt die Regel: So lange noch der testamentarische Vormund zu hoffen ist, so lange gilt keine andere Art der Vormundschaft: z. E. wenn die Erbschaft noch nicht angetreten ist oder der Tutor, der im Testament ernannt worden, in Gefangenschaft ist.

2) Der tutor testamentarius kann auch mit Bedingung und Bestimmung einer gewissen Zeit constituirt werden.
   a) Mit Bedingung: z. E. Benignus soll meines Sohnes Vormund seyn, wenn er Benedicts Schwester heurathet.
   b) Mit Bestimmung einer gewissen Zeit: z. E. Leder soll meiner Kinder Vormund seyn, so bald er maiorenn seyn wird. Benedict soll Vormund über meine Jungen seyn, bis meine Frau von Basel zurückgekommen seyn wird.

   Der Grund von diesem Satz sind die Worte: uti paterfamilias legassit etc. Sie zeigen einen unumschränkten Willen des Vaters an.

3) Ein testamentarischer Vormund ist keine Caution zu bestellen schuldig. Ratio: quia paterno iudicio electus satis idoneus censetur.

   Andere Vormünder müssen den Rechten nach Caution bestellen.

4) Auch inhabiles tutores sind nach römischen Rechten nicht schlechterdings von der tutela testamentaria auszuschliessen. In diesem Fall verfährt man so: Es wird von Obrigkeitswegen einstweilen ein anderer Tutor bestellt, bis das vitium cessirt: z. E. Bei furiosis et minoribus.

5) Es stehet auch dem Vater frey im Testament zu verbieten, daß eine und die andere Person nicht zur Vormundschaft gelassen werden soll: z. E. mein Bruder soll nicht Vormund seyn.

   Anmerkung: Wenn sich der Vater nicht deutlich in seinem Testament erklärte, sondern sich ohngefähr der Worte bediente. Man möchte seinen Kindern tüchtige Vormünder bestellen; so ist die Mutter nicht für ausgeschlossen zu achten; denn jeder Testator, der nicht vom Iure Communi ausdrücklich abgehet, hat sich praesumtive mit dem Iure Communi confirmirt. Die Verordnung eines testamentarischen Vormunds ist eine stillschweigende Ausschliessung des gesetzlichen Vor-

münders. Denn hätte der Testator einen tutorem legitimum haben wollen, so hätte er keinen Vormund im Testament ernannt. Folglich kommt der tutor legitimus nicht zur Succession der Vormundschaft, wenn sich der testamentarische excusirt hat, oder removirt wird. Sonderbar aber ist es, daß der tutor legitimus zur Vormundschaft gelangt, wenn der testamentarische Vormund gestorben ist, er mag nun vivo testatore oder post testatorem verstorben seyn.

§. 1307. Die testamentarische Vormundschaft wird einem durch ein Testament übertragen. Daraus folgt:

1) Daß diejenigen nur testamentarische Vormünder werden können, die die Fähigkeit haben aus einem Testament iura zu acquiriren (quibuscum testamenti factio passiva est).

2) Tutores testamentarii müssen aber auch habiles zum munere tutulae seyn: z. E. Nicht Milites, nicht Episcopi, nicht Monachi etc. Conferatur §. 1300 et 1301.

3) Ein tutor testamentarius kann sich der Administration der Vormundschaft sogleich unterziehen, wenn er legitime im Testament constituirt worden, d. h. er bedarf keiner Confirmation. Diese ist nur erforderlich sec. Ius Romanum, wenn die Constitution des Vormunds fehlerhaft geschehen ist.

4) Es folgt hieraus, daß, wenn das Testament nicht bestehet, auch die testamentarische Vormundschaft nicht bestehe: z. E. Es ist das Testamentum ruptum, destitutum oder nullum. Jedoch nach dem Iure novell. ist eine Ausnahme beim testamento inofficioso, denn dieses wird nur quoad heredis institutionem rescindirt, reliqua vero testamenti capita valida sunt.

5) Ist kein Testament vorhanden, so läst sich auch keine testamentarische Vormundschaft gedenken. Ist aber eins da, so kann ein testamentarischer Vormund nicht nur in einem wirklichen Testament, sondern auch in codicillis testamento confirmatis verordnet werden. Codicilli in test. confirmati aber ist ein solches Codicill, von welchem der Testator im Testament declarirt hat, daß es gelten soll: z. E. Si quos codicillos condidero, eos valere volo.

Codi-

Codicilli vero sunt ultima voluntas, qua deficit heredis institutio directa. Der Grund hievon ist, weil dergleichen Codicilli als ein pars testamenti zu betrachten sind, et quicquid valet de toto, valet quoque de parte.

Qu. Ob ein tutor testamentarius in einem testamento privilegiato parentum inter liberos constituirt werden könne? Rsp. Lauterbach in D. h. t. affirmirt diese Frage; Berger und Stryck verneinen sie. Die letztere Meynung ist die richtige. Ratio:

a) L. 2. C. de confirm. tutore erfordert perfectum testamentum, i. e. solenne testamentum;

b) Das Testamentum parentum inter liberos wirkt nur unter Kindern und nicht ratione extranei Verbindlichkeiten und Rechte.

c) Kann auch der Vormund dadurch kein Ius tutelae erlangen.

6) Die testamentarische Vormundschaft besteht, wenn auch nur ein einziger Erbe die Erbschaft antritt, denn wenn nur ein einziger Erbe die Erbschaft antritt, so wird das Testament nicht destitutum; und treten gleich die andern nicht an, so hat dies keinen Einflus auf die übrigen Capita testamenti.

§. 1308, Tutelae testamentariae dationis fundamentum est patria potestas. Hieraus folgt:

1) Daß die Mutter keinen testamentarischen Vormund ernennen kann; und das ist auch noch nach dem Iure hodierno richtig. Ratio: Das Ius Romanum ist in diesem Fall ausdrücklich bestättigt: z. E. in Sachsen, Magdeburg, Frankfurt und Preußen. Folglich können es noch weniger andere mütterliche Ascendenten, ja noch viel weniger können es Extranei.

2) Folgt daraus, daß der Vater natürlichen und emancipirten Kindern keinen tutorem testamentarium ernennen kann; denn der Vater hat über natürliche Kinder keine väterliche Gewalt: pater enim est, quem iustae nuptiae demonstrant, und sind die Kinder emancipirt, so hat der Vater auch keine Gewalt mehr über sie. Hingegen findet die Ernennung eines testamentarischen Vormunds statt:

a) Bei posthumis. Ratio: Nasciturus pro iam nato habetur, quoties de eius commodo sermo est. Und das

ist hier der Fall; nam — tutoris datio spectat ad favorem pupilli.

Anmerkung: In §. 5. I. h. t. ist ein Druckfehler zu finden. Hier muß statt posteris — posthumis gelesen werden; diese Kritik gründet sich auf die griechische Uebersetzung der Institutionen.

b) Bei liberis exheredatis. Ratio:

α) Quia tutor primario datur personae.

β) Weil vom Vater enterbte Kinder doch von der Mutter noch Vermögen haben können

3) Die tutoris datio dependirt von der väterlichen Gewalt und diese wird durch die Enterbung nicht aufgehoben.

Anmerkung: Dies ist ein Fall, der Iure novo nicht leicht vorkommt, denn in der Nov. 115. sind solche causae exheredationis vorgeschrieben, die sich bei Pupillen nicht leicht gedenken lassen. Inzwischen kann der Fall noch bei der exheredatione bona mente facta vorkommen.

§. 1309. Nur Pupillen stehen unter der Tutela. Pupillus vero est homo impubes sui iuris; folglich kann:

1) Der Vater nur Unmündigen (impuberibus) nicht Minderjährigen einen tutorem testament. setzen.

2) Der Grosvater kann nicht den Enkeln, deren Vater noch lebt, einen tutorem testamentarium verordnen; nam patrem habenti non datur tutor. Andern Enkeln aber, wo der Vater nicht mehr lebt, kann er es.

Qu. Wenn der Grosvater mit dem Ausdruck „für meine Kinder“ einen testamentarischen Vormund ernennt hat, ob darunter auch Nepotes zu verstehen sind? Rsp. Ja, sowohl masculini als auch sequioris sexus.

Qu. Ob auch sub filiorum nominatione nepotes zu verstehen sind? Rsp. Nein! denn das Wort Filius hat im Iure eine zu eingeschränkte Bedeutung. Excipe tamen;

a) Wenn der Grosvater gar keine Kinder ersten Grades haben sollte;

b) Wenn der Testator nepotes impuberes und filios puberes hat. Conferatur

α) Noodt commentarius ad D. h. t.

β) Vinnius ad I. in Tit. de tutelis §. 5.

LIB.

LIB. XXVI. TIT. III.

De confirmando tutore.

§. 1310. Bei der testamentarischen Vormundschaft lassen sich hauptsächlich folgende zwey Fälle gedenken. Es ist entweder:

1) Ein tutor testamentarius rite et legitime in testament. denominatus da — Hier bedarf es keiner Bestättigung; denn er ist ipso iure Vormund. Die Vormundschaft selbst heist hier: tutela testamentaria absoluta, simplex perfecta; 2) Oder das ist nicht — hier muß er von der Obrigkeit confirmirt werden, wenn er als Vormund angesehen werden soll. Und diese Vormundschaft heist: tutela testamento confirmata s. imperfecta.

Qu. Was ist confirmatio tutoris?

Rsp. Confirmatio in sensu Iuris Romani est actus mediante quo defectus, quo negotium quoddam laborat, a magistratu tollitur. Conferatur L. 57. de ritu nuptiarum L. 38. de adoptionibus. Die Fälle aber, wo diese Confirmation eintritt, lassen sich auf drey Klassen reduciren.

1) Wenn in persona dantis ein Fehler zu finden ist, e. g. die Mutter ernennt dem Pupillen einen testamentarischen Vormund.
2) Wenn ein solcher Fehler in persona accipientis zu finden ist, e. g. der Vater hat emancipirten Kindern einen tutorum testamentarium ernennt.
3) Wenn in dem modo tutorem dandi gefehlt worden. v. g. Es hätte der Vater einen tutorem testamentarium in codicillis testamento non confirmatis geordnet.

§. 1311. Die Confirmation geschieht nun a magistratu ipso et quidem l. cum inquisitione d. h. die Erörterung, ob der ernannte Vormund zur Uebernahme der Vormundschaft tüchtig sey; l. sine inquisitione. Es fragt sich nun aber: wenn ein Vormund cum — vel sine inquisitione confirmirt werden müsse?

Rsp. Distinguendum est: Ob

1) ein

1) ein solcher fehlerhafter Vormund von des Pupillen Vater ernennt worden, h. c. muß er schlechterdings confirmirt werden und zwar sine inquisitione. Der Grund ist: iudicium paternum. Pro patre enim militat praesumtio, quod liberorum saluti et possit et velit optime prospicere. Daher wird ein solcher Vormund pro tutore testamentario angesehen, ob er gleich von der Obrigkeit hat bestättigt werden müssen.

2) Oder ob er von der Mutter, oder einer andern Person ernennt worden. Und hier ist noch der Unterschied zu bemerken: dergleichen Person hat entweder den Unmündigen zum Erben eingesetzt, oder nicht. Im ersten Fall wird ein solcher Tutor cum inquisitione confirmirt; denn es ist kein virile iudicium vorhanden.

Aber pro tutore testamentario kann er auch nicht gehalten werden, ob es gleich von Hellfeld und andern DD. behauptet wird; sondern er ist den Rechten nach nichts mehr, als ein tutor dativus, ob ihn gleich die Obrigkeit nicht ex arbitrio gesetzt hat. Im zweyten Fall confirmirt ihn die Obrigkeit nicht; denn ob schon in dem L. 4. C. de testament. tutela steht: wenn die Mutter ihn ernannt hätte, so pflegte man ihn zu bestätigen: so folgt daraus doch nicht, daß es Schuldigkeit gewesen wäre. Conferatur Bynkershoeck Lib. II. C. 17.

Zusatz: Wenn die Mutter den Unmündigen zum Erben einsetzt und ihm einen Vormund ernennen will, so muß sie ihm mehr als den Pflichttheil aussetzen; denn den Pflichttheil muß er so bekommen — der Pupillus muß honorirt werden.

Die Inquisition aber muß von der Obrigkeit geschehen und darauf gesehen werden, ob der Vormund auch ein solcher sey, mit welchem dem Pupillen gerathen ist.

§. 1312. Usus hodiernus. Der Unterschied zwischen der tutela testament. und confirmata, ingleichen die absoluta fällt hodie weg, weil nach den Reichsgerichten alle Vormünder confirmirt werden müssen.

Confirmatio iuris germanici vero est actus, quo magistratus cuiuslibet generis tutores ante susceptam tutelam solenniter approbat. Diese obrigkeitliche Bestättigung des Vormunds rührt aus dem deutschen Grundsatz her, daß die Obrig-

Obrigkeiten, Obervormünder über die Pupillen wären und die gewöhnlichen Vormünder ihre Vicarii. Die Confirmation geschiehet praevia causae cognitione. Ist nun der Vormund für tüchtig befunden worden, so erhält er über die Bestättigung das Tutorium, d. i. eine öffentliche Schrift, worinnen einer von der Obrigkeit zum Vormund bestätigt worden ist. Es ist aus dem, was bereits gesagt worden, klar, da die Vormundschaftsbestättigung ein actus mixtim voluntariae iurisdictionis ist und daß sie bei allen und jeden Arten von Vormundschaften erfordert werde. Mithin kann ein tutor legitimus und testamentarius verworfen werden, wenn er bei der Bestättigung nicht für tüchtig befunden worden. Es fragt sich: ob nicht der Unterschied inter tutelam dativam, legitimam und testamentariam hodie ganz wegfällt?

Rsp. Es kommt darauf an, nämlich man betrachtet

1) l. constitutionem tutelae; hier bleibt das dreyfache fundamentum constituendi tutores auch hodie;
2) l. administrationem et exercitium tutelae; diese dependiren von der obrigkeitlichen Bestättigung des Vormunds; folglich dürfen sich die Vormünder der Administration nicht eher unterziehen, als bis sie ihre Bestättigung erhalten haben.

So fängt auch nicht eher das stillschweigende Unterpfand an, als bis die Confirmation geschehen ist; und der Vormund kann sich nicht mit dem Testament oder mit der Vormundschaft legitimiren, sondern blos mit seinem Tutorio.

Zusatz: Die Reichsgerichte behaupten, daß auch die Tutores illustrium confirmirt werden müßten, und es ist dies auch bei den mehresten Häusern Observanz. Indessen wird vielfältig die Confirmation negligirt und das ist oft der Fall, wenn sich bei der Vormundschaft kein Streit ereignet. Allein es giebt auch einige alte Häuser, die behaupten, daß es nicht Schuldigkeit sey; denn ehedem sey es nicht gewesen, so liesen sie sich solches auch jetzo nicht gefallen.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1696968690/phys_0183
DFG

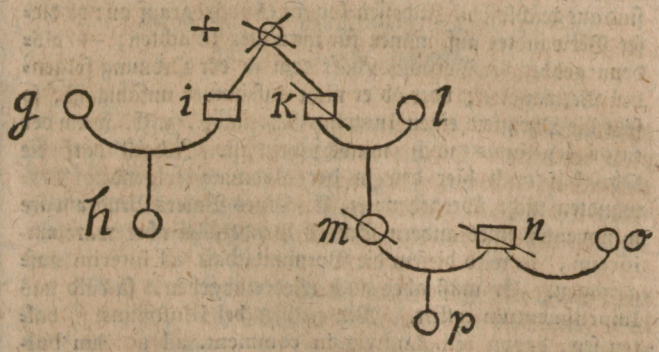
LIB. XXVI. TIT. IV.

De tutoribus legitimis.

§. 1313. Die testamentarische Vormundschaft hat den Vorzug vor allen andern Arten von Vormundschaften. Ist diese nicht verordnet, so hat die gesetzliche Vormundschaft (legitima) vor der gegebenen (dativa) den Vorzug. Die gesetzliche Vormundschaft ist diejenige, welche in einer unmittelbaren Verordnung der Gesetze ihren Grund hat. Bei dieser Art von Vormundschaft gilt hauptsächlich das Principium: ubi successionis commodum est, ibi quoque tutelae onus, d. h. wer die Hofnung hat den Pupillen ab intestato zu beerben, hat auch das onus tutelae zu übernehmen. Die Gesetze haben diesen Grund, damit die bona pupilli desto besser möchten conservirt werden. Und es ist sehr vernünftig, daß derjenige, der die Hofnung zur Succession hat, das Vermögen am besten conserviren wird. Hellfeld nimmt an: die Römer hätten hereditatem und tutelam pari iure beurtheilt; es ist aber dies eine Hypothese die irrig ist und nicht bewiesen werden kann. Es bleibt also nur bei dem Principio: ubi successionis commodum est, ibi quoque tutelae onus. Indessen giebt es doch auch hievon eine Ausnahme; nämlich wo tutela legitima vorhanden, und doch nicht spes succedendi damit verbunden ist. Diese Ausnahme findet sich in den R. Gesetzen. Hier ist verordnet, daß wenn der Kaiser noch nicht 18 Jahr alt wäre, so sollten die Vicarii imperii Vormünder seyn, und diese haben doch keine Succession zu hoffen. Conf. die Wahl-Capitulation Kaiser Ioseph I.

§. 1314. Die gesetzliche Vormundschaft wird unmittelbar per legis dispositionem übertragen. Diese Disposition hat ihren Grund entweder in den LL. XII. tabularum, oder in neuern Gesetzen; hier heist sie tutela legitima nova, dort vetus s. tutela legitima in specie. Diese soll nach den Gesetzen der 12 Tafeln blos agnatis et gentilibus zustehen; folglich sind alle Cognati davon ausgeschlossen. Agnati (Schwerdmagen) sind Blutsfreunde, die mit uns durch eine Person männlichen Geschlechts verwandt sind: z. E. meines Grosvaters Bruder, Vaters Bruder, Bruders Sohn, Vater Bruders Sohn, der Enkel von dessen Sohn ꝛc. Cognati

nati (Spillmagen — von Spille, weiblich) hingegen sind solche Blutsfreunde, die durch Personen weiblichen Geschlechts mit uns verwandt sind: z. E. meiner Mutter Bruder, der Vater meiner Mutter ꝛc. Jene wird den nächsten fähigen Blutsfreunden des Pupillen secundum legitimum ordinem succedendi (nimirum ab intestato) deferirt. Der Hauptunterschied zwischen der alten und neuern gesetzlichen Vormundschaft ist: daß die neuern nicht blos den Agnaten, sondern überhaupt den Blutsfreunden von den Gesetzen aufgetragen wird. Folglich ist unter den Agnaten und Cognaten kein Unterschied mehr, denn dieser ist durch die 118 Novelle ganz aufgehoben worden. Es kommt also jetzt darauf an: ob ein solcher Verwandter da ist, oder mehrere. Ist einer vorhanden, so übernimmt dieser die Tutel allein. Sind mehrere vorhanden, so gieb auf die Grade der Verwandschaft acht. Sind sie aequalis gradus, so übernehmen sie die Tutel miteinander: z. E. die Eltern sind tod, es sind auch keine Ascendenten vorhanden, sondern 2 Brüder des Pupillen; so übernehmen beide die Vormundschaft. Sind sie aber inaequalis gradus, so gilt die Regel: proximus excludit remotiorem. Wir wollen uns den Fall so denken:



Die i kann die Vormundschaft aus einem gedoppelten Grund nicht bekommen. Einmal, weil sie foemina und dann, weil sie remotioris gradus ist. g ist affinis; folglich wird er auch nicht Vormund; h ist cognatus im 5. Grad und in Rücksicht auf o auch remotioris gradus; also muß sie

o be-

o bekommen, denn der ist mit p im 3ten Grad verwandt. Wäre aber o nicht da, so würde h die Vormundschaft übernehmen.

In Sachsen wird bei pluribus eiusdem gradus der ältere vorgezogen. v. c. frater maior natu, fratri minor-natu. Dieser Grundsatz gilt nach dem Sachsenrecht sowohl in allodialibus als feudalibus, und sogar inter illustres die sächsischen Fürsten. Indessen kann auch pacto unter solchen aequali gradu verwandten Personen ein anderes ausgemacht werden. — Diese Controverse hat K. Rudolph entschieden. Es waren nämlich 2 Agnaten vorhanden, beide waren aequali gradu dem Pupillen verwandt, einer aber war älter; darauf sprach Kaiser Rudolph für den ältern. Conf. Rimalus in iure publico Lib. 5. Cap. 15.

§. 1315. Gleichwie aber zur Vormundschaft nur tüchtige Personen zugelassen werden; so werden auch bei der tutela legitima nur personae habiles admittirt. Folglich sind Frauenspersonen von dieser Vormundschaft ausgeschlossen. Jedoch ist eine Ausnahme zu machen bei der Mutter und Grosmutter. Diese tutela matris et aviae heist: tutela irregularis. Verdächtige und untüchtige Vormünder sind ausgeschlossen. Indessen kommt es noch darauf an: ob dieser Verwandter auf immer für untüchtig zu achten; — alsdenn gehört die Vormundschaft dem in der Ordnung folgenden Verwandten; oder ob er nicht auf immer unfähig ist; so setzt die Obrigkeit einen Interims-Vormund, z. E. wenn der tutor legitimus noch minderjährig ist. Jedoch darf die Obrigkeit auch hier den in der Ordnung folgenden Verwandten nicht übergehen: z. E. Eines Vaters Bruder wäre minorenn; eines andern Vaters Brudersohn aber wäre maiorenn, so wird diesem die Vormundschaft ad interim aufgetragen. Er muß aber auch wieder abgehen, so bald das Impedimentum cessirt. Wie es hier bei Illustribus zu halten sey, davon vid. Ludwig in comment. ad auream bullam P. 1. Tit. 7. §. 4.

Anmerkung: Nach dem Iure Romano bedarf es hier keiner obrigkeitlichen Bestättigung; allein nach deutschen Rechten muß sie geschehen. Conf. Reichspoliceyordnung vom Jahr 1577. Tit. 32. §. 2.

§. 1316.

§. 1316. Ehedem succedirte der Patron dem Liberto; daher kommt nach dem ältern Recht die tutela patronorum vor — es ist dies diejenige Vormundschaft, die dem Patron und seinen Kindern in libertos impuberes zustand; vel in impuberes liberos liberti. Es wird auch einer tutelae legitimae parentum gedacht — dies ist diejenige, welche ad exemplum tutelae patronorum der Vater über seine emancipirten unmündigen Kinder hat. Hier kommt eine Abweichung vor. Eigentlich hob die Emancipation die iura familiae auf und die Kinder wurden angesehen, als ob sie nicht mehr zur Familie gehörten. Man gieng aber hier von diesem Principio ab. Endlich kommt auch eine tutela fiduciaria vor; sie ist diejenige, welche post mortem patris emancipatoris seinen Kindern über die emancipirte unmündigen Kinder zustehet.

Hodie fallen diese Gattungen von Vormundschaften sämmtlich weg.

LIB. XXVI. TIT. V.

De tutoribus et curatoribus datis ab his, qui ius dandi habent.

§. 1317. Nach der testamentarischen und gesetzlichen Vormundschaft tritt die gegebene ein. Die gegebene Vormundschaft (tutela dativa) ist diejenige, welche bei Ermangelung der vorhergehenden Vormünder (nämlich des testarischen und gesetzlichen) einem von der Obrigkeit übertragen wird.

Nach dem römischen Recht hatten nicht alle Obrigkeiten die Befugnis, nach Gefallen Vormünder zu ernennen, sondern nur diejenigen, welche dazu einen besondern Auftrag hatten. Die römische Gerichtsbarkeit gieng nur auf Streithändel (causas litigiosas). Die Obrigkeiten, welche die Gewalt hatten, Vormünder zu constituiren, waren

1) in der Stadt Rom der Praetor urbanus. Diese Person war gesetzt, die Processe der römischen Bürger zu entscheiden. Der Praetor peregrinus war ihm entgegen gesetzt,

und entschied die Processe der fremden Personen. Indessen hatte er nicht solitarie die Gewalt, sondern es concurrirten die Tribunen des Volks nach der Gröse der Stimmen. Das Fundament war der Lex Atilia.

2) In den römischen Provinzen constituirten die Praesides provinciarum die Vormünder. Diese Gewalt erhielten ex post auch die Consules und die Praefecti urbi, ja endlich sogar die Magistratus in den Municipal-Städten. Das Fundament dieser Gewalt ist der Lex Iulia und Titia. Conf. §. 3. Inst. de Atiliano tutore.

Usus hodiernus dieser Lehre. Heut zu Tage können alle Obrigkeiten, wenn sie Iurisdictionem civilem haben, Vormünder constituiren. Folglich wird tutoris datio zu den causis civilibus gerechnet. Auch diejenigen Obrigkeiten, die nur Iurisdictionem mandatam haben, können Vormünder constituiren. Z. E. Ein Gerichtsherr. Es gilt hier das Principium: Tutoris datio inhaeret iurisdictioni ordinariae, i. e. quae magistratui qua tali competit. Conferatur die Reichs-Policey-Ordnung von 1577. Tit. 32.

§. 1318. Alle Obrigkeiten, welche Iurisdictionem civilem haben, können Vormünder constituiren. Wenn aber mehrere Obrigkeiten an einem Orte sind und es entsteht die Frage: welcher dies Recht zustehe? so ist zu antworten: derjenigen Obrigkeit, unter welcher der Pupille in bürgerlichen Sachen unmittelbar steht. Dies ist denn der Iudex domicilii: tutor enim primario datur personae. Das forum domicilii; aber wird nach der Wohnung beurtheilt, die der Vater hatte, weil ein Pupill für sich kein Domicilium constituiren kann. Jedoch ist es eine Ausnahme, wenn der Vater des Mündels ein forum privilegiatum gehabt hat. H. c. wird der Vormund von des Vaters foro privilegiato bestellt. Z. E. Es ist ein Professor gestorben, so bestellt die Akademie den Vormund, oder ein Clericus ist gestorben, so constituirt den Vormund das Consistorium. Keineswegs aber darf die Obrigkeit für den Mündel einen Vormund constituiren, unter deren Gerichtsbarkeit dessen Güter liegen; nam tutor primario datur personae.

Soll-

Sollten aber die Güter von grosem Werthe und Umfang seyn, so daß der Vormund sie nicht füglich administriren könnte; so bestellt der Iudex rei sitae einen Curatorem, der jedoch dem Vormund Rechnung ablegen und reliqua restituiren muß. Der Grund ist: weil dieser Vormund Hauptvormund ist.

Ob der adiungirte Vormund Tutor oder Curator genennt werden müsse? — darüber sind die Gesetze selbst widersprechend. In dem §. 4. I. qui testam. tutor. dare possunt — heist es: er sey nicht Tutor zu nennen, und im L. 27. D. h. t. steht das Gegentheil.

Noodt sucht diese Gesetze zu vereinigen, indem er in dem alleg §. 4. Inst. qui testam. tutor. etc. die Rechtsregel (wie er nämlich eigentlich heisen soll) und im L. 27. h. t. die Observanz zu finden glaubt. Allein das ist zu weit hergeholt, wenigstens bleibt die Sache noch zweifelhaft.

Zusatz: Dem Oberrichter steht die Macht Vormünder zu constituiren nicht zu, denn er hat nur Iurisdictionem mediatam. Conf. L. un. C. ubi petantur tutor.

§. 1319. Die Obrigkeit kann jede Person, die unter ihrer Iurisdiction steht, zum Vormund bestellen. Nur wird zur Constitution erfordert:

1) daß der Vormund persona habilis sey;
2) daß der Vater des Pupillen der von der Obrigkeit aufzustellenden Person nicht expresse die Vormundschaft verboten habe;
3) daß der Richter sich nicht selbst zum Vormund ernennt habe; denn einen Collegen von ihm, z. E. einen Assessor, Bürgermeister, Rathsfreund ꝛc. kann er wohl constituiren, aber nie sich selbst. Die Ratio ist: tutela est munus publicum; nemo vero sibi ipsi officium s. munus publicum deferre potest.

Wenn also der Richter eine tüchtige Person in seinem Gerichtsbezirk hat, so wird solche von ihm zum Vormund vor allen constituirt; wenn sich aber für gegenwärtig keine findet, so kommt es darauf an, ob derjenige, welcher sich unter einer andern Iurisdiction befindet, die Vormundschaft freywillig übernimmt, oder nicht. Im erstern Fall kann er sine requisitione iudicis, cuius iurisdictioni subiectus est, zum Vormund aufgestellt werden; denn jeder Unterthan kann prorogiren. Im zweyten Fall aber muß der Iudex requi-

rirt werden, und der Unterrichter muß deswegen an den Oberrichter Bericht erstatten und abwarten, was darauf verfügt wird.

Cautel: Es ist rathsam, daß man den fremden Jurisdictions-Verwandten, der zum Vormund aufgestellt werden soll, engagire, sich der Iurisdiction des iudicis constituentis zu unterwerfen.

§. 1320. Nur der Obrigkeit, unter deren Gerichtsbarkeit die Person des Pupillen immediate steht, kommt das Recht zu, den tutorem dativum aufzustellen. Es ist aber der Fall gar wohl möglich, daß die Iurisdiction über den Mündel unter zween und mehrern Richtern streitig ist. Hier entsteht also natürlich die Frage: wer den Vormund zu constituiren befugt seyn soll? —

Die ältern Rechtslehrer behaupteten, zuerst müsse der Iurisdictions-Streit untersucht und entschieden werden. Carpzov z. E. war der Meynung. Die Gründe hiezu sind folgende:

1) Die Frage, wem die Gerichtsbarkeit zustehe, sey quaestio praeiudicialis.
2) Die Ernennung des Vormunds sey null und nichtig, wenn sie von einem Richter geschehe, dem die Gerichtsbarkeit fehle.

Die neuern Rechtslehrer hingegen z. E. Leyser spec. 332. med. 1. Wildvogel de tutela dativa und Hellfeld behaupten: derjenige Richter constituire den Vormund, der in possessione vel quasi-possessione iurisdictionis sey, d. i. derjenige, welcher proxime ante litem motam actum quendam iurisdictionis in pupillum eiusve patrem exercirt hat: z. E. der zuletzt die Citation erlassen. Die Gründe hiezu sind:

1) Datio tutoris est actus, qui moram non fert.
2) Entsteht auch keine nullitas negotii daraus, wie die Gegner vorgeben. Denn eine Handlung, die ein Richter in quasi possessione iurisdictionis unternimmt, wird in der Folge nicht ungültig, sondern bleibt Rechtsbeständig, wenn sie nicht an und für sich schon null war. Conf. L. 3. D. de officio praetor.

Die Hauptfrage aber ist: was Rechtens sey, wenn der Besitz der Gerichtsbarkeit selbst streitig ist? —

Rsp. Hier muß der Unterschied beobachtet werden; das Domicilium pupilli ist entweder gewis, oder ungewis. Gewis, so constituirt der Oberrichter den Vormund; denn diese

diese Sache leidet ja keinen Aufschub. Wenn es aber ungewis ist, ob der Vater des Mündels sein Domicilium zu Erlang, oder Neunkirchen, oder an einem andern Ort gehabt habe; so constituirt der Richter den Vormund, wo sich der Mündel aufhält.

Anmerkung: Wo besondere Vormundschafts-Collegia, Oberpfleg- und Waisenämter sind, da werden die Vormünder von diesen bestellt.

§. 1321. Die Obrigkeit, welche das Recht Vormünder zu geben hat, bestell auch, vermöge eben dieses Rechts, die Curatores. Die Curatores minorum sind im Iure Romano antiquo völlig unbekannt; denn man hielt es für schimpflich, sub curatore zu stehen, da solche nur furiosi und prodigi hatten.

Seeger in tract. brevis curarum historia — zeigt aus dem C. X. des Capitolini vita Marci, daß nur prodigis und stupidis Vormünder gegeben wurden. Dies ist denn auch die gegründete Meynung. M. Anton. Aurelius erst hat verordnet, daß alle Minderjährige Curatores bekommen sollten, wenn sie darum bitten würden, und daher entstand die Regel: minoribus non nisi petentibus datur curator.

Conf. L. 33. §. 1. D. de administrat. et iurisdict. tutor. it. L. 5. §. 5. eod.

Hellfeld behauptet zwar, der lex Laetoria enthalte die Verordnung: daß denen Minderjährigen, die um Curatores bitten, dieselben nicht abgeschlagen werden sollten; allein dies ist nicht wahrscheinlich, weil die jungen Römer sich gewis keine Curatoren ausgebeten haben würden, nur um desto lockerer leben zu können. Das Wohl des Staats erforderte vielmehr, daß M. Antonin. die Verordnung gab: die Vormünder sollten nicht verbunden seyn, das Vermögen des Mündels eher heraus zu geben, oder Rechnung abzulegen, bis sie sich Curatores bestellen lassen. Inzwischen war doch noch ein Fall möglich, wo der Minderjährige sich keinen Curator aufdringen lassen durfte, wenn er nämlich antea nicht sub tutela gestanden war: z. E. Sein Vater ist gestorben, da er just 17 Jahr alt war. Daher bleibt der Satz noch einigermassen richtig: cura minorum est voluntaria.

§. 1322. Unsere alten Deutschen machten auch keinen Unterschied zwischen der Vormundschaft und der Vorsorge, wie Beier de hodierna tutorum et curatorum differentia, Heineccius, Hellfeld und andere Rechtslehrer behaupten. Sie distinguiren zu dem Ende

1) zwischen dem deutschen Rechte vor Einführung des römischen; da habe gar kein Unterschied zwischen puberibus und impuberibus statt gefunden; folglich auch kein Unterschied zwischen der Vormundschaft und Vorsorge. v. Pufendorf widerlegt sie aber in seinen Observationibus Tom. I. Observ. 155. Er beweist, daß die Impuberes bis ins 13te Jahr Kinder genennt worden sind; nach diesen Jahren aber haben sie sich nach Gefallen einen Vorsorger wählen können.

2) Und zwischen dem deutschen Recht nach Einführung des römischen. Hier sey zwar ein Unterschied gemacht worden, obgleich kein wesentlicher.

Allein dies ist nicht richtig, denn unsere Vorfahren nahmen doch auch das Principium an: Curator primario datur rebus, secundario personae. Hellfeld setzt den Unterschied auf folgende Puncte:

a) Daß der Curator zu einzelnen Negotiis constituirt werden könnte, der tutor aber nicht.

b) Daß der Curator auch demjenigen Mündel gesetzt werden könnte, der schon einen Vormund hat, aber nicht umgekehrt.

c) Daß der Sohn in einem und dem andern Geschäft einen Curatorem bekommen kann, wenn gleich sein Vater noch lebt. Dies wäre der Fall, wenn z. E. der Vater ad secunda vota schreiten wollte; weil er sich denn vorher mit den Kindern abfinden müste, so würde ihnen ein Curator gesetzt.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß die cura minorum hodie necessaria ist; denn es steht ausdrücklich in dem R. Absch. von 1577. Tit. 32; daß den Pupillen und Minderjährigen, bis sie zu ihren vogtbaren Jahren kommen, Vormünder und Vorsteher gegeben werden sollen. Doch ist ex iure antiquo beibehalten worden, daß sich die Minderjährigen selbst Curatores erwählen könnten; wiewohl sich von selbst versteht, daß die Obrigkeit nichts gegen den Curatorem einzuwenden haben muß. Der Curator administrirt

nistrirt aber das Vermögen des Pupillen mit eben den Rechten und Obliegenheiten, wie der Tutor. Daher geben die DD. auch die curam testamentariam, legitimam et dativam zu.

LIB. XXVI. TIT. VI.

Qui petant tutores vel curatores et ubi petantur.

§. 1323. Wenn nach dem römischen Rechte in einem Testament auf die gehörige Art Vormünder ernannt worden, oder auch tutores legitimi vorhanden waren, so bedurfte es keiner gerichtlichen Bestättigung. Es war daher leicht möglich, daß es der Obrigkeit ganz unbekannt bleiben konnte, daß dieser oder jener Mündel noch keinen Vormund habe. Damit nun den Mündel aus Mangel des Vormunds kein Schaden erwachsen möchte, so verordneten bei ihnen die Gesetze: ut tutores iis peterentur.

Petitio tutoris l, curatoris ist also die Ernennung einer tüchtigen Person, welcher von dem gehörigen Richter (a iudice competente) die Vormundschaft oder Vorsorge übertragen werden soll.

Anmerkung: Man muß aber um deswillen nicht glauben, daß die petitiones tutorum nur in diesem einzigen Fall statt gefunden habe; sie muste so oft geschehen, als ein Vormund die Vormundschaft niederlegte, oder sonst abgieng, oder nicht legitime constituirt war.

§. 1324. Die petitio tutoris vel curatoris ist bei einigen nothwendig und unerläßlich, bei andern nicht nothwendig.

Nothwendig ist es

1) bei der Mutter;
2) bei andern Verwandten, welche den Pupillen zu beerben Hoffnung haben — vorausgesetzt, daß sie die Vormundschaft und Vorsorge nicht selbst übernehmen wollen.
2) Bei Freigelassenen. Diese hatten eine willkührliche Strafe zu erwarten, wenn sie die petitionem tutoris l. curatoris unterliesen. Wenn aber die Mutter, oder die erstgenannten

nannten Cognati den Gesuch intra annum (das war die gesetzliche Frist) unterlassen hatten, so wurden sie der Erbfolge für verlustig erklärt, und es half ihnen nichts, wenn sie ex post den Gesuch nachholen wollten, oder nachgeholt hätten.

Anmerkung: Nach einigen deutschen Landesgesetzen ist das tempus petenti tutorem merklich abgekürzt. In Hamburg und Lübeck sind 3 Monate festgesetzt: im Preussischen 3 Wochen, auch 14 Tage; in manchen Ländern, wie z. E. in Sachsen, ist man bei dem römischen Recht stehen geblieben.

Bei Schwägern, und den übrigen Anverwandten fällt die Nothwendigkeit, um einen Vormund oder Curator nachzusuchen, ganz weg.

§. 1325. Wir wissen nun, daß auf die Vernachlässigung der petitionis tutoris l. curatoris bei denen, die ex officio dazu verbunden waren, der Verlust der Erbfolge als Strafe gesetzt war. Es fanden aber doch einige Entschuldigungen statt, durch welche man sich vor dieser Strafe sichern konnte. Was die Mutter anlangt, so diente ihr zur Entschuldigung

1) wenn sie blödsinnig war.
2) wenn sie noch nicht maiorenn war; denn hier hatte sie das beneficium restitutionis in integrum.
3) Wenn sie durch die Armuth der Kinder veranlaßt worden, ihnen keinen Vormund zu denominiren.
4) Wenn ihr z. E. die Obrigkeit zuvorgekommen war.
5) Wenn sie Ehehaften gehabt, z. E. wenn sie morbum, absentiam iudicis, oder das Iustitium vorschützen kann.
6) Wenn den Pupillen daraus, daß sie ihnen keinen Vormund denominirt hat, ein Vortheil erwachsen ist: z. E. Wenn die Kinder im Testament unter der Bedingung bedacht worden, daß ihnen kein Vormund gesetzt werden soll.

Die übrigen Cognati, welchen die Hofnung zur Erbfolge zusteht, haben folgende Entschuldigungen:

1) Wenn der Pupill unter dem Jahr verstorben,
2) Wenn er indessen pubes geworden und nach erlangter Pubertät verstorben ist; nam cura minorum est voluntaria.

§. 1326.

§. 1326. Es ist ein Streit unter den Rechtslehrern: ob die Strafe des Verlusts der successionis ab intestato noch de iure novo statt finde? In der Novell. 115. steht der unterlassene Gesuch um den Vormund, nicht mit unter den causis exheredationis, es scheint also diese Strafe per hanc novellam abgeschaft worden zu seyn.

Allein, wenn man die Sache genauer ansieht, so ist die Novell. 115. hier gar nicht anwendbar, weil h. l. von keiner Enterbung die Rede ist, sondern von einem Verlust der Erbfolge, welcher nach unmittelbarer Verordnung der Gesetze statt finden soll. Hier ist also Dispositio legis, und die Enterbung beruht in facto testatoris; daß aber hier von keiner Enterbung die Rede seyn könne, erhellt schon daraus, weil ein Unmündiger gar nicht testiren kann. Stirbt er also qua impubes, so trift die Strafe des Verlusts der Erbfolge ex lege denjenigen, der ihm keinen Vormund setzte; aber es ist dies keine Enterbung. Stirbt er aber als pubes, so cessirt die Strafe, und zwar in beiden Fällen, der Pubes mag ab intestato oder testato verstorben seyn. Die Ratio im erstern Fall ist — weil sie adepta pubertate nach dem Lege wegfallen soll; im letztern — weil sie keine causa exheredationis ist.

§. 1327, Usus hodiernus. Es können zwar noch Fälle vorkommen, wo dieser Titel seine Anwendung findet; allein selten werden diese Fälle immer seyn aus folgenden Gründen:

1) Weil die Mütter und nächste Anverwandte gröstenTheils die Vormundschaft selbst führen.
2) Weil hodie alle Vormünder von den Obrigkeiten confirmirt werden, und diese dafür Sorge tragen müssen, daß Unmündige nicht über ein Jahr ohne Vormünder bleiben.

Da wir aber keine deutliche Gesetze haben, durch welche dieser Titel ganz aufgehoben worden wäre; so können wir nicht behaupten, daß er nicht mehr in usu sey und die darinn verordnete Strafe ganz wegfalle. Vielmehr giebt es Provinzial-Gesetze, wie z. E. das Lübecker Recht, welche den Usum dieses Titels hinlänglich bestättigen. Es ist zwar da auf die Unterlassung der Bitte um einen Vormund nur eine willkührliche Strafe gesetzt; aber in Sachsen stimmt die Praxis völlig mit dem römischen Recht überein. Conf. Carpzov Part. 2. Const. 2. Defin. 15.

LIB. XXVI. TIT. VII.

De administratione et periculo tutorum et curatorum etc.

§. 1328. Da die Vormundschaft ein munus publicum ist, so sind die Vormünder verbunden, sich derselben zu unterziehen, und zwar was

1) die dativam anlangt, so bald sie ihnen legitime übertragen ist.
2) Die testamentarische und gesetzliche, so bald sie Nachricht davon haben, daß das Gesetz oder Testament sie übertrage. Denn in beiden Fällen müssen die Vormünder pro omni periculo haften, das aus dem Verzug entstehen kann. So — nach römischen Rechten.

Nach deutschen Rechts-Principien fängt sich die Verbindlichkeit erst a tempore confirmationis an; es müste denn periculum in mora seyn: z. E. der Unmündige wäre von dem Richter weit entfernt, oder es wäre nicht versiegelt worden. Außer diesem Fall wird alles, was der Vormund ante confirmationem unternommen hat, für null und nichtig erkannt.

Aus diesem allen erhellet denn, daß die Vormünder verbunden sind, bei der Obrigkeit um ihre Bestättigung nachzusuchen; nam obligatio ad finem involvit obligationem ad media, und im Unterlassungsfall muß er für allen Schaden stehen, der dem Pupillen daraus erwachsen ist. Um aber allen Schaden und zu besorgenden Nachtheil zu verhüten, ist die Obrigkeit ex officio verbunden die Vormünder anzuhalten, daß sie um die Bestättigung bitten. Sie erläßt zu dem Ende eine Vorladung, welche citatio ad confirmationem impetrandam heist.

§. 1329. Die Vormünder haben demnach andere Pflichten vor, andere nach der Uebernahme der Vormundschaft. Die Pflichten vor Uebernahme der Vormundschaft sind folgende:

1) Sie müssen um die Bestättigung bitten und

2) dem

2) den Vormundschaftseid ablegen. Kraft dieses Eides geloben sie eine getreue und fleißige Führung ihres Amtes an. Die Eidesformel ist in der Nov. 72. C. 8. enthalten und deutsch in dem Recessu Imperii von 1577 C. 8. übersetzt und confirmirt. Allein demohngeachtet wird sie nicht gebraucht, weil sie zu weitläuftig ist.

Conf. Stryck in usu moderno h. t. §. 4. über die Formel, wie der Vormundschafts-Eid abzufassen. Iustinian verordnete ihn zuerst bei den Vormündern der furiosorum; nachher wurde er per Nov. 72. C. 8. auf alle Curatores extendirt. In praxi wird er fast nirgends, selbst bei den höchsten Reichsgerichten nicht erlassen. So gar matres illustres müssen ihn schwören — versteht sich: per procuratorem speciali mandato ideo instructum. Bei Privatis variirt jedoch die Praxis und nach den meisten deutschen Provincial-Gesetzen ist bei Privatis der Handschlag hinreichend. Dies ist in unsern Landen, in Nürnberg, in Wirtemberg und Sachsen. Man hält den Eid für überflüssig, weil jeder Bürger ohnehin schon vermöge seiner Bürgerpflicht zur treuen Führung der Vormundschaft verbunden ist und den Mündel allen Schaden ersetzen muß. Man muß überhaupt den Vormund nicht allzusehr drücken und belasten, da er von seiner Amtsführung wenig oder gar nichts aufzuheben hat.

3) Satisdare tenentur. Satisdatio Tutoris ist eine Caution durch Bürgen, welche die Vormünder zur Schadloshaltung der Mündel bestellen müssen. Nach dem römischen Recht sind die Vormünder nicht indistincte dazu verbunden gewesen; aber nach dem R. A. de anno 1577. sollen alle und jede dazu verbunden seyn. Nichts destoweniger ist sie aber doch theils durch Landesgesetze, theils durch Observanz in desuetudinem gekommen. Man hält sie für überflüssig, weil der Mündel ohnehin ein stillschweigendes Unterpfand auf das gesammte Vermögen seines Vormunds hat. Hellfeld hält sie dagegen doch für nothwendig, wenn der Vormund nicht genug angesessen ist, oder keine unbewegliche Habe im Gerichtsbezirk des iudicis confirmantis besitzt.

§. 1330. Die Pflichten der Vormünder nach übernommener Vormundschaft sind theils solche, die des Mündels Person betreffen, (davon wird §. 1332. die Rede seyn) theils

theils solche, die sein Vermögen angehen. Zu den letzten gehört hauptsächlich die Verfertigung eines Inventarii.

Das Inventarium ist hier ein durch das Ansehen einer öffentlichen Person beglaubtes Verzeichnis von dem gesammten Vermögen des Mündels. Das Ansehen einer öffentlichen oder Gerichts-Person kann auch durch einen Notar und zween dazu erbettenen Zeugen bewirkt werden. Nach gemeinen Rechten ist hiezu keine Form, auch Zeit vorgeschrieben, folglich kann letzteres der Richter bestimmen. Der Endzweck des Inventarii ist, damit man wisse, was der Vormund zu restituiren habe. Deswegen sind auch sehr harte Strafen auf die Unterlassung der Verfertigung des Inventarii gesetzt. Es steht die Infamie darauf. Conferatur L. ult. §. 1. C. arbitr. tutelae.

Der Vormund soll suspect seyn und überdies noch willkührlich bestraft werden können. Auch soll der Mündel das Iuramentum in litem gegen ihn zu schwören befugt seyn. Doch regulariter nur gegen ihn und nicht gegen die Erben des Vormunds, es wäre denn, daß schon Lis mit dem verstorbenen Vormund contestirt wäre, oder die Erben selbst in dolo l. culpa lata versirten.

Im §pho heist es: nec iurata succedit specificatio. Dies ist de iure communi richtig, denn die Gesetze verlangen ausdrücklich ein Inventarium, weil der Vormund des Mündels Vermögen sub obligatione restitutionis übernimmt.

Ueberhaupt gilt von der eidlichen Specification der Grundsatz: man nehme ein Vermögen an, in der Meynung, es bona fide zu behalten. Hier paßirt die eidliche Specification für ein Inventarium. Uebernimmt man aber ein eines andern Vermögen sub obligatione restituendi, so muß allemal ein Inventarium gemacht werden. Und wenn das Inventarium auf eine Rechtsbeständige Art gemacht worden, so muß sich der Mündel so lange dabei beruhigen, bis er zeigen kann, daß etwas nicht ins Inventarium gebracht worden ist. Sagt der Mündel dies, so wird er zwar gehört, aber er muß den Beweis übernehmen, denn der Vormund hat die Vermuthung für sich, daß es beim Inventario ordentlich hergegangen sey.

§. 1331.

§. 1331. Wenn der Vormund kein Inventarium besorgt hat, so kann der Mündel gegen ihn das Iuramentum in litem (Würderungseid) schwören, weil der Vormund nunmehr die Praesumtion wider sich hat, daß er dolo l. culpa lata das Inventarium zu fertigen unterlassen habe. Fällt aber diese Praesumtion weg und hat der Vormund deswegen Entschuldigung für sich, so kann der Mündel den Würderungseid nicht mehr gegen ihn schwören.

Die Gesetze haben nun zwar die Fälle nicht ausdrücklich bestimmt, in welchen den Vormündern das Entschuldigungs-Recht zu statten kommen soll; allein die Meynungen der Rechtslehrer in Betreff dieser Sache sind nicht gesetzwidrig. Zufolge dieser cessirt der Würderungseid bei Unterlassung des Inventarii

1) ob morbum sonticum tutoris.
2) Wenn der Mündel ein allzugeringes Vermögen hat, z. E. eine Strohhütte und 20 fl. Baarschaft.
3) Wenn des Vormunds Antecessor kein Inventarium verfertigen lies. Hier ists genug, wenn der jetzige Vormund nur ein glaubhaftes Verzeichniß von dem macht, was er vom vorigen erhalten hat.
4) Wenn der Vater des Mündels oder der Richter selbst den Vormund die Verfertigung eines Inventarii expressis verbis remittirt hat.

Obs. Sieht aber der Richter, daß sich der Vater in der Rechtschaffenheit des Vormunds getäuscht hat; so kann der Richter dem Vormund demohngeachtet die Verfertigung eines Inventarii ex officio auflegen.

Auch die Mutter hat ceteris paribus Entschuldigung, wenn sie kein Inventarium verfertigen lies — ob praesumtum erga liberos amorem.

In diesen Fällen muß jedoch eine eidliche Specification an die Stelle des Inventarii treten. Wird auch diese dolo l. culpa lata nicht exhibirt, so können die Mündel noch immer auf den Würderungseid dringen.

§. 1332. Die Pflichten des Vormunds, die er in Ansehung der übernommenen Vormundschaft zu beobachten hat, werden in Haupt- und Nebenpflichten eingetheilt. Die Hauptpflichten beziehen sich ganz auf des Mündels Person; dies

dies lehrt der Satz: tutor primario datur personae. Er ist also verbunden,

1) die Person des Mündels in allen Fällen gegen widerrechtliche Ansprüche zu vertheidigen. Z. E. Der Mündel wäre in Ansehung gewisser Verlöbnisse in Anspruch genommen worden.
2) Er muß für die gehörige Erziehung und Alimentation des Mündels Sorge tragen. In beiden muß er auf Stand und Vermögen Rücksicht nehmen.
   Anmerkung: Wie er sich in zweifelhaften Fällen zu verhalten habe, davon werden wir unten mehreres beibringen.
3) In Geschäften des Mündels, die zu seinem Vortheil gereichen, muß der Vormund seine Auctorität interponiren.

§. 1333. Die Nebenpflichten des Vormunds beziehen sich auf das Vermögen des Mündels. Dies lehrt der Satz: tutor secundario datur rei. Er muß also das Vermögen des Mündels administriren und zu erhalten bedacht seyn. Die Verwaltung geschieht im Namen des Mündels, daher das Principium — daß er instar domini et boni patrisfamilias zu betrachten sey.

Hieraus folgern die Rechtslehrer: daß die Vormünder pro dolo, culpa lata et levi, keines weges aber pro culpa levissima zu haften verbunden seyen. Conf. L. 7. C. arbitr. tutelae. Der Grund ist: die Unmöglichkeit, daß ein Vormund gefunden werde, der nicht hie und da etwas bei der Administration versehen sollte. Man fehlt ja öfters in seiner eignen Haushaltung; wie sollte man es denn anfangen, um hier gar nichts zu Schulden zu bringen?

Für Unglücksfälle haftet der Vormund noch viel weniger; casum enim nemo praestat.

Ja, es giebt wohl gar Ausnahmen von der Regel, daß der Vormund pro culpa levi stehen soll. Er ersetzt den dem Mündel daraus entspringenden Schaden nicht:

1) Wenn die Nachläßigkeit schon von des Mündels Eltern begangen, von ihm aber nur nicht reparirt worden ist: z. E. des Mündels Vater hat 7 Jahre vor seinem Ableben ex testamento eine Erbschaft angetreten, zu welcher unter andern ein Wald von 6 Morgen gehörte. Mevius setzt sich schon bei Lebzeiten des Vaters in den Besitz des Wal-

Waldes und bleibt ungestört in possessione. Der Vater stirbt, der Vormund sieht das Testament durch, bemerkt den Fehler, vindicirt aber den Wald nicht. Der Mündel wird endlich volljährig, stellt die actionem tutelae an und will von dem Vormund entschädigt seyn. Geht nicht an; denn der Vormund ist nicht schuldig die facta parentum zu untersuchen. Er ist frey von der Entschädigung, wenn ihm nur in diesem Fall nicht dolus oder culpa lata imputirt werden kann.

2) Die Erben des verstorbenen Vormunds praestiren nur dolum et culpam latam. Dies ist zwar controvers. Die gegenseitige Meynung behaupten:

Schilter exercit. 37. §. 107.
Mevius part. 8. dec. 22. und
Cujacius in observ. L. 13. C. 39 et L. 21. C. 2.

Letzterer fühlt zwar, daß seiner Meynung der L. 1. C. de hered. tutor., wo es heist: heredes tutorum ob negligentiam, quae non latae culpae comparari possit, condemnari non oportet etc. entgegen stehe; allein er behauptet eben deswegen, daß die erste Particula *non* ausgestrichen werden müste.

Allein contra auctores allegatos — wird von den Erben des Vormunds nur dolus und culpa lata praestirt. Die Gründe für diese Meynung sind folgende:

a) Difficile est ex alterius facto administrationis rationes reddere. Würde der Vormund sich selbst verantworten können, so würde er manches zu seiner Entschuldigung vorbringen können, welches jetzt die Erben nicht im Stande sind. Wir haben über dies oben schon bemerkt, daß es unrecht ist, mit den Erben des Vormunds hart umzugehen.

b) Ist der Lex 1. C. de hered. tutor. klar. Man muß nicht eher zur gewaltsamen kritischen Interpretation seine Zuflucht nehmen, (Conf. pars 1. Comment. nostri. Tit. 1. §. 35.) als es die höchste Noth erfordert.

c) Ueber dies würde per Cujacii emendationem, die nach der oben angeführten Gesetzstelle unmittelbar folgende Ausnahme: si non contra tutorem lis inchoata est etc. als überflüßig zu betrachten seyn und ganz wegfallen.

d) Widerspricht die quaestionirte Interpretation der Analogie

logie' und deutlichen Gesetzen. Conf. L. 49, D. de oblig: et action. wo es heist: actiones in heredes dantur, licet delictum versetur, veluti cum tutor in tutela gerenda *dolo* fecerit etc. Ueberdies bürgen noch für unsere Meynung:

Stryck in V. M. Tit. de fideiuss. et nom. et hered. tutor. etc.

Carpzov. part. 2. const. 11. def. 35.

3) Der Vormund haftet auch nicht ex paritate rationis für die kleinere Fahrläßigkeit seines Antecessoris; es müste denn seyn, daß er unterlassen hätte, dem Antecessori und seinen Erben richtige Rechnung abzufordern. Es scheint zwar der L. 1. C. de administr. tut. entgegen zu stehen; allein Leyser hat spec. 333. med. 12. gezeigt, daß dem nicht so sey.

§. 1334. Vormünder sollen bei der Verwaltung der Pupillen-Güter gute Hauswirthe seyn. Daher erstrecken sich ihre Pflichten nicht blos auf deren Erhaltung, sondern auch auf anständige Vergrößerung derselben. Sie müssen folglich

1) der Mündel Einkünfte erheben.

2) Die ausstehende Schulden derselben zu rechter Zeit beitreiben. Conf. L. 18. D. h. t. Der Vormund darf aber doch nicht augenblicklich verurtheilt werden, wenn er eine Klage anzustellen unterlassen hat. Denn es könnte actio inanis gewesen seyn. Wenn daher ein Vormund deswegen belangt wird, so kann er immer den gewesenen Mündel damit zurückweisen, daß er erst den Hauptschuldner ausklagen soll, weil er noch nicht sagen kann, daß er wirklich laedirt ist.

Anmerkung: Es versteht sich von selbst, daß der Vormund sogar den Casum praestiren müsse, wenn er in Eintreibung der Kapitalien allzu sorglos war.

3) Auch dürfen sie die Pupillengelder nicht müßig liegen lassen. Was der Mündel zur Alimentation und Erziehung nothwendig braucht, das behält er freylich zurück; es versteht sich, in dem Fall, wenn die Alimentation und Erziehung nicht von den Reditibus des Mündels allein bestritten werden kann. Das übrige Geld muß er zu Erkaufung guter Grundstücke anwenden oder sie zeitig und auf sichere Art auf Zinnsen ausleihen. Auf sichere Art; denn die Nov. 72. Cap. 6. und die Auth. novissime C. de

admi-

administr. tutor. sagt: man soll den Vormund nicht nöthigen, die Gelder des Pupillen auf Zinnsen auszuleihen; und wenn es gleichwohl von ihm geschähe, so solle er pro periculo haften. Iustinians Grund bei dieser Disposition war: man soll lieber einen kleinen Gewinn nicht achten, als das ganze Kapital verlohren gehen lassen.

In Betreff der Zeit, zu welcher der Vormund zur Ausleihung der Kapitalien verbunden seyn soll, haben wir leges ut videtur dissentientes. Der L. 15. D. h. t. bestimmt den sechsten Monat; der L. 7. §. 11. h. t. hingegen den zweyten.

Diese Leges aber sind so zu vereinigen; Wenn die Gelder bei Uebernahme der Vormundschaft schon vorräthig da liegen, oder eben eingegangen sind; so soll dem Vormund kein Vorwurf gemacht werden, wenn er sie binnen den in L. 15. D. h. t. verordneten sechs Monaten unterbringt. Gehen sie aber während der Vormundschaft ein, so hat er ex L. 7. §. 11. h. t. nur zwey Monate Zeit; denn in diesem Fall weiß er es vorher schon, wenn das Kapital aufgekündigt und zahlbar ist und kann sich folglich vor der Heimzahlung nach einem ehrlichen Mann umsehen, der das Anlehen nimmt.

Wenn ein Vormund aber die Gelder des Mündels müssig liegen läßt; so soll er sie zur Strafe selbst zu verzinnsen verbunden seyn. Doch versteht sich von selbst, daß er sich entschuldigen kann, wenn er keine sichere Gelegenheit gehabt hätte, die Gelder unterzubringen. Wenn aber die Frage den Beweis betrift, der deswegen geführt werden soll, daß keine sichere Gelegenheit zum Ausleihen der Gelder vorhanden war; so ist zu antworten: daß solcher dem Mündel obliege; denn er gründet sich darauf, daß der Vormund die Gelder hätte anbringen können, er muß also den Grund seiner Klage beweisen. Kann inzwischen der Mündel nur darthun, daß der Vormund doch seine eigene Gelder in der Zeit sicher untergebracht habe; so ist er ex L. 13. §. 1. D. h. t. von dem Beweise frey.

Cautel: Rathsam ists, daß der Vormund die Gelder, die er nicht sicher unterbringen kann, gerichtlich deponire oder es wenigstens dem Richter melde und ihn ersuche, daß er ihm jemand vorschlagen möchte; so ist er von aller Verantwortung frey.

§. 1335. 4) Müssen Vormünder die Früchte und alles, was sich nicht conserviren läßt, zu rechter Zeit veräusern. Zu rechter Zeit, d. h. wenn der Vormund die Wahrscheinlichkeit vor sich hat, daß der Preis der Früchte steigen werde, so schlägt er sie nicht gleich hin, sondern wartet, damit er auch dadurch dem Mündel einen Vortheil verschaffe.

5) Müssen sie des Pupillen Schulden bezahlen.

6) Müssen sie darauf sehen, daß der Mündel weder gerichtlich, noch außergerichtlich in seinen Rechten geschmälert werde. In den Processen des Mündels muß der Vormund besonders behutsam gehen, sonst wird er in die Kosten verurtheilt. Will daher der Vormund einen importanten Proceß anfangen, so hole er lieber vorher ein Privat-Responsum ein. Denn ist dies für ihn und er fängt den Proceß an, so kann er doch ex post nicht in die Kosten condemnirt werden, wenn er auch succumbiren sollte, weil er a temeritate litigandi frey ist.

7) Darf der Vormund nichts von dem Vermögen seines Mündels verschenken. Thut ers gleichwohl, so wird dadurch das Dominium nicht auf den Donatarium transferirt. Conferatur L. 16. C. h. t. et L. 16. C. de praediis et aliis rebus.

Indessen ist auch hier eine Ausnahme: wenn es aus Nothwendigkeit, wie z. E. bei Taufen, Hochzeiten — oder des Nutzens wegen, wie z E. bei der donatione remuneratoria geschah.

8) Soll er auch des Vaters Befehl nicht gehorchen, wenn solcher dem Mündel schädlich ist: z. E. der Mündel hat von seinem Vater einen prächtigen Garten mit dem Befehl hinterlassen bekommen, daß er ihn in diesem Zustand erhalten solle. Oder der Vater verordnete, daß der Sohn jährlich 1000 fl. auf Universitäten zum Studieren bekommen solle und das Vermögen wirft nur 500 ab. Wenn der Vormund den Mündel auf eine solche Art in Schaden bringt, so muß er ihn ersetzen.

9) Wenn der Vormund die Pupillengelder zu seinem eigenen Nutzen verwendet, so soll er secundum Ius Romanum ad centesimas usuras, i. e. 12 pro Cent verbindlich seyn.

Stryck in V. M. h. t. §. 21. Menken alleg. loco, Brunnemann und Hellfeld statuiren, daß nach dem Iure hodier-

hodierno nur 5 pro Cent gefordert werden könnten; allein Wernher Tom. III. p. II. Observ. 366. hat doch ein Beispiel in contrarium, daß nämlich ein Vormund zu 12 pro Cent condemnirt worden. Die Reichsgesetze verordnen auch nur 5, inzwischen gilt in denjenigen Landen, wo die Privatstrafen wieder eingeschärft worden, auch hier das römische Recht.

Conferatur L. 54. D. de administr. et pericul. tutor.

Was die Frage anlangt: ob ein Vormund Zinnsen von Zinnsen zu geben schuldig sey? — kann nur durch einen Unterschied beantwortet werden, Der Vormund hat entweder Zinnsen, die dem Mündel gehören eingefordert und sie zu seinem Nutzen verwendet, oder ohne sie anzulegen, nachläßiger Weise liegen lassen; hier ist die Frage unbezweifelt zu bejahen. Conferatur L. 9. §. 3. D. h. t.

Observ. Doch würden wir sie hier nicht usuras usurarum nennen, weil die Zinnsen als ein eigenes Capital anzusehen sind.

Oder er ist als Schuldner des Mündels selbst mit Zinnsen im Rest geblieben. Hier sind die Rechtslehrer verschiedener Meynung: Einige z. E.

Wernher p. 8. Obs. 397.

Lynker p. 2. Decis. 996.

Menke de tutore ad usuras usurarum obligato mit Hellfeld

behaupten, daß der Vormund ad usuras usurarum verbunden sey, weil es einerley sey, ob ein Vormund seinem Mündel Zinnsen schuldig bleibt, oder ob er Zinnsen von einem andern Schuldner nimmt und zu seinem Vortheil anwendet. Es sey auch kein crimen anatocismi vorhanden, weil der Vormund duplicem personam vorstellt; einmal als Vormund, und dann als debitor pupilli ex L. 9. §. 3. D. h. t. Er hätte die Zinnsen als Kapitalien ausleihen können und sollen; also seyen die Zinnsen als Kapitalien anzusehen.

Diese Meynung hat sehr vielen Schein und wird noch überdies von Wernher alleg. loco mit Rechtssprüchen unterstützt. Allein demohngeachtet treten wir denjenigen Rechtslehrern bei, welche das Gegentheil annehmen. Denn:

1) haben wir kein einziges Gesetz, welche obenstehende Meynung bekräftigte; vielmehr sind die Gesetze, welche Zinnsen von Zinnsen zu nehmen verbiethen so generell und deutlich, daß kein Dubium dagegen Platz greift.

Conferatur L. 29. D. de usuris. L. 28. C. eod. Im letztern L. ist das nullo modo zu bemerken.

2) Der L. 9. §. 3. D. h. t. den die Gegner anführen, sagt nicht, daß der Vormund duplicem personam vorstelle; er sagt blos: quod tutor adversus alium praestare debuit pupillo suo, id adversus se quoque praestare debet. Wenn der Vormund seinem Mündel Zinnsen schuldig bleibt, so wird dadurch seine Person nicht verändert; wird diese nicht verändert, so ists Anatocismus, wenn der Mündel Zinnsen von Zinnsen nimmt, und diesen haben die Gesetze auf das strengste verboten. Conferatur L. 3. C. de re iudic. Es kann also der alleg. L. 9. nicht auf diesen Fall extendirt werden, sondern es ist darinn blos davon die Rede: daß er für seine Person in negotiis propriis cum pupillo eben den gradum culpae praestiren müsse, den er in negotiis pupilli cum aliis von andern praetendiren kann.

§. 1336. Wenn mehrere Vormünder die Vormundschaft administriren, so haben sie diese Administration entweder getheilt, oder nicht. Im letztern Fall ist jeder in solidum verbunden; im erstern Fall aber haftet jeder nur pro rata sua, vorausgesetzt, daß es im Testament oder von der Obrigkeit so verordnet, daß z. E. dieser die Besorgung der Grundstücke, jener die Kapitalien übernehme et s. p. Und auch in diesem Fall kann ein Vormund für den andern haften müssen, wenn er von dem dolo oder der culpa lata des andern wuste, und keine Anzeige davon machte.

Observ. Es ist nicht vortheilhaft für den Mündel, zumal bei weitläuftigen Vermögensumständen, wenn die Administration coniunctim geschieht. Einer hindert den andern, und oft entsteht eitel Verwirrung daraus. Am besten ists, daß ein tutor gerens bestellt und diesem einige non gerentes an die Seite gesetzt werden. Ersterer muß diesen Caution leisten und diese haften mit; so ist der Mün-

Mündel am besten gesichert. Noch ist zu merken: was in diesem Titel von der Tutela gesagt worden, gilt auch de administratione curae.

LIB. XXVI. TIT. VIII.

De auctoritate et consensu tutorum vel curatorum.

§. 1337. Auctoritas — Vollwort, Genehmigung — ist diejenige Handlung des Vormunds, wodurch er die Geschäfte des Mündels gültend macht und den Mangel seiner Einwilligung ergänzt. Denn da ihm, als Unmündigen, ein unreifer, unvollkommener Verstand beigelegt wird, so nimmt man auch an, daß zu rechtlichen Geschäften auch die Einwilligung fehle. Diesem Mangel soll nun durch das Vollwort des Vormunds abgeholfen werden.

Daher die Axiomata:

1) Auctoritas tutoris est actus legitimus.
2) Durch das Vollwort des Vormunds wird des Mündels Einwilligung supplirt.

§. 1338. Auctoritas tutoris ist aber nach dem Iure Romano nur alsdann erforderlich, wenn der Mündel Geschäfte übernehmen will, wodurch sein Zustand nicht offenbar verbessert wird. Sind es aber Geschäfte, welche seinen Zustand wirklich und unbezweifelt verbessern; so bedarf es der Auctoritaet des Vormunds nicht; nam satis iudicii habere videtur, qui conditionem suam reddit meliorem.

Der Zustand des Mündels aber ist alsdann für verbessert zu halten, wenn er ohne Aufwand iura acquirirt oder andere sich verbindlich gemacht hat: z. E. Benignus macht meiner Niece ein Geschenk von 500 fl. Oder mein Mündel bekommt ein Debitum von 1000 Rthl. remittirt: da ist kein Vollwort, keine Genehmigung nöthig, weil die Ratio legis hier nicht mehr statt findet.

Verschlimmert aber wird des Mündels Zustand, wenn er Obligationes übernimmt, sich andern verbindlich macht: z. E. wenn er verschenkt, Erbschaften repudiirt ꝛc.

Hieraus entspringen denn nun die Contractus claudicantes oder hinkende Contracte, welche zweyseitige Verträge sind, die zwischen einem Mündel und einer volljährigen Person eingegangen werden. Sie sind nur auf Seiten des Volljährigen verbindlich und zu Recht beständig; auf Seiten des Mündels aber ungültig, wenn sie nicht zu seinem wahren Vortheil gereichen.

§. 1339. Auctoritas tutoris ist ein Actus legitimus. Actus legitimi sind ausergerichtliche unter gewissen Solennien begangene Handlungen. Eben dadurch unterscheiden sie sich von den Actionibus legis, welche auch unter gewissen Solennien, aber gerichtlich begangen werden.

Die Actus legitimi erfordern außerdem:

1) continuitatem actus,
2) daß die Genehmigung pure ertheilt werde und
3) daß sie der Vormund in eigener Person und nicht durch Briefe oder Boten ertheile.

§. 1340. Tutor interposita auctoritate iudicium pupilli supplet. Daraus folgt, daß das Vollwort des Vormunds nicht als eine besondere Einwilligung anzusehen ist. Ist nun aber dies, so folgt wieder eine bekannte Regel: Tutor in rem suam auctor fieri nequit. Daher kann der Vormund nicht in solche Geschäfte willigen, die seinen eigenen Vortheil betreffen; es wäre denn per consequentiam, i. e. daß ihn nur das Hauptgeschäft nicht beträfe: z E. Benignus setzt meinen Mündel zum Erben ein. Er ist mir aber schuldig;

Qu. Kann ich als Vormund die Antretung der Erbschaft des Mündels autorisiren? Rsp. Allerdings, weil mich die Antretung der Erbschaft nur per consequentiam trift.

Anmerkung: Der Tutor honorarius kann ex L. 6. D. h. t. auch von dem Mündel selbst kaufen.

Wenn aber der Vormund mit dem Mündel in Processe verwickelt wird oder sonst ein ihm selbst betreffendes negotium mit ihm abzuschliessen hat, so sieht man auf den Unterschied: Der Mündel hat

1) entweder mehrere Vormünder; so müssen diese Mitvormünder ihre Auctorität interponiren.
2) Oder er hat sonst keine; in diesem Fall muß dem Mündel ein Curator ad litem aufgestellt werden. Dies ist denn

eine

eine Person, welche des Mündels Rechte vertheidigt, wenn er mit seinem Vormund einen Proceß zu führen oder ein Negotium abzuschliessen hat.

In dem altrömischen Recht hies er tutor praetorius, weil er von dem praetore urbano constituirt wurde: den Namen findet man jedoch im Corpore Iuris nicht.

§. 1341. Die Auctorität des Vormundes macht die Einwilligung des Mündels vollkommen oder vollständig. Aus diesem folgt.

1) Daß der Vormund per interpositionem auctoritatis auf seine eigene Rechte nicht Verzicht thut: z. E. Der ältere Bruder ist des jüngern Vormund geworden. Nach übernommener Vormundschaft findet sich ein Testament des Vaters, worinnen der ältere Bruder enterbt und der jüngere als Universalerbe eingesetzt ist. Wenn hier der ältere Bruder gewissenhaft und Pflichtmäßig handeln will, so muß er als Vormund die Antretung der Erbschaft seines Mündels autorisiren. Aber er kann ex post dennoch das Testament des Vaters impugniren, denn er hat seine Auctorität nicht als enterbter Sohn, sondern als Vormund interponirt und dadurch keineswegs auf andere Rechte Verzicht gethan.

Ein anderes Beispiel: Benignus hat ein Testament gemacht und meine Niece, deren Vormund ich bin, zur Universalerbin eingesetzt. Ponamus nun, daß unter der Erbschaft ein Haus befindlich ist, welches mir als ein Fideicommissum zufallen muß. Ich autorisire die Antretung der Erbschaft meiner Niece als Vormund; aber dadurch agnoscire ich das Testament noch nicht für gültig.

2) Daß die Einwilligung des Vormunds nicht erzwungen werden kann. Ratio: coacta voluntas est nulla.

3) Wenn mehrere Vormünder constituirt sind, so ist es hinreichend, wenn nur ein tutor gerens seine Auctorität interponirt. Wenn aber die Frage ist: Ob auch ein Ehrenvormund seine Auctorität interponiren könne? so kommt es darauf an: ob ihm die Administration ausdrücklich untersagt ist, oder nicht. Im ersten Fall kann er es nicht, im zweyten unbezweifelt, so bald er zur Administration fähig ist.

§. 1342. Auctoritas tutoris findet nur bei Unmündigen ſtatt, weil ihnen in den Rechten ein unvollkommner Verſtand zugeſchrieben wird.

Den Minoribus wird von den Curatoribus der Conſenſus ertheilt; Conſenſus vero eſt adprobatio negotii, quod a curando geritur. Hierzu ſind keine Solennitäten erforderlich. Auctoritas tutoris und conſenſus curatoris differiren daher ſecundum Ius Romanum auf eine gedoppelte Weiſe:

1) Defectus auctoritatis tutoris pupilli negotium reddit nullum; defectu conſenſus curatoris vero negotium ſtricto iure validum manet, ergo reſcindendum eſt.

2) Auctoritas tutoris ſtatim et praeſente eo interponenda eſt, conſenſus curatoris vero etiam per litteras, per procuratorem, pure et ſub conditione, ſtatim et poſt intervallum dari poteſt.

Nach dem Iure hodierno aber ſtatuiren die meiſten Rechtslehrer, daß es auf dieſen Unterſchied wenig oder nichts mehr ankomme, und daß die negotia minorum ſine conſenſu curatoris ſuſcepta eben ſo wohl null ſind, als die Geſchäfte des Mündels. Denn da unſere Reichsgeſetze ſchlechterdings gebieten, daß die Minderjährigen Curatores haben müſſen, woraus ſattſam zu erſehen iſt, daß ſie nicht ohne Einwilligung derſelben handeln ſollen; ſo ſchlieſt man ganz richtig, daß ihre eigenmächtig unternommene Handlungen null ſeyn müſſen.

Conferatur Stryck in V. M. h. t. §. 4.

§. 1343. Die Auctorität des Vormunds iſt hodie kein Actus legitimus mehr, folglich fallen alle Verordnungen des römiſchen Rechts, die hierauf Beziehung haben, wie ſich von ſelbſt verſteht, weg, und es iſt ſchon genug, wenn der Vormund das Geſchäft ſeines Mündels genehmigt hat. Es hängt auch lediglich von dem Willen des Vormunds ab, mit oder ohne Zuziehung des Mündels zu handeln. Dies war bei den Römern ganz anders. Der Minderjährige hatte kein Ius ſtandi in iudicio; ergo muſte der Vormund ſeine gerichtlichen Geſchäfte alle allein expediren. Bei außergerichtlichen Geſchäften aber muſte er den Mündel mit zuziehen, wenn ſie nicht null ſeyn ſollten. Videatur L. 37. §. 1. ad SCtum Trebell. it. L. 5. C. de iure deliberandi et L. 5. C. quando ex facto tutoris. Die Ratio bei den Römern war: quod nemo

nemo alterius nomine contrahere possit. Dieser Grundsatz fällt nun nach den heutigen Rechten wieder weg, und wir lassen den Vormund und Curator hodie im Namen des Mündels und Curandi allein handeln.

LIB. XXVI. TIT. IX.

Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt.

§. 1344. Die Auctorität des Vormunds supplirt den Consens des Mündels oder macht ihn vollständig. Hieraus ist denn leicht zu ersehen, daß der Mündel ex negotio tutore auctore gesto klagen kann; und eben so wie ihm die Befugnis zu klagen zusteht, so muß auch er ex hoc negotio belangt werden können. Wenn er aber eine Laesion erlitten hat, bleibt ihm die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in salvo.

§. 1345. Nach dem strengern Recht konnte bei den Römern der Mündel, wenn der Vormund allein contrahirt hatte, ex facto tutoris weder klagen noch belangt werden; denn die Regel war: nemo per tertium acquirere vel obligari potest. Allein in der Folge hielten sie es doch für billiger und ließen also in diesem Fall die actionem utilem zu.

§. 1346. Wir haben den Grundsatz: factum tutoris est factum pupilli; woraus erhellt, daß wir gleichsam eine unitatem personae tutoris et pupilli statuiren; folglich kann bei uns auch directe geklagt werden, wenn auch schon der Vormund proprio nomine des Mündels Geschäft expedirt hat. Nur ist vorauszusetzen, daß das Geschäft ein solches ist, wodurch der Mündel keine Laesion erlitten hat. Denn kann eine Laesion gezeigt werden, so wird der Mündel in integrum restituirt. Wir wollen zum Beispiel nehmen, Du giengst zum Vormund und wolltest 1000 fl. als ein Mutuum von ihm haben. Da er eben Pupillengelder liegen hat, so zählt er Dir die 1000 fl. auf und läßt die Schuldverschreibung auf sich richten. Nun fragt sich: ob der Mündel aus dieser Schuldverschreibung Klage erheben könne? — Die Antwort

ist: Allerdings, wenn nur bewiesen werden kann, daß der Vormund das Anlehen ex re pupilli bestritten hat. Denn der Vormund wird hier angesehen, als ob er in der Person des Pflegbefohlnen contrahirt hätte.

Wir haben oben erinnert, daß wir den Grundsatz haben: factum tutoris est factum pupilli. Hievon sind folgende Ausnahmen zu merken:

1) Wenn der Vormund zum offenbaren Schaden des Mündels handelt: z. E. Sachen, die dem Mündel gehören, wegschenkt, der Wittwe ein allzustarkes Wittum aussetzt, debita remittirt etc. so heist es: factum tutoris non est factum pupilli. Der Grund ist: dies heist nicht administrare sondern pessundare, den Mündel ruiniren.

2) Wenn der Vormund betrogen hat. Hier haben wir eine andere Regel, nämlich diese: Dolus tutoris non nocet pupillo. Jedoch ist hiebei der Unterschied zu bemerken:

a) Der Vormund hat den Betrug in administratione rei pupillaris begangen; h. c. kann der Pupill freylich ex dolo tutoris, in soferne er dadurch reicher geworden, belangt werden, wenn er anders gegen den Vormund seinen Regress nehmen kann. Ist letzteres nicht, so kann er sich doch durch die Cession der actionis tutelae von der Verbindlichkeit ex dolo befreyen. Daher ist es consilii, wenn er die Betrügereyen des Vormunds gewahr wird, daß er darüber nicht mit ihm transigire; denn dadurch verliehrt die Action, die er bei der Cession nöthig hätte: z. E. In der Verlassenschaft des Vaters sind allerley Pfänder. Der Vormund veräußert sie widerrechtlich und zieht das Geld an sich. Der Mündel muß ex post haften und seinen Regress bei dem Vormund suchen. Wenn er sich nun darüber mit dem Vormund verglichen hätte, und er käme jetzt in Schaden; so könnte er auch die actionem tutelae dem Laeso nicht cediren.

b) Hat er aber den Betrug in re sua et nomine pupilli begangen; so haftet der Pupill gar nicht.

§. 1347. So wie der Mündel ex facto tutoris klagen und belangt werden kann; so kann auch der Vormund während der Vormundschaft belangt werden, daß er ex bonis pupilli zahle. Wenn aber die Vormundschaft geendigt ist, so findet regulariter keine Klage gegen ihn statt; es wäre denn, daß er sich selbst durch Bürgschaft oder Betrug verschuldet hätte.

LIB.

LIB. XXVI. TIT. X.

De suspectis tutoribus vel curatoribus.

§. 1348. Suspectus tutor vel curator est is — qui non ex fide gerit. Es ist gleich viel, ob einer wirkliche Untreue begangen oder nur deshalb Vermuthungen gegen sich hat. Beispiele sind: wenn einer Geld gegeben hätte, um Vormund zu werden — wenn einer ein Inventarium zu machen unterlassen hätte.

Uebrigens kommt nichts darauf an, ob dolus oder culpa bei der Untreue concurrirt; nur muß die Untreue erweislich seyn. Auch macht nicht jeder Grad der Fahrläßigkeit suspect, wovon unten ein mehreres.

§. 1349. Suspectus tutor est — qui non ex fide gerit; folglich kann jeder Vormund, er sey ein testamentarischer, gesetzlicher oder gegebener, suspect werden.

Auch befreyt Satisdatio Tutoris nicht vom Verdacht; denn dadurch ist der Mündel noch nicht gegen einen betrügerischen Vormund gesichert.

Die Armuth allein aber macht den Vormund noch nicht verdächtig; und verarmt ein Vormund, so kann er deswegen nicht abgesetzt, sondern ihm ein Curator an die Seite gesetzt werden. Ratio: Denn es ist eine Schande, wenn einem die Vormundschaft genommen wird.

Gemeiniglich setzt ihm die Obrigkeit den Curator an die Seite, entweder die Administration des Vermögens zu führen oder über den Vormund Aufsicht zu halten.

§. 1350. Weil dem Staat an dem Glück und der Wohlfahrt der Mündel und Minderjährigen gelegen seyn muß, diese aber sehr gehindert würde, wenn sie unter der Aufsicht und Vorsorge verdächtiger Vormünder stünden; so verordnen die Gesetze, daß verdächtige Vormünder abgesetzt werden. Nur der gesetzliche Vormund soll seines Amtes nicht entsetzt werden, wenn er suspect ist; sondern ex L. 99. D. h. t. soll ihm die Obrigkeit einen Curatorem adiungiren. Der Mündel hat das Remedium solches zu verlangen, welches deswegen das Remedium ex L. 9. D. h. t. heist. Der Grund, warum er nicht abgesetzt wird, ist, weil der Schimpf den Mündel selbst mit treffen würde, indem der gesetzliche Vor-

Vormund gewöhnlich der nächste Verwandte des Mündels ist.

Die Absetzung des verdächtigen Vormund und Curators wird durch die Accusation bewirkt, welche jedem ex populo zusteht. Ja, sogar Weibspersonen konnten bei den Römern accusiren, weil die Sache das gemeine Beste betrift. Es ist dies inzwischen immer als etwas besonderes in dem römischen Rechte zu betrachten, weil sonst die Weibspersonen nie für andere postuliren konnten. (§. 364.) Die actio hies hier quasi-publica. Der Mündel kann inzwischen den Vormund nicht selbst ob suspicionis causam accusiren, weil er das Ius standi in iudicio nicht hat und überhaupt auch nicht gehörig versteht, ob suspicionis causa vorhanden ist, oder nicht. Wenn er aber mündig worden ist, so accusirt er mit Rath und Zuziehung seiner Verwandten.

§. 1351. Aus Thathandlungen erkennt man grösstentheils, ob ein Vormund verdächtig ist, oder nicht. Daher müssen diese und zwar von dem Iudice ordinario untersucht werden. Iudex ordinarius ist derjenige, welcher den Vormund constituirt oder bestättigt hat. Es schadet nichts, wenn er nur die niedere Gerichtsbarkeit hat, die Accusatio findet doch bei ihm statt; denn zielt der Regel nach nur auf die Cassation des Vormunds, und wer den Vormund setzen kann, der kann ihn auch absetzen. Bei dem Criminalrichter kann nur accusirt werden, wenn eine härtere Strafe, als Cassation erkannt werden müste: z. E. wenn der Vormund dem Mündel nach dem Leben getrachtet, oder ein Crimen stellionatus begangen hätte.

Die causae cognitio gegen den verdächtigen Vormund wird nur in processu civili verhandelt, und wenn Anverwandte accusiren, so ist imploratio summaria hinreichend. Excipe: Der processus criminalis findet statt, wenn der Richter remotione graviorem poenam erkennen muß. Effectus: Hat der Vormund nicht treulos gehandelt, so wird er von der Klage absolvirt.

Hat er aber treulos gewirthschaftet, so wird er

1) suspendirt und ad interim ein neuer Curator gesetzt. Ratio: Damit dem verdächtigen Vormund alle Gelegenheit zu fernerer Untreue benommen werde; Einige Rechtslehrer behaupten, daß mit der Accusation die Suspension imme-

ämmediate verbunden sey ex L. 14. §. 1. D. de solut. Allein der Lex erfordert praegnantem suspicionem und diese muß sich erst ex causae cognitione ergeben. — Das nämliche gilt auch von andern Administratoren.

Wenn der Mündel oder Minderjährige vom Vormund oder Curator keine Alimente bekommt, so wird er auf vorhergängiges Ansuchen in dessen bona immittirt.

2) So bald der verdächtige Vormund confessus und convictus ist, so wird er abgesetzt und zwar

a) cum infamia — wenn er des Doli überführt worden. Doch geschieht dies sehr selten. Man hat sich daher wohl vorzusehen; denn steht die Formel: er ist seines Betrugs wegen für ehrenlos zu achten, nicht ausdrücklich in sententia cassatoria, so ist er auch nicht ehrenlos.

b) Sine infamia — wenn er in culpa lata versirt und derselben überwiesen wird.

Obs. Es kann daher kein Vormund ob culpam levem und noch vielweniger ob culpam levissimam abgesetzt werden. Doch dies wird von den Rechtslehrern bestritten. Das Gegentheil behaupten:

Wissenbach ad L. 9. C. de suspectis tutor.
Duarenus in Comment. Iur. civil. h. t.
Wesenbec. ad D. h. t. n. 6.

In dem L. 9. C. de suspect. tut. heist es: suspectos tutores ex dolo, non etiam eos, qui ob negligentiam remoti sunt, infames fieri manifestum est. Hieraus schließt man: weil hier der Negligentiae gedacht und kein Grad bestimmt ist, so muß media darunter verstanden werden, folglich ist von der culpa levi die Rede. Allein so scheinbar dies Argument ist; so ist es doch hier nicht anwendbar; denn nur da werden dolus und culpa lata aequiparirt, wo von der Indemnisation die Rede ist. H. l. aber und an allen übrigen Locis, wo von einer positiven Strafe die Rede ist, müssen dolus und culpa lata wohl von einander abgesondert werden. Es ist also im L. 9. C. h. t. nimmermehr von der culpa levi, sondern blos von der culpa lata die Rede. Dies wird noch deutlicher, wenn man den L. 7. §. 1. D. h. t. mit dazu nimmt, wo es heist: si fraus non sit admissa, sed lata negligentia, quia ista prope fraudem accedit, removeri hunc, quasi suspectum oportet. Es kann also ob culpam

levem

levem kein Vormund, und derselbe ob culpam leviſſimam um so viel weniger abgesetzt werden. Dieser Meynung treten bei:

Struben in rechtlichen Bedenken P. 1. N. 85.
Boehmer introd. in I. D. h. t. §. 7.
Struv. Exercit. 31. §. 52.

Allein auch der Satz selbst: daß der *ob culpam latam* abgesetzte Vormund nicht ehrlos werde — ist strittig. Daß ihn die Absetzung infamire, behaupten:

Vinnius ad §. 6. Inst. h. t.
Heineccius in element. iuris civ. sec. ord. inst. h. t. §. 306.
Cujacius obs. L. 7. c. 8.

Allein die Gründe, mit welchen diese Meynung unterstützt werden will, sind so seicht, daß sie fast keine Widerlegung verdienen. Denn der vorhin alleg. L. 7. §. 1. D. h. t. ist ganz plan und deutlich. Nimmt man noch dazu den L. 3. §. 18. D. h. t. und den L. 9. C. eod. so ist unser Satz keinem Zweifel mehr unterworfen. Und der von den Gegnern noch zum Beschluß aufgeführte L. ult. C. arb. tut. sagt nur: daß der Vormund, der kein Inventarium gemacht hat, des Doli zu beschuldigen sey.

Conf. Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 3ter Band. Med. 165 und 166. wo beide ersigedachte Fälle gründlich auseinander gesetzt und beantwortet sind.

§. 1352. Da die Anklage gegen den verdächtigen Vormund hauptsächlich dahin geht, daß er removirt werden soll, so folgt: daß sie nicht mehr statt finde
1) wenn die Vormundschaft geendigt, oder
2) der Vormund gestorben ist.

Uebrigens wird dieser ganze Titel bei uns wenig Anwendung finden, weil bei uns den Vormündern jährlich die Rechnungen abgefordert werden. Denn dies machte eben bei den Römern die Remotiones tutorum häufig, weil sie erst finita tutela Rechnung ablegten.

Jedoch ganz extra usum ist der Titel auch nicht, sondern wird in casu obveniente noch seine Application finden. Es wird aber hodie nicht mehr per modum accusationis, sondern nur per modum denunciationis gegen die Vormünder ver-

verfahren, i. e. es wird der Obrigkeit angezeigt, daß der Vormund untreu sey. Dieser Unterschied ist erheblich. Denn bei der Denunciatione hat der Denunciant keinen Proceß mit dem Vormund, aber bei der Accusatione kann der Accusator dem Proceß nicht entgehen.

§. 1353. Die Vormundschaft endigt sich

I. bald ex parte tutoris. Dahin gehört:

1) der Fall, wenn der Vormund removirt wird. Alsdenn wird aber dem Mündel ein neuer constituirt.

2) Wenn der Vormund des natürlichen oder bürgerlichen Todes gestorben ist. Denn die capitis deminutio maxima et media beraubt der bürgerlichen Rechte. Die Vormundschaft endigt sich hier jedoch nur so, daß sie nicht auf die Erben übergeht.

II. Ex parte pupilli und zwar l. in totum l. in tantum. Hieher gehört der Fall: wenn der verdächtige Vormund removirt wird, oder wenn er mortem naturalem l. civilem erlitten hat. In totum aber endigt sie sich

a) durch des Mündels natürlichen Tod,

b) per capitis deminutionem maximam et mediam; nam utraque privat iuribus civilibus;

c) per cap. deminut. minimam; nam patrem habenti non datur tutor;

d) durch erlangte Pubertät.

Allein letzteres findet iure hodierno nicht mehr statt, und gewöhnlich führt der Vormund die Vormundschaft bis zur Majorennität fort. Wenigstens kann er es, wenn er will. Er continuirt ipso iure die curam nach geendigter Tutel; ergo braucht er keine Bestätigung. Aber er heißt jetzt doch Curator. Inzwischen kann auch der Mündel nach erlangter Pubertät sich einen andern zum Curator erwählen; denn dies Recht haben bei uns die Minderjährigen und es kann ihnen nicht genommen werden.

LIB. XXVII. TIT. I.

De excusationibus.

§. 1354. Excusatio ist die Anführung eines rechtmäßigen Grundes, warum man nicht Vormund seyn könne. Ist der Grund, welcher angeführt wird, so beschaffen, daß dadurch der Vormund unfähig wird, die Vormundschaft zu übernehmen, so heist die Entschuldigung excusatio necessaria; ist er aber so beschaffen, daß seine Anführung ihn von Uebernehmung der Vormundschaft frey macht — excusatio voluntaria.

Diese beide Gattungen von Entschuldigungen sind sehr von einander unterschieden:

1) Excusationes voluntariae haben die nächste Beziehung auf die Vormünder und sind in den Gesetzen zu ihrem Besten erlaubt; die necessariae hingegen zum Besten der Mündel und des Staats. Dem Mündel gereicht es z. E. zum Besten, daß ein Minderjähriger nicht Vormund seyn darf; dem Staat, daß es die Soldaten nicht werden dürfen.

2) Excusationes voluntariae hängen von dem Arbitrio des Vormunds ab; necessariae hingegen nicht.

3) Excusationes voluntariae befreyen nur von einer Vormundschaft, die man übernehmen soll; necessariae hingegen befreyen auch von bereits übernommenen Vormundschaften; denn sie werden den Vormündern abgenommen. — Von der Excusatione necessaria ist schon oben §. 1310. gehandelt worden; hier ist also nur von der voluntaria die Rede.

§. 1355. Das Fundamentum excusationis voluntariae ist entweder ein Privilegium, oder Impotentia (das Unvermögen Vormundschaften zu übernehmen.) Ersteres steht demjenigen zu, der viele Kinder gezeugt hat. Den Grund zu diesem Privilegio gab der Caelibat, der bei den Römern einreisen wolte.

Um

Um diesen und andern Ausschweifungen vorzubeugen, wurde

1) dies Privilegium gegeben, daß, wer 3 legitime Kinder am Leben hätte, mit dem onere tutelae verschont bleiben sollte. Die Italiener mußten 4, die Provinzialen 5 haben, wenn sie frey seyn wollten. Die Römer waren nämlich die wollüstigsten, die Italiener lebten züchtiger, die Provinzialen aber übertrafen beide Völker an Keuschheit.

Qu. Wie viele Kinder man nach dem heutigen Recht am Leben haben muß, um frey von Uebernehmung der Vormundschaft zu seyn?

Rsp. Die Rechtslehrer sind hierüber nicht einig. Leyser sagt 5, denn wir Deutsche seyen als Provinzialen der Römer anzusehen. Allein Deutschland ist nie eine römische Provinz, mithin fällt die Application weg. — Stryck sagt, wir sind als eingebohrne Römer zu betrachten, folglich befreyen uns von Uebernehmung der Vormundschaft 3 lebende Kinder. — Allein das privilegium excusationis hatte seinen Grund in einer ganz besondern Staatsverfassung, es ist also hier gar nicht zu appliciren.

Ueberdies haben wir ein Gesetz, welches verordnet, daß diejenigen, welche viele Kinder haben, einen Vorzug vor andern bei Vertheilung der Aemter haben sollen. Indessen ist es der Billigkeit gemäß, daß der Richter diejenigen von der Uebernahme der Vormundschaft befreye, die mit der Erziehung ihrer eigenen Kinder viel zu thun haben.

2) Hatten dies Privilegium auch die administratores rerum fiscalium et patrimonialium principum. §. 1. Inst. h. t. steht ausdrücklich: *excusari posse.* Allein hodie haben sie vielmehr excusationem necessariam, weil der Fiscus dem Mündel in der Sicherstellung allemal vorgeht.

3) Die zum Besten des Staats abwesend sind: z. E. Legati. Diese haben die excusationem voluntariam noch 1 Jahr nach ihrer Rückkehr. Ja sie können sich auch von einer schon übernommenen Vormundschaft durch die Excusation befreyen; so bald sie aber wieder gegenwärtig sind, so müssen sie die Vormundschaft wieder übernehmen.

4) Alle Obrigkeiten, z. E. Amtleute, Burgermeister, Räthe ꝛc. In praxi dehnt man diesen Satz so gar auf alle Personen aus, die in officio publico stehen. Stryck hat

ein Urthel, daß ein Förster von der Vormundschaft losgesprochen wurde.

5) Professores publici ordinarii et extraordinarii. Es heist in leg. all. si disciplinis instructi essent. Leyser glaubt, daß sich dies am besten aus dem applausu beurtheilen lasse.

6) Consiliarii principum.

§. 1356. Daß zweyte Fundamentum excusationis voluntariae ist impotentia. Dahin gehört

1) die Entschuldigung wegen 3 Vormundschaften in einem Hause, i. e. in einer Familie. Z. E. Der Vater hätte 2 Vormundschaften und der Sohn auch eine. Die Regel aber ist: tutelae magis ponderandae, quam numerandae sunt. Auf die Wichtigkeit und Beschwerlichkeit der Vormundschaften kommt es hauptsächlich an und nicht auf die Zahl. Eine kann oft drey überwiegen. Dies muß nun der Richter arbitriren und dabei auf das Rechnungswesen, welches am meisten zu schaffen macht, Rücksicht nehmen.

2) Entschuldigt auch die Armuth. Es wird aber unter der Armuth eine solche verstanden, wo einer weiter nichts hat, als was er täglich verdient. Denn es ist billig, daß man solche Menschen nicht noch mehr belastet.

Obs. Heut zu Tag giebt dieser Umstand excusationem necessariam, denn bei uns muß ein Vormund angesessen seyn.

3) Krankheit, wenn sie so beschaffen ist, daß einer nicht einmal das Seinige besorgen kann.

4) Unwissenheit im Schreiben und Lesen. §. 8. Inst. h. t. Denn wer nicht schreiben kann, der kann auch nicht gehörig Rechnung ablegen. Conf. Vinnius h. t.

Hellfeld macht hiebei die Limitation: daß man sich bei Vormundschaften, die keine weitläuftige Rechnung erfordern, mit der Imperitia litterarum nicht entschuldigen könne.

5) Das 70jährige Alter. Dies ist die Vocations-Zeit, welche von allen oneribus publicis befreyt.

6) Die Feindschaft des Vormunds gegen des Mündels Vater oder den Mündel selbst. Sie ist eigentlich excusatio necessaria, kann aber voluntaria werden, wenn etwa des

Mün-

dels Vater seinen Feind im Testament zum Vormund ernannt hätte. Der Vater kann hiebei

a) die Absicht gehabt haben, den Vormund in Processe zu verwickeln. §. 9. Inst. h. t. et L. 6. §. 17. h. t. Es findet daher eben deswegen die Entschuldigung statt.

b) Vielleicht wollte er aber dadurch Gelegenheit zur Aussöhnung geben. Conf. Leyser spec. 337. med. 2.

§. 1357. Wenn jemand sich seiner Entschuldigung bedienen will, so muß er den Grund anführen, warum er frey seyn will. Bei den Römern mußte es mündlich geschehen, bei uns aber ist es einerley, ob es mündlich oder schriftlich geschieht. Fiat vero

1) ante susceptam tutelam,

2) Iusto tempore. Das Tempus war bei den Römern eine Frist von 50 Tagen; bei uns dependirt es von dem arbitrio iudicis, welcher gemeiniglich eine Frist von 14 Tagen constituirt, weil sonst der Mündel Schaden leiden würde. Daß der Vormund seine Entschuldigung vorher vorbringen könne, versteht sich von selbst.

Wenn einer mehrere Entschuldigungen hat, so muß er sie innerhalb der anberaumten Frist auf einmal vorbringen, damit die Uebertragung der Vormundschaft nicht verzögert werde. Thut ers nicht, so macht er sich dadurch der Entschuldigungen verlustig. Ist die Allegatio geschehen, so untersucht der Richter den Grund oder Ungrund derselben und decretirt hierauf, daß der Vormund entweder von der zu übernehmenden Vormundschaft befreyt, oder Einwendens ohnerachtet sie zu übernehmen verbunden sey. Im letztern Fall muß er für alle Gefahr haften, wenn er die Vormundschaft nicht augenblicklich übernimmt, und allen Schaden ersetzen, der dem Mündel unterdessen daraus erwachsen ist. Dahero ist rathsam, daß derjenige, so sich zu excusiren gedenkt und nicht ganz gewis ist, daß er obsiegen werde, die Vormundschaft einstweilen cum protestatione, er wolle dadurch seinen Rechten nicht entsagt haben, übernehme. Denn langt er nicht durch, so ist er doch allemal im reinen. Im erstern Fall ist er frey, es wäre denn, daß er den Richter belogen hätte, denn da ist er ex L. 3. C. si tutor l. curator zur Indemnisation verbunden. Eben dies gilt, wenn er den Richter bestochen hätte, daß er ihm durchhelfen möchte.

§. 1358. Wir haben hier ein Paar Regeln zu merken:

I. Quilibet iuri suo renuntiare potest, ergo etiam tutor cui excusatio competit. Dies kann so wohl ausdrücklich, als stillschweigend geschehen.

a) Ausdrücklich, i. e. per pactum. Z. E. Ich merke, daß ich bald aus der Welt gehen werde, Benignus steht mir als Vormund über meine Kinder am besten an. Ich mache also einen Vertrag mit ihm, daß er die Vormundschaft, als Freund meines Hauses, übernehmen und sich nach meinem Tod nicht excusiren wolle. Er verspricht mir alles; gut, so bleibts denn dabei.

b) Stillschweigend; wenn einer z. E. die Vormundschaft übernimmt, ohne sich zu entschuldigen, da ers doch gekonnt hätte. Oder wenn einer ein Legat annimmt, daß ihm unter der Bedingung hinterlassen worden, die Vormundschaft zu übernehmen. Ratio: qui commoda rei habet, et incommoda velle debet.

II. Ad iura renuntiata non datur regressus; ist folglich die Renuntiatio auf die Entschuldigung bei zu übernehmender Vormundschaft einmal geschehen, so kann weiter keine mehr beigebracht werden; es wäre denn, daß die Entschuldigung von der Art wäre, daß sie nicht vorausgesehen werden konnte. Z. E. B übernimmt die Vormundschaft und wird gleich darauf Stadt-Syndicus allhier.

LIB. XXVII. TIT. II.

Ubi pupillus educari vel morari debeat et de alimentis illi praestandis.

§. 1359. Die erste Pflicht des Vormunds ist, für die Erziehung und die Alimentation des Mündels Sorge zu tragen. Zur Erziehung ist denn nun aber der Vormund nicht absolute verbunden, sondern es kommt darauf an, ob ihm solche von dem Vater des Mündels im Testament übertragen worden, oder nicht. Ist ersteres, so gehts nach des Vaters Willen; ist aber letzteres, so steht das ius educandi bei der Mutter, oder Grosmutter. Es wäre denn

1) daß

1) daß sie zur zweyten Ehe schreiten wollte; hier soll sie ex L. 22. C. de administratione tutor. das ius educandi verliehren. Die Ratio legis ist: weil sie durch allzugrosse Liebe zu dem zweyten Manne sich verblenden lassen und dem Kinde nach dem Leben stehen könnte. Von den Masculis gilt aber diese Verordnung schlechterdings nicht, d. h. einem gesetzlichen Vormund, der zur zweyten Ehe schreitet, kann um deswillen die Vormundschaft nicht genommen werden.

2) Auch verliehrt sie die Vormundschaft, wenn sich eine andere Art des Verdachts ergeben sollte: z. E. Sie führte ein unkeusches Leben.

Obs. Nach deutschen Rechten kann der Mutter wegen der zweyten Verheurathung das ius educandi nicht genommen werden, es müsten denn andere Umstände vorhanden seyn, welche eine solche Veränderung nothwendig machten z. E. sie würde ein ephippium reipublicae.

Wenn aber weder Mutter noch Grosmutter vorhanden wäre, so hat der Vormund allemal das nächste Recht zur Erziehung des Mündels. Er besorgt bisweilen die Erziehung selbst, bisweilen überträgt er sie andern tüchtigen Personen, z. E. Schullehrern. Sollte aber die Obrigkeit ein anderes verordnen, so muß der Vormund sich solches gefallen lassen, denn die Obrigkeit ist als Obervormünderin anzusehen.

§. 1365. Wir sehen also, daß es Fälle giebt, wo der Vormund mit der Erziehung selbst nichts zu thun hat. Indessen liegt ihm doch die Pflicht ob, die Aufsicht über des Mündels Erziehung zu führen und die Erziehungskosten und Alimente zu rechter Zeit aus dem Vermögen des Mündels zu verschaffen. Handelt der Vormund dagegen, so kann der Mündel die Immission in die Güter des Vormunds verlangen.

Den Modum educandi et alimentorum hat entweder der Vater des Pupillen im Testament bestimmt, oder nicht. Ist ersteres, so muß man darnach gehen; es wäre denn: daß das Vermögen nicht hinreichte. In diesem Fall muß es der Vormund der Obrigkeit anzeigen und um eine Verringerung bitten. Ist aber letzteres, so ist die Regel: daß der Vormund sparsam haushalte und sich übrigens nach dem

Vermögen und Umständen des Mündels richte. Besonders ist die Sparsamkeit anzurathen, wenn die Einkünfte nicht zureichen, sondern Capitalien angegriffen werden müssen. Der Vormund thut hier wohl, wenn er es der Obrigkeit anzeigt und sich von ihr ein Quantum vorschreiben läst. Denn dadurch befreyt er sich auf beiden Seiten von Vorwürfen. Auch die Obrigkeit muß indessen in Bestimmung des Aufwandes auf den Stand und das Vermögen des Mündels Rücksicht nehmen.

LIB. XXVII. TIT. III.

De tutelae et rationibus distrahendis et utili curationis causa actione.

§. 1361. Da die Vormünder Administratores sind, so müssen sie auch die Pflichten der Administratoren auf sich nehmen, d. h. sie müssen

1) gehörigen Fleis anwenden,
2) Rechnung ablegen, und
3) den Ueberschuß herauszahlen.

§. 1362. Die Vormünder sollen gehörigen Fleis (debitam diligentiam) anwenden. Debita diligentia ist bei den Vormündern regulariter media diligentia. Wenn sich aber ein Vormund aufgedrungen haben sollte, so ist er ad summam diligentiam verbunden. Hieraus erhellet zur Genüge, daß er im ersten Fall culpam levem, im letztern aber culpam levissimam praestiren müsse.

Eben diese Regeln finden auch in Ansehung der ausenstehenden Kapitalien des Mündels statt. Wenn z. E. der Vormund sie nicht zu gehöriger Zeit ausgeliehen oder einkassirt hätte.

Dafür, daß dies, oder jenes Capital verlohren gegangen ist, braucht der Vormund nicht zu haften; wenn er aber dafür zu haften verbunden seyn soll, so muß ihm dolus oder culpa levis imputirt werden können. Nach dem römischen Recht sahe er beim Ausleihen der Pupillengelder blos darauf, ob die Person zahlfähig war oder nicht; heut

zu

zu Tage aber soll er nach Landesgesetzen nur auf obrigkeitlichen Consens ausleihen.

§. 1363. Eine andere Pflicht der Vormünder ist die — Rechnung abzulegen. Rechnung ablegen heist sonst in sens. general. demonstrare, quomodo administrator in administratione versatus sit, d. h. sich verantworten, wie man sein Amt verwaltet habe; h. l. aber nehmen wir das Wort stricte. Rechnungen sind also hier: glaubwürdige Verzeichnisse von den Einnahmen und Ausgaben. Zergliederung des Begrifs:

1) Rechnungen sind Verzeichnisse, d. h. es muß Post für Post einzeln angesetzt seyn. Denn sonst sind sie rationes in folio. Diese aber werden nicht paßirt, und sollte man sie doch haben paßiren lassen, so können sie doch ex post noch verworfen werden; denn sie erwecken immer praesumtionem suspicionis.
2) Rechnungen sind glaubwürdige Verzeichnisse, d. h. solche, wo die Bescheinigungen und Quittungen von den Ausgaben mit beigebracht werden. Man heftet sie am Ende der Rechnungen an.
3) Rechnungen sind glaubwürdige Verzeichnisse von den Einnahmen und Ausgaben. Es ist bekannt, daß nicht alle und jede Rechnungen hierauf gerichtet sind, auch zuweilen nicht gerichtet seyn können.

Nach dem römischen Recht werden die Rechnungen erst nach geendigter Vormundschaft abgelegt; denn sie hielten es für ungereimt, Rechnungen vor Niederlegung eines öffentlichen Amtes zu verlangen. Hingegen fordert schon das Ius Canonicum eine jährliche Ablegung der Vormundschaftsrechnung. Conf. Clem. 2. §. 1. de religios. dom. Der Grund hievon ist: weil die Vormünder zu lange ohne Aufsicht bleiben würden. Die erste Bestätigung von dieser Verordnung finden wir in dem Reichsabschied von 1548. Tit. 31. §. 3. Allein dieser Reichs-Abschied sagt nur, daß die Vormünder und Vorsorger alsdann dazu verbunden seyn sollten, wenn es die Obrigkeit verlangte. Das letzte Gesetz hierüber ist der R. A. von 1577. wo es Tit. 32. §. 3. heist: daß die Vormünder und Vorsorger ihres Amtes halber jährlich Rechnung abzulegen verbunden seyn sollen. Diese Gesetze finden wir in den meisten Landes-

Constitutionen bestättigt. Allein, so heilsam und nothwendig sie sind, so wird doch öfters ihnen nicht nachgelebet.

Nach dem römischen Recht legte der Vormund seine Rechnung dem Mündel und seinem Curatori vor; war aber der Mündel tod, seinen Erben. Nach den heutigen Rechten wird die Rechnung nach geendigter Vormundschaft dem gewesenen Unmündigen abgelegt; durante tutela aber dem Richter, der den Vormund constituirt oder bestättigt hat.

Wenn der Vormund nicht jährlich seine Rechnung ablegt, so ist die Obrigkeit befugt ihn durch Zwangsmittel dazu anzuhalten. Die Zwangsmittel sind nach dem iure communi mandata sine clausula; in einigen Landen Strafbefehle. Der modus procedendi ist folgender:

Wenn die Rechnung nach einem Jahr und 6 Wochen vom Vormund nicht beigebracht wird, so wird ihm von der Obrigkeit ein Befehl zugefertigt, bei 10 Rthl. Strafe Rechnung abzulegen. Wird diesem nicht Folge geleistet, so wird der Strafbefehl wiederholt und dann die Strafe vollzogen. Wird die Rechnung noch nicht beigebracht, so nimmt man den Vormund in Verhaft, setzt ihn ab und entschädigt den Mündel aus seinem Vermögen. Denn er ist debitor morosus, wenn er nicht zu rechter Zeit Rechnung ablegt und hat nicht die geringste Entschuldigung, dies interpellat pro homine.

§. 1364. Die Vormundschaftsrechnungen werden ad monendum communicirt. Die Monita betreffen entweder einzelne Posten, oder nicht. Jene heisen monita specialia, z. E. wenn der Vormund eine Post nicht mit Quittung belegt hat; diese generalia. Die monita generalia schickt der Monent voraus, und die specialia läst er nachfolgen. Die Monita über Vormundschaftsrechnungen haben das Besondere, daß man dabei auf das Officium des Vormunds Rücksicht nimmt. Wenn der Minderjährige maiorenn geworden, so wird diesem die Rechnung ad monendum communicirt; wo nicht, so bestellt die Obrigkeit ex officio einen Monenten, der aber das Rechnungswesen gut verstehen muß. Am besten ists, die Obrigkeit stellt einen Advokaten dazu auf, weil er auch in Ansehung anderer Pflichten, die der Vormund zu beobachten unterlassen haben könnte, moniren muß.

Die

Die Monita werden sodann dem Rechnungsführer zur Beantwortung communicirt. Hierauf entscheidet der Richter, ob sie beantwortet sind, oder nicht. Ist die Rechnung berichtigt, so wird dem Rechnungsführer darüber eine Quittung ausgestellt, welche der Iustifications-Schein heist. Die über jährlich abgelegte Rechnung ertheilte Quittungen, heisen specielle, und die nach geendigter Vormundschaft über alle und jede Rechnungen ertheilte Quittung, heist die General-Quittung.

Ist die Rechnung nicht berichtigt, so läßt der Richter die zweifelhaften Fälle noch einmal untersuchen und ertheilt dann den Bescheid. Auserdem aber hat man sich bei allen Rechnungssachen den Grundsatz zu merken, daß sie summarisch verhandelt werden, weil durch die Formalien der Proceß allzusehr in die Länge gezogen würde. Der Beweis wird, wenn es nicht einen absonderlich starken Posten betrift, nicht so strenge gefordert. In geringfügigen Sachen wird oft der Beweis durch sein Manual angenommen.

§. 1365. Wenn die Rechnung abgelegt ist und der Vormund den Iustifications-Schein erhalten hat, so kann er zu neuern Rechnungen nicht angehalten werden. Nichts desstoweniger bleibt der Vormund verbunden,

1) wenn de errore calculi transigirt worden wäre.

2) Bleibt er auch verbunden in Ansehung ganz besonderer Geschäfte, von welchen nichts in den Rechnungen erwehnt worden. Z. E. Wenn die Rechnung blos das natürliche Vermögen betrift und von dem mütterlichen kein Wort darinn steht.

3) Der Vormund ist auch zu haften schuldig, wenn in der Rechnung etwas ausgelassen worden, oder sich noch von neuem vorgefunden hat. Z. E. Der Vater hat für den Sohn in die Lotterie gelegt gehabt, man hat nichts davon erfahren; der Sohn bekam das grosse Loos und der Vormund zog den Gewinnst ganz in der Stille an sich. Ratio: Was ausgelassen ist, ist kein Theil der Rechnung, die Quittung geht nur auf das, was verrechnet worden und der Verzicht, der darinn liegt, kann nicht ad non cogitata extendirt werden. H. c. findet also gegen den Vormund die actio de ratione distrahendi statt. Diese Klage findet überhaupt so oft statt, als der Vormund untreu handelt.

§. 1366. Der Vormund muß auch den Ueberrest herauszahlen; dazu wird er executivisch angehalten. Der Executiv-Proceß hat den Vortheil, daß der Beklagte keine Exceptiones opponiren darf, die nicht in continenti liquid sind. Der Grund, warum der Executiv-Proceß statt findet, ist dieser: weil, wenn die Rechnung iustificirt ist, auch die Forderung des Reliqui liquid ist.

Reliqua restituere heist h. l. alles zahlen, was man nach der Rechnung noch schuldig ist, und das noch vorhandene sämmtliche Vermögen des Mündels nach dem Inventario hergeben. Was zufälliger Weise und ganz ohne Schuld des Vormunds zu Grunde gegangen, das restituirt er nicht.

§. 1367. Sollte der Vormund seiner dreyfachen Obliegenheit mediam diligentiam anzuwenden, Rechnung abzulegen und reliqua zu restituiren nicht nachkommen, so steht dem Mündel und seinen Erben nach geendigter Vormundschaft gegen den gewesenen Vormund und dessen Erben die actio tutelae directa zu.

Sie ist eine persönliche Klage und hat den Entzweck: daß Rechnung abgelegt, alle Schäden, die aus Arglist und imputabler Fahrläßigkeit entstanden sind, ersetzt und reliqua restituirt werden sollen. Man merke: Sie ist

1) actio generalis, i. e. eine Klage, deren Petitum allgemein formirt wird; denn der Mündel kann ja nicht wissen, um wie viel er verkürzt, oder was der Vormund zu restituiren schuldig ist.
2) Actio bonae fidei, i. e. bei welcher der Richter mehr auf Billigkeit sehen muß.
3) Actio arbitraria, i. e. wobei es auf das arbitrium iudicis ankommt.

§. 1368. Der Grund der Vormundschaftsklage ist, weil der Vormund das Vermögen des Mündels in Händen gehabt und administrirt hat. Dies ist auch der Fall bei den Curatoren, auch sie administriren das Vermögen der Minderjährigen; daher hat ob paritatem rationis auch gegen sie die Vormundschaftsklage statt und heist: actio tutelae utilis. Sie kann sowohl vor als nach geendigter Vorsorge angestellt werden.

§. 1369

§. 1369. Wenn mehrere Vormünder oder Curatoren die Administration unter einander getheilt oder gemeinschaftlich geführt haben, so haften sie in solidum; folglich muß auch die Actio tutelae gegen sie in solidum statt finden, jedoch dergestalt, daß, wenn einer unter ihnen dolose gehandelt hat, die übrigen das beneficium divisionis vorschützen können. Im Fall sie aber die Administration gemeinschaftlich geführt haben, steht ihnen das beneficium excussionis zu; die Obligatio in solidum ist also nur subsidiarisch. Conferatur Wernher p. 3. obs. 36.

Wenn einer das Solidum bezahlt hat, so kann er die cessionem iurium et actionum gegen die übrigen Mitvormünder verlangen.

§. 1370. Wenn der Vormund über mehrere Unmündige pro indiviso die Vormundschaft geführt hat und es wird einer von den Mündeln volljährig, so kommt ihm zwar nach den Rechten die Vormundschaftsklage zu, jedoch kann er nicht pro rata sua, sondern nur gemeinschaftliche Rechnung verlangen. Der Grund ist: weil Niemand in der Gemeinschaft zu bleiben gezwungen werden kann; und ius ad finem dat ius ad media: z. E. Benignus steht mit seinen Brüdern unter der Vormundschaft des Laelius; er brauchte bei weitem nicht so viel als seine Brüder und nun da er volljährig ist, möchte er gerne seine Rechnung apart haben. Geht nicht an; Laelius hat das Vermögen gemeinschaftlich administrirt. Wenn aber die gemeinschaftliche Vermögens-Substanz getheilt werden soll, so muß man das iudicium familiae herciscundae oder de communi dividundo anstellen.

LIB. XXVII. TIT. IV.

De contraria tutelae et utili actione.

§. 1371. Da die Vormundschaft ein munus publicum ist und umsonst geführt werden muß, so ist es um so viel billiger, daß der Vormund von dem Mündel entschädigt werde. Die Mittel diese zu erlangen, sind folgende:

1) Die

1) Die Compensation — wenn er noch baares Geld von dem Mündel in Händen hat.
2) Das Ius retentionis — wenn er das Pupillenvermögen noch nicht restituirt hat.
3) Wenn aber alles restituirt ist, so bleibt ihm nichts übrig, als — zu klagen. Deswegen hat der Vormund die Actionem tutelae contrariam, quae est actio personalis competens tutori eiusve heredibus adversus pupillum eiusve heredes ad indemnitatem consequendam. Utiliter kann sie auch von dem Curatore gegen den Curandum angestellt werden.

Die Entschädigung verlangt der Vormund in allen Fällen, wo er zum Besten des Mündels hat Aufwand machen müssen, wenn auch gleich der Aufwand in der Folge den Nutzen nicht gewährt hätte: z. E. Mein Mündel war auf drey Universitäten und hat doch nichts gelernt; ich lies sein Haus repariren und es braunte ab.

Eine Frage ists: ob der Vormund die Alimentation ersetzt verlangen kann, wenn ihm der Mündel Dienste geleistet hat? Hierauf ist zu antworten, Allerdings, denn er ist instar patris zu betrachten, und kann also eben so gut als ein Vater Dienste von dem Mündel fordern. Der Richter kann inzwischen die Alimentationsforderung moderiren, weil die actio tutelae eine actio arbitraria ist. Ueberhaupt ist der Richter nirgends im Iure weniger bornirt, als in der Tutelenlehre. Wenn aber der Mündel z. E. als Knecht gedient hätte, so fällt die Alimentationsforderung weg.

Uebrigens verlangt der Vormund auch Zinnsen von dem Aufwand, den er gemacht hat; denn er hätte ja sein Geld auf Zinnsen legen können, und der Mündel hätte das wo anders her erborgte Geld auch verzinnsen müssen.

Hat der Vormund Pfänder für den Mündel gegeben, oder für ihn intercedirt, so verlangt er jetzt liberationem ab obligatione. Er verlangt auch mercedem et honorarium für alle Dienste, die er dem Mündel nicht als Vormund geleistet hat: z. E. der Vormund lehrt ihn seine Kunst, sein Handwerk; oder schreibt als Gelehrter eine Dissertation für ihn, führt seine Processe u. d. m. Aber für die Dienste, die er ihm als Vormund leistet, kann er nichts verlangen: z. E. Die Verfertigung der Vormundschaftsrechnung, die Einkaßirung der Schulden. Conferatur L. 58. de administr. et pericul.

ricul. tut. Eben deßwegen haben die Armen Excusation, denn könnten sie dafür etwas verlangen, so wäre ihnen die Annahme der Vormundschaften vielmehr anzurathen. Ausnahme hievon ists:

Wenn Landesgesetze oder Statuten ein anderes verordnen und dergleichen haben wir viele. Conferatur Schilter exercit. 3. §. 11. Er bemerkt, daß es den deutschen Sitten überall gemäs ist, die Vormünder nicht unbelohnt zu lassen.

Indessen ist es doch immer sicherer, sich ein Honorarium vorher versprechen zu lassen, weil viele dem römischen Recht allzufest anzuhangen.

Uebrigens kann auch der Vormund die Actionem tutelae contrariam nicht anstellen, wenn er den Aufwand hazardirt hat: z. E. Er setzte für seinen Mündel in die Lotterie. Dafür bekommt er nichts.

LIB. XXVII. TIT. V.

De eo, qui pro tutore prove curatore negotia gessit.

§. 1272. Es ist möglich, daß sich einer, der nicht Vormund ist, gleichwohl der Vormundschaft unterzieht. Seine Absicht dabei kann redlich seyn, dann heist er protutor (dieser Fall kann sich bei der gesetzlichen Vormundschaft am ersten zutragen). Versirt er aber in mala fide, dann heist er falsus tutor. (Dieser Fall konnte bei den Römern häufig vorkommen, weil die Vormünder regulariter nicht bestätigt werden; bei uns aber ist er nicht leicht möglich).

§. 1373. Indem der Protutor sich der Vormundschaft freywillig unterzieht, übernimmt er auch die Pflichten eines Vormunds und muß daher wie ein wahrer Vormund mediam diligentiam anwenden, mithin pro culpa levi stehen, Rechnung ablegen ꝛc.

Dahero steht auch dem Mündel gegen den Protutor die actio protutelae directa zu. Sie geht dahin, daß er Rechnung ablegen, den Schaden ersetzen und reliqua restituiren soll.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1696968690/phys_0231
DFG

soll. Ingleichen hat der Protutor gegen den Mündel die actionem protutelae contrariam, welche die Entschädigung zum Zweck hat. Beide Klagen werden in den Gerichten auf die Curatores extendirt.

LIB. XXVII. TIT. VI.

Quod falso tutore auctore gestum esse dicetur.

§. 1374. Durch den tutorem falsum wird entweder der Mündel selbst, oder ein anderer betrogen. Im ersten Fall sind die facta dolosa null, folglich kann der Mündel vindiciren, was sub auctoritate falsi tutoris veräußert worden. Er braucht auch die Verträge und Contracte nicht zu halten, welche der falsus tutor geschlossen hat. Indessen ist immer möglich, daß der Mündel durch die Nichtigkeitsklage nicht entschädigt wird. H. c. steht ihm die actio in factum ad id quod interest gegen den falsum tutorem zu: z. E. der falsche Vormund hat ein Capital von 1000 fl. gehoben und man weiß noch nicht, wo er es hingebracht hat.

Im zweyten Fall, wenn nicht der Mündel, sondern ein anderer durch den falsum tutorem verkürzt worden, so hat der Laesus zwey Mittel gegen ihn:

1) Die Actionem in factum ad id quod interest.
2) Kann der Laesus auch die restitutionem in integrum ex capite erroris gegen den Mündel suchen; vorausgesetzt, daß er per factum falsi tutoris reicher geworden. Denn wäre dies nicht, so würde eine collisio privilegiorum entstehen; bei einer collisione privilegiorum aber wird immer das privilegium minorum vorgezogen. Es muß aber auch das factum falsi tutoris ein solches seyn, welches in pristinum statum reducirt werden kann.

LIB. XXVII. TIT. VII.

De fideiussoribus et nominatoribus et heredibus tutorum vel curatorum.

§. 1375. Die Vormundschaft ist ein munus publicum personale; folglich geht es nicht auf die Erben über. Doch dieser Satz versteht sich nur von dem munere publico an sich betrachtet; aber nicht von den Verbindlichkeiten, die der verstorbene Vormund bei seinen Lebzeiten auf sich hatte. Hat er also Rechnung abzulegen gehabt, hat er noch nicht reliqua restituirt; so gieng jetzt durch seinen Tod diese Verbindlichkeit sogleich auf die Erben über. Auch müssen sie allen Schaden ersetzen, den der verstorbene Vormund ex dolo l. culpa lata dem Mündel zugefügt hat; pro culpa levi defuncti tutoris haften sie aber nicht, weil es sehr schwer ist von dem Facto eines andern Rechenschaft abzulegen, es müste denn seyn, daß sie bei diesem Facto wirklich concurrirt hätten.

§. 1376. Wenn der Vormund tod ist, so müssen also die Erben desselben pro dolo et culpa lata haften, und wenn diese nicht zahlfähig sind, so findet gegen die Bürgen und ihre Erben die actio ex stipulatu statt, welche dahin geht, daß sie alles dasjenige bezahlen sollen, was der Vormund nach abgelegter Rechnung dem Mündel wirklich und unbezweifelt schuldig geblieben ist.

Wenn sich für den Vormund mehrere verbürgt haben, so haftet jeder in solidum. Uebrigens haben die Bürgen das beneficium excussionis.

Doch sind bei uns die Bürgen nicht mehr gewöhnlich.

§. 1377. Nach gleichen Rechten werden auch nach dem Iure Romano die Nominatores beurtheilt. Sie sind Personen, welche, um sich von der Vormundschaft zu befreyen, einen andern zum Vormund vorgeschlagen haben. Sie müssen also in subsidium wie die Bürgen haften. Wir haben zwar kein ausdrückliches Gesetz deswegen; aber man nimmt den Grund aus der Ueberschrift dieses Titels her.

Von den Nominatoribus differiren die Affirmatores, welche keine Personen an ihrer statt vorschlagen, sondern nur empfehlen. Diese müssen nur alsdann für den empfohlenen Vor-

Vormund stehen, wenn er schon tempore commendationis untauglich war: z. E. Ich frage den Benedict, ob Benignus ein tauglicher Mann, ein guter Wirthschafter sey, und Vermögen habe? Benedict affirmirt es, und Benignus wird Vormund. Nach diesem heurathet Benignus die Jungfer X. welche sein Vermögen verlumpt. Dafür kann der Affirmator nicht stehen, wenn der Mündel darunter leiden sollte.

LIB. XXVII. TIT. VIII.

De magistratibus conveniendis.

§. 1378. Wenn der Mündel seine Indemnisation nirgends mehr herholen kann, so muß nun die Obrigkeit in subsidium haften.

Die Klage, welche hier statt finden soll, heist: Actio subsidiaria contra magistratum. Sie hat naturam actionis tutelae.

1) Secundum Ius Romanum fand sie nur statt, wenn die Obrigkeit ratione satisdationis in constituendo tutore etwas verschuldet hatte. Dies Verschulden läst sich nach den römischen Rechtsprincipien regulariter nur bei der tutela dativa gedenken; weil die Obrigkeit weder von dem tutore legitimo, noch testamentario eine Caution fordern konnte, und überhaupt keiner von beiden letztern bestättigt wurde.
2) Secundum ius hodiernum stehen die Obrigkeiten:
   a) für die Constitution der Vormünder und Curatoren, nach dem Reichsabschied von 1548 wo es heist: daß sie die Vormünder und Vorsorger *cum inquisitione et satisdatione confirmiren* sollen.
   b) Stehen sie auch für die Administration der Vormünder, weil sie Kraft des allegirten R. A. ihnen jährlich die Rechnung abfordern sollen.

§. 1379. Es ist nach dem Iure Romano noch ein Unschied zu bemerken. Es konnte nämlich diese Klage nicht gegen alle und jede Obrigkeiten angestellt werden, sondern fand nur contra magistratus minores statt. Die magistratus maiores

iores waren nicht verbunden Caution von den Vormündern zu verlangen, sondern nur minores. Denn das Ansehen der magistratuum maiorum war so gros bei den Römern, daß man einen Vormund schon für tüchtig hielt, wenn er nur ab eiusmodi magistratu constituirt worden war. Iure hodierno fällt auch dieser Unterschied wieder weg, weil wir die Magistratus nicht mehr in maiores et minores wie die Römer eintheilen.

Wenn plures magistratus einen Vormund constituirt haben und mit der actione subsidiaria belangt werden sollen, so nehmen wir zwey Fälle an.

1) Sie versiren entweder in dolo — da haften sie in solidum;

2) Oder das ist nicht, so haftet jeder nur pro rata.

Für die Vorfahren haftet keine Obrigkeit — das ist allgemeine Regel, denn die successores singulares können für die Facta ihrer Vorfahren nullo modo stehen.

§. 1380. Qu. Ob die actio subsidiaria contra magistratus noch hodie in usu sey? Rsp. Doctores abeunt in partes.

Thomasius behauptet negativam sententiam aus folgenden Gründen:

1) Weil diese Klage schon nach den römischen Rechten nicht gegen alle und jede Obrigkeiten statt gefunden habe. Allein dieser Grund beweist nichts; denn unsere Obrigkeiten sind noch stärker verpflichtet, als die römischen.

2) Weil man kein Beispiel hätte, daß diese Klage cum effectu angestellt worden wäre. Allein Stryck in V. M. h. t. Leyser spec. 343. med. 1. et Carpzov. p. II. const. 11. defin. 41. haben das Gegentheil dargethan.

Ob man aber immer mit dieser Klage durchkommen werde? Das ist eine schwere Frage, wegen des Beweises, durch welchen die Praesumtion, die die Obrigkeit für sich hat, daß nämlich alles ordentlich bei ihr verhandelt worden, elidirt werden soll.

LIB. XXVII. TIT. IX.

De rebus eorum, qui sub tutela vel cura sunt, sine decreto non alienandis.

§. 1381. Die Vormünder waren nach dem altrömischen Recht instar dominorum anzusehen; mithin konnten sie die Güter der Unmündigen pro lubitu veräusern. Doch diese Freyheit wurde schon zu Severi Zeiten eingeschrenkt; denn dieser Kaiser machte die Verordnung: ne tutores vel curatores praedia minorum rustica et suburbana distrahant, nisi a patre minoris in ultima voluntate alienatio permissa fuerit, aut iusta causa, quam magistratus decretum pro tali declaravit, eam redderet necessariam. Conferatur L. 1. §. 1. h. t. et L. 22. C. de administrat. tutor. Durch diese Gesetze ist die Regel festgesetzt, daß der Vormund und Vorsorger weder die beweglichen noch unbeweglichen Güter des Mündels ausgenommen, was nicht erhalten werden kann, sine decreto de alienando zu veräusern befugt seyn soll. Hierzu kommt noch der Reichsabschied de anno 1577 wo es Tit. 32. §. 3. ausdrücklich heist: daß der Vormund ohne Vorwissen der Obrigkeit nichts verpfänden, veräusern oder beschweren solle; und diese Clausel solle in den Vormundschaftseid mit inserirt werden. Zwar ist nun der Vormundschaftseid, wie ex supra allatis zu ersehen, nicht mehr gewöhnlich; allein man sieht doch daraus deutlich, daß Vormünder für sich kein Recht zur Veräuserung haben sollen.

§. 1382. Das Verbot von der Veräusserung der Pupillen- und Minderjährigen Güter bezieht sich lediglich auf alienationes voluntarias. Voluntariae alienationes sunt eae, quae a libera voluntate tutoris vel curatoris dependent. Daraus folgt: nothwendige Veräußerungen kann der Vormund und Curator sine decreto magistratus unternehmen. Nothwendig ist aber eine Veräußerung, wenn ein Dritter da ist, der iure perfecto et quaesito die Veräußerung verlangen kann. Hieher gehört:

1) Der Fall: wenn eine Sache sub ea conditione acquirirt worden, daß sie einem andern restituirt werden solle: z. E. Des Mündels Vater hat 24 Morgen Wald sub pacto de retro-

retrovendendo gekauft; nun macht der Contrahent Gebrauch von diesem Vertrag.

1) Wenn der Mündel eine rem communem besitzt und der andere nunmehro auf die Theilung dringt; communio enim semper tolli potest. Der Minor selbst aber kann nicht auf Theilung dringen, denn sie enthält eine Alienation. Anders ists, wenn er ein decretum magistratus dazu hat.
2) Wenn der Pfandgläubiger die ihm vom Vater verpfändeten Sachen distrahirt. Ratio: hier hat der Vater schon eventualiter veräusert; oppignoratio enim continet eventualem alienationem s. latet iam in oppignoratione alienatio.
4) Wenn eine Veräuserung ex contractu cum patre pupilli inito geschieht; Denn hier ist par ratio. Adde:
5) Wenn der Vormund die Bezahlung eines vertagten Capitals annimmt. Doch ist rathsam, daß derjenige, der es zahlt, um ein decretum de alienando bei der Obrigkeit nachsucht. Besonders ist dies consilii bei großen Capitalien, weil ihm alsdann die exceptio non ritae factae solutionis s. alienationis nicht mehr entgegen gesetzt werden kann. An sich wäre es wohl nicht nöthig, da doch die Solutio schon eine wahre alienatio necessaria ist; allein man muß es gewisser Rechtslehrer wegen merken, die, wie wohl aus falschen Gründen, das Gegentheil behaupten.

§. 1383. Dem Vormund und Curator sind in der Regel die willkührlichen Veräuserungen untersagt. Ein Vormund oder Vorsorger kann daher das dominium rerum minoris nicht transferiren, dem Fundo keine Servitut auflegen, nichts verpfänden, keinen Vergleich schliessen. Nur alsdenn ist eine willkührliche Veräußerung rechtsbeständig, wenn sie:
1) ex iusta causa geschieht;
2) wenn ein richterliches Erkenntnis darüber ergangen und
3) ein decretum magistratus de alienando ertheilt worden ist. Diese Solennien sind bei willkührlichen Veräußerungen durchaus erforderlich. Es kann zwar auch das Veräußerungsrecht per rescriptum principis erlangt werden aber rathsam ist es nicht es auf diese Art auszuwirken, denn gegen das Rescriptum kann noch die exceptio sub et obreptionis vorgeschützt werden.

§. 1384. Die Veräußerung der Güter des Minderjährigen erfordert:

1) Iustam causam. Iusta causa aber ist alsdann vorhanden, wenn die Unterlassung der Veräußerung dem Minderjährigen zum Schaden und Nachtheil gereicht. Dahin gehört also der Fall:

wenn dringende Schulden da sind. Diese aber sind da: wenn ein Gläubiger die Zahlung urgirt; wenn die Zinnsen so gros sind, daß dadurch des Unmündigen Vermögen völlig erschöpft wird; wenn er Geld zum Studieren, zur Erlernung eines Handwerks oder sonst wozu nöthig hat.

Sola utilitas ist noch nicht iusta causa alienandi; denn die Gesetze wollen, daß die Güter der Pupillen und Minderjährigen erhalten werden sollen. Es ist zwar das Geld dafür da und kann auf Zinnsen gelegt werden. Allein man hat einmal nicht immer gute Gelegenheit, es sicher anzulegen und dann können Capitalien auch leichter angegriffen werden. Inzwischen ist es eine Ausnahme: wenn das Praedium zugleich damnosum ist: z. E. Die Wiese des Mündels ist der Ueberschwemmung ausgesetzt, die Wegschaffung des Sandes und Schutts kostet zu großen Aufwand; die Unterhaltung des Garten kostet viel Aufwand und ist nicht zum Nutzen angelegt; da wird ein solches Grundstück losgeschlagen.

§. 1385. 2) Erfordert sie causae cognitionem. Causae cognitio wird auf vier Punkte gerichtet:

a) auf causam alienationis;

b) auf die rem alienandam: z. E. Der Mündel braucht einige 100 fl. Sein Guth ist 10000 fl. werth. Da wäre es übel gewirthschaftet, wenn der Vormund das Guth losschlagen wollte.

c) Auf den modum alienandi. Man wählt gemeiniglich den, wobei der Mündel die Hofnung hat, wieder zu dem Seinigen zu kommen, wenn es angeht: z. E. Man verpfändet die Sache, verkauft sie sub pacto de retrovendendo.

d) Auf versionem pecuniae, d. h. der Richter sieht darauf, daß das Geld zu dem bestimmten Endzweck angewendet werde. Alle diese vier Punkte sind in dem L. 5. D. de rebus eorum, qui etc. genau bestimmt.

§. 1386.

§. 1386. Wenn nach richterlicher Einsicht die Veräußerung nothwendig ist, so erfolgt das decretum de alienando, i. e. consensus magistratus et approbatio factae l. faciendae alienationis. Gemeiniglich werden sie ante alienationem ertheilt, ob es gleich nicht nothwendig; nam ratihabitio retrotrahitur ad tempus initii.

Die ICti behaupten, daß das decretum de alienando dem Vormund oder Curator insinuirt werden müsse ex L. 16. C. de praed. minorum. Allein diese erklären den L. falsch. Das Wort solenniter heist gar oft in den LL. nicht mehr, als iudicialiter und hier ist auch nichts anders darunter zu verstehen. Conferatur Leyser spec. 344. med. 6. Sufficit, wenn nach vorhergehender richterlichen Einsicht die Einwilligung zur Veräußerung, sie mag antecedenter oder subsequenter erfolgen, protokollirt ist.

Die simple gerichtliche Bestättigung vertritt jedoch die Stelle des Decrets nicht; denn diese giebt nur dem, was die Contrahenten verhandelt haben, publicam fidem, also wirkt sie nur Beweis; die Veräuserung aber wird dadurch nicht rechtsbeständig, wie durch das Decret.

Qu. Ob die Veräußerung der Güter des Minderjährigen mittelst einer Subhastation geschehen müsse?

Rsp. Die Rechtslehrer behaupten dies größtentheils ex Avth. hoc ius porrectum C. de S. Sanctis ecclesiis. In dieser Avthentica wird die Subhastation bei Kirchengütern erfordert und da schliest man auf die Minderjährigen.

Allein nach dem Iure Communi ist sie nicht erforderlich.

Rationes:

1) Es ist nicht allemal dasjenige Rechtens, bei Gütern der Minderjährigen, was Rechtens bei Gütern der Kirche ist.

Die Kirchen und milden Sachen (piae causae) sind nur darinn den Minderjährigen gleich geachtet, daß ihnen auch so leicht, wie diesen, die Restitutio in integrum ertheilt wird.

2) Die Erfahrung lehrt, daß die Subhastation nicht immer das sicherste Mittel ist, dem Verkäufer Vortheile zu verschaffen. Denn da muß der Emtor cum sacco paratus seyn und gleich bezahlen; dies verursacht, daß wenige Käufer kommen und die Güter wohlfeil weggehen.

Die Folge ist: also ist der Verkauf aus freyer Hand erlaubt. In Landesgesetzen findet man aber hie und da ein anderes verordnet.

§. 1387. Dieser und der folgende §. handeln nun von den rechtlichen Folgen, wenn die vorgeschriebene Form beobachtet worden, oder nicht. Der erste Fall: wenn die vorgeschriebene Form beobachtet worden. Die Folge ist: daß die Veräußerung als rechtsbeständig angesehen werden muß. Ausnahmen:

a) Wenn das Decretum sub- oder obreptitie erschlichen worden.

b) Wenn der Unmündige dadurch verkürzt worden; denn hier wird er in den vorigen Stand gesetzt. Er bekommt seine Sache wieder und giebt das Geld zurück.

§. 1388. Der zweyte Fall: wenn die vorgeschriebene Form nicht beobachtet worden; so ist die Veräußerung null und nichtig, und der Mündel behält das Eigenthum von der veräußerten Sache, oder wenn die Tradition schon geschehen ist, so vindicirt er sie a quolibet possessore. Folglich braucht er auch keinen Kaufschilling zu restituiren, wenn nicht erwiesen werden kann, daß solcher zu seinem Nutzen verwendet worden.

§. 1389. Unser Hauptsatz ist: Die Veräußerungen der Güter der Minderjährigen sind null, wenn die in den Gesetzen vorgeschriebene Form dabei nicht beobachtet worden; wir haben aber gleichwohl Fälle, wo sie per accidens bestehen. Sie sind folgende:

1) Wenn die Veräußerungen adepta maiorennitate von dem gewesenen Minore approbirt worden. Die Approbatio geschieht expresse oder tacite.

a) Expresse; dies ist z. E. der Fall, wenn der gewesene Minor sich das rückständige Kaufgeld zahlen läßt, oder vom Käufer seine Güter in Pacht nimmt.

b) Tacite — wenn er sich der Rechtsmittel gegen die Veräußerung nicht bedient.

2) Wenn das tempus praescriptionis verlaufen ist. Hiebei ist der Unterschied zu bemerken: die Veräußerung ist entweder titulo oneroso oder lucrativo geschehen. Im erstern Fall wird sie gegen den gewesenen Minderjährigen a tempore

re

re adeptae maiorennitatis in acht Jahren verjährt. Im letztern Fall, wenn der Vormund z. E. die Güter um ein Spottgeld verkauft hätte, wird sie erst in 30 Jahren verjährt.

3) Wenn der Mündiggewordene die Veräußerung eidlich bestärkt hat. Denn ist er nicht pubes, so kann er nicht schwören. Nach dem kanonischen Recht wird der Pubes schon im 14ten Jahre eidesmündig, und dies gilt auch bei uns, weil von keinem iuramento iudiciali, sondern nude promissorio die Rede ist, welches im 14ten Jahre allerdings geschworen werden kann. Soll aber der Eid verbinden, so muß er die comites iuramenti haben, i. e. der Eid darf nicht vi, metu oder dolo erzwungen seyn.

LIB. XXVII. TIT. X.

De curatoribus furioso et aliis extra minores datis.

§. 1390—1392. Curator primario datur rei. Cura (die Vorsorge, Pflegschaft) est vel mixta vel realis. Letztere hat blos die Güterverwaltung zum Gegenstand; erstere auch die Person des Curandi. Zur Cura reali gehört:

1) Cura bonorum, d. i. die Administration von der Concurs-Masse;
2) Cura hereditatis — die Administration einer liegenden Erbschaft;
3) Cura absentium — de qua §. 1397.

Die Cura mixta ist wieder entweder voluntaria oder necessaria. Erstere ist diejenige, welche bei volentibus statt hat, wo also alles von dem Willen des Curandi abhängt, welchen er wählen, und von dem Curatore, ob er es werden will. Dahin gehört:

1) Cura senum,
2) Cura surdorum et mutorum; gewissermassen auch
3) Cura absentium,
4) Cura debilium et aegrotorum.

Letztere ist diejenige, wo einem wider seinen Willen ein Vormund gesetzt wird. Hieher gehört:

1) Cura minorum,

2) Cura prodigorum,
3) Cura furiosorum,
4) Cura mente captorum.

Anmerkung: Die Cura furiosorum et mente captorum ist gesetzlich und wird den nächsten Erben übertragen, welche das ius succedendi verliehren, wenn sie sich derselben nicht unterziehen wollen. Es kommt nämlich darauf an, ob der furiosus, mente captus etc. welcher von seinem nächsten Verwandten als dem curatore legitimo vernachläßigt worden, wieder zu sich kommt, oder nicht; im erstern Fall kann er den curatorem legitimum enterben, im zweyten findet ex Nov. 115. c. 3. §. 12. der Verlust der Intestat-Erbfolge statt.

Alle diese Curatoren müssen hodie gerichtlich und praevia causae cognitione bestättigt werden, — weil man sonst nicht wissen kann, ob Furor oder Prodigalitas da ist, oder ob die nächsten Anverwandten tauglich sind. Sind sie es, so dürfen sie nicht übergangen werden.

Anmerkung: Der Sohn kann nicht curator patris prodigi werden; denn es würde dies dem Vater zur Schande gereichen.

§. 1393. Bei den Römern waren die Minores sub cura voluntaria, bei uns aber stehen sie sub cura necessaria.

Sub cura voluntaria stehen nur diejenigen, welche zwar der Vernunft nicht beraubt sind, aber wegen eines andern Hindernis lange Zeit hindurch ihr Bestes nicht selbst besorgen können: Dies sind z. E. diejenigen, welche an einer langwierigen Krankheit darnieder liegen. Sie wählen sich den Curatorem selbst, aber die Obrigkeit bestättigt ihn.

§. 1394. Curator primario datur rei. Dies ist nicht so bei dem curatore sexus. Cura sexus nimirum est potestas lege seu magistratu concessa, feminae maiorenni consiliis assistendi eiusque negotiis; quae laesionem inferre possunt, valorem conciliandi.

Der curator sexus hat diesemnach
1) der Frau nichts zu befehlen,
1) er ist nicht schuldig Rechnung abzulegen, denn er administrirt ihr Vermögen nicht, sondern
3) er ist blos ihr Rathgeber.

Zu

Zu den Zeiten der freyen Republick und auch nachher eine Zeitlang ſtanden die Frauensperſonen ſub cura perpetua. Erſtlich ſtand ſie nämlich ſub patria poteſtate, ſtarben die Väter, ſo ſtanden ſie ſub cura aetatis, wenn ſie minorenn waren; verheuratheten ſie ſich, ſo ſtanden ſie ſub poteſtate maritali; waren ſie Wittwen oder unverheurathet und maiorenn, ſo ſtanden ſie ſub cura ſexus. In der Folge unter den Kaiſern wollte ſich das Frauenzimmer der curae ſexus nicht mehr unterwerfen.

Nach deutſchen Rechtsprincipien ſtehen die Frauensperſonen ob imbecillitatem ſexus ſub cura perpetua. Dis gilt von den älteſten Zeiten her in Deutſchland; hie und da obtinirt zwar das Ius Romanum, aber in den meiſten Provinzen hat ſich das deutſche Principium erhalten.

§. 1395. Cura ſexus eſt l. dativa l. legitima. Letztere ſteht nach den Geſetzen und alſo ipſo iure dem Manne zu. Sie wird per conſenſionem thalami bewirkt und verſchaft dem Manne nach dem Iure Saxonico den Uſumfructum von allen Gütern der Frau.

Conferatur v. Selchow in elem. iur. germ. §. 345 et 346.

Erſtere wird ex voluntate uxoris von der Obrigkeit übertragen und der Vormund wird auch von der Obrigkeit beſtättigt. Aus dieſem erhellet, daß die cura dativa voluntaria, die cura legitima aber neceſſaria iſt.

Ratione officii kommen beiderley Curatoren darinn überein: daß ſie der Curandin in allen Geſchäften beiſtehen müſſen, worinn ſie leicht verkürzt werden könnte. Sie bedarf aber ſeines Beiſtandes nicht:

1) in ökonomiſchen Sachen; denn da haben die Weiber die Vermuthung für ſich, daß ſie Einſicht genug haben.
2) Auch nicht bei actibus mortis cauſa: z. E. bei einer Schenkung auf den Todesfall, bei einem Teſtament.
3) Auch nicht bei negotiis, quae artem concernunt, quam uxor profitetur: z. E. ſie iſt eine Handelsfrau, ſo muß ſie den Handel verſtehen.

§. 1396. Die curatores ſexus ſind entweder generales, welche alle und jede Geſchäfte der Weiber expediren; dieſe werden von dem iudice domicilii conſtituirt; oder ſpe-

ciales; welche nur zu einem besondern Geschäft erwählt und aufgestellt sind, diese können in allen Gerichten, wo diese Sache anhängig ist, bestellt werden.

§. 1397. Außer der cura mixta giebt es noch curam realem. Dahin gehört hauptsächlich die cura hereditatis, die cura bonorum und die cura absentium. Letztere ist von verschiedener Art. Der Abwesende ist nämlich:

1) entweder unbezweifelt noch am Leben; so wird ihm nur auf Verlangen ein Curator bestellt. Ausnahmsweise bestellt ihm jedoch auch der Iudex ex officio einen Curatorem, wenn er nämlich contumax ist: z. E. Laelius stirbt und hinterläßt seinen zween Söhnen, wovon der eine in Berlin ist, eine Erbschaft. Der Anwesende möchte gerne seinen Antheil haben; er schreibt deswegen an seinen Bruder, erhält aber keine Antwort; h. e. bestellt der Richter einen curatorem absentis ex officio.

2) Oder man weiß nicht gewis, ob er noch am Leben ist; hier können die nächsten Anverwandten, die auch sonst zu Curatoren unfähig wären, verlangen, daß sie nach geleisteter Caution de restituenda hereditate als Curatoren aufgestellt werden möchten. Kommt hierauf der Abwesende wieder zum Vorschein, so müssen sie das Vermögen nach dem Inventario restituiren und Rechnung ablegen. Kommt er aber nicht wieder, so behalten sie als rechtmäßige Erben das gesammte Vermögen. Hellfeld hat hier eine besondere Meynung, welcher schon oben §. 562 gedacht worden. Er behauptet nämlich: daß die Meynung derer unrichtig sey, welche glaubten, daß das Vermögen denjenigen zufiele, welche die nächsten Anverwandten von dem Verschollenen wären, wenn er 70 Jahr alt sey. Dies sey nur eine Vermuthung; folglich sey mit mehrern Grund anzunehmen, daß der Verschollene zu der Zeit gestorben, wo man nichts mehr von ihm gehört habe, und hieraus wird denn nun gefolgert, daß, da die Cura eines lange Zeit Abwesenden, nicht sowohl als eine cura absentis zu betrachten sey, sondern vielmehr als anticipata successio, die Erbschaft demjenigen zugefallen sey, welcher die curam diu absentis zuerst bekommen habe. — Wir beziehen uns hier kürzlich auf das, was wir §. 562. beigebracht haben.

§. 1398

§. 1398. Außer dem Tod wird die Cura auf verschiedene Art geendigt.

1) Von der cura voluntaria kann sich der Curandus befreyen, wenn er will.

2) Die cura minorum endigt sich ipso iure mit dem ersten Moment der Majorennität, oder wenn man veniam aetatis erlangt hat.

3) Bei der cura maiorum gilt die Regel: cessante causa, cessat causatum. Jedoch muß hier richterliche Einsicht vorhergehen, ob nämlich die Ursache, weshalb der Curator constituirt worden, noch vorhanden sey, oder nicht. Im letztern Fall ertheilt der Richter ein Decret.

Ratio: nihil est tam naturale, quam unumquodque eodem modo dissolvi, quo colligatum est. Dies hat man wohl zu merken, weil beim Absterben einer solchen Person sonst allerley Zänkereyen zum Vorschein kommen.

LIB. XXVIII. TIT. I.

Qui Testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta faciant.

§. 1399 — 1402. Successio est l. testamentaria, l. legitima seu ab intestato, l. pactitia. Von der testamentarischen Erbfolge handelt dieser und die folgenden Titel; von der Intestat-Erbfolge §. 1642. seq. und von der successione pactitia der 1663. und die folgenden §§.

Successio testamentaria ist diejenige Erbfolge, welche sich auf den voluntatem testatoris in testamento declaratam gründet:

Testamentum in sensa generaliori est quaelibet ultima voluntas. Conferatur L. 15. de don. mortis causa. Da ist also auch eine donatio mortis causa ein Testament. So können auch die testamenta militum angesehen werden. —

Was zu einer Willenserklärung überhaupt erfordert wird, das ist auch bei Testamenten erforderlich; also — rationis usus et libera voluntatis declaratio.

Testa-

Testamentum in sensu strictiori est ultima voluntas, *qua heres directus* instituitur, legitime declarata. Heredis directi institutio ist der Hauptcharakter in dieser Definition.

§. 1403. Successio testamentaria geht der legitimae vor. Regula: provisio hominis tollit legis dispositionem. L. 39. D. de acquir. hereditate. Ratio: Es erfordert solches das gemeine Beste des Staats, weil sonst, wenn einem ein Erbe aufgedrungen werden dürfte, dies Anlas zur Verschwendung geben könnte. So urtheilt Hellfeld — und es ist sehr vernünftig. Conf. Thomasius de initiis successionis testamentariae.

In den ältesten Zeiten wurden die Testamente wie die Leges in den Comitiis gemacht; und waren folglich jedes als ein neues Gesetz anzusehen; nova ideo lex derogabat semper priori, i. e. successioni ab intestato. Dieser ritus testamenti factionis ist zwar bei den Römern selbst abgekommen; aber viele Folgen sind noch davon da. Z. E.

1) die Testamente heissen öfters leges,
2) testamenti factio saepius dicitur esse iuris publici.

§. 1404. Zu den Personen, die nicht testiren können, gehören:

1) Impuberes — sie haben kein perfectum iudicium. Ja sie sollen nicht einmal sub auctoritate des Vormunds testiren können. Excipe: wenn der Fürst die Erlaubnis dazu hergiebt. Aber wohl zu merken: der Impubes muß auch in diesem Fall pubertati proximus seyn; Ratio: weil der Fürst per dispensationem einem Kind keine Vernunft geben kann.
2) *Furiosi* et mente capti — ausgenommen, sie müsten denn dilucida intervalla haben. Es muß dies aus dem Testament selbst beurtheilt werden, ob diese intervalla dilucida da waren. In dubio muß es von dem, der sein Erbrecht daraus deducirt, bewiesen werden.

Furor superveniens schadet der Gültigkeit des Testaments nichts. Conf. Leyser spec. 352. med. 7.

3) *Prodigi*. Doch gelten ihre Testamente, wenn sie ante interdictionem gemacht — i. e. ehe sie für Verschwender erklärt worden. Denn nach den LL. XII. Tab. waren sie den Furiosis aequiparirt und wurden von den Comi-

Comitiis ausgeschlossen. Diese Ratio fehlt zwar hodie, doch nicht omnis ratio. Denn der Verschwender, wenn er pro prodigio erklärt wurde, konnte sich leicht an seinen Verwandten rächen. Die Novell. 39. Leonis erlaubt es ihnen zwar, aber sie ist nicht recipirt, und im Bayreuthischen, Nürnbergischen, Hohenlohischen und andern Landen darf der Prodigus nicht testiren.

4) Summe ebrii, summe irati. Ratio: Ira furor brevis est. Excipe: nisi de perseverantia constet. i. e. wenn erwiesen wird, daß er in der Folge dabei verharrt sey, so gilt ihr Wille. Es ist dies nicht wider die Catonianische Regel: quicquid ab initio non valet, id etiam ex post non convalescit; denn das Testament soll nicht ex perseverantia seine Gültigkeit erlangen, sondern die Ratio ist, ex perseverantia erhellet, daß der Testator nicht auser aller Vernunft gewesen sey. —

Was die Personen betrift, welche testiren können, so ist die Regel zu merken: Vigor animi et iudicii non requiritur in testando ex leg. 4. C. h. t.

Daher können testiren: simplex, moribundus, wenn er den richtigen Verstand noch hat. In dubio ist zu praesumiren, daß der Moribundus seinen Verstand in articulo mortis noch gehabt habe; denn daß er ihn verlohren, ist facti und muß bewiesen werden.

§. 1405. Wer testiren will, muß den freyen und richtigen Gebrauch seines Verstandes haben. Hinc dolus, error, metus etc. testamentum reddit invalidum; keines wegs aber bewirken dies preces et blanditiae, obwohl importunae sollicitationes, i. e. Forderungen und Anliegen, die mit einer Drohung verbunden sind. Denn da ist keine Freyheit des Willens. Importunae sollicitationes aber sind facti, und müssen mithin bewiesen werden: z. E. per testes, meistentheils aber durch die Eides-Delation. Der Deferens aber muß specialia facta importunitatem probantia anführen: z. E. daß die Frau auch mit ihren Bitten ungestümm gewesen, immerzu angehalten habe, ohne aufzuhören.

§. 1406. Das Wesentliche des Testaments ist die Erbeinsetzung, quae ex certa voluntate testatoris constare debet. Daher gilt nun nicht

1) testa-

1) testamentum in alienam voluntatem collatum; i. e. testator denominationem heredis tertio committere et voluntatem suam in eius arbitrium conferre non potest. Conf. Boehmer Libro III. Tit. 26. §. 50.

2) Gilt nicht testamentum quod per generalem responsionem ad specialem interrogationem est declaratum.

a) Specialis interrogatio est, ubi interrogans personam heredis suggessit; wenn ich beim Fragen die Person nenne: z. E. willst Du denn meine Schwester nicht zum Erben einsetzen?

b) Generalis responsio est: quoties testator ipse voluntatem suam praecipue nomen heredis non pronuntiat sed simplici voce aut nutu id, de quo interrogatus est, affirmat.

Ratio: Weil man von einer völligen Gewisheit nicht versichert ist, und weil bei einem testamento nuncupativo der Testator nomen heredis palam aussprechen muß.

3) Das Testament eines Blinden, wenn es nicht vorgelesen worden und der 8te Zeuge nicht adhibirt war.

4) Bei dem testamento anaphabitorum gilt das nämliche.

5) Bei den surdis et mutis ist zu merken: die vitia sind entweder discreta, z. E. sie sind entweder nur taub, oder nur stumm; oder sie sind beisammen — taub und stumm zugleich. Im ersten Fall ist kein Zweifel, daß sie testiren können, denn sie können ja ihren Willen declariren. Im zweyten Fall aber hat man bisher statuirt, daß sie nicht testiren können. Doch fällt dies seit einiger Zeit weg; seit dem nämlich Samuel Heinicke und andere verdiente Männer in der Behandlungsart der Taub- und Stummgebohrnen glücklich gewesen sind.

§. 1407. Das Ius testamenti factionis gehörte mit zu den Iuribus Civium Romanorum. Ergo konnten de iure romano

1) Servi nicht testiren. H. z. T. können unsere Leibeigne überall testiren — auser Osnabrück und einigen benachbarten Orten. Inzwischen ist der Satz, daß Servi nicht testiren können, doch noch bei uns in usu, ratione derer, die sich in türkischer Gefangenschaft befinden. So — auch die Sclaven in den Colonien, z. E. die Afrikaner haben ganz den statum servorum romanorum.

2) Capti-

2) Captivi — Kriegsgefangene ex eadem ratione; weil sie nach dem Iure Romano servi sind. Dies fällt hodie wieder weg, *Captivis Turcicis exceptis.*

3) Peregrini. Dies fällt hodie gänzlich weg. Nach der Avth. Cod. omnes peregrini etc. von K. Fried. I. dürfen alle Fremden unbezweifelt testiren.

4) Damnati ad mortem s. capite damnati. Der Grund ist: weil sie servi poenae und als solche hingerichtet wurden. Denn ein Civis Romanus, als Civis, konnte nicht mit dem Tod bestraft werden, er muste erst ein Sclave seyn. Diese servitus poenae ist in der Nov. 22. Cap. 8. aufgehoben. Deswegen glauben die Rechtslehrer, daß sie hodie testiren könnten. Dies ist auch nach sächsischen Gerichtsbrauch unbezweifelt. Aber nach dem Iure Rom. ist doch die publicatio bonorum (nach welcher desselben Vermögen confiscirt wird) nicht aufgehoben. Conf. Avth. *bona damnatorum* Cod. de bonorum proscriptione. Denn nach diesem Lege ist sie nur aufgehoben zum faveur der Verwandten. Nach dem iure communi ist also zu distinguiren. Der capite damnatus hat entweder Verwandte, oder nicht. Im erstern Fall hat er kein ius testandi, denn die Verwandten haben ein Recht auf sein Vermögen. Im zweyten Fall aber findet die publicatio bonorum statt. Der Fiscus confiscirt das Vermögen.

Conf. Reusner de testamentis part. 2. c. 38.
Stryck in usu moderno h. t. §. 10.

Es ist auch Iure Romano nicht erlaubt, daß *filiifamilias* testiren. Denn

a) hatten sie nichts, und

b) sagen auch die LL. XII. Tabul.: daß nur Patres sollten testiren können, nämlich: Pater familias uti legassit etc.

Also — sie dürfen nicht testiren, ob schon der Vater es erlaubt haben sollte; quia pater contra ius publicum nil indulgere potest; atqui testamenti factio est iuris publici etc. ergo etc. Conf. L. 6. princ. D. h. t.

Dies ist auch iuris communis bei uns, wo nicht in Statuten und Landesgesetzen ein anderes verordnet worden. Conf. Heumanns diss. de testamento filiifamilias.

Sachsen,

Sachsen, Bayern und andere Länder sind Exempel, die das römische Recht bestättigen, Frankfurth, Nürnberg, Hamburg, Hohenloh und andere Orte und Länder weichen davon ab. Aber selbst de iure communi finden zwey Ausnahmen statt:

1) Wenn der filiusfamilias ein peculium castrense et quasi-castrense hat.

2) Nach dem iure canonico soll er auch cum consensu patris ad pias causas disponiren können.

§. 1408. Die Solennitas testamentorum muß genau beobachtet werden. Dies heist auch *forma testamenti*. Haec forma testamenti est modus in contento testamento adeo observandus, ut sine eo testamentum non valeat.

Diese Testamentsform betrift nun

1) entweder die Erbeinsetzung, (solennitatem internam) diese ist bei allen Testamenten, in soferne sie nicht privilegirt sind, schlechterdings zu beobachten.

2) Oder etwas anders — dies heist: Solennitas externa und begreift alle Solennien, die die Gesetze vorschreiben ad maiorem certitudinem voluntatis testatoris. Diese ist nicht überall erforderlich. Sondern wir haben darauf zu sehen: Es ist entweder von einem testamento publico oder private die Rede. Testamentum publicum publica gaudet fide; dies braucht nicht alle Solennia, denn publica fides macht es schon glaubwürdig genug. Das testamentum privatum erfordert in der Regel Solennitatem externam.

Testamentum publicum nititur publica fide. Dahin gehören:

1) Testamenta principi s. magistratui oblata. Conferatur Walchii diss. de testam. principi oblato. Es ist schon ein testamentum principi oblatum, wenn es den Reichsständen, einem Grafen, oder den höchsten Reichsgerichten übergeben worden.

2) Testamenta coram magistratu condita.

§. 1409. Testamenta publica non requirunt solennitatem externam; doch muß zuverläßig seyn, daß ein solches Testament, das dem principi l. iudici übergeben ist, den Willen des Testatoris enthält. Also geht es nicht an, sagt Hellfeld, ein Testament per procuratorem zu übergeben,

ben. Allein dies ist eine sehr streitige Meynung. Doch die gegentheilige Meynung ist jetzo würklich Gerichtsbrauch. Nur muß der Procurator speciali mandato versehen seyn.

Conf. Rivinus de test. per procuratorem oblato — et Struben parte 4. Nro. 88. in s. rechtl. Bedenken.

Hellfelds Zweifel in der Note 1. sind allerdings wichtig. Es ist wahr, daß selbst die Vollmacht des Procurators untergeschoben und das Testament wegpracticirt seyn kann.

Die Rechtslehrer, welche dem Rivinus und Struben folgen, haben folgende Gründe:

1) daß doch die Rechte — allenthalben die Geschäfte per procuratorem erlauben, ja bei Geschäften, welche weit wichtiger sind, als die Testamentshandlungen, z. E. Donationes per procuratorem zu machen.
2) Ueberdies sey kein einziger Lex vorhanden, der es verböte. Conradi sagt: es wären bei den Römern alle gerichtliche Testamente mündlich (oretenus) gemacht worden; und dies ist wahr. Allein der Gebrauch, Testamente schriftlich apud iudicem et principem zu übergeben, ist ja iuris germanici und nicht romani; folglich muß er nach deutschen Rechten erwiesen werden. Dies hat aber v. Senkenberg: von gerichtlichen Testamenten bei den Deutschen §. 19. seq. vollkommen dargethan.

Cautel: Ob dies nun gleich in praxi erlaubt ist, so ist es doch nicht rathsam, daß man es thue. Man kann ja den Iudicem zu sich ins Haus kommen lassen. Es ist nicht consilii:

1) weil es noch Dicasteria giebt, wo die alte Meynung verfochten wird;
2) accedit, wenn nur einiger Verdacht bei einem solchen Testament vorhanden ist, so wird es freylich eher umgestossen, als jedes andere.

§. 1410. 1) Ein solches Testament kann also zu allen Zeiten gemacht werden — diebus feriatis et non feriatis.
2) Es kann vor jedem Richter gemacht werden.
3) Es kann sogar in proprio iudicio gemacht werden.
4) Es kann auch auser dem Gerichtsort gemacht werden, und eben daher werden die Testamente eingetheilt:

1) in iudicialia, quae in loco iudicii conduntur,
2) et extraiudicialia, quae extra locum iudicii conficiuntur.

Die testamenta iudicialia werden

1) entweder schriftlich übergeben; so ist solius iudicis praesentia hinlänglich, z. E. der Prorector, Amtmann, Burgermeister ꝛc. Der Grund ist, weil es nur auf das Zeugnis des Richters ankommt, und das kann mir ja eine Person geben.

Conf. v. Cramer in s. Wezlar. Nebenstunden part. 10. Boehmer in responsis Tom. 3. Part. 3. Nr. 497.

2) Oder mündlich, so muß der Iudex und Actuarius mit zugegen seyn. Ratio: das Testament muß niedergeschrieben werden. Dies aber muß der Actuarius thun, und nicht der Iudex.

Conf. I. Can. Cap. XI. X. de probationibus et Cap. 28. X. de testibus. Zuweilen stellt aber der Iudex und Actuarius eine Person vor (z. E. bei nobilibus.) Wie da? Rsp. So müssen zwey Gerichtsschöppen dabei seyn (Scabini). Dies rührt wieder ex principiis I. Canonici her, welches nie in fide einer einzigen Person alles beruhen lassen will, weil eine Person zu leicht irren — und bestochen werden kann.

§. 1411. Testamentum extraiudiciale. Merke:

1) Die aedes extraiudiciales l. privatae müssen in dem Bezirk des Richters gelegen seyn. Ein Iudex ist nur Iudex in dem Bezirk, wo ihn der Imperans dazu bestimmt hat.
2) Requisitione iudicis opus est. Diese Requisition kann vom Iudice selbst und auch von einem andern geschehen. Der Iudex kann sich entweder in Person oder per Deputatum einfinden. Z. E. Er schickt seinen Actuarium hin, (dies ist bei einzelnen Actibus dem Richter erlaubt) da sollen Schöppen dabei seyn. Wenn sich aber der Richter in Person einfindet, so ist das Testament entweder ein schriftliches oder mündliches (nuncupativum). Im erstern Fall ist wieder solius iudicis praesentia hinlänglich; im letztern muß der Iudex es mit dem Actuario oder dem Gerichtsschöppen aufnehmen.

§. 1412.

§. 1412. Solennitas externa est l. communis, l. propria. Communis ist diejenige, welche bei allen, so wohl schriftlichen, als mündlichen Testamenten erforderlich ist. Dahin gehören z. E.

1) 7 Zeugen (§. 1413.)
2) Unitas actus (1414.)

Von der solennitate externa propria handelt der §. 1415.

§. 1413. Das erste solenne commune ist: die Gegenwart von 7 Zeugen. Diese Zeugen müssen

1) specialiter rogati seyn. Es ist zwar dies zu praesumiren, doch ists rathsamer, daß jeder Zeuge es bei der Unterschrift seines Namens bemerke: als erbetener Zeuge. Es rührt dies von den alten Ritibus der Römer her. Conf. Heinecc. antiquit. Romanorum Libr. II. Tit. 10. Die rogatio testium ist geblieben, obgleich die Ritus der Römer abgekommen. Aber es ist gleichviel, ob die Rogatio mit diesen oder andern Worten geschieht, ob sie herbeigerufen werden oder von ohngefähr da sind. Nur ist nothwendig, daß die Rogatio vor der Testamentshandlung geschehe.
2) Müssen die Zeugen den Testatorem sehen und hören. Wo aber dies steht, weiß der Himmel selbst; im L. 9, C. steht nur, daß sie, die Zeugen, dem Testatori im Gesicht seyn müsten, sonst nichts.
3) Sie müssen volentes nicht inviti seyn.
4) Habiles, i. e. ad testimonium in actu legitimo perhibendum. Daher können Weibspersonen keine Testaments-Zeugen seyn, auch nicht furiosi und prodigi, impuberes, servi, surdi, muti et coeci. Conf. L. 10. C. de testamentis. Coeci — dies ist streitig. Schott schrieb eine Diss. de coeco in testando test. idoneo. Lips. 1763. Koch (zu Giesen) opponirte sich ihm.

Ganz neuerdings erschien ohne Druckort eine kleine Abhandlung über die Frage: ob ein Blinder bei Testamenten Zeuge seyn könne? 1788. von Lehr, in welcher sie aus folgenden Gründen bejaht wird:

1) Heißt es im §. 6. I. de testam. ord. Testes adhiberi possunt ii, quibuscum testamenti factio est. — Dies passe auch auf Blinde.

2) Könnten diese Zeugen ja alles leisten, was die LL. von Testamentszeugen forderten.

3) Könne man überhaupt bei Testamenten nicht mehrere Feyerlichkeiten fordern, als die Gesetze selbst.

Diese Meynung hat wirklich viel vor der Kochischen voraus; doch da auch diese noch ihre Vertheidiger hat, ist es immer besser, man nimmt Zeugen mit gesunden Augen, wenn man sie anders haben kann.

5) Die Zeugen müssen auch solche seyn, die mit dem Testatore nicht für eine Person gehalten werden: z. E.

a) nicht die sub potestate testatoris stehen — filiusfamilias;

b) auch nicht diejenigen, die sub potestate heredis stehen.

Auser dieser Einheit der Person wird weiter auf die Verwandtschaft nicht Rücksicht genommen. Verwandte können sie seyn, sufficit, daß sie nicht unam personam mit ihm oder dem Erben ausmachen.

Anmerkung: Diese 7 Zeugen sind nicht erforderlich, wenn blos de probatione testamenti die Rede ist. Sufficiunt duo, sed testes sint necesse est, omni exceptione maiores. Dies ist nicht so zu verstehen, als wenn noch expresse 2 Zeugen beweisen müsten. Nein! wenn alle 7 Zeugen gestorben wären, das Testament bliebe doch gültig, bis derjenige so es angreift, seine Ungültigkeit erwiesen hat. So auch — wenn alle 7 Zeugen den Tag darauf furiosi geworden wären, testamentum validum manet, quia vitium superveniens non nocet.

§. 1414. Das zweyte solenne commune ist: unitas actus — sie ist in dreyerley Betracht erforderlich:

1) *Ratione temporis*: ut ne diversis temporibus fiat testamentum — z. E. heut anfangen, und morgen enden, geht nicht an. Dies nennen die Doctores: continuatem temporis.

2) *Ratione loci*: ut testator et testes in uno loco maneant, so lange die Handlung dauert.

3) Ratione actus ipsius, i. e. daß keine fremde Handlung unternommen und eingemischt werden darf, während der Testaments-Handlung. Dies nennen die Doctores: uniformitatem actus. Es ist dies sehr vernünftig.

§. 1415.

§. 1415. Die solennia propria sind anders bei testamentis scriptis, anders bei testamentis nuncupativis. Bei schriftlichen Testamenten muß der Testator selbst schreiben oder unterschreiben. Ein Testament, das er mit eigener Hand aufgesetzt hat, nennt man testamentum holographum; welches er aber nicht eigenhändig geschrieben hat, non holographum. Bei ersterm ist die Subsicrptio nicht nothwendig; bei letzterm aber ist sie nothwendig. Und kann der Testator nicht schreiben, so soll er den 8 Zeugen oder einen Notarium dazu nehmen, der statt seiner den Namen schreibt. Z. E. Auf Ersuchen des Testatoris, weil er selbst nicht schreiben kann, habe ich seinen Namen unterschrieben.

1) Daß der Testator das Testament auch siegeln müsse, gebietet kein Gesetz; auch nicht, daß er seinen Namen unter alle Seiten des Testaments schreibe, ob es gleich seinen guten Nutzen haben kann, um den Betrug zu vermeiden, der etwa gemacht werden könnte.

2) Daß alle 7 Zeugen ihren Namen eigenhändig unterschreiben müssen — Vor- und Zunamen; gut, aber nothwendig ists nicht, daß sie ihren Karakter ausdrücken.

3) Die Zeugen sollen auch (nach dem iure praetorio) ihre Siegel beidrucken, Ringe. Hodie aber kommt auf den Unterschied des Siegels nichts an. Es thuts jedes Siegel. Noch merke: wo Stempelpapier eingeführt, muß solches sub poena nullitatis dazu genommen werden.

§. 1416. 1) Es ist nicht nöthig, daß die Zeugen wissen, was im Testament steht; es ist auch nicht nöthig, daß sie den Erben wissen, sufficit sie haben den letzten Willen gesehen und sich unterschrieben.

2) Idem est, an testamentum in lingua vernacula, an in lingua graeca conditum sit. Doch ists hodie herkömmlich, daß sie in einer lebendigen, z. E. deutschen, französischen oder englischen Sprache verabfaßt werden.

3) Obs Pergament oder Papier ist, ist wieder einerley; doch ists nicht an den Orten einerley, wo es eingeführt ist, daß sie auf Stempelpapier geschrieben werden müssen. Die Römer schrieben sie auf tabulas ceratas am gewöhnlichsten. Daher: tabula ein Testament.

§. 1417. Die Solennia bei testamentis nuncupativis. Sie haben die solennia communia und das einzige solenne proprium: ut palam pronuntiet testator contenta testamenti. *Palam*, i. e. klar und deutlich. Der L. 21. D. h. t. erklärt es so, daß es die Zeugen hören sollen. Hieraus folgt: Ein solches Testament muß in der Sprache gemacht werden, welche die Zeugen verstehen, und geht also nicht an, daß ein testamentum nuncupativum mysticum sey. De quo infra copiosius.

§. 1418. Testamentum nuncupativum nullam desiderat scripturam. Doch pflegts bisweilen zu geschehen, daß es durch einen Notarium aufgesetzt wird. Ratio:

1) memoria enim hominis admodum labilis est.
2) Die Zeugen sterben öfters eher, als der Testator. Testamentum nuncupativum itaque est l. simplex, welches nicht niedergeschrieben wird; l. instrumento comprehensum, welches nachher in einen schriftlichen Aufsatz gebracht worden.

Dies letztere hat den Effect jeder Urkunde; vorausgesetzt: daß es auf eine glaubwürdige Art gemacht worden: z. E. durch einen Notar — wenn es von 7 Zeugen unterschrieben und vorgelesen worden ꝛc.

Anmerkung: Demohngeachtet bleibt ein solches Testament ein nuncupativum; non enim ad scripturam subsequentem, sed ad actum ipsum testandi respiciendum est. Das schriftliche Aufsetzen ist erst nach der Testaments-Handlung vorgenommen worden; also bleibts ein testamentum nuncupativum nach der Regel. Dies ist erheblich; denn nun darf man von einem solchen Testament nicht die Solennia fordern, die beim testamento scripto erforderlich sind. Die Zeugen z. E. brauchen hier nicht heute und in uno actu sich zu unterschreiben, es kann morgen und übermorgen noch geschehen.

§. 1419. Die solennia testamentorum sind durch die deutschen Rechte und in der Notariats-Ordnung Max. I. bestättigt worden. Doch sind in einigen Landen die testamenta coram parocho et duorum testium eingeführt. Sie sind im Iure Canonico gegründet; aber doch nicht iuris communis, weil diese Ordnung nicht in der Notariats Ordnung

Merke noch die Regel: Jeder Testator richtet sich nach den Gesetzen des Orts, wo er sein Testament macht. Regel: In contractibus aliisque actibus inspiciendus est locus ubi geruntur, nach dem L. 6. D. de cautionibus.

Ein solches Testament gilt nun auch an fremden Orten, wenn schon da andere Gesetze und Verordnungen sind; vorausgesetzt: daß die Gesetze an den Orten, wo die Erbschaftsgüter liegen, die fremden Gesetze nicht ausdrücklich verbieten. Conf. quoque L. 24. D. h. t. Nach diesem L. kann ein Testator auch mehrere Originale machen. Z. E. Er geht zur See, da läst er keine Abschriften fertigen, sondern er selbst macht mehrere Originale.

Repet. §. 92. de valore statutorum extra territorium. Conf. v. Pufendorf Tom. I. Observ. 28.

LIB. XXVIII. TIT. II.

De liberis et posthumis heredibus instituendis et exheredandis.

§. 1420. Die solennitas externa testamentorum ist erklärt. Solennitas interna besteht in legitima heredis idonei institutione — davon jetzt. Es kommt darauf an, ob der heres necessarius oder voluntarius ist. Ist er

1) necessarius; so muß er entweder eingesetzt, oder enterbt werden. Die Einsetzung ist eine Erklärung des Testatoris, auf wen er nach seinem Tod die Erbschaft transferiren will.
2) Voluntarius; da steht es in dem freyen Willen des Testatoris, ob er einen zum Erben einsetzen will oder nicht.

Die Enterbung ist diejenige Erklärung des Testatoris, wodurch er den Notherben von der ganzen Erbschaft im Testament ausschliest.

§. 1421. Exheredatio ist also die Ausschliesung des Notherben von der ganzen Erbschaft.

1) Sie findet nur bei Notherben statt, i. e. die den Pflichttheil fordern können.

2) Diejenigen sind also nicht für Enterbte anzusehen, die auch nur in re minima instituirt sind. Darauf kommt viel an. Ein solcher, der, licet in re minima, instituirt ist, kann wohl die actionem suppletoriam anstellen, aber das Testament nicht impugniren, nämlich daß es annulirt oder tanquam inofficiosum rescindirt werden soll. Ein dämischer Ausdruck im Testament ist, wenn der Testator sagt: er wolle seine Kinder bis auf den Pflichttheil enterben. Das ist contradictorisch gesprochen, für keine Enterbung zu halten, sondern für eine institutio in legitimam.

3) *Dispositive*, i. e. ita, ut dubium de intentione exheredationis non relinquatur. Es muß also die Enterbung geschehen im Testament, und nicht im Codicill. Im Codicill kann weder Einsetzung noch Enterbung, gar nichts, was die institutionem heredis betrift, verordnet werden.

4) Dubia patris exheredatio nil valet. Z. E. wenn sich mein Sohn nicht gebessert hat. Dies ist nicht bestimmt.

5) Praeteritio regulariter non est exheredatio. Praeteritio est, si quis nec institutus nec expresse exheredatus est. Ausgenommen in dem Fall: wenn der Praeteritus ein Notherbe ist, der nicht sub potestate testatoris gestanden: z. E. filius emancipatus. Da gilt die Regel: Praeteritio instar est exheredationis.

6) Wenn ein Erbe sub conditione eingesetzt worden, so ist er nicht gleich sub contraria conditione für enterbt zu halten. Z. E. wenn mein Sohn die Benignam heurathet, soll er in universum mein Erbe seyn. Thut ers nicht, so hat man

a) keine deutliche Erklärung vom Testatore von seiner Enterbung.

b) Ist der Vater auch nicht berechtigt im Fall der Nichterfüllung seines Notherben ihn gleich zu enterben.

§. 1422. Die Enterbung muß geschehen ex iusta causa in testamento expressa et vera. — Alles ist da gewesen. — Ist die Causa falsch, so ist das Testament inofficiosum; ist sie nicht ausgedruckt, oder ist sie nicht iusta; so — sagt Hellfeld — ist das testamentum nullum. Dies ist aber ein irriger Satz.

Conf.

Conf. Vinnii comment. ad Inst. Tit. de inofficioso testamento; et Idem in select. quaest. Iuris Libr. II. Cap. 9. Es ist auch in diesem Fall inofficiosum. — Adde: Es ist hinlänglich, wenn der Testator Beziehungsweise die causam iustam exheredationis im Testament angiebt: z. E. weil mein Sohn sich so gegen mich aufgeführt hat, wie aus den hiesigen Actis erhellen wird, so soll er enterbt seyn. Wenn aber der Testator Geschwister enterben will, braucht er die Causam nicht auszudrücken.

§. 1423. Zur Enterbung gehört iusta causa in testamento expressa. Distinguamus inter Ius Antijustinianaeum et Iustinianaeum.

1) Ius Anti-Iustinianaeum; hier war es nicht bestimmt, welches causae iustae seyn sollten. Es wurde solches a iudice arbitrirt.

2) Ius Iustinianaeum; da ist es in der Nov. 115. Cap. 3. et 4. bestimmt und dergestalt bestimmt, daß auser den in hac Nov. determinirten causis kein anderer für einen rechtmäßigen Enterbungsgrund gehalten werden soll. Doch — hat dies Iustinian nur bestimmt in Absicht auf die Enterbung von Eltern und Kindern; aber nicht in Absicht auf Enterbung der Geschwister.

Qu. Ob es nicht mehrere rechtmäßige Enterbungsgründe giebt, als die in der Nov. 115. stehen? Rsp. Die Sache ist streitig.

Conf. Hoppii comment. ad Inst. tit. de liberis exhered.

Wernher parte 4. observ. 141.

Berger in oecon. Iuris. h. tit.

Merke zur Beantwortung dieser Streitfrage folgende Distinction: Die Gründe der Enterbung, welche in der Nov. 115. nicht stehen, sind entweder mit unter den in der Nov. ausgedrückten als Species vom Genere begriffen, oder das ist nicht. Im letztern Fall ist keiner derselben pro iusta causa exheredationis zu halten; licet sit causa maior. Ratio: leges poenales a casu ad casum extendi non possunt. Im erstern Fall aber sind es rechtmäßige Gründe; denn es sind viele mit darunter, von welchen es offenbar ist, daß sie nur Beispielsweise beigebracht sind. Z. E. Wenn der Sohn sich mit der Stiefmutter zu familiär macht — ꝛc. wie sollte das

nicht auch von der Tochter gelten, in Ansehung des Stiefvaters.

In vielen Landesgesetzen ist verordnet: wenn Kinder sich wider der Eltern Willen verheurathen, so sollen sie enterbt werden können, z. E. im Braunschweigischen zuverläßig. De iure communi gilt dies aber nicht.

§. 1424. Causae exheredationis:

1) Si parentibus impiae manus illatae.
   a) *Manus illatae* — dies giebt zu erkennen: ein bloser conatus verberandi ist nicht hinlänglich.
   b) *Impiae*, i. e. das Kind muß unrechtmäßiger Weise seine Hände an den Vater gelegt haben. Eine rechtmäßige Defension gegen Eltern ist nicht verboten.
2) Si gravis iniuria illata — eine harte Schmähung. Es ist nicht nöthig, daß die Kinder gerade ihren Eltern ein Verbrechen vorwerfen, aber es muß doch eine harte Schmähung seyn, quae, etiam si adversus extraneum committeretur, pro gravi iniuria putanda esset. —

Wenn sich Kinder und Eltern wieder mit einander versöhnen; so geschieht dies vor der Enterbung oder nachher. Im erstern Fall besteht die Enterbung nicht, obgleich im letztern, sie müste denn ausdrücklich remittirt seyn.

3) Si filius parentes in criminali causa accusaverit. Ausgenommen ist das crimen laesae maiestatis, welches von jedem angezeigt werden muß.
4) Wenn Kinder mit Maleficis umgehen. Maleficus ist, 1) delinquens — ein Verbrecher. Diese Bedeutung findet h. l. nicht statt; sondern es heist auch 2) der sich mit bösen Künsten, Zaubereyen, Giftmischern ꝛc. abgiebt. Aber der Filius muß mit diesen Leuten ut maleficus umgegangen seyn, wenn die Enterbung statt finden soll.
5) Si vitae parentum insidias *pararunt*. Dies Wort zeigt an, daß eine bloße Absicht schon genug sey, wenn sie auch nicht erreicht worden.
6) Wenn der Junge sich mit seines Vaters Maitresse oder Stiefmutter zu familiär macht, oder strafwürdigen Umgang hat.
7) Si delator contra parentes filius extiterit et exinde grave damnum fecit sustinere parentes. Delatio — Kreß sagt: dies sey actio civilis et popularis. Es wird aber

aber vorausgesetzt, daß diese Klage cum calumnia gegen den Vater angestellt worden.

8) Wenn der volljährige Sohn auf Bitten seines Vaters die Bürgschaft, um ihn aus dem Gefängnis zu befreyen, nicht geleistet hat. Da wird vorausgesetzt, daß der Vater der Schulden halber im Gefängnis sitzt, den Sohn um Bürgschaft anspricht, und dieser es abgeschlagen. Ein ius perfectum hat der Vater nicht — und doch gilt dies.

9) Prohibitio, ne parens testetur. Es ist einerley, ob ich den Vater zwinge, daß er ein Testament mache, oder ihn mit Gewalt davon abhalte. Eripi potest hoc casu hereditas filio, tanquam indigno heredi a fisco.

10) Wenn sich der Sohn unter die Arenarios und Mimos gesellt. Arenarius der sich auf öffentlichen Plätzen mit wilden Thieren herumkämpft. Mimus — Taschenspieler, Gauckler ꝛc.

Conf. Octavii Verrarii diss. de mimis. ein vortreffliches Stück hierüber.

11) Wenn die Tochter *meretrix* ist; also eine stuprata gehört nicht hieher. Ferner, wenn sie vor dem 25. Jahr die Huren-Wirthschaft treibt. Denn da hat der Vater Schuld mit, daß die Tochter noch nicht verheurathet ist. Der Vater darf sie auch nicht an der Heurath gehindert haben.

12) Die Verlassung eines Vaters, der ein furiosus ist.

13) Unterlassung der Ranzionirung des Vaters aus der Gefangenschaft.

14) Si haereticus factus est filius, i. e. qui religionem haud probatam sectatur.

§. 1425. Eltern können aus 8 Gründen von den Kindern enterbt werden. Sie sind alle bis auf einen da gewesen, und dies ist der sub numero 5: si parens coniugem interimere voluerit. Dies ist notable, weils die Kinder gar nichts angeht.

Bei Geschwistern sind 3 causae in der Nov. 22. Cap. 47. Allein diese Novella redet nur von causis, quae fratres sororesque a successione ab intestato excludunt. Ja sie ist auch per Nov. 118. völlig abrogirt. Ergo haben wir keine be-

bestimmte causas exheredationis bei Geschwistern; also bleibts hier beim altrömischen Recht. —

Conferatur Hertius de querela fratris germani adversus quoscunque etc.

LIB. XXVIII. TIT. III.

De iniusto, rupto, irrito facto testamento.

§. 1426. Wenn ein Testament ungültig wird, so geschieht dies: entweder facto testatoris, oder citra factum eius.

I. Facto testatoris et quidem vario modo.

1) *Aut* in condendo testamento. Distingue:

a) aut forma a legibus praescripta non est observata. Deficiunt itaque

α) aut solennia externa; h. c. testamentum est *iniustum*;

β) aut solennia interna; h. c. testamentum est *nullum*.

b) aut exheredatio rite quidem, ast inique facta est, h. c. testamentum est *inofficiosum*.

2) *Aut* post conditum testamentum, si nimirum contrariam voluntatem testator legitimo modo declaravit, h. c. testamentum dicitur *ruptum*.

II. Citra factum testatoris. Fieri id potest:

1) agnatione posthumi, h. c. testamentum iterum est *ruptum*;

2) quia testator post testamentum conditum inhabilis factus est, h. c. est *irritum*;

3) quia heres institutus hereditatem non adiit, h. c. est *destitutum* s. *desertum*.

§. 1427. De testamento *nullo* et *iniusto*.

1) Testamentum *nullum* ist, das einen Mangel hat an einer solennitate interna; *iniustum*, das Mangel hat an einer solennitate externa. Die Regel ist: Corruunt in totum haec testamenta, i. e. nicht nur die Erbeinsetzung, sondern auch alle übrige capita testamenti sind nichtig.

Excipe:

Excipe: Es müste denn seyn, daß die Intestat-Erben ein solches Testament doch agnoscirten. Ja Bynkershoek bemerkt auch, daß dergleichen Testamente gelten, wenn gar keine Intestat-Erben da sind. Conf. Bynkershoek in observ. Iuris Rom. libr. 2. c. 2.

Ad not. c) Struv und andere behaupten: daß iniusta testamenta nur in Absicht auf die Erbeinsetzung nichtig wären; allein Hellfeld sagt mit Recht, daß die Nov. 115. C. 3. nicht de nullo et iniusto testamento, sondern blos de testamento inofficioso handle. Conf. Huber ad instit. Libr. 2. Tit. 13.

§. 1428. De testamento *rupto*.

2) Testamentum *ruptum* ist, welches aus dem Grund ungültig worden, weil der Testator seinen Willen geändert hat. Er kann dies thun, secundum regulam: ultimae voluntates sunt ambulatoriae, i. e. revocabiles usque ad mortem. Also — wiederruflich, wenn auch schon die clausula revocatoria mit angehängt worden. Clausula revocatoria est ea, quae sic sonat: si postea novum testamentum condidero, illud nullius momenti erit, sed hoc semper valere volo. Demohngeachtet gilt das vorige Testament nichts. Ratio: Alle ultimae voluntates sind voluntates unilaterales; ergo et clausula. Daraus erlangt aber niemand vivo adhuc testatore ein ius quaesitum, so ist er auch nicht verbunden; sec. reg. nemo sibimet ipsi legem dicere potest, a qua non possit recedere.

Aus eben diesem Grund verbindet auch die clausula adiuratoria nicht; — nämlich, wenn er dazu geschworen hätte. Denn in foro externo kann dieser Eid nicht verbinden. Ein anders ists aber, wenn sich der Testator pacto verpflichtet hat, daß er es halten wolle. Dies gilt iure hodierno, ex regula: pacta sunt servanda.

Qu. Ob von testamentis reciprocis coniugum abgegangen werden könne?

Conf. Schilter exercit. 39. §. 57 et 58. Er sagt: es dürfe das testamentum coniugum reciprocum nicht mit dem testamento mutuo verwechselt werden.

1) Testamentum coniugum reciprocum est dispositio coniugum, qua se aut suos heredes invicem instituunt.

Dies

Dies ist nach Schilter unwiederruflich; Ratio: weil es sich auf beider Ehegatten vorgängige Vereinigung gründet und als ein Vertrag anzusehen ist, wodurch sie sich wechselsweise zu Erben eingesetzt haben.

2) Testamentum coniugum mutuum — wenn beide Ehegatten einerley Erben constituiren: z. E. Unser Vetter Boxenius soll unser Erbe seyn. Dies ist soviel als duplex testamentum in iisdem tabulis comprehensum, mithin wiederruflich.

Doch die Materie ist sehr streitig und viele behaupten, daß auch das testament. reciprocum wiederruflich sey, ausgenommen in zwey Fällen:

1) Wenn sie sich solches expresse versprochen, daß sie nicht abgehen wollen; da ist ein pactum successorium da.
2) Wenn ein Coniux post mortem alterius facto zuerkennen gegeben hat, daß ihm das Testament noch recht sey ꝛc.

§. 1429. Mutatio voluntatis testatoris est vel vera, vel ficta s. praesumta.

1) Ficta s. praesumta — si in agnatione posthumi fundata est (§. 1432).
2) Vera — si in revocatione testamenti fundata est. Haec revocatio vero:
   a) aut cum confectione novi testamenti coniuncta est — haec dicitur: revocatio qualificata. (§. 1430).
   b) aut non; quae dicitur simplex, et verbalis vel realis dicitur, quatenus nimirum verbis fit vel factis.

Revocatio verbalis besteht darinn: daß der Testator ohne ein neues Testament zu machen, sein gemachtes mit Worten revocirt. Da sagt Hellfeld tabulae manent in sua integritate — dadurch wird das Testament nicht aufgehoben. Ratio: Die Römer sahen auf die Regel: Nil est tam naturale, quam unumquodque eodem modo dissolvi, quo colligatum est. Anwendung: das Testament ist errichtet worden cum heredis institutione, also soll es auch nova heredis institutione aufgehoben werden. Es müste denn seyn, daß lapsus decennii dazu käme, und die Revocatio wenigstens in Gegenwart von drey Zeugen geschehen. Das Decennium ist zu rechnen a tempore conditi testamenti. Ratio: est L. 6. C. Theodos. de testament. Ein zehn Jahr altes Testament war pro antiquato zu achten. Iustinian hat aber geändert und

und gesagt, daß es nicht gleich pro antiquato zu achten seyn solle, sondern nur alsdenn, wenn revocatio coram 3 testibus dazu kommt.

Ein solches Testament wird also widerrufen:

1) entweder vor zwey oder einen Zeugen; so ist außer allem Zweifel, daß es nicht rumpirt wird.
2) Oder vor drey, vier, fünf oder sechs Zeugen; rumpitur accedente lapsu decennii.
3) Oder vor sieben Zeugen; da dissentiren die Rechtslehrer. Einige glauben es werde gleich ungültig; andere sagen: accedente lapsu decennii.

Conferatur Haspel de lapsu decennii ad revocationem verbalem testamenti non necessario, Erlangae 1758.

v. Cramer in den Wezlar. Nebenstunden pag. 490.

Allein, lapsus decennii muß dennoch hinzu kommen. Ratio: die Römer wollten sicher, es sollte ein neuer Erbe instituirt werden.

§. 1430. Revocatio realis ist diejenige, wo der Widerruf durch Handlungen geschieht.

Soll durch ein Factum ein Testament revocirt werden, so muß:

1) Das Factum ein solches seyn, wobey die Errichtung eines letzten Willens unmöglich bestehen kann: z. E. Ausstreichen, Zerreißen ꝛc.

Delere — hies bei den Römern den Griffel umwenden und die in Wachs gegrabenen Buchstaben verwischen. Inducere — eine Linie durchstreichen. Inscribere — etwas drüber schreiben. Cancellare — kreuzweis durchstreichen. Dilacerare — zerreißen. Epistolographum heist ein scriptum in tergo s. dorso. Apostilla kann auch in margine stehen.

2) Muß dies Factum an wesentlichen Theilen des Testaments unternommen werden: z. E. nicht etwa nur ein Legat ausgestrichen seyn.
3) Es muß animo tollendi testamentum unternommen seyn; sonst gilts noch, wenns nur bewiesen werden kann. Si quis ergo inconsulte s. tanquam furiosus testamentum dilaceraverit, tamen valet. Wer aber behauptet, daß es consulte geschehen sey, der muß den Beweis führen, welcher schwer

schwer ist, und wohl nicht anders als per iuramentum wird geführt werden können.

Revocatio qualificata ist die mit Errichtung eines neuen Testaments verbunden ist. Conferatur Reg. Testamentum posterius rumpit prius. Ratio: nemo enim duobus aut pluribus testamentis decedere potest. Ratio: weil jedes Testament eine Erbeinsetzung enthält, jeder Erbe ist successor universalis; das können nicht zwey zugleich seyn.

Vorauszusetzen ist: daß das letztere Testament nicht nullum und nicht iniustum sey.

Excipe: Doch zum faveur der Anverwandten gilt ein testamentum posterius imperfectum. Wenn anders die Anverwandten darinn bedacht sind, so gilt es, wenn auch nur fünf Zeugen unterschrieben wären. Ratio: (Bynkershoek sagt,) quia ius, quod alicuius fuit, facilius revivisit, quam novum ius incipit. Conferatur Bynkershoeck in observat. Lib. 2. Nr. 2.

§. 1431. Regula: Posterius testamentum tollit prius.

Exceptiones ab hac regula sunt:

1) Testamenta *militum*. Der Miles kann zwey bis drey Testamente machen, sind sie aber contradictorisch, so gilts letztere.
2) Wenn der Testator beim zweyten Testament declarirt, daß das erste dennoch auch gelten soll. Da ist der letzte Heres, heres directus; und der erste ist Fideicommiss-Erbe.
3) Es giebt auch Fälle, wo alle beide nicht gelten: z. E. wenn man nicht weiß, welches das letztere oder erstere ist: z. E. es ist kein Datum dabei. Doch giebt der Praetor aus beiden die bonorum possessionem.
4) Wenn das letztere vom Testatore cassirt worden, so gilt das erstere das Ruptum wieder.

Regula: Quoties impedimentum cessat, ob quod testamentum valere nequit, toties praetor dat bonorum possessionem secundum tabulas.

§. 1432. Mutatio praesumta est, quae in agnatione posthumi fundata est.

Post-

Posthumus ist jedes Successions-fähige Kind, das der Testator nach Errichtung seines Testaments bekommen. Es rumpirt ein solches Kind das Testament, indem zu vermuthen, daß der Testator nicht so disponirt haben würde, wenn er supervenientiam posthumi gewust hätte.

Agnatio posthumi est vel naturalis, vel civilis. Naturalis dispescitur in propriam et quasi agnationem.

1) Agnatio naturalis propria est, si testatori liberi legitimi primi gradus post testamentum conditum nascuntur.

2) Quasi agnatio - si nepos in locum sui heredis succedit.

Agnatio posthumi civilis ist dreyfach:

1) Ist sie vorhanden, wenn der Testator condito testamento einen arrogirt;

2) Wenn er einen adoptirt. Doch muß es adoptio plena seyn, quae fit ab ascendente.

3) Wenn der Testator einen filium naturalem legitimirt.

In allen diesen Fällen ist die Folge:
Testamentum corruit in totum.

§. 1433. De testamento irrito.

Testamentum *irritum* ist dasjenige, welches um deswillen ungültig wird, weil der Testator post conditum testamentum capitis deminutionem erlitten; und zwar ob quamcunque capitis deminutionem wird das testamentum irritum. —

Et hoc testamentum irritum corruit in totum. Jedoch pflegt der Praetor dasselbe zuweilen zu conserviren per bonorum possessionem secundum tabulas; wenn der Testator den verlohrnen Statum wieder erlangt und als homo sui iuris und civis romanus verstirbt, ex eadem ratione, quam suppeditavit: §. 1431. Eben so hat auch der Prätor einem per vitam partus matris licet momentaneam tantum rumpirten Testament seine Gültigkeit wieder gegeben.

Anmerkung: Hier in dieser Lehre finden wir die meisten widersprechenden Gesetze, ob sie gleich fast uno eodemque tempore gemacht worden sind.

Testamentum *destitutum* ist dasjenige, welches um deswillen ungültig wird, weil der heres institutus die Erbschaft nicht antritt, es sey nun daß er nicht könne oder nicht wolle, sondern die Erbschaft repudiirt. Et hoc testamentum corruit

in totum, nur darf kein Miterbe und heres substitutus vorhanden seyn, welchem erstern die Erbschaft iure accrescendi gebührt, und letztern ex voluntate testatoris zufallen muß.

LIB. XXVIII. TIT. IV.

De his, qui in testamento delentur, inducuntur, vel inscribuntur.

§. 1434. Wir haben schon im §. 1430. erklärt, wie *delere*, *inducere* und *inscribere* unterschieden sind. Wenn nun eins von diesem im Testament an einem wesentlichen Theil vom Testirer consulte geschehen, so ist daraus zu schliessen, daß er das Testament habe annulliren wollen. Die rechtliche Wirkung ist also: huiusmodi testamentum deletum, inductum etc. corruit in totum, i. e. nicht blos in Ansehung der Erbeinsetzung, sondern auch in Ansehung der übrigen Kapitel ist es nicht mehr rechtsbeständig; und wenn kein anderes gültiges Testament an dessen Stelle gesetzt worden, so tritt die Intestat-Erbfolge ein.

§. 1435. Man schliest also ganz richtig ex deletione testamenti auf dessen Wiederrufung. Dies ist aber nur Praesumtion. Praesumtio vero cedit *veritati*; wenn daher bekannt ist oder aliunde bewiesen werden kann, daß der Testirer bei dem Zerreißen des Testaments die Absicht des Wiederrufs nicht gehabt habe und der Innhalt des Testaments ist seinen wesentlichen Theilen nach noch zu lesen, so besteht es gleichwohl.

Daher haben wir fünf Fälle zu merken, in welchen deletio, inductio, dilaceratio und die übrigen facta der Gültigkeit des Testaments nichts schaden.

1) Wenn der Testator furiosus geworden und qua talis das Testament corrumpirte.
2) Wenn er es inconsulte zerriß. Wie es einmal wirklich einem gieng, der von der Diarrhee überfallen wurde; des Nachts im Dunkeln sein Testament, welches er, ohne es zu wissen, auf seinem Schreibpult liegen gelassen hatte, ergriff und zerriß; sich erkältete, tödlich krank wurde und plötz-

plötzlich starb. Die Stücken des Testaments wurden vorgefunden und da sie noch lesbar waren, so bestand dieser letzte Wille.

3) Wenn nur ein Name von den Erben ausgestrichen worden; da ist das Testament rechtsbeständig so lange die übrigen Erben da sind.

4) Wenn unter mehrern Originalen eins ausgestrichen ist. Ratio: denn da können wir nicht sagen, daß der Testirer durch die Deletion des einen Originals auch das andere habe vernichten wollen. Vielmehr müssen wir in der Regel sagen, daß es gelte, bis wir hypothetisch ein Factum zu Grunde legen können, aus welchem erheller, daß es der Wille des Testirers gewis gewesen sey, daß Testament ganz zu cassiren.

5) Wenn ein Tertius invito testatore das Testament verwischt oder zerrissen hätte. Dies ist unbezweifelt.

LIB. XXVIII. TIT. V.

De heredibus instituendis.

§. 1436. Die Erbeinsetzung dependirt vom freyen Willen des testatoris, patrisfamilias. Doch muß er dabei beobachten, daß er:

1) heredem idoneum einsetzt,
2) die Notherben nicht übergeht, und
3) die Erbeinsetzung legitime bewirkt.

§. 1437. *Idoneus heres* ist derjenige, qui in universum ius defuncti succedere potest. Diese Fähigkeit heist: testamenti factio passiva. Diese muß ein Heres zu verschiednen Zeiten haben. Distinguendum est:

I. Inter heredis institutionem puram; Hoc casu muß der Heres die testamenti factionem passivam

1) tempore conditi testamenti; ob regulam catonianam: quicquid ab initio non valet etc. haben.

2) tempore mortis testatoris; weil da der Anfall von der Erbschaft geschieht;

3) tempore adeundae hereditatis: quia hereditas ea acquiritur.

II. Inter heredis institutionem conditionatam; h. c. sind die Tempora verschieden: doch ist zu sehen: auf das tempus conditi testamenti, mortis testatoris und conditionis existentis.

Conferatur de Touillieu quaestio iuridica, quibus temporibus in institutione conditionali cum herede esse debeat testamenti factio.

Anmerkungen:

1) Hellfeld sagt: die Servi können nicht eingesetzt werden; Allein die Rechtslehrer halten dafür, daß sie gar wohl eingesetzt werden können; Ratio: Si servus heres institutus sit, non quaeritur, an ipse habilis sit, sed an habilis sit persona domini. Dies cessirt also hodie, was Hellfeld sagt, und Leibeigene können unbedenklich eingesetzt werden.

2) Secundum Ius Romanum können Peregrini nicht eingesetzt werden. Aber nach der Authent. omnes peregrini-Codicis können sie instituirt werden.

3) Daß capitis deminutione passiva laborantes nicht instituirt werden können, fällt hodie gänzlich weg.

§. 1438. Alle Personen, welche succediren können, können zu Erben eingesetzt werden. Es sind aber diesem allem ohngeachtet Personen, denen die Gesetze verbieten, daß sie nicht eingesetzt werden können. Diese heißen incapaces s. inhabiles. Sie sind:

I. l. absolute tales — sunt ii, qui a nemine, nec ullo casu instituí possunt. Dahin gehören:

1) Filii perduellium. Perduelles sind diejenigen, welche Rebellion und Conspiration im Staate anfangen. Die Ratio legis ist: daß dergleichen Kinder aus Unvermögen nicht im Stande seyn sollen, die Verbrechen der Eltern zu continuiren. Heut zu Tag fällt diese Besorgniß weg. Unsere Staatsverfassung ist schon nicht von der Art, daß sich ein solcher Sohn einen Anhang machen könnte, wodurch er dem Staat zu schaden im Stande wäre.

2) Apostatae et haeretici. Apostata ist derjenige, welcher von der christlichen Religion abfällt und sich zur heidnischen wendet.

3) Die

3) Die Juden. Heut zu Tag können wir Juden einsetzen, nur kein ganzes Corpus Iudaeorum kann ohne Landesherrliche Einwilligung eingesetzt werden.

4) Collegia illicita. Was diese anlangt, so sind darunter nicht blos moraliter illicita, quae virtuti et bonis moribus repugnant, zu verstehen, sondern auch Collegia civiliter illicita, welche die Landesherrliche Adprobation und Confirmation nicht erhalten haben. Solche collegia illicita paßiren im Staate nicht als Collegia, mithin non entis nulla sunt praedicata. Jedoch einzelne Personen aus einem solchen Collegio können instituirt werden. — Eben so ist es auch bei den Obligationibus.

II. l. secundum quid tales — qui certis tantummodo casibus institui nequeunt. Dahin gehören:

1) princeps litis causu institutus, i. e. eum in finem institus, ut adversariis nostris hostis potentissimus objiciatur. Trajan, August und Pertinax haben es verordnet, §. ult. Inst. de hered. qualitate et differentia, wo es heist: attamen legibus vivimus etc.

2) Der zweyte Ehegatte kann nicht mehr bekommen, als ein Kind erster Ehe. Ex leg. 6. Cod secund. nuptiis et Nov. 22. Cap. 27.

3) Parentes et liberi incestuosi. Diese können sich selbst iemanden nicht instituiren, sed a quocunque tertio können sie instituirt werden.

4) Liberi naturales. Merke: Hat der Testator legitime Kinder, so kann er den naturalibus nur unicam unciam aussetzen. Hat er keine; hier kann er den naturalibus die ganze Erbschaft vermachen, nur dem Pflichttheil der Eltern unbeschadet.

§. 1439. Der Testator kann eine und auch mehrere Personen zu Erben einsetzen.

Mehrere Personen — hier entsteht die Frage: welchen Theil sollen diese mehrern Personen bekommen?

Nach dem Iure Romano ist die Erbschaft ein Totum, welches aus zwölf Theilen besteht. Dies Totum wird *As* genennt und ein zwölf Theilchen davon heist: *Uncia*. Jedoch hat auch ein jedes Zwölf Theilchen seinen besondern Nahmen.

Ein Testator muß sich nicht praecise darnach richten; sondern er kann seine Erbschaft in vier sechs und mehrere Theile vertheilen.

Der Testator hat entweder den Erben einen Theil bestimmt, oder das ist nicht. Im letztern Fall wird die Erbschaft in gleiche Theile getheilt. Denn es wird praesumirt, daß der Testator einen Erben so sehr, als den andern liebe. Daher muß man auch aequalitatem successorum praesumiren. Jedoch hat man im Iure Romano die Regel: plures coniunctae personae habentur pro una. Coniunctae personae vero sunt, quae in una propositione vocatae sunt.

Im erstern Fall aber, wenn nämlich der Testator den Erben ihre Theile bestimmt hat, so muß man sich darnach richten. Doch ist ein Unterschied zu merken:

1) Wenn er die Theile genau bestimmt hat, i. e. so daß die Bestimmung der Theile mit der Erbschaft zutrift; so hat es bei dieser Bestimmung vollkommen sein Bewenden.

2) Hat er sie aber nicht genau bestimmt, so gilt die Regel: cuilibet pro rata accrescit, cuilibet quoque pro rata decrescit. Diese Regel gilt, wenn der Testirer so getheilt hat, daß von der Erbschaft noch was übrig bleibt, oder wenn er so viele Theile gemacht, daß das Totum nicht zureicht.

Anmerkung: Wenn mich der Testirer in parte determinata allein eingesetzt hat, so bin ich Erbe vom Ganzen. Ratio: denn es ist der römischen Denkungsart absolut zuwider, einen heredem pro parte und ohne Miterben aufzustellen. Er sagt: z. E. Benignus sey Erbe in meinem Haus, weiter nichts — also bin ich Erbe von dem ganzen Hause.

Wenn der Testator einigen Erben Theile bestimmt hat, einigen aber nicht, so kommt es darauf an, ob außer den bestimmten Theilen von der Erbschaft noch etwas von der Erbschaft übrig bleibt, oder nicht. Im erstern Fall bekommen diejenigen, denen keine Theile bestimmt worden, das Residuum — das übrigbleibende von der Erbschaft. Im letztern Fall aber muß man auf die Absicht des Testirers sehen. Hat er etwa die Absicht gehabt, daß sie nichts bekommen sollen; gut, so bleibts dabei; kann man dies aber nicht vermuthen, so gilt die Regel: Ex asse fiat dupondium; ex dupondio tripondium etc. Ein Dupondium besteht aus 24 Unciis, ein Tripondium aus 36. Folglich bekommen die, welche bestimmte Theile haben, nur die Hälfte ꝛc,

Ist

Ist gar kein Erbe genennt außer denen, welchen Theile bestimmt worden, so fällt das Residuum den übrigen Erben und nicht den Intestat-Erben pro rata zu. Denn wir haben die Regel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.

§. 1440. Die Solennitas testamentorum interna besteht in der gesetzlichen Einsetzung eines heredis idonei. Dazu wird also erfordert:

I. Daß der Testator über die ganze Substanz seines Vermögens disponiren müsse: ex reg. nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Nemo, subaudi: paganorum, i. e. eorum, qui non sunt milites; denn milites können pro parte intestati decedere. Er muß also entweder ganz von Testamens-Erben oder ganz von Intestat-Erben beerbt werden.

Die Ratio liegt in dem Begrif eines Erben; er soll successor universalis seyn, ergo etc.

Nach dem Iure Germanico kommt jedoch der Fall oft vor, daß einer pro parte testatus et pro parte intestatus verstirbt: z. E. wenn einer Allodial- und Feudal-Güter besitzt und ein Testament macht.

§. 1441. Nemo pro parte testatus, et pro parte intestatus decedere potest. Aus dieser Regel ist zu beurtheilen: quid iuris, si heres in re certa institutus sit: z. E. Caius soll mein Erbe seyn und mein Haus besitzen. —

In diesem Fall ist nun ein einziger Erbe da, oder es sind mehrere in re certa instituirt worden. Wenn nur ein einziger Erbe da ist, so bekommt er die ganze Erbschaft, nach der Regel: Causa testati trahit ad se causam intestati. Wenn aber mehrere da sind, so sind sie:

1) entweder alle in re certa instituirt — h. e. bekommt jeder die rem certam als ein Vermächtnis zum Voraus und das übrige Vermögen theilen sie in gleiche Theile.

2) Oder es sind nur einige davon in re certa instituirt, einige nicht. Hier werden die Erben, denen der Testirer keine rem certam bestimmt hat, als Universal-Erben angesehen, die übrigen aber als Legatarii, doch so, daß sie das ius accrescendi haben.

Es folgt auch aus obiger Regel: daß die Erbeinsetzung nicht geschehen kann sub die, i. e.

1) nicht in diem: — z. E. Caius soll mein Erbe seyn auf zehn Jahr,

2) nicht ex die — nach Verlauf einer gewissen Zeit: z. E. Benignus soll mein Erbe 20 Jahre nach meinem Tode seyn.

Regel: Dies adiectus pro non scripto habetur.

Excipe: wenn der Testator zugleich ein Fideicommiss ververordnet hat; denn da stirbt er nicht pro parte intestatus.

§. 1442. Zur legitima idonei heredis institutione gehört:

II. daß der Erbe gewiß seyn muß. Ratio: eine ungewisse Person kann nicht honorirt werden. Dies ist Iure Romano antiquo sehr strenge genommen worden. Sogar konnte kein Posthumus eingesetzt werden, denn er war als ein pars viscerum matris zu betrachten; auch Kirchen, Städte ꝛc. konnten nicht eingesetzt werden. Doch aber ist es anders iure novo; denn da gilt die Regel: Nasciturus pro iam nato habetur, quoties de commodo eius sermo est. Daher können instituirt werden:

1) Die Armen. In dubio versteht man die Armen des Orts darunter.

2) Die Kirchen — in dubio versteht man die Kirche, wo der Defunctus seine Sacra herholte.

3) Auch Schulen und andere corpora licita konnten instituirt werden.

Es ist auch hinreichend, wenn man nur ex indubitabili signo von der Person des Erben gewiß ist: z. E. wenn man bei dem testamento nuncupativo mit dem Finger auf einen hinweist und sagt: dieser ist mein Erbe.

Es schadet auch kein Irrthum des Namens, keine falsche Beschreibung des Erben; nec institutio cum maledicto: z. E. mein gottloser Sohn soll mein Erbe seyn.

§. 1443. Testamentum mysticum est testamentum relativum, in quo nomen heredis non expressum est, sed testator se refert ad schedulam quandam: z. E. derjenige soll mein Erbe seyn, dessen Nahme sich nach meinem Tod in meinem Schreibpult in dem und dem Fach auf einem Zettel finden wird.

Hier

Hier ist die Frage: ob dergleichen Testamente gelten? Rsp. distinguendo:

1) Wenn von einem testamento scripto die Rede ist, so können wir es nullo modo für ungültig achten, Conferatur L. 10. pr. de condit. instit. L. 38. de condit. et demonstr. L. 77. de hered. instit. Diese Gesetze sind ganz klar und deutlich.

Obs. Gleichwohl ist es nicht rathsam ein solches Testament zu machen, denn es ist gefährlich. Wenn der bezeichnete Ort nicht entspricht, so ist alles verlohren, weil relatio ad locum signatum der einzige Grund ist, woran wir uns halten müssen.

2) Wenn von einem testamento nuncupativo die Rede ist, so ists zweifelhaft; wenigstens halten wir es aus dem Grund für ungültig, weil nach dem L. 29. C. h. t. der Testirer den Namen des Erben palam aussprechen soll. Conferatur L. 40. D. de iure fisci.

Adde: Ein Coecus kann nur ein testamentum nuncupativum machen, im L. 8. C. de test. ists klar verordnet, daß er palam den Namen des Heredis aussprechen soll.

§. 1444. Zur legitima heredis institutione gehört:

III. Ut non sit captatoria, quae est talis, qua aliquis ita heres instituitur l. legatum ei relinquitur, ut ipse vicissim hereditatem suam aut legatum quoddam nobis amicisve nostris relinquat: z. E. Qua ex parte titius mihi heredem instituit, ea ex parte meus heres esto. Es scheint dies ob heredipetas verordnet zu seyn. Und die zweyte Raison wäre, weil auch bei einer solchen captatoria institutione ein pactum successorium zu Grunde liegt, welche bei den Römern schlechterdings verboten waren. Heut zu Tage gilts allerdings.

IV. Dürfen diese Institutiones nicht auf Güter extendirt werden, worüber der Testator nicht disponiren kann. Thut ers doch; so ist seine Einsetzung deßwegen nicht ganz ungültig, sondern nur in soferne sie ihm unmöglich war, i. e. in Ansehung der Güter die nicht sein waren.

Reg. utile per inutile non debet vitiari.

Iure Romano musten verba imperativa gebraucht werden, Laelius heres meus esto; hodie kommts nicht darauf an, ich brauche nicht einmal das Wort Erbe. Ich setze

auch: Caius soll mein Vermögen haben. Aber Bittweise geht man doch auch nicht gerne zu Werke, denn es möchte eine fatale Wendung geben. Gewöhnlich sagt man: Ich setze hiemit und Kraft dieses Herrn N. N. zu meinem Erben ein ꝛc.

LIB. XXVIII. TIT. VI.

De vulgari et pupillari substitutione.

§. 1445. Es liegt vielmal dem Testator dran, daß er einen gewissen Erben habe, daher die substitutiones (Aftererbeinsetzungen).

Substitutio est surrogatio ulterioris heredis in locum anterioris. Hoc fit duplici modo:

Die Surrogatio betrift entweder einen heredem anteriorem deficientem, oder existentem. Im erstern Fall heist sie: institutio heredis directa; im zweyten obliqua s. fideicommissaria, wovon unten in der Lehre de fideicommissis ein mehreres. Bei der heredis institutione directa ist der Unterschied zu bemerken. Es fehlt der Erbe:

1) *aut* sibi ipsi, so ist die substitutio *vulgaris* vorhanden.
2) *aut* liberis suis, i. e. qui testari non possunt et quidem:
   a) aut propter impubertatem, h. c. substitutio dicitur *pupillaris*.
   b) aut ob aliud vitium — *quasipupillaris*.

§. 1446. I. Substitutio vulgaris:
est substitutio, quae fit a quolibet testatore cuilibet heredi *in casum si heres institutus heres non fuerit*.
Nota: Heres institutus non fit heres, *aut* quia non potuit — quia v. c. incapax factus, mortuus est; *aut* quia noluit; prior casus a DD. casus impotentiae, posterior vero vocatur casus noluntatis.

II. Substitutio pupillaris est ea,
quae fit a patre liberis impuberibus in casum *si intra impubertatem decesserint*. L. 2. D. h. t.
Differentia:

1) Vul-

1) Vulgariter kann jeder Testator substituiren, pupillariter nur der Vater.
2) Vulgaris substitutio findet bei allen Erben statt, pupillaris tantum bei *suis* et impuberibus.
3) Vulgaris substitutio geht auf einen casum negativum, pupillaris aber auf einen casum affirmativum.

§. 1447. Wer einen Erben substituirt, giebt zu erkennen, daß er sein Vermögen nicht an die Intestat-Erben gelangen lassen will.

Reg. Testator magis amasse censetur substitutum, quam heredes ab intestato.

Folgen:

1) Substitutio vulgaris begreift tacite die pupillarem in sich et v. v. Substitutio ergo est vel expressa, vel tacita. Letztere versteht sich wieder sub expressa.
2) Bei der Vulgari Substitutione begreift ein Fall den andern stillschweigend in sich. Daher sind die casus substitutionis vel expressi vel taciti.
3) Wenn der minor institutus die Erbschaft angetreten und sie per restitutionem in integrum wieder verlassen will, so kann sie der Substitut noch antreten. — Es entsteht hier die Frage: Ob der Substitutus die Erbschaft verlangen könne? Hellfeld behauptet affirmativam sententiam; beruft sich aber unrichtig auf Vinnium, denn der sagt das Gegentheil.

Ratio:

1) Die Substitutio fällt weg, so bald der Institutus die Erbschaft angetreten hat.
2) Hat sich der Unmündige von der Erbschaft losgemacht, so gereicht dies ihm, nicht aber einem Tertio zum Vortheil.
3) Ist ein klarer Lex da, nämlich der L. 7. §. 10. D. de minoribus, worinn ausdrücklich steht, daß der Substitut die Erbschaft nicht mehr prätendiren kann excepto uno casu. Cocceii in ius controv. h. t. quaest. 6. Lib. 2. §. 3.
4) Substitutus substituti est quoque substitutus instituti. — Der L. 3. Inst. de vulgari substitutione ist hier lex cardinalis. Der Testator schreibt z. E. I et IIdus heredes sunto — diese sind instituti; Si vero Imus heres non erit,

secun-

secundus esto — das ist ein Substitutus. — Si secundus non erit, IIItius erit. Der ist nun substitutus substituti. Nun war, wie ex L. 47. D. h. t. erhellet, eine Streitigkeit: ob und in welchen Fällen der substitutus substituti des Imi Instituti Erbschaft praetendiren kann. Sie sagten: wenn der Imus und dann auch der IIdus stirbt, so kann der IIItius die Erbschaft verlangen; wenn aber zuerst der IIdus und dann der Imus stirbt, so kann sie der IIItius nicht verlangen, weil er dem Imo nicht substituirt ist.

Diese Distinction aber hat Iustinian in dem all. §pho. 3. §. verworfen; es steht darinn: *sine distinctione*. Conf. Eberhard Otto in vita Papiniani C. 2. §. 6.

§. 1448. I. Substitutio ist eine Species von der Erbeinsetzung. Eben die Personen, welche einen Erben einsetzen können, können auch substituiren et v. v.

II. Es dependirt vom Testatore, ob er plures in locum unius, oder unum in locum plurium substituiren will. Z. E. Caius soll mein Erbe seyn; wird ers nicht, so sollens Mevius, Iabolenus und Benignus seyn.

III. Ein Erbe kann dem andern Miterben substituirt werden. — Merke: sie ist in den meisten Fällen unnütz, weil Coheredes ohnehin das ius accrescendi haben. Doch wenn die heredes coniuncti von verschiedener Art sind, da hat diese Substitutio allerdings ihren Nutzen.

§. 1449. Substitutio est repetita heredis institutio. Daraus folgt: der Substitutus bekommt den nämlichen Erbtheil, der dem Instituto, welchem er substituirt worden, zugedacht worden.

Substitutio exstinguitur:

1) Wenn der Substitutus eher oder zugleich mit dem Instituto stirbt.
2) Wenn der Fall nicht existent wird, auf den die Substitutio gerichtet ist.
3) Wenn das tempus substitutionis verlaufen ist.

§. 1450. Von der substitutione pupillari in specie. Sie hat ihre eigne Rechte. Dahin gehört:

1) daß sie certo respectu als ein gedoppeltes Testament anzusehen: z. E. in Absicht auf die Erbeinsetzung. Denn a) da

a) da muß eine zweyfache Erbeinsetzung geschehen.
b) Es sind auch zwey Todesfälle abzuwarten.
c) Sind auch zwey Acquisitiones vorhergängig erfordert.
d) Können diese substitutiones pupillares diversis tabulis geschehen.

2) Daß sie certo respectu als ein Testament zu betrachten sind: z. E. ratione solennium aliorumque externarum. Es findet da nur ein Testator statt, nur 7 Zeugen ꝛc.
3) Das Fundament ist patria potestas; die ratio ob quam etc. s. causa — ist aetas filii impubes; Ratio: weil Kinder von diesem Alter nicht selbst zu testiren im Stande sind. So bald diese ratio ob quam wegfällt, fällt auch die Substitutio weg.

§. 1451. Fundamentum substitutionis est patria potestas; folglich kann
1) nicht die Mutter, sondern nur der Vater pupillariter substituiren. Hodie haben die Mütter zwar patriam potestatem, aber nur in Ansehung des Erziehungsrechtes. Doch im Wirtembergischen ist ein Lex vorhanden, der es auch den Müttern zuspricht. Anders ist es, wenn die Mütter vulgariter und fideicommissarie substituiren wollen, dies ist ihnen ohne Einschränkung erlaubt.
2) Der Vater kann nur suis liberis und solchen substituiren, die tempore substitutionis unter väterlicher Gewalt stehen. Doch auch nascituris, quia de commodo illorum sermo est. Kommt der Nascicurus tod auf die Welt, so bleibt die substitutio pupillaris blos eine vulgaris.
3) Den Exheredirten kann substituirt werden. Dies kommt hodie selten, beinahe gar nicht vor.

§. 1452. Wenn der Subkitutus zur Succession gelangen soll, so hat der Testirer entweder kein Alter bestimmt, in welchem sein Kind versterben müste, da hört also die substitutio pupillaris auf; oder er hat ein Alter bestimmt — hier haben wir zwey Fälle zu merken: das Alter ist
1) entweder pubertate minor, z. E. 10 Jahr — da gehts nach väterlicher Verordnung;
2) oder pubertate maior — h. c. aetatis adiectio nihil efficit.

§. 1453.

§. 1453. Substitutio pupill. duplex involvit testamentum,

1) testamentum patris,

2) filii.

Letzteres ist als ein Accessorium des erstern (Principalis) zu betrachten. Fällt also ersteres weg, fällt auch das letztere über den Haufen, nach der Regel: corruente principali corruit et accessorium. Ein einziger Fall ist jedoch ausgenommen, nämlich bei der querela inofficiosi testamenti.

Eben so besteht auch die substitutio pupillaris, wenn der Sohn als intestatus succediren will.

§. 1454. Ein Vater, welcher substituiren will, muß erst sich, dann seinem Sohn einen Erben ernennen. Doch kann distinguirt werden: der Testator bewürkt beide Einsetzungen,

1) l. uno actu; so kommt nichts darauf an, ob er diese oder jene zuerst vorgenommen, ex regula: in L. 14. D. de peculio legato et L. 28. de heredibus instituendis: in actibus coniunctis nullus est ordo;

2) l. diversis actibus; da muß er nach der Ordnung gehen. Ratio: quia testamentum — pupillare est pars et sequela testamenti paterni.

§. 1455. Der pupillariter substitutus bekommt alles Vermögen: mithin werden die Intestat-Erben völlig ausgeschlossen. So gar die Mutter kann nichts, nicht einmal die legitimam praetendiren; denn der Vater that es vi proprio. Allein die heutigen Rechtslehrer halten es doch für billig, daß die Mutter den Pflichttheil bekomme. Und in manchen Landesgesetzen ist es sogar verordnet: z. E. in Churfachsen. Hat einer sein Erbrecht verkauft, so behält er doch das Substitutions-Recht; denn dies hat er ex nova causa. Der Substitutus muß endlich beide Erbschaften antreten oder ausschlagen, es sey denn

1) daß er vulgariter substituirt wäre, da kann er doch die bona paterna praetendiren; oder

2) daß filius a hereditate paterna abstinirt hätte.

§. 1456. Substitutio quasi pupillaris est ea, quae fit a parentibus liberis, qui ob aliud vitium praeter pubertatem testari non possunt, in casu, si in tali statu decesse-

cerint. Iustinian hat sie eingeführt und deswegen heist sie: Iustinianaea. Conf. L. 9. C. de minoribus.

In den D. kommt nichts davon vor. Weil sie ad exemplum substitutionis pupillaris eingeführt worden, so heist sie auch exemplaris. Doch finden bei der pupillari und quasipupillari nicht einerley Rechte statt; denn Iustinian hat hier zum Fundament providentiam et amorem parentum erga liberos angenommen.

Differentia:

1) Pupillaris findet nur bei Unmündigen statt, quasipupillaris aber auch bei mentecaptis, furiosis, prodigis etc. indistincte, i. e. sie mögen mündig oder unmündig seyn, statt.

2) Pupillariter pater tantum substituere potest; quasipupillariter et a matre et ab omnibus ascendentibus; denn das Fundament quadrirt auf alle. Des Vaters Wille hat also hier keinen Vorzug, weil eben dies Fundament Liebe und Vorsorge beim Vater sich nicht grösser denken läst. Ja in Ansehung des Vermögens der Mutter muß ihre Substitution noch einen Vorzug haben.

3) Pupillariter kann den Exheredatis substituirt werden, aber nicht quasipupillariter.

4) Pupillariter kann ein Vater substituiren, wenn er will, quasipupillariter nicht. Denn hier muß der Parens vor allen Dingen die Kinder des prodigi, mentecapti etc. substituiren, wo diese fehlen, die Geschwisterte desselben, und wo auch diese fehlen, quemlibet.

5) Pupillaris substitutio evanescit cum pubertate, quasipupillaris cessante furore etc.

Wie aber, wenn der, welcher furiosus war, wieder in furorem verfällt? Rsp. Es ist dubiös. Wir glauben, daß die Substitutio gelte, aber der Testator muß auf den Fall mit Rücksicht nehmen.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1696968690/phys_0281
DFG

LIB. XXVIII. TIT. VII.

De conditionibus institutionum.

§. 1457. Heredis institutio fit aut cum aut sine conditione. Von letzterm Fall ist bis hieher gehandelt worden; wir kommen also nunmehro auf den erstern — wenn die Erbeinsetzung auf einer Condition beruht. Die Conditio muß extrinseca seyn, i. e. quae a testatore negotio, cui alias non inest conditio, adiecta est. *Intrinseca* quae sua natura praeter testatoris voluntatem expresse declaratam inest. Z. E. Caius soll mein Erbe seyn; conditio intrinseca ist, wenn er mich überlebt. Deswegen aber braucht man diese Erbeinsetzung nicht pro conditionata zu halten. Aber z. E. Du sagest: Wenn Caius Benignen heurathet, soll er mein Erbe seyn — das ist extrinseca.

§. 1458. Die Bedingung erfordert allemal eine künftige ungewisse Begebenheit; daher ist es keine Bedingung, wenn sie auf eine gegenwärtige oder vergangene Begebenheit gerichtet ist. Es müste denn seyn, daß eine solche Begebenheit in Absicht auf unsere Wissenschaft noch als ungewiß und künftig anzusehen ist: z. E. wenn Selim mit Joseph II. Friede macht; ob dies schon geschehen ist, das weiß ich jetzt noch nicht; ergo etc. Merke wohl: ungewis muß die künftige Begebenheit seyn. Die unmöglichen Dinge können keine künftigen Begebenheiten abgeben: z. E. Wenn du in den Mond reisen wirst.

§. 1459. I. Conditiones impossibiles sunt vel absolute tales — die an und für sich unmöglich sind; vel secundum quid tales, d. h. unter gewissen Umständen: Z. E. Ich soll jetzt D. Medicinae werden.

Conditiones impossibiles porro sunt l. naturaliter,— l. moraliter tales. Letztere sind diejenigen, welche ob prohibitionem legis nicht existiren können. Sie heisen *turpes*, wenn sie in Beziehung auf die leges honestatis nicht existent werden können. Man zählt diesen auch die derisorias — i. e. diejenigen bei, die dem, der sie erfüllt, nur dem Gelächter aussetzen würden. Z. E. Du sollst Dich lappländisch kleiden. Die Conditiones perplexae auch: z. E. Si Titius

tius heres erit, Sejus heres erit; si Sejus heres erit, Titius heres esto — da fehlts an Menschenverstand!

II. Conditiones possibiles. Ihre Existenz hängt

1) entweder lediglich von dem Arbitrio dessen ab, dem sie vorgeschrieben worden: z. E. wenn mein lieber Sohn fleißig auf Universitäten seyn wird. Hier heisen sie: Conditiones potestativae.

2) Oder theils vom Arbitrio, theils aber nicht. Z. E. Wenn Du Utriusque Iuris Doctor wirst. — Conditiones mixtae.

3) Oder lediglich vom Zufall: z. E. Wenn meine Frau stirbt — Conditiones casuales.

Observ. Hieraus sieht man, daß es ganz falsch ist, die conditionem potestativam von der mixta zu trennen, oder noch deutlicher zwischen beiden zu distinguiren. Denn es giebt keine einzige Handlung, die so ganz in meiner Gewalt stünde. Aber in den LL. steht einmal diese Distinction, wir müssen sie daher beibehalten. Conf. Schott de conditionis potestativae figmento, in opuscul. suis. p. 72.

Unter die conditiones possibiles rechnet man nach der Note auch die: wenn du dich nicht mehr verheurathest. Conf. Knorr in s. rechtl. Anmerkungen pag. 237. Wenn derjenige, dem sie vorgeschrieben worden, die Erbschaft haben will, so muß er die Condition erfüllen. Sie findet ferner statt, wenn ihm die Conditio auf ein Individuum vorgeschrieben worden. Z. E. Wenn Du die Josephe nicht heurathest. Im übrigen sind sie pro non adiectis zu halten.

§. 1460. Von den conditionibus impossibilibus merke die Regel: conditio impossibilis habetur pro non adiecta s. non scripta, i. e. der Erbe bekommt die Erbschaft so gut, als wenn er pure eingesetzt worden wäre. Ratio: Man muß von jedem Testatore vermuthen, daß er haben wolle, voluntatem suam habere exitum. Ex hac ratione ist nach Hellfeld auch das nämliche von der conditione derisoria zu halten, nicht aber von der conditione perplexa; denn diese macht, daß die ganze Verordnung nichts gilt; Ratio: talis voluntas exitum habere non potest. Keineswegs aber ist conditio praeposterа pro non adiecta zu halten, i. e. diejenige, wo das, was hinten nachfolgen sollte, voraus

steht: z. E. Caius servus meus peculium suum habeto et liber esto. — Liber esto sollte voranstehen.

§. 1461. Conditio possibilis aut suo heredi praescribitur, aut extraneo. Der erste Fall: suo heredi praescribitur. Hier — sagt Hellfeld — habe bei den Römern nur conditio potestativa statt gefunden, weil der Fall kommen könnte, daß der filius pro praeterito zu achten wäre. Z. E. Wenn es am Portiuncula-Tag donnern wird, sollst Du mein Erbe seyn. Novo iure autem — setzt Hellfeld hinzu — legitimae nulla, bonis vero extra legitimam nulla, conditio adiicitur. Und diese Meynung ist ganz richtig, wenn nämlich die Einsetzung in den Pflichttheil und das Vermögen auser demselben separirt wird. Denn auser dieser Trennung bleibt es bei dem Iure Romano antiquo.

Der zweyte Fall: conditio possibilis extraneo heredi praescribitur. Diesem kann jede Bedingung vorgeschrieben werden. Ja auch mehrere und zwar disiunctive und copulative, wie der Testirer will und mag. *Disiunctive*, z. E. Wenn Caius Doctor wird, oder die Benigne heurathet; da hat er die Wahl, oder kann sie auch beide erfüllen. *Copulative*, z. E. Du sollst nach Rom reisen und wenn Du wieder kommst promoviren und Josephen heurathen; da must Du sie alle erfüllen.

§. 1462. Dem heredi extraneo also können alle und jede mögliche Bedingungen vorgeschrieben werden. Doch wollen wir uns folgende Distinction merken:

1) Bei der conditione casuali ist die Regel: omnino adimpleta esse debet, ut dispositio testatoris exitum habeat. Ratio: inspicienda est voluntas testatoris, quae conditiones regit. Existirt also der Casus, so bekommt derjenige, welchem legirt worden, was ihm gebührt; existirt er nicht, so bekommt er auch nichts.
2) Bei der conditione mixta merke: in so ferne sie mit auf den Casum gerichtet ist, gilt das nämliche, was erst behauptet worden. Z. E. Wenn Du in Deinem Garten auf dem Rathsberge dieses Jahr Obst baust, sollst Du 10 Ducaten von mir legirt bekommen.
3) Die conditio potestativa wird bisweilen pro adimpleta gehalten, bisweilen nicht. Sie wird entweder casu gehindert oder facto. Casu, z. E. Du sagst: wenn ich meinem Servo Sticho die Freyheit gebe, so soll ich Dein

Erbe

Erbe seyn; und der dumme Kerl stirbt mir eben jetzt, da ich ihn für frey erklären will. Quid faciendum? Distingue: Der Kerl starb

a) entweder bei Lebzeiten des Testirers, h. c. conditio pro adimpleta habetur; denn es ist zu praesumiren, daß der Testirer seinen Willen geändert haben würde, wenn er auf der Erfüllung hätte bestehen wollen.

b) Oder er starb nach dessen Tod, h. c. conditio habetur pro deserta, ich kann also nichts verlangen.

Facto. Factum est iterum:

a) l. ipsius testatoris, z. E. er sagte: wenn ich für ihn 100 fl. Schulden bezahlen wollte, so sollte ich seinen Garten legirt bekommen. Nun aber hindert er mich an Erfüllung der Condition, weil er seine Schuld selbst bezahlt; da gilt die Regel: conditio pro deserta habetur, ideoque legatum peti non potest.

b) l. ipsius honorati, i. e. heredis aut legatarii. Z. E. Wenn du Benignen heurathest, sollst Du mein Erbe seyn. Nun aber heurathest Du Josephen; da gilt die Regel: conditio pro defecta habetur, ideoque relicta peti non possunt.

c) l. tertii cuiusdam. Distingue: der Tertius hat entweder ein Interesse dabei, oder nicht. Hier gilt dasjenige, was vorhin von der conditione casuali gesagt worden, dort aber die Regel: conditio pro impleta habetur, ideoque relictum peti potest.

§. 1463. *Deficit* conditio; dies sagt man: wenn die vorgeschriebene Bedingung entweder in der vom Testirer bestimmten Zeit, oder bei Lebzeiten des Honorati nicht existent wird. Z. E. Si navis intra annum non redierit.

Die Bedingung aber muß erfüllt werden regulariter *animo adimplendi*, i. e. ut nimirum sciat honoratus, se sub hac conditione honoratum esse. Ferner — müssen sie post mortem testatoris erfüllt werden. Doch ist noch ein Unterschied zu bemerken inter conditionem casualem, mixtam et potestativam. Die casualis ist an keine Zeit gebunden, genug wenn sie existent wird; es wäre denn: daß der Testirer sie auf eine Zeit eingeschränkt hätte. Die beiden letztern aber, nämlich conditio mixta et potestativa, müssen nach dem Tod des Testirers erfüllt werden; es wäre

denn, daß die Conditio ihrer Natur nach nicht reiterirt werden könnte, denn da muß sie pro impleta gehalten werden.

§. 1464. Heres quoque instituitur sub *conditione negativa*. Dies ist diejenige Bedingung, welche auf einer Begebenheit beruht, wo die Handlung in Unterlassung besteht: z. E. wenn Caius die Tulliam nicht heurathet ꝛc. Diese Conditiones sind:

1) l. so beschaffen, daß der Honoratus gar nicht wider die Bedingung mehr handeln kann; z. E. Tullia ist gestorben; h. c. ist die institutio pro pura zu achten und der Honoratus darf keine Caution stellen.
2) l. so, daß er noch wohl darwider handeln kann; so muß er die Erbschaft gleich antreten, oder sein Legat bekommen; jedoch auch Caution machen, daß er die Condition erfüllen will. Diese Caution heist: Cautio Muziana a Muzio Scaevola.

Cautio Muziana ist also diejenige, welche dahin geht, daß einer das Relictum sogleich zu restituiren verspricht, so bald er wider die Bedingung handeln wird. Denn wollte man einem das Ausgesetzte nicht gleich geben, so würde er es Zeitlebens nicht bekommen.

§. 1465. Das nämliche, was hier docirt worden, gilt auch de die incerto, qui instar est conditionis. Doch ist dieser Dies:

1) l, incertus in Beziehung auf die Frage: an exstiturus sit? Z. E. Wenn mein Diener 30 Jahr in meinem Dienst gewesen seyn wird. H. c. valet regula: dies est instar conditionis;
2) l. incertus in Beziehung auf die Frage: quando exstiturus sit?

Dist. Ein solcher Dies soll existent werden: entweder in persona honorati, h. c. dies non est instar conditionis; oder in persona tertii, h. c. eiusmodi dies est instar conditionis; quia fieri potest, ut honoratus ante existentem in tertio diem moriatur.

LIB. XXVIII. TIT. VIII.

De iure deliberandi.

§. 1466. Erbschaften antreten ist ein gefährliches Negotium, weil der Erbe alle Schulden und Verbindlichkeiten des Testatoris übernehmen muß, die Erbschaft mag hinreichen oder nicht. Die Gesetze haben daher 2 Rechtsmittel für den Erben bestimmt, um der Gefahr zu entgehen.

I. *Ius deliberandi* ist das Recht in einer gewissen Zeit die Kräfte der Erbschaft zu untersuchen und nach deren Befinden sich zu entschliessen, ob man für rathsam halte, sie anzutreten oder nicht.

§. 1467. Qu. In welcher Zeit kann er das? Rsp. distinguendo: Es dringt

1) entweder jemand darauf, daß er die Erbschaft antrete: z. E. die Creditores, heredes ab intestato etc. Hier hat der Erbe 1 Jahr Zeit a tempore scientiae. In diesem Jahr hat er sich zu erklären: ob er 1) antreten, 2) repudiiren oder 3) weiter deliberiren will.

2) Oder niemand dringt darauf; da hat er 30 Jahr Zeit zur Deliberation, denn erst in 30 Jahren wird die hereditatis petitio verjährt. Das Jahr ist ex L. 19. ein terminus legalis, mithin darf der Heres nicht erst darum bitten.

Nun ist zu distinguiren: der Erbe erklärt sich entweder in diesem Jahr, oder nicht. Im letztern Fall können die Gläubiger ihre Nomina von ihm fordern. Der Substitutus aber und die Intestat-Erben können die Erbschaft für repudiirt halten und sie antreten. Im erstern Fall erklärt er sich, das er antreten wolle, gut; so bleibts dabei, er tritt an; oder er erklärt, daß er noch weiter deliberiren möchte, h. e. muß er a magistratu um ein spatium deliberandi bitten. Der Princeps ertheilt ein Jahr, die andern Obrigkeiten 9 Monate. Erklärt er sich nicht, so gilt das, was eben docirt worden. Stirbt er intra annum, so können sich seine Erben erklären.

Der Heres kann in spatio deliberandi alle Documenta durchsuchen, den ganzen Statum der Erbschaftssachen untersuchen und Sachen, die verderben wollen, verkaufen.

§. 1468. II. *Beneficium inventarii* ist ein Beneficium, durch welches sich der Erbe sicher stellen kann, daß er weiter nicht hafte, als die Kräfte der Erbschaft reichen. Dies Beneficium hat Iustinian eingeführt. Thomasius glaubt, das ius deliberandi wäre dadurch ganz abgeschaft worden, weil es in L. ult. C. ein supervacuum genennt wird. Allein! supervacua non sunt statim abrogata. Iustinian wollte nur damit zu erkennen geben, daß man nun noch ein Mittel habe, wodurch jenes vielleicht überflüssig würde.

Die Form des Inventarii beruht hodie auf drey Punkten:

1) Auf öffentlicher Versiegelung aller Mobilien.
2) Die Resignation muß ebenfalls publica auctoritate geschehen.
3) Alles muß schriftlich auf diese Art aufgezeichnet werden.

§. 1469. De effectibus inventarii.

1) Hat ein Inventarium den Effect, daß confusio bonorum dadurch vermieden wird. Wie aber? Rsp. In dem Betracht, weil doch das Inventarium ausweist, was zur Substanz von des Erblassers Vermögen gehört.
2) Daß der Erbe weiter nicht haftet, als die Kräfte der Erbschaft hinreichen.
3) Daß das Inventarium rite confectum zum Beweis gebraucht werden kann, wenn Urkunden von der Erbschaft verlohren gegangen sind; denn solche Urkunden müssen in dem Inventario umständlich eingetragen seyn. Z. E. Das Datum und die Namen eines Wechselbriefs.

Der Erbe kann nun nach folgender Ordnung verfahren:

1) daß er die Schulden bezahlt, und zuförderst sich daraus bezahlt macht; jedoch reservata inter creditores praerogativa. Es ist dies wahr, wenn sich plures creditores vom Defuncto zugleich melden, da darf er keinen gratificiren; sonst aber kann er die Creditores unbekümmert bezahlen, wie sie sich melden, heute, morgen ꝛc. Conf. Struben in rechtl. Bedenken. Tom. I. Nro. 105.
2) Kann er Erbschaftsgüter den creditoribus in solutum geben.

3) Kann

3) Kann er Beerdigungs = und andere Kosten von der Erbschaft abziehen.
4) Kann er quartam Falcidiam et Trebellianicam den Legatariis und Fideicommissariis abziehen. Endlich wenn er sieht, daß er gar keinen Vortheil davon hat, so kann er die ganze Erbschaftsmasse den Creditoribus überlassen, woraus sodann ein Concurs entsteht.

§. 1470. Oefters geschiehts, daß die Creditores oder Legatarii gegen das Inventarium einwenden, daß es nicht alles enthalte, was da war; so fragt sichs nun, ob diese Herren zu hören? Rsp. Ja! aber nur alsdann, wenn ein Beweis gegen die Integrität des Inventarii geführt werden kann. Es hat zwar das Inventarium die praesumtionem integritatis, aber salva probatione contraria. —

Qu. 2) Ob gegen das Inventarium die Eides-Delation statt finde? Rsp. Nein! In der Regel findet sie nicht statt; Ratio: weil das Inventarium statt der Gewissensvertretung da ist, so kann er sich auf den Beweis berufen. Dissentit autem Leyser spec. 365.

Jedoch Ausnahmen giebts. Sie findet also statt:
1) wenn der Heres verdächtig ist: z. E. es sind die Siegel abgerissen worden, da muß er schwören.
2) Wenn res omissae specifice angegeben werden.

§. 1471. Durch das Inventarium acquirirt sich der Erbe das Recht, daß er weiter nicht haftet, als die Kräfte der Erbschaft reichen. Macht er also kein Inventarium, so muß er schlechterdings für alle Ansprüche haften, kann sich nicht mehr durch die Abtretung von den Ansprüchen der Creditorum befreyen.

Qu. Kommt denn dem Erben nicht zu statten, wenn ihm der Testator das Inventarium erlassen? Rsp: Dist. Er hat es
1) entweder mit solchen zu thun, die vom Testatore honorirt worden: z. E. mit Legatariis, Fideicommissariis etc. Da muß ihm die Remissio zu statten kommen;
2) oder mit creditoribus l. heredibus necessariis, (die weiter nichts, als den Pflichttheil bekommen;) bei diesen hilft die Remissio nichts.

Hier ist noch zu merken: daß eine eidliche Versicherung von dem Erben gefordert werden könne, wenn sich ein Verdacht ereignet, daß er etwas unterschlagen habe.

§. 1472. Von dem iure communi macht das Ius Saxonicum eine Ausnahme. Der Erbe haftet auch ohne Inventarium nicht weiter, als die Erbschaft reicht. Dies ist nach Schiltern in exerc. 58. §. 51. das alt deutsche Recht. Aber allgemein gilt es nicht mehr; denn es ist durch das Ius Romanum verdrängt worden. Wo also das Gegentheil nicht bewiesen werden kann, gehts nach dem Iure Romano.

Qu. Ob nicht statt des Inventarii eine eidliche Specification vom Erben edirt werden könne? Rsp. Dist. Das Inventarium soll:

1) entweder lediglich ad probationem dienen; h. c. kann iurata specificatio allemal substituirt werden, (Dies ist der Fall in Sachsen);
2) oder dazu, daß man das beneficium inventarii acquiriren will; da nicht, denn iura beneficii können wir nicht acquiriren, wenn wir nicht beobachten, was die Leges fordern und gebieten. Das ist der Fall nach dem Iure Communi.

LIB. XXIX. TIT. I.

De testamento militis.

§. 1473. Ein testamentum privilegiatum s. minus solenne ist ein solches, wo die Gesetze selbst einige Solennien remittiren. Es sind aber

1) entweder alle Solennia remittirt — dies ist der Fall bei dem testamento militis;
2) oder nur einige, z E. bei dem testamento ruri l. tempore pestis condito;
3) oder die gewöhnlichen Solennia sind remittirt, andere aber an deren Stelle vorgeschrieben — da ist das einzige Beispiel: testamentum parentum inter liberos.

§. 1474.

§. 1474. De testamento militis merke 3 Punkte:

1) Der erste Punkt betrift die Frage: In welchem Fall der Miles ein testamentum privilegiatum zu machen berechtigt ist? Rsp. Nach dem Iustinianaeischen Recht: blos in expeditione. Dies ist ein schwankender Ausdruck. Conf. v. Pufendorf Tom. 3. Observ. 187. Iure hodierno ist der Begriff durch Max. I. Notariats-Ordnung von 1512. entschieden. *Expeditio* ist nach dieser Ordnung so viel als campiren, i. e. si milites in armis sunt castrisque tegunt.

Daraus ist zu schliessen, daß in der Regel: in den Winterquartiren der Soldat kein testamentum privilegiatum machen kann.

2) Conf. L. unica Cod. de bonorum possess. ex testamento militari. Da steht das einzige richtige Fundament, das man uns angiebt, nämlich es ist dies die periculorum functio, welche er zum Wohl des Staats übernommen.

3) Die Extension des privilegii militum in testando. Es erstreckt sich auf alle Solennia; ohne alle Solennien kann er sein Testament machen, wenn man nur versichert ist, daß es sein Ernst war.

§. 1475. Von den Personen, die ein testamentum militare machen können. Dies sind alle die, welche sich in expeditione befinden, auch Feldprediger, Feldchirurgi, uxores militum etc. Die aber extra expeditionem bellicam sind, dürfen kein testamentum militare machen, wenn sie gleich Milites sind. Es versteht sich jedoch die Ausnahme: es müste sich denn der Soldat in der Gefahr befinden, der er im Felde ausgesetzt ist: z. E. er läge in Garnison, aber der Ort würde belagert. Hier ist eadem ratio. — So das Ius Romanum. Max. I. hat so distinguirt: der Soldat testirt entweder in Garnison, oder im Felde.

1) Testirt er in Garnison, so soll er alle Solennia beobachten; testirt er aber

2) im Felde und steht in Schlachtordnung: so bleibts beim römischen Recht; steht er aber nicht in Schlachtordnung, so sollen 2 Zeugen adhibirt und wie von Pufendorf erinnert, die unitas actus beobachtet werden. Diese Notariats-Ordnung Max. I. ist aber aus einem Irrthum der Glossatoren entstanden.

§. 1476. Testamentum militis in expeditione conditum est:

1) vel. scriptum — so ist sola scriptura genug, modo, quod scripserit miles, satis constet — heist es im §pho. Wenn ers im Sand, mit Blut auf seinen Säbel geschrieben, so ists genug nach dem L. 15. Cod. h. t.

2) vel. nuncupativum, so sind nach dem L. 24. D. h. t. des Beweises wegen 2 Zeugen erforderlich; denn es heist da: convocatis hominibus, also wenigstens zwey.

Ferner ein vor dem Krieg verfertigtes ungültiges Testament, wenn es jetzt von dem Soldaten confirmirt wird, gilt jetzt, wider die catonianische Regel, an welche der Soldat nicht gebunden ist. Nur muß ers in expeditione confirmiren.

Das Testament wird auch nicht ungültig, wenn der Miles die Solennien beobachten wollte, aber nicht konnte. Ratio: qui voluit iure communi testari non statim beneficio militari renuntiavit.

Obs. Dies Privilegium militis in testando gieng aber offenbar zu weit. Wenn der Soldat mit dem Finger in den Sand, oder mit Blut auf den Schild oder Säbel schrieb, wie konnte man seine Handschrift erkennen? Wenn kein Zeuge dabei war, wie konnte man gewis wissen, daß die Zeichen von ihm herrührten? Anderer Inconvenienzen nicht zu gedenken. —

§. 1477. Das Privilegium militis in testando erstreckt sich so wohl auf Formam, (§. 1476.) als auf Materiam testamenti. Vom letztern jetzt. Ratione materiae kann der Miles

1) alle und jede Personen einsetzen, idoneos sowohl als non idoneos.

2) Miles non agnoscit heredes necessarios, i. e. er ist nicht verbunden, Notherben einzusetzen, oder zu enterben; er kann sogar seine Kinder praeteriren, und sie haben kein Mittel wider die Praeterition. Doch in praxi wird ex aequitate statuirt, daß sie den Unterhalt von der Erbschaft praetendiren können.

3) Posthumus non rumpit testamentum militis. Dist. tamen: Der Miles hat entweder gewust, daß er einen Posthumum bekommen werde und ihn gleichwohl im Testament

ment nicht bedacht, oder das ist nicht. Im erstern Fall besteht das Testament; im letztern nimmt man an, daß es per adventum posthumi nicht bestehe, mithin das Testament rumpirt werde. Denn es wird praesumirt, daß er sein Kind eher bedacht haben würde, als einen Fremden.

4) Daß die querela inofficiosi testamenti gegen das testamentum militis nicht statt finde.

5) Daß er nicht an die Regel gebunden ist: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Er kann also pro parte testiren.

6) Potest quoque cum duobus pluribusve testamentis decedere, — wohl zu merken: wenn sie sich nicht widersprechen; denn sonst gilt das letztere.

7) Er kann auch in Codicillis einen Erben instituiren und

8) substituiren, wie es ihm beliebt — also usque ad pubertatem et ultra pubertatem. Jedoch gilt diese letztere Substitutio nur in Absicht auf die bona paterna. In Absicht auf das übrige Vermögen kann der Vater dem Filio die facultatem testandi nicht benehmen.

9) Findet auch bei ihm der Abzug der Quartae Falcidiae et Trebell. nicht statt.

§. 1478. Wenn die Frage ist: in wie ferne ein solches Testament auch noch post missionem militis gültig sey? so hat man folgenden Unterschied zu merken: Missio militis ist:

1) l. honesta, quae datur propter emerita stipendia;

2) l. causaria, quae datur propter senectutem et infirmitatem militis. In beiden Fällen gilt das Testament noch ein Jahr, und bleibt gültig, der Soldat mag intra hoc tempus gestorben, oder wieder in Dienste gegangen seyn.

3) l. ignominiosa, quae datur propter delictum; h. c. wird das testamentum privilegiatum sogleich irritum.

§. 1479. Zu den testamentis privilegiatis gehört:

II. Testamentum ad pias causas (zu milden Sachen). Pia causa heist alles, was abzweckt

a) auf Unterstützung des Nächsten Armuth z. E. zum Besten der Waisen ꝛc.

b) Oder auf Beförderung des äuserlichen Gottesdienstes, z. E. zum Besten der Kirchen und Schulen.

Der

Der Sitz dieser Materie ist das Capit. 11. X. de testamentis. Ein solches Testament ist nun:

1) entweder ein testamentum scriptum; da sind gar keine Zeugen nöthig, sondern sola scriptura ist hinreichend. Ratio: ubi enim veritas et probatio aliunde haberi potest, ibi testibus non opus est.

2) Oder ein testamentum nuncupativum, da sind 2 Zeugen erforderlich.

Das testamentum ad pias causas gilt aber nur in so ferne als ein testamentum privilegiatum, in so ferne es ad pias causas abzweckt.

§. 1480. Zu den privilegirten Testamenten gehört ferner:

III. Testamentum parentum inter liberos, quod est ultima voluntas parentum, qua, quemadmodum illorum hereditas ad liberos perveniat, declarant.

Diese Testamente sind privilegirt,

1) weil Kinder ohnehin Erben ihrer Eltern sind, und folglich eine solenne Erbeinsetzung nicht erforderlich wäre;

2) weil reverentia parentibus debita es mit sich brächte, daß Kinder ihrer Eltern Willen respectirten, er möchte solenn oder weniger solenn declarirt seyn.

In Absicht auf personas extraneas gilt ein solches Testament wieder nicht: z. E. die Ehefrau ist in diesem Fall persona extran a. Eine solche Person wird hier:

a) entweder als ein Erbe instituirt; da ist es extra dubium, daß die gewöhnlichen Solennien z. E. 7 Zeugen ꝛc. erfordert werden, wenn die Erbeinsetzung gültig seyn soll;

b) oder als Legatarius. Da ist ein grosser Dissensus.

α) Schilter alleg. loco sagt: gar keine Zeugen sind erforderlich. Dies ist aber falsch: ex Nov. 107.

β) Carpzov. p. 3. const. 4. defin. 20. sagt: 2 Zeugen sind genug, weil in der Nov. 107. keine Zahl bestimmt ist.

γ) Pufendorf: es sind 5 Zeugen erforderlich, aber keine Unterschrift.

Ratio:

a) In der Nov. sind Zeugen genennt, aber keine Unterschrift.

b) Soll

b) Soll ein Unterschied seyn;

c) Folgt: dextra et lingua testatoris habet vim *chartae* praebitam. Nov. 107. C. 1. in fine. Charta heißt ein Testament.

Wenn also wider diese Solennien einer personae extraneae etwas vermacht worden, so fällts weg, und das übrige bleibt. Conf. Harpprecht diss. de admixt. poss. extraneor. in test. parentum inter liberos.

§. 1481. Dieser §. enthält 3 Sätze:

1) Testamentum parentum inter liberos gilt als privilegiatum nur in so ferne die Kinder darinn eingesetzt worden, nicht aber in so ferne sie exheredirt worden; denn dies letztere muß solenniter geschehen. Conf. Wiesand in observat. spec. 11. Wittenberg. et Stryck in cautel. testam. cap. x. §. XVIII.

Dieser sagt mit vielen Schein: das testamentum parentum inter liberos ist in favorem parentum, nicht aber in favorem liberorum ertheilt worden. Es giebt dem Vater also Rechte, mithin benimmts ihm auch die Wahl nicht, ob er so instituiren oder so exherediren will.

2) Ein testamentum solenne parentum inter liberos wird durch ein minus solenne nicht aufgehoben.

3) Ein testamentum minus solenne wird per simplicem revocationem nicht aufgehoben.

§. 1482. Die gewöhnlichen und ordentlichen Solennien sind hier zwar remittirt; doch merke: ein solches Testamentum ist:

1) entweder *scriptum* — hier ist erforderlich: daß unciae (Erbportionen) et nomina liberorum clare et perspicue exprimirt seyn müssen; i. e. nõn signis sed integris litteris soll alles ausgedruckt seyn. Ferner sollen die Namen der Kinder nach der Nov. vom Testatore eigenhändig geschrieben seyn. Doch hodie wird das nicht erfordert, sufficit ex Nov. 119. subscriptio testatoris propria. Inzwischen bleibt auch das Dubium: die Nov. 119. Cap. IX. handelt nur von testamentis solennibus, und kein Wort steht von dem test. parentum etc. da. Endlich erfordert auch die Nov. annum et diem. — Oder es ist

2) ein

2) ein testamentum nuncupativum; da sind nach der gemeinen in foro herrschenden Meynung 2 Zeugen probationis causa erforderlich. Darwider hat aber Frick eine Diss. geschrieben, sub titulo: de testamento parentum inter liberos iure civili sine scriptura invalido. Er setzt den Grund auf den L. 21. C. de test. und die Novell. 107. Cap. 1. Aus diesem Text ist ersichtlich, daß die Solennien remittirt sind, weil die Hand des Vaters ihre Stelle vertritt. Dies scheint auch richtig. Und wenn also die Schrift wegfällt, so müssen alle Zeugen dafür an derselben Stelle.

§. 1483. Von diesem Testament ist verschieden: Divisio parentum inter liberos (Erbvertheilung) wenn Eltern ohne Testament ihr Vermögen unter ihre Kinder ganz oder zum Theil vertheilen. Der Unterschied liegt in der Erbeinsetzung, die hier wegfällt.

Diese divisio parentum inter liberos wird, je nachdem sie mit der Tradition verbunden ist, oder nicht, in realem et verbalem eingetheilt.

In beiden Fällen kann die Theilung per modum ultimae voluntatis, oder per modum pacti geschehen.

1) Per modum ultimae voluntatis — da ist sie wiederruflich und findet auch das gravamen legitimae statt.

2) Per modum pacti — so ist sie unwiederruflich, auser in den Fällen, wo Schenkungen wiederruflich sind. Ferner findet in diesem Fall auch kein gravamen legitimae statt; die Kinder dürfen sich nämlich nicht beschweren, daß sie in dem Pflichttheil verkürzt worden wären.

§. 1484. Zu den testamentis privilegiatis gehören auch:

IV. Testamenta rure condita s. rusticorum. Dies sind diejenigen, die auf dem Lande gemacht worden. Rusticus ist hier jeder, der auf dem Lande wohnt, er mag übrigens seyn, wer er will. Ratio huius privilegii est: conditio loci, weil auf dem Lande sehr selten, ja oft die erforderlichen Testes gar nicht zu haben sind.

Das Privilegium besteht in folgenden Punkten:

1) Das Testament soll gelten, wenn es nur von 5 Zeugen unterschrieben worden und 7 Zeugen nicht zu bekommen gewesen, welches in dubio praesumirt wird.

2) Daß

2) Daß auch ein Testis die Namen der übrigen Zeugen solle unterschreiben können, wenn die adhibirten Zeugen nicht schreiben können — letzteres wird praesumirt.
3) Wenn 5 Zeugen sine omni subscriptione adhibirt worden, so gilt das Testament.

Ex ratione huius privilegii folgt, daß dieses Testament nicht nur von gemeinen Leuten sondern auch von Honoratioribus und Gelehrten auf dem Lande gemacht werden kann; ingleichen wenn Cives auf dem Lande krank werden, und Testamente machen, so müssen sie sich dieses Privilegii bedienen können. Wenn aber Rustici sich in die Stadt wenden und daselbst testiren wollen, so cessirt das Privilegium.

§. 1485. Zu den testamentis privilegiatis gehört auch

V. Testamentum tempore pestis conditum. Pestis — ist eine jede ansteckende Krankheit, z. E. Ruhr, hitzige Fleck- und Faul-Fieber. Dies Testament hat ein einziges Privilegium: nämlich daß die Zeugen nicht auf einmal und in uno actu beim Testatore seyn müssen. Folglich ist bei diesem Testament blos unitas actus remittirt. (Hier hat der Gesetzgeber nicht ganz auf den Grund der Sache gesehen; denn 7 Zeugen sind tempore pestis vielleicht noch schwerer zu bekommen, als auf dem Lande.) Ratio privilegii ist periculum infectionis; folglich ist nicht erforderlich, daß der Testator selbst an der ansteckende Krankheit laborire, oder daß sie in seinem Haus grassiren müsse; sufficit, wenn die Krankheit an einem solchen Orte ist, wo das Testament gemacht wird.

Struv in exerc. 31. §. 21. und andere ICti behaupten: die testamenta tempore pestis condita gälten länger nicht, als ein Jahr von der Zeit an gerechnet, wo die Krankheit nicht mehr grassirte, und man argumentirt vom testamento militari. Allein bei privilegiis kann man nicht so schliessen. Es bleibt also gültig, wenn es nur keine Fehler hat.

§. 1486. Qu. Ob es auser den privilegiatis testamentis nicht noch mehrere testamenta privilegiata gebe?

Rsp. Hellfeld behauptet dies mit Leysern.

1) Quia

1) Quia ad impossibilia non datur obligatio; folglich, so oft einer die solennia testamentorum nicht beobachten kann, so oft steht einem solchen frey, ein testamentum privilegiatum zu machen.

2) Weil die Gesetze selbst disponiren, daß man die Billigkeit den strengen Rechten vorziehen solle.

Folglich können ein testamentum privilegiatum machen:

a) Reisende, wenn sie plötzlich krank werden, und die Solennia nicht zu adhibiren sind.

b) Gebährende Weibspersonen coram testibus muliebribus.

c) Das testamentum tempore pestis coram duobus testibus besteht, wenn man mehrere nicht bekommen kann.

Doch mit Recht wird an allen diesem gezweifelt. Denn bei testamentis minus solennibus ist allemal die Rede von einem dem Testatori ertheilten Privilegio und ein ICtus kann kein Privilegium ertheilen; folglich kann er auch die Privilegia, die einem ertheilt sind, auf andere Personen nicht extendiren.

Was die Nothwendigkeit betrift, so macht diese nicht, daß einer ein Privilegium haben müsse; denn Privilegia dependiren von der gratia principis; und die Regel der Billigkeit muß den strengen Rechten vorgezogen werden. — Dies heist so viel als: daß der mens legis dem sensui litterali vorgezogen werden müsse.

Endlich die Regel: ad impossibilia nulla datur obligatio, so wahr sie ist, so ist sie doch nicht hier anwendbar. Denn denjenigen, der sich selbst culpose in eine solche Lage setzt, daß er nicht mehr so handeln kann, wie er nach den Gesetzen handeln sollte, favorisiren die Gesetze nicht. Die Gesetze wollen, daß du dein Testament bei gesunden Tagen machest, bist du denn nicht in culpa, wenn du es anstehen lässest, bis du krank bist?

LIB. XXIX. TIT. II.

De acquirenda l. omittenda hereditate.

§. 1487. Der Anfall einer Erbschaft kann l. lege, l. pacto, l. testamento geschehen.

Dieser Anfall ist von der wirklichen Acquisition der Erbschaft unterschieden.

Der Anfall geschieht inscio et invito herede, die würkliche Acquisitio der Erbschaft aber involvirt die Regel: Hereditas tantummodo volentibus acquiritur; also dependirt diese acquisitio ab arbitrio heredis. Heredes dividuntur:

1) in necessarios passive tales: (hier wird das Wort in alio sensu genommen) dies sind diejenigen Erben, welche gezwungen sind Erben zu seyn, sie mögen wollen oder nicht. Sie stehen aber:
   a) entweder sub patria potestate testatoris — hier heissen sie sui et necessarii heredes. Dies sind die Kinder.
   b) Oder sub dominica potestate testatoris — hier heissen sie: necessarii heredes in specie: z. E. die Servi bei den Römern. Man hielt dafür, der Servus sey dadurch, daß er Erbe würde, hinlänglich belohnt, weil er eo ipso frey würde.
2) in voluntarios — dies sind diejenigen, in deren freyen Willen es steht, ob sie Erben seyn wollen, oder nicht.

Anmerkung: Hodie haben wir keine heredes passive tales mehr, obgleich active tales, welche diejenigen sind, die den Pflichttheil fordern können.

Sui heredes dicuntur ex certa fictione iuris, weil die Kinder vivo patre ein condominium bonorum paternorum hätten; folglich acquirirten sie post mortem patris nichts neues, sondern retinirten das Ihrige.

Suus heres pflegt der Römer zu sagen und nie promiscue *heres suus.*

Bei diesen suis heredibus applicirte man die Ausdrücke: *adire et repudiare* nicht, sondern, wenn der suus heres sich der Erbschaft unterzieht, so adhibirt man: *immiscere;* schlägt er die Erbschaft aus, so heist es: *abstinere.*

§. 1488. Die Kinder müssen die Erbschaft annehmen. Dieses schien dem Praetor hart zu seyn, weil dadurch die Kin-

der vielmalen genöthiget werden, des Vaters Schulden zu bezahlen. Daher hat der Praetor den Kindern das *beneficium abstinentiae* ertheilt. Dies ist eine Befugnis, welche den suis heredibus zusteht, daß sie hereditatem ipso iure sibi acquisitam recusiren können. Die Kinder sind nun:

1) l. impuberes — diese haben das Ius abstinentiae indistincte.
2) l. puberes — Diese haben das beneficium abstinentiae alsdenn, wenn sie sich in die Erbschaft noch nicht eingemischt und davon nichts entwendet haben. Contra immixtionem können sie, wenn sie minderjährig sind, restitutionem in integrum erlangen.

Kinder, welche sich des beneficii abstinendi bedienen, hören um deßwillen nicht ganz auf Heredes dieser Eltern zu seyn, sondern nur in soferne hören sie auf Erben zu seyn, als sie facta et obligationes der Eltern prästiren sollten. Sie können sich also noch immer Erben von ihren verstorbenen Eltern schreiben.

Conferatur Leyser spec. 369. med. 4.

Solche Kinder haben auch noch das ius accrescendi wenn sie abstinirt haben und gelten auch die Substitutiones noch, ex L. 12. D. de vulgari et pupill. substitutione.

§. 1489. Heredes necessarii passive tales sind hodie nicht mehr üblich, weil der status servorum sich geändert hat, und die Kinder hören auf necessarii heredes zu seyn, nachdem ihnen der Praetor das beneficium abstinendi ertheilt hat. Aber sui heredes bleiben sie allerdings noch, denn Suitas ist per beneficium abstinendi nicht aufgehoben. Davon dependirt:

1) Daß die Kinder ipso iure heredes sind, i. e. sine facto ideo suscepto, ut aliquis heres fiat; folglich brauchen sie die Erbschaft nicht anzutreten, sondern mit dem Tode des Defuncti ist das Kind suus heres. Hellfeld behauptet: dieses finde noch bei den Emancipatis statt; Allein diesem können wir nicht beipflichten, sondern müssen de iure novo den Unterschied inter suos et emancipatos statuiren. Es ist zwar richtig, daß in der Novell. 118. sui et emancipati einander gleich gesetzt worden sind, aber nur quoad ius, nicht quoad modum succedendi; folglich ist es beim iure antiquo geblieben. Conferatur

Con-

Boehmer de discrimine suorum et emancipatorum in successione intestati iure novo non sublato. Goettingen 1766. in eiusd. electis iuris civilis. Tom. I.

2) Der suus heres transmittirt hereditatem nondum aditam in suos heredes.

§. 1490. Es wird besonders darüber gestritten: Ob Kinder sich in die Erbschaft eingemischt haben, oder nicht, wenn die Creditores auf ihre Bezahlung dringen. Wer muß also in diesem Fall das onus probandi übernehmen?

Rsp. Die Immixtion muß in diesem Fall von den Creditoribus bewiesen werden. Denn die Einmischung ist facti und muß bewiesen werden, auch die Renunciationes können nicht praesumirt werden.

Die Gegner haben den Grund, daß die Kinder ipso iure heredes wären, und facti sey nur, daß sich die Kinder der Erbschaft entschlagen hätten. Hierauf antworten wir: daß die Kinder ipso iure heredes sind, ist richtig; allein sie haben dies Erbrecht blos als ein ius in actu primo, und daraus folgt gar nicht, daß sie dieses ius exercirt haben müssen.

Conferatur Koch de liberis suis heredibus ad probationem abstentionis non obligatis.

Die Praesumtio, daß die Kinder sich nicht eingemischt hätten, leidet Ausnahmen. Wenn die Kinder die Güter in Besitz genommen haben, so entsteht praesumtio contrarii, die ein purgatorium involvirt; daher ist consilii, daß die Kinder in solchen Fällen die Güter sub protestatione: de se non immiscendo übernehmen. Ist aber wider sie eine entscheidende Handlung da, so dürfen sie gar nicht schwören.

§. 1491. Heredes voluntarii sind solche, in deren freyen Willen es steht, ob sie die Erbschaft antreten wollen oder nicht. Sie erklären sich also: daß sie solche acceptiren — dies heißt: *aditio* — Antretung der Erbschaft; oder daß sie die Erbschaft nicht acceptiren — dies heißt: *Repudiatio*.

Die Aditio geschieht auf gedoppelte Art. Einmal expressis verbis, dies heißt: aditio in specie; dann aber auch factis, diese heißt: gestio pro herede.

Davon sind zwey Requisita zu merken:

1) Daß der heres actus possessorios unternehmen muß, i. e. eigenthümliche Handlungen in Ansehung der Erbschaft: z. E. wenn er Güter verpachtet, Gelder ausleiht.

2) Daß er diese Actus unternimmt animo hereditatem sibi habendi. Wenn Kinder oder eine Frau in dem Hause des Defuncti sitzen bleiben, so sagt man von erstern: quod incumbant bonis paternis, und von der letztern: quod bonis mariti incumbat.

Die Additio in specie ist Iure Romano ein actus legitimus, ob cretionem.

Cretio est deliberatio, utrum quis adire velit hereditatem aut non; oder auch: id, quod deliberationem sequi solet, nimirum aditionem ipsam. H. l. wird es pro deliberatione genommen. Die Erklärung des Erben muste auch coram testibus geschehen und zwar nach hundert Tagen, denn so lange durfte er deliberiren.

Bei den Römern muste die Antretung sub conditione geschehen; dies fällt hodie wieder weg. Ferner konnte die Antretung Iure Romano nicht per procuratorem geschehen — fällt auch weg.

Viele Rechtslehrer wollen jedoch behaupten, daß dies letztere hodie noch statt finde und zwar, weil die Ertheilung der Vollmacht, die dem Procuratori geschieht, schon eine Antretung zu nennen ist. Allein wir bleiben dabei, daß sie per procuratorem geschehen könne. Noch ist in Ansehung der gestionis pro herede die facta filiorum dubiae interpretationis sind. Hier kann man auch nicht sagen: quod filius se gerat quo herede. In dubio müssen wir daher lieber sagen: quod se non gerat. Schwer ists indessen oft zu entscheiden, wohin die Facta gehören. Daher merkt man: wer behauptet, daß ich ein solches factum, ex quo gestio eluceat, unternommen habe, der muß den Beweis führen.

§. 1492. Nicht nur die Antretung sondern auch die Repudiation kann verbis — et factis geschehen. In soferne sie nun factis geschieht, muß sie durch die requisita taciti consensus geschehen. Mithin muß ich:

1) wissen, daß mir die Erbschaft zugefallen, und aus was für Grund sie mir zugefallen ist.
2) Ist das factum concludens erforderlich, i. e. eine Handlung, die nicht mehrere Interpretationen leidet.
3) Ist erforderlich: ut de contraria mente non constet.

Aus diesen Sätzen kann man folgern:

a) Daß

a) daß von einer Wittwe, welche in des verstorbenen Mannes Gütern bleibt, nicht zu schliessen, daß sie sich pro herede gerire; denn es kann auch ob ius retentionis geschehen, weil sie vielleicht ihre Illata noch nicht hat.

b) Kann die gestio pro herede nicht praesumirt werden, wenn ich eine Sache custodiae causa übernehme, oder ad pias causas etwas gerirt habe.

c) Nicht — wenn einer protestirt hat.

d) Wenn einem eine Erbschaft ex duplici fundamento zugefallen, und er declarirt hat, daß er sie ex uno fundamento repudiire, so ist daraus noch nicht zu schließen, daß er sie auch ex altero fundamento repudiirt habe.

§. 1493. Effectus aditionis est; ut hereditas acquiratur. Durch die Delation erlangt der Erbe nur das Erbrecht, aber nicht das Dominium von den Erbschaftsgütern; diese erlangt er per acquisitionem mediante aditione. Also sine traditione, welche auch nicht möglich wäre, sondern sola aditione, i. e. durch die bloße Erklärung, daß er Erbe seyn wolle. Daraus folgt: daß er auch alles bekommt, was in idea hereditatis enthalten ist, folglich:

1) Omne ius defuncti — nur ausgenommen iura personalissima, welche mit dem Tod erlöschen. Dahin gehören vornämlich alle iura ex statu, welche man daher auch iura non transmissibilia nennt.

2) Obligationes defuncti. Mithin Verbindlichkeiten Schulden zu bezahlen, facta defuncti zu praestiren, Legata, Fideicommissa und was sonst noch vom Testatore verordnet worden, zu erfüllen.

Diese Verbindlichkeiten werden nun Iure Romano hergeleitet:

a) l. ex vero contractu; h. c. ist auch die Verbindlichkeit des Erben ex vero contractu herzuleiten. Mithin findet gegen den Erben eadem actio statt; denn er repraesentirt den Defunctum;

b) l. ex quasi contractu — so oft der Defunctus nicht verbunden war, der Erbe aber eine Verbindlichkeit ex testamento bekommt: z. E. die Legata zu praestiren ꝛc. Die Klage heist: actio personalis ex testamento. Denn die obligatio ad legata praestanda kann unmög-

lich ex unitate personae entspringen; sonst wäre auch der Erbe in der Lage, die Legata zu wiederrufen, wie der Defunctus selbst. Der wahre Grund dieser Verbindlichkeit ist also aditio hereditatis; dadurch hat er einen Quasicontractum mit den Legatariis, Donatariis etc. gemacht; Daraus entspringt also gegen ihn die Klage, welche wir actionem personalem ex testamento nennen.

§. 1494. Einem heredi voluntario steht die Repudiatio völlig frey; jedoch vorauszusetzen, daß res adhuc integra seyn, i. e. er die Erbschaft noch nicht angetreten haben muß. Hat er sie angetreten, so haben auch creditores defuncti, legatarii etc. ein ius quaesitum auf ihn erlangt. Excipe — sagt Hellfeld:

1) Wenn er die Erbschaft sub beneficio inventarii angetreten hat.

2) Wenn ein Minderjähriger per restitutionem in integrum repudiiren will.

Eben dies gilt auch von der Aditione; wenn die Erbschaft schon repudiirt ist, so kann er sie nicht mehr antreten. Es ist in diesem Fall entweder ein Substitutus, oder Miterbe da.

Im erstern wird die Erbschaft dem Substituto deferirt; im zweyten heist es; portio vacans accrescit coheredi, und nur in dem Fall wird das testamentum destitutum, wenn auch kein Miterbe vorhanden wäre. So — Hellfeld.

Allein nach der Strenge genommen, sind dies alles keine Ausnahmen; denn der sub beneficio declarirte Erbe bleibt Erbe; repudiirt er die Erbschaft, so bleibt er was er war, nur zahlt er nicht mehr, als die Masse abwirft. Und im zweyten Fall: wenn ein Minor einmal valide angetreten hat, und in integrum restituirt wird, so fällt die Erbschaft schlechterdings nicht mehr auf den Substitutum, sondern auf die Intestat-Erben. Nur merke man: repudiiren geht immer nur auf den Fall, wenn man noch nicht angetreten hat.

§. 1495. Qu. 1) Welche Personen die Erbschaften antreten und repudiiren können?

Rsp. Alle Personen, die sich obligiren und die ihren Rechten renunciren können.

Also

Also Personen, die den Gebrauch ihres Verstandes und Willens nicht haben, können es auch nicht: z. E. Furiosi, minores etc.

Auch Filiifamilias können nicht ohne Einwilligung des Vaters repudiiren; denn der Vater hat von dem Peculio den Usumfructum, um welchen ihn der Sohn nicht bringen kann; aber antreten kann sie der Sohn sogar contradicente patre, und daraus entsteht ein peculium adventitium irregulare.

Qu. 2) Quo tempore aditio fieri possit?

Rsp. Hellfeld sagt: gleich nach dem Tod des Defuncti. Multi autem dissentiunt. Einige folgern ex Nov. 115. Cap. 5. daß sie erst den neunten Tag angetreten werden könne, hic autem non agitur de aditione, sed creditores defuncti vetantur, heredem ante novem dierum spatium inquietare. Ratio: Heres luctui indulgere censetur. Andere sagen: erst post tricesimum diem, also vier Wochen. Dies ist auch in deutschen Gesetzen gegründet und Observanz. Doch ist hier wieder nicht von der Antretung, welche gleich geschehen kann, die Rede, sondern von der würklichen Dispositon, und zwar honestatis causa. — Wir sind inzwischen, was das Inventarium anlangt, doch der Meynung, daß man sich gleich nach der Leiche darüber hermache, denn es profitirt sonst Niemand mehr von der Erbschaft als das Gesinde und zwar alles — sub praetextu quietis.

Qu. 3. Qua ratione aditio fieri debeat? —

Rsp. 1) Aus freyen Willen; coacta enim voluntas est nulla.

2) In Absicht auf die ganze Erbschaft; mithin gehts nicht an eine Erbschaft zum Theil anzutreten, zum Theil nicht. Excipe tamen: wenn dem Erben ex diversa causa, i. e. fundamento Erbschaftsgüter zugefallen: z. E. Feudal- und Allodial-Erbschaftsgüter; da kann man die Allodia repudiiren und die Feuda antreten.

§. 1496. Hereditas acquiritur per aditionem; ergo: hereditas nondum adita, non transfertur ad heredes. Doch eine Ausnahme ists: wenn transmissio hereditatis (Erbschaftsvererbung) statt findet, quae est ius hereditatem delatam, sed non aditam ad heredes transferendi.

Sie findet statt:

1) Bei suis heredibus — und heist: transmissio sui heredis s. transmissio suitatis — wodurch der Erbe die Erbschaft ad quoslibet heredes transferiren kann, weil er ipso iure heres ist.

2) Bei andern Descendenten: z. E. emancipatis. Dies heist: Transmissio Theodosiana, wodurch der heres hereditatem non aditam ad suos tantum descendentes transmittit.

3) Bei extraneis heredibus, wenn selbige intra tempus deliberandi verstorben sind, und heist: Transmissio Iustinianaea — wodurch die Erbschaft auf quoslibet heredes transmittirt wird.

Anmerkungen:

1) Ein Kind transmittirt auch ob unitatem personae die Erbschaft auf den Vater.

2) Wenn er an der Antretung der Erbschaft verhindert worden, so können seine Erben ex iusta causa: z. E. ex clausula praetoriana die restitutionem in integrum praetendiren.

Nach Sachsenrecht und auch andern Provinzialrechten versteht sich die Transmissio in allen Fällen, wo sie der Heres nicht expresse repudiirt hat.

§. 1497. Durch die Adition wird das Eigenthum von den Erbschaftsgütern acquirirt. Eigenthum aber und Besitz sind zwey verschiedene Dinge; letzteren bekommt er per additionem nicht; Ratio: possessio non acquiritur, nisi res naturaliter apprehendatur ex L. 23. et 30. §. 5. de acquirenda l. amittenda possessione. Doch nach verschiedenen deutschen Gesetzen ist eine Ausnahme; denn nach diesen wird sogar der Besitz ipso iure auf die Erben transferirt: z. E. im Magdeburgischen, Kölnischen und im Brandenburgischen überhaupt. Beweise sehe in Knorrs diss. de apprehensione possessionis Cap. I. et Schilter exerc. XV. §. 11. seq.

Nach dem Iure Romano aber bekommt der Erbe den Besitz nur per apprehensionem. Dist. tamen:

1) inter possessionem ipsam, i. e. rei detentionem. Diese hat der Erbe nur, wenn er die Güter apprehendirt;

2) et inter ius possidendi; dies hat er eo ipso, daß er die Erbschaft acquirirt; denn er bekommt alle iura defuncti,

also auch das ius adipiscendae et recuperandae possessionis, und zwar, es mag sich dies Recht beziehen auf Sachen, die jemand bei Lebzeiten, oder nach des Testatoris Tod, unrechtmäßig in Besitz genommen. Da stell ich die Spolienklage gegen ihn an. Der Vorwand, daß der Defunctus diese Klage nicht gehabt hat, fällt weg, wenn man bedenkt: hereditas iacens wird in den meisten Stüken noch so angesehen, als wenn sie dem Defuncto noch zugehörte. Ja es kommen überdies dem Erben gegen den, der infirmiore iure etwas aus der Erbschaft besitzt, noch verschiedene remedia possessoria und interdicta zu, wovon weiter unten mit mehrern die Rede seyn wird.

§. 1498. Bei Antretung der Erbschaft kommt auch vor: Ius accrescendi (das Zuwachsrecht), quod est ius acquirendi portionem vacantem coheredis seu collegatarii coniuncti deficientis.

Requiritur ergo:

1) Ut adsint: coheredes seu coniuncti collegatarii, qui sunt ii, qui ad unam eandemque rem vocati sunt;
2) Ut unus illorum deficiat sicque portio vacans existat.

Deficit coheres — heist: es geht ein Miterbe ab, und wird so oft gesagt, als ein solcher den ihm beschiednen Theil entweder nicht will, oder nicht acquiriren kann. Nicht will — weil er z. E. die Erbschaft repudiirt; nicht kann — weil er z. E. nicht habilis war.

Die Coheredes oder Collegatarii sind aber:

1) entweder in einer Propositione verbunden: z. E. Benigno et Benignae do lego aedes meas; h. e. heissen sie Collegae, quia arctius nexi videntur. Daher die Regel: Plures collegae habentur pro una persona. Sie sind zweyerlei Art. Der Testirer hat sie:
   a) entweder adiectis partibus berufen, i. e. daß er jedem Coniuncto seinen Antheil bestimmt hat; h. e. dicuntur verbis coniuncti: z. E. Benignae et Benigno do lego aedes meas aequis partibus; oder Benigno do lego tertiam partem aedium mearum, Benignae reliquas. Die Theile, welche den verbis coniunctis bestimmt werden, müssen partes intellectuales, i. e. solche seyn, quae mente tantum concipiuntur, non vero partes physicae. Physisch wäre die Theilung, wenn ich sagte, dir vermache ich das Hinterhaus, und jenem das Vordere.

Die verbis coniuncti bezeichnet man mit: o — o.

b) Oder er hat sie nicht adiectis partibus berufen; da heißen sie mixtim coniuncti und werden so bezeichnet: o x o.

2) Oder sie sind nicht in einer Propositione verbunden: z. E. ich sage: Benignae do lego aedes meas; Sempronio do lego aedes meas. Dies sind zwey Propositiones; also sind re coniuncti s. disiuncti vorhanden, welche so bezeichnet werden: o. o.

Was nun das ius accrescendi bei diesen verschiedenen Arten von Coniunctis betrift, so kommt es auf den Unterschied an. Wenn sie:

1) Von einerley Art sind, so ist kein Zweifel, daß, wenn einer abgeht, dessen portio vacans den übrigen coniunctis seiner Art accrescirt, und zwar regulariter aequaliter. Ausgenommen sind die verbis coniuncti, bei welchen jedem die portio vacans pro rata accrescirt.

2) Wenn sie aber von verschiedener Art sind: z. E. zwey re coniuncti, zwey verbis coniuncti, und zwey mixtim coniuncti wären insgesammt berufen worden und es geht:

a) etwa ein re coniunctus ab; so bekommen alle übrigen Coniuncti von der portione vacante, jedoch so, daß plures collegae pro una persona gehalten werden. Also bekommt der noch übrige re coniunctus $\frac{1}{3}$, die zwey verbis coniuncti $\frac{1}{3}$ und die zwey mixtim coniuncti auch $\frac{1}{3}$ von der portione vacante.

b) Geht aber ein Collega ab; so accrescirt dessen portio vacans seinem Mitkollegen einzig und allein, ex ratione: quia arctius nexi videntur.

§. 1499. Ius accrescendi findet sowohl inter coheredes als collegatarios statt, aber diversa ratione. Bei jenen ist es Necessitas, nach der Regel: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Aus diesem Grunde kann der Testator das ius accrescendi nicht verbieten; ja es können auch die Erben die accretionem portionis vacantis nicht ausschlagen; bei diesen kann der Testator das ius accrescendi verbieten, denn es gründet sich hier auf voluntatem testatoris praesumtam, i. e. daß er, Testator, die *portionem* lieber den *Legatariis* als den Erben gönne; verbietet er

ers aber, so fällt haec voluntas praesumta weg. Der Grund ist also sehr verschieden.

Wichtige Unterschiede:

1) Bei Heredibus geschieht allemal die Accretio cum onere, i. e. mit den Schulden und Vermächtnissen, die auf der portione vacante haften; allein dies ist bei Collegatariis nicht indistincte, sondern den re coniunctis accrescirt die portio sine, reliquis autem cum onere.

2) Bei Coheredibus findet die Accretio statt, es mögen die Coheredes wollen oder nicht wollen; dies ist wieder nicht bei Collegatariis; denn sind sie re coniuncti, so accrescirt ihnen portio vacans wider Willen, außerdem nicht. Conferatur Heimburg de iure accrescendi et Schneid de ead. mater. 1774.

LIB. XXIX. TIT. III.

Testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur.

§. 1500. Die Handlung, unter welcher das Testament eröfnet wird, um Einsicht davon zu nehmen, heist apertura testamenti. Haec fit aut cum, aut sine causae cognitione, ideoque illo casu apertura solennis, hoc vero minus solennis dicitur. Jene geschieht allemal gerichtlich, diese kann auch außergerichtlich geschehen.

§. 1501. Apertura solennis geschieht cum causae cognitione und hat zur Absicht, daß man von dem Tod des Testirers gewisse Notiz bekommt. Bei einer hohen Person ist es bloße Feyerlichkeit, wenn noch ein testimonium mortis ad acta gelegt wird; aber bei einer gemeinen, die abwesend war, ist es Nothwendigkeit, daß ein Testimonium vorgelegt und revidirt werde.

Zur apertura solenni gehört:

1) Daß die Zeugen citirt werden müssen ad agnationem sigilli et scripturae.

2) Daß in ihrer Gegenwart die Eröfnung des Testaments geschehen muß.

3) Daß

3) Daß jedem Interessenten Erlaubnis gegeben werden muß, daß Testament zu lesen und abzuschreiben.
4) Daß das Original ins Archiv gelegt werden muß. —

Die Zeugen agnosciren nun ihre Siegel oder nicht; agnosciren sie solche, so wird dadurch die Aechtheit des Testaments bestärkt; im Gegentheil wird vermuthet, daß das Testament untergeschoben und falsch sey.

Sind die Zeugen tod, so fällt solennis apertura weg. Sie ist auch nichts wesentliches und kann also bei einem solchen Zufall, wie der Tod der Zeugen ist, das Testament von seiner Gültigkeit nichts verliehren.

Apertura minus solennis extraiudicialis geschieht ohne alle Formalitäten; iudicialis wird in Gegenwart der Interessenten eröfnet und vorgelesen. Das ist alles.

Extraiudicialis apertura ist aber nicht rathsam. Tabulae pupillares ist ein solches Testament, worinn lediglich die Pupillar-Substitution enthalten war. Bei den Römern war es sehr gewöhnlich ob beneficia frequenter commissa. Tabulae pupillares seorsim signatae heist dasjenige, welches nicht im Haupttestament mit steht.

§. 1502. Enthält drey Punkte:
1) Die Eröfnung eines Testamens kann jeder verlangen, der ein Interesse dabei hat. Dies Interesse muß bewiesen werden, kanns nicht erwiesen werden, so erbietet man sich zum iuramento calumniae speciali.
2) Kann das Testament gleich nach dem Tode des Testatoris eröfnet werden.
3) Sind mehrere Testamente da, so wird blos das letztere eröfnet, denn die erstern sind so derogirt. Wenn aber mehrere da sind, und man weis nicht, welches das letztere ist, so werden alle eröfnet.

§. 1503. Exsequi heist h. l. in sensu latiori: curam habere, also nicht im gerichtlichen Verstande. Die Executores testamentorum (altdeutsch: Seelwärter, weil sie die Messen für den Verstorbenen zu besorgen hatten) sind Personen, denen die Besorgung aufgetragen ist, daß des Verstorbenen Wille in allen Stücken beobachtet werde.

Es ist eine Liebespflicht und daher nicht wohl auszuschlagen, besonders, da sie noch überdies durch ein Legat gemei-

gemeiniglich erleichtert wird. Das Geschäft selbst ist nicht immer so leicht, als man sich vorstellt. Die Exsecutores werden übrigens eingetheilt in testamentarios, conventionales, legales s. legitimos et dativos.

1) Exsecutores testamentarii sind diejenigen, welche der Testirer selbst im Testament dazu ernannt hat.

Hodie bittet ein Testirer gemeiniglich seinen iudicem competentem um die exsecutionem testamentariam, weil ihm die Sache durch seine Iurisdiction sehr erleichtert wird.

1) — Conventionales sind entweder durch einen Vertrag mit dem Testirer oder mit den Interessenten zu Exsecutoren constituirt worden.

3) legales s. legitimi — welche unmittelbar durch die Gesetze zu Exsecutoren bestimmt sind. Z. E. Alle Obrigkeiten, die Bischöffe *in rebus ad pias causas*. Dies ist ein erheblicher Umstand, der um deswillen zu merken, weil sich ehedem die Clerici der Testamens-Sachen überhaupt anmasen wollten.

4) — dativi sind diejenigen, welche von der Obrigkeit constituirt worden.

Wenn Exsecutoren von verschiedener Art vorhanden sind, und keiner kein Interesse dabei hat, so haben die Testamentarii den Vorzug vor den übrigen. Wenn aber die Exsecutio das Interesse derer betrift, welche im Testament bedacht worden, so werden conventionales vorgezogen, nach der Regel: omnium quorum interest consensu, impune ab ultima voluntate receditur.

Die Gewalt des Exsecutors ist, wenn der Exsecutor testamenti ein Iudex ordinarius ist — potestas iudicis. Die constitutio testamentaria hat hier den Nutzen, daß die Praevention statt hat, wenn mehrere concurrentem iurisdictionem hätten. In den übrigen Fällen dependirt es ab arbitrio constituentis, wie weit die Gewalt des Exsecutors gehen soll. Der Constituens hat ihm jedoch entweder eine schiedsrichterliche Gewalt beigelegt, oder nicht. Im letztern Fall ist er wie ein Curator zu betrachten, im erstern aber hat er potestatem arbitri in Ansehung der Personen, welche des Testirers Willen agnosciren müssen.

Anmerkung: Wenn Impuberes, oder Verschollene da sind, kann eine solche Exsecution oft 20 bis 30 Jahre dauern, so daß sie oft ein Vater seinem Sohn übertragen

tragen muß. Doch sind in solchem Fall die Interessenten nicht gebunden, den Sohn anzunehmen, wenn der Vater wirklich ein Candidatus mortis ist; sie können auch einen dritten wählen.

LIB. XXIX. TIT. IV.

Si quis omissa causa testati ab intestato, l. alio modo possideat hereditatem.

§. 1504. Es geschieht zuweilen, daß einer zum Erben eingesetzt wird, der schon ab intestato das Erbrecht hat. Hier repudiirte nun ein Erbe öfters die hereditatem ex testamento delatam, und trat doch die Erbschaft noch als heres ab intestato an. Dies geschah nun oft in fraudem legis, damit er die Legata nicht bezahlen dürfte. Es ist aber eine grosse Unbilligkeit und deswegen hat der Praetor gegen den Erben die actionem utilem ex testamento ertheilt, quae est actio praetoria rei persecutoria quae datur illi, cui aliquid directe aut per fideicommissum in testamento relictum est, adversus eum, qui cum ex testamento posset, in fraudem illorum ab intestato successit, aut pretio accepto hereditatem praetermisit, ut praestet idem, quod hereditate adita praestandum fuisset.

Die Klage kommt auch vor unter dem Namen der actionis legatorum, welcher die Sache noch besser ausdrückt. Wenn sie statt finden soll, so ist nothwendig:

1) daß derjenige, welchem im Testament etwas hinterlassen worden, die Erbschaft, oder einen Theil derselben, entweder rechtlich oder widerrechtlich besitzt und sich zueignet.
   Obs. Es ist einerley, ob er die Erbschaft noch besitzt oder sie dolose veräusert hat, er wird doch noch pro possessore gehalten.
2) Daß einer dolose die Erbschaft, die er ex testamento antreten sollte, ab intestato antrat
   Excipe, sagt Hellfeld:
   a) wenn der Testirer erlaubt hat, daß er ab intestato soll succediren können, oder
   b) eine

b) eine andere rechtmäsige Ursache vorhanden ist. Allein dies sind keine wahre Ausnahmen, sondern die Sache versteht sich hier von selbst.

LIB. XXIX. TIT. V.

De SCto Silaniano et Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur.

§. 1505. Das SCtum Silanianum verbietet bei Strafe der Confiscation der Erbschaft, daß, wenn ein Testator ermordet worden, sein Testament nicht eher geöfnet, noch die Erbschaft angetreten werden soll, bis alle Sclaven, welche sich beim Testatore befunden, oder wenigstens seine Stimme hätten hören können, erst gefoltert werden sollen. Sub *uno tecto* heist es im SCto, i. e. sub eadem regione, so daß sie hätten rufen hören und Hülfe leisten können. Auf diese fällt ein positiver und negativer Verdacht.

Vor der Tortur gieng Quaestio, i. e. eine scharfe Untersuchung her. Servi non suspecti und imbecilles waren aber von der Folter frey.

In einem edicto praetoris ist noch überdies verordnet, daß der Heres dessen Tod bei eben dieser Strafe ahnden soll.

§. 1506. Qu. Ob dies hodie noch gelte? Rsp. Nein! Es thuts die Obrigkeit ohnehin, und er braucht nicht zu accusiren; aber denunciren soll er nach einiger ICtorum Meynung.

Qu. Ob der Erbe die Inquisitions-Kosten bezahlen müsse? Berger in electis crimin. part. II. pag. 452. hält dafür: daß er sie zahlen müsse, vorausgesetzt:

1) hereditatem opulentam et
2) heredes collaterales esse. Denn der Iudex sey hier als negotiorum gestor vom Erben zu betrachten und könne folglich Indemnisation fordern. Allein er ist nicht negotiorum gestor; Ratio: weil er seines Amts halber schon zur Inquisition verbunden ist. Indessen können die Kosten doch aus der Erbschaft bezahlt werden, wenn kein Delinquent herausgebracht worden; denn der Richter sagt: ich habe es in honorem heredis gethan; solutio ergo hic fit per indirectum.

LIB.

LIB. XXIX. TIT. VI.

Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit.

Dieser Titel enthält 2 Sätze:

§. 1507. I. Si quis aliquem testari prohibuerit. In diesem Fall distinguire: dies unerlaubte factum ist:

1) entweder von einer Person begangen worden, die Intestat-Erbe oder ein Testaments-Erbe ist; in beiden Fällen hat die poena confiscationis statt. Denn eine solche Person wird pro indigna angesehen. Ja, auser dieser negativen Strafe der Confiscation, findet noch eine positive statt, denn wenn der Beweis von der wirklichen Behinderung geführt werden kann, so muß die Person noch id quod interest praestiren.

1) Oder es ist von einem Tertio begangen worden, h. c. hat die poena arbitraria ad id quod interest, statt.

§. 1508. II. Si quis testari coegerit. Da entsteht die Folge, daß das Testamentum (nicht null, wie Hellfeld sagt; nam nullum testamentum corruit in totum, und bisweilen ist ja doch nur eine und die andere Verordnung im Testament erzwungen worden,) auch nicht als ein testamentum ereptitium zu betrachten ist; sed eatenus habeatur pro non scripto, quatenus extortum est. Schwer ist aber der Beweis, daß dies oder jenes Legat bei der voluntate coacta liberae voluntatis sey.

LIB. XXIX. TIT. VII.

De iure codicillorum.

§. 1509. Codicilli — sehr selten codicillus — iuridice ein Codicill, grammatice — ein Brief, ein Billet. Conf. Brisson. de verborum significat. sub voce codicilli.

Codicilli sunt iuridice ultima voluntas, minus solennis, qua disponitur, quod non pertinet ad heredis directi institutionem.

Ein

Ein gewisser Lentulus hat Gelegenheit zur Form und Gültigkeit, nicht aber zu den Codicillen selbst gegeben. Schon Cicero spricht von Codicillis, aber sie waren damals noch nicht, was sie erst sub Augusto wurden. Unter dem August kam der Fall mit dem Lentulus vor, welcher den August zum Erben einsetzte und in einem Codicill oder Brief ihn nachher noch um etwas bat, welches August bewilligte, und dabei die Gültigkeit solcher Codicille bestättigte.

§. 1510. Requisita codicillorum.

1) Codicilli sunt species ultimarum voluntatum. Was also bei diesen überhaupt erforderlich ist, das wird auch bei jenen erfordert — nämlich freye Willenserklärung und Gebrauch des Verstandes. Vis, dolus, metus, sollicitationes importunae etc. machen also auch die Codicille ungültig.
2) Wer nicht testiren kann, kann auch nicht über seinen Nachlas disponiren, also auch kein Codicill machen.
3) Wer unfähig ist, im Testament zum Erben eingesetzt zu werden, ist auch unfähig ex codicillis etwas zu acquiriren.

§. 1511. In codicillis directo hereditas non datur; quodsi ergo

1) heredis directi institutio cessat, cessat quoque
2) exheredatio et
3) conditio substitui nequit, i. e. eine pura institutio kann nicht in conditionatam et vice versa verwandelt werden. Heredis directi institutio wird also hier allemal praesupponirt.

Der Erbe, welcher praesupponirt wird, ist

1) entweder heres testamentarius; hier heist auch das Codicill ein testamentarisches Codicill; folglich wenn das Testament ungültig ist, fällt auch das Codicill hin. Die codicilli testamentarii sind aber von gedoppelter Art, nämlich entweder im Testament bestättigt, oder nicht. Bei erstern hat nämlich der Testirer schon im Testament verordnet, daß sie gelten sollen; daher die Eintheilung:
   a) in codicillos in praeteritum confirmatos, welche schon tempore testamenti factionis existirten, und
   b) in codicillos in futurum confirmatos, welche noch nicht gemacht sind, sondern von denen er im Testament

sagt: si quos codicillos condidero, eos valere iubeo.

2) Oder heres ab intestato s. legitimus — daher codicilli ab intestato. Dies ist und bleibt gültig; denn es ist an jeden künftigen Intestat-Erben gerichtet.

Conf. Georg. Ludw. Boehmer de IV. modis conficiendi codicillos.

§. 1512. Die Rechtsgeschichte der Codicille siehe im princ. Inst. h. t. Sie waren Anfangs, wie im §. 1509. bemerkt worden, unverbindlich, wurden es aber sub Augusto, bei der Gelegenheit, wie es Fideicommissa wurden.

In der Folge kamen folgende Solennia hinzu:

1) 5 Zeugen, die jedoch nicht specialiter rogati seyn müssen,

2) unitas actus,

3) Subscriptio testium (versteht sich bei codicillis scriptis,) — Die Signatio ist nirgends gebothen. —

Diese Solennia sind auch in der Notariats-Ordnung Max. I. de anno 1512. §. 42. bestättigt.

§. 1513. Zur Form eines Codicills ist unter andern auch unitas actus und praesentia V. testium erforderlich.

Qu. Ob diese Zeugen schlechterdings Masculi seyn müssen? Rsp. Einige bejahen, andere verneinen die Frage.

Conf. Spangenberg de muliere ob testium solennitatem testimonii ferundi in codicillis experti. 1770. Gotting.

Die Gründe der Affirmantium sind:

1) Weil die Codicilli nicht wie die Testamente in den Comitien gemacht worden wären, so müsten die Weiber zeugen können.

2) Codicilli sind minus solemnes voluntates, Weiber sind nur von Solennibus ausgeschlossen.

Rsp. Ad 1) Auch Testamente durften ex post auserhalb den Comitien gemacht werden und doch wurden keine Weiber zugelassen.

Ad 2) Minus solennis voluntas, tamen est solennis. Und überdies können ja die Zeugen hier nicht probationis causa adhibirt seyn, weil sonst nicht mehr als 2 gebeten worden wären.

Lega-

Legatarii aber — sagt Hellfeld — können Zeugen seyn. Leyser behauptet es auch. Allein sein Grund, der in der Widerlegung eines analogischen Schlusses liegt, ist falsch. Wir räumen ein, daß er keine Unitatem habe; allein es hat solche auch nicht der heres designatus ante aditionem hereditatis, multo minus ante mortem testatoris. Der Legatarius spielt die Hauptrolle im Codicill; er versirt also wirklich in propria causa; in propria causa vero nemo testis esse potest.

Dann ist überhaupt noch zu merken, daß zwar principaliter die Zeugen beim Testament und bei Codicillen solennitatis gratia adhibirt worden; daß aber der Gesetzgeber die zweyte Rücksicht des Beweises nie dabei aus den Augen verlohren habe. Denn ex post im Fall der Noth müssen zwey davon beweisen können, oder sie werden ganz verworfen.

Bei Codicillen sind in der Regel 5 Zeugen erforderlich. Ausnahme ists:

1) Wenn der Testator privilegirt ist. Dahin gehören z. E. miles, die parentes inter liberos etc.
2) Wenn codicilli testamento confirmati sind. Nach des Hellfelds und Böhmers Meynung sollen hier gar keine Zeugen erforderlich seyn. Ratio:
   a) das Codicill sey als ein pars testamenti — und
   b) als ein testamentum mysticum zu betrachten.

Boehmer aber ist gründlich widerlegt durch einen Italiener, Namens: Dunius de veteri ac novo iure codicillorum. Romae 1752. Das Codicill ist nicht als ein pars testamenti zu betrachten und auch nicht als ein testamentum mysticum.

3) Wenn der Testator seinen Erben etwas mündlich anempfiehlt — da kann ihm der Eid deferirt werden.

Conf. L. f. Cod. de Fideicommissis. Dieser Lex muß auswendig gelernt werden, weil man in praxi blos sagt: man agire ex L. fin. C. de F. C. ohne weiter etwas hinzuzusetzen. Er enthält den besondern Fall: wenn der Testirer mir als dem gegenwärtigen Erben, allein sagt, ich solle dem Caio 500 fl. pro legato bezahlen, so soll dies ohne alle Feyerlichkeit gelten. Nach diesem Lege hat Caius als praedilectus und im Codicill übergangene, das Recht, mir einen Eid zu deferiren.

Hiebei entsteht aber die Frage: wie? wenn Caius die Summe nicht mehr weiß und der Erbe nicht schwören will, in welche Summe soll er condemnirt werden? — Hier verläßt uns der L. ult. C. de F. C. Der Richter muß daher in diesem Fall eine Summe ex bono et aequo in proportione reliquorum legatorum bestimmen. Haben die andern Legatarii 300 fl. bekommen, so bekommt dieser 50 mehr. Aber — quod probe notandum — auch der Legatarius muß schwören, daß er gewiß gehofft habe, bedacht worden zu seyn.

§. 1514. *Clausula codicillaris* ist eine Erklärung des Testatoris, worinn er zu erkennen giebt, daß sein Testament, falls es nicht als Testament bestehen sollte, doch noch als Codicill bestehen möchte. Alles übrige, was die Advocaten noch drüber giesen, ist überflüßig; denn ich brauche nicht einmal die nämlichen Worte zu adhibiren, es muß doch als Codicill gelten. Aber stillschweigend versteht sich es nicht, sondern sie muß ex leg. 3. D. de test. militari beigefügt werden.

Qu. Gilt sie denn, wenn der Concipient sie ohne Vorwissen des Testatoris inserirt haben sollte? Rsp. Der Einwand derer, die es läugnen wollen, gilt nichts. Sie besteht; Ratio:

1) Wer einem den Auftrag thut ein Testament aufzusetzen, der giebt einem auch die Vollmacht, alles zu inseriren, was zur Gültigkeit des Testaments erforderlich seyn möchte; also wird immer tacita testatoris voluntas praesumirt.

§. 1515. Die clausula codicillaris verwandelt ein ungültiges Testament in ein Codicill, Dist. Es ist

1) entweder noch ein anders gültiges Testament vorhanden; so ist dies als Testament zu betrachten, und testamentum codicillare ist zu betrachten als codicilli testamentarii;

2) oder es ist kein anderes mehr da; so bekommt der heres ab intestato die Erbschaft; aber das testamentum codicillare muß doch von ihm als codicilli ab intestato beabsichtiget werden.

Vorauszusetzen ist: das testamentum codicillare muß die requisita codicillorum haben, sonst bestehts gar nicht. Also: keinen Mangel an dem Willen des Testatoris darf

es

es haben, der Testator darf nicht inhabilis seyn, der Heres muß idoneus seyn, 5 Zeugen, und unitas actus muß beobachtet worden seyn.

§. 1516. 1) Wenn die clausula codicillaris das Testament in ein testamentarisches Codicill verwandelt hat, so wird der heres ex priori valido testamento — heres directus, aber er muß das testamentum codicillare noch als ein Codicill respectiren, mithin diesem Erben dem heredi testamenti codicillaris die Erbschaft als ein Fideicommiss restituiren; doch kann er die IVtam Trebellianicam abziehen.

2) Wenn aber das Testament in ein Codicill ab intestato verwandelt wird, so entsteht die Folge daraus, daß heres ab intestato als heres directus zu betrachten ist, und folglich muß der heres directus dem heredi in hoc testamento codicillari scripto die Erbschaft als ein Fideicommiss quarta tamen Trebell. detracta, restituiren. So — in der Praxi.

Aber diese Praxis ist den römischen Gesetzen nicht gemäs. Ratio:

1) Eine Erbeinsetzung die im Codicill geschehen ist, wird im L. 6. D. h. t. deutlich für nichtig erklärt; also ist nicht verordnet, daß eine solche Erbeinsetzung in ein Fideicommiss verwandelt werden soll; wie soll nun die Codicillar-Clausul diese Verwandlung produciren können?

2) Durch diese Interpretation der Praxis werden alle praecepta iuris romani von der Erbeinsetzung umgeworfen. Denn sie producirte

a) den Effect, daß Testamente bestunden, wenn Kinder praeterirt worden, nur vorausgesetzt, daß der Testator um seine Kinder gewust hat; denn hat er um sie nicht gewust, so ist sein Testament erronea voluntas; erronea vero voluntas est nulla.

b) Den Effect, daß destituta testamenta gelten sollten — ein triftiges Absurdum.

c) Den Effect, daß testamenta rupta noch gelten sollten — und endlich auch den Effect,

d) — daß die substitutio pupillaris noch ultra annos impubertatis gelten soll, wenn sie vom Vater geschehen. Der Substitutus bekommt also die Erbschaft als ein Fideicommiss, jedoch nur dasienige, was vom Vater herrührt.

LIB. XXX — XXXII.

De Legatis et Fideicommissis.

§. 1617. Legatum (Vermächtnis) est emolumentum singulare alicui per ultimam voluntatem directe relictum.

Emolumentum singulare s. res singularis — ist ein solcher Vortheil, den einer bekommt, sine repraesentatione defuncti. Denn das, was ich bekomme cum repraesentatione defuncti, ist eine res universalis. Diese res singularis kann die Hälfte der Erbschaft ausmachen. Hierauf kommt viel an; denn wer ein emolumentum singulare bekommt, zahlt keine Schulden in der Erbschaft, aber er bekommt auch kein ius accrescendi.

§. 1518. Alle Sachen die nützlich und in commercio hominum sind, können legirt werden. Wenigstens in commercio legatarii müssen sie seyn: z. E. feuda nobilium sind nicht in commercio ignobilium, i. e. ignobiles sind nicht fähig feuda nobilium — Juden nicht fähig Grundstücke zu acquiriren. Wenigstens ist dies in manchen Landen so. Also

1) Res praesentes et futurae (z. E. fructus) können legirt werden.
2) Res alienae. Das hält der Pabst für gottlos; allein es kommt nur auf die richtige Interpretation an, so hat die Sache keinen Zweifel mehr. Der Testirer hat entweder ein Ius auf die rem legatam alienam gehabt; da gilt die Regel: hoc ius censetur legatum; oder das ist nicht, so muß sich der Erbe bemühen, die rem alienam zu kaufen und sie dem Legatario praestiren. Kann sie nicht gekauft werden, so muß der heres ex boni viri arbitrio die aestumationem rei praestiren.
3) Res ipsius heredis können legirt werden. Und wenn auch der Erbe nicht selbst über diese Sachen testiren könnte, z. E. die Sache wäre ein Feudum.
4) Auch ein Factum kann legirt werden, wenn es possibile et honestum ist.

§. 1519.

§. 1519. Die ersten 2 Fälle sind wohl zu unterscheiden:

1) Es geht nicht an einem Legatario seine eigene Sache zu legiren; denn es würde vergeblich und dem Legatario unnütz seyn. Daher die Regel: nemini legari potest a se ipso. Es geht auch nicht an, wenn ich gleich die legirte Sache, die mein eigen war, tempore mortis testatoris nicht mehr habe. Nach der Caton. Regel: quicquid ab initio non valet, id etiam ex post non convalescit.

2) Wie aber, wenn der Legatarius die Sache tempore conditi testamenti noch nicht besitzt, sie aber in der Folge durch Kauf an sich gebracht hat? Merke: der Legatarius hat die Sache an sich gebracht,

a) l. titulo oneroso — so muß der Erbe ihm das restituiren, was er für die Sache gegeben hat; denn der Testator will, daß der Legatarius die Sache umsonst haben soll. So auch, wenn etwas zum Theil titulo oneroso, zum Theil titulo lucrativo acquirirt worden, da kann er die Hälfte fordern, nämlich was oneros war.

b) l. titulo lucrativo, z. E. der Garten, den mir der Testator legirt hat, ist mir vor seinem Tod geschenkt worden. Da kann ich sie nicht praetendiren. Regula: Duae lucrativae causae in eandem rem et eundem hominem concurrere non possunt. Conf. §. 6. I. h. t.

Quid iuris, wenn einerley Sache einem und eben demselben in zweyerley Testamenten legirt worden? Rsp. Der Legatarius hat:

1) entweder die legirte Sache aus dem ersten Testament schon erhalten; so soll er aus dem zweyten Testament weder die Sache, noch den Werth fordern können. Ratio: qui rem habet, eius quoque aestumationem habere videtur.

2) Oder er hat nur aestumationem rei aus dem ersten Testament erhalten; hier soll er auch die Sache selbst noch verlangen können. Ratio: quia rem possidere non videtur, qui pretium rei possidet. Dies ist ein schöner Satz.

§. 1520. Im L. 16. D. de Legatis in Imo wird Legatum definirt, als eine delibatio hereditatis. *Delibare* ist so viel als: decerpere, schmälern, verringern. Soll also heissen: Vermächtnisse involviren immer eine Verringerung der Erbschaft. Daher konnte ein Legat dem arbitrio heredis nicht anheim gestellt werden. Doch in iure novo erlaubten es die Römer. Legatum vero confertur:

1) *aut* in merum arbitrium heredis et quidem
   a) aut in totum; hier ist zu distinguiren: das Legat wird
      α) entweder directe dem arbitrio heredis überlassen, h. c. gilt es nichts, weil es an einer Gewisheit des Willens gänzlich mangelt.
      β) Oder per indirectum s. per consequentiam, hier giebt es Beispiele, welche beweisen, daß es gelte, z. E. das legatum poenae nomine, z. E. Benedict soll von der Josephe lassen oder dem Benignus 3000 fl. pro legato bezahlen.
   b) aut in tantum; hier gilt das Legat wieder und zwar
      α) wenn in Ansehung der Person des Legatarii das Legat conferirt worden.
      β) In Ansehung des Objects, z. E. Benignus soll ein Pferd aus meinem Stall bekommen. Welches? — das soll mein Erbe bestimmen.
      γ) In Ansehung der Zeit, in welcher es praestirt werden soll.
2) aut in heredis, tanquam boni viri, arbitrium. Z. E. Mein Erbe soll dem Laelius, wenn er finden wird, daß ers bedürftig ist, 1000 fl. pro legato auszahlen. H. c. gilt das Legat und wenn der Erbe unbillig handelt, so findet reductio in viri boni arbitrium statt.

§. 1521. Allen denjenigen, welche ex ultima voluntate etwas acquiriren können, kann auch legirt werden et ex opposito, die Unfähigen können kein Legat erhalten, als das legatum alimentorum. Aber doch so, daß ihnen die Alimenta nicht in fraudem legis gelassen werden. Es versteht sich von selbst, daß h. l. die Alimenten stricte genommen werden.

Auch

Auch die Frage: Ob den Erben etwas legirt werden könne? ist mit einer Distinction zu beantworten. Der Erbe hat entweder einen Miterben, oder nicht.

1) Der erste Fall: er hat einen Miterben; da gehts an und zwar so, daß der Testirer
   a) dem Coheredi auferlegt, von seiner Erbportion dem andern ein Legat abzureichen. Z. E. Tullius und Tullia sollen meine Erbe seyn; Tullius aber soll dem Sempronius 300 fl. pro legato geben. Da ist Sempronius nicht Praelegatarius, sondern blos Legatarius.
   b) Oder so, daß der Testirer befiehlt, der Miterbe Tullius soll ein Praelegat von 1000 fl. haben. Das ist ein wahres Praelegat oder Vermächtnis zum voraus, und die 1000 fl. werden von der ganzen Erbschaftsmasse abgezogen.
2) Der zweyte Fall: er hat keinen Miterben, so kann ihm regulariter nichts vermacht werden. Excipe:
   a) si a fideicommisso legatum sit;
   b) si a legatario legatum sit, z. E. es ist einem Legatario auferlegt worden, so und so viel an den Erben zurückzuzahlen. Z. E. Du sollst meinen Garten pro legato haben, aber dem Erben Lederer dafür 300 fl. zurückzahlen.

Conf. Boehmer de legatis ex fideicomissis praestandis in s. electis iur. civilis. Tom. I.

§. 1522. Qu. A quibus legari possit? — Ab aliquo legari heist: praestationem legati alicui iniungere. Dies sind alle diejenigen, die vom Testatore honorirt worden; z. E. die Erben, die substituti heredum, legatarii und fideicommissarii. Doch merke die Einschränkungen:

1) Notherben dürfen durch Legata nicht in dem Pflichttheil verkürzt werden.
2) Einem jedem andern Erben muß die quarta Falcidia in salvo gelassen werden.
3) Bei andern Honoratis gilt die Regel: nemo plus onerari potest, quam honoratus sit.

Zusatz: diese Regel gilt: wenn auch zufälliger Weise der honoratus l. legatarius ein gröseres Lucrum erhalten haben sollte. Jedoch giebt es gewisse Ausnahmen:

1) Wenn sich der Honoratus freywillig dazu obligirt, nämlich daß er mehr onerirt werden will. Volenti non fit iniuria.

2) Wenn er Geld annimmt unter der Bedingung, seine Sache einem andern zu übergeben: z. E. ich habe 300 Thl. angenommen unter der Bedingung, daß ich dafür einem andern mein Haus, als ein Legat abtreten solle.

3) Si honoratus res, quas acquirere potuisset, neglexerit. Z. E. Es wird mir ein Pferd legirt, welches ich soll aus einem gewissen Stall wählen können; und ich bekümmere mich nichts darum, zahle aber gleichwohl die 100 fl. welche mir deswegen zu zahlen auferlegt worden.

§. 1523. Legata können hinterlassen werden

1) in testamentis,

2) in codicillis testamentariis et ab intestato — wobei die Form der Codicille zu beobachten ist.

3) Kann auch ein Testator die Leistung eines Legati mündlich anempfehlen. NB. Der L. finalis Cod. de F. C. sagt dies nur von Fideicommissis; allein die Interpretes nehmen an, daß es auch auf die Legata zu extendiren sey, weil Legata und Fideicommissa einander völlig gleich gemacht worden seyen. Dies ist nun wahr und ausgemacht. Allein wenn sie noch hinzusetzen, daß es auch auf den abwesenden Erben extendirt werden könne, so antworten wir mit: Nein! Denn hier ist ein Singulare, das schlechterdings nicht extendirt werden darf. Also blos dem gegenwärtigen Erben, wenn es iniungirt worden, gilt es, sonst nicht.

Ein solches legatum ore prolatum gilt ohne alle Solennitäten:

1) weil der Erbe eine grössere Gewißheit hat,

2) weil er es tacite acceptirt hat.

Qu. Wird denn der heres praesens hier in solidum obligirt oder nur pro sua rata? Z. E. Mein Onkel sagt: ich setze Dich mit Deinem Bruder und Deiner Schwester zum Erben ein; aber ihr sollt in solidum der Kirche 1000 fl. pro legato zahlen. — Doctores abeunt in partes; wir aber glauben, es sey verior sententia, daß der heres praesens nur pro sua rata bezahle, weil man von jedem testatore aequitatem praesumiren muß.

§. 1524.

§. 1524. Durch die Legate werden die Erbschaften geschmälert, folglich darf der Erbe die rem legatam nicht bei sich behalten. Auch ist zu merken, daß inter plures collegatarios coniunctos das ius accrescendi obtinirt, vermöge dessen die erledigte Erbportion den übrigen collegatariis coniunctis accrescirt. Uebrigens gilt hier das nämliche, was §. 1498 und 1499. beigebracht worden.

§. 1525. Der effectus legati ist, daß der Legatarius das Dominium von der legata re gleich mit dem Tod des Testatoris absque traditione bekommt. — Es ist dies wahr, aber mit der Einschränkung:

1) res legata muß species und nicht genus,
2) res propria testatoris und
3) *pure* und nicht sub conditione legirt seyn.

Lauterbach in collegio suo theoretico practico. Lib. 30. §. 44. sagt: dies Dominium, das der Legatarius mit dem Tod des Testatoris bekommt, ist nur ein dominium fictum; verum dominium bekommt er erst mit Antretung der Erbschaft. Und auch das dominium verum ist noch revocabile, so lange bis er das Legat agnoscirt.

Keineswegs aber bekommt er sogleich den Besitz; denn diesen bekommt er erst durch die Tradition vom Erben. Eigenmächtig darf er sich des Besitzes nicht anmasen. Thut ers doch, so geschieht dies entweder vor oder nach Antretung der Erbschaft. Geschieht es vor Antretung der Erbschaft, so findet das Interdictum quod legatorum statt, wovon §. 1845. mit mehrern die Rede seyn wird. Nach Antretung derselben findet das Interdictum unde vi, oder gar die Spolienklage statt.

Beide gehen dahin: daß er das Legat restituiren, oder id quod interest praestiren soll.

Der Erbe ist obligirt bis zur praestatione legati das Legat debita diligentia in Acht zu nehmen; mere fortuitos casus aber braucht er qua heres nicht zu tragen.

Ueberlebt der Legatarius den Testirer nur um einen Augenblick, so transmittirt er das Legat auf seine Erben. Transmittere wird also hier nicht in der Bedeutung genommen, wie vorhin, denn der Legatarius wird von der specie legata sogleich Dominus. Dies ist eine starke Ausnahme. Ich kann Dominus werden, ohne nur das geringste

davon

davon zu wissen. Dies heist in Iure: transitus legalis, weil die Sache sine traditione blos per legis dispositionem auf mich übergeht, und zwar mit allen Accessionibus, hauptsächlich denjenigen, welche von der Sache nicht getrennt werden können und welche selbst der Testirer andern nicht legiren kann. Dies scheint etwas sonderbar zu seyn; allein man muß den Satz nur recht verstehen. Die Integraltheile kann er freylich keinem andern legiren, wenn er vorhero schon einem das Totum legirt hat. Z. E. Ich vermache meinem Onkel mein Gartenhaus, und dem Mävius die Fenster; dies geht nicht an. Aber umgekehrt hat es keine Schwierigkeit, daß ich nämlich dem Sempronius die Fenster meines Hauses, die Oefen und andere Pertinenzien, der Benigna aber mein ganzes Haus legire.

§. 1526. Die Verbindlichkeit eines Erben Legata zu praestiren, schreibt sich aus einem Quasicontractu her. Ante additionem also hat der Erbe keine Verbindlichkeit dem Legatario sein Legat zu praestiren und ex L. 4. C. de usuris et fructibus kann der Legatarius auch keine Früchte und Zinnsen praetendiren, ehe noch die Erbschaft angetreten ist. Excipe: Die legata ad pias causas; denn von diesen können von dem Tod des Testatoris an die usurae et fructus gefordert werden, es versteht sich von selbst, wenn es der Testator ausdrücklich verordnet hat. Aber nach Antretung der Erbschaft kommt es darauf an: ob der Legatarius sein Legat agnoscirt und es von dem Erben verlangt hat, oder nicht. Im ersten Fall mag er gerichtlich, oder ausergerichtlich interpellirt haben, so laufen die Zinnsen a momento interpellationis an; im zweyten Fall ist er auch nicht befugt die Zinnsen und Früchte zu praetendiren. Ratio: weil der Erbe so lange bonae fidei possessor bleibt, als der Legatarius sein Legat nicht verlangt.

§. 1527. Ein Legatarius ist nur singularis successor. Er zahlt also keine Schulden des Defuncti und praestirt keine facta obligatoria testatoris. Hellfeld fügt hinzu: licet l. maxime debita intuitu rei legatae sint nata. Es werden hier unterschieden impensae factae, contractae et deceretae. Was

1) die

1) die impensas factas — den auf die rem legatam wirklich gemachten Aufwand betrift, so ist es unbezweifelt, daß ihn der Erbe praestiren muß: z. E. die Reparatur des Hauses.
2) Impensae contractae — dies ist derjenige Aufwand, den der Testirer noch nicht gemacht, aber in Ansehung dessen er doch schon contrahirt hat: z. E. er hat mit den Baulenten accordirt. Diesen muß der Erbe wieder bezahlen.
3) Impensae decretae — derjenige Aufwand, welcher noch nicht gemacht ist, über welchen auch der Testirer noch nicht contrahirt hat, den er aber zu machen fest entschlossen war. Diesen praestirt der Erbe nicht. Conf. Leyser spec. 379. med. 3.

Wenn verpfändete Sachen legirt worden, so kann man nicht indistincte behaupten, daß sie der Erbe einlösen müsse, sondern es kommt darauf an, ob es der Testirer gewust hat, daß die res legata verpfändet sey, oder nicht. Im erstern Fall muß sie der Erbe allerdings einlösen, denn das Legat ist ein merum lucrum; im letztern Fall aber, wenn z. E. die Sache durch des Testirers Frau heimlich verpfändet worden wäre, lößt sie der Erbe nicht ein; denn er kann nicht mehr onerirt werden, als der Testirer es gewollt hat.

Nur entsteht dabei die Frage: wer in dubio beweisen muß: an sciverit testator nec ne? Rsp. Der Legatarius, denn es ist von seinem Nutzen die Rede.

Die Creditores sind befugt, gegen die Legatarios zu klagen, ja sogar der Heres selbst kann klagen, daß die Legatarii die Legata wieder zurückzahlen sollen, wenn nämlich wegen der Schulden des Testatoris keine Legata bezahlt werden können.

§. 1528. Actiones intuitu legatorum sunt:
1) actio personalis ex testamento,
2) rei vindicatio,
3) actio hypothecaria.

Gebrauch: die res legata ist
I. entweder eine Species, und diese ist
A) entweder beim Erben — h. c. locum habet actio personalis ex testamento;
B) oder sie ist bei einem tertio befindlich — h. c. locum habet rei vindicatio,

II. Oder

II. Oder ein genus s. quantitas. Der Erbe ist h. c.

A) l. solvendo; hier steht der actioni hypothecariae die exceptio excussionis entgegen — also muß blos actio ex testamento personalis angestellt werden.

B) l. non solvendo; hier findet die actio hypothecaria statt, denn der Legatarius hat ein pignus tacitum auf sein Legat.

§. 1529. De fideicommissis. Fideicommissum sumitur l. obiective l. formaliter.

1) Obiective fideicommissum (ein Fideicommiss-Guth) est res, quae sub onere restitutionis nobis relicta est.

2) Formaliter — est ultima voluntas, qua testator ei, quem honoravit, restitutionem rei cuiusdam alteri faciendam committit. H. c. ist es eine fideicommissarische Disposition.

Ein Fideicommiss betrift entweder hereditatem s. partem hereditatis quotam, oder speciem, genus l. quantitatem: z. E. ein Haus, ein Praedium, 100 fl. Im erstern Fall haben wir ein fideicommissum universale, wovon Lib. XXXVI. Tit. I. gehandelt wird; im letztern ein fideicommissum particulare et singulare.

Ein fideicommissum universale kann auch in parte hereditatis quota bestehen. Pars quota ist ein solcher Theil, der lediglich durch eine Beziehung auf das Ganze bestimmt ist: z. E. Benedict soll mein Erbe seyn, aber dem Lederer soll er die Hälfte, $\frac{1}{3}$ oder $\frac{1}{4}$ als ein Fideicommiss restituiren.

Die fideicommissa particularia s. singularia waren iure antiquo von den Legatis sehr unterschieden. Ja die Legata selbst waren in Absicht auf die Form unterschieden. Iure novo ist aber aller Unterschied aufgehoben und nach dem L. 1. et 2. C. comm. de legat. et F. C. sollen die Legata und Fideicommissa einerley Rechte haben.

Sie sind also hodie blos noch in den Worten verschieden. Das Legat wird verbis directis, das Fideicommiss aber verbis obliquis s. indirectis hinterlassen. Alle Worte aber, die eine Restitution involviren, sind verba obliqua et indirecta.

Sind aber in einem Testament die Legata revocirt, so folgt daraus noch nicht, daß auch die Fideicommissa revocirt seyn müssen.

LIB. XXXIII. TIT. I.

De annuis legatis et fideicommissis.

§. 1530. Legatum annuum besteht in gewissen Emolumentis, welche nach der Verordnung des Testatoris einem jährlich abgereicht werden sollen: z. E. ein Stipendium. Es heist: menstruum, wenn die Abreichung monatlich geschieht.

Diese Legata sind:

1) entweder von der Beschaffenheit, daß sie mit dem Tode des Legatarii erlöschen; h. e, heißen sie temporalia;
2) Oder von der Beschaffenheit, daß sie nicht erlöschen sollen, hier heissen sie, legata perpetua. Diese können auch einem Collegio oder einem Officio und Dignitati vermacht werden. Es ist aber unterschieden von dem Legato, wo einem ein gewisses Quantum, das auf gewisse Termine abgezahlt werden soll, legirt worden: z. E. Ich legire Caio 1000 fl. aber damit es dem Erben nicht zu schwer fällt, soll er jährlich 200 abtragen. Dies absorbirt sich in fünf Jahren; Jenes das Annuum aber absorbirt sich nicht.

§. 1531. Ein wichtiger §. Qu. Ob und in wie ferne die annua legata der Verjährung unterworfen sind? Hellfeld distinguirt inter legatum temporale et perpetuum.

1) Jenes, das legatum temporale — sagt er — sey als ein conditionatum zu betrachten, denn es verstünde sich immer tacite sub hac conditione: wenn er das Jahr erleben wird, soll er die ihm ausgesetzten Emolumenta bekommen. Daraus folgt: singulis annis entsteht novum legatum. Daraus folgt: so wird auch dies Legat nicht durch eine Verjährung praescribirt, sondern jedes novum debitum hat seine eigene Praescription: z. E. das vom Jahr 1758 ist jetzt erloschen; aber das von 1759 und 60 noch nicht. Dies könnte ich ao. 1789 noch verlangen.
2) Dieses — das perpetuum — sey nicht als ein conditionatum zu betrachten, mithin sey es una praescriptione exstinctum. Allein das nämliche, was im vorstehenden Fall docirt worden, gilt auch hier.

Ratio:

Ratio: quia singulis annis nova nascitur actio; actio nondum nata autem praescribi haud potest. Und selbst die Leges distinguiren nicht. Conferatur v. Pufendorf. Tom. I. obs. 75 et 116. Hertius de praescriptione iurium per temporum intervalla renascentium.

§. 1532. Hat zwey Punkte:

1) Die Frage: Wie viel der Legatarius als annuum legatum praetendiren könne? Rsp. Wenn der Testator ein Quantum bestimmt hat, so bleibts dabei; hat er aber nichts bestimmt, so distinguire; man weiß:
   a) entweder wie viel der Testator bei Lebzeiten in einem solchen Fall zu geben gewohnt war; Hier wird das Quantum nach der Gewohnheit des Testatoris bestimmt.
   b) Oder man weiß es nicht; hier muß der Iudex das Quantum arbitriren:
      α) nach den Vermögensumständen des Testatoris,
      β) nach der Zuneigung zum Legatario und
      γ) nach dem Stand desselben.
2) Die Frage: Quo loco ein solcher Legatarius sein annuum legatum fordern könne? Rsp. Wenn nichts bestimmt ist, wo er will: z. E. er ist ein Student, so wählt er sich eine Universität nach Willkühr, und der Heres muß ihm sein legatum annuum, i. e. Stipendium hinschicken.

LIB. XXXIII. TIT. II.

De usu et usufructu et reditu et habitatione et operis per legatum vel fideicommissum datis.

§. 1533. Res corporales sowohl als incorporales sind ein Gegenstand der Legatorum; Also auch Servitutes und zwar sowohl personales als reales. Servitutes personales sind 4 und die vorzüglichste ist:

1) Ususfructus, quo alicui ius utendi fruendi re aliena relinquitur. Dies kommt sehr oft vor, und wird am gewöhnlichsten den Wittwen ausgesetzt. Dies Legat giebt dem Legatario keine Proprietaet, sondern nur ius utendi fruen-

fruendique; mithin darf ers nicht veräußern und wenn er auch den usumfructum omnium bonorum hätte. Es müßte denn seyn,

a) daß solches der Testator dem Legatario ausdrücklich erlaubt hätte; (ein solches Legat aber ist in der That kein legatum usufructus, denn der Mens erstreckt sich doch weiter, als der Usufructus).

2) Oder daß dem Legatario eine res fungibilis legirt worden wäre; denn da wird er Dominus von der Specie.

§ 1534. Wenn sich das legatum usufructus auf alle Güter erstreckt, so entsteht die Frage: Wer soll die Schulden bezahlen? Der Legatarius ist nicht verbunden, und beim Erben ists unbillig, wenn mans ihm zumuthet. Man machts daher so: man veräußert so viel von der Erbschaftsmasse, als zur Bezahlung der Schulden erforderlich ist und vom Residuo bekommt dann der Legatarius den usumfructum. Bona enim non intelliguntur, nisi deducto aere alieno. Er bekommt also doch den usumfructum omnium bonorum.

Wenn sich aber das legatum usufructus auf res singulares erstreckt, so sind zwey Punkte zu merken.

Der erste Punkt betrift die Frage: wie ist es da, wenn dem einen Legatario der Fundus, dem andern die Nuzung davon legirt worden? Rsp. distinguendo: der Testirer hat:

a) entweder dem Legatario den Fundum detracto usufructu legirt; hier bekommt auch der legatarius fundi nichts von der Nutzung, sondern lediglich der andere;

b) Oder das ist nicht; h. c. sollen beide Legatarii beim Usufructu concurriren und ihn miteinander haben. Ratio est L. 57. de verbor. oblig. wo es heist: *fundus etiam continet usumfructum.* Die Legata wurden bei den Römern verbis directis et solennibus verordnet. Verba solennia wurden stricte interpretirt; so auch hier. Doch hodie, da die Formalitäten cessiren, findet auch dies nicht mehr statt.

Der zweyte Punkt ist der: in usufructu unius eiusdemque rei pluribus legato ius accrescendi locum habet. Dies ist ein singulärer Fall, weil es an den Collegatarium und nicht an den Proprietarium fällt. Im §. heist es: und dies nicht nur in dem Fall, wo der Collegatarius sei-

nen Theil nicht acceptirt hat, sondern auch *post realem concursum s. concurrentiam.*

Realis concurrentia heist: wenn beide den Usumfructum acceptirt haben. Dann sind sie Cousufructuarii. Wenn nun aber einer stirbt? Ist portio vacans da? Rsp. Nein! Nun sollte hier die Hälfte des Ususfructus auf den Erben zurückfallen und mit der Proprietät des Fundi consolidirt werden; aber es geschieht nicht wie aus den Gesetzen erhellen wird. Der L. 1. §. 1. de usufructu enthält einen analogischen Fall. Der eigentliche Lex aber ist der L. 3. §. 2. de usufruct. accresc. *Nam si duobus ususfructus concedatur etiam post realem concurrentiam non amittitur.* Was ist denn aber die Ursache, daß das ius accrescendi in h. c. noch statt findet? Rsp. Der Grund liegt in der natura individuitatis. Servitutes sunt individuae. —

Von dem legato ususfructus differirt das legatum reditus. *Reditus* bedeutet praestationes fructuum, quae fieri debent ab herede. Durch dies Legat bekommt der Legatarius weder Eigenthum noch Besitz, sondern lediglich das ius exigendi reditum.

LIB. XXXIII. TIT. III.

§. 1535. Es können nicht nur servitutes personales, sondern auch reales vermacht werden. Weil denn nun aber bei einer servitute reali ein Praedium ex praedio alieno utilitatem percipirt, so ist daraus zu schliessen:

1) Daß mehrere Besitzer des praedii servientis zur praestatione servitutis in solidum verbunden sind.
2) Daß die praedia *vicina* seyn müssen. Vicinitas praedii ist da, wenn möglich ist, daß ein Praedium von dem andern Nutzen ziehen kann. Es kann also auch eine Stunde entfernt seyn.
3) Daß ein solches Legat, weil es nicht der Person, sondern der Sache inhaerirt, mit dem Tod des Legatarii nicht exspirirt,

4) Daß

4) Daß mehrere Besitzer des praedii dominantis das Dienstrecht in solidum zu exerciren befugt sind.

Anmerkung: Nach deutschen Rechten kann auch eine Servitus in faciendo consistens legirt werden.

LIB. XXXIII. TIT. IV.

De dote praelegata.

§. 1536. Die Ueberschrift sollte besser heissen: de dote relegata. Denn:

1) Legata dos setzt keine Verbindung des Testires und Legatarii voraus.
2) Dos relegata ist, wenn ich meiner Ehefrau ihren eingebrachten Dotem wieder zurück legire.
3) Dos praelegata s. praelegatum dotis ist, wenn einem Coheredi eine Quantitas zum Dote praelegirt worden.

Da nun von dem letztern Fall im gegenwärtigen Titel gar nicht die Rede ist, so ist ersichtlich, daß obige Bemerkung gegründet ist.

Das relegatum dotis hat folgende Vortheile:

a) Daß die Frau ihren eingebrachten Dotem nicht beweisen darf, vorausgesetzt, daß der Mann den Dotem im Testament bestimmt hat. Ja, quod maxime notandum: sie kann ihn fordern und wenn auch der Erbe beweisen könnte, daß sie ihrem Manne nichts zugebracht hat. Ratio: Falsa demonstratio non nocet legato. Doch aber versteht sich dies: es muß ein solches Vermächtnis nicht zum Präjudiz der Creditorum gereichen, sonst muß sie beweißen.
b) Wenn der Dos in Mobilibus besteht, so kann sie ihn gleich zurückfordern, ohne ein Jahr zu warten. Sonst kann sie vor dem Ende des Jahrs keine Zinnsen, obgleich Alimentationem fordern. In diesem Fall aber verlangt sie gleich die restitutionem dotis.
c) Impensae voluptuariae et utiles etc. censeantur remissae. Ausgenommen sind die impensae necessariae.
d) Excludirt es auch die pacta dotalia damnosa, wenn welche vorhanden sind. Daß übrigens das relegatum dotis mit einem Fideicommisso beschwert werden kann, ist leicht einzusehen.

§. 1537. Qu. Ob das legatum dotis ein legatum conditionatum sey oder nicht? — Hellfeld nimmt an, es sey ein conditionatum. Koch sagt: es kann zwar ein legatum conditionatum seyn, aber in der Regel ist es keines, sondern ein legatum sub modo. Denn wäre es conditionatum, so wäre es conditio intrinseca, diese macht aber das Legat nicht zum Conditionato. Dies ist auch deutlich ex legibus. Conferatur L. 71. §. 3. de conditionibus et demonstrat. Nettelbladt de legato dotis constituente. Hal. 1769. Also ists ein legatum sub modo. Der Legatarius bekommts also gleich, nur muß er cautionem de modo (impiendo) stellen.

Ausnahme ists auch: wenn der Vater seiner Tochter, damit sie den übrigen schon ausgestatteten Töchtern gleich werde, einen Dotem legirt, oder ein legatum purum in einen dotem sub modo verwandelt hat.

Ein legatum dotis gilt auch, wenn gleich keine Quantitas bestimmt worden, welches ein besonderer Faveur ist. Der Richter muß in solchen Fällen das Quantum bestimmen.

LIB. XXXIII. TIT. V.

De optione l. electione legata.

§. 1538. Es kann auch ein Genus legirt werden. Das Genus aber wird bald als ein genus summum legirt, bald nicht. Genus summum s. logicum ist nach der Juristischen Bedeutung dasjenige, welches so wenig bestimmt ist, daß auch unnütze Dinge darunter begriffen seyn können. H. c. gilt das Legat nichts, quia derisorium fieri potest. Wenn nun aber nicht summum genus legirt worden, so ist zu distinguiren: Die res legati generis existirt entweder in der Erbschaft, oder nicht. Von letzterm Fall ist h. l. die Rede. Distingue: Die legirte Sache hat:

a) entweder in der Natur ihre gewisse Bestimmung: z. E. ein Pferd, eine Uhr ꝛc. Da gilt das Legat, der Erbe muß eine solche Sache kaufen und sie dem Legatario praestiren.

b) Oder

b) Oder sie hat sie nicht, sondern muß erst ihre Bestimmung von menschlicher Willkühr bekommen. Da gilt das Legat nicht ob inextricabilem difficultatem: z. E. ich vermache Dir einen Platz — ein Haus.

§. 1539. Hier haben wir den Fall, wenn die Sache unter der Erbschaft begriffen ist. H. c. existirt:

a) entweder nur eine res legati generis; da bekommt sie der Legatarius.

b) Oder es sind mehrere huius generis da. Hier hat der Testirer dem Legatario die Wahl:

α) entweder ausdrücklich zugestanden: z. E. Freund Reredel soll sich aus meinem Equitio ein Pferd wählen, welches er will — dies ist ein legatum optionis s. electionis und hat die Wirkung, daß der Legatarius caput optimum wählen kann.

β) Oder er hat dem Legatario die Wahl nicht expresse zugestanden. Hier sind noch zwey Fälle möglich. Der Testirer hat die Wahl:

αα) entweder einem Tertio committirt; so muß der Legatarius mit der Wahl des Tertii zufrieden seyn. Wenn aber der Tertius nicht wählen will, so wählt der Legatar, muß sich aber mit einem Stück der mittlern Gattung begnügen.

ββ) Oder auch dies ist nicht; h. c. sagt Hellfeld — dependire die Wahl vom Erben; jedoch dürfe er ihm nicht das schlechteste geben. Sed conferatur §. 22. Inst. de legatis. Daraus ist klar, daß der Legatarius wählt. Der Wille des Testatoris ist aber daraus zu erkennen, an wen er seine Rede gerichtet hat: heist es, z. E. *heres det equum*; da wählt der Erbe; heist es aber *Legatarius habeto* — da wählt der Legatarius.

Hier haben wir aber noch eine streitige Gesetzstelle. Dies ist der L. 71. pr. de legatis 1. Hier heist es: daß die Erben gezwungen seyn sollen, dem Legatario ein Haus zu geben, welches er will, *quam vellet*. Einige wollen aber lesen: *quam volent*, und ziehen es auf Heredes. Allein diese Lesart ist: 1) vitiös, denn im Florentischen Text steht *vellet*, nach welcher Lesart, wir uns in dubio richten müssen.

2) Ist sie widersinnig; denn wo ist ein Menschenverstand, cogentur dare heredes anzunehmen und hintendrein zu sagen: quam volent. Der Legatar darf also wählen, aber mit der Restriction: nicht das Beste. Conferatur quoque L. 37. pr. et §. 1. de legatis. Da heist es: nec optimum nec pessimum; Also doch gleich nach dem Besten das nächste darf er wählen.

§. 1540. Regula: Ius ad finem dat ius ad media. Die Media sind, daß der Legatarius praetendiren kann, daß ihm der Erbe alle Stücke vorzeige, damit er sich das Beste auslesen könne. Wo das nicht geschieht, da behält der Legatarius sein ius electionis in salvo. Außerdem aber darf der Legatarius nicht variren, was er gewählt hat, muß er behalten, jedoch Gewährsleistung kann er praetendiren.

§. 1541. Vom legato generis differirt:
1) Das legatum rei certae, quae per accidens fit incerta: z. E. Er legirt mir den Fundum Tusculanum, hat sich aber nicht besonnen, daß er zwey Fundos Tusculanos habe — da bekomme ich vom Erben den geringsten.
2) Das legatum generale wo etwas legirt wird, daß mehrere Sachen unter sich begreift: z. E. das Hausgeräthe, die Bibliothek.

LIB. XXXIII. TIT. VI.

De tritico, vino et oleo legato.

§. 1542. Von den rebus fungibilibus welche legirt werden können, sind hier dreyerley Gattungen angegeben, nämlich triticum, vinum und oleum.

Dergleichen res fungibiles werden bald generaliter, bald addita quantitate et qualitate legirt.

1) Generaliter: z. E. dem Benigno legire ich Wein; hier bekommt Benignus den Vorrath Wein den der Testator hinterlassen. Wie aber? wenn er nichts hinterlassen? Rsp. So kann auch der Legatarius nichts fordern, quia derisorium fieri potest hoc legatum, der Erbe kann mir einen Fin-

Fingerhut voll geben, und sagen, er habe den voluntatem testatoris erfüllt.

2) Addita quantitate l. qualitate. Hier kann der Testirer,
a) beides in seinem letzten Willen ausgedrückt haben: z. E. vier Eimer Werthheimer Wein von 1775ger, oder 1783ger Jahrgang; da gehts nach des Testirers Bestimmung.
b) Oder nur eines von beiden und zwar:
α) entweder nur die Quantitaet; da dependirt die Qualitaet von der Generositaet des Erben;
β) Oder nur die Qualitaet: z. E. Johannisberger; Da gilt das Legat wieder nichts, quia derisorium fieri potest.

Nun haben wir noch drey Bemerkungen, nämlich:

A. Was unter dem Ausdruck: alten Wein zu verstehen sey?

Obs. Man sieht hieraus, wie angelegen sich die Gesetzgeber seyn ließen, zu bestimmen, was nur möglich ist, weil sie voraus sahen, wie toll sich die Menschen ausdrücken können. Dies sieht man hier recht deutlich aus dem schwankenden Ausdruck — alten Wein.

Die Antwort ist: Man weiß:
a) entweder, was der Testirer darunter zu verstehen gewohnt war: z. E. 48ger; gut, so muß man solchen darunter verstehen.
b) Oder man weiß das nicht; so soll man den vorjährigen darunter verstehen. Allein dies gilt blos secundum morem regionis.

B. Ob der Legatar die Vasa mit bekommen müsse? Rsp.

Die Vasa sind:
a) entweder vasa maiora (Lagerfässer) solche die, wenn sie angefüllt sind, sich von einem Ort zum andern nicht füglich transportiren lassen; diese kann der Legatar nicht verlangen.
b) Oder minora, die man leicht, wenn sie auch gefüllt sind, transportiren kann; diese bekommt der Legatar wie bei der emtione venditione.

C. Quid iuris, wenn ein legatum vini etc. fundo adiecto gemacht worden? Rsp. Der Fundus ist:
a) entweder taxationis causa adjicirt worden, i. e. limitationis causa, ita nimirum, ut si nihil in fundo nascatur,

tur, nihil quoque debeatur; h. c. versteht sich von selbst: der Legatar bekommt nichts, wenn auf diesem Fundo nichts wächst.

Merke: Es wird praesumirt, wenn der Fundus mit dem Legat in einer Proposition steht.

b) Oder demonstrationis causa, i. e. um die Gattung des Weins oder einer andern legirten verzehrlichen Sache zu beschreiben; h. c. bekommt der Legatar seinen Wein, es mag auf dem Fundo etwas wachsen oder nicht.

Merke: dieser Fall ist zu praesumiren, wenn der Fundus in einer vom Legat verschiedenen Proposition steht. Uebrigens gilt auch hier die Regel: falsa demonstratio non nocet.

LIB. XXXIII. TIT. VII.

De instructo l. instrumento legato.

§. 1543. Hier werden zweyer Legate gedacht.

1) Des legati *fundi instructi*.

Fundus instructus ist ein Fundus mit allen Sachen, welche der Testator zu seinem ordentlichen Gebrauch daselbst gehabt, es mögen diese Sachen auf kurze oder lange Zeit dahin gebracht worden seyn. Also nicht blos was zur Cultur des Fundi gehört, sondern alles andere dazu: z. E. die Gemälde im Vorzimmerchen, die Gartenbibliothek, kurz alles, was zum Vergnügen und zum Luxu gehört.

2) Des legati *fundi cum instrumento*.

Instrumentum bedeutet: alle Sachen, welche Früchte zu bauen, zu sammlen und aufzubewahren bei einem Gut bestimmt sind. Es sind unter diesem Legat auch Pecora mit begriffen, quatenus sine illis fructus recte percipi non possunt.

LIB

LIB. XXXIII. TIT. VIII.

De peculio legato.

§. 1544. Conferatur L. 1. et 2. D. h. t. Wenn ich einem einen Servum cum peculio legirte und der Servus starb, so bekam der Legatar auch das Peculium nicht, weil der Servus hier als das Principale angesehen wurde. Wenn aber der Servus allein, und das Peculium allein legirt war; so wurden sie als zwey Principalia angesehen, und der Tod des Servi machte also hierinn keine Aenderung. Bei uns hat der Titel fast gar keinen Nutzen mehr.

LIB. XXXIII. TIT. IX.

De penu legata.

§. 1545. Legatum penoris — Speisevorrath — erschöpft den Ausdruck nicht. Besser könnten wir sagen: aller Küchen- und Kellervorrath — es ist aber doch noch nicht mit Praecision gesprochen; denn die Römer verstanden darunter auch alles was zur Zubereitung und Aufbewahrung des Essen und Trinkens dient: z. E. Holz, Kohlen ꝛc.

In keiner einzigen lebendigen Sprache haben wir ein Wort, welches dies Wort ganz ausdrückte. Einige übersetzten es: ein Vorrath zu Speise und Trank — Leyser sagt: Hofspeisenvorrath — dies ist gar vox mente cassa. Das übrige im §. ist leicht.

LIB XXXIII. TIT. X.

De suppellectile legata.

§. 1546. Legatum suppellectilis begreift diejenigen Sachen, welche der Testator lediglich zur Bequemlichkeit in seiner Haushaltung ordentlich gebraucht hat. So — ist z. E. das, was man bei Gesellschaften auf dem Tisch des Zierraths

wegen setzt, darunter begriffen. Conferatur Leyser spec. 390. med. unica, und Hommels Pertinenz und Erbsonderungsregister, sub voce: Meubles. Dies französische Wort: Meubles, drückt das lateinische Suppellex noch eher aus, als unser deutscher: Hausvorrath, Hausgeräthe; jedoch nicht ganz, denn bei uns heissen gerade diejenigen Hausrathsstücke Meubles, die ad necessitatem gehören; bei den Römern hingegen sahe man dabei auf den luxum oeconomicum. Doch sagt man auch schöne Meubles, das kommt ihm am nächsten.

LIB. XXXIV. TIT. I.

De alimentis et cibariis legatis.

§. 1547. I. Legatum cibariorum — ist dasjenige Legat, welches auf das geht, was einer zum Essen und Trinken braucht.

II. Legatum alimentorum — nicht nur was man zum Essen und Trinken braucht, sondern auch alles, was man zum Unterhalt nöthig hat. Diese zwey Legata verhalten sich gegeneinander, wie das maius und minus.

Qu. 1) Ob sumtus disciplinae sub legato alimentorum begriffen sind. Rsp. In der Regel nicht — ex L. 6. et 7. D. h. t. quia disciplina animum instruendum, non corpus sustentandum tendit. Ausgenommen, wenn der Testator ohnehin den Legatarium hätte ernähren müssen.

Qu. 2) Ob die Beerdigungskosten mit unter dem legato alimentorum zu verstehen sind?

Rsp. In der Regel nicht; Ratio: weil Alimenta wegfallen, so bald der Alimentandus stirbt. Doch aber merke die Ausnahme: wenn der Testator bei Lebzeiten zur Beerdigung obligirt gewesen wäre.

Wenn nicht bestimmt ist, wie viel der Alimentandus bekommen soll, so muß es das arbitrium iudicis bestimmen. Der Iudex muß hier auf die Gewohnheit des Testatoris sehen. Wenn er aber keine solche Gewohnheit entdecken kann; so muß er nach dem Vermögen des Defuncti und dem Stande des Alimentandi arbitriren. Man sagt hier:

der

der Richter greift durch. Aber er darf dies ja nicht eher thun, als bis die Gesetze und Analogie ihn dazu autorisiren.

§. 1548. Iura singularia, die dabei statt finden:

1) Alimenta simpliciter legata, (i. e. welche der Testator sine restrictione temporis verliehen hat) verstehen sich, so lang ich lebe. Dies hat in dubio seine Richtigkeit; aber wenn ex testamento nur im geringsten etwas anders gefolgert werden kann, so gehen die Alimente nicht so weit.
2) Alimenta ad annos pubertatis legata verstehen sich usque ad plenam pubertatem — 18 und 14 Jahre.
3) Wenn sie adiecto fundo legirt werden, so ist der Fundus pro tacite oppignorato zu achten; also wenn ich meine Alimenten nicht bekomme, so hab ich eine Hypothek auf den Fundum; und fundus demonstrationis causa adiectus censetur. Also, wenn gleich nichts wächst, muß ich doch mein Legat bekommen.
4) Auch Incapaces können ein solches Legat bekommen: z. E. filii incestuosi.

Ratio: Weil dem Staat dadurch ein Vortheil zuwächst.

5) Wenn der Testator im allgemeinen seine Legata wiederruft, so wird das legatum alimentorum nicht mit darunter verstanden, wenn es nicht ausdrücklich wiederrufen worden.
6) Ueber die Alimenta kann nicht anders, als iudice auctore transigirt werden. Conf. L. 8. D. de transactionibus.

LIB. XXXIV. TIT. II.

De auro, argento, mundo, ornamentis unguentis, vestimentis et statuis legatis.

§. 1549. Aurum et argentum läßt sich auf dreyerley Art gedenken.

1) Als factum — das verarbeitete Gold und Silber.
2) Infectum — das noch unverarbeitete rohe Gold und Silber. NB. Es werden auch vasa fracta et collisa mit darunter verstanden, ex L. 27. D. h. t.

3) Sig-

3) Signatum — das geprägte oder gemünzte Gold und Silber, i. e. Geld.

Wenn nun der Testator einem Gold und Silber legirt, so wird in dubio factum et infectum darunter verstanden, und also nicht baares Geld.

1) bekommt er auch dasjenige Gold und Silber nicht, das unter einem andern Legat mit begriffen ist: z. E. die Gefäse unter dem legato suppellectilis.

2) Manchmal bekommt er es auch mit der Einschrenkung: Gold — ꝛc. also das Silber nicht, welches allemal restrictive zu erklären.

Conf. L. 2. D. de penu legata. Ist der Fall mit den Vasis eben der, wie vorhin cum penu. Legirt einer Schatz und altes Gold, und er hat vorher alles Gold und Silber und alle Pretiosa besonders legirt, und das baare Geld nicht; so versteht man baares Geld darunter und weiter nichts.

§. 1559. 1) Legatum mundi — das Vermächtnis des Nachttisches, der Toilette, kurz: alles dessen, was zur Reinlichkeit des Körpers angewendet wird, z. E. Spiegel, Schminke, Salben ꝛc. die dazu gehörigen Gefäse ꝛc. das Handbecken, die Frisirkämme ꝛc.

2) Legatum ornamentorum — das Vermächtnis des weiblichen Schmucks und Putzes, überhaupt, was zur Hauptbestimmung und der Zierde der Frauenspersonen gehört; also auch hodie Uhren, Halsschmuck, Ringe ꝛc.

3) Legatum unguentorum — begreift alle Salben und Oele in sich, deren sich der Testator zur Reinlichkeit oder der Gesundheit wegen bedient hat.

4) Legatum vestimentorum. Dies ist nicht zu verwechseln mit dem legato vestitus, welches so viel bedeutet, daß der Legatarius bekleidet werden soll; dahingegen ersteres den ganzen Kleidervorrath des Testatoris in sich schliest: z. E. alle Wäsche, Schuhe, Strümpfe, Hüte ꝛc.

LIB. XXXIV. TIT. III.

De liberatione legata.

§. 1551. Dieser §. redet von 3 Legaten, nämlich von dem legato debiti, nominis et liberationis.

1) Legatum debiti — si testator id legat, quod debet. Da ist er selbst Debitor.
2) Legatum nominis — si testator id legat, quod sibi debetur. Da ist er Creditor.
3) Legatum liberationis — si id legat, quod legatarius sibi debet.

§. 1552. Legatum debiti ist dasjenige, wo der Testator eine Schuld legirt, die er selbst dem Legatario schuldig war. Dieses Legat scheint völlig unnütz und vergeblich zu seyn. Allein es kann doch nützlich seyn, dummodo plus sit in legato quam in debito — wenn der Legatarius nur einigen grösern Vortheil hat, als er vorhin und ohne dies gehabt hätte.

Distinguendum est:

1) Ob der Testator das quantum debiti ausgedrückt hat; h. c. muß es der Legatarius bekommen, und wenn ihm der Testator auch nicht so viel schuldig gewesen wäre; Ratio: falsa demonstratio non nocet legato.
2) Oder ob dies nicht ist. H. c. kann der Legatarius nichts fordern, wenn er nicht das quantum debiti beweist.

Ferner hat das legatum debiti den Vortheil: ut dies et conditio remissa censeatur.

Ferner den Vortheil, daß auch die Exceptiones wegfallen, die gegen das Debitum hätten vorgeschützt werden können.

Ferner, wenn das debitum chirographarium ist, so bekommt der Legatarius tacite durch das Legat eine Hypothec. —

§. 1553. 1) Legatum debiti in dubio non praesumitur; Ratio: Vermächtnisse sollen eine liberalitas defuncti seyn; vermacht er eine Schuld, so ist dies keine Freygebigkeit; ergo etc.

2) Legirt

2) Legirt mir der Testator eben so viel, als er mir schuldig ist, ohne anzuzeigen, daß es statt der Schuld seyn soll; so kann ich beides fordern; ex eadem ratione. Z. E. 1000 fl. Schuld und 1000 fl. pro legato. Distinguunt tamen ICti ex Auth. unde praeterea C. unde vir et uxor: Was der Testator dem Legatario schuldig war, ist

a) entweder debitum necessarium, i. e. quod ex lege debetur; z. E. donatio propter nuptias, dos etc. hier wird das Debitum praesumirt, wenns in gleicher Summe steht mit dem Legato;

2) oder debitum voluntarium, quod ex pacto debetur; z. E. ein Anlehen; hier bleibts bei der vorigen Regel: non praesumitur.

§. 1554. Legatum liberationis, wenn der Testator dem Legatar seine Schuld als ein Legat vermacht. Wenn dies expresse geschieht, so bedarf die Sache keiner weitern Erklärung; geschieht es tacite, z. E. er legirt ihm seine Handschrift; so ist wieder kein Bedenken dabei. Aber NB. keineswegs ist es eine remissio debiti, wenn das Pfand des Schuldners dem Schuldner legirt wird; Ratio: denn es läst sich auch eine Schuld ohne Pfand gedenken. Ein Debitum kann in totum und in tantum legirt werden. In tantum, z. E. ratione temporis; dies heist dann legatio induciarum ex L. 28. §. 8. h. t. Z. E. In 20 Jahren soll mein Erbe von Dir weder Capital, noch Zinnsen fordern. Oder auch ratione personae, z. E. So lange Du lebst, soll mein Erbe nichts von Deinem Bruder fordern.

Legatum nominis. Davon sagt Hellfeld, daß es der Heres dem Legatario cediren müsse. Diese Cessio ist jedoch nach dem iure novo — L. 18. C. de legatis — nicht mehr nöthig; der Legatarius soll die actionem utilem anstellen können, etiam si cessio non sit facta. Doch wenn es der Legatarius verlangt, muß es der Heres cediren und ihm die Documenta ediren.

Qu. Wenn einem eine Schuld legirt worden, die er nicht schuldig ist? wie da? — Rsp. Einige sagen: der Erbe muß die Schuld als ein Legat praestiren, ex ratione: falsa demonstratio non nocet legato. Allein diese Meynung ist irrig:

1) weil

1) weil es gar die Intention nicht ist, daß der Legatarius Geld bekommen soll.
2) Der L. 75. §. 1. de legatis in Imo und L. 25. D. h. t. ist nicht mit dieser Meynung zu vereinigen. Und es ist ja überhaupt kein Nexus da, der aufgehoben werden soll. Ist die Schuld erdichtet, so ist das Legat null. Die Exceptio: falsa demonstratio non nocet — gilt hier nicht.

LIB. XXXIV. TIT. IV.

De adimendis l. transferendis legatis.

§. 1555. Vermächtnisse können wegfallen, weil entweder der Testirer nicht gewollt hat, daß sie bestehen sollen, oder auch citra voluntatem testatoris. Von letztern wird im folgenden Titel gehandelt; h. c. also von dem Fall, der in dem Willen des Testirers seinen Grund hat. Ein Vermächtnis fällt weg,
1) weil es der Testirer wiederrufen hat — dies heist ademtio legati; oder
2) weil er es in ein anderes verwandelt hat — translatio legati.

Beide actus sind darinn unterschieden, daß bei der Ademtione nur eine einfache, hingegen bei der Translatione eine gedoppelte Handlung zu Grunde liegt; denn ein Legat wird aufgehoben und ein neues an dessen Stelle gesetzt.

§. 1556. Ademtio legatorum wird in 2 Species eingetheilt. Sie geschieht nämlich:
1) entweder ipso iure, i. e. wenn der Testirer seinen Willen ein Vermächtnis zu wiederrufen declarirt hat und zwar:
   a) *aut verbis*, diese heist ademtio expressa. Die Rechtslehrer glauben, daß diese Ademtio eben die Solennien erfordere, als die constitutio legati, quia nihil tam naturale, quam unumquodque eodem modo dissolvi, quo colligatum est; allein dies ist nicht nöthig, denn in der Aufhebung des Legats selbst liegt schon eine consti-

constitutio negativa. Nuda voluntas erfordert nur 2 Zeugen probationis causa und nicht 5; allein rathsam ist es dennoch, eben dieser Streitigkeit wegen, daß man das Legat lieber coram 5 testibus wiederruft. Conf. v. Pufendorf Tom. II. Obs. 116. et Crell quomodo legatum nuda voluntate adimatur.

b) *aut factis* — diese heist ademtio tacita. Dahin gehören folgende Fälle:

α) Wenn der Testirer nomen legatum bei seinen Lebzeiten beitreibt, oder dem Schuldner erläßt.

β) Wenn er die rem legatam einem Tertio schenkt.

γ) Wenn er sie ohne Noth veräusert.

δ) Wenn er die Form dergestalt verändert, daß pristina forma nicht mehr hergestellt werden kann: z. E. Korn in Brandewein. Res ita mutata habenda est pro extincta.

ε) Wenn er es durchstrichen hat.

2) Oder sie geschieht ope exceptionis. Dies ist der Fall, so oft klare Indicia des veränderten Willens eintreten, z. E. wenn Todfeindschaften zwischen dem Testatore und Legatario entstanden wären.

§. 1557. *Translatio legati* — est modus, quo legatum adimitur et in eius locum aliud substituitur. Hier ist eine gedoppelte Handlung,

1) ademtio prioris legati — diese erfordert keine Solennien.

2) Novi legati constitutio — diese erfordert Solennien, und zwar eben die, die bei einem andern Legat statt finden. Translatio hat hier nur effectum ademtionis; non autem quoque effectum novi legati constituti.

Uebrigens kann die translatio legati triplici modo geschehen: z. E.

1) Mutata re legata. Nicht den fundum Tusculanum, sondern Cornelianum legire ich Dir.

2) Mutato subiecto. Hoc est:

a) l. subiectum a quo legatur; z. E. nicht der heres Imus, sondern der heres IIItius soll die legirten 1000 fl. auszahlen.

b) l. subiectum cui legatur; z. E. nicht meine Schwester, sondern mein Bruder.

3) Forma

3) Forma legati mutata. Z. E. purum in conditionatum et v. v.

Wenn der Testator ein Legat verwandeln will, so muß er seinen Willen declariren, daß er das erste Legat aufheben wolle; denn wo dies nicht ist, so bekommen beide Legatarii die Sache miteinander. Ich darf also nur im Codicill sagen: nicht Caius, sondern Paulus soll meine Bibliothek haben. Ratio: denn ademtio est facti.

LIB. XXXIV. TIT. V.

De rebus dubiis.

§. 1558. Legata und Fideicommissa können auch citra voluntatem testatoris wegfallen. Der Fälle sind vorzüglich fünf, sie sind folgende:

1) Wenn der Legatar bei Lebzeiten des Testirers stirbt.
2) Wenn das Legat sine facto heredis zu Grunde geht.
3) Wenn die Bedingung innerhalb der bestimmten Zeit nicht existent worden ist.
4) Wenn das ganze Testament hinfällig geworden ist. Alle diese vier Fälle sind schon da gewesen; aber nun kommt der erheblichste, nämlich:
5) Wenn nach fruchtloser Anwendung aller Regeln der Auslegungskunst, dennoch die Willenserklärung des Testirers nicht verstanden werden kann.

§. 1559. Die Regeln von der interpretatione ultimarum voluntatum betreffen theils den sensum litteralem, theils den mentem testatoris. Was

I. den sensum litteralem betrift, so hat man folgende Regeln:

1) der usus loquendi testatoris muß beabsichtigt werden. Dies ist ein sehr erheblicher Umstand, von dem oft alles abhängt. Z E. Caia besitzt 2 Häuser und sagt in ihrem Testament, Dir vermache ich mein Haus — ohne allen weiteren Zusatz. Der Erbe will mir nun das kleinste geben. Ich aber kann beweisen, daß sie nur das größere ein Haus zu nennen gewohnt war, das kleinere aber nie

anders als im diminutivo ihr Häuslein nannte; so muß ich das gröfere bekommen.

2) Ad mores regionis respiciendum est.

3) Ist eine Cautel: den Concipienten des Testaments zu vernehmen; denn der weiß manchmal am ersten Auskunft zu geben. Es versteht sich von selbsten, daß man auch seine Aussage der strengsten Prüfung unterwirft. Conf. Leyser spec. 397. med. 5.

II. In Ansehung des mentis testatoris sind folgende Regeln:

1) Ante omnia adfectio testatoris inspicienda est, atque ex ea dubium decidi oportet.

2) Si de hac non constat, testator exactam aequalitatem servare voluisse praesumitur.

3) Testator a iuris communis dispositione quantum fieri potest, recessisse minime praesumitur.

4) Interpretatio sic facienda, ut ne ultima voluntas pereat sive frustranea sit.

Wenn die Worte deutlich sind, aber der Wille des Testirers ein anderer ist, so fällt das Legat hin ex L. 4. D. de legatis 1. Da heist es: si testator in *fundi vocabulo* erraverit, debebit; si vero in *corpore*, non debebit, licet verba clara sint.

Doch in dubio muß man immer mehr darauf sehen, daß der Wille des Testirers aufrecht erhalten werde. Dies ist eine Hauptregel und muß immer beabsichtigt werden.

§. 1560. Es kann ein letzter Wille auch zweifelhaft werden, weil es ungewis ist, ob dem Legatario das Legat zugefallen sey, oder nicht. Dies kann seyn, wenn der Testator und Legatarius zu einer Zeit umkommen, z. E. im Schifbruch, im Krieg bei einem Treffen. Die Regel ist: die Erben des Legatarii, die den Anfall des Legats praetendiren, müssen beweisen, daß der Legatarius den Testatorem wenigstens um eine Minute überlebt habe. Affirmanti enim incumbit probatio. Ausgenommen, wenn Eltern und Kinder zu einer Zeit gestorben sind. Denn da haben wir eine gesetzliche Praesumtion. Wenn der Sohn in pubertate mit dem Vater stirbt, so wird praesumirt, daß er den Vater überlebt habe; war er aber impubes, so wird praesumirt, daß

daß der Vater den Sohn überlebt habe, weil ein Mann doch mehr ausstehen kann, als ein unmündiges Kind.

Allein es gilt da kein allgemeiner Schluß. Die Gesetze haben in Beispielen etwas bestimmen wollen, und revera nichts bestimmt. Der stärkste, gesundeste Mensch kann geschwinder weg seyn, als ein Valetudinarius: z. E. im Rauch und Dampf erstickt ersterer geschwinder als der Schwächliche. Das erste ist doch allemal, daß wir die Natur der Sache und der Gefahr untersuchen, in welcher die Menschen umgekommen sind, dann sehen wir auf das physische Alter und endlich erwägen wir Valetudinem — die Schwachheit der Natur. Zuletzt heist es oft: neuter alterum supervixisse censendus est. Anders kann man die Sache nicht machen, besonders bei Erdbeben, Blitzen u. d. gl. mehr.

LIB. XXXIV. TIT. VI.

De his, quae poenae causa relinquuntur.

§. 1561. Legatum poenae nomine relictum (ein Strafvermächtnis) ist dasjenige, welches der Testator auf den Fall verordnet hat, wenn der Erbe eine ihm gegebene Vorschrift nicht beobachten wird. Z. E. Mein Erbe soll von der Caia ablassen, wo er das nicht thun wird, soll er der Kirche 1000 fl. pro legato auszahlen. Dies Legat kann in der ganzen Erbschaft, es kann auch in einer einzelnen Sache bestehen, und zwar ob levissimum peccatum kanns auferlegt werden; Ratio: quilibet heredi suo legem dicere potest.

Doch hat das Strafvermächtnis keinen Effect:

1) wenn das schon erfüllt ist, was vorgeschrieben worden.
2) Wenn die Vorschrift dem Erben unmöglich ist, der Testirer sagte: Caias soll 100 fl. pro legato haben, wenn er hinführo gerade gehen wird, und er ist lahm. Impossibilia enim ultimis voluntatibus adiecta habentur pro non scriptis.
3) Wenn es in fraudem legitimae verordnet ist; denn da kann das Legat wieder keinen Effect haben.

LIB. XXXIV. TIT. VII.

De regula Catoniana.

§. 1563. Die Römer verlangten unter andern bei Errichtung eines Testaments auch continuitatem actus zu seiner Gültigkeit. Dies und alle übrige Requisita musten gleich Anfangs da seyn. Wenn nun irgend ein Requisitum fehlte, so war das Testament ungültig und wurde nicht gültig, ob gleich in der Folge dem Mangel abgeholfen wurde, nach der von M. Porcius Cato erfundenen Rechtsregel: quicquid ab initio non valet id etiam ex post facto non convalescit welche man nach des Erfinders Namen gerade zu die catonianische Regel nennt. Sie gilt bei Vermächtnissen sowohl, als Erbeinsetzungen, wenn sie anders unbedingt sind. Denn bei Erbschaften oder Vermächtnissen, bei welchen conditiones sub die zu Grunde liegen, hat sie, wie man leicht einsieht, keine Anwendung. Conf. Strauch de regula Catoniana.

LIB. XXXIV. TIT. VIII.

De his, quae pro non scriptis habentur.

§. 1564. Legata, quae pro non scriptis habentur — sunt quaecunque l. ob legatarii personam l. ob modum legandi exitum habere non possunt. Die Folge ist diese: sie bleiben

1) entweder in der Erbschaft — das ist der Fall, wenn kein Collegatarius vorhanden ist;
2) oder sie accrescîren den Collegatariis, wenn welche vorhanden sind.

Iure antiquo fuerunt caduca haec legata, ideoque diversa ab iis, quae pro non scriptis habentur. Caduca fielen dem Fisco zu. Iustinian änderte aber dies nach dem L. unica l. in not. alleg. und verordnete, daß sie in der Erbschaft bleiben sollten.

Beispiele sind:

1) Wenn der Legatarius sich oder einem der unter seiner Gewalt stund, ein solches Legat beischrieb. Es wäre denn

denn, daß der Testator am Rande eigenhändig beigeschrieben hätte: dictavi s. recognovi und seinen Namen darunter setzte. Dies ist der beste Beweis; doch kann auch, wenn der Beweis fehlt, durch 2 Zeugen bewiesen werden.

2) Die nicht verstanden werden können. Cautel: man höre den Concipienten ab und lasse sich die Sache erklären.

3) Diejenigen, die einer unfähigen Person öffentlich ausgesetzt worden. Z. E. dem filio incestuoso. Palam ist wohl zu merken; denn wenn es heimlich geschieht durch ein tacitum fideicommissum, so ists ereptitium, de quo sequenti titulo.

4) Quae legatario ante testatorem mortuo vel ob conditionis defectum non sunt delata.

5) Turpia legata, die nur in der Absicht vermacht worden, um den Legatarium zu beschimpfen.

LIB. XXXIV. TIT. IX.

De his, quae ut indignis auferuntur.

§. 1565. Ein Honoratus wird desjenigen, was ihm im Testament ausgesetzt worden, für unwürdig geachtet, wenn er ein solches Vergehen zu Schulden kommen lassen, worauf die Gesetze den Verlust eines solchen Emolumenti zur Strafe bestimmen. Sie fallen dem Fisco nicht indistincte zu. Fallen sie dem Fisco zu, so heisen sie legata ereptitia (davon im folgenden §pho;) bleiben sie aber in der Erbschaft, so werden sie zu den non scriptis gerechnet (wovon §. 1567. die Fälle vorkommen.)

§. 1566. Ereptitia legata. Hiezu gehören die Emolumenta, wozu

1) ein mit dem Testator begangenes Verbrechen Anlaß gegeben: z. E. adulterium, stuprum etc. Wenn aber das Verbrechen nicht dazu Anlaß gab, so macht es das Delictum allein nicht aus. Conf. Leyser spec. 397. med. 10.

2) Die Erbschaft derjenigen, die den Tod des Defuncti zu rächen unterlassen haben. Dies findet zwar hodie nicht mehr statt; doch verlangen die Practici, daß in solchen Fällen der Heres denunciren müsse, wenn er Wissenschaft davon hatte.
3) Wenn der heres ab intestato den Testatorem verhindert oder verbothen hat, ein Testament zu machen. Es ist gleich viel, ob er ihn verhindert oder gezwungen hat.
4) Die Emolumenta derer, die das Testament als falsch angefochten haben; adde: nicht aber, wenn sie ob defectum solennium angefochten worden. Conf. L. 24. D. h. t.
5) Die Emolumenta derer, die sich heimlich durch ein tacitum fideicommissum anheischig machen, einer unfähigen Person etwas zu restituiren.
6) Die Emolumenta derer, die dem testatori controversiam status movirt haben: z. E. wenn einer die querelam inofficiosi mit Ungrund anstellt; denn da behauptet er: der Testator sey nicht sanae mentis gewesen.

§. 1567. Fälle, wo die Emolumenta pro non scriptis gehalten werden:
1) Wenn ein Honoratus den Testatorem getödet hat oder töden lassen.
2) Wenn er durch Nachläßigkeit des Testatoris Tod befördert hat.
3) Wenn er den Testatorem geschimpft,
4) — das Testament verheimlichet hat.
5) Wenn er tödliche Feindschaft blicken lassen.
6) Wenn diejenigen, die zu Vormündern bestimmt sind, die Vormundschaft ausschlagen.

§. 1568. Enthält drey Propositiones.
1) Die Frage: ob die emolumenta ereptitia hodie noch in usu sind? Rsp. Einige z. E. Carpzov in praxi criminali quaest. 135. n. 9. und Menken in D. h. t. §. 1. läugnen es; Ratio: die Strafe der Confiscation wäre hodie eingeschränkt, so, daß sie nicht mehr, als nur bei dem crimine perduellionis et fractae pacis Westphalicae statt fände.

Allein der Grund past nicht hieher; denn die Confiscatio bonorum iam acquisitorum muß nicht damit verwechselt werden, wenn einer für unfähig erklärt wird, etwas zu acqui-

acquiriren. Es sind zwey verschiedene Dinge, und nur vom letztern ist h. l. die Rede.

2) Wenn der Fiscus ein emolumentum ereptitium acquiriren will, so muß ordnungsmäßig dabei verfahren werden. Der Fiscal muß eine Klage anstellen, *causae cognitio instituenda et reus per sententiam iudicis pro indigno censendus et iudicandus est.* Ex L. 10. D. de iure fisci; soll in dubio wider den Fiscum gesprochen werden. Denn der Fiscus hat keinen Faveur, wenn die Rede ist de acquirendis rebus aliorum, wohl aber wenn die Rede de conservandis bonis.

3) Derjenige, der ein emolumentum ereptitium acquirirt, tritt an die Stelle dessen, der pro indigno gehalten wird, mithin muß er auch die Onera desselben übernehmen.

LIB. XXXV. TIT. I.

De conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur.

§. 1569. Es war in den L. XII. Tabul. verordnet: paterfamilias uti legassit, ita ius esto. Dies zeigte liberrimam disponendi facultatem an, nicht nur in Ansehung der Frage ob? — sondern auch der Frage: wie er legiren will? Er kann also legiren:

1 pure et conditionate;

2) sub *demonstratione, causa* et *modo*. Und von diesen dreyen letztern Fällen handelt der gegenwärtige Titel.

§. 1570. I. Legatum sub demonstratione — est legatum, cui addita est demonstratio. Demonstratio est descriptio legati s. rei legatae: z. E. mein Haus an der Hauptwache, hinten und vorne mit einem ziemlich lebhaften Ausgang versehen, legire ich dem Sempronio. — Der Zweck ist, daß man von dem Willen des Testatoris desto mehr versichert werde. Ist man ohnehin davon versichert, so kommt auf die Beschreibung nichts an; falsa enim demonstratione legatum haud perimitur, ex §. 30

I. de legatis. Jedoch findet man in den Gesetzen Ausnahmen, und zwar viele Beispiele, die man aber alle auf zwey Puncte reduciren kann.

1) Wenn eine Beschreibung so dunkel ist, daß man nicht weiß, was der Testator damit haben will. Z. E. Ich legire Dir mein Haus, das nicht eckigt und nicht rund, nicht hoch und nicht niedrig ist.

2) Wenn klar ist, daß der Testator nicht legirt haben würde, wenn er falsitatem causae gewust hätte: z. E. der Testator beschreibt im Testament seine Frau wie einen Engel, erhebt sie mehr als Lucretien, und giebt ihr deswegen ein ansehnliches Legat; aber der Erbe beweist hintennach mit allen Bürgern der Stadt, daß sie ein ephippium reipublicae war — hier heist es: erronea testatoris voluntas est nulla, und das Legat fällt weg.

§. 1571. II. Legatum sub causa est illud, cui addita est causa. *Causa* h. l. est causa movens — das Motiv, welches den Testatorem ein Legat zu hinterlassen bewogen hat. Z. E. Weil mich Caius so treulich in meiner Krankheit gepflegt und gewartet hat, so soll er 100 fl. legat bekommen. Davon die Regel: causa falsa legatum non vitiat, Ratio: weil der Testator das wahre Motiv anzugeben nicht verbunden war. Jedoch eine Ausnahme ists, wenn der Heres beweisen kann, der Testator würde das Legat nicht gegeben haben, wenn er falsitatem causae gewust hätte. Der Heres darf nur beweisen, daß der Legatarius den Testatorem fälschlich diese falsam causam beigebracht hat. Z. E. Es kommt ein fremder Kerl zu den Testator und giebt sich für einen seiner Anverwandten aus. Er weiß auch dem Testatori so viel schönes von seiner Verwandschaft vorzulügen, daß dieser es endlich glaubt und in sein Testament setzt: weil Mevius einer von meinen Anverwandten ist, so soll er ebenfalls ein Legat von 1000 fl. haben. Der Erbe erweist aber die falsitatem causae — also fällt das Legat wieder weg.

Ferner ists auch eine Ausnahme, wenn die causa conditionate beigefügt worden ist: z. E. weil Sempronius die Mademoiselle W. heurathen will, so soll er 1000 fl. haben.

§. 1572.

§. 1572. III. Legatum sub modo — cui modus additus est.

Modus ist der Endzweck, durch welchen das Legat soll werkstellig gemacht werden: z. E. Sempronio legire 1000 fl. daß er damit in Doctorem iuris promoviren soll.

Differentia legati sub modo a legato sub conditione.

1) Im Ausdruck ist es unterschieden von dem legato sub conditione. Beim legato sub modo sage ich: daß Caius promoviren soll; beim legato sub conditione wenn er promoviren wird.

Manchmal setzt man: mit dem Beding. Dieser Ausdruck ist schwankend und drückt bald Modum, bald Conditionem aus. Die Formel: auf solchem Fall ist aber immer index conditionis.

2) In effectu:

Legatum sub modo statim peti potest, legatum sub conditione, haud prius, quam conditio existit.

Legatum sub modo statim peti potest. Dist. tamen: Der Testator hat:

a) entweder ein Interesse dabei, hier muß der Modus erfüllt und cautio de modo implendo praestirt werden; eher braucht der Erbe das Legat nicht auszuzahlen. Dieser Umstand ist wohl zu merken.

b) Oder er hat kein Interesse dabei: z. E. daß ich gelbe Strümpfe tragen soll — wer kann dabei ein Interesse haben? Hier brauch ich den Modum nicht zu erfüllen, auch nicht cautionem de modo implendo zu praestiren. Modus habetur pro non adiecto.

Erfüllt der Legatarius den Modum nicht, so läßt der Heres ihm a iudice eine Frist sub poena amissionis geben, und nach Verlauf derselben hat er, im Fall der Modus nicht erfüllt worden, sein Legat verlohren.

LIB. XXXV. TIT. II.

Ad legem falcidiam.

§. 1573. Nach den L. XII. Tab. hatte ein Vater die freyeste Befugnis Vermächtnisse zu machen, welche und so viel er nur wollte. Diese Freyheit wurde gemisbraucht; die Erben bekamen nichts und verließen daher die Erbschaften; es entstanden also testamenta destituta, quae in totum corruunt. Daher war man bedacht dieser Unordnung abzuhelfen, und zwar:

1) in lege Furia. Da war verordnet, daß in einem Legat nicht mehr als 1000 asses vermacht werden sollten. Allein es half nichts, denn man machte nun deste mehrere Legata.
2) Hierauf wurden in dem Lege Voconia verordnet, daß keinem Legatario mehr sollte vermacht werden können, als der Erbe selbst bekäme; allein dieser Lex kam in desuetudinem und hierauf wurde:
3) der Lex Falcidia gemacht, a Falcidio, Tribuno plebis sic dicta.

Anmerkung: die Glossatoren statuirten, daß er a falce seinen Namen habe, weil die Legata dadurch wie mit einer Sichel zugeschnitten worden wären; allein diese Interpretation ist uns zu gekünstelt.

Dieser Lex Falcidia verordnet: ein Testator sollte liberrimam legandi licentiam haben, nur quartam hereditatis partem dem Erben in salvo lassen. Dieser quarta pars heist: Quarta Falcidia. Hat nun der Testirer dem Erben diesen vierten Theil gelassen, so bleibt es dabei, hat er ihm aber solchen nicht gelassen, so kann er jedem Legat verhältnismäßig so viel abziehen, als der Quartae Falcidiae mangelt.

Allein Iustinian hat in der Nov. I. Cap. II. §. 2. beinahe den ganzen Legem Falcidiam wieder aufgehoben. — Davon suo loco ein mehreres.

§. 1574. Der Lex Falcidia ist nur dem testamentarischen Erben zur Vorsicht gemacht, daß ihm der 4te Theil in salvo bleiben soll. Allein es ist dieser Lex auch auf Intestat-Erben extendirt worden und zwar sec. L. 18. D. h. t. per constitutionem Divi Pii (i. e. Antonini) ob paritatem rationis;

nis; weil der heres ab intestato in den Codicillis eben so gut mit Legatis beschwert werden kann, als der Testamentserbe.

Jeder heres directus also ist berechtigt die IVtam Falcidiam abzuziehen. Wenn mehrere Erben sind, so ist Regel: In singulis heredibus Falcidiae ratio ponenda est. Conferatur v. Bernsdorf diss. de ratione F. in singul. hered. ponenda. Goettingae 1748.

Die Regel ist so zu erklären: Jeder ist die quartam suae portionis zu fordern berechtigt; ergo alle Erben zusammen, müssen unam quartam, verstehe: totius hereditatis, in salvo behalten: z. E. Caius und Caia sollen meine Erben seyn. Die Erbschaft beträgt 40000 fl. Caia soll 20000 fl. pro legatis bezahlen, Caius ist nicht gravirt, er bekommt seine 20000 fl. Aber Caia muß 5000 fl. pro quarta Falcidia behalten, denn unser Generalsatz ist: ratio legis falcidiae in singulis heredibus ponenda est. Diese 5000 fl. werden den Legatariis abgezogen.

Folgen: Fideicommissarii, Legatarii dürfen keine Quartam Falcidiam abziehen; Ratio: denn der Grund paßt nicht auf sie: ne testamenta destituta fiant. Jedoch steht ihnen die Zurechnung frey, wenn ihnen etwas abgezogen worden.

§. 1575. Wie die IVta Falcidia zu berechnen? Rsp.

1) Was der Testator tempore mortis als sein Eigenthum hinterlies, das gehört zur Erbschaftsmasse. (Die Güter werden aber nicht nach dem pretio affectionis, sondern nach dem vero et communi pretio geschätzt). Was nach dem Tod des Testatoris zur Erbschaft hinzukommt: z. E. eine Erbschaft von fremden Orten her, kommt nicht zur Masse, sondern es lucrirt ein solches Inerement der Erbe. Hingegen muß er auch jede Verringerung ertragen: z. E. es brennt das ganze Erbschaftsgebäude ab, ꝛc.

2) Nun müssen also vor allen Dingen die Schulden bezahlt werden, und was übrig bleibt, das ist eigentlich Erbschaftsmasse, nach der Regel: bona non intelliguntur, nisi deducto aere alieno. Aes alienam, est quicquid tempore mortis aut iure civili aut praetorio peti potest. Also Begräbniskosten, Kosten auf den Verkauf der Güter ꝛc. alles dies ist aes alienum.

Die dritte Regel: nur was der Erbe titulo hereditario bekommt, gehört zur Masse und wird auf die Quartam gerech-

rechnet; aber nicht was er titulo singulari bekommt: z. E. ein Praelegat etc.

Qu. Wird denn dies auch nicht auf die Quartam gerechnet, was ihm accrescirt? Rsp. Distinguendo:

1) Portio aut gravata accrescit non gravatae: z. E. Ich und Du, wir sind Erben. Deine Erbportion ist übermäßig beschwert, Du gehst deßwegen ab, und diese wächst mir zu;

Da sagen die Leges: ich soll die Quartam abziehen können, weil sie mir cum omni commodo accrescirt, nach der Regel: qui in alicuius locum succedit, merito etiam in eius ius succedere intelligitur;

2) aut non gravata accrescit gravatae. Da soll die Quarta nicht abgezogen werden können; ne heres duplex lucrum habeat, nämlich:

a) durch das accresciren und

b) durch das Abziehen der Quartae.

Es ist unbillig; aber die Alten ICti stritten hierüber, und da suchte man durch diese Distinction die Partheyen zu vereinigen, ohne auf Billigkeit zu sehen.

§. 1576. Die Quarta Falcidia kann allen Personen, welche titulo singulari etwas per ultimam voluntatem erhalten haben, abgezogen werden. Also:

1) Legatariis und

2) Fideicommissariis, (particularibus)

3) Donatariis mortis causa; keinesweges aber kann von Schenkungen unter den Lebendigen die IVta Falcidia abgezogen werden.

Ausgenommen sind die donationes inter coniuges, sonst keine. Auch Fideicommissa universalia sind diesem Abzug nicht unterworfen, weil diesen die IV Trebellianica abgezogen wird.

Keinen Abzug leiden als Ausnahmen:

1) Legatum debiti, und ex paritate rationis das praelegatum dotis.

2) Legata ad pias causas. Dies behaupten die Practici, die in der Nota alleg. Novelle aber nicht allgemein, sondern nur in dem einzigen Fall, wenn der Heres in mora solvendi legatum versirt. Conferatur L. 1. §. 5. h. t. Da sieht man, daß sie unterworfen sind.

3) Le-

3) Legatum libertatis; Ratio: weil die Freyheit nicht geschätzt, also auch nicht bestimmt werden kann, wie viel abgezogen werden soll.
4) Legatum a milite relictum.

§. 1578. Ferner findet kein Abzug statt:
5) Wenn der Testator dem Erben verboten hat, daß er die IVdam Falcidiam abziehen soll. Diese unschickliche Verordnung hat Iustinian gemacht; denn der Testator wird dadurch wieder in seine vorige Freyheit gesetzt et lex Falcidia plane evertitur hac constitutione. Die alten Lehrer behaupteten, daß dies verbis expressis geschehen müste; allein es ist kein zureichender Grund vorhanden, warum dieser Wille des Testatoris nicht auch ex factis s. coniecturis gefolgert werden könnte. Die Prohibitio Testatoris ist als tacite facta anzusehen:
a) Wenn der Testator eine Speciem legirt und deren Alienation verbietet: Ratio: weil der Abzug der Quartae Falcidiae eine Divisio in pretio seyn würde. Also:
Hier findet kein Abzug statt. Denn der Abzug involvirt eine Theilung, divisio continet alienationem; hat aber der Testator die Veräußerung verboten, so hat er auch die Theilung und den Abzug der Quartae verboten.
b) Wenn der Testator bei seinen Lebzeiten dem Heredi schon die IVtam oder so viel gegeben hat, als die IVta ausmacht. Dem Erben kann zwar nichts angerechnet werden, was er nicht sub titulo hereditario erhalten, aber es versteht sich die Ausnahme: wo der Testator nicht anders verordnet hat.
6) Wenn der Erbe auf die Quartam Falcidiam renuntiirt, oder ex ignorantia iuris integra legata ausgezahlt hat.
Ex regula: ignorantia iuris non prodest acquirere volentibus, ex L. 7. 8. 9. D. de iuris et facti ignorantia.
Aber error facti schadet nichts: z. E. er hätte nicht richtig gerechnet.
7) Wenn sich der Heres der Rechtswohlthat des Legis Falcidiae unwürdig gemacht: z. E. etwas weg practicirt, auf die Seite geschleppt und darnach vorgegeben hätte, es sey casu zu Grund gegangen.
Vid. Stryck in cautelis testament. Cap. 22. membr. 2. §. 11.

Fer-

Ferner: wenn er kein Inventarium verfertigt hat (wohl zu merken) und wenn er ein F. C. unterdrücken wollen.

Noch ist zu merken: daß sich der Erbe bei dem legato rei alienae wohl vorzusehen hat und nicht etwa das legirte Haus zu theuer kauft. Kauft es der Erbe für den Legatar um 3000 fl. und es ist nur 2000 fl. werth, so muß der Erbe so viel entbehren, als er zu viel gegeben hat. Der Legatar läßt sich die Quartam Falcidiam nur nach dem wahren Werth des Hauses abziehen. Conferatur L. 61. D. h. t. da ist der Fall entschieden. Die Ratio ist: factum tertii mihi nocere non potest.

§. 1579. Rechtsmittel die Quartam Falcidiam zu erlangen. Distingue: der Erbe besitzt entweder die Legate noch, oder nicht mehr. Im erstern Fall kann er, wenn die Sache theilbar ist, die Quartam gleich abziehen, wenn sie aber untheilbar ist, das ius retentionis exerciren. Im letztern Fall kommt es darauf an: ob die Vermächtnißnehmer sich eigenmächtig in den Besitz gesetzt haben, oder nicht. Haben sie es eigenmächtig gethan, so geschah dies wieder entweder ante aditionem hereditatis, da kömmt dem Erben das Interdictum quod legatorum zu; oder post aditionem, da hat er das Inderdictum unde vi und die Spolienklage. Haben sie es aber nicht eigenmächtig gethan, so hat sie der Erbe entweder selbst übergeben, oder der Testirer bei seinen Lebzeiten. Wenn sie der Erbe selbst ex ignorantia facti übergeben hat, so steht ihm die condictio indebiti zu. Hat sie aber schon der Testirer übergeben, so ist die res legata l. species l. quantitas. Ist sie eine Species, so hat er die Reivindication; ist sie aber eine Quantitaet, so kommt ihm die actio in factum zu.

LIB. XXXV. TIT. III.

Si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur.

§. 1580. Es ereignen sich bisweilen Fälle, wo es ungewis ist, ob der Erbe die IVdam Falcidiam abzuziehen berechtigt sey oder nicht: z. E. Man weiß die Schulden nicht genau

genau — wenn die nomina testatoris ungewis sind — wenn ungewis ist, ob legata conditionata bezahlt werden müssen. Hier nun hat der Erbe das Rechtsmittel, daß er, wenn er integra legata auszahlt, — Satisdation verlangen kann, daß die Legatarii so viel restituiren wollen, als sie nach dem Lege Falcidia zu restituiren schuldig sind. Diese Caution kann er sowohl vor als nachher prätendiren. Die Ausnahmen sind folgende:

Die Satisdatio ist denjenigen erlassen:

1) welchen nur geringe Alimente hinterlassen worden.
2) Cavirt auch der Fiscus nicht, quia semper locuples praesumitur.
3) Auch diejenigen nicht, welchen Stipendien ausgesetzt worden; endlich:
4) Auch diejenigen nicht, welche keine Bürgen haben können, denn diese sollen nur zur cautione iuratoria verbunden seyn. Doch wird letzteres in praxi nicht wohl anwendbar seyn. Der Erbe wird sagen: warte bis ich im reinen bin, bis es entschieden ist, obs zum Abzug der Quartae kommt.

LIB. XXXVI. TIT. I.

Ad SCtum Trebellianum.

§. 1581. Fideicommissum universale ist ein solches, das zum Gegenstand die ganze Erbschaft oder einen partem quotam derselben hat: z. E. $\frac{1}{2}$, die Hälfte oder die ganze Erbschaft; heist es aber 10000 fl. dies ist pars quanta; so ist von einem Fideicommisso particulari die Rede.

Personen sind drey:

1) Fideicommittens — Fideicommiß-Errichter — dies ist der Testator.
2) Fiduciarius seu fiduciarius heres, der fiduciarische Erbe — est is, cui sub onere restituendi hereditas relicta est.
3) Fideicommissarius — derjenige, dem nach der Intention des Fideicommittentis das Fideicommiss-Gut restituirt werden soll.

Ursprünglich hatten die Fideicommissa keine Verbindlichkeit. Es war blos der Redlichkeit, der Rechtschaffenheit

heit des fiduciarischen Erben überlassen, ob er restituiren wollte, oder nicht. Aber für einen schlechten Kerl wurde der allemal gehalten, der nicht restituirte; da sich aber der Fall gleichwohl oft zutrug, daß nicht restituirt wurde, so wurde das Zwangsrecht eingeführt.

1582. Auf so vielfältige Art Erbschaften hinterlassen werden können, auf so viele Art können auch fideicommissa universalia hinterlassen werden; Fideicommissum itaque defertur:

1) l. ex testamento — h. c. fideicommissum dicitur testamentarium.

2) l. ab intestato — h. c. dicitur: fideicommissum ab intestato.

3) l. ex pacto conventionale. Dergleichen sind gewöhnlich die Familien-Fideicommisse.

§. 1583. Ein Fideicommissum kann sowohl expresse, als tacite constituirt werden.

1) Tacitum fideicommissum ist, wenn der Testator seinen Erben ein solches Factum auferlegt, woraus die Absicht, daß die Erbschaft als ein Fideicommiss restituirt werden soll, erhellt. Dergleichen Factum ist: wenn der Testator seinen Erben die Veräußerung der Erbschaft verbietet; nur muß er dabei zu erkennen geben, zu wessen Gunst dies Verbot geschähe: z. E. damit es seinen Kindern zu Guten komme.

Wenn er es aber nur so simpliciter verbietet, so ist es kein factum concludens.

2) Wenn der Testator seinem Erben verbietet, er soll kein Testament über die Erbschaft machen dürfen.

3) Wenn er ihm vorschreibt, wen er zum Erben einsetzen soll.

4) Ist auch ein fideicommissum tacitum abzunehmen ex commentatione testatoris. Dist. tamen: Commentatio est:

a) l. specialis — ubi quid, quantumve commentato relinqui debeat, determinatum est: z. E. ich sage: wenn ich mit meiner Frau Kinder zeuge, so soll sie die Hälfte von meinem Vermögen haben, ich will ihr aber in Ansehung desselben meine Kinder empfohlen haben.

b) l. generalis — hieraus entsteht kein Fideicommiss.

§. 1584.

§. 1584. 1) Nur diejenigen können mit einem Fideicommisso beschwert werden, die die Erbschaft ganz oder zur Hälfte ꝛc. erhalten haben.

2) Incapacibus kann kein fideicommissum universale erlassen werden.

3) Der Testator muß die Person bestimmen, dem das Fideicommiss restituirt werden soll. Aber es dependirt vom Testatore ob es mehrmalen restituirt werden soll oder nicht.

Die dispositiones fideicommissariae sollen nach einiger Meynung nur usque ad IVtum gradum statt finden; allein es hat dies in den LL. keinen Grund, wie man bei den fideicommissis familiae sieht. Die Fideicommissa werden demnach in temporalia et perpetua eingetheilt.

Temporalia sind — die nur einmal restituirt werden, und wo alsdenn das Fideicommissum erlischt; perpetua — die mehrmalen restituirt werden müssen, nämlich bis kein Masculus mehr vorhanden ist.

§. 1585. Zu den fideicommissis perpetuis gehören vorzüglich die Familien-Fideicommissa. Dies sind diejenigen, welche dergestalt hinterlassen werden, daß sie an Personen, welche von der Familie sind, restituirt werden müssen. Sie können particularia und universalia seyn, je nachdem ein pars quanta oder quota hereditatis, oder die ganze Erbschaft restituirt werden muß.

Das ius succedendi haben alle die Personen, welche zur Familie des Familien-Fideicommiss-Errichters gehören; ausgenommen die Weibspersonen; Ratio: weil ein solches Fideicommiss errichtet wird, zur Conservation und zum Splendeur der Familie.

Daher zu schließen: daß, wenn der Mannsstamm von einer solchen Familie ausgeht, das fideicommissum familiae erlischt. Ist es erloschen, so kann nach verschiedener Rechtslehrer Meynung der letzte Besitzer über ein solches Fideicommiss pro lubitu disponiren; mithin darüber testiren, es auf die Intestat-Erben, sowohl männlichen als weiblichen Geschlechts transferiren, nur vorausgesetzt, daß die Güter solche sind, wobei eine weibliche Succession statt findet. — Wir haben Regna und Feuda, wo die Weiber nicht succediren können. Sind nun solche Regna und Feuda Fideicommiss-Güter; so findet auch bei ihnen keine successio foeminea statt.

Die Familien-Fideicommisse sind hodie bei Nobilibus sehr gewöhnlich. Der Endzweck derselben ist, daß gewisse Güter bei einer Familie bleiben und jeder Masculus sich nach den Vorschriften des primi legislatoris s. acquirentis richten soll.

Die Successions-Ordnung dependirt ganz von dem Familien-Fideicommiss-Errichter; quilibet enim testator voluntati suae legem dicere potest. Er kann sagen der nächste Agnat, der älteste von der Branche, auf welche einmal das Fideicommiss übergegangen ist und dergleichen mehr. Hierbei ist zu merken; wenn der primus acquirens gesagt hat, der älteste von der Branche soll succediren, auf welche einmal das Fideicommiss übergegangen ist; so kommt die Reihe nicht an des Defuncti Bruder, sondern an den ältesten Sohn des Defuncti, welcher es wieder auf seine Kinder transferirt. Wie aber ist es, wenn der Mannsstamm ausstirbt? — Hier sind die Meynungen der Rechtslehrer getheilt. Einige glauben, daß diejenigen succediren, welche dem primo acquirenti am nächsten sind. Der Streit gieng unter Senkenberg und Cramer an.

Wir müssen inter ius et ordinem succedendi distinguiren. Das ius succedendi haben nach Erlöschung des Mannsstamms alle Feminae, aber nicht alle haben die Lage (ordinem succedendi). Hat der primus acquirens auf diesen Fall nichts mehr bestimmt, was ist natürlicher, als daß man auf diejenigen schließt, die in der Lage sind succediren zu können. Das ist nun die Tochter des letzten Masculi. Dieser Meynung ist nun Senkenberg.

Aber Cramer will sich damit behelfen, daß er sagt, man succedire nicht dem ultimo masculo, sondern dem primo acquirenti. Der Reichshofrath folgt der Senkenbergischen Meynung, das Kammergericht der Cramerischen. Senkenberg hat unstreitig recht. So viel de ordine succedendi feminarum, wenn der Mannsstamm erloschen ist.

Was nun noch die Meynung derjenigen Rechtslehrer betrift, die behaupten, daß der letzte Besitzer deficientibus masculis ganz frey und ungebunden über die Fideicommiss-Güter disponiren könne; so glauben wir, daß dies zu weit gegangen sey. Denn es ist eine ungegründete Idee, wenn man glaubt, mit dem Tod des letzten Masculi gienge die Familie verlohren. Der Name geht verlohren, aber der splen-

dor

dor familiae nicht, ob er gleich verdunkelt wird. Die Familie kann sich ja noch conserviren, obgleich minus splendide, und weibliche Descendenten sind doch auch Descendenten.

Der primus acquirens wollte vorzüglich für die Masculos sorgen; wenn aber dies nicht mehr möglich ist, sollte er für die Feminas gar nicht haben sorgen wollen? Die Tochter des letzten Masculi erzeugt nicht mehr Agnaten, weil ihre Descendenten den Familien-Nahmen nicht mehr führen, aber die Filia ist noch agnata, so lange sie noch soluta ist.

Fideicommissum reliqui heißt, wenn der Fideicommittens sagt: Benignus soll mein Erbe seyn; was er aber von der Erbschaft übrig läßt, soll er dem Titius restituiren. Damit er nun nicht alles dilapidirt, so haben die Gesetze gesorgt, daß er den vierten Theil unangetastet lassen muß.

§. 1586. In den ältesten Zeiten der Römer waren, wie bereits erinnert worden, die Fideicommiss-Güter nicht verbindlich, also stunde es bei dem fiduciarischen Erben ob ers erfüllen wollte. Ratio; sie wurden verbis precativis verordnet: rogo heredem meum ut etc. dies dependirte freylich vom Erben. Sub Augusto aber wurden sie verbindlich zu eben der Zeit und bei eben dieser Gelegenheit, wie es die Codicilli wurden. — Conferatur §. 1. I. de fideic. hereditate und Princip. Inst. de codicillis. Seitdem obligiren Fideic. perfecte; mithin ist der fiduciarische Erbe verbunden die Fideicommiss-Güter mit möglichstem Fleis aufzubewahren, damit sie restituirt werden können. Qu. Welchen gradum culpae er zu praestiren schuldig ist? Rsp. Hellfeld sagt: de periculo et culpa levi hafte er nicht, sondern blos de culpa lata et dolo. Allein es kommt darauf an, ob der fiduciarische Erbe:

1) die Quartam Trebell. abzieht und dann erst das Fideic. restituirt; da muß er culpam levem praestiren. Ratio:
   a) weil er die Erbschaft et tanquam suam et tanquam alienam hereditatem restituirt:
   b) weil das Iudicium Famil. Erciscundae wider einen solchen Erben statt findet; denn wo dies ist, wird culpa levis praestirt.

   Conferatur v. Pufendorf de culpa. part. 4. Cap. 4. §. 4.

2) Oder ohne den Abzug der IVtae Trebell. weil der Testator diesen Abzug verboten hat; Da ists richtig was Hellfeld sagt; Ratio: denn er hat gar keinen Nutzen; wo dies ist, kann nicht mehr als dolus und culpa lata gefordert werden.

Der fiduciarische Erbe darf also das Fideicommiss-Gut nicht veräußern. Hat ers veräußert, so darf ers nicht vindiciren, aber der Fideicommissarius kann es a quolibet possessore.

§. 1587. Fideicommiss-Güter können nicht veräußert werden. Excipe:

1) Wenn der Fideicommiss-Errichter Schulden hinterläst, die nicht anders bezahlt werden können; sonst kämen die Creditores bös weg.

2) Wenn alle Interessenten darein consentiren. Da gilt die Regel: omnium interessentium consensu ultima testatoris voluntas tolli potest.

Qu. Wenn aber die Interessenten alle darein consentiren, können nicht die Kinder derselben die Veräußerung anfechten?

(Hierüber ist der Spanische Successions-Krieg entstanden).

Rsp. In praxi wird angenommen: Die Kinder sind:

a) entweder tempore alienationis schon gebohren gewesen; hier nimmt man an, sie können die Alienation anfechten; denn sie hatten durch die Geburt schon ein Ius quaesitum.

b) Oder sie waren tempore alienationis noch nicht gebohren; da sollen sie solche nicht anfechten können; weil das Gut schon aufgehoben war, als sie zum Vorschein kamen.

3) Wenn Kinder mit einem Fideic. beschwert sind, und diesen es an einem Heurathsgut oder einer Wiederlage dote congrua, oder donatione propter nuptias oder an der legitima, mangelt; so sollen diese Kinder so viel ihnen dazu erforderlich, davon veräußern können. Diese Propositio NB. gilt nur von den Kindern des Fideicommiss-Errichters; keineswegs aber ist es den Kindern eines andern Besitzers vom Fideicommiss-Gut erlaubt.

4) Wenn

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1696968690/phys_0366
DFG

4) Wenn der Testator dem fiduciarischen Erben anbefohlen, dasjenige, was bei ihm von der Erbportion übrig seyn wird, auf die überlebenden Geschwister fallen soll. Dies hat die Folge, daß der heres fiduciarius libere verzehren und disponiren kann usque ad quadrantem. Nur den vierten soll er in salvo lassen. Und auch diesen soll er verzehren können, wenn es dringende Umstände erfordern. Und zwar dies alles, nach der Nov. 108. c. 1. et 2. Repet. §. 1585 in fine.

§. 1588. Fideicommisse wirken die Verbindlichkeit Erbschaften zu restituiren. Wenn sie restituirt werden sollen, dependirt vom Willen des Fideicommiss-Errichters; — nach 5 — 10 Jahren, gleich nach der Adition, oder nach dem Tod des fiduciarischen Erben ꝛc. Letzteres ist der gewöhnlichste Fall. —

Es dependirt auch der Modus fideic. restituendi von dem Willen des Fideicommiss-Errichters, ob nämlich das Fideic. pure l. conditionate restituirt werden soll. Ja die Conditio versteht sich tacite in dem Fall, wenn die Kinder mit einem Fideic. beschwert sind; denn ein solches Fideic. involvirt die stillschweigende Bedingung, wenn die Kinder ohne legitime Nachkommen gestorben sind.

§. 1589. Der fiduciarische Erbe ist verbunden das Fideic. zu restituiren. Diese Verbindlichkeit bekommt er durch die Antretung der Erbschaft. Die Antretung ist ein Quasicontract nach dem Iure Romano. Disting. Der Erbe also tritt:

1) entweder die Erbschaft an, h. c. bleibt er Heres, wenn er schon die ganze Erbschaft restituirt hat. Reg. heres qui semel est, heres esse non desinit etc ex L. 88. de heredibus instituendis;

2) Oder er tritt nicht an; so ist er stricto iure auch nicht zur Restitutione des Fideicommiss-Guts verbunden und das Fideic. erlischt.

Daraus folgt: ein solcher Erbe behält auch nach der Restitution die Verbindlichkeit die Schulden zu bezahlen und die Legata zu praestiren.

§. 1590. Durch die Antretung bekommt der fiduciarische Erbe alle Rechte des Defuncti, mithin auch dies Recht, die Früchte zu percipiren.

Qu. Ob er sie behalten darf: Rsp. Distinguendo:

1) zwischen den Früchten, die vor der Antretung der Erbschaft percipirt worden; diese wachsen der Erbschaft zu; also muß der fiduciarische Erbe sie mit der Erbschaft restituiren. Doch wird auch die Quarta Trebellianica des heredis fiduciarii vergrößert.

2) Zwischen denen, die nach Antretung der Erbschaft percipirt sind. Hier versirt er:

a) entweder in mora — da muß er sie restituiren.

b) Oder nicht. H. c. behält er die Früchte, wenn er nicht specialiter geberen worden, sie zu restituiren. Doch werden sie ihm auf IVtam Trebellianam mit angerechnet.

§. 1591. Er bleibt noch nach der Restitution Erbe, und mithin verbunden die Schulden zu bezahlen. Dies machte, daß diese Erbschaften nicht angetreten wurden, testamenta fiebant destituta et corruebant. Diesem Inconveniens abzuhelfen, wurde das SCtum Trebellianum errichtet.

Sensus: daß die Schulden des Defuncti zwischen dem herede fiduciario und dem Fideicommissario pro rata getheilt werden sollen.

Dies SCtum half aber gleichwohl nicht vollkommen, weil der fiduciarische Erbe noch keinen Vortheil hatte; daher wurde ein 2tes SCtum gemacht, nämlich das SCtum Pegasianum. Dies verordnet, daß er $\frac{1}{4}$ Theil von der Erbschaft in salvo behalten, aber auch dagegen gezwungen werden könne, die Erbschaft anzutreten und zu restituiren. Deswegen sollte unsere Quarta eigentlich Pegasiana und nicht Trebelliana heissen, weil in dem SCto Trebelliano gar nicht die Rede von dieser Quarta ist. Aber Iustinian hat diese beiden SCta vermischt. Die Hauptpunkte davon sind folgende:

1) Daß der vierte Theil, den der fiduciarische Erbe in salvo behalten soll, die Quarta Trebelliana genennt wird.

2) Daß die Schulden zwischen beiden pro rata getheilt sind.

3) Daß der fiduciarius heres zur Antretung und Restitution der Erbschaft gezwungen werden kann.

4) Daß die Erbschaft für restituirt gehalten werde, wenn der heres fiduciarius gestorben ist.

§. 1592.

§. 1592. Quarta Trebell. ad Legis Falcidiae exemplum introducta est. Daher findet zwischen beiden eine Gleichheit statt. — Diese findet man in Absicht auf die Rechtsmittel wodurch ich zu dieser Quarta gelange. Sie sind dieselben. Doch giebt es eine gewisse Differenz, die wir wohl merken müssen:

1) Zur Quarta Falcidia wird dem Erben nichts aufgerechnet, als was er qua heres bekommt; e. contraria vero parte in Quartam Trebellianicam omne imputatur, quod heres quocunque titulo ex ultima voluntate accepit. So gar die Früchte, die er von den Erbschaftsgütern genossen, werden ihm aufgerechnet. Fructus quartae detrahendae percepti tamen non imputantur in IVtam Trebell. Conferatur L. 22. §. 2. et 37. §. 16. h. t. Die Früchte hingegen die er genossen, muß er sich anrechnen lassen. Daher es vielfältig geschieht, daß hodie keine Quarta Trebelliana mehr abgezogen wird, weil das Fideic. erst cum morte heredis fiduciarii restituirt wird.

2) Daß der heres fiduciarius zur Antretung und Restitution der Erbschaft gezwungen werden kann, ohne daß er die IVtam Trebell. einbüst; welches bei der Quarta Falcidia just umgekehrt ist; denn läst er sich hier zwingen, so verliehrt er seine Quartam Falcidiam in poenam.

Ad. not. n. Exceptio est ratione liberorum etc. Der L. 6. C. h. t. sagt das nicht; denn er redet von der Legitima und nicht von der IVta Trebell. Leyser spec. 405, med. 6. — beweist es auch falsch. Conferatur ergo v. Pufendorf Tom. II. observ. 83. et Wernher in diss. de fructibus in Trebell. imputandis §. 34.

§. 1593. Nur der heres fiduciarius zieht die IVtam Trebellianicam ab, und nicht der heres fideicommissarius, ob er gleich auch mit dem onere restituendi fideicommissum belegt ist. Ratio;

1) Der heres fideicommissarius wird eigentlich nicht für einen Erben gehalten.

2) Die Ratio L. past nicht auf ihn. Doch ist eine Ausnahme:

a) Wenn der heres fiduciarius zur Gunst des heredis fideicommissarii die IVtam nicht abgezogen.

b) Wenn sich der heres fiduciarius zu Antretung der Fideicommiss-Erbschaft hat zwingen lassen. Ex L. 35. §. 2. h. t.

§. 1594. In Absicht auf den Pflichttheil können Kinder nicht mit dem Fideicommiss beschwert werden. Fideic. universalia verstehen sich also allemal salva legitima. Denn es wird vermuthet, daß der Testator sich immer dem Iuri Communi confirmirt habe. Daher schaden Kinder sich nicht, wenn sie ein solches Fideicommiss antreten. Nun aber in Absicht auf das übrige Vermögen können Kinder so gut als andere mit Fideicommissen beschwert werden.

Qu. Ob hier Kinder nicht zwey Abzüge machen können? oder ob sie nur einen Abzug zu machen berechtigt sind? Rsp. Distinguendo:

I. Inter ius romanum antiquum. Hier ist die Frage mit Hellfeld zu verneinen. Denn die IVta Trebell. ist nur zur Gunst derer ausgesetzt, welche nullum oder nur minimum lucrum von der Erbschaft haben, und deswegen die Antretung der Erbschaft verweigern. Dies ist nicht auf die Kinder zu appliciren, ergo etc.

II. Inter ius romanum recentius. Hier kann der Sohn außer seiner Legitima auch die Quartam Trebell. abziehen. Wenn z. E. Titius seinen Sohn zum Erben einsetzt, und ihn bittet, er solle die Erbschaft der Mevia — einer dritten Person — restituiren; so zieht er schon nach römischen Rechten die Legitimam und außer solcher auch die Quartam Trebell. ab; denn er ist ja doch so gut als ein Dritter. Das Ius Canon. Cap. 18. X. de testament. kann also hier nichts geändert, nichts neues verordnet haben, es hat blos die Sache deutlicher auseinander gesetzt. Wenn es im Iure Canonico heist: der Sohn soll berechtigt seyn, utramque quartam abzuziehen, so ist unter einer die Legitima zu verstehen. In praxi statuiren auch die meisten ICti den gedoppelten Abzug, weil Kinder die Legitimam schon per se fordern können; die Quartam Trebellianam aber der Restitution wegen abzuziehen berechtigt sind. Das allegirte Capit. 18. X. de testament. spricht übrigens qua factum von einem testamento conditionato; es ist also eins, es mag testamentum purum oder conditionatum seyn.

Conferatur Harpprecht in der zweyten Diss. Cap. 2. §. 11. seq. et Vinnius in selectis quaest. Lib. 2. C. 29.

LIB.

LIB XXXVI. TIT. II.

Quando dies legatorum l. Fideicommissorum cedat?

§. 1595. Es folgen nun noch 3 Stücke, welche Legate und Fideicommisse mit einander gemein haben. Das erste ist: quando dies legatorum l. fideicommissorum cedat? *Cedit dies*, i. e. incipit ius quaesitum, l. quo incipit aliquid deberi. *Venit dies*, i. e. illud tempus adest, quo exigi potest id, quod debetur. Davon dependirt die Klage.

Ein recht auffallendes Beispiel haben wir beim Mutuo. So bald der Debitor das Geld hat, obligatio nata est, ergo cedit dies; ast non peti potest mutuum ante tempus illud ab utroque contrahentium determinatum, nondum venit dies.

Der Grund, warum wir hier den Unterschied genau merken müssen, ist kein anderer, als die Transmission des Legats auf die Erben. Si dies cesserit: legatum transmittitur in heredes legatarii; si nondum cesserit; legatum non transmittitur, sic quoque F. C. non transmittitur.

Distingue inter legata pura et conditionata.

I. Legatum purum est:

1) l. legatum in heredes transmissibile, da ist die Regel: cedit dies a momento mortis testatoris.
2) l. legatum non transmissibile (dies sind die legata personalia: z. E. Servitus usus); da ist die Regel: cedit dies a momento aditae hereditatis.

II. Legatum conditionatum; da gilt die Regel: cedit dies ab existente conditione. Also, wenn ein Legatarius oder Fideicommissarius ante existentem conditionem stirbt, so transferirt er nichts auf seine Erben, denn er hat kein Recht gehabt. Excipe:

1) wenn die Bedingung lediglich in favorem legatarii beigefügt worden;
2) wenn sie sogleich für erfüllt angesehen werden kann: z. E. wenn sie impossibilis worden ist;
3) wenn etwas einem officio seu dignitate ausgesetzt worden: z. E. dem Alumneo zu Erlang; da ists gleich viel,

ob die Conditio bei dem gegenwärtigen oder folgenden Officianten existent wird.

Venit dies ab eodem tempore; nur vorausgesetzt, daß der Erbe die Erbschaft angetreten habe. Bei den legatis sub modo ist auch vorauszusetzen, daß der Erbe die cautionem de modo implendo bestellt habe.

LIB. XXXVI. TIT. III.

Ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur.

§. 1596. Pendente die et conditione kann kein Legatarius oder Fideicommissarius die Auszahlung seines Vermächtnisses fordern. Es kann aber kommen, daß der Erbe die Erbschaftsgüter durchzubringen anfängt; da ist also Gefahr, der Legatarius und Fideicommissarius können ihre Vermächtnisse verliehren. Es muß derowegen der Heres die cautionem legatorum seu fideicommissorum servandorum causa — machen, ne, si conditio existat, spes fiat inanis. Doch aber giebt es Fälle, wo diese Caution nicht gefordert werden kann. Z. E.

1) Kinder können sie von Eltern nicht fordern — sie müssen ihnen so trauen. Das ist Regel. Wenn aber erwiesen werden kann, daß z. E. der Vater dilapidirt, so muß er dem Sohn caviren. Er muß es, und wenn er auch nur in seiner eigenen Oekonomie ein Verschwender wäre, und der Sohn braucht nicht zu warten, bis sein Vermögen angegriffen ist.
2) Wenn Kinder einander ein reciprocirliches Vermächtnis zu zahlen haben.
3) Wenn der Testator die Caution ausdrücklich remittirt hat.
4) Wenn der Honoratus darauf renuntiirt hat.

Die Renuntiatio geschieht auch tacite, wenn ante Litis Contestationem die Caution nicht gefordert wird. Doch versteht sich jede remissio et renuntiatio rebus sic stantibus, i. e. so lange der Erbe gut wirthschaftet. Daher sagt Hellfeld sub fine §phi recht gut: remissa cautio nihilominus

nus exigitur, si post factam remissionem dilapidationis periculum existit.

Aber — wird man einwenden — läst sich dies Principium rechtfertigen? Kann der Erbe nicht vorschützen, daß ihm die Hände nicht gebunden werden können, da sie ihm nicht vom Testirer gebunden worden sind? Rsp. Quod non! Beim Testirer läst sich keine widersprechende Handlung gedenken. Hat er mich in seinem letzten Willen zum Legatario gemacht, so muß er auch wollen, daß ich mich prospicire um es dahin zu bringen, daß sein Wille ganz erfüllt werde. Atqui — ergo. Die Remissio cautionis geht also nur darauf, wenn er Erbe bleibt, wie er ist.

LIB. XXXVI. TIT. IV.

Ut in possessionem legatorum l. Fideicommissorum servandorum causa esse liceat.

§. 1597. Alle Cautiones müssen gesucht werden, nicht nur hier, sondern bei jedem Geschäft. Wenn sie aber gefordert worden, dann muß sie praestirt werden. Wenn der Legatarius oder Fideicommissarius sein Vermächtnis fordert und der Erbe es nicht praestirt; so wird der Honoratus in die Erbschaftsgüter immittirt. Dies kann *ob rem minimam* geschehen, denn der Erbe ist contumax, und ob contumaciam ist die Immission verordnet. Doch ist dies per Nov. 53. C. 4. modificirt. Da ist nämlich verordnet, daß die Immissio nur pro quantitate debiti geschehen soll.

Die Immissio in propria heredis bona kann nicht gefordert werden, auser

1) wenn er in dolo versirt, oder
2) wenn er sex menses hindurch die Praestation nicht geleistet hat.

Qu. Welche Wirkung hat die missio in bona hereditaria?

Rsp. Die Legatarii bekommen einen Pflichttheil und nudam detentionem rerum hereditariarum.

Die

Die Detention wollen hodie viele nicht mehr gelten lassen, weil in dem neusten R. A. eine Immissio abgeschaft worden. Allein merke: es ist nicht diese, sondern eine andere, nämlich die: wenn widerspenstige Partheyen nicht vor Gericht erscheinen wollen. Diese missio in bona ist hodie nicht mehr im Gebrauch, sondern mehrentheils statt derselben die Sequestration. Sind mir z. E. 6000 fl. legirt worden, und es ist Verdacht da, daß ich drum kommen könnte; so deponirt sie der Iudex bei einem Tertio, der heist Sequester-Voigt, damit ich ganz gesichert bin.

LIB. XXXVII. TIT. I.

De bonorum possessionibus.

Dieser ganze Titel ist nicht recht auseinander gesetzt und erklärt worden. Merke deswegen folgende Schrift:
Koch in tract. de success. ab intestato.
§. 122. sequentibus.

§. 1598. Bonorum possessio und possessio bonorum sind zwey ganz verschiedene Dinge im Iure.

Bonorum possessio est ius, quod praetor aut lex nova ad similitudinem iuris praetorii in hereditatem concedit iure civili incognitum. Also: jede Befugnis, welche der Praetor oder ein neues Gesetz zur Nachahmung des prätorischen Rechts auf die Erbschaft ertheilt, die sonst im iure civili nicht gegründet ist. Der Hauptzweck war, daß solche Erben zur Erbschaft gelangen sollten, die unbilliger Weise per ius civile nicht dazu berufen waren, v. g. alle emancipati, cognati secundum ius antiquum, ja so gar coniuges konnten einander nicht succediren.

Die Praetores durften das ius civile nicht ändern, weil sie nicht Legislatores waren; sie hatten nur die Obliegenheit, nach den Gesetzen zu sprechen. Aber per indirectum hatten sie doch auch die Gewalt, die Lücken in den bürgerlichen Gesetzen durch Edicta auszufüllen. Sie sprachen: hier glauben wir ex analogia legum reliquorum, daß

daß man so sprechen müsse. Nach und nach gewöhnten sich die Bürger daran, wie an die Gesetze selbst. Die Prätoren modificirten daher, was nur zu modificiren war; aber in keinem Stück mehr, als in der Erbschaft. Deswegen nun, weil sie nicht directe Gesetze geben durften, bedienten sie sich des Ausdrucks: bonorum possessio; Sie blieben nicht aber bei diesem Zweck allein, denn sie haben auch solchen Personen die bonorum possessionem ertheilt, die secundum ius civile das wirkliche Erbrecht haben, damit solche Erben deren Vortheile auch genießen konnten, die mit der praetorischen Succession verbunden sind. Bonorum possessio idcirco datur vel emendandi, vel confirmandi iuris civilis causa.

§. 1599. Requisita bonorum possessionis:

1) derjenige, der bonorum possessionem verlangt, muß edicto praetoris vocatus ad hereditatem seyn.

2) Ut petat bonorum possessionem, welche Agnitio genennt wird, i. e. er muß sich angeben und melden. — Dies ist beim coniuge superstite noch actu in usu. Praetor nemini ipso iure facit bonorum possessionem, sed bonorum possessio a quolibet *agnoscenda* est. Die Personen, welche das ius hereditarium ex iure praetorio haben, müssen bonorum possessionem agnosciren; diejenigen aber, welche ex iure civili ein ius hereditarium haben, brauchen es nicht. Iure novo sind alle verborum solennitates bei dieser Agnitione aufgehoben; ja es ist auch nicht nöthig, daß einer in Person die bonorum possessionem bitten müste; sondern es kann auch per curatores und procuratores geschehen.

3) Können diejenigen nicht bonorum possessionem verlangen, denen die Gesetze ausdrücklich verordnen, daß sie zur Acquisition einer Erbschaft nicht fähig seyn sollten. Potest itaque praetor admittere, quos lex non vocat, non autem quos lex heredes esse prohibet. L. 12. §. 1. D. h. t.

§. 1600. De bonorum possessione edictali. Diese species bonorum possessionis ist in effectu nicht so wohl vom iure hereditario civili unterschieden, als nur in der causa efficiente.

Ein

Ein solcher bonorum possessor ist, wie ein anderer, successor in omne ius defuncti; folglich hat er alle iura heredis, mithin auch das ius accrescendi, und nicht nur hereditatis petitionem, sondern auch remedia possessoria um den Besitz der Erbschaft zu erlangen, die zu dem Ende ertheilt sind, weil die hereditatis petitio einen solennen und weitläuftigen Proceß erfordert: die remedia possessoria aber erfordern dieses nicht.

Alles dieses setzt voraus, daß die bonorum possessio iusto tempore agnita sey. Dist. Es ist

1) entweder von Eltern und Kindern die Rede; h. c. tempus petendae bonorum possessionis annus utilis est;
2) oder von andern bonorum possessoribus: z. E. von coniugibus; h. c. muß es intra centum dies geschehen.

Diese Schrift wird a momento scientiae gerechnet und gilt hiebei das edictum successorium, daß, wenn proximiores die bonorum possessionem nicht agnosciren, alsdenn remotiores sie agnosciren können; daher Kinder (sui liberi) ein triplex spatium haben, worinn sie die bonorum possessionem agnosciren können.

1) Annum, um als Kinder die bonorum possessionem zu agnosciren ex edicto: *unde liberi.*
2) Annum, um als Agnaten die bonorum possessionem zu agnosciren — ex edicto: *unde legitimi.*
3) Annum, um die bonorum possessionem als cognati zu agnosciren — ex edicto: *unde cognati.*

Einige Juristen behaupten, daß auch die Kinder eine 90jährige Frist haben müsten, um hereditatis petitionem anstellen zu können; allein ohne Grund; denn

1) Kann man die praetorische Succession nicht auf successionem civilem adpliciren.
2) Geht es nicht, daß das kurze tempus annale mit der 30. jährigen Praescription verwechselt werde. Inzwischen nimmt selbst die Kammergerichts-Ordnung die 30jährige Frist an.

§. 1601. Bonorum possessio hat

1) entweder mit dem iure civili einerley Würkungen und ist folglich nur dem Namen nach davon unterschieden — hier heißt sie: bonorum possessio edictalis.

2) Oder

2) Oder das ist nicht, sondern sie besteht nur in einem Besitz der Erbschaft, welchen der Praetor denjenigen, die ein praesumtives Erbrecht haben, zu dem Ende ertheilt, damit selbige aus der Erbschaft ihren Unterhalt nehmen sollen — bonorum possessio decretalis, und zwar sine re; denn die Eintheilung cum et sine hereditate cessirt hier gänzlich.

Zu dieser bonorum possessione decretali gehört:

1) bonorum possessio ventris nomine data, i. e. quae datur viduae, quae mortuo marito se praegnantem esse dicit.

2) Bonorum possessio ex edicto Carboniano, i. e. quae datur impuberibus, quibus quaestio status movetur.

Bonorum possessio edictalis est l. actu per edictum Praetoris introducta, h. e. dicitur bonorum possessio edictalis *ordinaria*; l. non — bonorum possessio edictalis *extraordinaria*, quae nimirum ad exemplum ordinariae legibus, SCtis, aut principum constitutionibus introducta est.

§. 1602. Die bonorum possessionem ordinariam giebt der Praetor sowohl, wenn ein Testament vorhanden ist, als wenn keines vorhanden ist; daher die Eintheilung in bonorum possessionem testamentariam et ab intestato. Die bonorum possessio testamentaria wird nun von ihm

1) entweder den im Testament eingesetzten Erben gegeben — so heist sie bonorum possessio secundum tabulas. Z. E. der Testirer hat in seinem Testament seinen Sohn praeterirt, nun ist nach dem Iure civili Anteiustinianaeo das Testament null. Der Sohn stirbt aber vor dem Tod des Testirers, daher sagt jetzt der Praetor: es ist keine ratio sufficiens mehr da, warum das Testament null seyn sollte, dabo igitur bonorum possessionem secundum tabulas, das Testament soll gültig seyn. So auch, wenn per posthumum das Testament rumpirt wird und der Posthumus stirbt den Augenblick nach seiner Geburt, so erhält der Praetor das Testament per bonorum possessionem secundum tabulas.

2) Ertheilt er sie auch andern, die nicht im Testament instituirt sind: z. E. den Kindern, die injuste praeterirt, oder

oder exherediert worden. Dies heißt: bonorum possessio contra tabulas.

Durch die bonorum possessionem ab intestato zog der Praetor Personen in die Erbschaft, die nach dem bürgerlichen Recht ausgeschlossen waren: z. E. die emancipirten Kinder. Daher die vier Edicte: unde liberi, unde legitimi, unde cognati, unde vir et uxor.

1) Unde liberi (subaudi: emancipati.

2) Unde legitimi. Dies Edict hat eine Beziehung auf solche Kinder, welche von emancipirten Eltern gezeugt worden waren.

3) Unde cognati. Dies waren z. E. die filii filiarum, diese waren ganz ausgeschlossen. Der Prätor sagte: warum sollen diese nicht succediren? Sind sie nicht auch Descendenten? Ists nicht genug, daß die Agnati einen Vorzug haben? Merke: in dem neuern Justinianäischen Recht sind sie den Agnaten in der Erbfolge, ganz gleich gemacht worden.

4) Unde vir et uxor. Diese kommen nach dem Prätorischen Recht erst alsdann zur Erbschaft, wenn keiner von den vorigen mehr da ist. Die Kinder haben 1 Jahr, die übrigen Agnati et Cognati 100 Tage. Hab ich als Sohn mein Jahr verstreichen lassen, so kann ich noch von meinem Iure als Agnatus, und wenn auch diese 100 Tage vorbei sind, von meinem Iure als Cognatus profitiren. Wer aber nach bürgerlichen Rechten Successionsfähig ist, kann von diesen temporibus praetoriis zu seinem Vortheil keinen Gebrauch machen, ob es gleich einige Rechtslehrer zwar sehr elegant, aber ungegründet darthun wollten.

LIB. XXXVII. TIT. II.

Si tabulae testamenti nullae exstabunt.

§. 1603. Bonorum possessio testamentaria praesupponit existentiam testamenti, salvis tamen his exceptionibus:

1) Wenn ein Testament ausgelöscht worden seyn sollte, nachdem es schon producirt und publicirt worden.

2) Wenn

2) Wenn tempore mortis testatoris das Testament vorhanden gewesen und nachhero verlohren oder zu Grunde gegangen, so kann die bonorum possessio statt haben, wenn nur der Innhalt des Testaments bewiesen werden kann.

LIB. XXXVII. TIT. III.

De bonorum possessione furioso, infanti, muto, surdo, coeco, competente.

§. 1604. Bonorum possessio braucht nicht eben in Person gebeten zu werden, sondern es kann dies auch per curatores und procuratores geschehen. Also können diese statt der furiosorum, infantum et mentecaptorum um bonorum possessionem bitten. Die pubertati proximi, Minderjährige, Taube und Stumme dürfen nicht allein, sondern mit ihren Vormündern die bonorum possessionem bitten. Doch soll die Nachläßigkeit der Vormünder den Kindern und Furiosis nichts praeiudiciren, wenn sie das tempus petendae bonorum possessionis verlaufen lassen.

LIB. XXXVII. TIT. IV.

De bonorum possessione contra tabulas.

§. 1605. Durch die Emancipation verlohren die Kinder die iura familiae et successionis. Daher konnten die Emancipirten stricto iure den Vater nicht beerben, sondern praeterirt werden. Dies schien nun aber dem Praetor hart; deswegen gab er die bonorum possessionem contra tabulas.

Bonorum possessio contra tabulas war also zum Besten der Emancipatorum introducirt worden, in dem Fall, wenn sie im Testament praeterirt waren. Hodie ist diese bonorum possessio nicht nöthig, weil hodierno iure liberi sui et emancipati gleiches Recht haben.

LIB. XXXVII. TIT. V.

De legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita.

§. 1606. Wenn der Praetor die bonorum possessionem contra tabulas gab, so bekam die Erbschaft einer, der im Testament nicht zum Erben ernannt war und der folglich auch die Legate zu praestiren nicht verbunden war. Aber auch dies hielt der Praetor wieder der Billigkeit nicht gemäs, und verordnete dahero, daß die im Testament verordneten Legata und Fideicommissa praestirt werden sollten. Der Titel hat übrigens bei uns keinen Nutzen mehr.

LIB. XXXVIII. TIT. VI.

De collatione bonorum.

§. 1607. Conferre hat in Iure mancherley Bedeutungen. Bald heist es so viel als comparare litteras; bald so viel als inferre, wie in dem Titel pro socio; bald contribuere damnum, z. E. in dem Titel de lege Rhodia de iactu, unter den Personen, die ihre Waaren gerettet haben; h. l. aber ist

Collatio bonorum (Einwerfung in die Erbschaft) diejenige Handlung, wo Kinder, welche ihren Eltern succediren, dasjenige, was sie bei Lebzeiten von den Eltern bekommen, zur gemeinschaftlichen Erbschaft bringen, damit eine Gleichheit unter ihnen beobachtet werde. Merke daher folgende Sätze:

1) Die collatio bonorum findet blos bei Kindern statt.
2) Die Kinder conferiren nur in dem Fall, wenn sie ihre Eltern beerben.
3) Es wird auch nur dasjenige conferirt, was die Kinder vivis parentibus und zwar
4) revocabiliter von den Eltern bekommen haben.

§. 1608.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1696968690/phys_0380
DFG

§. 1608. De fundamento collationis bonorum, et historia iuris de hac materia.

Fundamentum collationis bonorum ist praesumtus amor aequalis parentum erga liberos. Daraus folgt: daß die Eltern auch wollen, die Kinder sollen bei der Erbschaft einander gleich seyn und diejenigen Kinder, die etwas bei Lebzeiten bekommen haben, sollen es nach der Eltern Tod zur Erbschaft conferiren. Diese Collation ist dadurch entstanden, daß die emancipati bonorum possessionem contra tabulas von dem Praetore, und gleiches Erbrecht mit den suis liberis bekommen. Dadurch aber wurden die emancipati melioris conditionis als die sui liberi, weil doch der emancipatus durante emancipatione für sich acquirirt hatte, der suus hingegen pro patre. Deswegen war es der Billigkeit gemäs, daß die Emancipati ihren Acquaestum conferiren musten. Acquisitio parentum per liberos ist iure recentiori eingeschrenkt. Aber die Collatio ist beibehalten worden, weil sie auf der gröstẽ Billigkeit beruht. Daher ist die collatio vetus und nova sehr verschieden.

1) Iure veteri conferirten nur die Kinder, wenn sie dem Vater succedirten; iure novo aber, wenn sie auch der Mutter oder andern Ascendenten succedirten.

2) Iure antiquo conferirten nur die Emancipati; Iure novo aber auch die sui liberi und zwar ohne Unterschied, sie mochten ex testamento oder ab intestato succediren.

Die Kinder conferiren auch inter se, wenn sie auch gleich mit einem Extraneo succediren. Der Extraneus kann aber nicht sagen: ihr müst dasjenige, was ihr zum voraus bekommen habt, conferiren, ehe wir zur Theilung schreiten. Die Kinder antworten: wir conferiren blos unter uns und nicht mit dir.

§. 1609. Nach dem iure novo sind Kinder ohne Unterschied des Geschlechts, des Grads, und ob sie sui oder emancipirt sind, zu conferiren verbunden. Ergo auch Enkel (wenn sie den Grosvater beerben) sind nicht nur das, was sie von dem Erblasser bekommen, sondern auch das, was sie von ihrem Vater bekommen haben, zu conferiren schuldig.

Doch ist bei den Enkeln noch ein Unterschied zu bemerken. Sie haben

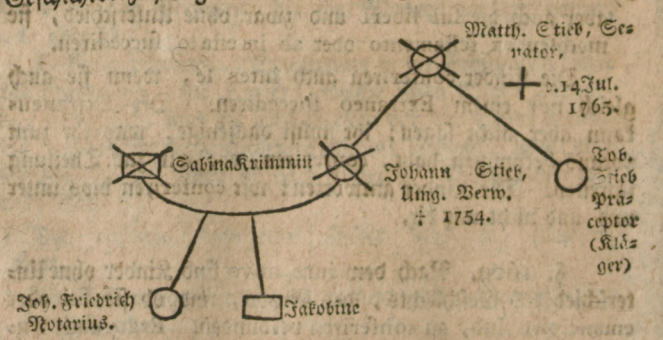
1) entweder die väterliche Erbschaft bekommen; da müssen sie allerdings conferiren, was der Vater ihnen gab.

2) Oder sie haben von der väterlichen Erbschaft abstinirt. Hier dissentiren die Rechtslehrer, einige sagen: sie müssen doch conferiren, andere nein! sie conferiren nicht. Hellfeld gründet sich auf die Novell. 118. C. 9. Aber diese Stelle sagt weiter nichts, als daß die Enkel in der Succession den Vater repraesentiren. Aber sie repraesentiren nicht seine Person, sondern nur seinen Grad.

Conf. Doles in Diss. de iure repraesentationis in succeff. descendentium exule.

Videatur quoque lex ult. Cod. unde liberi. Hieraus folgt also, daß dergleichen Enkel ex sua persona, nicht aber ex persona patris succediren; mithin brauchen sie auch des Vaters Schulden nicht zu bezahlen, denn wozu würde ihnen sonst wohl das beneficium abstinendi nützen. Also sie conferiren h. c. nichts, es wäre denn, daß sie durch den Vater locupletiores geworden wären.

Wir wollen uns, um der Sache völlig auf den Grund zu sehen, folgenden Fall gedenken und zur Erläuterung der Geschichtserzählung eine Stammtafel praemittiren.



Mathias Stieb, Senator zu L. stirbt den 14 Julii 1763. mit Hinterlassung eines Vermögens von ohngefähr 7000 fl welches seines schon vorher verstorbenen Sohnes, des ehmaligen Umgeldsverwalters, Johann Stiebs Kinder, Friedrich Johann und Jakobine, mit dem noch lebenden Sohn

Sohn den Präceptor Tobias Stieb gemeinschaftlich theilen wollen.

Tobias Stieb macht ihnen ihr Erbrecht nicht streitig, verlangt aber, daß sie vorher 3000 fl. welche ihr Vater schon im Jahr 1750. von Mathias Stieb erhalten, nun damit einen in seiner Umgeldsverwaltung gemachten Rest zu berichtigen, in die grosväterliche Erbschaft einwerfen sollten. Da sie sich aber nicht in Güte dazu verstehen wollen, so belangt sie Tobias Stieb vor Gericht.

Johann Friedrich Stieb läugnet, daß sein Vater die Summe erhalten habe, und schützt vor, daß ihm und seiner Schwester, wenn es auch wahr wäre, doch keine Einwerfung zugemuthet werden könne, weil sie bei dem gleich nach dem Tod ihres Vaters entstandenen Gantproceß, der väterlichen Erbschaft entsagt hätten und für ihre eigene Personen den Grosvater nunmehr beerbten.

Tobias Stieb giebt nicht zu, daß sie für ihre Personen Erben seyen und behauptet, daß sie auch sogar in diesem Fall die gemeldte Summe zur Hauptheilung bringen müsten, weil ihm der Gant seines Bruders nicht schädlich werden könne.

Diese bestehen aber auf ihrer Behauptung und fügen hinzu, daß der Vermögensfall ihres Vaters ihnen eben so wenig zum Nachtheil gereichen dürfe. Beide Theile hintersetzen zum richterlichen Spruch.

Rechtliches Gutachten.

Wenn auf Seiten des Klägers erwiesen worden, daß die Zahlung der 3000 fl. richtig geschehen, so entsteht die Frage:

Sind die Enkel dasjenige, was ihr Vater unter irgend einem Titel vom Grosvater bekommen hat, auch alsdann noch einzuwerfen schuldig, wenn sie auf die väterliche Erbschaft Verzicht gethan haben?

Da die Meynungen der Rechtslehrer bei Beantwortung dieser Streitfrage so äuserst verschieden sind, und beinahe jede derselben ihre Vertheidiger gefunden hat; so wollen wir sie dem Innhalt nach kürzlich anführen, und untersuchen: welche die stärksten Gründe der Wahrscheinlichkeit für sich hat.

1) Hellfeld behauptet mit Kreß alleg. loco; daß die Enkel schlechterdings, auch wenn sie nicht Erben des Vaters geworden, zur Einwerfung dessen, was ihr Vater bekommen habe, verbunden seyen, und beruft sich zu dem Ende hauptsächlich (in der Note X. des 1609.) auf die Nov. 118. C. 1. Allein, wenn wir diese angeführte Stelle mit Ueberlegung ansehen, so sagt sie weiter nichts, als daß die Enkel in der Erbfolge den Vater (nicht der Person, sondern dem Grad nach) vorstellen, und, wenn ihrer auch noch so viel wären, nicht mehr bekommen sollen, als der verstorbene Vater bekommen hätte. Wir setzen wohlbedächtlich: dem Grad nach, und glauben auser andern Gründen, die wir hernach anführen wollen, daß dies der Sinn des Gesetzes auch schon deswegen seyn müsse, weil gar zu vieles unangenehme für die Enkel daraus entspringen würde, wenn wir annehmen wollten, daß sie des Vaters Person vorstellten. Dieser Meynung ist auch Doles in diss. de iure repraesentationis in successione descendentium exule. Lips. 1778.

2) Carpzov part. II. const. 35. defin. 12. und part. III. const. II. defin. 24. macht mit vielen andern den Unterschied, daß es bei Entscheidung dieser Frage lediglich darauf ankomme: ob die Enkel mit Vaters Brüdern zugleich erben, oder nicht. Im ersten Fall, glaubt er, müsten sie einwerfen, im andern nicht. Allein die ratio diversitatis ist uns hier nicht befriedigend, weil die Enkel in dem einen Fall so gut, als in dem andern, für ihre eigne Personen Erben sind.

3) Bastineller hat all. loco die gegenseitige Meynung von Hellfeld, welcher wir nicht beipflichten können, weil es offenbar der in den Gesetzen angenommenen Billigkeit zu wider wäre, wenn die Enkel nicht einwerfen sollten und doch von dem etwas erhalten hätten, was der Vater ihrem Grosvater abgeborgt und gleichsam noch schuldig war.

4) Just Henn. Böhmer macht den Unterschied: das, was der Vater zum voraus bekommen, haben die Enkel entweder erhalten oder nicht. Im ersten Fall tritt die rechtliche Vermuthung ein, daß der Erblasser seine Kinder gleich stark geliebet habe, und keinem mehr geben wollte, als dem andern — sie müssen folglich einwerfen; im letz-

letztern Fall aber ist nicht abzusehen, warum die Enkel in die grosväterliche Erbschaft etwas zur Haupttheilung bringen sollten, das sie doch nie erhalten haben.

Diese Meynung gefällt uns unter allen am besten, und wenn wir sie auch nicht gegen alle Zweifel zu retten und in gänzliche Sicherheit zu setzen im Stande wären; so hatten doch die Gründe, welche wir zu ihrer Unterstützung in Bereitschaft haben, jenen gegenseitigen das Gleichgewicht, und sind nach unserer Einsicht der Billigkeit, auf welche die Gesetze hier Rücksicht genommen zu haben scheinen, weit gemäser, als jene. Wir wollen sie kürzlich vortragen.

1) Böhmer sagt (§. 4. D. de coll. bon.) wenn sich die Enkel von der väterlichen Erbschaft lossagen (welches ihnen nach dem L. ult. C. unde liberi frey stehet) und als solche den Grosvater erben wollen, so sind sie zur Einwerfung dessen, was ehmals ihr Vater erhalten, keineswegs verbunden, denn sie succediren ihm nunmehr proprio iure.

Conf. Stryck de succeſſ. ab I. diſſ. XI. c. 2. §. 15. und Doles all. loco.

Darauf reducirt sich folglich hier alles; und damit stimmt auch

2) der L. ult. C. unde liberi überein. Denn dort heist es: die Enkel erben, ihren Grosvater ex ſua perſona, und nicht ex perſona patris, mithin wieder für ihre eigene Person. Ist dies, so sind sie auch

3) nicht verbunden, ihres Vaters Schulden zu bezahlen. Und anders ist doch wohl dasjenige, was ihr Vater zum voraus erhalten, nicht anzusehen, als eine Schuld, deren Forderung nunmehr, da der Schuldner zu Grund gegangen, die sämmtliche Erben des Grosvaters entbehren müssen.

4) Würde sonst den Enkeln die Rechtswohlthat der Lossagung von der väterlichen Erbschaft nichts nützen.

5) Sollen endlich die Enkel selbst nach dem Ausspruch des L. 1. §. 23. D. de C. B. nicht verbunden seyn, dasjenige einzuwerfen, was nicht mehr vorhanden ist, wenn es nur nicht durch Argliſt oder Fahrlässigkeit abhanden gekommen. Und

6) sagt Berger in oecon. Iuris Lib. II. Tit. IV. Not. 1. in fine: die Enkel, welche nicht Erben ihrer Eltern sind,

können nie gezwungen werden, dasjenige zu bezahlen, was ihre Eltern dem Grosvater schuldig waren; denn was einer selbst nicht erhalten hat, das einzuwerfen, kann ihm nicht zugemuthet werden.

Wenn wir mit diesen Gründen vergleichen, was Doles und andere Rechtslehrer behaupten, daß nämlich in der Erbfolge der Descendenten überhaupt das Eintretungsrecht nicht mehr statt finden soll, und dabei bedenken, wie billig unsere Gesetze sind, die selbst von Kindern nicht mehr eingeworfen verlangen, als um was sie reicher geworden sind; so werden wir gewis eben so billig gegen die Enkel seyn müssen, und nicht verlangen, daß sie etwas zur Haupttheilung bringen, was nie von daher auf sie gekommen, nie ein Theil ihres Vermögens war.

In den Meditationen zweyer Rechtsgelehrten über verschiedene Rechtsmaterien, im 1 Bd. p. 157. wird zwar die gegentheilige Meynung aufs neue vertheidigt; die Gründe aber, mit welchen ihre Meynung unterstützt werden wollen, haben uns nicht im geringsten überzeugt.

Also nur Kinder sind zu conferiren verbunden, nicht Ascendenten, nicht Collaterales, vielweniger Extranei und noch vielweniger Legatarii. Doch muß die Frau erst ihr Eingebrachtes conferiren, wenn sie miterben will. Will sie aus Beisorge, sie möchte zu kurz kommen, nichts conferiren, so muß sie sich ihres Erbtheils begeben.

§. 1610. Die Verbindlichkeit zu conferiren, gründet sich auf praesumtam voluntatem patris; er fällt weg, wenn der Vater l. expresse im Testament sagt, daß z. E. seine Tochter nicht conferiren soll; l. tacite wenn man das ex facto quodam schliesen kann. Z. E. Wenn der Vater sagt: ich vermache meiner kleinsten Tochter auch 1000. damit sie den übrigen, die soviel pro dote bekommen haben, gleich werde.

Die nicht miterben (exheredati et abstenti) sind nicht zur Collation verbunden.

§. 1611. Qu. Was ist zu conferiren? Rsp. Dasjenige, was bei Lebzeiten der Eltern auf die Kinder gekommen, und was ihrentwegen die übrigen erhalten haben (propter ipsos). Also muß conferirt werden:

1) Dos

1) Dos,
2) Donatio propter nuptias,
3) Simplex donatio inter vivos (i. e. quae non est remuneratoria). Darüber aber wird sehr gestritten.

Allein alles Streites ohnerachtet sind Kinder doch diese nicht zu conferiren schuldig. Ratio:

a) Man sieht doch aus solchen Schenkungen, daß der Vater haben wollte, das Kind solle sie als ein Praecipuum zum voraus haben.

b) Die alleg. LL. reden blos von der Donat. propter nuptias und nicht generatim von den Schenkungen. — Ferner muß conferirt werden:

4) Subsidium paternum, die Anhülfe.
5) Die Hochzeitgeschenke, welche Kinder von ihren Eltern bekommen haben. Die andern nicht, außer: wenn an einem Ort Observanz ist, daß derjenige die Hochzeitgeschenke bekommt, der den Schmaus ausrichtet.
6) Schmuck und Kleidung, welche die Eltern zur Heurath hergeben.
7) Was die Eltern zu einer solchen Würde hergeben, wovon die Kinder Einkünfte haben — ad spectabilem dignitatem.

Es werden nicht conferirt: 1) Schenkung auf den Todesfall — Praelegata.

Ferner: es muß bewiesen werden per testes, per iuramenti delationem, per assignationem paternam, was die Kinder bekommen haben.

§. 1612. Non conferuntur:

1) Alimenta, (denn sie sind dadurch nicht reicher worden) et quae alimentorum rationem habent: z. E. Schulgelder ꝛc.
2) Der Hochzeitschmaus. Ausgenommen sagt Leyser in der Note: wenn die Tochter ihren Hochzeitschmaus vom Manne bekommen hat, denn da ist sie locupletior worden.
3) Das, was der Vater auf die Ranzion seiner Kinder verwendet.
4) Was der Vater der Republick wegen für seine Kinder verwendet. Exempel siehe im Spho.

Ja wenn der Sohn hat auf Universitaeten Schulden machen müssen, so sind diese aus der Erbschaft zu bezahlen.

5) Quae casu perierunt — haec omnia non conferuntur.

§. 1613. Sachen, die der Collation nicht unterworfen sind, müssen doch conferirt werden, wenns die Eltern ausdrücklich verordnen. Denn sie sind ihnen nur den Pflichttheil schuldig. — Also auch die Kosten welche des Studierens wegen gemacht worden. Doch muß eine solche Verordnung deutlich declarirt werden; quia testator se iuri communi confirmasse praesumitur. Ex sola igitur consignatione non sequitur iussus collationis. Gesetzt aber, es ist eine solche Verordnung deutlich, so kann auch der Sohn das abziehen, was zu seinem Unterhalt erforderlich war.

Es giebt auch Rechtslehrer, welche behaupten, daß der Sohn die sumtus studiorum conferiren müsse, si male impenderit, i. e. wenn er dem Staat gar nicht dienen kann.

§. 1614. Man kann in Natur, man kann auch dem Werth nach conferiren. In Natur: z. E. das Haus restituiren. NB. h. c. muß die Sache nur nicht deteriorirt seyn. Dem Werth nach, i. e. durch Ab- oder Zurechnung. Der Werth wird nach dem Pretio bestimmt, den die Sache tempore mortis testatoris hatte, wenn die Sache nicht deteriorirt ist. Manchmal wird auch die Collation per Cautionem praestirt, i. e. wenn nicht liquid ist, quid, quale aut quantum conferendum sit. Wer diese Cautio nicht praestirt, verliehrt die Erbschafts-Klage.

LIB. XXXVII. TIT. VII.

De collatione dotis.

§. 1615. Auch die Mitgift muß conferirt werden, welche die Tochter von ihren Eltern erhalten und durante matrimonio conservirt hat. Wenn aber z. E. der Mann die Mitgift zum Theil oder ganz durchgebracht hätte, so conferirt sie auch nur was sie noch in salvo hat, es müste denn seyn, daß sie selbst an der Einbuße des Dotis Schuld wäre, denn in diesem Fall muß sie den Dotem ganz conferiren.

Es wird ihr auch zur Schuld angerechnet, wenn sie tanquam maiorennis den Dotem nicht zeitig genug repetirt. Dies ist der Fall, wenn sie merken sollte, daß der Mann übel wirthschaftet und zu dilapidiren anfängt.

LIB.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1696968690/phys_0388
DFG

LIB. XXXVII. TIT. VIII.

De coniungendis cum emancipato liberis.

§. 1616. Bei den Römern gieng es an, daß der Vater seinen Sohn emancipirte und dessen Kinder doch unter seiner Gewalt behielt.

In diesem Fall schlossen die Enkel, welche tempore mortis des Grosvaters noch unter dessen Gewalt stunden, nach dem strengern Recht den emancipirten Vater von der Erbschaft aus. Der Prätor gab aber dies wieder nicht zu, sondern ertheilte ex aequitate dem patri emancipato die bonorum possessionem, so, daß er also mit seinen Kindern die Erbschaft zur Hälfte bekam.

Heut zu Tag schliessen die Emancipati ihre Kinder gänzlich von der Erbschaft aus, folglich hat dieser Titel blos noch usum doctrinalem und weiter keine Anwendung mehr.

LIB. XXXVII. TIT. IX.

De ventre in possessionem mittendo et curatore eius.

§. 1617. Die bonorum possessio ventris nomine bewirkt, daß die Frau Standesmäßigen Unterhalt aus der Erbschaft prätendiren kann. Sie muß ihn aber wieder herausgeben, wenn sie calumnioſe sich nur für schwanger ausgegeben hat. Calumnioſe, i. e. aus Chicane, nur um dadurch etwas zu lucriren, das ihr nach den Rechten nicht gebührt. Es wurde ihr daher ein curator ventris gegeben.

Curator ventris est is, qui curat, ne alienus partus supponatur.

LIB. XXXVII. TIT. X.

De carboniano edicto.

§. 1618. Impuberes, denen quaestio status movirt worden, können bonorum possessionem und fordern, daß der Streit aufgehoben werde, bis sie puberes worden.

Jedoch muß ein solcher Impubes Caution leisten; kann er nicht, so wird der Contraditor zugleich mit in den Besitz immittirt; macht er die erforderliche Caution aufrecht, so wird er Administrator. Widrigenfalls wird ein Curator bonorum constituirt. Uebrigens ist noch zu merken, daß der Missus standesmäßigen Unterhalt von der Erbschaft prätendiren kann, welchen er nicht restituiren darf, weil er bonae fidei possessor ist.

LIB. XXXVII. TIT. XI.

De bonorum possessione secundum tabulas.

§. 1619. Bonorum possessio secundum tabulas ist per §phum 1602. diejenige, welche der Praetor den im Testament eingesetzten Erben ertheilt. Dies pflegt zu geschehen, wenn ein Anfangs gültiges Testament ex post ob impedimentum existens ungültig wird. Der Praetor hilft einem solchen Testament wieder auf, wenn das Impediment tempore mortis testatoris cessirt. Die Fälle sind folgende:

1) Wenn das Testament per posthumum rumpirt worden und der Posthumus noch vor dem Testirer gestorben ist.
2) Wenn das Testament ob praeteritionem filii null, der Praeteritus aber vor dem Testirer gestorben ist.
3) Wenn das Testament ein testamentum irritum ist, und dergleichen mehr.

LIB. XXXVII. TIT. XII.

Si a parente quis manumissus sit.

§. 1620. Durch die Emancipation gehen die iura familiae et successionis verlohren. Daher hat der Vater, welcher seinen Sohn emancipirt, eben so wenig das Successions-Recht auf dessen Hinterlassenschaft, als der Sohn auf die Hinterlassenschaft des Vaters. Dies veranlaßte denn den Praetor abermals die bonorum possessionem ex aequitate zu ertheilen. Der praeterirte Vater erhielt daher o Kraft denselben die Legitimam und wenn ihm turpis persona vorgezogen worden, die ganze Erbschaft.

LIB. XXXVII. TIT. XIII.

De bonorum possessione ex testamento militis.

§. 1621. Die testamenta militum waren so stark privilegirt, daß sie in hostico, i. e. in expeditione ohne alle Solennien gemacht werden konnten. War nun doch irgend ein Impediment vorhanden, das der Gültigkeit des Testaments hätte schaden können, so gab der Praetor die bonorum possessionem dem Erben secundum tabulas; contra tabulas aber vermochte er nichts zu verfügen.

LIB. XXXVII. TIT. XIV.

De iure patronatus.

§. 2622. Wer bei den Römern seinem Servo die Freyheit schenkte, wurde dadurch Patronus. Der Entlassene war nun instar filii und der Patron instar patris anzusehen. So wie nun Eltern von ihren Kindern Ehrfurcht und gewisse Dienste zu fordern berechtigt sind; so stehen auch dem Patron in Beziehung auf den Libertum gewisse Rechte zu.

Zu diesen gehört vorzüglich, daß der Patron Ansprüche auf die Erbschaft des Liberti macht und wenn er in

in dessen letzten Willen praeterirt worden, so giebt ihm der Prätor die bonorum possessionem contra tabulas. Vid. L. 21. §. 1. D. h. t. Die Klagen die dem Patron zustunden waren:

1) Die Actio Favisiana, welche statt fand, wenn ihm etwas an der Legitima fehlte.
2) Die Actio Calvisiana, ex L. 1. §. 11 et 21. si quod in fraudem patron. welche gegen die Intestat-Erben angestellt wurde.

Hodie cessiren beide ob status mutationem. Doch statuiren Lauterbach und andere Rechtslehrer noch aliqualem usum derselben, wenn alienationes in fraudem legitimae gemacht worden sind.

LIB. XXXVII. TIT. XV.

De obsequiis parentibus et patronis praestandis.

§. 1623. Dieser Titel hat wohl ratione libertorum bei uns keinen Nutzen mehr, aber ratione liberorum kann er nicht geläugnet werden. Der Innhalt in Beziehung auf letztere ist also kürzlich folgender.

Die Kinder sind ihren Eltern Ehrfurcht schuldig; daraus folgt:

1) Daß sie weder die Eltern ohne specielle Erlaubnis vor's Gericht rufen, noch
2) gegen sie eine ehrenrührige Klage erheben dürfen.
3) Können sie auch den Eid für Gefährde nicht von ihnen verlangen.
4) Müssen sie den Eltern das beneficium competentiae zugestehen und
5) sie im Nothfall ernähren.

Die folgenden fünf kleinen Titel haben bei uns gar keinen Nutzen mehr, wir gehen also gleich zur Successione ab intestato über.

LIB.

LIB. XXXVIII. TIT. VI.

Si tabulae testamenti nullae exstabunt, unde liberi.

§. 1629. Successio ab intestato ist diejenige Erbfolge, welche uns einzig und allein aus unmittelbarer und nächster Verordnung der Gesetze ohne ein Factum eines andern zusteht. Sie steht uns aber entweder ex iure veteri zu, dann heist sie successio vetus — die alte Erbfolge; oder ex iure novo, da wird sie successio nova s. iuris novellarum genennt.

1) Ius vetus — begreift unter sich alle Gesetze die per Nov. 118. abrogirt worden.

2) Ius novum — darunter verstehe die Novell. 118. samt den ältern Gesetzen die nicht dadurch abrogirt sind. Wir handeln:

I. De successione veteri.

Das Grundgesetz war: nur diejenigen succediren, die zur Familie des Defuncti gehören. Bynkershoek beweist alleg. loco: die Alten haben die Familien als eine Universitatem betrachtet, unter welcher ein gewisses Codominium statt fand. Diejenigen die zur Familie gehörten, waren als Codomini zur Erbschaft zuzulassen; diejenigen aber, die nicht zur Familie gehörten wie z. E. cognati, emancipati et ipsa mater — sollten ausgeschlossen seyn. Daher nannten die Römer den successorem heredem, welches Wort eben so viel bedeutet, als herus s. dominus. Die deutschen aber Erben, von Er — dominus und *se* quod idem est ac *substantia*. Diese alte Erbfolge aber ist durch SCta, leges novas speciales, besonders durch das prätorische Recht gar sehr geändert worden. Denn nach den LL. XII. Tab. waren zur Succession lediglich die sui und agnati berufen. SCtum Tertullianum vero etiam vocat matrem; SCtum Orphitianum vocat liberos ad hereditatem maternam; (de quo Tit. XVII. copiosius). Emancipati, cognati et coniuges quoque per praetores admissi sunt.

§. 1630. Auch die Emancipati hatten stricto iure kein Successions Recht. Der Prätor aber, dem dies unbillig schien,

schien, gab ihnen durch das edictum unde liberi die bonorum possessionem, welche auch die sui benutzen konnten.

Doch hodie bedürfen weder Sui noch Emancipati ob Novell. 118. dieses Rechtsmittel.

LIB. XXXVIII. TIT. VII.

Unde legitimi.

§. 1631. Unter den Legitimis sind blos die Agnaten zu verstehen. In so ferne nun diese von den Emancipirten abstammten, hatten sie auch nach dem iure civili kein Successions-Recht. Es muste auch ihnen dahero der Prätor ex aequitate zu Hülfe kommen und die bonorum possessionem ertheilen, welche er auch denjenigen Agnaten nicht denegirte, die nicht von Emancipatis abstammten.

LIB. XXXVIII. TIT. VIII.

Unde cognati.

§. 1632. Nach dem iure civili kommen also blos die agnati non emancipati zur Succession und mithin waren die Cognati gänzlich davon ausgeschlossen. Dies veranlaßte den Prätor nach der proximitate gradus den Cognatis wieder die bonorum possessionem zu ertheilen. Er gab sie ihnen bis zum sechsten Grad. Doch hodie haben sie auch dies beneficium praetoris nicht mehr nöthig.

LIB. XXXVIII. TIT. IX.

De successorio edicto.

§. 1633. Beneficia nemini obtruduntur sed peti debent. Daher muste man um die bonorum possessionem bei dem Prätor bitten, und zu dieser petitione waren sec. §. 1602. gewisse

gewisse tempora praefigirt. Die Kinder hatten nämlich ein Jahr, die übrigen agnati et cognati 100 Tage.

Wenn nun einer von Erben innerhalb des festgesetzten Zeitraums nicht um die bonorum possessionem bat, so accrescirte seine portio vacans den Verwandten gleichen Grades, und wenn keiner von diesen da war, so kamen die entfernterern in gehöriger Ordnung zur Erbfolge, wenn sie darum nachsuchte. War gar keiner da, der sich um die Erbschaft bemühte, so fiel sie tanquam hereditas caduca dem Fisco anheim.

Der §. 1634. bedarf keiner Erklärung.

LIB. XXXVIII. TIT. XI.

Unde vir et uxor

§. 1635. Wenn ehmals die Frau dem Manne übergeben worden war, so succedirte ihr der Mann, so wie ihr Vater, und die Frau ihm, wie die Tochter. Doch als die Confarreation (die in gewissen feyerlichen Worten und Formeln bestund, welche in Gegenwart von 10 Zeugen ausgesprochen wurden und wobei man dem Priester ein gewisses Brod und Mehl zum Opfer gab) abkam, hörte auch diese nach bürgerlichen Rechten bisher übliche Successio auf. Jedoch lies der Prätor ex aequitate den coniugem superstitem, wenn keine Cognati vorhanden waren, zur Succession.

LIB. XXXVIII. TIT. XII.

De veteranorum et militum successione.

§. 1636. Damnati ad mortem fielen in den Stand der Sclaverey, folglich fiel ihr Vermögen dem Fisco anheim und es fand weder die Intestat-Erbfolge noch die testamentarische statt.

Hiervon sind aber die Soldaten ausgenommen, welche ex delicto militari zum Tod verurtheilt worden waren; denn diese konnten ihr Vermögen auf die Intestat-Erben sowohl, als auf andere ex testamento übertragen.

LIB. XXXVIII. TIT. XIII.

Quibus non competat bonorum possessio.

§. 1637. Bonorum possessio ist eine Erbschaft, welche der Prätor ertheilt. Diejenigen also allein haben Anspruch darauf, welche von dem Prätor in edicto vocirt worden und um solche gebeten haben; denn ipso iure wird sie nicht concedirt, sondern es ist eine Erklärung nöthig, welche hodie quomodocunque, auch per procuratorem geschehen kann. Denjenigen aber, welchen es nach dem iure civili schon verboten ist, Erben zu seyn und denen die Erbschaft als Unwürdigen genommen wird, kann die bonorum possessio nicht zu Theil werden.

Der §. 1638. bedarf keiner Erklärung.

LIB. XXXVIII. TIT. XV.

Quis ordo in possessionibus servetur.

§. 1639. Wenn ein Testament vorhanden ist, welches nach dem iure praetorio bestehen kann, so findet die Successio ab intestato nicht statt.

Was aber die Ordnung betrift, welche der Prätor in Ertheilung der bonorum possessionis zu beobachten hat, so ist zu merken, daß er sie:

1) ex testamento und zwar:
   a) vel secundum —
   b) vel contra tabulas, so dann aber erst
2) ab intestato gab.

Zuerst folgten die Kinder, dann die Legitimi subaudi: Agnati, dann die Cognati und endlich erst die Coniuges, wenn keine Cognati vorhanden waren.

Die Successio ab intestato ex lege civili, deren §. 1640 41 und 42. gedacht wird, ist oben im 1629. §. erklärt worden, wir kommen also nunmehro:

II. zur successione nova. Explicetur igitur ordo succedendi ex Nov. 118.

§. 1643.

LIB. XXXVIII. TIT. XVII.

Ad SCtum Tertullianum et Orphitianum.

§. 1643. Hellfeld nimmt mit Heineccius, Schaumburg und andern an: Iustinian hätte in dieser Novella einen ganz neuen Grund angenommen; nämlich diejenigen sollten ab intestato succediren, welche der Verstorbene praesumtive am meisten geliebt hat. Es steht aber kein Wort davon in der Novelle und die Successions-Ordnung selbst ergiebt, daß dies der Grund nicht seyn könne. Ratio:

1) Wäre dies der Grund, so könnten die Ehegatten, die das stärkste Recht auf die Liebe des Defuncti haben, nicht so weit zurückgeworfen seyn.

2) Auch hätte Iustinian Eltern und Geschwister nicht coniunctim zur Successiion berufen können, wenn er nämlich die stärkere Liebe zum Grund angenommen hätte.

Also dies Principium können wir nicht annehmen. Merke daher: Iustinian folgte den Grundsätzen der Prätoren. Und diese sind:

a) daß er den nexum patriae potestatis et familiae verwarf und

b) mehr auf Billigkeit und nahe Verwandschaft sahe.

§. 1644. Successio iuris novi ab intestato ist also:

A. entweder auf Verwandschaft gegründet, dies heist: Successio ab intestato ex iure sanguinis s. iuris cognatorum.

B. Oder sie beruht auf einem andern speciellen Grund — successio ex speciali legis dispositione.

Anmerkung: Auf Schwägerschaft ist keine successio gegründet; ergo affinium qua talium nulla est successio. Conferatur Koch: de successione ab intestato etc. Diesem müssen wir in dieser Lehre stricte folgen. Sonach stehen:

1) in der ersten Klasse alle Descendenten;

2) in der zweyten Klasse:

a) Die nächsten Ascendenten

b) vollbürtige Geschwister, und

c) der vollbürtigen Geschwister Kinder;

3) In der dritten Klasse stehen: Halbgeschwister und verstorbener Halbgeschwister Kinder;
4) in der vierten Klasse alle übrige Collaterales; die in den ersterwähnten drey Klassen nicht mit begriffen sind.

NB. In Sachsen sind nur drey Klassen: 1) Descendentes, 2) Ascendentes, 3) Collaterales.

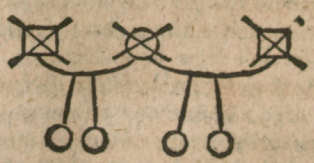
Regeln: 1) Jede von den vorhergehenden Klassen schließt die folgende aus.
2) Personen, welche in eine Klasse gehören, schließen einander nicht aus, wenn auch einer proximior seyn sollte, als der andere, sondern sie succediren coniunctim.

§. 1645. Dieser §. handelt de Ima classe successionis cognatorum. Da stehen: die Descendentes, sunt ii, qui sanguinem a defuncto trahunt, et quidem aut vere aut ficte wie z. E. die Wahlkinder. Da ist kein Unterschied in Absicht auf Geschlecht oder Rang; kein Unterschied in Absicht auf die väterliche Gewalt (nämlich in successione); endlich auch kein Unterschied in Absicht auf den Grad. Die vom erstern und die vom entferntern Grad haben einerley Recht.

Regula: Descendens adhuc vivens excludit omnes a se natos.

Sectio I. De legitime natis.

Die descendentes legitime nati sind entweder aus einer Ehe gezeugt, oder aus verschiedenen Ehen. Aus verschiedenen Ehen; da ist Regel: communi parenti succedunt coniunctim, proprio autem succedunt separatim: z. E.



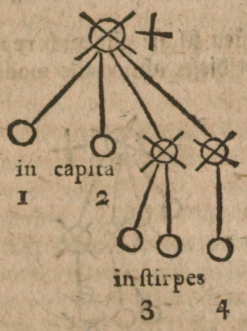
Der Grund ist: Stiefeltern und Stiefkinder sind affines, quorum nulla est successio.

Aus einer Ehe; hier ist zu distinguiren:
1) Entweder sind lauter Kinder ersten Grads vorhanden, da ist die Regel: succedunt in capita — nach der Häuptezahl, i. e. es werden so viele Erbtheile gemacht, als succedi-

cedirende Personen vorhanden sind. Daher das altdeutsche Sprüchwort: So viel Mund, so viel Pfund.

2) Oder es sind nicht lauter Kinder vom ersten Grad vorhanden, h. e. sind die Descendenten

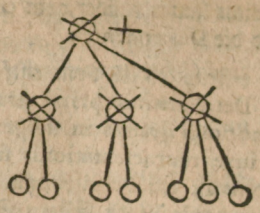
a) theils vom ersten, theils vom entferntern Grad, da ist Regel: Descendentes primi gradus succedunt in capita; remotioris gradus in stirpes nach den Stämmen, i. e. iure repraesentationis succedunt. Ius repraesentationis ist ein Privilegium, vermöge dessen jemand an der verstorbenen Eltern Stelle tritt und das Recht bekommt statt ihrer zu erben: z. E.



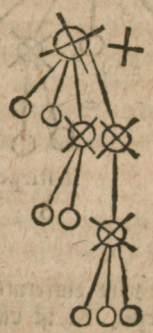
b) Oder sie sind alle vom entferntern Grad und zwar:

α) l. ex una stirpe, da ist die Regel: succedunt in capita: z. E.

β) l. ex diverſis ſtirpibus; da iſt die Regel: ſuccedunt in ſtirpes: z. E.



Bei dieſer erſten Klaſſe gilt auch repraeſentatio repraeſentationis, außer dieſer aber nullo modo: z. E.



§. 1646. Sectio II. de deſcendentibus legitimatis. Legitimati ſunt:

1) aut per ſubſequens matrimonium, da iſt Regel: ſuccedunt ut legitime nati;

2) aut per reſcriptum principis. Repetatur §. 144. da iſt alles erklärt.

Sectio III. de adoptivis. Repetatur §. 151.

§. 1647. Sectio IV. de illegitimis.

Illegitimi ſunt:

1) aut

I. aut ex damnato coitu procreati, h. e. dicuntur l. adulterini l. incestuosi, Beiden steht nach römischen nicht nur keine Erbfolge zu, sondern sie sollen auch überdies nicht einmal die Alimenten bekommen. Allein nach dem Iure Communi und der praxi müssen sie alimenta naturalia bekommen.

II. aut non; hoc vero casu sunt:

A. l. naturales —; qui ex concubinatu procreati sunt. Sermo est:

1) aut de materna hereditate. Hier ist Regel: succedunt ut legitime nati.

2) aut de hereditate patris. Distingue: Pater h. e.

a) aut legitimam prolem s. coniugem legitimam reliquit. Hier ist Regel; daß sie gänzlich nicht succediren.

Observ. Sub legitima prole verstehe auch die adoptivos et legitimatos.

b) aut non. Da gilt die Regel: Naturales Imi gradus succedunt una cum matre in Sextantem, i. e. $\frac{2}{12}$ oder $\frac{1}{6}$ von der Erbschaft. Sind diese natürliche Kinder verstorben, so können ihre Eltern nichts prätendiren. Die Mutter bekommt den Kindestheil und alle zusammen, Mutter und natürliche Kinder, es mögen ihrer viele oder wenig seyn, bekommen nicht mehr, als den 6ten Theil. Qu. Ob dies hodie noch statt finde? Rsp:

Iure Romano wurde die Successio in Sextantem nur den naturalibus verstattet, weil der Concubinat tolerirt war.

Hodie aber ist der Concubinat nicht erlaubt; mithin ist verior sententia, daß die Successio in Sextantem nicht mehr statt finde. Dissentiunt quidem Doctores, sed ex aequitate tantum statuunt, eam licitam esse.

B) l. spurii. Hier ist;

1) entweder von der väterlichen Verlassenschaft die Rede; da haben die Spurii keine Erbfolge, nicht einmal die Successionem in Sextantem. Doch diejenigen Rechtslehrer, welche den liberis naturalibus die successionem in Sextantem gestatten, müssen sie diesen auch zugestehen; denn sie sind hodie mit diesen einerley.

2) Oder es ist von der mütterlichen Erbschaft die Rede. Da gilt die Regel: habent omnino successionem, weil von Seiten der Mutter kein Zweifel vorwaltet, daß die Kinder ihre rechte Kinder sind. Excipe: Wenn die Mutter eine persona illustris ist und aus rechtmäßiger Ehe erzeugte Kinder hat, so succediren die Spurii nach dem L. 5. Cod. ad SCtum Orphitianum nicht. Justinian soll diese Verordnung aus Gefälligkeit gegen seine Gemahlin Theodora gemacht haben. Merke: dieser L. wird hodie nicht auf Nobiles applicirt.

C. l. vulgo quaesiti. Diese habe die mütterliche Erbfolge, aber in Absicht auf den Vater gar keine, weil der Vater gänzlich ungewiß ist.

1648. Dieser §. gehört eigentlich ins deutsche Recht. In Sachsen, wo die Gerada eingeführt ist, obtinirt das Heergeräthe bei den Mannspersonen.

Res expeditoria, das Heergeräthe — est suppellex militaris, ex iuris dispositione proximo agnatorum relinquenda: z. E. das Pferd, das er geritten, Sattel und Zeug, Schild, Lanze, Schwerd ꝛc.

Nach neuerer Zeit hat sich das Heergeräthe sehr geändert, denn es fand nur bei Adelichen statt; hodie ist es bis auf carnifices extendirt worden. Iure novo rechnet man also dahin: z. E. Omnes res vestitum ornatumque virilem spectantes. Conferatur Knorr in seinen rechtlichen Anmerkungen, et v. Pufendorf Tom. I. observ. 190.

Gerada (die Gerade) — est suppellex ad instruendam familiam ornandamque mulierem faciens, proximae cognatorum relinquenda. Die einzelnen dazu gehörigen Stücke findet man in Barths Bericht von der Gerade und dem Heergeräthe nach alphabetischer Ordnung, auch in Hommels Rhapsodie.

§. 1649. Anmerkungen:

1) Bei der Succession müssen alle diejenigen Güter abgesondert werden, die nicht zur Erbschaft gehören: z. E. pecunia adventitia liberorum, illata uxoris.

2) Stiefkinder haben auf die Verlassenschaft der Eltern kein Erbrecht, quia affinium nulla est successio. Wenn daher bei der Erbfolge Kinder aus verschiedenen Ehen zusammen kommen, so succedirt jedes seinen Eltern.

§. 1650.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1696968690/phys_0402
DFG

§. 1650. Die zweyte Klasse fasset die nächsten Ascendenten, die vollbürtigen Geschwister, und vollbürtiger verstorbener Geschwister Kinder.

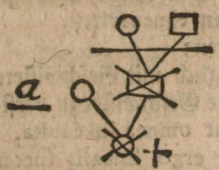
Sie heissen: Fratres sororesque bilaterates, s. germani germanaeve. Dies sind solche, welche nicht nur von einerley Vater und Mutter abstammen, sondern auch in Ansehung Beider die völlige, i. e. uneingeschränkte Erbfolge haben. Also: sie können von einerley Vater und Mutter seyn, und doch nicht vollbürtig: z. E. naturales liberi. Diese haben zwar in Absicht auf die Mutter die völlige Successiion aber nicht in Absicht auf den Vater; denn da haben sie nur die Successionem in Sextantem —

Merke hier einige Fälle:

I. Wenn nur soli ascendentes vorhanden sind.

Es ist entweder nur ein einziger vorhanden oder mehrere. Ist nur ein einziger da, so ist die Regel: heres fit ex asse. Sind aber mehrere vorhanden, so ist zu distinguiren. Sie sind:

1) entweder von ungleichem Grad; da ist die Regel: proximus excludit remotiorem. Also findet hier bei den Ascendenten kein Repraesentations-Recht statt: z. E.



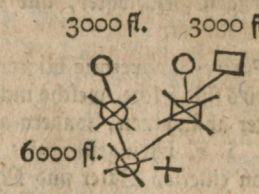
Die obern fallen durch, denn der Ascendens a excludirt die remotiores.

2) Oder sie sind von gleichem Grad, so sind sie:

a) l. ascendentes primi gradus, hic valet regula: succedunt in capita, doch so, daß der Vater das peculium profectitium zurücknehmen kann.

b) l. remotioris gradus, h. l. findet die Successio in lineas statt:

Zum Exempel:



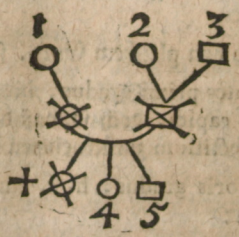
Succeſſio linealis hat die Bedeutung, daß die Erbſchaft in zwey gleiche Theile getheilt und einer auf die väterliche, der andere auf die mütterliche Linie fällt. Dieſe ſucceſſio linealis findet ſtatt ſine bonorum diſcrimine, i. e. es wird nicht darauf geſehen, ob der Defunctus ſein Vermögen vom Vater oder von der Mutter her hat, es iſt gleichviel. Conferatur Paul Willhelm Schmidii diſſ. de diverſitate bonor. in ſucceſſ. aſcendentium et iure romano et germanico non attendenda. Ienae 1755.

Nach Landesgeſetzen findet man jedoch bisweilen das Contrarium: z. E. in Oſtfriesland — haben ſie das Contrarium unter dem Namen des Rückfalls-Rechts (iuris recadentiae).

II. Wenn Aſcendenten mit vollbürtigen Geſchwiſtern oder Geſchwiſterkindern concurriren.

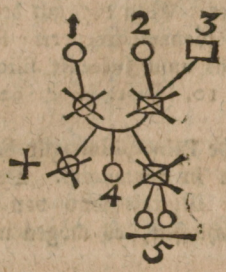
Sie concurriren:

1) entweder lediglich mit Geſchwiſtern (NB. hier ſind immer vollbürtige Geſchwiſter zu verſtehen); ſo iſt die Regel: Succedunt omnes in capita. Omnes, alſo auch Aſcendentes; ergo linealis ſucceſſio hoc caſu ceſſat. z. E.

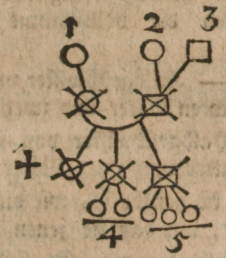


2) Oder

2) Oder dies ist nicht. Hier concurriren sie:
a) Theils mit Geschwistern, theils mit Geschwisterkindern; so ist die Regel: die Ascendenten und die Geschwister succediren in capita, die Geschwisterkinder in stirpes: z. E.



b) Oder sie concurriren lediglich mit Geschwisterkindern, hier ist die Regel: die Ascendenten succediren in capita und die Geschwisterkinder in stirpes: z. E.



Huber will behaupten, daß die Ascendenten im letztern Fall die Geschwisterkinder ganz ausschlößen, allein es ist in der Novella 118. kein Grund dazu vorhanden.

III. Wenn lediglich vollbürtige Geschwister und vollbürtige Geschwisterkinder vorhanden sind; da ist zu distinguiren. Es sind:
1) entweder lauter Geschwister da — succedunt in capita.
2) Oder lediglich Geschwisterkinder — da ist die seltene Dispositon zu merken: succedunt in capita.
3) Oder theils Geschwister, theils Geschwisterkinder — hier succediren erstere in capita und letztere in stirpes.

§. 1652.

1652. In der Lehre de successione descendentium et ascendentium gilt die Regel: Successio est reciproca i. e. eben das Erbrecht, das Descendenten auf Ascendenten haben, das haben auch letztere auf ihre Kinder. Also, wo die Kinder ihre Eltern beerben, da beerben auch vice versa die Eltern die Kinder. Eben das gilt bei der Adoptione, si adoptionem minus plenam exceperis: Filius quidem patri, pater vero adoptans non succedit filio adoptato. Dies ist nach dem L. 10. §. 1. Cod. de adoptionibus unläugbar.

Das nämliche Principium gilt bei Illegitimis sogar quoad successionem in Sextantem. Doch ist auch hier die Ausnahme: Mater illustris wird von der Erbfolge eines Spurii nicht ausgeschlossen, es mögen noch so viele Kinder da seyn.

§. 1653. Die dritte Klasse fast: Halbgeschwister und verstorbener Halbgeschwister Kinder (Fratres sororesque unilaterales.) Dies sind diejenigen, die nur einen gemeinschaftlichen Parentem haben, wenigstens nur einen, in Ansehung dessen ihnen die vollkommne Erbfolge zusteht.

Diese sind:

1) l. consanguinei — Halbgeschwister von väterlicher Seite, i. e. die einen rechten Vater und zwey Mütter haben.

2) l. uterini — Halbgeschwister von mütterlicher Seite, i. e. die eine Mutter und zwey Väter haben.

Ihre Erbfolge ist gerade so, wie die Successio der vollbürtigen Geschwister, nur daß sie jenen nachstehen.

Doch ist zu distinguiren: Es sind

A. entweder lediglich Halbgeschwister da — succedunt in capita.

B. Oder das ist nicht. Es concurriren also

a) entweder Halbgeschwister mit Halbgeschwisterkindern; so succediren erstere in capita, letztere in stirpes.

b) Oder es sind lediglich Halbgeschwister da, so ist die Regel: succedunt indistincte in capita.

Nach dem Iure Romano findet hier kein discrimen bonorum statt, obgleich nach der Praxi dies wohl angeht. Discrimen bonorum in eo consistit, ut consanguinei paterna

terna, uterini materna recipiant, reliqua autem communiter dividantur. Z. E.

Consanguinei. 8000 acquaestus. Uterini.

Die ganze Vermögens-Summe des Defuncti belauft sich hier auf 12000 fl. Die Consanguinei bekommen 3000. zum voraus, die Uterini dagegen nur 1000; 8000 bleiben übrig, welche dann in gleiche Theile unter sie vertheilt werden müssen.

Anmerkungen:

1) Das discrimen bonorum — findet nur statt in Ansehung desjenigen Vermögens, das der Defunctus unmittelbar aus väterlicher oder mütterlicher Linie erhalten hat. Daraus folgt: was der Defunctus von seinen Seitenverwandten geerbt hat, ist dem discrimen bonorum nicht unterworfen.
2) Das discrimen bonorum wird eingeschränkt, so, daß es nicht statt findet, wo Halbgeschwister untereinander concurriren.

§. 1654. Die vierte Klasse hält: die collaterales reliquos, die nicht Geschwister und Geschwister Kinder sind. Also schon Geschwisterkindes Kinder und dergleichen.

Merke:

1) Das ius repraesentationis cessirt hier gänzlich.
2) Duplicitas vinculi wird hier nicht in Anschlag gebracht und
3) Das discrimen bonorum wird nicht beabsichtiget. Es ist also
   a) entweder nur ein Collateralis vorhanden; da ist Regel: totam capit hereditatem etsi remotissimus esset.
   b) Oder es sind mehrere da, so kommt es darauf an, ob sie

x) l.

α) l. aequalis gradus sind, h. e. succediren sie in capita;

β) l. inaequalis gradus; da gilt die Regel: proximus excludit remotiorem.

§. 1655. Dieser §. handelt von den legitimatis, adoptatis, spuriis et vulgo quaesitis. Legitimati sunt

1) aut per subsequens matrimonium — diese werden nach dem Iure Germanico als Vollbürtige angesehen;

2) aut per rescriptum principis, qui unilateralium iure censentur, i. e. sie werden von Seiten desjenigen, der die Legitimation bewirkt hat, als Halbgeschwister angesehen.

Adoptirte Geschwister sind als consanguinei anzusehen und Spurii et vulgo quaesiti werden wie uterini betrachtet.

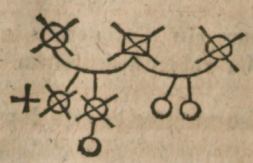
§. 1656. Das Ius Saxonicum weicht in der successione collateralium in zweyen Puncten von dem iure communi ab; und zwar darinn:

1) daß da gar kein ius repraesentationis statt findet. Proximus excludit remotiorem — diese Regel gilt so gar bei Geschwister und Geschwisterkindern.

2) Bei Halbgeschwistern gilt die Regel: Halbgeburt tritt einen Grad weiter, i. e. vollbürtiges Geschwister wird um einen Grad näher betrachtet, als Halbgeschwister: Z. E.

frater. Halbbrüder

Aber wenn das Exempel so wäre:



so succedirten alle drey in capita.

So

So auch mit des Vaters Bruder und mit den Halbbrüdern ist er gleich verwandt. Aber als Ausnahme von der Regel, bekommt der Vatersbruder nichts, und die ganze Erbschaft die Halbbrüder.

§. 1657 — 1658. De Successione ex speciali iuris dispositione. Sie ist diejenige, welche nicht auf Verwandschaft, sondern auf ein anderes besonderes Fundament gegründet ist. Hellfelds Ordnung ist völlig falsch. Was §. 1662. steht, muß zuerst kommen. Also den obersten Platz behaupten:

1) Socii liberalitatis imperialis. Hi sunt ii, quibus una eademque res a principe donata est. Z. E. Der Fürst schenkt mir und meinem Onkel ein Landgut. Stirbt mein Onkel, so habe ich als Socius nicht die Succession in des Defuncti ganze Verlassenschaft, sondern nur in den partem liberalitatis principis. Der Socius geht also extra dubium dem Ehegatten vor.

Die zweyte Stelle behaupten —

II. Coniuges. Der verstorbene Ehegatte war entweder reich oder arm. Zergliederung der Begriffe:

1) Reich ist derjenige, der so viel hinterlassen hat, daß nicht nur seine Erben, sondern auch superstes coniux congrue davon leben können. In abstracto ists nicht näher zu bestimmen.

2) Arm — der nicht so viel hat, daß er Standesmäßig davon leben könnte. Hat — sagten wir; dies geht auf die Vermögensumstände, die tempore mortis abwalteten.

Nun zur Entscheidung.

A. Wenn der verstorbene Ehegatte reich und der überlebende arm war; so succedirt der Ueberlebende zugleich mit des verstorbenen Anverwandten, diese Anverwandte mögen Ascendenten, Descendenten oder Collaterales seyn.

B. Wenn aber umgekehrt der verstorbene Ehegatte arm und der überlebende reich war; dann succedirt letzterer nicht eher, als wenn der Verstorbene gar keine Kinder hinterlassen hat. Hat er aber Kinder oder sonst Successionsfähige Verwandte hinterlassen, so kann er per bonorum possessionem ex edicto: unde vir et uxor das ganze Vermögen dennoch praetendiren. Nur muß er

sich

sich, wie oben erinnert worden, weil es eine bonorum possessio ist, in 100 Tagen melden.

Qu. 1) Wie viel bekommt der arme Ehegatte? Rsp.

(a Wenn mehr als drey Erben vorhanden sind, so bekommt er portionem virilem (den Kindestheil) — so viel als ein anderer.

b) Wenn aber nur 1, 2 oder 3. vorhanden sind, so bekommt er die quartam hereditatis.

Qu. 2) Quo iure bekommt der arme Ehegatte dies? Rsp. Er concurrirt

a) entweder mit seinen eigenen Kindern — so bekommt er den Erbtheil nur iure ususfructus.

b) Oder mit andern — da bekommt er ihn pleno iure.

§. 1659. Successio coniugum nach deutschen Rechten ist ungemein verschieden. Ja es ist keine Materie so variirend im Iure als diese. Sie gehört eigentlich ins Ius Germanicum. Doch merke: die meisten Statuten gründen sich auf die gewöhnliche communionem bonorum. Diese Communio ist zwar hodie nicht überall gewöhnlich; jedoch auch da, wo sie nicht mehr gilt, sind noch viele Folgen davon übrig. Davon jetzt zwey:

1) wenn Ehegatten einander beerben wollen, so müssen sie zuförderst ihr eigenes Vermögen conferiren. Deswegen kommen viele Fälle vor, wo die Ehegatten (wie schon supra in Tit. de collatione bonorum erinnert worden) nicht erben wollen.

2) Ehegatten müssen, wenn sie gleich nicht in Rücksicht der Gütergemeinschaft succediren, doch vermöge deren Natur zu den Erbschaftslasten das Ihrige beitragen.

§. 1660. Dieser §. enthält blos Sachsenrecht. Nach dem sächsischen Recht muß die successio mariti von der Successione uxoris unterschieden werden. Was

1) die successionem mariti anlangt, so kommt es darauf an: ob die Frau nur Immobilia oder Mobilia hinterlassen hat. Im erstern Fall bekommt der Mann gemeiniglich davon den 4ten Theil; im letztern aber sind die Männer Heredes von der ganzen Mobiliarschaft, es mögen Kinder da seyn, oder nicht. Nur muß die Gerada davon aus-

ausgenommen werden. Auch muß darauf Rücksicht genommen werden, daß die Kinder den Pflichttheil davon bekommen, wenn sie etwa keinen haben.

2) Bei der successione uxorum ist es merkwürdig, daß die Weiber einwerfen müssen. Distingue; Sie concurriren

A. entweder mit Kindern, und zwar:
   a) entweder mit mehr als dreyen, so bekommen sie portionem virilem — den Kindstheil; und quod probe notandum, nur iure ususfructus,
   b) oder dies ist nicht, h. e. bekommen sie nach Sachsenrecht die Quartam, nach Churſachsenrecht aber tertiam partem hereditatis.

B. Oder sie concurriren nicht mit Kindern; hier gilt das nämliche, was erst sub nro. b. gesagt worden.

§. 1661. Nun müssen wir wieder von Hellfeld abgehen. Denn nach den Coniugibus succediren

III. corpora et collegia von denen der Defunctus ein Mitglied gewesen. In der Regel haben diese die Erbfolge nicht, sondern nur alsdenn, wenn ihnen ein besonders Privilegium dazu ertheilt worden. Dies Privilegium haben ecclesiae — in bonis clericorum. Es wird auch auf Stifter und hospitia publica extendirt.

Conf. Eisenhards Rechtshändel Part. 2. Nr. 7. Ja es wird auch auf Akademien extendirt. Ferner sind in lege 1. 3. et 4. Cod. de heredibus decurionum noch mehrere Collegia benennt, die dies Privilegium haben; allein diese Collegia kommen hodie nicht mehr vor.

IV. Fiscus. Die Güter, die der Fiscus bekommt, heißen: Herrenlose Güter. Dieser kann eine Erbschaft occupiren, er muß sich aber in vier Jahren dazu melden. Versäumt er dies Tempus, so ist die Erbschaft verlohren und es behält die Erbschaft, wer sie besitzt. Wieder ein Beweis, daß der Fiscus nur Faveur hat in conservandis bonis, keineswegs aber in acquirendis iis.

Der Fiscus muß auch nach gehöriger Ordnung procediren, wenn er die Erbschaft acquiriren will. Die Erbschaft wird ihm darauf per sententiam iudicis zugesprochen; aber er muß sie cum commodo et incommodo übernehmen, i. e. mit Schulden, wenn welche da sind. Doch

ultra vires hereditatis wird der Fiscus niemals obligirt, weil der favor in conservandis coincidirt.

Qu. Wie ists da, wenn mehrere Stationen in einem Lande concurriren? — Hellfeld macht einen falschen Unterschied zwischen beweg- und unbeweglichen Gütern. Hr. v. Pufendorf Tom. 3. Obs. 14. hat den Ungrund dieser Dist. genug erwiesen, und behauptet: daß der Fiscus, in dessen Bezirk die Güter liegen, die Erbschaft indistincte acquirire oder occupire. Denn seine Acquisition ist weiter nichts, als eine Occupation. Occupiren aber kann keiner, in dessen Bezirk nichts liegt. Der 1662. §. ist bei Gelegenheit des 1657sten erklärt worden.

§. 1663. III. Successio pactitia ist diejenige Erbfolge, welche in einem pacto successorio ihren Grund hat.

Pactum successorium est promissio ante mortem acceptata ad futuram successionem spectans, ita facta, ut validitas non demum a tempore mortis incipiat.

Wir betrachten diese Pacta in der Folge nach dem iure hodierno; hier aber: secundum ius romanum. Da betrift es

1) entweder hereditatem tertii; da ist das pactum successorium gültig, wenn der künftige Erblasser selbst darein willigt und eine gewisse bestimmte Person ist.
2) Oder es betrift propriam hereditatem paciscentium, h. e. pactum non valet; denn dergleichen Verträge waren überhaupt verbothen:
   a) ob fraudem heredipedarum (der Erbschaftsfänger);
   b) ob votum captandae mortis eiusmodi pacto admixtum. Daher werden die Verträge — pacta tristissimi eventus genennt. Conf. Thomasius de iniusto heredipedarum metu; it. de captatoriis institutionibus.

§. 1664. Nach deutschen Rechten sind die pacta successoria von jeher auch zu der Zeit schon, wo man noch gar nichts von den Testamenten wuste, erlaubt gewesen, und gelten auch post receptionem iuris romani noch inter illustres et civiles. Sie werden entweder über die Erbschaft einer dritten Person, oder über die Erbschaft der Paciscenten eingegangen. Im erstern Fall heisen sie:

pacta

pacta successoria dispositiva. Im letztern haben sie verschiedene Namen:

1) Pacta *acquisitiva* — wenn sie pro acquirenda hereditate eingegangen werden.
2) Pacta *conservativa* — wenn sie in der Absicht eingegangen sind, daß die Enterbung nichts gelten soll.
3) Pacta *renunciativa* — welche pro amittenda hereditate eingegangen worden.
4) Pacta *restitutiva* — wohin z. E. die Fideicommissa conventionalia gehören.

Zu den pactis acquisitivis gehören:

a) die pacta coniugum successoria,
b) die pacta confraternitatis, Erbverbrüderungen, Erbverträge) quae sunt pacta, quibus uni familiae ius succedendi datur in bona alterius familiae, si haec exstinguatur. Sie sind zweyerley Art. Es wird nämlich durch ein solches Pactum
   α) entweder ein ius succedendi reciprocum festgesetzt, dann heist es: pactum confraternitatis bilaterale;
   β) oder dies ist nicht — pactum confraternitatis unilaterale. Obs. Die Erbvereinigung gehört nicht hieher.
c) Das pactum ganerbiatus (die Ganerbschaft). Das altdeutsche Wort Gan, ist eben so viel als: gegen. Es ist also ein pactum, quo disponitur, qui vice mutua heredes sunto, sive est illud, quo mutua successio cum mutua defensione promittitur. Dergleichen Verträge hatten ehemals viele Schlösser in Deutschland miteinander errichtet. Dazu erbauten die Nobiles ihre hohen Thürme und feste Burgschlösser. Unter der Reichsritterschaft findet man noch solche Pacta.

§. 1665. d) Das pactum unionis prolium (Einkindschaft) ist ein Vertrag, wodurch Eltern, welche zur zweyten Ehe schreiten, untereinander einig werden, daß die Kinder, die sie schon haben, zugleich mit denen, die noch kommen möchten, sie beerben sollen.

Durch dies Pactum also wird Stiefkindern von Stiefeltern die Erbfolge ertheilt. Es wird also hiedurch bewürkt daß die Stiefkinder respectu successionis, jedoch nur in Ab,

sicht auf die Stiefeltern, als leibliche Kinder zu betrachten sind; nicht aber sie unter sich sind so zu betrachten.

Die Form dieses pacti unionis prolium ist,

a) daß sowohl parentes als liberi uniendi ihre Einwilligung zum Pacto geben müssen.

b) Wenn die Kinder noch minderjährig sind, so müssen ihnen Vormünder constituirt werden.

c) Es muß in diesem letztern Fall causae cognitio geschehen und a magistratu per decretum das ganze Pactum bestättigt werden.

§. 1666. Rechtspunkte von diesem Pacto:

1) Einseitig kann nicht davon abgegangen werden; die Eltern also, die ein pactum unionis prolium errichtet haben, haben auch das ius testamenti factionis verlohren.

2) Das Pactum erstreckt sich nur auf solches Vermögen, welches de iure communi von Eltern auf Kinder fällt; nicht aber auf das, was die Kinder iure singulari bekommen. Ratio: Weil die Eltern nicht darüber disponiren können.

3) Auch nicht auf das Vermögen, was die Kinder anders woher, als von den parentibus uniendis haben.

4) In der Regel succediren, wie die Rechtslehrer behaupten, nach diesem Pacto auch die Stiefeltern den Stiefkindern eben so, wie v. v. die Stiefkinder die Stiefeltern. Allein dies ist falsch. v. Pufendorf all. loco behauptet das Gegentheil mit starken Gründen. Nämlich:

a) weil es das Pactum nicht mit sich bringt; es wird darinn nur ausgemacht, daß die Stiefkinder die Stiefeltern beerben sollen; pacta vero sunt strictae interpretationis, denn sie sind dem iuri communi zuwider.

b) Der zweyte Grund des Pufendorfs ist die Analogia iuris communis. Per adoptionem minus plenam bekommt das Wahlkind die Erbschaft vom Wahlvater nicht, aber v. v. — ergo auch hier. Hellfeld sagt selbst in der Note, daß hier ein Dissensus sey. Obtinirt seine Meynung in Mainz, so ist dies kein lex communis, und daß es in der Kammer befolgt werde, ist nicht erwiesen.

§. 1668.

§. 1667—68. Zu den pactis successoriis gehören auch die pacta *renunciativa*. Dies sind solche, wodurch sich jemand seines Erbrechts begiebt. Dies geschieht:

1) entweder lediglich zum Faveur des Erblassers; h. c. steht nichts entgegen, wenn der Vater dem Sohn dadurch doch die Erbschaft zuwenden will, weil er seinen Willen geändert hat; ratio: quilibet enim favori suo renunciare potest.

2) Oder zum Faveur eines Tertii, z. E. ich selbst renuncire bei meinem Vater in favorem meiner Schwester. Distingue: Der Tertius hat

a) das Pactum acceptirt; hier kann der Erblasser mir die Erbschaft nicht mehr zuwenden.

b) Oder er hat nicht acceptirt, da kann er mir sie noch zuwenden.

Anmerkungen:

1) die pacta renuntiativa fallen weg, wenn dem Renuntianti die Erbschaft nicht zufällt, z. E. meine Mutter hätte auf die väterliche Erbschaft renuncirt, nun stirbt sie eher, als der Vater.

Qu. Ob wir Kinder ihre Erbschaft praetendiren können?

Rsp. Allerdings, denn ein pactum renuntiativum versteht sich immer unter der Bedingung: si renuntians heres sit. Nun aber ist die Mutter nicht Erbe geworden, ergo etc. — Doch sagt Hellfeld, wenn wir Kinder Erben von der Mutter geworden wären, so müsten wir das pactum renuntiativum halten. Er stützt sich auf den L. 13. C. de stipulat. nach welchem sich alle Pacta in dubio auf die Erben extendiren sollen. Allein der Grund: daß dieses pacta conditionata sind, ist stärker und accedit: daß dergleichen Pacta stricte zu interpretiren sind. Conf. Carpzov. part. III. const. 35. def. 11. et Stryck in cautelis contract. Sect. I. cap. 5. §. 10.

2) Sie fallen auch weg, wenn derjenige stirbt, zu dessen faveur der Renuntians auf die Erbschaft Verzicht gethan hat. Keineswegs aber kann ein solches pactum sub praetextu laesionis ultra dimidium angefochten werden; ratio: weil ein solches Damnum leicht voraus gesehen werden kann.

§. 1669. Enthält zwey Cautelen.

1) Es ist rathsam, daß man die pacta renuntiativa vom Renuntiante eidlich bestärken läst. Ratio: weil viele Rechtslehrer, wiewohl ohne Grund, die Nothwendigkeit derselben behaupten. Ihre Meynung ist ungegründet. Ratio: Es sind die pacta renuntiativa nicht ex iure romano auch nicht ex iure canonico herzuleiten; sondern ex moribus Germanorum. Rühren sie daher, so dürfen sie nicht nach fremden Sitten und Gewohnheiten beurtheilt werden; und es ist ausgemacht, daß sie nie eidlich bestärkt worden. Conf. Bauer de pacto heredit. renuntiativo. Lipſ. 1780.

2) Es ist auch rathsam, daß der Renuntians, wenn er auf die ganze Erbschaft renuncirt, auch in specie auf den Pflichttheil renuncire. Ratio: Weil die Rechtslehrer, wiewohl irrig, behaupten, eine renuntiatio generalis, involvire doch die Renuntiationem des Pflichttheils nicht. Dies ist irrig; ratio:

1) denn es ist einmal den Worten des Pacti zuwider.

2) Dem Vater würde sonst das ganze pactum renuntiativum nichts helfen. Wir wollen uns zum Beschluß dieser Materie noch einen merkwürdigen Fall denken. Er ist folgender:

Maria Starkin, eine gebohrne Lahnerin, errichtet mit ihrem Manne bei ihrer Verehligung einen Erbvertrag, in welchem unter andern folgende Puncte festgesetzt worden:

6) „Sollte aber der Ehemann zuerst mit Tode abgehen und keine Kinder vorhanden seyn; so soll ihn „hinwiederum die Ehefrau allein erben. Jedoch soll „sie in solchem Fall den Garten vor dem Thor und „ein Capital von zweyhundert fl. dem schon gemeldten Bruder ihres Ehemanns und den Kindern des „bereits gedachten Procurators Stark übergeben, „wobei diesen überlassen bleibt, sich über des Gartens Besitz und Eigenthum selbst zu vergleichen. „Weiters aber und

7) "ist auf diesen Fall verordnet, daß das der Ehefrau übrig bleibende Vermögen nach ihrem Tode „auf ihre beide Geschwister Magdalena Feirern „und Elias Lahner oder deren Kinder zu gleichen „Theilen fallen solle.„

Als

Als hierauf im Jahr 1760. ihr Mann mit Tod abgeht, so giebt sie dessen Verwandten, was sie ihnen nach dem Erbvertrag zu geben schuldig ist, nach dessen Abtrag sie noch ein Vermögen von 3500 fl. übrig behält.

Im Jahr 1766. stirbt auch sie mit Hinterlassung eines Testaments, worinn sie ihrer verstorbenen Schwester Magdalenen Feirerin erstgebohrnen Sohn Johannes Feirer zum alleinigen Erben eingesetzt, dessen Geschwistern aber nämlich Marthen Feirerin und Michael Feirer, so wie ihres verstorbenen Bruders Elias Lahners beiden Söhnen, nämlich dem Jacob und Simon Lahner jedem 100 fl. vermacht hatte.

Die Lahner- und Feirerischen Kinder aber widersetzen sich diesem letzten Willen der Starkin und der Hauptserbschaft des Johannis Feirers in ihrer Klage und weiteren Vernehmlassung aus folgenden Gründen:

1) habe die Starkin durch einen Erbvertrag ihrer Befugnis ein Testament zu machen entsagt und
2) durch die Erbeinsetzung des einen Feirers das Recht, welches die übrigen aus dem Vertrag erlangt, nicht verringern können, dazumal
3) ihre Eltern, nämlich die Feirerin und Lahner, den Starkischen Erbvertrag mit unterschrieben hätten. Es müste folglich die Erbschaft nach ausdrücklicher Verordnung dieses Vertrags gleich getheilt werden.

Johannes Feirer behauptet dagegen in seiner ersten und zweiten Gegen-Antwort sein alleiniges Erbrecht damit, daß

1) ein solcher Vertrag keinen Verzicht enthalte, folglich dadurch auch der Starkin die Befugnis, ihren Willen zu verändern, nicht benommen sey;
2) auch die Kläger, dadurch kein Recht erlangt — weil
3) ihre Eltern ohnehin den Erbvertrag nur als Zeugen unterschrieben hätten; besonders aber
4) derselbe nicht gerichtlich bestättiget worden seye.

Die im gegenwärtigen Fall zu entscheidende Frage ist diese: Ist der letzte Wille der Starkin gültig, oder müssen nicht vielmehr die Lahner- und Feirerischen Kinder zu gleichen Theilen erben?

Da der letzte Wille der Starkin, nach welchem Johannes Feirer der alleinige Erbe seyn soll, später zu Stande kam, als der Erbvertrag; so müssen wir nothwendig mit letzterem den Anfang machen und untersuchen; ob die Lahner- und Feirerischen Kinder durch denselben ein unwiderrufliches Erbrecht erlangt haben oder nicht? Ist jenes, so kann der Starkin letzter Wille schlechterdings keine Wirkung haben.

Und dieses Erbrecht glauben wir den Lahner- und Feirerischen Kindern zugestehen zu müssen: weil aus allen Verfügungen des Erbvertrags, die Nr. 6 und 7. enthalten sind, erhellet, daß er unwiederruflich und ein pactum succeſſorium ſimplex seyn soll. Pacta ſimplicia aber werden per modum contractus errichtet, von welchem nie einseitig abgegangen werden kann. Vermischte Verträge werden nicht vermuthet, weil sie den deutschen Rechten nicht gemäs sind. Ja, Berger sagt: in oecon. iuris Libr. I. Tit. III. S. XI. N. 4. wenn auch dergleichen Verträge vor 5 Zeugen gemacht, und darinn der Ausdrücke: erblich haben, erben, *succediren* ꝛc. gedacht — oder des Todesfalls erwehnt worden wäre, so müssen doch pacta ſimplicia vermuthet werden. Dies ist sehr vernünftig; denn dergleichen Ausdrücke werden ja unzählige mal auch bei Handlungen unter den Lebendigen gebraucht; und wer wird ihnen in diesem Fall einen andern Sinn beilegen, als den: daß jemand für sich und seine Erben etwas erwerben soll?

Das, was Johannes Feirer Nr. 3 und 4. seiner Antwort und Gegenantwort anführt, verdient beinahe keiner Widerlegung, weil es bekannt genug ist, daß dergleichen Verträge keiner gerichtlichen Bestättigung bedürfen, welches Eisenhardt, Berger, Titius, Strauch und andere Rechtslehrer einstimmig lehren.

LIB. XXXIX. TIT. I.

De novi operis nuntiatione.

§. 1670. I. De damno infecto.

Damnum infectum est illud quod imminet. Imminet

1) l. ex opere facto — de quo sequenti titulo.
2) l. ex opere faciendo — h. c. novi operis nuntiatio locum habet.

Novi operis nuntiatio est actus, quo operis incepti continuatio prohibetur.

Nuntiare h. l. prohibere. Also so viel als: verbiethen, daß ein neues Werk nicht fortgesetzt werden soll.

Requisita:

1) *novum opus fieri vel incipere* — dicitur is, qui aut novum quid molitur in suo vel alieno solo, aut demoliendo mutat pristinam faciem operis in solo positi.
2) Es muß jemand ein Interesse haben, daß das novum opus nicht continuirt werde.
3) Muß auch das Interesse ex iure in re s. reali herzuleiten seyn.

Der Endzweck der novi operis nuntiationis ist, daß der Nuntiat von dem opere incepto so lange ablasse, bis die Sache untersucht oder cautio de demoliendo bestellt worden ist. Die Caution hat also zur Absicht, daß der Nuntiat, wenn er Unrecht behält, alles in vorigen Stand setzen muß.

§. 1671. De specibus novi operis nuntiationis. Novi operis nuntiatio (die Untersagung des neuerhobenen Baues, der Widerspruch einer neuen Anlage) geschieht entweder durch den Richter, oder durch eine Privatperson.

1) Wenn sie durch den Richter geschieht, so heist sie novi operis nuntiatio publica. Diese läst sich so gedenken: wer ein Interesse hat, daß das novum opus nicht continuirt werde, der wendet sich an den Richter und wirkt einen Befehl aus, daß das novum opus aufgehoben werden solle.

2) Wenn sie durch eine Privatperson geschieht, so ist folgender Unterschied zu bemerken. Sie geschieht
a) aut verbis — hier heist sie novi operis nuntiatio *verbalis*, κατ' εξοχην: novi operis nuntiatio, v. g. nuntio tibi, ne hoc novum opus me invito facias.
b) aut factis — hier heist sie novi operis nuntiatio *realis* und geschahe nach dem römischen Recht wieder auf gedoppelte Art, nämlich:
α) bald per destructionem operis,
β) bald per iactum lapilli.

Iactus lapilli. Einige glauben, es heise dies so viel, daß ich durch Steine die Sache zerschmeise. Allein dies ist falsch; es ist dies vielmehr ein einziger Steinwurf, wodurch die Römer ihren Dissensum zu erkennen gaben. Vid. Eberhardt Otto in iurisprud. symbolica exercit. 2. cap. 9. et Cujacius ad Leg. 81. de verborum significationibus. Der Iactus lapilli ist bei uns gar nicht mehr gebräuchlich. Conf. Leyser spec. 426. med. 1.

§. 1672. Zur novi operis nuntiatione reali gehört auch die destructio operis. Das beste Mittel, wo es erlaubt ist. Das Klagen ist langweilig und verdrießlich. Destructio ist unter drey Requisitis erlaubt:
1) Wer das novum opus wegreisen will, muß in possessione loci seyn, quo novum opus exstruebatur. Merke aber, das dominium loci zu haben, ist nicht hinlänglich — in possessione muß man seyn.
2) Es muß in continenti geschehen. Ratio: es soll ja eine Vertheidigung seyn, diese aber ist nur in continenti erlaubt.
3) Der Richter muß noch nicht angegangen und von ihm noch kein Mandat erlassen seyn; denn sonst ist schon litis pendentia vorhanden, welche durch eigenmächtige Thathandlungen nicht gestört werden darf.

§. 1673. Novi operis nuntiatio supponit novum opus solo coniunctum sed nondum perfectum, i. e. quod quidem coeptum, sed nondum absolutum est. Dies sind hauptsächlich die Gebäude.

Wenn also jemand meine Bäume umhaut, meinen Weinstock wegschneidet, so ist dies kein novum opus in hoc sensu. Ferner, das Opus muß auch noch nicht vollendet seyn;

seyn; denn wenn opus iamiam perfectum vorhanden ist; so ist folgender Unterschied bemerkbar. Es ist

1) entweder mit des andern Theils Zufriedenheit gemacht worden, h. c. findet keine Klage statt; nam quod ab initio erat voluntatis, ex post fit necessitatis.
2) Oder das ist nicht, sondern es ist z. E. in meiner Abwesenheit gemacht worden. H. c. findet das Interdictum quod vi aut clam und die actio negatoria statt.

Die Untersagung des neuen Baues oder der neuen Anlage kann sowohl des gemeinen Interesse als des Privat-Interesse wegen geschehen. Im ersten Fall kann ein jeder die neue Anlage untersagen, im zweyten nur der, welcher ein Interesse dabei hat oder Schaden ex opere struendo zu erwarten hätte. Z. E. Ein Usufructuarius kann es wohl, aber nur nomine proprietarii, denn er besitzt den Fundum nur nomine alieno.

Anmerkung: Wenn ein Socius die neue Anlage inhibirt, so kommt dies dem andern Socio nicht zu statten, quia fieri potest, ut alter habeat, alter non habeat ius prohibendi. Conf. L. 5. §. 6. D. h. t. Kurz, alle Personen, die nur ein ius personale haben, sind von dem iure nuntiandi ausgeschlossen.

§. 1674. Unter den specibus novi operis nuntiationis war auch die verbalis mitbegriffen, welche sowohl gerichtlich, als ausergerichtlich geschehen kann. Die gerichtliche Untersagung ist allemal besser, als die ausergerichtliche, denn bei ersterer muß der Nuntiat von dem opere novo schlechterdings abgehen, bei letzterer aber kann er Caution machen. Die Caution muß jedoch untadelhaft seyn.

Die ausergerichtliche Untersagung hat 3 Requisita:

1) in ipsam rem peragenda est, i. e. der Nuncians muß sich in dem Loco befinden, wo das novum opus errichtet wird.
2) Das Verbot muß dem Domino, oder in dessen Abwesenheit, den Arbeitsleuten bekannt gemacht werden.
3) Ist Consilii, daß das Verbot testibus adhibitis geschehe und novum opus ausgemessen werde, damit man sehen kann, wie weit es schon damit gekommen ist. Uebrigens kann diese nuntiatio ob periculum in mora quocunque tempore geschehen, modo opus nondum perfectum sit.

Novi

Novi operis nuntiatio extraiudicialis kommt mit der judiciali in manchen Stücken überein, in manchen Stücken aber differiren sie. Beide kommen darinn überein: daß, wenn der Nuntiatus nicht abläst, das edictum demolitorium gegen ihn statt findet. Interdictum demolitorium est illud, quo quis obligatur, ut, quae post novi operis nuntiationem susceperit, in pristinum statum restituat.

Der Kläger, der dies Edict ausgewirkt hat, hat es entweder mit dem Nuntiato selbst, oder dessen Nachfolger zu thun. Hat ers mit dem Nuntiato selbst zu thun, so verlangt er, daß das Werk auf dessen eigene Kosten in den vorigen Stand hergestellet werde; wenn er aber mit dem Nachfolger zu thun hat, so kann er nur verlangen, daß er ihn an der restitutione in pristinum statum nicht hindere. Ratio: die Restitutio auf eigene Kosten ist in iure als eine Strafe anzusehen, delicta vero suos tantum tenent auctores, mithin kann der Nachfolger auch nicht in die Kosten condemnirt werden.

Die novi operis nuntiatio verliehrt ihre Kraft, wenn der Nuntians verstorben ist, quia nuntiatio quasi factum personale est et a sola nuntiantis voluntate dependet sicque morte eius perit. L. 8. §. penult. D. h. t.

Doch diese Meynung findet nach der heutigen Rechtslehrer Behauptung nicht mehr statt.

Conf. Voetius in comment. ad D. h. t. n. 9.
Lauterbach in coll. theor. pract. h. t. n. 4.

§. 1675. Was noch von der novi operis nuntiatione iudiciali zu gedenken, fassen wir kürzlich so: bei den Römern wurde sie simplici modo behandelt, sie muste in 3 Monaten geschehen und es fanden interdicta prohibitoria statt. Bei uns wird zwar auch summarisch verfahren, aber doch auf eine andere Art. Denn

1) muß Imploratio geschehen und
2) eine Besichtigung angestellt werden. Man untersucht z. E. die Grenzsteine. Da kann es bald entschieden werden; kann man aber nicht daraus kommen, so muß die Cautio de demoliendo bestellt werden und dem andern wird erlaubt, fortzubauen. Es müste denn seyn, daß der Nuntians ein damnum irreparabile zu befürchten hätte; da wird das Fortbauen nicht erlaubt, wenn des Nuntiantis Recht nur einigermasen probable ist.

LIB.

LIB. XXXIX. TIT. II.

De damno infecto et suggrundiis et protectionibus.

§. 1676. Subgrundium s. suggrundium auch suggrunda — ein Wetterdach; protectio — Bedeckung mit einem Vordache, fast das nämliche.

Wenn ein damnum ab opere facto zu befürchten ist; so ist es zu befürchten

1) l. per aquae pluviae cursum mutatum; (davon Tit. III.)

2) l. alio modo (davon jetzt). Hier kann derjenige, der die Gefahr zu befürchten hat, die cautionem de damno infecto praetendiren.

Thut er das nicht, so hat er auch kein Recht zur Schadensersetzung, sondern lediglich das Recht zu praetendiren, daß der andere die Rudera wegschaffen oder derelinquiren soll. Ratio: Die Römer haben keine Verbindlichkeit zur Schadensersetzung immediate ex lege statuirt, sondern daß sie allemal ex facto obligatorio s. ex delicto entstehe.

§. 1677. Wenn ex opere iam facto ohne meine Schuld dem andern ein Schade erwächst, so bin ich nicht schuldig den andern zu indemnisiren, jedoch erfordert die Billigkeit, ut ne quis re sua in damnum alterius utatur. Daher erlaubte der Praetor jedem, dem ein Schaden bevorstund, die cautionem de damno infecto zu fordern: Cautio de damno infecto vero est ea, quam praestat is, ex cuius opere damnum metuitur de damno isto reparando. Durch diese Caution erlangt man also das Recht Indemnisation von demjenigen zu fordern, der uns durch sein Eigenthum Schaden verursacht.

§. 1678. Qu. 1. Wer die cautionem damni infecti zu fordern berechtigt sey?

Rsp. Jeder, der einen Schaden zu befürchten hat. Also muß ein solcher sein Interesse dociren können. Dies kann allenfalls per iuramentum calumniae speciale geschehen.

Qu. 2.

Qu. 2) Von wem kann sie gefordert werden?

Rsp. Von allen die ein ius in re haben, von welcher ein Schade zu befürchten ist. Doch sind zwey Fälle, wo die cautio de damno infecto nicht gefordert werden kann:

a) Wenn daher ein Schade zu befürchten, daß ein anderer sich eines ihm erlaubten Rechtes bedient. Qui enim iure suo utitur nemini facit iniuriam.

b) Wenn der andere einen Schaden zu befürchten hat ex vitio rei naturalis: z. E. ex cursu aquae naturaliter mutato.

§. 1679. Dieser §. enthält drey Punkte. Der erste handelt:

I. Von der Art, wie die cautio de damno infecto zu bestellen sey. Hier ist zu distinguiren: sie wird vel suo, vel alieno nomine bestellt.

1) Suo nomine, i. e. wenn sie der Eigenthümer selbst bestellt; hier ist die cautio nude promissoria hinreichend, quia suo nomine cavens rem habet, cuius intuitu cavet.

2) Alieno nomine: z. E. vom Usufructuario; hier muß per satisdationem Caution geleistet werden, weil der Cavens kein Recht auf die Substanz hat.

Der zweyte Punkt handelt;

II. De effectu cautionis de damno infecto. Er besteht darinn, daß actio ex stipulatu adversus caventem et fideiussores angestellt werden kann.

Diese Klage geht dahin, daß demjenigen, welchem ein Schade zugefügt worden, id quod interest praestirt werden soll, doch nach einer billigen Taxe des Iudicis. Doch kann id quod interest nur gefordert werden, wenn der Schade ex vitio operis, nicht aber wenn er casu fortuito s. calamitate publica ex opere vitioso entstanden. Der dritte Punkt betrift endlich:

III. Die Dauer dieser Caution.

Diese Caution soll nicht in infinitum bestellt werden. Ratio: wenn das Werk eines Nachbars schadhaft ist, so muß es reparirt werden, oder einfallen. Dist.

1) Wenn das opus in loco publico steht, so wird ex L. 15. §. 2. D. h. t. die Caution auf 10 Jahre bestellt.

2) Wenn es in loco privato steht, so ist das Tempus dem arbitrio iudicis überlassen. Ist die bestimmte Zeit verlaufen

laufen und die Gefahr dauert noch fort, so kann ex arbitrio iudicis wieder eine neue Caution bestellt werden. Ist aber keine Gefahr mehr vorhanden, so fällt die Caution, wie sich von selbst versteht, weg.

§. 1680. Es kann seyn, daß einer die cautionem de damno infecto nicht bestellt, ohnerachtet er dazu für schuldig erkandt worden. Das Zwangsmittel ist also in diesem Fall: Missio in possessionem rei vitiosae. Diese ist eine Missio ex primo decreto (Einsetzung aus dem ersten Erkenntnis). Diese giebt dem Misso kein Eigenthum von der Sache, in deren Besitz er immittirt worden ist. Ja es wird auch der Eigenthümer des schadhaften Gebäudes nicht vom Mitbesitz ausgeschlossen. Wenn aber der Eigenthümer in contumacia beharrt, so kann post intervallum der Missus die missionem ex secundo decreto praetendiren. Soll diese statt finden, so muß ihm zuerst ein terminus peremtorius bestimmt werden, wenn er cautionem de damno infecto bestellen soll. Leistet er sie da nicht, so findet diese missio ex secundo decreto statt. Ihr Effect ist anders ratione domini, anders ratione tertii. Ratione domini hat sie die Wirkung, daß der Missus usucapiendi conditionem bekommt; ratione tertii: z. E. in Ansehung der Miethleute ist die Wirkung, daß der Missus sogleich als Dominus zu betrachten ist.

§. 1681. Nur die cautio de damno infecto verpflichtet den Eigenthümer eines schadhaften Werks id quod interest zu prästiren. Ist sie also nicht bestellt worden, so kann man von ihm nicht id quod interest praetendiren. In solchem Fall kann der Beschädigte sich lediglich an die Rudera halten. Will der Eigenthümer die Rudera nicht einbüßen, so muß er sie einlösen und den Schaden ersetzen. — Es kann auch von dem Domino verlangt werden, ut rudera tollat; doch ist er dazu nicht schlechterdings verbunden, sondern nur, wenn er die Rudera nicht derelinquiren will. Dies findet auch statt, wenn casu res alterius zu Grunde gegangen und auf meinen Fundum gefallen ist.

§. 1682. Den usum hodiernum dieses Titels läugnen einige, ja die meisten ICti, sogar solche, welche dem römischen Recht den größten Werth beilegen. Wie z. E. Huber ad D. h. t. Denn hodie pflege man — sagen sie — die

Be-

Besitzer schadhafter Gebäude durch Strafbefehle zur Reparatur zu zwingen, widrigenfalls die Gebäude einzureißen, und die Kosten von dem Contumace beizutreiben. Ja man hat auch solche Gebäude sogleich verkauft, unter der Bedingung, daß der neue Besitzer sie repariren soll. — Heilfeld behauptet dagegen doch mit Recht, der Titel habe noch seinen Nutzen. Denn wenn ein Gebäude schadhaft ist, so ist entweder:

1) ein damnum irreparabile zu befürchten — da findet der modus procedendi statt, den wir eben erklärt haben;
2) Oder dies ist nicht — hier muß nach Vorschrift dieses Titels verfahren werden.

LIB. XXXIX. TIT. III.

De aqua et aquae pluviae arcendae actione.

§. 1683. Dies Edict hat zwey Capita. Das erste handelt:

I. de Aqua — Wasser, welches aus einem Brunnen, Bach, oder Fluß abgeleitet wird. Hievon verordnet das Edict:
   1) Daß die Ableitung nicht ohne Einwilligung der Interessenten geschehen soll,
   2) auch nicht aus einem schifbaren Fluß,
3) auch nicht über öffentliche Wege hin.

§. 1684. II. De aqua pluvia (Regenwasser). Wenn hiedurch ein Schaden verursacht wird, so geschieht dies:

1) l. naturaliter: z. E. durch den natürlichen Lauf des Wassers; h. c. findet keine Klage statt. Conferatur L. 1. §. 10. D. h. t.
2) l. ex opere manufacto. i. e. durch ein mit der Hand zerrüttetes oder eingerissenes Werk: z. E. durch Wegreißung eines Dammes oder eines Grabens, der mir das Wasser zuleitete. Hier giebt der Praetor die *actionem aquae pluviae arcendae* — quae est actio personalis, in rem scripta, competens domino agri, cui aqua pluvia nocere potest adversus dominum, cuius manu hoc factum [eiusque successorem ad id, ut opus in pristinum statum restituatur omneque damnum post litem

litem contestatam datum resarciatur. Der Grund worauf die Klage beruht, ist Aequitas. Diese will, daß jeder sich in dem Seinigen so verhalte, daß seinem Nachbar durch ihn kein Schade zuwächst.

§. 1685. Die Actio pluviae arcendae ist eine Actio in rem scripta; also findet sie nicht nur gegen den Besitzer statt, der das Werk selbst gemacht hat, oder mit seinem Willen hat machen lassen, sondern auch gegen denjenigen, ohne dessen Bewilligung das Werk gemacht worden.

Im ersten Fall, wenn sie gegen denjenigen angestellt wird, der das Werk selbst gemacht oder hat machen lassen, geht sie dahin: daß Beklagter das Werk auf eigene Kosten einreißen, alles in vorigen Stand setzen und den post litem contestatam erlittenen Schaden erstatten soll.

Im zweyten Fall, wenn sie nämlich gegen denjenigen angestellt wird, ohne dessen Bewilligung das Werk gemacht worden, hat sie den Endzweck: der Beklagte soll dem Kläger die Kosten erstatten, das Werk auf seine eigene Kosten einreißen und alles in vorigen Stand setzen.

Wenn derjenige, der das Werk gemacht hat, oder hat machen lassen, den Fundum dolose veräußert, so findet intra annum das interdictum quod vi aut clam gegen ihn statt, post annum aber die actio de dolo. Beide gehen auf die Schadensersetzung.

§. 1686. Die Actio aquae pluviae arcendae findet nicht statt, wenn nicht:

1) durch Regenwasser der Schade entstanden, oder wenn er durch Regenwasser, aber doch nicht ex opere manufacto entstanden ist.

Auch findet sie nicht statt, wenn der Schade durch Regenwasser den Privatgütern verursacht worden.

2) Auch nicht, wenn an Gebäuden durch Regenwasser ein Schade zugefügt worden. In diesem Fall findet die Negatorien-Klage statt.

3) Wenn das Werk über Menschengedenken gestanden ist, denn da hat der Besitzer die praescriptionem immemorialem vor sich.

4) Wenn der Nachbar die Servitut hat, das Wasser auf seinen Fundum zu leiten, oder es über seinen Fundum laufen lassen muß.

5) Wenn das Werk mit Einwilligung des Nachbars gemacht worden ist.

6) Wenn das Werk auctoritate publica gemacht worden: z. E. Wenn auf Landesherrlichen Befehl Dämme reparirt oder neue gemacht worden sind.

7) Wenn ein ökonomischer Nutzen eines Feldgrundstückes das opus manufactum erfordert. Conferatur Winkler diss. de actione aquae pluv. arcendae. Lipsi. 1780.

LIB. XXXIX. TIT. IV.

De publicanis, vectigalibus et commissis.

§. 1687. I. De publicanis.

Publicani sind nicht blos Zollpachter, sondern überhaupt diejenigen, welche öffentliche Einkünfte gepachtet haben.

Die Zeugnisse von den Publicanis, die wir bei den Alten finden, sind sich nicht gleich. Cicero pro Lege Manilia gedenkt ihrer auf eine ehrenvolle Art; Tacitus beschreibt sie als schlechte Leute, so wie sie in der Schrift geschildert sind und mit letzterm stimmt die heil. Schrift überein. Hellfeld sucht einen Unterschied zu machen inter publicanos principales et subpublicanos.

1) Publicani principales sind diejenigen, welche ganze Länder in Absicht auf die Vectigalia gepachtet hatten. Dies waren ehrenvolle Leute.

2) Subpublicani — Afterpachter, welche den publicanis principalibus wieder abzupachten gewohnt waren. Dies waren schlechte Leute, oder wie es im N. Testament heist: Zöllner und Sünder.

Ad coercendam illorum audaciam (audacia geht auf ihre gewaltsame Erpressungen unter dem Schein der Zolleintreibung) gab der Praetor eine Klage. Diese geht dahin: ut quod illicite exegerint, restituant, intra annum in duplum, post annum in simplum. Es versteht sich per se, daß durch diese Klage andere actiones ordinariae wider die Publicanos nicht aufgehoben sind.

§. 1688. II. De vectigalibus. Diese sind einzutheilen in publica et privata. Darunter verstehe die Canones ex agris emphyteuticariis. Von diesem handelt mit mehrerm der Titel: si ager vectigalis etc.

Vectigalia publica sind zweyerley Art:

1) In sensu latiori verstehe darunter alle öffentliche Einkünfte. Dahin gehören: z. E. Decimae, reditus metallorum, vicesimae hereditatum.

2) In sensu strictiori et proprio — übersetze das Wort durch: wahrer Zoll — dies sind die pensiones pro invectis evectisque mercibus solvendae.

Conferatur Peter Burmann in alleg. scripto de vectigalib. popul. romani. Lugd. Patav. 1754.

§. 1689. Die Zölle müssen dem Staat oder dem Regenten, der den Staat repraesentirt, entrichtet werden. Das Recht Zölle anzulegen, und zu vermehren gebührt blos dem Imperanti. Was Deutschland betrift, so hatten die Reichsstände das ius vectigalia exigendi ex solius imperatoris consensu; hodie aber ex consensu imperatoris et electorum unamini. Unamini — dies bedeutet, daß keine pluralitas votorum statt findet; keiner von den Churfürsten darf dissentiren, auch nicht einer. Ja, was von Anlegung der Zölle gesagt worden ist, das gilt auch von der Vermehrung derselben. Das heist aber nicht so viel: als wenn das Quantum nicht erhöht werden dürfte; es darf dies nach dem Verhältniß der schlechtern Münzen gar wohl geschehen. In den ältern Zeiten hatte ein Pfennig mehr Werth, als jetzt zwölfe. — Daher zu schliessen.

§. 1690 Die Zölle werden entrichtet von den Waaren die in das Land oder außerhalb Landes gehen.

Ausnahmen: Es ist kein Zoll zu entrichten:

1) Von Sachen, die jemand zu seinem eignen Gebrauch transportiren läst. Zollfrey sind ferner:

2) Res ad agriculturam pertinentes.

3) Res legatorum.

4) Res navicularіorum propriae.

Navicularii sunt qui annonam in naves invehunt. Diese Leute machten bei den Römern ein besonderes Collegium aus.

5) Suppellex litteraria studiosorum, ex Auth. habita C. quo filius pro patre. Deßwegen schreibt der Student auf seinen Coffre: Studenten-Gut. Observ. Dies Privilegium erstreckt sich auch auf Doctores und Professores.
6) Princeps et praesides provinciae: Denn es wäre ja vergeblich, wenn einer sich selbst bezahlen wollte.
7) Exercitus et fiscus.
8) Alle diejenigen, die ein besonderes privilegium exemtionis vom Principe erhalten haben. Dahin gehören: z. E. piae causae, nobiles, personae ecclesiasticae.

§. 1691. III, De Commissis.

Commissa sind Waaren, deren Eigenthum wegen Defraudation der Zölle dem Fisco anheim gefallen sind. Man nennt sie gewöhnlich Contreband. Requisita.
1) Es müssen die Waaren im Zollhaus nicht angegeben seyn. Angeben muß man sie — sua sponte. Also kommt dem Fuhrmann das nicht zu statten, daß ihm kein Zoll abgefordert worden. Die Zolltafeln interpelliren genug. Ein anders ist es freylich, wenn ein Fuhrmann seinen Zoll hat abgeben wollen, und niemand da war. Er braucht keine drey Stunden zu schreyen und zu rufen, wie der Sachsenspiegel sagt.
2) Es muß dolo malo geschehen seyn. Dolus malus aber wird praesumirt, weil die Zolltafeln an den Wegen und Straßen stehen und einen jeden deßhalb benachrichtigen können. Also findet die poena commissi nicht statt:
   a) Bei pupillis et minoribus.
   b) Wenn einer seine Waaren wegen Sturm oder Ungewitter ausgesetzt hat.

   Qu. Wenn ein bedungener Fuhrmann die Waaren nicht angegeben hat, ob denn da die poena commissi statt findet? Rsp.

   In der Regel findet die Strafe der Confiscation doch auch statt; denn ich, der ich ihm meine Waaren überlassen habe, kann die Regress-Klage gegen den Fuhrmann nehmen. Ist dieser nicht solvent, so bleibt die restitutio in integrum ex clausula praetoriali übrig.

§. 1692. Waaren fallen ob defraudationem der Zölle dem Fisco anheim. Der Fiscus hat unmittelbar gleich nach der Defraudation das Eigenthum von der Sache. Er kann sie

also von jedem Besitzer vindiciren. Sind die Waaren nicht mehr da, so sind sie:

1) l. bona fide veräußert oder consummirt worden: z. E. Ich hätte mir Wein kommen lassen und der Fuhrmann hätte den Zoll defraudirt. Ich weis nichts davon, trink meinen Wein gutes Muthes aus und nun kommt der Fiscal; so hat er hier die actionem ad exigendum vectigal.

2) l. mala fide: Wie z. E. jene Bauersfrau, welche, indem sie merkte, daß die Butter gewogen werden sollte, alle ihre Butter in größter Eilfertigkeit verzehrte.

H. c. wird derjenige, welcher mala fide zu besitzen aufgehört hat, doch noch als Besitzer angesehen und mithin findet gegen ihn noch immer die Vindications-Klage statt.

Regeln:

1) Poena delicto debet esse proportionata, i. e. wenn einer gar keine Waaren angiebt, so können alle confiscirt werden. Wenn er nur einen Theil nicht angiebt, so kann nur der Theil confiscirt werden.

2) Poeno commissi findet nicht statt, wenn dem Fuhrmann der Zoll geborgt worden.

3) Die Poena commissi des Fisci ist in fünf Jahren praescribirt, ob odium, welchen der Fiscus hat in bonis acquirendis; aber das Recht den Zoll zu fordern wird nicht praescribirt. Conferatur Leyser spec. 429. med. 1.

§. 1693. Der Zoll ist verschieden:

I. Vom Geleite (quitagium s. commeatus). Dies ist dasjenige Geld, welches für die Sicherheit, die Reisende mit ihren Waaren genieſſen, entrichtet wird. Es kam auf, zu Zeiten des Faustrechts, wo oft große Leute und Herren sich mit der Plünderung abgaben. Wer sicher seyn wollte, bat sich von einem großen Herrn ein paar Reiter zur Begleitung mit auf den Weg aus. Dafür muste man dem Landesherrn eine Abgabe geben. Nach dem Landfrieden ist das Geleite zwar abgekommen aber die Abgaben sind geblieben: z. E. in Churſachsen.

Qu. Ob mich der Herr, der Geleitegeld nimmt, entschädigen muß, wenn ich geplündert werde? Moser sagt gerade heraus: Ja! denn nimmt er Geld pro securitate, so muß er auch das leisten, wofür er das Geld genommen hat. Viele Publicisten aber schwanken hin und her.

Man macht den Unterschied: der Landesherr hat:

1) entweder für Sicherheit immer Sorge und Fleis angewendet, das Land von Räubern zu reinigen; da spricht das K. Ger den Landesherrn frey, ratio: weil man für eine solche Kleinigkeit doch keine Bedeckung verlangen kann.

2) Oder er hat dies nicht gethan; da wird behauptet, er sey zur Schadensersetzung allerdings verbunden.

Vom Zoll verschieden ist auch:

II. Das Weg- und Brückengeld — ist diejenige Abgabe, welche Reisende für die Bequemlichkeit auf öffentlichen Straßen und Brücken entrichten müssen.

Es ist nicht blos eine Landesherrliche Anlage; es hat solches öfters eine Dorfgemeinde, wenn sie z. E. eine Brücke erbauet hat.

Endlich ist noch vom Zoll verschieden.

III. Die Accise. Dies ist diejenige Abgabe, welche von dem Gewerbe der Unterthanen, besonders aber vom täglichen Kauf und Verkauf der Lebensmittel entrichtet wird. Sie differirt von den Zöllen darinn, daß bei diesen der Consens des Kaisers und der Churfürsten ist; die Accise aber kann ein jeder Landesherr in seinem Lande einführen.

LIB. XXXIX. TIT. V.

De Donationibus.

§. 1694. Donatio est pactum legitimum, quo gratuita rei in alterum acceptantem translatio promittitur.

Die Personen heißen: Donator und Donatarius. Donator der Schenkgeber — Donatarius der Schenknehmer.

1695. Donatio est pactum; es erfordert also selbige eine Acceptation. Ludewig will alleg. loco das contrarium behaupten, weil man von jedem vernünftigen Menschen vermuthen müsse, daß er Schenkungen nicht ausschlagen werde. Allein Gundling und Leyser spec. 433. med. 8. hat ihn widerlegt.

Acceptatio ist also erforderlich und zwar auch bei der remissione debiti (Erlassung einer Schuld). Diese besteht in einer

einer einseitigen Erklärung des Gläubigers, wodurch er zu erkennen giebt, daß er den Schuldner von der Verbindlichkeit, womit ihm dieser verhaftet ist, freygeben wolle.

Ob die remissio debiti verbindlich sey, wenn sie nicht acceptirt worden? dieses ist eine unter den Juristen streitige Frage.

Wisand de pacto remissorio. Witt. 1773.

Koch medit. ad comp. Schaumb. m. 4. und Hellfeld in Beziehung auf den L. 23. et 53. D. de solut. behaupten negativam sententiam. Aber

Stryck in V. M. h. t. §. 3.

Wernher Part 8. observ. 391.

Hommel in rhapsod. obs. 2.

Berger, Schilter und Schaumburg behaupten das Gegentheil. Hellfelds Gründe sind folgende.

1) Weil die Gesetze bei der remissione debiti eines Vertrags gedenken, folglich müsse die Acceptatio auch nöthig seyn.

2) Die remissio debiti sey nichts anders als eine species donationis.

Acceptatio übrigens kann verbis et factis geschehen.

Factis — dies kann geschehen:

1) durch eine vorgängige Bitte, oder wenn

2) einer einen Schenkungsbrief nur annimmt. Kann die Acceptatio von einem andern durch einen dritten geschehen, der eine Vollmacht hat, ja sogar von einem der keine Vollmacht hat, nur muß sie der Donatarius hier ratihabiren.

§. 1696. Schenkung ist ein Vertrag, sie kann also wie andere Verträge mit- und ohne Bedingung sub die und sub modo gemacht werden. Die wichtigste Eintheilung aber ist folgende: Donatio

1) aut talis est, cuius perfectio a morte donatoris dependet; haec dicitur donatio mortis causa (Schenkung auf den Todesfall oder des Todes wegen. De qua Tit. seq.

2) aut non — die also gleich perfect ist, sobald das Pactum zu Stande ist; haec dicitur donatio inter vivos. Davon jetzt.

§. 1697. Qu. Ob donatio ein modus acquirendi oder ein Titulus sey? Diese Frage wird im principio I. de Donat. veranlaßt — da heißt sie ein modus acquirendi. Die Richtig-

tigkeit des Textes aber ist zu bezweifeln. Distingue igitur Donatio fit:

1) aut datione de praesenti, i. e. statim interveniente traditione — Diese ist als ein modus acquirendi anzusehen, weil das Dominium sogleich transferirt wird. Nach dem alten Recht waren alle Schenkungen von der Art. Conferatur Brummer ad L. Cinciam cap. 13.

2) aut promissione de futuro — da ist sie kein modus acquirendi, sondern ein bloßer Titulus, weil der Donatarius nur ein ius personale bekommt, nämlich ius dationem rei postulandi.

Daß im principio institut. h. t. donatio pro modo acquirendi ausgegeben wird, dies kommt daher: weil Iustinian seine Institutionen aus den Schriften der alten Rechtslehrer ausschreiben ließ, ohne zu bedenken, daß vieles nicht mehr auf die neuern Zeiten anwendbar war. Donatio ist also kein modus acquirendi mehr, sondern nur ein Titulus und pactum legitimum. Es producirt also dies Pactum hodie eine Klage ad rem donatam tradendam; doch verbindet auch die Dankbarkeit den Schenknehmer, dem Schenker das beneficium competentiae zuzugestehen.

§. 1698. Schenken können alle Personen, die veräußern können. Mithin können nach dem Iure Romano ob unitatem personae:

1) Vater und Sohn nicht schenken. Hodie findet zwar unitas personae nicht mehr statt; ob sie gleich Leyser und andere Rechtslehrer stark behaupten. Daher lasse man sich quod hunc actum emancipiren. — Die Schenkungen des Vaters gelten also hodie wohl, aber sie sind widerruflich.

2) Kann auch ein Filius von seinem peculio profectitio und adventitio keine Schenkung machen. Ein anders aber ist es, wenn er ein peculium castrense und ein peculium adventitium irregulare hat.

3) Vormünder können nichts von dem Vermögen des Mündels verschenken. Auch Coniuges können einander nichts schenken, ausgenommen in den Fällen, welche oben im §. 1257. auseinander gesetzt worden.

§. 1699. Es können geschenkt werden: alle Sachen die im Commercio sind, und worüber der Schenker freye Befugnisse hat.

Es

Es können also verschenkt werden:

1) omnia bona et quaedam bona. Omnia — dies bezweifeln einige;
   a) weil der Schenker dadurch intestabilis würde. Sed respondendum est: dies kann ein jeder werden, auch der Verschwender.
   b) weil eine solche Schenkung dem Staat zum Nachtheil gereichen werde. Allein dieser Nachtheil kann dem Staat auch auf andere Art erwachsen.
2) Res alienae können verschenkt werden. Der Donatarius bekommt doch wenigstens Usucapionem von der Sache.

§. 1700. Donatio est pactum legitimum. Pacta legitima erfordern nichts, als die bloße Einwilligung der Paciscenten. Doch Excipe donationes ultra D. Solidos.

Solidus — sagen einige — ist so viel, als ein Rhl. Goldgülden; andere 500 Solidi machen 625. Ducaten: (z. E. Schilter und Hopp.) Die meisten Rechtslehrer statuiren aber, daß Solidus ein guter ungarischer Ducate sey. Allein es ist doch auch gewiß, daß 1 Solidus wenigstens den vierten Theil mehr hat, als ein ungarischer Ducate. Der ungarische Ducate wird auf 2 Species-Thaler gerechnet; mithin sind 500 Solidi 1000 Species-Thaler. Eine Schenkung also, die 500 Solidos beträgt, gilt; übersteigt sie aber diese Summe und wird nicht bei der Obrigkeit insinuirt, so gilt sie nichts. Hellfeld sagt, der Grund sey: daß keine Verschwendung daraus entstehe. Allein die ratio legis ist vielmehr: ut omnis fraus et collusio tollatur insuperque plena adsit fides. Conf. L. 25. et 27. Cod. h. t. Daß diese donatio ultra D. Solidos gerichtlich insinuirt werden muß, dies ist von einer allein zu verstehen, nicht aber, wenn einer successive eine Summe verschenkt, die 500 Solidos übersteigt; vorausgesetzt, daß sie nicht in fraudem legis geschehen.

Zusatz: Nach Sächsischen und Lübeckischen Recht müssen auch die donationes rerum immobilium sub auctoritate iudicis rei sitae geschehen.

§. 1701. Donationes ultra D. solidos müssen gerichtlich insinuirt werden. Excipe:

1) Wenn der Fürst oder dessen Gemahlin Schenkungen machen.

2) Wenn Officiers ihren Soldaten schenken.
3) Wenn zur Ranzion der Gefangenen, ingleichen zur Herstellung abgebrandter oder sonst ruinirter Häuser geschenkt wird. Die Doctores extendiren dies auf alle Schenkungen ad pias causas, aber mit Unrecht; nam exceptio stricte interpretanda est.
4) Wenn etwas mehr für eine omissio lucri als Verringerung des im Besitz habenden Vermögens anzusehen ist.

In der Note wird gefragt: ob die donatio remuneratoria mit darunter zu verstehen sey? Rsp. Ja! denn
1) distinguiren die Gesetze nicht,
2) stehen die donationes renumeratoriae nicht unter den Ausnahmen.

§. 1702. Qu. Ob die Insinuatio einer solchen Schenkung, coram iudice competente geschehen müsse? Rsp. Nach dem Sächsischen Recht ists klar; aber nach dem iure communi ists sehr zweifelhaft; denn
1) der L. 32. C. h. t. ist pro affirmativa.
2) Der L. 27 und 30. C. eod. tit. sind aber ganz contrair und sagen: bei jeder Obrigkeit. Hellfeld, Wernher und Brunnemann ad L. 27. C h. t. haben sich pro affirmativa erklärt. Carpzov und Schilter exerc. 14. §. 17. seq. pro negativa.

Hellfeld behauptet, die Ratio sey die Verschwendung; allein dies ist sie nicht und der L. 32. Cod. ist überhaupt kein allgemeines Gesetz, sondern geht deutlich nur auf die Stadt Constantinopel. Dies geben die Worte: *in hac regia urbe*; — hinc negativa sententia est verior.

§. 1703. Einseitig kann in der Regel nicht von den Schenkungen abgegangen werden. Die Ausnahmen sind folgende. Die Schenkungen können bald in totum, bald in tantum revocirt werden.

I. In totum
1) Wenn ich nach der Schenkung noch Kinder bekomme und alles Vermögen oder doch den grösten Theil desselben verschenkt habe. Der all. Lex handelt blos von Patronis und ist eine blose Vergünstigung, diese kann also nicht auf alle Donatores extendirt werden, obgleich in Praxi immer drauf gesprochen wird.

2) Wenn

2) Wenn sich der Donatarius undankbar gegen den Schenkgeber beweist. Es muß aber praegnans ingratitudo seyn, i. e. daß dem Wohlthäter statt Dank, Beleidigungen zugefügt werden und nach Ehre und Leben gestanden worden.

Die actio revocatoria ist eine actio vindicationem spirans, sie kann also weder von den Erben, noch wider die Erben angestellt werden, und sollten auch die Erben des Donatarii selbst undankbar gewesen seyn; quia beneficium a donatore non acceperunt, quod in L. 10. Cod. de revocandis donat. expresse requiritur.

§. 1704. II. In tantum.

1) Wenn die donatio ultra D. Solidus nicht gerichtlich insinuirt worden.

2) Wenn es donatio inofficiosa ist. *Inofficiosa donatio* (eine lieblose Schenkung) est ea, quae legitimam heredum donatoris necessariorum laedit. Die Schenkung kann angefochten werden durch die querelam inofficiosae donationis. Quaeritur: ob durch diese Klage die ganze Schenkung rescindirt werde, oder nur in so ferne sie lieblos ist? Iust. Henning. Boehmer sect. II. cap. 3. §. 43. et Filius Georg Ludwig Boehmer de querela inofficiosae donationis fratrum behaupten: daß die ganze Schenkung rescindirt werde.

Allein das Gegentheil hat dargethan Christ. Fridr. Schorcht in Diss. de donatione inofficiosa pro parte legitimae rescindenda. Ienae 1778. Sie wird also nur in so ferne rescindirt, als sie den Pflichttheil laedirt; Ratio:

1) utile per non utile non debet vitiari.

2) Conf. L. 5. et L. 7. C. de donationibus. In L. 7. z. E. steht der Ausdruck: *id tantummodo revocari, quod immoderate est etc.* In L. 5. der Ausdruck: was nothwendig ist, *ad submovendam querelam inofficiosae donationis*, das soll abgezogen werden, mehr nicht.

Hellfeld hat hier eine ganz eigene Meynung, er distinguirt nämlich so: die Schenkung betrift entweder das ganze Vermögen des Schenkers, oder nur einen Theil desselben. Im letztern Fall glaubt er mit uns, daß sie, in so ferne der Pflichttheil laedirt ist, rescindirt werde; im erstern aber sey sie null, weil die Kinder praeterirt worden. —

Wie

Wie aber die praeteritio liberorum hieher kommt, da doch nur von einem actu inter vivos die Rede ist, können wir nicht einsehen.

§. 1705. Donationes geschehen auch sub modo, und wenn jemand ein Interesse davon hat, daß der modus praescriptus erfüllt werde, so muß er auch erfüllt werden. Wenn aber Niemand daran liegt, so wird die Erfüllung nicht erzwungen, ex regula: quod tibi non prodest, mihi vero nocet, ad id me non potes compellere.

Bei donationibus sub modo sind noch zwey Fälle zu bemerken. Die Sache ist nämlich dem Donatario

1) entweder schon übergeben; h. c. findet die actio revocatoria statt, wenn der Modus nicht erfüllt wird. Doch ist erforderlich, daß erst ein terminus peremtorius sub poena praeclusi gegeben werde, woraus erhellet, daß modus und conditio resolutiva nicht einerley ist.
2) Oder sie ist nicht übergeben; hier kann sie so lange zurückgehalten werden, bis der Modus erfüllt oder Caution gemacht wird.

Obs. Nach dem Iure Canonico kann die actio revocatoria nicht angestellt werden, wenn das meiste von der impletione modi vorbei ist. Z. E. Du hast Doctor legens werden sollen und bist schon Licentiat.

§. 1706. Schenkung ist eine Freygebigkeit und geschieht in der Regel aus freyem Willen. Doch giebts Ausnahmen hievon. Daher sind die Donationes l. voluntariae — quae ab arbitrio plane dependent, l. necessariae — quae cum necessitate quadam coniunctae sunt. Dahin gehört:

1) Donatio propter nuptias.
2) Donatio remuneratoria. Dies ist diejenige, durch welche wir Verdienste, die sich ein anderer um uns gemacht hat, zu compensiren beabsichtiget sind. Die Verdienste mögen übrigens solche seyn, derentwegen eine Compensation perfecto iure verlangt werden kann oder nicht: z. E. daß ich den Arzt belohne — dazu bin ich perfecte obligirt — daß ich meine Magd belohne, welche mir in der Krankheit beistund, dazu hab ich nur imperfectam obligationem. Das Verdienst muß aber aestu-

aestumabile seyn, wenn eine Compensatio dabei statt finden soll.

Differentia:

1) Simplex donatio wird nicht praesumirt. Ausgenommen, wenn eine grosse Zuneigung zu dem Donatario sichtbar ist; quia nemo suum iactare velle praesumitur; donatio remuneratoria vero praesumitur.
2) Remuneratoria donatio findet auch zwischen solchen Personen statt, die sich sonst nicht schenken können.
3) Ex re tertii findet sogar donatio remuneratoria statt. Z. E. Aus dem Pupillen-Vermögen und aus den Kirchgütern.
4) Bedürfen donationes necessariae keiner gerichtlichen Insinuation. Doch hat Pufendorf Tom. 1. Obs. 18. bewiesen, daß die donatio remuneratoria gerichtlich insinuirt werden müsse, und zwar ob paritatem rationis, ut *fraus et collusio absit.*
5) Donationes necessariae sind unwiederruflich in allen den Fällen, in welchen sonst eine Schenkung revocirt werden kann: z. E. ob supervenientiam liberorum, ob ingratitudinem donatarii etc.

LIB. XXXIX. TIT. VI.

De mortis causa donationibus et capionibus.

§. 1707. Donatio mortis causa ist diejenige Schenkung, deren Gültigkeit und Verbindlichkeit von dem Tod des Schenkers abhängt. Est

1) l. generalis — quae generatim intuitu mortis fit. Z. E. wenn ich sterbe, sollst Du mein Haus bekommen;
2) l. specialis — quae fit intuitu certi periculi mortis. Z. E. wenn ich an dieser Krankheit sterbe, sollst Du meine Uhr haben.

§. 1708. Donatio m. c. ist ein vermischtes Geschäft, das theils von der Natur eines Vertrags participirt, (daß sie nämlich, wie jedes Pactum acceptirt werden muß; denn ist sie nicht *acceptirt*, so ist sie keine donatio mortis causa— obgleich

obgleich ein Fideicommiss;) theils von der Natur eines letzten Willens — und zwar insoferne, daß sie usque ad ultimae vitae halitum wiederruflich ist. Sie ist also ein vermischtes Geschäft. Doch kann ein Filiusfamilias mit Erlaubnis seines Vaters eine Schenkung auf den Todesfall machen; testamentum vero condere nunquam potest. Ratio huius differentiae est: contra ius publicum nihil filius potest suscipere; testamenta sunt iuris publici.

§. 1709. Donatio mortis causa kommt in verschiedenen Stücken mit den Legatis überein, in manchen aber differirt sie. Wir wollen uns den Unterschied zuerst bekannt machen.

Differentia:

1) Donatio mortis causa besteht, wenn auch die Erbschaft nicht angetreten worden; dahingegen die Legata mit dem testamento destituto ganz wegfallen.
2) Donatio mortis causa kann von dem Donatore selbst übergeben werden, ein Legat aber nie.
3) Derjenige wird der Schenkung auf den Todesfall nicht verlustig, dem sonst als einem Unwürdigen das Legat genommen werden kann.

Uebereinkommt sie mit den Legatis in folgenden Puncten:

1) Allen den Personen, welchen etwas vermacht werden kann, kann auch mortis causa geschenkt werden.
2) Bei beiden sind 5 Zeugen erforderlich, und wo bei Legatis weniger, oder gar keine Zeugen erforderlich sind, da sind auch bei Schenkungen auf den Todesfall keine nöthig.
3) Unitas actus sowohl, als daß die Zeugen specialiter rogati seyn müssen, ist nicht praecise erforderlich.
4) Schenkungen auf den Todesfall fallen, wie die Legata, weg, wenn sie nicht angefallen sind.
5) Findet auch hier das ius accrescendi statt, wie bei Legatis, wenn plures collegatarii coniunctim vorhanden sind.
6) Findet auch hier der Abzug der Quartae Falcidiae statt.

Observ. Nur in Churſachsen nicht, wenn die Schenkung gerichtlich confirmirt ist.

7) Das

7) Das Dominium von der re donata geht ipso iure auf den Donatarium über, so bald der Schenker stirbt. Folglich kann die donatio mortis causa zu den modis acquirendi mitgerechnet werden.
8) Sie bedarf keiner gerichtlichen Insinuation.

§. 1710. Mortis causa capio est quaevis acquisitio, quae fit occasione mortis cuiusdam tertii, qui scilicet non est is, qui liberalitatem exercet. Unterschied: Bei der donatione mortis causa dependirt die Acquisition von dem Tode dessen, der die Schenkung gemacht hat; bei der mortis causa capione aber von dem Tod einer dritten Person. Sie kann übrigens auf dreyerley Art eingerichtet werden.
1) Wenn einem was geschenkt wird, propter mortem alterius.
2) Wenn man einem etwas giebt ob hereditatis omissionem.
3) Wenn der Erbe oder ein Legatarius propter mortem tertii etwas praestiren muß.

§. 1711. Donatio mortis causa ist wiederruflich so lange der Schenker lebt. Dies aber, daß sie wiederruflich sind, ist was irregulares; denn donatio mortis causa ist ein Pactum; irregularia vero non praesumuntur. Man thut daher wohl, wenn man beifügt: daß es eine donatio mortis causa seyn soll, sonst werden donationes inter vivos praesumirt, und zwar, wenn auch schon des Todes Meldung geschehen und der Tod als causa impulsiva angeführt worden: z. E. ich habe gesagt: weil ich sterblich bin. Also — lieber deutlich dazu gesetzt, daß es eine donatio mortis causa seyn soll.

Qu. Wenn einer Schenkung die Clausul beigefügt wird, daß sie nicht wiederruflich seyn soll, ob sie dann eine donatio mortis causa zu nennen sey?

Rsp. Dies ist sehr streitig. Einige Rechtslehrer, worunter vorzüglich Hunnius in seinen resolut. iuris civ. L. 2. tract. 4. Qu. 2. und Lauterbach in seinem colleg. theor. practico h. t. gehören, sagen: Ja! ex L. 13. §. 1. D. h. t. und L. 35. §. 4. eod. — sie bleibe eine donatio mortis causa, denn da stünde ausdrücklich, daß wenn so geschenkt

schenkt würde, ut nulla eius sit repetitio (i. e. revocatio), so sollte es doch eine donatio mortis causa seyn.

Conf. et Nov. 87. Princ. et Cap. 1. Aber diese Novella ist nicht glossirt, sie hat also in foris keinen Usum. Hellfeld behauptet ex L. 27. D. h. t. das Gegentheil: da steht: es wäre mehr eine donatio inter vivos als mortis causa.

Es wird ferner gesagt in diesem L. daß dergleichen Schenkungen inter coniuges verbothen seyen. Dies gilt nur von donationibus inter vivos. Dieser Meynung treten auch wir mit angesehenen Rechtslehrern bei.

Conf. Vinnius in selectis iuris quaest. Lib 2. C. 34. Huber ad D. h. t. ingleichen Stryck in V. M. h. h. §. 8. Mevius part. 6. decis. 332. und Carpzov. Lib. 5. Tit. 7. Rsp. 55. N. 11. und Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien, 1. Band, 14 Meditation

Doch aber ist das eine donatio mortis causa, wenn sie auf die Erben gerichtet ist. In diesem Fall aber ist rathsam, daß man beisetze: daß die Schenkung auf die Erben gehen soll, wenn der Donatarius bei Lebzeiten des Schenkers stirbt. Denn sonst fällt sie weg, ob schon der Erben erwehnt worden. Denn es verstehen sich dergleichen Schenkungen immer sub tacita conditione; wenn Du den Anfall erlebst,

§. 1712. Es geschieht zuweilen, daß ein Donator sein ganzes Vermögen verschenkt, jedoch sich einen gewissen Theil vorbehält, um darüber frey zu disponiren. Nun hat der Donator entweder über diesen vorbehaltenen Theil disponirt, oder nicht. Im ersten Fall, wenn er disponirt, z. E. ein Testament oder Codicill gemacht hat, so bekommt derjenige den partem reservatam, dem er bestimmt worden; im zweyten Fall aber bekommt in dubio den partem reservatam nicht der Donatarius, sondern die Intestat Erben; Ratio: denn dadurch, daß der Donatarius sich diesen Theil reservirt hat, giebt er zu erkennen, daß er ihn nicht dem Donatario geben, sondern den Intestat-Erben zukommen lassen wolle. Anders ist es, wenn aus dem Ausdruck erhellt: der Donatarius solle den partem reservatam haben, falls er nicht disponire.

LIB. XL. TIT. I.

De manumissionibus.

§. 1713. Nach den Grundsätzen der Römer konnte ein Servus vorzüglich auf zweyerley Art frey werden, nämlich:

A) aut ipso iure, i. e. immediate ex lege sine facto ideo suscepto, (§. 1718.)

B) aut facto, i. e. manumissione.

Manumissio ist also eine Handlung, wodurch ein Herr seinem Sclaven die Freyheit ertheilt. Das Wort kommt her von *manus*, welches h. l. so viel als potestas bedeutet, und *mittere*, also aus der Gewalt entlassen oder die Freyheit geben. Quilibet iuri suo renunciare potest, ergo et dominus.

Die modi manumissionis waren entweder solennes, wobei gewisse Feyerlichkeiten beobachtet wurden, oder minus solennes, ohne alle Ceremonie. Die modi solennes waren nach dem altrömischen Recht folgende:

1) Manumissio per censum lustralem, i. e. si dominus servo suo nomen in censu profiteri ac lustro interesse permittebat. Census erat consignatio civium eorumque bonorum auctoritate publica facta.

Doch dieser modus manumittendi kam ab und an seine Stelle trat

2) die Manumissio in sacro-sanctis ecclesiis — quae fit in coetu ecclesiastico sub adspectu populi atque christianorum antistitibus. Der Ritus dabei war folgender: Am Osterfeste führte der Dominus den Servum in die Kirche, die Thüren wurden verschlossen und nach diesem declarirte er, daß er ihn frey lassen wollte. Die Priester waren dabei und er sprach zu dem servo: Vade, quo vis.

Auser dem usu doctrinali hat diese Lehre hodie ob status mutationem keine Anwendung mehr.

LIB. XL. TIT. II.

De manumissis vindicta.

§. 1714. Ein anderer Modus der Entlassung war auch bei den Römern

3) die Manumissio per vindictam. Dies war ein actus legitimus, welcher darinn bestund, daß die Freylassung bei einer gewissen Obrigkeit unter allerley Gebräuchen und Formeln bestättigt wurde. Der Dominus führte ihn z. E. zum Praetor, drehte ihn im Kreis herum, gab ihm einen derben Schlag hinters Ohr und indem er ihn aus den Händen lies, sprach er: hunc liberum esse volo. Darauf berührte der Lictor sein Haupt zum Zeichen, daß er Iura bekommen habe.

LIB. XL. TIT. III.

De manumissionibus, quae servis, ad universitatem pertinentibus, imponuntur.

§. 1715. Die manumissio per vindictam war ein actus solennis et legitimus, daher konnte sie nicht per procuratorem geschehen, sondern der Eigenthumsherr muste sie in eigener Person bewirken.

Wenn aber der Servus nicht in dominio privati war, sondern einem Collegio oder einer Universitati gehörte, so konnte die manumissio per syndicum geschehen. Das Ceremoniell war hier wieder das nämliche.

LIB. XL. TIT. VI.

De ademtione libertatis.

§. 1716. So wie alle Sachen, welche in commercio hominum existiren, legirt werden können, so konnten bei den Römern auch Servi, welche als res in commercio hominum

minum existentes betrachtet wurden, legirt und im Testament manumittirt werden. Nur war erforderlich, daß der servus tempore conditi testamenti et mortis testatoris in dominio desselben seyn muste. Die Manumission geschah

1) l. *directe*, wenn der Testirer selbst den Sclaven für frey erklärte. H. c. hies der Freygelassene *Orcinus* und hatte keinen Patron.

2) l. *indirecte* s. per modum fideicommissi, wenn der Testirer die Manumission dem Erben zur Pflicht machte. In diesem Fall hatte der Erbe die Patronats-Rechte, nur konnte er keine Operas von ihm prästirt verlangen.

So wie nun das ganze Testament wiederrufen werden kann, so konnte auch der Dominus die dem Servo im Testament legirte Freyheit wieder nehmen. Davon hat der Titel die Aufschrift.

LIB. XL. TIT. VII.

De statu liberis.

§. 1717. Der Testirer konnte die Freyheit in seinem letzten Willen sowohl sub die, als sub conditione ertheilen. Z. E. Wenn es Friede wird, so sollst Du die Freyheit haben, oder 5 Jahre nach meinem Tod ꝛc. In solchen Fällen hiesen die Manumissi — *statu liberi*. Diese statu liberi waren unterdessen wahre Sclaven, nur ob spem futurae libertatis wurden sie in einigen Puncten für frey gehalten.

LIB. XL. TIT. VIII.

Qui sine manumissione ad libertatem perveniunt.

§. 1718. Wir haben bisher von den modis manumittendi solennibus gehandelt. Die modi minus solennes sind viererley.

1) Der modus manumittendi per *epistolam* bestund darinn, daß der Dominus seinem Servo eine schriftliche Versicherung gab, daß er frey seyn soll. Diese Versicherung muste nach Iustinians Verordnung von 5 Zeugen unterschrieben seyn.
2) Der modus manumittendi inter amicos — wo der Dominus seinem Servo in Gegenwart seiner Freunde erklärte, daß er frey seyn sollte. Auch hier werden 5 zu Zeugen erfordert. Conf. L. unic. Cod. de latinorum libertate tollenda.
3) Der modus manumittendi per convivium — wenn er seinen Servum mit am Tische sitzen lies. Er sagte nur: coena mecum, so war er tacite für frey erklärt.
4) Der modus manumittendi per nominationem filii — wenn er ihn Sohn nannte. Dies war wieder manumissio tacita. Nur war hier erforderlich, daß es coram magistratu geschehen und ad protocollum genommen werden muste.

Es gab überdies auch Fälle, wo der Servus ipso iure frey war. Sie sind folgende:
1) Wenn der Servus unter der Bedingung acquirirt wurde, daß er entweder gleich, oder post breve intervallum manumittirt werden sollte.
2) Wenn er wegen grosser Schwachheit von dem Domino derelinquirt worden war.
3) Wenn er einen von dem Domino begangenen Mord entdeckte.
4) Wenn der Servus unter der Bedingung, daß er nicht prostituirt werden möchte, verkauft, und dennoch in der Folge prostituirt worden.
5) Wenn er einen Hochverrath entdeckt hatte.

LIB. XL. TIT. IX.

Qui et a quibus manumissi liberi non fiunt et ad L. Aeliam Sentiam.

§. 1719. Die allzuhäufige Manumissiones hatten üble Folgen für den Staat. Er wurde mit schlechten Leuten überschwemmt. Daher wurden Gesetze gegeben, durch welche diese

diese Freyheit der Bürger eingeschrenkt wurde. Dieser Gesetze sind nun zwey, der Lex Aelia Sentia und Lex Fusia Caninia.

I. Lex Aelia Sentia hat den Namen von den Consulibus, welche ihn Tempore Augusti machten. Er bestund aus vielen Kapiteln, wovon nur 2 bekannt sind. Das erste ist:

Cap. 1. *Ne quis in fraudem creditorum manumitteret*, d. h. in der Absicht und mit dem wirklichen Erfolg, daß die Gläubiger des Freylassers durch die Freylassung einbüsen oder verkürzt werden. Die Schuldner, die nämlich dem Concurs nahe waren, pflegten alle ihre Servos zu manumittiren, dies geschahe nun in fraudem creditorum; daher verbietet sie der Lex Aelia Sentia und sagt: daß eine solche Manumissio null und nichtig seyn soll.

Cap. 2. *Ne domino minori XX. annis manumittere liceret, nisi certis conditionibus.* Diese Conditiones waren vorzüglich drey.

a) Daß sie nur per vindictam manumittiren durften.

b) Das sie coram concilio manumittiren sollten. Das Concilium war ein Collegium, welches zu Rom aus 5 Senatoren und 5 Equitibus bestund; in den Provinzen bestund es aus 25 Personen, welche Recuperatores hiesen.

c) Daß die Manumissio auch ex iusta causa geschehen sollte, i. e. der Manumittens sollte einen rechmäsigen Grund angeben. Die Causa selbst war nicht bestimmt, sondern dem arbitrio iudicis überlassen.

Das 1 Cap. dieses Legis Aeliae Sentiae ist hodie noch an den Orten im Gebrauch, wo die Leibeigenschaft herrscht; das 2te aber ist nicht mehr in usu. Iustinian selbst hat es ex parte derogirt; die Folgerung, daß ein Minor nicht manumittiren soll, hat er ganz abrogirt.

II. Lex Fusia Caninia ist dasjenige Gesetz, welches die Freyheit im Testament zu manumittiren eingeschrenkt hat, und zwar in soferne, daß einem jeden Domino eine Zahl von Servis bestimmt war, welche er zu manumittiren die Freyheit haben sollte. Dieser Lex aber ist von Iustinian ganz abrogirt worden. Vid. L. unica Cod. de lege Fusia Caninia tollenda. Hier verordnete er, daß jeder im Testament zu manumittiren die Erlaubnis haben sollte, wie er sie inter vivos hat.

LIB. XL. TIT. XI.

De natalibus restituendis.

§. 1720. Durch die Manumission wurde der Servus ein Freygelassener; aber da war er doch noch nicht so viel, als ein Ingenuus. Wollte er dies werden, so muste er mit Uebereinstimmung seines Patrons von dem Imperante das ius aureorum annulorum erbitten. Der Actus wodurch er in den statum ingenuitatis versetzt wurde, hies restitutio natalium. Er wurde nunmehr so angesehen, als wenn er nie in servitute gewesen wäre.

Die 5 übrigen kleinen Titel dieses Buchs haben keinen Nutzen mehr.

LIB. XLI. TIT. I.

De acquirendo rerum dominio.

§. 1726 — 1727. Von dem Dominio haben wir keine Legal-Definition. Wir definiren daher so:

Dominium est ius in re corporali, vi cuius de substantia rei pro arbitrio disponere licet. Requiritur ergo

1) res corporalis; nam res incorporales non sunt in dominio, sed in bonis. Conf. L. 49. D. de V. S.

2) Dominium subsistit in iure de ipsa rei substantia disponendi. Z. E. Darf ich als Dominus meinen Wald umhauen und zur Wiese machen.

Die in dominio liegende einzelne Rechte sind §. 576. auseinander gesetzt.

Dominium ist eine species iuris realis, es muß also auch wie jede andere species per *titulum* et *modum acquirendi* erworben werden. Von beiden steht die Erklärung §. 578. Wir gehen daher sogleich zu dem ersten modo acquirendi originario, nämlich der Occupation über.

§. 1728. Occupatio (die Eroberung) est modus acquirendi dominium per apprehensionem rei nullius animo sibi habendi factam. Drey Stücke werden also hier erfordert.

1) Appre-

1) Apprehensio rei — dies ist eine Handlung, wodurch wir eine Sache in unsern Besitz bringen.
2) Animus rem sibi habendi, i. e. mit der Absicht, die Sache eigenthümlich zu haben und zu behalten, auch darüber wirklich zu disponiren.
3) Res nullius muß es seyn, i. e. eine solche Sache, worauf noch Niemand ein Recht zusteht.

§. 1729. Durch die Occupation acquiriren wir wirklich das Eigenthum von der Sache. Zu dem Dominio gehört auch das ius possidendi, welches durch die Apprehension erlangt wird. In dem Besitz darf aber Niemand gestört werden, wo nicht ein anderer kommt und beweist, daß er Dominus sey; und da dieser Fall bei der Occupation unmöglich ist, so wird richtig geschlossen, daß der Occupans mit Ausschliesung aller andern über die Sache zu disponiren befugt sey und in seinem Besitz nicht gestört werden dürfe.

§. 2730. Die Occupation erfordert nicht nur die Absicht, sich die Sache zuzueignen, sondern auch die Besitzergreifung selbst. Folglich ist weder der bloße animus rem ut suam habendi, noch der Anblick, noch die wörtliche Erklärung, daß man die Sache haben wolle, hinreichend; sondern es wird nothwendig ein factum corporale erfordert, wodurch die Sache wirklich in unsere Gewalt gebracht wird, so daß wir frey darüber disponiren können; und so lange dies nicht ist, kann auch die Sache nicht occupirt genennt werden, sondern sie bleibt eine res nullius, wenn auch schon Jagd darauf gemacht worden wäre.

§. 1731 — 1732. Blos res nullius können occupirt werden. Wenn von der re nullius nicht bekannt ist, daß sie schon einen Herrn hatte, so heist sie: res naturaliter nullius s. vere talis. Das Oppositum von diesen sind, die res facto hominum nullius, welche entweder derelinquirt worden sind, oder deren Eigenthümer man ob antiquitatem nicht mehr weiß.

Res naturaliter nullius sunt l. animatae l. inanimatae. Sind sie leblose Sachen, so heist die Occupation derselben: Inventio; sind sie aber belebt, so heist sie Venatio.

Sub venatione verstanden die Römer blos die occupationem ferarum bestiarum. Diese Erklärung beruhte auf dem Principio: quod ferae bestiae sint res nullius. Sie theilten die Thiere überhaupt ein in feras bestias, die nicht ohne Gewalt von uns erhalten werden können, ferner in mansuetas, die ohne Gewalt erhalten werden können, wie z. E. die Hühner, und in mansuefactas, die Zahm gemacht sind. Die beiden letztern sind nicht res nullius, folglich fand auch bei ihnen keine Occupation statt.

Ferae bestiae wurden wieder in aquatiles, volucres und quadrupedes eingetheilt, daher die besondern Benennungen der Occupationen: piscatio, aucupium und venatio in specie sic dicta. Hellfeld glaubt: unser Dominium auf die wilden Thiere daure nur so lange, als wir sie in Verwahrung haben; so bald sie also in den Zustand kommen, wo wir sie nur mit Schwierigkeit wieder haben können, so würden sie res nullius. Allein dies ist nicht indistincte zu behaupten, denn es kommt darauf an, ob sie ganz aus meinem Gesichte ist, oder nicht. Im erstern Fall bleibt sie mein, im letztern ist sie erst eine res nullius geworden, wie am Ende des §phi von den Bienenschwärmen erinnert worden.

§. 1733. Das Principium: quod ferae bestiae res nullius sint, fällt bei uns völlig weg. Die Jagdgerechtigkeit ist hodie ein Regale und kein Subditus kann sie haben, es wäre denn ex speciali principis concessione s. privilegio, oder per praescriptionem immemorialem.

Wenn übrigens zwischen Grenz-Nachbarn gestritten wird, wem das Thier gehöre, dem nämlich, der es angeschossen, oder dem, der es gefangen hat; so ist zu antworten: dem Letztern. Ratio: ersterer hat blos den animum occupandi gezeigt, letzterer aber hat vere occupirt.

§. 1734. Diejenigen Sachen, welche nicht mehr in unserm Dominio existiren, werden iuridice res facto hominum nullius genennt. Dahin rechnet man sowohl res derelictas, als hostiles.

I. Res derelictae sind diejenigen, welche der Eigenthümer in der Absicht verlassen, oder von sich geworfen hat, daß er sie nicht mehr haben will. Z. E. Du verläst Deinen Fundum, weil er Dir nicht mehr gefällt, und schlägst Deine Hütte an einem andern Orte auf.

Dere-

Derelictio ist also eine Art von Veräuserung und erfordert die unbedingte Verlassung des Besitzes in der Absicht, auf ihn und das Eigenthum der Sache gänzlich Verzicht zu thun? Sie wird vermuthet,

1) wenn einer sub poena praeclusionis vorgeladen worden, seine Ansprüche auf die Sache geltend zu machen, und intra terminum praefixum nicht erschienen ist;
2) wenn einer seinen Fundum ohne rechtmäßige Ursache verlassen und ihn intra biennium von der Zeit an, wo sich ein anderer darinn festsetzte, nicht vindicirt hat.

Doch können keineswegs die Güter der Schifbrüchigen für derelinquirt gehalten werden. Auch res navis levandae causa eiectae und zufälliger Weise verlohrne Sachen nicht.

§. 1735. II. Res hostiles. Sowohl Personen, als Sachen der Feinde wurden von den Römern für res nullius gehalten, Conf. L. 1. §. 1. de acquirenda l. amittenda possessione. Die Occupation derselben wird occupatio bellica genennt. Dazu sind 3 Stücke erforderlich:

1) daß es personae et res *bello* captae seyn müssen. Ein Tumult giebt also keine occupationem bellicam.
2) Daß sie nicht vom Feind wieder abgenommen seyn dürfen.
3) Daß sie schon in Sicherheit gebracht worden seyn müssen.

Wenn gefragt wird, wem die res bello occupatae gehören? so ist zu antworten: jede Occupatio giebt demjenigen das Eigenthum, in dessen Namen sie geschieht. Die occupatio bellica geschieht im Namen des Staats, also müssen auch die res bello occupatae dem Staat gehören, und nicht dem Soldaten. Indessen hängt es immer von dem Principe ab, ob er von den rebus bello occupatis den Soldaten etwas überlassen will, oder nicht. Daher finden wir in dem römischen Recht selbst verschiedene Gesetze; denn in manchen heist es, sie gehören dem Staat, in manchen, sie gehören den Soldaten, je nachdem der Regent freygebig war oder nicht. Nach dem heutigen Recht muß man bei der Kriegseroberung zwischen den Personen und den Sachen distinguiren. Was

1) die Personen betrift, welche in die Gefangenschaft gerathen, so fällt bei diesen das römische Principium ganz weg; denn unsere Capitivi werden nicht mehr Servi. Was aber
2) die res hostiles anlangt, so sind solche entweder beweglich oder unbeweglich. Letztere heißen eigentlich Eroberungen und gehören indistincte dem Fürsten oder dem Staat; bei erstern aber, welche Beuten genennt werden, distinguirt man wieder zwischen denen, die einen ordentlichen Sold bekommen, und denen, die nicht im Sold stehen: wie z. E. die Kaper, Freybeuter. Diese dürfen alle Beuten behalten, es wäre denn, daß es durch gewisse Gesetze bestimmt wäre, wie viel sie abgeben sollen. Jene die wirklich im Sold stehen, dürfen nur das behalten, was außer der Schlacht erbeutet wird.

§. 1736. Der zweyte modus acquirendi originarius ist Accessio — das Zuwachsrecht, oder das Recht, das Eigenthum einer fremden Sache aus dem Grund zu acquiriren, weil sie mit einer uns zustehenden Hauptsache, als Zubehör verbunden worden. Dazu wird also erfordert:
1) eine uns zugehörige Sache, welche den Rechten nach als res principalis angesehen werden kann.
2) Daß eine andere Sache mit dieser re principali verbunden worden, und
3) Diese als Zubehör zu der re principali betrachtet werden kann.

Nun die causa accessionem producens ist:
1) l. sola natura: z. E. ich habe hier an der Redniz eine Wiese und der Strom setzt mir per alluvium etwas an — accessio naturalis.
2) l. factum s. industria hominis: z. E. ich lasse mir ein Stück Tuch machen und der Weber nimmt zu dem Garn, das er von mir hat, noch Seide — accessio industrialis s. artificialis.
3) l. partim natura, partim industria hominis: z. E. Ich lasse einige Plätze in meinem Garten ungebaut und Benignus baut sie an, da lucrire ich die Früchte — accessio mixta.

Merke noch die Rechtsregel: quicquid l. naturae beneficio, l. arte atque industria hominis rei nostrae accedit, id nostrum fit.

§. 1737.

§. 1737. Accessio industrialis s. artificialis est ea, quae facto s. industria hominis fit. Bei dieser sind zwey Fälle zu unterscheiden:

1) Wenn res accessa von der re principali ohne Verletzung der Substanz separirt werden kann, so acquirirt der dominus rei principalis rem accessam nur revocabiliter: z. E. der Goldarbeiter setzt mir einen Demant in meinen Ring statt einen Cristall; ich muß ihn hergeben, oder bezahlen.

2) Wenn aber die res accessa nicht getrennt werden kann, ohne die rem principalem zu beschädigen, so acquirirt der dominus rei principalis rem accessam unwiederruflich. Doch wird diese letztere Acquisition nicht immer umsonst gemacht, sondern der Eigenthümer der rei accessae kann sie bisweilen bezahlt verlangen; und dies ist der Fall, wenn er in bona fide versirt: z. E. der Weber zettelt aus Versehen Seide unter mein Garn; da hat er gegen mich die actionem in factum. Ich muß ihm so viel bezahlen, als ich per rem accessam reicher geworden bin. Versirt er aber in mala fide, so bekommt er nichts.

§. 1738 — 39. Von der accessione naturali haben wir fünf Species. Die

I. ist Alluvio — die Anschwemmung, Anspülung — est incrementum, quod beneficio fluminis pedetentim et latenter praedio nostro adiectum est. Der Zuwachs gehört wieder dem domino praedii adiacentis. Doch muß nach dem römischen Recht distinguirt werden. Ager nimirum est:

1) l. arcifinius, i. e. talis qui non alios, quam naturales fines habet, h. c. valet regula: alluvio pertinet ad dominum adiacentem.

2) l. limitatus, alluvio cedit reipublicae s. civitati.

II. Partus rei animatae s. foetura. Es muß wohl ehehin Streit bei den Römern gegeben haben, wem Partus zustehe? Deswegen haben sie die Regel aufgestellt: partus sequitur ventrem. Das Principium rührt eigentlich von den Stoikern her. Diese statuirten, Partus sey als ein pars viscerum maternorum zu betrachten. Die Römer wendeten es auch auf die Sclaven an.

III. Vis fluminis — wenn ein ganzes Stück irgendwo auf einmal abgerissen und an mein Ufer hingeführt wird. Da gilt

gilt die Regel: das abgerissene Stück bleibt dem vorigen Domino. Hat aber das abgerissene Stück schon Wurzel geschlagen, so ist eine Coalitio vorhanden und nun kann der vorige Dominus es nicht mehr vindiciren, weil er so nachläßig war und es mit dem Meinigen zusammen wachsen lies.

IV. Alvei mutatio ist, wenn der Fluß seinen bisherigen Kanal verläßt und einen neuen sucht: Hier gilt die Regel: Alveus mutatus pertinet ad dominos adiacentes.

Obs. Verwechsle diese alvei mutationem nicht mit der Inundatione, wenn der Fluß austritt und ein Land überschwemmt. Diese verändert das Eigenthum von den praediis adiacentibus nicht. Wenn der Strom in sein Bett zurückgetreten ist, haben die Anstößer ihr Land wieder.

V. Insula. Unterscheide hier die Inseln die auf dem Meere, und die in Flüssen entstehen. Die Meeres-Inseln sind als res nullius zu betrachten und daher gilt die Regel: res nullius cedit primo occupanti; nisi accessa sit parti maris occupatae.

Bei den Inseln die in den Flüssen entstehen, gilt die Regel: pertinent dominis adiacentibus, jedoch mit dem Unterschied, wenn die Insel mitten im Fluß entstanden ist, so gehört sie den dominis adiacentibus von beiden Ufern; wenn sie aber nicht mitten, sondern zu nächst an einem Ufer entstanden ist, so gehört sie auch nur den dominis adiacentibus von dieser Seite, wenn nur die Praedia nicht agri limitati sind.

§. 1740. Doch diese Regeln gelten hodie nicht überall in Deutschland. Besonders die von den Inseln gelten nicht. Die Inseln in großen Flüssen eignen sich bei uns die Imperantes zu, weil sie sich auch die Flüsse zugeeignet haben. Wir haben auch ein Gesetz deswegen, nämlich die Constitutionem Imperatoris Adolphi 1239. Allein diese Constitution halten viele für unächt.

Eben so eignen sich auch die Imperantes den leeren Alveum zu, wenn alvei mutatio vorgegangen ist. Allein in Ansehung der Alluvionis bleibt es bei obiger Regel.

§. 1741. Es kann bisweilen zweifelhaft werden, welche Sache nach geschehener Accession, pro re principali anzu-

zusehen ist; quaeritur ergo: wie da? — die Antwort ist: mit einer Regel läßt sich hier nichts bestimmen. Doch kann man annehmen:

1) Res principalis ist diejenige, welche als das Totum zu betrachten und von welcher das hinzugekommene als ein Theil anzusehen ist.

2) Res principalis ist diejenige, ohne welche die andere hinzugekommene nicht hat existiren können. — Nach diesen Principien muß die Lehre von der Specification beurtheilt werden. Specificatio ist überhaupt eine Handlung, wodurch aus einer Materie ein neuer Körper gemacht worden, welcher den Namen und der Art nach von der Materie verschieden ist: z. E. wenn aus Mehl Brod gebacken — wenn aus einem Stück Silber Sporn geschlagen worden.

Man kann auch kurz sagen: Specificatio ist da, wenn die Sache ein incrementum morale bekommt per mutationem formae s. figurae. Hoc loco aber ist specificatio ein modus acquirendi und wird dazu erfordert:

1) Novum corpus muß ganz, oder zum Theil ex aliena materia verfertigt seyn.

2) Novum corpus muß auch nicht in priorem materiam reducirt werden können: z. E. Brod, kann nicht mehr auf Mehl reducirt werden.

Nun war ein Streit unter den alten Rechtslehrern, wem das novum corpus oder die nova species gehöre?

Die Proculeianer behaupteten: nova species gehöre dem Specificanti weil er der Sache die Form gegeben habe. Die Form müsse also, als das Principale angesehen werden. Die Sabinianer behaupteten das Gegentheil, nämlich, daß die nova species dem domino materiae gehöre, weil ohne Materie der neue Körper nicht existiren könne und folglich die Materie als das Principale anzusehen sey.

Iustinian gab keiner Parthei Recht, sondern distinguirte so. Nova species ist entweder ganz ex aliena materia, oder theils ex aliena, theils ex propria materia verfertigt worden. Im letztern Fall soll der Specificans das Eigenthum indistincte haben, weil er ein gedoppeltes Recht darauf hat. Im erstern Fall aber distinguirte er wieder. Es kann:

1) entweder novum corpus in priorem materiam reducirt werden — so gehört es dem domino materiae,

2) Oder

2) oder dies ist nicht — so soll der Specificans novum corpus acquiriren, quia res pro exstincta censenda est.

Allein es kommt alles in dieser Lehre auf Dolum und Culpam an.

Eben so auch bei einem Gemälde. Ponamus, ich hätte Asbest-Papier und ein anderer mahlt mir eine herrliche Landschaft darauf. Distingue:

Ob einer von beiden in mala fide versirt, oder nicht. Im erstern Fall gehört die species nova cum incremento morali dem, der malae fidei expers ist und zwar braucht er dem andern nichts zu ersetzen, wenn er nicht offenbar locupletior geworden. Im letztern Fall kann weder die Regel: accessorium sequitur suum principale, noch auch die: cuius plurimum interest, applicirt werden; sondern derjenige muß die Wahl haben, ob er das Ganze behalten und herauszahlen, oder es dem überlassen will, cuius nullo facto intercedente adiunctio facta est.

§. 1742. I. De adiunctione. Wenn etwas mit meiner Sache verbunden worden ist, das vorher nicht mein war, so kommt es darauf an: die Sache kann

1) entweder separirt werden; fiat ergo separatio auf Kosten des Adiungentis, si neuter in mala fide versatur.

2) Oder nicht separirt werden: Distingue:

a) aut restitutio in genere possibilis est. Hier ist Regel: daß der Adiungens die Sache in eodem genere et eadem quantitate restituire.

b) aut non: z. E. ich hatte Asbest-Papier; so ist die Entscheidung die nämliche, wie sie sub fine §phi antecedentis gegeben worden.

II. De inaedificatione. Sie kann:

1) entweder so gedacht werden, daß einer mit fremden Materialen auf seinem eigenen Grund und Boden baut. Hier verordnet das römische Recht: das Gebäude gehört dem Aedificanti.

Qu. Kann denn aber der dominus materiae die Baumaterialien nicht zurück verlangen? Rsp. Es kommt darauf an, ob

a) das Gebäude noch steht, da kann er die Materialien nicht praetendiren, ex principio romanorum: ne urbes ruinis deformentur.

b) Steht

b) Steht aber das Gebäude nicht mehr, so kommt es darauf an, ob

α) der Aedificans die Baumaterialien mala fide in Besitz genommen hat; da soll sie der Dominus vindiciren können;

β) Oder ob er sie bona fide im Besitz hat: z. E. der Baumeister hätte sie aus Versehen genommen; hier hat der Dominus die actionem de tigno iuncto und bezahlt der Aedificans nicht, so steht ihm wieder die Vindication zu.

2) Oder so, daß einer mit eigenen Materialien auf fremden Grund und Boden baut. Hier gehört das Gebäude dem domino soli nach der Regel: Quicquid solo inaedificatum est, id solo cedit: Solum enim est principale.

§. 1743. bedarf keiner Erklärung.

§. 1744. III. De commixtione.

Commixtio ist vorhanden, wenn die extrema unita beiderseits solida, oder ein Solidum und ein Fluidum sind: z. E. Puder und Mehl, Puder und Rosenwasser. Diese Commixtio geschieht nun:

1) entweder mit beider Eigenthümer Bewilligung — so wird eine massa communis daraus;

2) Oder dies ist nicht — hier sagt Iustinian §. 28. I. h. t. man soll die Masse separiren und jedem das Seinige geben. Allein man sieht schon, daß dieser Lex nicht in allen Fällen exsequirt werden kann, in dem Fall gar nicht, wenn ein Fluidum mit einem Solido vermengt worden; man muß dahero auf obige Regeln Rücksicht nehmen.

IV. De confusione.

Confusio ist da, wenn die beiden extrema unita fluida sind: z. E. Johannisberger mit Frankenwein vermischt, oder Bley und Silber zusammengeschmolzen. Distingue:

1) aut separatio possibilis est — da bekommt jeder das Seinige.

2) aut non — da kommt es auf bonam et malam fidem an, wie oben gezeigt worden.

Zusatz: Ferruminatio, Intextura, Applumpatio, sind lauter Species von der Adiunction.

§. 1745

§. 1745. De accessione mixta. Est ea, quae fit partim naturae beneficio, partim industria hominis. Davon haben wir zwey Species.

1) Plantatio — wenn etwas auf fremden Grund und Boden gepflanzt wird. Merke die Regel: quicquid solo implantatum est, id solo cedit. Die Römer beurtheilten das Eigenthum der Bäume nach den Wurzeln, wo nämlich die meisten Wurzeln hinschlagen, dahin gehörte der Baum.

2) Satio — wenn etwas auf fremden Grund und Boden gesäet wird. Da ist die Regel: Quicquid solo inseritur, id solo cedit. Ob nun aber schon die Früchte ex satione dem domino agri unstreitig gehören, so muß er doch die Impensas: z. E. Saamen, Taglohn, Dünger ꝛc. restituiren.

Was die Plantationem anlangt, so haben wir die einzige Abweichung, daß bei uns der Baum nicht nach den Wurzeln, sondern nach dem Stamm und den Aesten beurtheilt wird. So weit die Aeste reichen gehört der Baum mein. Ich kann also die überhängenden Früchte percipiren und auch die Aeste wegschneiden, wenn sie mich hindern.

Fructuum perceptio est modus acquirendi, quo quis, qui rem alienam bona fide et iusto titulo possidet, loco domini est et fructus percipiendo suos facit.

Requisita:

1) Du mußt in civili possessione einer fremden Sache seyn, nämlich, du mußt animum rem tibi habendi haben.

2) Du mußt die fremde Sache iusto titulo besitzen, i. e. titulo ad transferendum dominium habili.

3) Du mußt die rem alienam auch bona fide, i. e. ohne zu wissen, daß sie res aliena ist, besitzen. Ist dies, so lucrirst du die Früchte von der re aliena, ob du schon die Sache selbst wiedergeben mußt.

§. 1746. Von der Inventione hätte oben bei der Occupation die Rede seyn sollen, denn sie ist eine Species derselben. Die Regel ist:

Res inventae cedunt occupanti. Diese Regel gilt, die Sachen mögen res derelictae oder nullius: z. E. gemmae seyn.

Anders ist es mit der Inventione thesauri. Thesaurus bedeutet alle vor Alters verborgene Kostbarkeiten, deren Eigen-

genthümer man nicht mehr weiß. Wem der Thesaurus gehöre? Darüber haben wir viele Gesetze. Iustinian hat die Gesetze des Hadriani bestättigt. Wenn der Thesaurus gefunden worden, so geschah dies:

1) entweder in fundo proprio — da gehört er ganz dem Finder;
2) Oder in alieno fundo, und zwar:
   a) aut data opera — da gehört er ganz dem domino loci,
   b) aut fortuito — da gehört er zur Hälfte dem Finder, zur Hälfte dem domino loci. So — nach römischen Rechten.

Unsere Rechtslehrer sind nicht einig ob hodie das Ius Romanum gelte oder nicht. Einige behaupten es, andere verneinen die Frage und eignen den Thesaurum jedesmal dem Fisco zu, besonders wenn er tief in der Erde liegt.

In Speculo Saxonico kommt eine Stelle vor, wo es heist: die Schätze, die tiefer in der Erde liegen, als eine Pflugschaar geht, gehören der königlichen Gewalt. Allein die Stelle geht nicht auf Thesauros, sondern es ist von Bergwerken die Rede. Daher sagen wir lieber: das römische Recht gilt noch überall, wo es nicht durch Landesgesetze abgeändert ist.

LIB. XLI. TIT. II.

De acquirenda vel amittenda possessione.

§. 1747. Iusta possessio est, si causa possessionis innititur iusto et vero titulo. Causa possessionis est animus rem sibi habendi, quem possessor cum apprehensione coniunxit. Wenn nun dieser Animus auf einen wahren und rechtmäßigen Titel gegründet ist, so hat man iustam possessionem.

Iniusta s. vitiosa possessio ist das Oppositum. Dazu gehört folglich:

a) Possessio violenta — worein sich jemand auf eine unerlaubte Art mit Gewalt setzt.

b) Possessio clandestina — worein sich jemand deswegen heimlich gesetz hat, weil er Streit befürchtete.

c) Possessio precaria — dies ist derjenige Besitz, welcher einem unter der Bedingung verliehen worden, daß er soll alle Augenblicke revocirt werden können.

Obs. Stricte ist letztere keine possessio iniusta.

Alle diese species iniustae possessionis haben keine rechtliche Wirkungen, und alles in unserm vorhabenden Titel versteht sich folglich de iusta possessione. Wir handeln zuerst de acquisitione eius §. 1747 — 52. dann de conservatione, §. 1753. und endlich §. 1754. de amissione eius.

Acquisitio possessionis ist, wenn derjenige der noch nicht im Besitz ist, auch nie darinn war, nun anfängt zu besitzen. Sie geschieht anders bei rebus corporalibus, anders bei rebus incorporalibus.

1) Bei rebus corporalibus ist nöthig:
   a) eine körperliche Handlung, §. 1749).
   b) welche cum animo rem sibi habendi vorgenommen wird.
2) Bei rebus incorporalibus. Was hier nöthig ist, wird §. 1750. beigebracht werden.

§. 1748. Vorerinnerung: Hier ist nur de possessione civili die Rede (Conf. §. 182).

Zur acquisitione possessionis civilis ist der animus rem sibi habendi nöthig, d. i. die Absicht, das Eigenthumsrecht auszuüben.

Wer diese Absicht nicht hat, oder nicht haben kann, der kann auch possessionem civilem nicht acquiriren. Es können also solches:

1) nicht infantes, furiosi, mentecapti etc. Doch aber sollen infantes possessionem rerum donatarum acquiriren können.
2) Können diesen Besitz nicht acquiriren, die nicht fähig sind gewisse Sachen zu besitzen. Dahin gehören: die Subditi in Absicht auf die regalia principis; die Juden hie und da auf die Grundstücke.
3) Diejenigen, die alieno nomine besitzen. Dies sind alle Besitzer, die den animum dominium habendi nicht haben, noch haben können: z. E. Pachter. Excipe tamen. Es müste

müste denn seyn, daß causa possessionis mutirt würde, i. e. wenn eine nuda detentio in possessionem, oder eine possessio naturalis in civilem verwandelt würde, (Repetatur §. 182).

In L. 3. §. 19. D. h. t. steht aber nemo causam possessionis mutare potest, i. e. durch einen bloßen Vorsatz in Gedanken: z. E. mein Pachter wollte sich jetzt einfallen lassen, nicht mehr possessor naturalis, sondern civilis zu seyn. Ein anders aber ists, wenn ein neues Factum z E. Kauf hinzukommt: z. E. mein Pachter kauft mir das Gut ab; da wird er possessor civilis.

§. 1749. Den Besitz zu erlangen, ist:
1) animus rem sibi habendi und
2) factum quoddam corporale erforderlich.

Ipso iure kann man keinen Besitz erlangen. Doch nach deutschen Rechten wird bei der Erbschaft eine einzige Ausnahme gemacht. Vid. ea de re Schilter exercit 15. §. 11.

Was ist aber dies für eine körperliche Handlung? Rsp. Jede apprehensio rei.

Apprehensio est quilibet actus, per quem res in potestatem nostram redigitur. Es kann also dies geschehen,
1) durch Wache,
2) per obsignationem,
3) wenn man die Schlüssel in seine Gewalt bekommt.

Bei Immobilibus ist intrare in fundum hinlänglich. Es ist nicht nöthig, daß man alle Theile des Fundi berührt; sufficit partem intrare animo, quo totum possidere velimus.

Der animus rem sibi habendi wird jedoch zuweilen praesumirt, i. e. si factum corporale ad apprehensionem possessionis directe tendit: z. E. ich beziehe das Haus; zuweilen nicht, i. e. si hoc factum dubiae interpretationis est. Da muß derjenige, der das Factum unternommen, es eidlich erhärten, daß sein Animus derjenige und kein anderer war, als: ut rem habeat, tanquam suam.

§. 1750. Acquisitio possessionis rerum incorporalium. Res incorporales sunt iura; der Besitz derselben wird

nicht anders acquirirt, als durch das Exercitium: z. E. das ius pascendi. Nun aber behauptet Hellfeld, es wäre ein einziges Factum hinlänglich, vorausgesetzt: daß das Factum ruhig und unwiedersprechlich ausgeübt worden. Qu. Ergo: Ob eine Handlung, weswegen ein Proceß entstanden ist, hinlänglich sey oder nicht? Rsp. Ad praesentaneam possessionem hilft sie allerdings, d. h. für gegenwärtig muß der Possessor geschützt werden, aber nur so lange, bis ein anderer antiquiorem et meliorem possessionem erwiesen hat.

§. 1751. De effectibus possessionis acquisitae. Sie reduciren sich kurz darauf, daß der Besitzer instar domini so lange zu betrachten ist, bis der wahre Eigenthümer kommt und sein Recht beweist. Dies Recht heist dominium interimisticum (das einstweilige Eigenthum). Es hat die Folge:
1) Daß in dubio für den Besitzer gesprochen werden muß. Quia qui possidet, iuste possidere praesumitur;
2) Daß in pari causa melior ratio possidentis ist: z. E. Du hast den Fundum Tusculanum gekauft, ich auch; aber ich bin im Besitz, melior mea ratio est, quia possideo.
3) Daß der Besitzer nicht schuldig ist titulum possessionis anzugeben; quia qui possidet iuste possidere praesumendus est. Nur — muß der Besitzer capax possessionis seyn. Daher, wenn Unterthanen mit dem Landesherrn über den Besitz der Regalien in Streit kommen, so müssen sie den Titel angeben und beweisen.
4) Das er die fructus consumtos lucrirt, wenn auch ein anderer ein näheres Recht auf den Besitz dociren könnte. Nur muß er bonae fidei possessor seyn, welches in dubio praesumirt wird.

§. 1752. De conservatione possessionis.

Der Besitzer bekommt das dominium interimisticum; folglich hat jeder Besitzer das ius conservandi possessionem. Wir handeln:
1) De mediis, (h. §pho).
2) De modo conservandae possessionis (§. 1753).

Was die Mittel anlangt, so sind solche entweder gerichtliche oder außergerichtliche. Zu den gerichtlichen gehören die interdicta adipiscendae l. retinendae l. recuperandae possessionis; ferner exactio cautionis de non turbando. Es ist zwar zweifelhaft, ob diese im römischen Recht gegrün-

gründet ist, aber hodie ist sie extra dubium in usu. Sie ist nur cautio nude promissoria.

Zu den außergerichtlichen gehört die gewaltsame und eigenmächtige Vertheidigung: z. E. gegen Diebe, Räuber, Turbatores etc. Sie findet nicht nur gegen die Turbation, sondern auch alsdenn noch statt, wenn man aus dem Besitz geworfen ist. Auch ist es erlaubt den Dejicientem wieder zu entsetzen, nur muß es in continenti geschehen, damit es als continuata defensio angesehen werden kann.

Die modi conservandi iura sind auch modi conservandi possessionem: z. E. die Protestation.

Observ. Es ergiebt sich hieraus, daß eine Sache, die nicht vacuae possessionis ist, nicht eigenmächtig wider des Besitzers Willen in Besitz genommen werden darf; denn es wäre dies ein Spolium — wenn man nicht nur possessionem solitariam ergreift, sondern auch compossessionem haben will. Daraus folgt: Wenn res non vacuae possessionis ist, so müssen mit der Apprehensione possessionis die requisita traditionis verbunden seyn; andergestalten kann man iustam possessionem nicht erlangen.

§. 1753. De modo conservandi possessionem.

Dieser ist von dem modo acquirendae possessionis sehr verschieden. Hier haben wir die Regel: possessio conservatur solo animo. Unterschied: Bei der Acquisitione ist immer eine körperliche Handlung erforderlich, hier aber nicht, sondern solus animus ist hinreichend. Ergo;

Si nimirum rem corporaliter non possidemus, attamen potentia proxima rei insistendae adest — hoc satis est: z. E. ich bin abwesend, hab aber die Schlüssel vom Hauße bei mir.

Ratio: Es ist eine wahre Unmöglichkeit für den Menschen, daß er alle seine Sachen mittelst eines körperlichen Innsitzes besitzen kann. Die Possessio solo animo geschieht aber auf eine gedoppelte Art:

1) Si per alium possidemus: z. E. durch einen Pachter.
2) Si per alium non possidemus: (z. E. das Haus ist verschlossen). Nur muß sich kein anderer ruhig in den Besitz dieser Sache gesetzt haben. Denn wäre dieses, so erlangt dieser praesentaneam possessionem. Das ist derjenige Besitz, wobei man so lange geschützt werden muß,

bis ein anderer antiquiorem et meliorem possessionem bewiesen hat.

Doch hat bei der praesentanea possessione der verus possessor nicht gleich seinen Besitz verlohren. Er hat noch remedia recuperandae possessionis. Distingue: Er hat es:

1) entweder mit dem Dejiciente, oder deiectionis conscio zu thun: in beiden Fällen finden die remedia recuperandae possessionis statt;
2) Oder mit einem Dritten, der bonae fidei possessor ist; da finden keine remedia possessoria statt.

Ratio: weil Possessio kein ius reale ist; ergo kann es auch nicht contra quemlibet exercirt werden, sondern nur contra deiicientem et deiectionis conscium. Also bleiben mir in diesem Fall die remedia petitoria übrig, sonst nichts.

§. 1754. De amissione possessionis.

1) Possessio praesentanea geht verlohren, so bald wir die Sache nicht selbst mehr in Verwahrung haben, sondern solche ruhig in den Besitz eines andern gekommen ist.
2) Reliqua iura possessionis gehen verlohren:
   a) per traditionem,
   b) per derelictionem, quae est spontanea abdicatio possessionis;
   c) Wenn ein Tertius, bonae fidei possessor von unserer Sache wird.

LIB. XLI. TIT. III.

De usurpationibus et usucapionibus.

§. 1755. Nach den LL. XII. Tab. ist lediglich die Usucapio eingeführt worden. Sie ist so zu definiren:

Usucapio est acquisitio dominii rei alienae immobilis soli Italici per bienni et rei mobilis cuiuscunque per annalem possessionem. Es ist folglich die Usucapio nur auf diejenigen res immobiles zu ziehen, die in solo Italico lagen, auf res incorporales gar nicht.

Weil

Weil also die Usucapio nicht in allen Fällen statt fand, so wurde in der Folge usucapionis supplendae causa die Praescriptio eingeführt.

Praescriptio — in sensu iuris romani antiquo — est liberatio ab obligatione ex temporis lapsu.

Zwischen beiden war ein gedoppelter Unterschied:

1) Usucapio hat einen effectum acquisitivum — i. e. der Besitzer einer fremden Sache erwirbt durch den Besitz das Eigenthum; aber die Praescriptio hat diese Wirkung nicht, sie gab nur die Exception gegen denjenigen, der die Erfüllung einer verjährten Verbindlichkeit verlangte.
2) Ratione temporis.

Usucapio hatte ein sehr kurzes Tempus; die Praescriptio aber ein weit längeres, nämlich 10—20, ja 30 und 40 Jahre. Das ist die praescriptio longi et longissimi temporis.

Die praescriptio longi temporis ist von Iustiniano nach dem L. unic. C. de usucap. transform. mit der Usucapion in eins verwandelt worden.

§. 1756. Praescriptio (Verjährung) ist, wenn jemand aus dem Grund einen Vortheil erlangt, weil jemand sein Recht in einer durch die Gesetze bestimmten Zeit nicht gebraucht und um deswillen selbiges verlohren hat.

Es ist also erforderlich:

1) Das einer sein Ius nicht gebraucht hat,
2) daß dieser non usus per tempus lege definitum gedauert —
3) Daß er dadurch sein Recht verlohren und
4) aus diesem Verlust dem andern ein Vortheil zugewachsen seyn muß.

Der Vortheil besteht darinn: daß der Acquirens von seiner Verbindlichkeit frey wird, mithin eine Klage, die sonst gegen ihn angestellt werden konnte, erloschen; oder darinn: daß ein besonderes Recht aus der Verjährung auf ihn übergangen ist. Im ersten Fall heist sie praescriptio extinctiva. Z. E. Du hast 30 Jahre lang ein Anlehn von mir zu fordern, Du hast mich aber 40 Jahre und noch länger nicht gefordert. Im letztern Fall: praescriptio acquisitiva. Z. E. wenn ich ein ius servitutis acquirirt hätte, ein Pfandrecht, ein Eigenthumsrecht ꝛc.

§. 1757. Praescriptio non est iuris naturalis. Denn
I. ist sie dem ersten Grundsatz des Naturrechts zuwider, und
II. kann auch vernünftiger Weise aus der vermutheten oder stillschweigenden Einwilligung ein wahrer Verzicht auf das Eigenthum nicht gefolgert werden. Conf. Gruner diss. qua demonstratur: praescriptionem non esse iuris naturae. Ien. 1749.

Breuning de praescriptione iure gentium incognita. Lipf. 1760.

Fredersdorf Versuch über die Frage: Ob die Usucapion unter freyen Völkern statt finde? 1785.

Aber es lassen sich doch Gründe anführen, weswegen sie per leges positivas introducirt worden ist.
1) Weil daraus, daß Jemand sich seines Rechts eine lange Zeit nicht bedient, praesumtio derelictionis entsteht.
2) Weil per praescriptionem viele Processe erstickt werden.
3) Weil das Eigenthum der Bürger dadurch mehr gesichert wird.
4) Weil die Praescription auch eine Strafe der Fahrläßigkeit ist.

§. 1758. Die Praescriptio erfordert manchmal auser dem Verlauf der in den Rechten bestimmten Zeit noch den Besitz.

Wenn die Praescriptio nur den Verlauf der in den Rechten bestimmten Zeit erfordert, so ist die praescriptio extinctiva vorhanden, die Lib. XLIV. Tit. III. vorkommt. Erfordert aber die Verjährung noch auser der bestimmten Zeit den Besitz, so ist praescriptio acquisitiva vorhanden, und diese Praescription erfordert bald einen schlechten Besitz, bald einen qualificirten. Bei dieser Praescription gilt auch die Regel: tantum praescribitur, quantum possessum.

§. 1759. Jede Praescription erfordert den Verlauf der in den Gesetzen bestimmten Zeit. Diese Zeit aber ist bald ein tempus ordinarium, bald ein tempus extraordinarium. Das tempus ordinarium ist bei Mobilibus nach dem römischen Rechte 3 Jahre, bei Immobilibus 10 Jahr inter praesentes, 20 inter absentes. Diese heist praescriptio ordinaria s. longi temporis.

Das

Das tempus extraordinarium ist bald kürzer, bald länger als das tempus ordinarium.

1) Kürzer, z. E. das Interdictum de glande legenda ist in 3 Tagen praescribirt. Diese Verjährung heist praescriptio temporaria.

2) Länger; nun so ist diese längere Zeit
   a) entweder bestimmt, z. E. auf 30, 40 oder noch mehrere Jahre; hier heist die Verjährung praescriptio longissimi temporis.
   b) Oder nicht bestimmt; so heist sie praescriptio immemorialis.

§. 1760. Je länger ein Besitz gedauert hat, desto stärker ist die Vermuthung, daß es iusta possessio sey. Daher ist zu distinguiren

1) inter praescriptionem longissimi temporis, h. c. wird simplex possessio erfordert — und

2) inter praescriptionem longi temporis — wozu possessio qualificata erfordert wird. Die gehörigen Requisita von der possessione qualificata sind:
   a) iustus titulus,
   b) bona fides, et
   c) rei qualitas.

§. 1761. Praescriptio acquisitiva erfordert possessionem civilem; was ad possessionem civilem acquirendam erfordert wird, das wird auch zur Praescriptione erfordert. Rep. §. 1748. Es können

1) Possessores naturales per praescriptionem nichts acquiriren, es müste denn seyn, daß causa possessionis wäre geändert worden.

2) Diejenigen können nicht praescribiren, die eine Sache unwissend besitzen, z. E. vergrabene Schätze in einem Hause.

3) Diejenigen können nicht praescribiren, die nicht fähig sind, diese oder jene Sache zu acquiriren.

§. 1762. Praescriptio longi temporis erfordert iustum titulum, i. e. talem, ex quo dominium rei acquiri potest.

Iustus titulus ist ein Titel, der in Verbindung mit der Tradition dasjenige ius reale, von dessen Verjährung die Rede ist, sogleich verschaft, wenn der Tradens ein ius tradendi hat.

Requisita:

a) Er muß verus, und nicht erroneus seyn. Der Praescribens muß wissen, daß er iustum titulum habe, es müste denn error valde excusabilis seyn, i. e. talis error, qui erranti neque ob dolum, neque ob culpam imputari potest.

b) Nec contractus *simulatus* et *fictus* ad usucapionem prodest. Contractus simulatus et fictus est, ubi contrahentes in aliud consenserunt, quam se consensisse declarant.

c) Der Titulus darf nicht revocabilis seyn, v. g. donatio mortis causa inter coniuges. Bei den Servituten versteht sich der titulus tacite. Repet. §. 629.

Jeder titulus iustus ist zur praescriptione ordinaria zu gebrauchen; mithin auch titulus pro soluto i. e. den einer in einer solchen Sache hat, welche zur Tilgung einer Schuld auf ihn transferirt worden.

§. 1763. Zu den Requisitis des qualificirten Besitzes gehört auch bona fides, i. e. ignorantia, quod res sit aliena.

Jedoch ist hier ein Unterschied zwischen dem römischen und kanonischen Recht nicht zu übersehen. Was

1) das Ius Romanum anlangt, so ist nach solchem bona fides nur ab initio erforderlich. Ab initio, i. e. tempore traditionis; mala fides superveniens itaque non nocet.

2) Nach dem Iure Canonico aber wird bona fides per omne tempus praescriptionis erfordert; Ratio: was nicht aus dem Glauben kommt, ist Sünde, und dies gilt auch in praxi.

Conf. Boehmer in Iure ecclesiast. Prot. Lib. 2. Tit. 26. §. 52.

Jedoch wenn die Praescription ganz vollendet ist, und der Possessor in malam fidem kommt, so schadet es secundum Ius Canon. nichts. Ratio: Quia effectus legitime constitutus non tollitur, si semel adest, licet deinde ex aliqua parte defectus oriatur.

1764.

§. 1764. Zu den Requisitis des qualificirten Besitzes gehört endlich noch rei qualitas s. habilitas. Consistit in eo, ut res praescribenda in commercio hominum privatorum existat, nec speciatim in LL. exemta sit.

Es giebt gewisse Sachen, die sind inhabiles ad praescribendum

1) l. ob suam naturam, z. E. regalia, res fisci, ecclesiarum, civitatum et divini iuris.

2) l. inhabiles ob legis prohibitionem; z. E. res vitiosae, i. e. gestohlne und dem Besitzer gewaltsam abgenommene Sachen.

Diese können per praescriptionem longi temporis nicht acquirirt werden. Ratio: weil das Vitium auf jeden Besitzer übergeht. Es müste denn seyn, daß das vitium purgatum wäre, i. e. wenn die Sachen entweder ihrem Werth nach, oder in Natur dem rechtmäsigen Eigenthümer wieder erstattet worden wären.

§. 1765. Praescriptio ordinaria requirit porro possessionem continuam per tempus lege definitum. Continua possessio est ea, quae haud interrupta est.

Tempus lege definitum ist bei rebus immobilibus 10 Jahre inter praesentes, 20 Jahre inter absentes; bei Mobilibus 3 Jahre.

Praesentes sunt, qui in eadem provincia domicilium habent, licet non sint in eodem loco; Ratio: weil sich solche Personen leicht belangen können.

Absentes sunt, qui in diversis provinciis sunt. Zuweilen geschieht es, daß dergleichen Personen zum Theil praesentes, zum Theil absentes sind. Hier werden 2 Jahre Abwesenheit für 1 Jahr gerechnet, übrigens bleibt es bei der Praescriptione von 10 Jahren. Secundum Ius Saxonicum werden res mobiles binnen 1 Jahr 6 Wochen und 6 Tagen; res immobiles werden aber binnen 31 Jahren, 6 Wochen und 3 Tagen praescribirt.

Die Frage: ob dem Successori der Besitz des Antecessoris etwas nütze? muß mit einer Distinction beantwortet werden. Distingue itaque inter successionem universalem et singularem. Wenn

I. Suc-

I. Succeſſio univerſalis war, ſo kommt es darauf an, ob der Anteceſſor die Sache bona fide beſas, oder nicht. Beſas er ſie

1) bona fide, ſo iſt die Frage zu bejahen. Beſas er ſie aber

2) mala fide, ſo kann poſſeſſio anteceſſoris dem Succeſſori nichts nützen. Ja, er kann nicht einmal eine neue Praeſcription für ſich anfangen, weil die ſucceſſio univerſalis ſchon ſelbſt poſſeſſio vitioſa war. Wenn

II. Succeſſio ſingularis war, ſo diſtinguire wieder. Anteceſſor erat

1) aut in bona fide, h. c. poſſeſſio anteceſſoris prodeſt ſucceſſori;

2) aut in mala fide, h. c. non prodeſt ſucceſſori. Doch kann hier der Succeſſor für ſich eine neue Praeſcription anfangen, wenn er die gehörigen Requiſita vor ſich hat.

§. 1766. Die Praeſcription hat unter andern zum Fundament: ut ſit poena negligentiae. Hieraus zu ſchlieſſen: ubi nulla negligentia, ibi non valet praeſcriptio. Alſo findet ſie nicht ſtatt,

I. bei *rebus meae facultatis*. Res meae facultatis ſind Rechte, die wir ohne eines andern Conceſſion und ohne vorher klagen zu müſſen, je nachdem es uns gefällt, ausüben können, oder nicht, ohne, daß uns im letztern Fall ein Praeiudiz daraus erwächſt. Eſtor hat einen ganzen Tractat von den rebus meae facultatis geſchrieben.

Dahin gehören alſo:

1) Handlungen, die ihrer Natur nach nicht verboten, auch nicht auf den andern transferirt werden können: z. E. ſedere, ambulare, ſtare.

2) Handlungen, welche als Folgen von einem uns unbezweifelt zuſtehenden Recht zu betrachten ſind. Z. E. daß ich auf meinem Fundo bauen, und damit wirthſchaften kann, wie ich will.

3) Handlungen, die uns die Geſetze ſchlechterdings und ſo erlauben, daß man die Conceſſion eines andern dabei nicht braucht: z. E. daß ich kaufen und nicht kaufen, ein Teſtament machen, und es unterlaſſen kann.

Vor-

Vorauszusetzen ist:

a) Daß ein anderer den Possess nicht habe, wenn die Sache eine res merae facultatis seyn soll.

b) Daß man die Rechte ausüben kann, ohne vorher klagen zu müssen. Ein Hauptcharakter. Ratio: omnis actio praescribitur.

Res merae facultatis vero nunquam praescribuntur. Ratio: weil ihre Ausübung lediglich von unserm Arbitrio abhängt. Daraus ist zu schliessen: daß es eine Ausnahme ist, wenn sie gleichwohl praescribirt werden: z. E. mein Nachbar verbietet mir das Bauen, das Weiden auf meinem Fundo und ich beruhige mich dabei — da werden sie durch meine Fahrläßigkeit praescribirt.

II. Actiones nondum natae werden nicht praescribirt. Actio nondum nata est, ubi aliquid praerequiritur adesse, antequam actio institui possit. Z. E. wenn erst eine Bedingung existent werden müste — si dies nondum venerit, actio nondum nata est. Daher die Regel: Non valenti agere non incurrit praescriptio.

III. Praescriptio non indistincte locum habet contra pupillos et minores. Was die Pupillen oder Mündel betrift, so haben wir die Rechtsregel: contra pupillos omnis dormit praescriptio.

Bei Minoribus muß man distinguiren:

1) praescriptionem longi temporis — da gilt die Regel: non quidem incipit, ast, salva tamen restitutione in integrum, currit —

2) von der praescriptione longissimi temporis. Da gilt die Regel: incipit et currit sine restitutione in integrum.

§. 1767. Praescriptio requirit possessionem continuam, i. e. non interruptam. Die Praescription wird interrumpirt, so oft sich eine Hindernis erreicht, weswegen eine angefangene Verjährung gar nicht continuirt werden kann. Die Interruptio praescriptionis darf nicht verwechselt werden mit der praescriptione dormiente — der ruhenden Verjährung. Sie ruht, wenn ein gewisser Zeitraum zu der Reihe der nach den Gesetzen erforderlichen Verjährungs-Jahre nicht mitgezählt werden kann. Die Fälle hievon sind in den LL. folgende. Dormit praescriptio

1) bei

1) bei Kindern, so lange sie sub patria potestate stehen.
2) Bei Eheweibern durante matrimonio.
3) Bei Minderjährigen und Pupillen durante aetate minori et pupillari.

Ex ratione legis extendiren es die Doctores auch auf andere Fälle. Die ratio legis ist: daß dergleichen Personen, bei welchen die Praescriptio ruht, keine facultatem agendi haben. Daher ist zu schliesen, daß auch die Verjährung ruht ob iustitium — dies ist eine Zeit, wo ob extremam calamitatem die Gerichte geschlossen sind: z. E. tempore pestis, belli. — Der in der Note allegirte Reichs-Abschied verordnet es blos vom 30jährigen Krieg; allein es wird auf alle Kriege ob identitatem rationis extendirt.

§. 1768. Interruptio praescriptionis wird Usurpatio genennt. Qu. Auf wie viele Art solche zu gedenken ist? Rsp. Die General-Regel ist: so oft auf Seiten des Praescribenten eine nothwendige Erfordernis zur Praescription oder auf Seiten desjenigen, gegen welchen praescribirt wird, der Nichtgebrauch seines Rechts cessirt, so oft ist die Praescription interrumpirt; also

a) amissa possessione — das ist interruptio naturalis:
b) mota lite — interruptio civilis. Lis mota ist nach der Rechtsgelehrten Ausspruch: wenn die Klage erhoben und die Citatio an den Beklagten erlassen worden.

Anmerkung: Ausergerichtliche Erinnerungen oder Widersprüche interrumpiren die Praescription in der Regel nicht: z. E. Protestationes oder Pfändungen. Dies sind zwar Mittel zu verhindern, daß ein anderer nicht in den Besitz gelangt, aber hier nicht. Conf. Struben in rechtlichen Bedenken, part. I. Nro. 21. et Heimmburgi Programma de interruptione praescriptionis per oppignorat. et Hommel in rhapsodia.

Die Sache kommt täglich vor. Daher merke: dantur tamen exceptiones:

α) Wenn eine gerichtliche Interruption nicht procedirt, z. E. mein Gegner ist abwesend.
β) Wenn durch den ausergerichtlichen Widerspruch oder die Erinnerung der Praescribens in malam fidem versetzt worden.

Qu.

Qu. Wie aber, wenn die praescriptio mota lite interrumpirt worden?

Rsp. Praescriptio interrupta manet, nec iterum substantiam suam capit, ausgenommen, wenn der Proceß 40 Jahre lang liegen geblieben ist; dann soll er nach dem L. final. in not. all. nicht mehr continuirt werden können.

§. 1769. Requisita:

1) Die Citatio muß ausgewirkt worden seyn, ad instantiam eius, qui interrumpere vult.
2) Die Citatio muß a iudice competente erlassen worden seyn; Ratio: alle Handlungen eines iudicis incompetentis sind nichtig.
3) Der Termin muß nicht circumducirt worden seyn; Ratio: weil man annimmt, daß der Kläger auf die Citation renuncire.
4) Ut actor obtinuerit — der Kläger darf nicht abgewiesen worden seyn.

Qu. Wie? wenn eine Klage angebrachtermasen verworfen wird, wird da die Praescriptio interrumpirt?

Rsp. Aequior sententia ist, daß sie doch interrumpirt sey. Denn es ist dies mehr ein Fehler des Advocaten; und der pars litigans hat doch sein Recht exerciren wollen und von der Negligentia abgestanden.

§. 1770. Praescriptio ordinaria est acquisitiva et requirit possessionem aequalem. Wo also diese Requisita nicht sind, da findet die praescriptio ordinaria s. longi temporis nicht statt. Doch aber in subsidium die praescriptio longissimi temporis.

Diese letztere findet statt, wenn die Rede de exstinctiva praescriptione ist, und wenn der praescriptioni acquisitivae ein oder das andere Requisitum mangelt. Und zwar sind folgende Fälle zu merken. Es fehlt dem Praescribenten

1) entweder iustus titulus — so findet die praescriptio XXX annorum statt;
2) oder rei habilitas — da findet die praescriptio XXX, XL et centum annorum statt.

Wenn aber bona fides oder continua possessio fehlt — so ist die Regel: omnis praescriptio acquisitiva exulat.

§. 1771.

§. 1771. Praescriptio longissimi temporis est vel acquisitiva, vel exstinctiva.

I. Praescriptio longissimi temporis acquisitiva requirit

1) possessionem continuam et
2) bonam fidem. Der Titulus aber wird nicht nur praesumirt, sondern auch durch den Ablauf der bestimmten Zeit (temporis longissimi) ersetzt.

II. Praescriptio longissimi temporis exstinctiva secundum Hellfeldium solo lapsu temporis absolvitur, Wir aber behaupten, daß bona fides dazu gehöre.

Boehmer behauptet: bona fides lasse sich bei der praescriptione exstinctiva gar nicht gedenken; denn ich besitze hier nichts vom andern, sondern es wird nur eine Anforderung eines andern von mir exstinguirt. Hierauf zu antworten: Boehmer hat Recht nach dem Iure Romano, auch Recht, wenn es darauf ankommt, wie es seyn sollte. Allein das Capit. 20. X. de praescript. ist eine allgemeine Verordnung des bonae fidei und die Ratio ist eben so allgemein. Boehmer aber nimmt den Begrif nach dem römischen Recht, und den hat das Ius Canonicum nicht. Das Ius Canonicum erfordert zur bona fide blos ein gutes Gewissen; d. h. es soll ihm nicht bewust seyn, daß er wider die Rechte des andern handle.

§. 1772. Die Fälle, wo die praescriptio longissimi temporis XXX. annorum statt findet, sind folgende:

1) Wenn es dem Praescribenten an einem rechtmäßigen Titel mangelt. Hellfeld sagt: und wenn es diesem an bona fide fehlt. Allein ex L. all. 8. ist deutlich, daß die praescriptio acquisitiva sine bona fide nicht statt finde; noch vielweniger also nach dem kanonischen Recht.
2) Bei rebus vitiosis. Diese kann zwar der Dieb nicht praescribiren, wohl aber der Tertius, als bonae fidei possessor.
3) Bei Verjährung der Klagen. Davon im 3. Tit. des XLIV. Buchs die Rede seyn wird.
4) Contra leges in favorem singulorum praecipientes et prohibentes.
5) In rebus civitatis (gemeinen Stadtgütern). Die Praxis statuirt, wie wohl sine lege, daß die 40jährige Praescription

scription statt findet, indem sie diese mit Kirchgütern in eine Klasse setzt. Allein es geht nicht an. Denn die Nov. III. ergiebt, daß dies Privilegium lediglich bei Stadt-Gütern statt finden soll. Conf. Schott in hist. I. Civ. de Praescriptione adversus civitates.

§. 1773. Die 40jährige Praescription findet statt:

1) Bei den Gütern des Fiscus, und Chatoull-Gütern.

Conf. Leyser all. l. der es auch auf res aerarii extendirt.

Allein viele dissentiren. Jedoch ist dieses lediglich zu verstehen:

a) von Gütern, die der Fiscus schon hat;
b) von Kirchengütern und
c) auch bei andern piis causis, es mag die Rede seyn de praescriptione acquisitiva oder extinctiva.

Anfänglich war die 30jährige Praescription bei Kirchen-Gütern eingeführt. Conf. L. 3. Cod. de praescript. 30. l. 40 annorum. Iustinian aber, als ein guter Freund von dem Verfasser des allegirten Gesetzes, gab das Privilegium, daß die Praescription nur in 100 Jahren statt finden solle. L. 23. Cod. de SS. ecclesiis und Nov. 9. In diesen beiden LL. hat er dies Privilegium allen und jeden Kirchen indistincte gegeben. Nun aber hat er seine Meynung wieder geändert. Heineccius in praefat. ad Corp. I. Civ. hat gezeigt, daß der Verfasser einen grossen Betrug dabei gespielt habe, z. E. falsche Urkunden machte und unterschob, u. s. w. Deswegen habe Iustinian nun wieder die 40jährige Praescription eingeführt. Nov. 3. und 131.

In der Avth. quas actiones C. de S. S. ecclesiis steht, daß die 100jährige Praescription nur bei rebus ecclesiae Romanae statt finden solle. Man hat daher lange Zeit gezweifelt, ob diese Dispositio nicht vielmehr ein Irrthum des Verfassers sey, weil sie den beiden Novellen zuwider ist.

Allein die Avthentica ist richtig, und die beiden Novellen haben nur einen Bezug auf die Kirchen im Orient. Mithin ist zu schließen, daß die 100jährige Praescription bei den Kirchen im Occident geblieben ist. Im Iure Canonico und der Praxi wird es auch nur auf die römische Kirche eingeschränkt.

§. 1774. Praescriptio immemorialis (die unvordenkliche Verjährung — besser: Besitz) est acquisitio iuris ex possessione, cuius iniustitia doceri nequit, continuata per tempus hominum memoriam excedens.

Nach dieser gewöhnlichen Definition muß:

1) kein vitium praesentis possessionis gezeigt werden können,
2) Die ältesten Leute — sagen die Juristen — die wenigstens 55 Jahr alt sind, müssen von dem Anfang des Besitzes keine Wissenschaft haben.

Hellfeld glaubt mit mehrern Rechtslehrern, daß sie schon im Naturrecht gegründet sey. Allein gegen diese Meynung streiten folgende Gründe.

a) Ex omissa contradictione kann vernünftiger Weise keine derelictio tacita gefolgert werden. Die Unterlassung des Widerspruchs kann ihren Grund in Unwissenheit, in einer unsträflichen Fahrläßigkeit, in Politik oder Höflichkeit haben. Und wie will einer beweisen, daß ich reden konnte und sollte? Nach den Principien des Naturrechts ist keiner weiter zu reden verbunden, als in so weit er voraussah, daß er durch sein Stillschweigen dem andern Nachtheil zuziehen würde. In diesem Fall ist es zwar quam maxime naturale, daß ich denjenigen indemnisire, dem aus meinem unzeitigen Stillschweigen ein Schade erwachsen ist; aber mein Recht kann dadurch nicht praescribirt werden, ob es gleich quodammodo restringirt worden.

b) Ist es auch kein Argument für die Praescription überhaupt, wenn man sagt: reipublicae interest, ne dominia rerum incerta sint

Ueberdies ist es auch falsch, daß man den unvordenklichen Besitz zu einer Specie von der Verjährung macht. Denn man müste durch den Besitz über Menschengedenken etwas acquirirt haben, welches letztere hier nicht statt findet, weil im Gegentheil die Praesumtion eintritt, daß derjenige, welcher eine Sache über Menschengedenken besitzt, sie gleich Anfangs rechtmäßig acquirirt habe.

§. 1775. Im Iure Romano ist der Name der praescriptionis immemorialis nicht zu finden. Es heißt in den Ge-

Gesetzen immer: vetusta possessio. Der Sache nach aber ist sie darinn enthalten und im Iure Canonico sowohl, als in den Reichsgesetzen ist auch der Name anzutreffen. Sie findet daher, als bestättigt, auch bei solchen Sachen statt, die sonst keiner Verjährung unterworfen sind. Sie findet demnach statt:

1) Contra principem;

2) Contra legem prohibitivam;

3) Contra regalia principis. Doch ist hier ein Unterschied zu machen zwischen den regalibus minoribus und maioribus. Regalia minora sind diejenigen, welche von der Idee des Imperantis trennbar sind: z. E. die Jagdgerechtigkeit. Regalia maiora sind diejenige, ohne welche der Fürst nicht ist, was er seyn soll. Bei erstern findet die praescriptio immemorialis statt; bei den letztern aber nicht, weil es zu einleuchtend seyn würde, daß sie der Subditus iniuste acquirirt hätte.

4) Gegen alle und jede Rechte, welche sonst der praescriptioni civili nicht unterworfen sind.

§. 1776. Von dem Beweis der praescriptionis immemorialis. Es muß bewiesen werden:

1) Daß Niemand einen andern Zustand wisse, als den, welchen der Besitzer über Menschengedenken vor sich hat.

2) Daß Niemand wisse, wie der Zustand seinen Anfang genommen habe.

Die Beweismittel sind Testes, wenigstens 55jährigen Alters. Doch sieht man so genau nicht darauf. Sie müssen, um plenam probationem zu bewirken:

a) de propria scientia deponiren. Dahin gehören folgende Punkte:

α) Sie bezeugen, daß der Besitzer oder seine Vorfahren dies Recht allezeit ausgeübt, oder diese Sache immer im Besitz gehabt habe.

β) Daß keiner von ihnen die Sache je in einem andern Zustand gesehen habe.

b) Müßen sie de auditu deponiren. Hier kommt es, weil de rebus antiquioribus die Rede ist, auf folgende Punkte an,

α) Sie hätten es von ihren verstorbenen Vorfahren nicht anders gehört;

β) jene hätten in der Unterredung mit ihnen immer das Nämliche bezeugt.

Hieher gehören auch die alten Urkunden, welche den Zeugenbeweis sehr gut unterstützen. v. Pufendorf T. 1. obs. 55. Läst auch die Eidesdelation zu.

LIB. XLI. TIT. IV.

Pro emtore.

§. 1777. Die Usucapion erfordert auch iustum titulum. Ein solcher Titel ist: z. E. Emtio venditio. Hier sind zwey Fälle zu unterscheiden. Es kauft einer:

1) entweder von dem Domino selbst; so hat die Sache kein Bedenken, weil das Eigenthum mit dem momento rei traditionis übergeht. Kauft einer aber

2) von dem non-domino, so bekommt er zwar das Eigenthum der Sache nicht gleich, aber er bekommt doch usucapiendi conditionem, weil er iustum titulum, nämlich den titulum emti vor sich hat. Nur darf die Emtio nicht sub conditione suspensiva eingegangen seyn.

LIB. XLI. TIT. V.

Pro herede vel pro possessore,

§. 1778. Wenn der Defunctus bei Lebzeiten iustum titulum auf die Sache hatte, welche nun er, Erbe, praescribiren will, so muß letzterer sich in der Lage befinden, diesen Titel continuiren zu können. Diese Lage geben die Gesetze dem Erben sowohl, als dem bonorum possessori.

Wenn aber der Defunctus gar keinen Titel auf die Sache hatte, so soll doch der Erbe ihn für sich ex iure hereditario anführen können, welcher ihm zu statten kommt, wenn der De-

Defunctus und der Heres nur in bona fide versiren, und ersterer die Sache cum animo sibi habendi besitzen konnte.

Hieraus folgt: daß der Erbe die deposita et commodata, welche sich in der Erbschaft befinden, nie praescribiren kann.

LIB. XLI. TIT. VI.

Pro donato.

§. 1779. So wie emtio venditio einen rechtmäßigen Titel zur Usucapion giebt, so giebt ihn auch die Schenkung unter den Lebendigen, sie mag von dem Domino oder non-domino geschehen seyn, wenn sie nur wahr und gültig ist. Sie darf aber auch nicht wiederruflich seyn, wenn sie iustum titulum bewirken soll.

Donatio mortis causa nutzt dem Donatario zur Usucapion nichts contra donantem, aber contra tertium ist die Sache keinem Zweifel unterworfen. Conferatur L. 13. D. de m. c. donat.

LIB. XLI. TIT. VII.

Pro derelicto.

§. 1780. Res a domino derelicta cedit primo occupanti. Der Occupans bekommt sogleich das Eigenthum von einer solchen Sache.

Anders aber verhält sichs mit einer Sache, die von dem non domino derelinquirt worden ist; von welcher nämlich der Occupans das Eigenthum nicht gleich acquiriren kann. Indessen bekommt er doch auch dadurch iustum titulum pro derelicto für sich zur Usucapion, wenn er nur in bona fide versirt.

LIB. XLI. TIT. VIII.

Pro legato.

§. 1781. Eben so ist es mit den Legatis. Wer rem alienam legatam bona fide besitzt, bekommt dadurch usucapidi conditionem, weil er iustum titulum pro legato vor sich hat. Nur ist vorauszusetzen, daß er sich nicht im Irrthum befinde. Denn wer glaubt, daß ihm ein Legat gehöre, da es doch ein legatum ademtum ist, der bekommt ob hanc erroneam opinionem usucapiendi conditionem nicht, weil es ihm an dem Titel fehlt.

Die beiden folgenden §§. sind aus dem Bisherigen deutlich.

LIB. XLII. TIT. I.

De re iudicata.

§. 1784. Sententia — Urthel, Bescheid, Sentenz, Gerichtsspruch, Spruch Rechtens — heist in sensu latiori: jeder Ausspruch. Wenn wir auf den Innhalt der Sentenzen sehen, so haben wir verschiedene Benennungen zu merken. Sententia enthält nämlich:

I. Causae litigiosae decisionem — hier heist sie: sententia proprie sic dicta, Urthel:

Durch ein solches Urthel wird nun:

1) entweder causa principalis selbst entschieden — hier heist es: sententia definitiva, Endurthel.

Causa principalis est ea, quae per libellum in iudicium deducta est.

2) Oder punctum incidens — hier heist das Urthel: sententia interlocutoria, Beiurthel, Interlocut.

Wenn aber die Sentenz nicht die Entscheidung der Hauptsache selbst enthält, sondern nur dasjenige bestimmt, was zum Gericht gehört, also:

II. tractationem causae litigiosae coram iudice in sich fast, so heist sie: Interlocutio, richterliche Verordnung, Decret, Resolution.

In

In fine §. wird bemerkt, daß auch im Deutschen die Worte, Urthel, Bescheid und Weisung unterschieden würden; und dies ist richtig.

1) Urthel heißen gemeiniglich die Sentenzen, welche von Schöppenstühlen oder Juristen Facultäten abgefaßt werden. Auch hohe Gerichte pflegen ihre Sentenzen so zu nennen.
2) Bescheide sind Sentenzen, die von den Untergerichten abgefaßt werden.
3) Weisung ist diejenige Sentenz, welche gleich mündlich ertheilt wird.

§. 1785. Durch die Interlocution dirigirt der Richter den Gang der Sache (instruit causae cognitionem.) Instruere causae cognitionem heißt: den Partheyen auflegen, was sie nach der eingeführten Proceß-Ordnung jedesmal zu thun haben. Die Interlocutionen entscheiden also den Rechtsstreit selbst nicht; es müßte denn seyn, daß die Partheyen darüber, daß dies oder jenes nach der Proceß-Ordnung geschehen müßte, in Streit gerathen wären. In diesem Fall entscheidet der Richter praevia causae cognitione ganz kurz den Streit und dadurch geht interlocutio mere talis in sententiam mixtam über.

Unterschied: Sententia mixta wird rechtskräftig, weil sie ganz naturam sententiae hat; interlocutio mera aber wird nicht rechtskräftig, folglich kann sie vom Richter, der sie ertheilt, immer geändert und gebessert werden.

§. 1786. Die Sentenzen müssen a judice competente ertheilt werden, weil alle Handlungen des nicht gehörigen Richters null und nichtig sind. Der Iudex competens aber ist entweder eine einzelne Person, oder ein Collegium, z. E. der Stadtrath, das Consistorium. Bei einem Collegio wird die Sentenz nach der Mehrheit der Stimmen abgefaßt. Sind die Stimmen ungleich, so gilt die Regel: plurima vota concludunt. Sind aber die Stimmen gleich an der Zahl, so kommt es darauf an, ob in dem Collegio die Verfassung ist, daß der Director eine entscheidende Stimme hat, oder nicht. Hat er ein votum decisivum, so giebt einer von beiden Meynungen, welcher er beitritt, das Uebergewicht; hat er aber dies votum decisivum nicht, so sieht man auf die qualitatem causae. Der Kläger hat

1) entweder causam in iure favorabilem; da gilt die Regel: sententia fertur pro actore. Z. E. in causa dotis, alimentorum etc.

2) Oder dies ist nicht; hier gilt die Regel: sententia fertur pro reo. Ratio: Iudex pronior esse debet ad absolvendum, quam ad condemnandum.

§. 1787. Sentenzen müssen von dem gehörigen Richter ertheilt werden. Aber es ist nicht schlechterdings nöthig, daß er sie selbst verabfassen müsse. Aliud enim est *ferre*, aliud concipere. Denn es ist in dem R. A. de anno 1654. §. 13. und dem R. D. A. de anno 1600. dem Richter erlaubt, die Acten zu verschicken. Transmissio actorum est actus, quo acta ad dicasterium quoddam sententiae concipiendae causa mittuntur. Dicasterium heist h. l. ein Spruchcollegium oder Schöppenstuhl.

Das eingeholte Urthel heist auch das auswärtige oder eingelangte Erkenntniß. Vor der Transmission geht die Inrotulation, d. i. die Einpackung der Acten her. Die Partheyen dürfen bei der Inrotulation zugegen seyn, damit sie sehen, daß alles mit fortgeschickt werde, was zu den Acten gehört. Deswegen muß der Richter einen Termin ansetzen und beide Partheyen vorladen. Dies heist: der Inrotulations-Termin. Dabei können die Partheyen:

1) die Mängel der Acten perlustriren, und

2) gegen gewisse Spruchcollegia protestiren. In der Regel kann man gegen drey excipiren, es müsten denn Landesgesetze ein anderes disponiren, wie z. E. in Chursachsen und Preusen. Wohin die Acten ablaufen, das erfährt weder ein Mitglied des Collegii, noch die Partheyen; blos der Registrator, welcher die Addresse auf seinem Zimmer darauf macht, damit es Niemand erfährt.

Uebrigens ist es nicht erlaubt im Inrotulations Termin neue Argumenta beizubringen, die zur Entscheidung etwas beitragen können; denn die Sache ist schon geschlossen, wenn der Termin gegeben wird.

Die Citation zu dem Inrotulations-Termin ist nur monitorisch; also geht der Termin doch fort, wenn ein Pars ausbleibt.

§. 1788.

§. 1788. Sententia proprie sic dicta besteht in der richterlichen Entscheidung einer verhandelten Streitsache. Jede Sentenz muß also den Acten und Gesetzen gemäs seyn, i. e. sie muß aus einem richtigen Rechtssatz fliesen, welcher auf die in den Acten enthaltene und bewiesene Handlung angewendet worden. Das ist das Factum. Daraus zu schliesen; so darf also

1) nicht gesprochen werden secundum exempla — i. e. daß sich der Richter lediglich nach Beispielen richtet, wie er oder andere in ähnlichen Fällen gesprochen.
2) Ein Richter darf auch nicht secundum aequitatem cerebrinam sprechen. Aequitas cerebrina est — cui lex civilis expresse resistit. Du hättest z. E. wider mein ausdrückliches Verbot, meine Schulden bezahlt, und verlangtest hernach doch von mir Dein ausgelegtes Geld; der Richter aber spräche Dir das zu — so wäre es secundum aequitatem cerebrinam.
3) Der Richter darf nicht secundum privatam conscientiam sprechen. Das ist z. E. diejenige Wissenschaft, die der Richter nicht aus den Acten hat, sondern wo anders her. Ratio: was er nicht aus den Acten weiß, weiß er nicht als Iudex und also würde vielmehr Verwirrung daraus entstehen, wenn solches verstattet würde.
4) Darf der Richter in facto nichts suppliren; jedoch quae iuris sunt, suppleri possunt a iudice, ex L. unic. Cod. ut quae desunt advocat. part. iudex suppleat.
5) Muß die Sentenz ex iustis rationibus gesprochen werden.

Rationes sententiae (Entscheidungs-Gründe) sind diejenigen Gründe, welche die Uebereinstimmung der richterlichen Entscheidung mit den Acten und Gesetzen darthun. Nach dem iure communi ist der Richter nicht schlechterdings verbunden, sie beizufügen; aber gut thut er, wenn er sie beifügt.

Die Spruchcollegia haben Observanzen. Die meisten Facultäten hängen sie hodie an. Merke noch: Es ist consilii, die Entscheidungsgründe nicht in die Sentenz einzumischen, sondern separatim anzuzeigen. Denn sind sie abgesondert, so sind sie kein pars sententiae und können folglich nicht mehr angefochten werden.

Sententia quae contra ius in thesi lata est, est *nulla*; sententia quae contra acta et probata lata est, *iniqua* dicitur.

Sententia nulla wird nicht rechtskräftig; aber iniqua. Wenn sie in 10 Tagen nicht angefochten worden, so geht sie in rem iudicatam über.

§. 1789. Die Acten müssen sattsam instruirt seyn. Dies aber kann gesagt werden, wenn die Partheyen geschlossen haben. *Conclusio in causa* — heist eine Erklärung der Partheyen, daß sie nichts weiter einbringen wollen. Sie ist

1) l. expressa — quae fit expressis verbis;
2) l. tacita — wenn die Partheyen so viel eingebracht oder Schriften gewechselt haben, als ihnen nach der Proceß-Ordnung erlaubt ist.
3) l. ficta — die in contumaciam des einen Theils vorgebracht wird: z. E. der eine Theil hat sich versäumt.

Man nennt die Conclusionem causae auch submissionem ad salutarem sententiam.

Effectus conclusionis ist: daß die Partheyen keine nova argumenta, die zur Entscheidung etwas beitragen können, mehr einbringen dürfen. Es wäre denn, daß der Iudex die Conclusion wieder aufhebt. Dies geschieht nur, wenn der Richter einsieht, daß durch eine neue Beibringung die Sache weit kürzer und vortheilhafter entschieden werden kann. Auserdem werden die Nova gar nicht gelesen, und in sententia ferenda um so viel weniger attendirt. Die Partheyen können auch conditionate ad sententiam submittiren. Da heist es, nämlich: nisi quid novi, submittire zum Spruch.

§. 1790. Die Sentenz ist eine richterliche Entscheidung einer Streitsache. Daher muß sie

1) vollständig und gewis seyn. *Certa* ist sie, wenn sie bestimmt abgefaßt ist; vollständig, wenn alle so wohl Haupt- als Nebenpunkte dadurch entschieden sind. Certitudo relativa ist — wenn sie auf ein Actenstück bezogen wird, um dadurch die richterliche Entscheidung zu bestimmen.
2) Muß sie pura seyn. Die Rechtslehrer unterscheiden conditionem extrinsecam et intrinsecam, und wollen nur letztere

letztere statt finden lassen; z. E. wenn sie so abgefast ist: würde Beklagter sich eidlich reinigen, daß er nicht geschimpft habe, so soll er absolvirt seyn. Allein es kommt auch conditio extrinseca in den Sentenzen vor.

3) Dem Klaglibell muß sie gemäs seyn, d. h. sie muß auf das obiectum litis, und nicht auf das Petitum gerichtet seyn. Denn die Advocaten sagen öfters petimus iniqua, ut obtineamus aequa.

4) Insbesondere müssen Definitiv-Sentenzen dergestalt auf das obiectum litis gerichtet werden, daß der Beklagte entweder absolvirt oder condemnirt wird. Der Kläger also ist nicht zu condemniren, wenn sich auch aus den Exceptionibus ergeben sollte, daß der Beklagte von ihm zu fordern habe; ratio: ein Beklagter als Beklagter hat sich blos zu vertheidigen, folglich kann er hier keine Verurtheilung des Klägers verlangen. Doch aber ist eine Ausnahme: der Kläger kann condemnirt werden,

a) in die Kosten.

b) Bei iudiciis duplicibus — wo beide Theile Kläger und Beklagte seyn können. Z. E. in iudicio familiae erciscundae.

§. 1791. Wenn die Sentenz den Proceß entscheiden und zwischen den Partheyen ein perpetuirliches Recht gründen soll; so folgt, daß

1) die Namen der Partheyen und die Sache, welche die Sentenz betrift, darinn ausgedrückt seyn muß.

2) Es muß die Sentenz schriftlich abgefast werden, weil sie ein ius perpetuo valiturum geben soll.

3) Sie muß den Partheyen gesetzmäsig publicirt werden.

Publicatio sententiae est actus, quo ad notitiam eorum, quorum interest, sententiae tenor perducitur.

Die Eröfnung eines Urtheils geschieht auf zweyerley Art:

1) Minus solenniter — wenn die Sentenz den Partheyen in Abschrift zugeschickt wird. Diese Publication heist auch transmissio in vim publicati. In processu ordinario findet sie zwar nicht statt, weil da alle Solennia beobachtet werden müssen, aber im summarischen Proceß und wenn terminus circumdatus ist.

2) Solen-

2) Solenniter. Diese Publication geschieht mittelst Ansetzung eines Termins und der Vorladung beider Partheyen. Die Partheyen mögen entweder in eigner Person oder per procuratorem erscheinen. Im letztern Fall muß der Procurator ein speciale mandatum haben, weil die Publicatio einer Sentenz magni momenti ist, die Sentenz in 10 Tagen rechtskräftig wird. Bleiben beide Theile aus, so ist der terminus circumductus; bleibt einer aus, so hat er seinen Fortgang, nämlich, daß respectu dessen, der ausgeblieben ist, die Sentenz pro publicata geachtet wird. Von dem Augenblick an, da der Termin verlaufen ist, fängt sich das fatale rei iudicatae an. Im Protocoll, das darüber verfertigt wird, muß angemerkt werden,

a) cuinam facta sit publicatio,
b) quomodo facta sit, et
c) quo tempore. — Hier müssen die Viertelstunden und Minuten angezeigt werden. Warum? Weil sich von dem Augenblick das fatale rei iudicatae anfängt.

§. 1792. Effectus sententiae est duplex.

1) Sententia transit in rem iudicatam.
2) Executionem producit. (§. 1794.)

Sie wird rechtskräftig, i. e. dergestalt gültig, daß ihr schlechterdings Folge geleistet werden muß. Daher sagen die Alten: Res iudicata facit ex albo nigrum, ex nigro album. Rechtskräftig wird die Sentenz in 10 Tagen, wenn kein Remedium deswegen eingewendet worden.

Dies Decendium heist das fatale rei iudicatae. Soll aber die Rechtskraft statt finden, so muß die Sentenz

1) relevant seyn, i. e. zur Entscheidung beitragen.
2) Die Partheyen müssen ein Interesse davon haben; denn sonst kann ihnen kein ius quaesitum aus der Rechtskraft erwachsen.
3) Sententia darf nicht contra leges, und nicht contra ordinem processus abgefaßt seyn.

Die Fälle, unter welchen die Sentenz rescindirt werden kann, sind folgende:

a) Wenn sie durch falsche Urkunden und Zeugnisse veranlaßt worden.
b) Wenn sie dem gemeinen Besten zuwider wäre.

c) Wenn

c) Wenn das Purgatorium oder Suppletorium falsch geschworen worden.
d) Wenn von dem Gegner Urkunden, auf welchen die Entscheidung beruhte, auf die Seite geschaft worden und man solche erst nach der Sentenz wieder vorgefunden hat.
e) Wenn sonst irgend eine Ursache vorhanden ist, um welcher willen die Restitution Platz greift.

§. 1793. Res iudicata kann:
1) einem Tertio weder schädlich noch nützlich seyn: Ausgenommen:
a) Wenn derjenige, den der Proceß directe betrift, einen andern, den er nur per indirectum betrift, für sich streiten läst: z. E. der Maritus wird in Ansehung des dotis profectitiae in Anspruch genommen, directe betrift er also den Maritum; er läst den Proceß aber per indirectum durch den Schwiegervater führen.
b) Wenn die Sentenz auf eine Sache gerichtet, und die Sache auf einen Tertium transferirt worden: z. E. mein Haus ist mit einer Servitut beschwert, ich verkaufe mein Haus; der Käufer bekommt auch das onus servitutis.
c) Si tertius a litigante causam habeat; z. E. wenn der Heres den Proceß des Defuncti erbt.

§. 1794. Der zweyte Effectus sententiae ist die Hülfsvollstreckung — Exsecutio. Sie ist eine, mit Zwangsmitteln verbundene Handlung, wodurch der Richter werkstellig macht, was nach der Sentenz zu bewirken ist. Geschieht sie vom Richter selbst vi iurisdictionis, qua pollet, so heist sie exsecutio principalis; geschieht sie aber per requisitionem alius iudicis, so wird sie die subsidiarische Hülfsvollstreckung genennt. Erstere kann der Richter mittelbar und unmittelbar bewirken.
1) Unmittelbar, wenn er z. E. den Gerichtsdiener ins Haus schickt und auspfänden läst.
2) Mittelbar, wenn er einen Commissarium zur Hülfsvollstreckung constituirt. Dies geschieht besonders bei hohen Gerichten. Der Commissarius kann aber nichts thun, als den Actum, wozu er bestimmt ist, verrichten. Deswegen heist er merus exsecutor.

Ein

Ein merus exsecutor darf nichts entscheiden, wenn Exceptiones vorgeschützt werden sollten, sondern er muß die Sache an seinen Obern berichten. Wenn die Frage entsteht: Ob der Iudex requisitus exsecutionis über die Exceptiones cognosciren darf? so ist zu antworten: die Exceptiones betreffen:

1) entweder den actum exsecutionis selbst — darüber darf er cognosciren, denn deswegen wurde er requirirt,

2) Oder sie betreffen etwas anders: z. E. den Proceß, die Sentenz ꝛc. — da darf er nicht cognosciren, weil er die Grenzen der Requisition nicht überschreiten darf.

§. 1795. Vor der Exsecution gehen zweyerley Fälle voran.

1) Monitorium de parendo — dies ist ein richterlicher Befehl, worinn der Condemnatus gewarnet wird, bei Vermeidung der Exsecution, die Sentenz zu befolgen.

2) Designatio obiecti exsecutionis. Diese besteht darinn, daß der obsiegende Theil ein Obiect angeben muß, woran die Exsecution vollstreckt werden soll: z. E. an den Mobilien oder Immobilien.

Das obiectum exsecutionis muß immer aus dem Vermögen des streitenden Theils hergenommen werden. Auch aus dem Vermögen eines Tertii, wenn der Verurtheilte in re tertii ein Ius hat: z. E. der Maritus hat den Usumfructum auf das Vermögen seiner Frau.

Doch muß dabei auf die Beschwerden Rücksicht genommen werden, welche mit dem Iure verbunden sind: z. E. Vor allem muß im vorigen Beispiel der Frau so viel vom Usufructu ausgesetzt werden.

§. 1796. Der modus exsequendi ist mancherley. Er ist anders:

1) Wenn eine species praestirt worden: z. E. Du hast mir meine Uhr abgestritten, und ich bin condemnirt worden, daß ich sie Dir nun geben soll. Der modus exsequendi ist hier: Strafbefehle und dann, wenn diese nicht befolgt werden, gewaltsame Pfändung.

2) Anders, wenn man zu einer Quantität verurtheilt worden: z. E. Ich wäre condemnirt, meinem Onkel 1000 fl. auszuzahlen, da ist folgende Ordnung bei der Exsecution zu beobachten:

a) Ge-

a) Geschieht sie per pignoris captionem — durch die Ausspfändung, d. h. es werden so viele Mobilien weggenommen, als zur Befriedigung des Gläubigers hinlänglich sind.

b) Per missionem in immobilia.

c) Durch die Beschlagung der Activorum, i. e. der ausenstehenden Forderungen. Beschlagen heißt so viel als, mit Arrest belegen.

3) Anders, wenn man intuitu facti condemnirt worden; hier finden Strafbefehle statt, doch kann auch Caution gefordert werden: z. E. die cautio de non amplius turbando.

§. 1797. Der iudex pedaneus sprach bei den Römern Recht und Urtheil nach einer vorgeschriebenen Formel. War das Urtheil von ihm gesprochen, so hatte sein Amt ein Ende, denn die potestatem exsequendi hatte er nicht; sondern wenn res iudicata vorhanden war, so muste die Obrigkeit per actionem rei iudicatae implorirt werden, daß sie die Exsecution erkennen möchte. Actio rei iudicatae nimirum est ea, quae instituitur, ut iudicato satisfiat.

Bei uns ist sie nicht mehr üblich, sondern nuda implo, ratio hinlänglich.

LIB. XLII. TIT. II.

De confessis.

§. 1798. Confessio est:

1) vel generalis, vel specialis;

2) vel iudicialis, vel extraiudicialis. Confessio iudicialis fit coram iudice competente; extraiudicialis — das Oppositum. Bei der confessione iudiciali muß man das römische Recht von dem Deutschen wohl unterscheiden.

1) Nach dem Iure Romano hatte sie effectum rei iudicatae; mithin konnte die Exsecution geschehen, ohne daß noch eine Sentenz gesprochen war.

2) Nach dem iure hodierno, da die Differenz zwischen einem Magistratu und dem iudice pedaneo ganz cessirt, hat

hat sie nur effectum probationis; jedoch auch die Würkung, daß von einem solchen Geständniß vermuthet wird, confessionem esse legitimam.

§. 1799. Wenn das Geständnis die Würkung haben soll, die ihr von den Gesetzen beigelegt wird, so muß es confessio legitima seyn. Dazu gehört:

1) Ut sit directa, i. e. ein solches Geständnis, welches nicht aus Folgerungen, aus den vorgeschützten Einreden hergeleitet worden.

Indirecta confessio ist in der Regel kein Geständnis; denn nach dem L. 9. C. de except. heist es: excipiens non fatetur. Weil bei den Exceptionen der Beklagte sich blos vertheidigen, nicht aber litem contestiren will.

2) Ut sit pura; sie heist auch simplex. Das Oppositum ist qualificata confessio, quae est ea, quae fit, adiecta quadam limitatione: z. E. Ich verkaufe dem Titio mein Haus für 5000 fl. Nach sechs Wochen klagt Titius gegen mich, daß ich ihm, da er paratissimus sey, den Kaufschilling zu erlegen, das Haus abtreten solle. Ich antworte, es sey zwar wahr, deß ich ihm das Haus für 5000 fl. abzutreten versprochen hätte; allein es sey dies blos sub hac modificatione inseparabili geschehen, wenn sich meine Tochter binnen vier Wochen nicht verheurathen würde. Letzteres ist geschehen, folglich ist der Contract null.

Der Beklagte räumt also hier so viel als nichts ein, contestirt vielmehr negative litem und wälzt den Beweis auf den Kläger.

Qu. Ob confessio qualificata pro parte die gesetzliche Wirkung haben könne?

Rsp. Distinguendo: Die Limitation betrift:

1) entweder facta connexa, i. e. eodem tempore gesta; h. c. hat sie diese Wirkung nicht, sondern der Gegner muß entweder das ganze Geständnis acceptiren, oder es ganz verwerfen.

Ratio: Denn durch ein solches getheiltes Geständnis wird die Intention des Adversarii nicht erreicht.

2) Oder keine facta connexa; da hat sie die gesetzliche Wirkung: z. E. ich gestehe, ich bin das Geld schuldig gewesen, aber ich hab auch wieder bezahlt; denn dies sind nicht facta connexa.

3) Con-

3) Confessio fiat a sciente et intelligente, denn sonst ist sie erronea. Doch wird scientia praesumirt, wenn das Geständnis mit Umständen angegeben wird, oder wenn ein Schuldner die causam debendi anführt; z. E. ex mutuo.
4) Es muß solches geschehen von einer Person, die es ohne Präjudiz thun kann.
5) Serio animo. Dies wird jedoch immer praesumirt, außer der confessione extorta.

§. 1800. Qu. Ob zu einem Geständnis acceptatio adversarii erforderlich sey? Das Dubium rührt ex L. 6. §. 3. D. h. t. her, denn da steht, daß die Confessio geschehen müsse praesente adversario, daraus schließt man, daß die Acceptatio erforderlich sey. — Wir müssen aber doch die Frage verneinen. Denn der Lex bezieht sich auf den effectum rei iudicatae romanorum; dieser aber findet hodie nicht mehr statt und Brunnemann hat schon gezeigt, daß deßwegen dieser Lex inter obsoletas zu zählen sey. Jedoch thut man wohl, wenn man das Geständnis acceptirt.

§. 1801. Confessio extraiudicialis — macht nach dem Artikel 32. der peinlichen Halsgerichts-Ordnung in criminalibus keinen vollständigen Beweis, aber in civilibus ist die Sache streitig. Hellfeld nimmt ex L. 7. D. h. t. mit Leyser an: sie bewirke höchstens einen halben Beweis und das Geständnis selbst müsse erst bewiesen worden seyn. Andere Rechtslehrer, z. E. Struben in rechtlichen Bedenken Tom. I. Nr. 159. behaupten, es hat die confessio extraiudicialis eben die Wirkung, wie die iudicialis; nur ist der Unterschied: bei der iudiciali wird praesumirt, daß sie legitima sey, hingegen bei der extraiudiciali nicht. Dies scheint ganz richtig zu seyn; denn wie sollte der Ort in effectu eine Aenderung machen?

LIB. XLII. TIT. III.

De cessione bonorum.

§. 1802. Wenn ein Schuldner verurtheilt worden ist, so ist gemeiniglich, daß er nicht im Stande ist, alles zu bezahlen. Dieser ist nun straffällig,

Qu. Welche Strafe findet denn statt? Rsp. Nach den alten Gesetzen der Römer sehr harte Strafen; unter andern: die sectio debitoris in partes.

Leyser meynt, dies sey sehr natürlich zu erklären: der Schuldner sey in ein Fricassée verwandelt worden.

Allein Bynkershoek statuirt richtiger, daß der Schuldner mit allem was er hatte verauctionirt und das Geld unter die Creditores vertheilt worden.

Nach unsern Reichsgesetzen soll die poena infamiae statt finden. Conferatur die R. Pol. Ordnung von 1548. Tit. 22. ingleichen von 1577. Tit. 23.

Die Landesgesetze bestimmen noch andere Strafen: z. E. mußten sie sonst an manchen Orten einen gelben Hut tragen. Diese Strafen aber würden doch unbillig seyn, wenn ein Schuldner durch Unglücksfälle verarmt ist. Deswegen ist ihm das beneficium cessionis bonorum ertheilt worden. Hoc est beneficium, quo debitori permittitur omnibus bonis abdicare eaque creditoribus loco solutionis relinquere, ut a poenis fiat liber.

Hellfeld schränkt es richtig auf diejenigen Schuldner ein, die durch Unglücksfälle verarmt sind; Leyser und Püttmann aber extendiren es auf alle Schuldner, wenn sie nur nicht ex delicto condemnirt worden sind, ex L. ult. §. 4. de custodia reorum. Dieser Lex hat aber bei uns keine Auctoritaet, denn er ist lex non glossata.

§. 1803. Das beneficium cessionis bonorum ist eine Rechtswohlthat, weil der Schuldner von gewissen Strafen frey wird: sed flebile et miserabile beneficium, weil der Schuldner nichts behält, als den Rock am Leibe. Inzwischen weil es ein Beneficium ist, so kann darauf renuncirt werden, sowohl expresse als tacite. — Tacite:

1) Wenn einer sich nach Wechselrecht obligirt; Ratio: durch den Wechsel verpflichtet der Schuldner seine Person, giebt er also sein Vermögen ab, so bleibt doch noch seine Person. Und die Verhaftnehmung des Schuldners schlägt mehrentheils gut aus; denn es kommt öfters ein Freund und rettet ihn mit seinen eignen Pretiosis.

2) Per obstagium (die Einlagerung). Dies ist eine Verpflichtung, daß ein Schuldner von einem gewissen Ort nicht weichen will, bis der Creditor bezahlt ist, z. E. sagten die Alten:

Alten: ich will kommen und einreiten, wenn ich nicht bezahle. Wenn dies nicht geschah, wurde der Schuldner pro infami geachtet. —

Die Einlagerung ist aber durch die Reichsgesetze aufgehoben und soll nur noch im Hollsteinischen herkömmlich seyn.

§. 1804. Wenn ein Schuldner dies beneficium cessionis bonorum ergreift, so muß er:

1) insufficientiam bonorum dociren. Also ein eidlich bestärktes Verzeichnis dessen, was er noch hat, darbringen.
2) Muß er Unglücksfälle dociren.
3) Mit den Creditoribus muß communicirt werden, ob sie das Beneficium zulassen wollen. Davon weiter §. 1807.

§. 1805. Effectus beneficii cessionis bonorum.

1) Auf Seiten des Schuldners. Da ist die Wirkung diese, daß er gegenwärtig, i. e. bis er ad meliorem fortunam gelangt, seinen Gläubigern nicht weiter haftet. Dies hat man wohl zu merken.
Anmerkung: Die Wechselgläubiger können einen solchen Schuldner dennoch belangen.
2) Auf Seiten des Gläubigers. Da ist die Wirkung diese, daß die bona cessa nicht mehr dem Schuldner, sondern den Gläubigern gehören, welche sie verkaufen und sich daraus bezahlt machen können.
Anmerkung. Bis zum Verkauf der cedirten Güter steht dem Schuldner das ius reluendi zu.

§. 1806. Die bona cessa gehören den Creditoribus. Dies ist aber nur zu verstehen von solchen Gütern, worüber dem Schuldner freye Dispositon zugestanden wird. Also nicht von feudis, fideicommissis, illatis uxoris etc. Jedoch so weit, als von dem Schuldner auf dergleichen Güter ein Recht hat zugestanden werden können, in so weit können sie auch ad massam gezogen werden.

§. 1807. Mit den Gläubigern muß communicirt werden, ex §. 1804. Die Creditores verstatten nun entweder gleich die cessionem bonorum, oder das ist nicht. Ist erstes, so hat es dabei seyn Bewenden; ist aber letzteres, so sind verschiedene Fälle möglich:

1) Können sie die cessionem bonorum völlig denegiren: z. E. Wenn sie vorgeben, daß der Schuldner auf die Seite geschaft habe.
2) Können sie transigiren und ihm
3) auch Inducias geben.

Inducia heist h. l. die Erholungsfrist. Diese findet nach der Mehrheit der Stimmen statt. Diese Mehrheit der Stimmen ist aber nicht nach der Zahl der Personen, sondern nach der Größe ihrer Forderungen zu berechnen. Ja es wird nicht einmal auf den Unterschied gesehen, ob sie Hypothecarii oder Chirographarii sind. —

Aber wenn sie transigiren, findet die Mehrheit der Stimmen nicht statt; denn Niemand kann mich zwingen daß ich fahren lassen soll. Doch spricht selbst der Reichs-Hofrath anders.

Conferatur Wittich de insigni differ. inter process. concursus illustrium et privatorum. Marburg 1758.

Auch ein Moratorium kann ausgewirkt werden. Moratorium ist ein Anstandsbrief, der dem durch Unglücksfälle verarmten Schuldner auf einige Jahre gegeben wird, um sich zu erholen. Es heist auch Quinquinell, weil es meistentheils auf fünf Jahre gegeben wird. Eigentlich aber sollte Caution gemacht werden und der Schuldner beweisen, daß er ad meliorem fortunam gelangen könne. (Repet. §. 214).

§. 1808. Ist der Schuldner ad meliorem fortunam gelangt, so kommen die Gläubiger wieder zum Vorschein um ihre Forderungen zu urgiren. Der Schuldner behält aber hier das beneficium competentiae, i. e. das Recht nothdürftigen Unterhalt aus seinem Vermögen zu verlangen. Die Personen, denen es zusteht, lassen sich auf vier Klassen reduciren:

1) Ob necessitudinem haben es Eltern, Kinder, Patroni, fratres, socii, coniuges et soceri durante affinitate.
2) Ob beneficium alteri praestitum — dahin gehören: donator und dotis promissor.
3) Ob militiam. Nach den LL. haben es nur wirkliche Milites; die Doctores extendiren es aber auf alle Nobiles, ja so gar auf Clericos und Advocatos. Dieser Extension steht entgegen, daß das beneficium competentiae ein Privilegium

legium ist, quod stricte interpretandum. Wenn inzwischen der Nobilis ein Vasall ist, so wird es ihm zugesprochen.

4) Ob calamitatem. Dahin gehören Filiifamilias, wenn sie durante patria potestate verschuldet sind; desgleichen exheredati, emancipati, abstinentes a patria hereditate; endlich alle debitores, die bonis cedirt haben.

§. 1809. Das beneficium competentiae ist ein Privilegium, folglich stricte zu interpretiren. Nec personam egreditur, denn es ist ein ius personalissimum, folglich kann es auch nicht auf die Erben übergehen. Helfeld sagt: ultra necessaria vitae subsidia non extenditur. Merke: es wird aber doch bisweilen Standesmäßiger Unterhalt verstattet. Aber unbezweifelt ist der letzte Satz: wer aliunde Alimente hat, der bekommt nichts ex bonis cessis.

LIB. XLII. TIT. IV.

Quibus ex causis in possessionem eatur.

§. 1810. Durch die Mission wird einem publica auctoritate der Besitz assignirt. Est autem missio:

1) l. ex Imo decreto, i. e. quae sit nulla alia praevia missione, diese giebt nudam detentionem; rep. §. 1680.

2) l. ex IIdo decreto, quae aliam iam factam missionem subsequitur haec plus iuris tribuit. Nun) dem Iure Romano kommt sie weiter nicht vor als in der Lehre de damno infecto? allein die Kanonisten extendiren sie weiter und die Praxis folgt letztern.

Conferatur Boehmer de iure eccl. Prot. L. II. T. 15.

Missio porro est ea, quae assignatur in omnia bona — universalis; aut in quaedam — particularis. Fit porro:

I. l. contumaciae coercendae causa. Huc pertinet:

a) missio, quae fit occasione cautionis de damno infecto;

b) Missio ob nudam contumaciam, quae fit in casum, quo debitor conventus copiam sui non facit, nec ab alio defenditur. Letztere findet hodie gar nicht mehr statt.

II. l. ad alium finem et quidem:

1) l. ad debiti conservationem,

2) l. iudicati exsequendi causa. Von dieser ist §. 1796. gehandelt worden. Von jener merken wir hier:

a) Die missionem rei tantum s. debiti servandi gratia, quae fit in casum, ubi periculum est, ne res nostrae, quae in alterius detentione sunt, pereant, l. diminuantur. Diese Missio ist hauptsächlich nöthig, wenn ein Schuldner sein Vermögen verringern läßt und zu befürchten ist, es möchte nicht zureichen. Die Wirkung ist hier, daß der Missus ein pignus praetorium auf die Immobilia bekommt, in deren Besitz er eingeführt worden. Diese giebt die Befugnis, mich nach und nach aus den Früchten bezahlt zu machen oder auch die Immobilia selbst zu veräußern. Letzteres ist allezeit besser.

b) Die missionem legatorum s. fideicommissorum causa; rep. §. 1597.

c) Die missionem ventris nomine et ex edict. Carboniano; rep. §. 1617 et 18.

§. 1811. Von der missione damni infecti nomine ist §. 1680. gehandelt worden. Durch die missionem iudicati exsequendi causa erlangt der Creditor ein pignus praetorium, vermöge dessen er die Wahl hat, ob er den Debitorem austreiben und sich successive aus den Früchten bezahlt machen, oder die bona debitoris sub auctoritate iudicis losschlagen will.

LIB. XLII. TIT. V.

De rebus auctoritate iudicis possidendis.

Conferatur Christian Gottlieb Gmelins Ordnung der Gläubiger bei dem über ihres Schuldners Vermögen entstandenen Gantproceß, Frankf. und Leipzig 1776. Ein Hauptbuch über diese Materie. Die zweyte Edition von besagtem Jahre ist des schönen Registers wegen schätzbarer.

§. 1812.

§. 1812. Wenn der Schuldner bonis cedirt hat, oder die Gläubiger in des Schuldners Güter immittirt worden sind, und diese zur Bezahlung aller und jeder Schulden nicht hinreichen, auch die Gläubiger weder per maiora übereinkommen, noch in ein pactum remissorium willigen wollen, dann entsteht ein Concurs.

Concursus ist ein Zustand, in welchem mehrere Gläubiger eines Schuldners auf ihre Zahlungen dringen und das Vermögen des Schuldners dazu nicht hinreichend ist.

Merke: Kein Richter ist befugt den Concurs für sich zu eröfnen, wenn er auch sehen sollte, daß der Schuldner nicht mehr ganz zahlfähig ist; denn es kann ja seyn, daß die Gläubiger ihrem Schuldner Frist geben wollen, oder schon gegeben haben.

Das Wort Concursus hat mehrere Bedeutungen. Deutsch wird es übersezt, durch Gant, Vergantung, Sturm oder Zusammenlauf der Gläubiger. Im leztern Fall heist er: concursus creditorum. Bald versteht man wieder den Zustand der Gläubiger und des Gemeinschuldners darunter, bald den Proceß selbst der h. c. geführt wird. Ja man hat auch ganz verschiedene Benennungen davon. So z. E. heist der concursus illustrium gewöhnlich Conturbatio. Conferatur Estor de conturbatione illustrium.

Die erste Eintheilung nach diesem §. ist in den allgemeinen und besondern. Concursus universalis ist derjenige, welcher sich auf das ganze Vermögen erstreckt und für alle Gläubiger eröfnet wird.

Concursus particularis — derjenige, welcher sich nur über einige Güter des Schuldners erstreckt, oder auch derjenige in diversis provinciis, wo der Schuldner Güter hat, eröfnet wird.

§. 1813. Der Concursus wird ferner eingetheilt in materialem et formalem.

Conf. Christ. Gmelin Diss. de concursu creditorum materiali eiusque a formali potioribus differentiis. Erlangae 1775.

1) Concursus materialis ist alsdann vorhanden, wenn die Gläubiger ihre Zahlungen verlangen und des Schuldners Vermögen zu ihrer Befriedigung nicht mehr zureicht.

2) Concursus formalis — wenn des Schuldners Vermögen nicht mehr ihm, sondern den Gläubigern gehört. Dies ist

a) wenn er bonis cedirt hat und
b) die Edictal-Citation erlassen worden.

Wenn der förmliche Concurs vorhanden ist, so kann der Schuldner nicht mehr über sein Vermögen disponiren. Thut er es doch, so sind alle Handlungen null und nichtig. Anders ist es aber beim materiellen Concurs. Da gelten die dispositiones debitoris stricto iure, ausgenommen: wenn sie in fraudem creditorum gereichen, denn da können sie mediante actione Pauliana rescindirt werden.

§. 1814 — 1815. Bei dem concursu universali gehören den Gläubigern alle und jede Güter des Gemeinschuldners. Die Gläubiger nehmen sie sogleich in Besitz. Da also der debitor obaeratus nichts mehr hat, so müssen sich alle, die quocunque titulo etwas zu fordern haben vorgeben, an das forum concursus universalis wenden, da ihr Ius liquidiren und das weitere gewärtigen:

Der processus concursus universalis muß

1) in foro generali, i. e. h. l. domicilii verhandelt werden.
2) Ist ein solcher Proceß erforderlich, worinn alle Klagen ausgemacht und verhandelt werden können. Dies ist denn der processus summarius, der das Mittel hält zwischen dem processu ordinario et executivo.
3) Muß auch eine solche Citation erwählt werden, wodurch alle Creditores vorgeladen werden können. Dies ist denn die Edictal-Citation, welche man auch gewöhnlich in verschiedene Zeitungen rücken läst. Die bekannten Gläubiger müssen aber demohngeacht wieder privatam citationem erhalten, weil die erstere nur subsidiarisch ist.

Concursus universalis est iudicium universale, i. e. ein solches, welches sich über alle Ansprüche und Processe, die das Vermögen des Schuldners betreffen, erstreckt. Daher sieht man leicht ein, daß der concursus universalis alle andere Processe an sich zieht, die etwa in andern Gerichten bereits anhängig seyn können, wenn sie nämlich das Vermögen des Schuldners betreffen. Exceptio litis pendentiae cessirt folglich hier ob continentiam causarum, und folglich zieht der concursus universalis auch particulare an sich, und zwar in dem nämlichen Zustand, zu welchem er in foro speciali

speciali zur Zeit, da der universelle entstand, gediehen war.

§. 1816. In dem Concurs-Proceß werden die Gläubiger edictaliter citirt,

1) daß sie ihre Forderungen liquidiren sollen. Liquidare, i. e. designare quantitatem et qualitatem crediti sui.

2) Daß sie ferner ihre Priorität deduciren. Dazu werden sie vorgeladen sub comminatione poenae praeclusi.

Hier ist noch zu distinguiren zwischen den Gläubigern, welche erscheinen und denen, welche ausbleiben. Diejenigen, welche ausbleiben, werden von dem Contradictore des Ungehorsams beschuldigt und die poena praeclusi über sie erkannt, welches gemeiniglich im Locations-Urthel geschieht.

Diejenigen, welche erscheinen, müssen

a) liquidiren, und weil der Concurs-Proceß summarisch ist, so müssen sie gleich die Original-Documente mitbringen.

b) Müssen sie ihre Priorität deduciren.

Beim Liquidiren stellen die Gläubiger lauter Kläger vor, dahero muß auch ein Beklagter vorhanden seyn. Diesen Beklagten läst man nicht gerne den Schuldner selbst seyn, weil zu befürchten ist, daß er mit einigen Gläubigern colludiren möchte. Deswegen pflegt man einen curatorem litis oder Contradictorem zu bestellen.

Contradictor (unsere neuere Juristen nennen ihn Massevertreter) ist derjenige, welcher die Person des von den Gläubigern verklagten Schuldners vorstellt, und die Forderungen derselben genau prüft. Wenn die Forderungen nicht in continenti liquid sind, so muß er die gehörigen Exceptiones vorschützen. Keineswegs aber darf er sich in das certamen de prioritate mischen, welches blos die Gläubiger angeht. Auf die Einmischung in diesen Streit ist der Verlust des Salarii gesetzt.

Uebrigens — heist es im §. — werden diejenigen Gläubiger, welche an dem bestimmten Termin nicht erscheinen und liquidiren, des Ungehorsams beschuldigt und praecludirt.

Ob aber ein solcher praecludirter Gläubiger, wenn er in integrum restituirt wird, von den ihm nachstehenden

Gläubigern dasjenige wieder fordern könne, was sie nicht erlangt haben würden, wenn er gehörig locirt worden wäre? — Diese Frage wurde bisher von einigen Rechtslehrern verneint, von andern bejaht. Unter die Negantes gehört vorzüglich Leyser spec. 490. med. 2. unter die Affirmantes aber Struben in rechtlichen Bedenken part. 2. Nr. 68. und die Verfasser der Meditationen über versch. Rechtsmaterien im 3ten Theil, Med. 131. wo die Gründe, welche für die letztere Meynung streiten, sehr gut auseinander gesetzt sind. Sie sind kürzlich folgende:

1) Wenn der praecludirte Gläubiger das nicht wieder bekommen sollte, was die ihm nachstehende Gläubiger nicht erhalten haben würden, wenn er gehörig locirt worden wäre, so würde ihm das beneficium restitutionis in integrum, welches ihm doch niemand abspricht, wenn er nur einige Ursachen es zu begründen hat, nichts nützen.
2) Das, was die ihm nachstehenden Gläubiger pro rata von seiner Forderung erhalten haben, ist als ein Indebitum zu betrachten, welches er nun condiciren kann, ex L. 19. §. 1. D. de condiction. indebiti.

§. 1817. Nach geendigtem Verfahren der Gläubiger über die Priorität und Liquidation fällt der Richter die Sentenz, in welcher er nicht nur über die Liquiditaet und Wahrheit der Forderungen, sondern auch über die Priorität urtheilt und alle Gläubiger in gehöriger Ordnung locirt. Man nennt sie das Locations-Urthel.

Observ. Das Locations-Urthel muß nach den Rechten gesprochen werden, die in foro concursus gelten.

Nach dem iure communi pflegt man die Gläubiger in 5 Classen zu vertheilen.

Die erste Classe begreift alle diejenigen, welche privilegirt sind, i. e. ex singulari iuris favore den übrigen Gläubigern vorgehen.

Die 2te fast diejenigen, welche ein qualificirtes Pfandrecht haben.

Die 3te diejenigen, welche ein Pfandrecht haben, das mit keinem iure praelationis verbunden ist.

Die 4te fast die chirographarios privilegiatos und endlich

Die

Die 5te die chirographarios simplices.

Die 5 Classen werden in dem Locations-Urthel selbst nicht ausgedrückt, sondern es ist genug, wenn nur der Richter in dem Urthel diese Ordnung befolgt hat. Nun zwey Hauptregeln:

Reg. I. Jede von diesen Classen schliest die nachfolgenden aus.

Reg. II. In den drey ersten Classen hat der vorstehende Gläubiger den nämlichen Vorzug, den der nachstehende hat; in den zwey letzten Classen hingegen werden die Gläubiger alle pro rata befriediget.

§. 1818. Die 1ste Classe also begreift alle Creditores, die ex singulari iuris favore ein ius praelationis vor allen übrigen haben. Hieher gehören demnach

1) sumtus concursus, die Concurs-Kosten, welche zum gemeinschaftlichen Besten aller Gläubiger gemacht worden sind. Z. E. das Honorarium und die Besoldungen für den curatorem litis et bonorum. Doch ist ein Unterschied zu merken, der zwischen dem iure communi et Saxonico obtinirt. Nach dem iure communi, welches auch mit dem römischen Recht überein kommt, werden die Concurs-Kosten zum voraus von der Concurs-Masse abgezogen. In Sachsen aber und einigen andern Orten werden sie, wenn die Masse nicht zureicht, den zur Perception kommenden Gläubigern pro rata abgezogen.
2) Die Beerdigungs-Kosten, welche einer oder der andere zum Begräbnis des Gemeinschuldners, oder der Seinigen vorgeschossen hat, und zwar werden sie aus der Concurs-Masse selbst genommen. Gleiche Rechte haben der Arzt auf das Honorarium für den Besuch in der letzten Krankheit und der Apotheker auf die Medicamente, welche zur Herstellung des Kranken abgegeben worden.
3) Famulorum merces — dies ist der rückständige Dienstlohn derer, welche in domo, victu et familia debitoris waren. Andere Arbeiter, z. E. Handwerksleute, kommen in diese erste Classe nicht.
4) Onera realia, z. E. Steuer und Gaben, Zehnden, Handlohn, Classengelder und andere jährliche Gülten und Renten.

5) Pe-

5) Pecunia hereditaria — das Erbegeld, i. e. dasjenige, welches ein Erbe, wenn er die Erbschaftsgüter allein übernimmt, seinen Miterben herauszuzahlen versprochen hat. Z. E. Der Sohn hat das Lehngut allein übernommen und den Töchtern versprochen, daß er ihnen die Mitgift daraus praestiren würde.

§. 1819. Die IIte Classe begreift die hypothecarios privilegiatos, die ein pignus qualificatum haben. Welche Pfänder qualificirt sind und wie sie locirt werden müssen, das haben wir oben §. 1094. seq. auseinander gesetzt. Worinn das Sachsenrecht ratione dotis uxoris von dem iure communi abweicht, ist im §. nachzulesen.

§. 1820. In der IIIten Classe stehen die hypothecarii simplices, zu welchen auch diejenigen gerechnet werden, die ein stillschweigendes gesetzliches Unterpfand oder durch die Immission ein pignus praetorium erlangt haben. In welcher Ordnung diese locirt werden, ist oben §. 1095. seq. da gewesen.

In der IVten Classe stehen die chirographarii privilegiati. Sie werden privilegirte Gläubiger genennt, ob sie gleich keine Hypothek haben, weil sie doch andern Chirographariis vorgezogen werden. Hieher gehören:

1) Res publica s. fiscus et ecclesia. Daß der Fiscus dies Privilegium habe, ist ex. L. 38. §. 1. D. h. t. unläugbar. In Ansehung der Kirche haben wir kein Gesetz, welches ihr diese Stelle einräumt, aber die Praxis concedirt ihr ihn.

2) Die Braut, wenn sie den Dotem praenumerirt hat, und doch die Ehe nicht erfolgt ist. Vid. L. 17. §. 1. D. h. t. Die ratio legis ist: ne conditionem nubendi amittat.

3) Wer zum Ankauf eines Hauses Geld vorgeschossen und sich kein Pfandrecht darauf vorbehalten hat. Der L. 26. und 34. D. h. t. gehört hieher. Es ist zwar in den Gesetzen blos von Schiffen die Rede und nicht von unbeweglichen Gütern überhaupt; allein die Interpreten extendiren es auch auf Häuser, aber nicht auf Grundstücke. Warum nicht auf letztere, können wir nicht absehen, da sie doch auch unbewegliche Güter sind.

4) Der-

4) Derjenige, welcher etwas bei der Obrigkeit oder einer andern im öffentlichen Amt stehenden Person deponirt hat und die res deposita nicht mehr existirt. Conf. Leyser spec. 478. med. 3.

Die Rechtslehrer fügen noch hinzu:

5) die Alimenten, welche einer zu fordern hat, der in Ansehung derselben an kein Grundstück gewiesen ist.

6) Die Besoldungen. z. E. die Honorarien der Advokaten und Aerzte, Gerichtsgebühren, Handwerkslohn ꝛc. und endlich

7) auch die Forderungen der personarum miserabilium.

Anmerkung: Bei dieser 4ten Classe hat blos der Deponens einen Vorzug, alle übrige werden pro rata bezahlt.

In der Vten Classe stehen die chirographarii simplices. Dies sind diejenigen, welche mit gar keinem Vorzugsrecht versehen sind. Alle diese werden, ohne auf das discrimen temporis zu sehen, pro rata bezahlt; nur der Fiscus muß in Ansehung der Geldstrafen, allen andern Gläubigern dieser Classe nachstehen. Doch giebt es Ausnahmen von dieser Regel, wenn, wie in Sachsen, Provincial-Gesetze anders disponiren. Denn in Sachsen hat der Fiscus wieder den Vorzug.

§. 1821. In Ansehung der Zinnsen weicht wieder das sächsische Recht von dem iure communi ab. Nach dem iure communi werden die Zinnsen mit dem Capital, dessen accessorium sie sind, assignirt; nach Sachsenrecht aber werden die Zinnsen zuletzt nach allen Capitalien locirt, wenn aber die Capitalien abgezahlt sind, so werden die Zinnsen in der nämlichen Ordnung abgeführt.

§. 1822. Während dem Concurs-Proceß muß das Augenmerk des Richters hauptsächlich auf die Concursmasse gerichtet seyn, d. h. er muß sie ins reine zu bringen, zu erhalten und was nicht in baarem Gelde besteht, umzusetzen suchen. Von der Erhaltung der Concursmasse wird §. 1828. umständlich gehandelt. H. l. also von der constitutione massae et distractione bonorum ad concursum pertinentium. Was die Constitution anlangt, so sind folgende Puncte zu merken:

1) Muß

1) Muß gerichtlich versiegelt und des Schuldners Vermögen inventirt werden. Doch kann auch die Inventur unterbleiben, wenn der Schuldner gegenwärtig ist und von seinem Vermögen eine eidliche Specification überreicht.
2) Wenn eine Person da ist, auf welche der Verdacht der Entwendung fällt, so muß ihr der Manifestations-Eid abgenommen werden.
3) Muß der Richter von dem Concurs-Vermögen alles absondern, was nicht zur Masse gezogen werden darf. Dahin gehören z. E. die Lehensstücke, die Illata der Frau.
4) Müssen die ausenstehende Forderungen des Gemeinschuldners beigetrieben werden. Dies ist die Pflicht des Curatoris litis. Hieher gehört auch das Einlösen der Pfänder.

Der Pfandinnhaber ist aber nicht verbunden, das Pfand herauszugeben, wenn er nicht gleich baar bezahlt wird. Auch alsdann nicht, wenn ältere Gläubiger da sind, die aus der Concurs-Masse das Ihrige noch nicht erhalten haben.

Was die Veräuserung der Concurs-Güter betrift, so schlägt man die gewöhnlichen Wege ein. Die beweglichen Sachen werden durch die Auction, die unbeweglichen aber durch die Subhastation zu Geld gemacht.

LIB. XLII. TIT. VI.

De Separationibus.

§. 1823 — 1825. Es folgen nun 3 Rechtswohlthaten, welche den Gläubigern des Gemeinschuldners zustehen, wovon das erste die Separatio ist. Ius separationis ist nach den gemeinen Begriffen ein Recht, vermöge dessen einer verlangen kann, daß diejenigen Güter, in Betreff welcher ihm ein stärkeres Recht zusteht, von den übrigen Gütern des Gemein-Schuldners abgesondert werden, um daraus seine Befriedigung zu erlangen. Es kann aber nicht jedes Separations-Recht ein Beneficium genennt werden, sondern es kommt auf folgenden Unterschied an. Es kann mir das Separations-Recht zustehen:

1) l.

1) l. ex iure dominii; diese ist nichts anders, als vindicatio rerum, quae penes debitorem obaeratum sunt. Z. E. wenn die peculia liberorum noch in natura vorhanden sind, so können die Kinder solche schlechterdings vindiciren. So auch res depositae, commodatae, pignori datae, dos et illata uxoris — wenn sie noch in specie da sind.

2) l. ex iure crediti. Diese Separation wird gefordert

a) entweder weil von verschiedenen Schuldnern Gläubiger da sind — da heist es ius separationis in concursu proprie s. d. (§. 1826.)

b) Oder weil nur Gläubiger eines und eben desselben Schuldners concurriren — hier bekommt das ius separationis in concursu den Namen des Beneficii.

Letzteres Absonderungsrecht findet in folgenden Fällen statt:

α) Wenn ein Kaufmann mehrere Handlungen hat und auf eine derselben Waaren auf Credit gegeben hat.

β) Wenn jemand einem Soldaten auf ein peculium castrense oder

γ) einem Vasallen auf sein Lehengut Geld geborgt hat.

§. 1826. Ius separationis in concursu proprie s. d. tritt ein, wenn der Schuldner Erbe von dem andern Schuldner wird und also Gläubiger vom Erben, und Gläubiger vom Erblasser vorhanden sind. Ein möglicher Fall ist hier, daß zwar des Erblassers Vermögen zureicht, aber des Erben Vermögen nicht. Da können folglich die Gläubiger des Erblassers verlangen, daß die Güter des Erben und des Erblassers von einander abgesondert werden. Und dies Absonderungsrecht findet sogar statt, wenn auch ein Gläubiger des Erben rem iudicatam vor sich haben sollte. Der Grund ist: res iudicata ius tantum facit inter partes, non vero tertio nocere debet.

Merke: nur darf keine Novation vorgefallen seyn. Uebrigens muß dies Absonderungsrecht nach dem iure communi intra quinquennium gesucht werden. Das Quinquennium wird a tempore aditionis hereditatis angerechnet.

§. 1827.

§. 1827. Wir haben oben erinnert, daß das ius separationis in concursu ein Beneficium sey, weil es der Praetor contra rigorem iuris civilis ertheilt. Ist dies, so folgt;

1) daß es gebeten werden müsse, nach der bekannten Rechtsregel: beneficia nemini obtruduntur. Ausgenommen ist jedoch der Fall, wenn Landesgesetze verordnen, daß es ex officio gegeben werden müsse.

2) Wenn aber einmal die Absonderung geschehen, so können die Gläubiger aus den bonis separatis entweder ihre Befriedigung erhalten, oder nicht. Ist ersteres, und es bleibt noch etwas übrig, so kommt dies Residuum den übrigen Gläubigern zu gut; ist letzteres, so können sich die Gläubiger an andere Bona nicht halten, weil sie einmal diesen Weg eingeschlagen haben.

LIB. XLII. TIT. VII.

De curatore bonis dando,

§. 1828. De conservatione massae concursus. Da bei entstehendem Concurs das Vermögen des Gemeinschuldners auf die Gläubiger übergeht, so muß der Richter die Concursmasse bestmöglichst zu conserviren bedacht seyn, und entweder selbst, oder sein College die Administration übernehmen, oder es muß ein curator bonorum aufgestellt werden. Dieser curator bonorum wird nun administrator massae concursus und muß für alles haften.

Er wird insgemein von den Gläubigern selbst constituirt, weil ihnen die Concursmasse gehört, wenn sie einig sind. Sind sie uneinig, so constituiren sie ihn dennoch nach der Mehrheit der Stimmen. Wenn sie sich aber gar nicht vereinigen können, so constituirt ihn auch öfters der Richter, bei dem der Concurs-Proceß anhängig ist, ex officio.

In Ansehung der dazu bestimmenden Person sind die Gläubiger nicht im geringsten eingeschrenkt. Sie wählen eben diese, zu welcher sie das meiste Zutrauen haben. Z. E. einen aus ihrer Mitte, auch einen fremden, manchmal, wie wohl

wohl sehr selten, den Gemeinschuldner selbst, wenn er Caution aufrecht zu machen im Stande ist.

§. 1829. Der curator bonorum ist ein Administrator. Sein Amt ist folglich von dem Amt des curatoris litis ganz verschieden, ob es gleich angeht, daß beide Officia in einer Person vereinigt werden können. Uebrigens hat der curator bonorum eben die Pflichten, die ein Verwalter fremder Güter hat. Er muß also

1) ein Inventarium verfertigen lassen.
2) Er muß Satisdation leisten.
3) Mediam diligentiam praestiren.
4) Rechnung ablegen und reliqua restituiren.

Ja mehrere curatores bonorum werden in solidum verbunden, wenn sie das Vermögen gemeinschaftlich administriren und nicht einem jeden ein besonders Appartement angewiesen ist. Die Creditores haben gegen sie die actionem mandati et negotiorum gestorum; der Gemeinschuldner aber die actionem in factum. Conf. L. 9. §. 3 et 5. de rebus auctor. iud. possidendis.

LIB. XLII. TIT. VIII.

Quae in fraudem creditorum facta sunt, ut restituantur.

§. 1830. Alienatio ist h. l. vorhanden, wenn der Debitor die bona creditoribus iam acquisita durch seine eigene Handlungen wieder verringert. Also — wenn er blos ein lucrum acquirendum ausschlägt, ist noch keine Veräuserung vorhanden. Ferner ist erforderlich: ut haec alienatio facta sit in fraudem creditorum. In fraudem h. e. eo consilio, ut creditores, quae sibi debentur, perdant et inde damnum sentiant.

Distinguamus: Die Veräuserung geschieht entweder ante, oder post motum concursum. Priori casu ist sie gültig, wenn sie nur nicht in fraudem creditorum geschah; hoc casu aber, ist sie null und nichtig. Noch ist bei dem erstern Fall zu merken: wenn sie in fraudem creditorum ge-

schah, so ist sie der Rescission unterworfen. Rescindirt wird sie per actionem Paulianam. Actio Pauliana est actio in rem scripta competens creditoribus, in quorum fraudem a debitore aliquid alienatum, adversus quemlibet possessorem, doli participem, aut titulo lucrativo rem possidentem, ut alienatum cum omni causa restituatur. Da nun durch sie eine förmliche Restitution bewirkt wird, so ist sie bald actio realis, bald personalis. Actio realis ist sie, wenn ein ius reale veräusert worden; personalis, wenn ein ius personale veräusert worden ist.

Es ist auch hier nicht, wie einige DD. statuiren, ein gedoppeltes Iudicium, nämlich rescindens et rescissorium nöthig, sondern die Klage kann gleich nach der Veräuserung angestellt werden, wobei man die causam restitutionis anzuführen hat.

§. 1831. Wenn die Alienation per actionem Paulianam rescindirt werden soll, so müssen gewisse Erfordernisse auf Seiten des Alienantis und andere auf Seiten des Acquirentis vorhanden seyn.

1) Auf Seiten des debitoris alienantis ist erforderlich:
   a) Affectus fraudis, i. e. animus, propositum defraudandi. Ist also die alienatio bona fide geschehen, so findet die actio Pauliana nicht statt.
   b) Effectus fraudis, i. e. durch die Alienation müssen die Gläubiger wirklich verkürzt worden seyn.
2) Auf Seiten des Acquirentis ist wieder erforderlich:
   a) daß er um den Betrug des Debitoris Wissenschaft gehabt haben muß, in welchem Fall er gar das Pretium verliehrt, wenn es nicht mehr in bonis debitoris ist.
   b) Daß er die rem alienatam titulo lucrativo acquirirt haben muß, denn da muß er restituiren, er mag um den Betrug gewust haben, oder nicht. Hat er aber die Sache titulo oneroso acquirirt, so muß er nothwendig an dem Betrug Theil genommen haben, wenn die actio Pauliana gegen ihn statt finden soll.

§. 1832. Die Actio Pauliana findet gegen denjenigen, welcher von dem Schuldner oneroso titulo Sachen acquirirt hat, nicht statt, wenn er nicht an dem Betrug des Schuldners Theil genommen hat. Hieraus ist denn zu schliesen,

sen, daß die Klage gegen solche Gläubiger, die auf ihrer Hut stunden, auch nicht statt finde. Dies sind diejenigen, welche bei einem praesumtive bevorstehenden Concurs auf eine erlaubte Art bewirken, daß sie entweder vom Schuldner noch bezahlt werden, oder daß doch ihre Forderung mit einer neuen Prärogativ versehen wird. Der Grund, warum h. c. die Klage nicht statt findet, ist dieser: andere Gläubiger konnten sich diesen Vortheil auch verschaffen, es ist also jetzt gleichsam Strafe ihrer Nachläßigkeit, daß sie es nicht gethan haben.

Nur geht es nicht an, wenn der Concurs schon formaliter eröfnet ist, weil hier die Güter des Schuldners schon den Gläubigern gehören. Uebrigens wurde nach dem römischen Recht die actio Pauliana, wie bei der Restitution, in 1 Jahr praescribirt; de iure novo aber erst in 4 Jahren, von der Zeit an gerechnet, da die Alienation in fraudem creditorum geschehen ist.

Auser den allegirten Schriftstellern kann hier noch nachgesehen werden:

Frickii libellus singularis de revocandis tam rebus alienatis, quam nummis solutis imminenti aut moto concursus iudicio. Helmst. 1777. in 4to.

LIB. XLIII. TIT. I.

De interdictis, sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt.

§. 1833. Interdictum heist: ein schleuniger gerichtlicher Befehl, Verbot, Untersagung, Niederlegung. Vox venit ab: *interim* et *dicere*.

Die Interdicta waren Formeln, mittelst welcher der Prätor in Sachen, die keinen Aufschub verstatteten, oder das allgemeine Beste betrafen, etwas ad interim verordnete, oder verboth. Was die nachstehenden Worte: extraordinariae actiones, quae pro his competunt — anzeigen sollen, darüber sind die Rechtslehrer nicht einig. Wir haben zweyerley Meynungen:

1) Hellfeld statuirt: es würde dadurch angezeigt, daß zur Auswirkung eines Interdicts eine actio extraordinaria erforderlich gewesen sey. Diese Actio sey zuweilen selbst mit dem Namen des Interdicts belegt worden, zuweilen aber sey der Name: actio extraordinaria geblieben, weil der Prätor in causis moram non ferentibus, da, wo noch einige Zweifel obwalteten, selbst interimistice etwas festsetzte.

2) Püttmann in Diss. de Salviano interdicto. 1773. hat C. 1. diese Meynung gründlich widerlegt, und gezeigt, daß die Interdicta abgeschaft und statt derselben die actiones extraordinariae eingeführt worden. Dies wollen die Worte der Rubrik unseres Titels: quae pro his competunt.

Conferatur L. 15. §. 7. et L. 21. quod vi aut clam.

§. 1834. Interdicta dispescuntur vario modo.

I. Ratione formae:
1) in prohibitoria, quorum finis est prohibitio,
2) in restitutoria, quorum finis est restitutio v. g. interdictum unde vi;
3) in exhibitoria, quorum finis est exhibitio, v. g. interdictum de libero homine exhibendo.

II. Ratione personarum:
1) in duplicia — ubi uterque actor et reus esse potest, et
2) in simplicia — ubi unus tantum actoris munere fungi potest.

III. Ratione obiecti. Hier ist zu distinguiren. Das Obiect kann seyn:
1) res humani iuris v. g. liber homo, res publica et privata. De rebus publicis kommen Tit. VII. seq. Beispiele vor. De rebus privatis haben wir folgende zu merken:
a) das interdictum adipiscendae possessionis — dessen Endzweck ist, daß jemand einen Besitz erlangen soll, den er noch nicht gehabt hat.
b) Das interdictum retinendae possessionis — dessen Endzweck ist, einen Besitz zu conserviren, den man schon hat.

c) Das

c) Das interdictum recuperandae possessionis — dessen Endzweck ist, einen Besitz wieder zu erlangen, den man verlohren hat.

IV. Ratione durationis sunt interdicta:
1) annalia, quae intra annum praescribuntur et
2) perpetua, quae praescribi non possunt.

§. 1835. Iudicium possessorium heist die Klage um Besitz oder Besitzstand.

Die Iudicia possessoria werden bald pro actione, bald pro tractatione causae litigiosae genommen.

1) Iudicium possessorium pro actione sumtum est ea actio, per quam ius l. adipiscendae, l. retinendae l. recuperandae possessionis persequitur. Dadurch unterscheiden sich diese Klagen von den petitorischen.

2) Iudicium possessorium pro tractatione causae litigiosae sumtum est nimirum illud, quod existit, simulac instituta est actio possessoria.

Nach dem usu fori wird es eingetheilt in possessorium ordinarium et summarium s. summarissimum. Possessorium ordinarium ist vorhanden, wenn der Streitpunkt die Frage betrift, wer ein besseres ius possessionis l. quasi possessionis hat.

Possessorium summarium s. summarissimum — wenn er die Frage betrift, wer unterdessen, bis der Streit de alterius meliori iure zu Ende ist, im Besitz geschützt werden soll.

Die ganze Eintheilung ist weder im römischen noch im kanonischen Recht gegründet, sondern blos dem Gerichtsgebrauch gemäs.

§. 1836 Beide erstgedachte Species der Klagen um den Besitz differiren auf gedoppelte Art:

I. Ratione indolis. Da ist der Unterschied zu bemerken:
1) In summarissimo wird untersucht, ob der Kläger im Besitz ist, im ordinario: quantum et quomodo possideat.
2) Im summarissimo wird nur ausgemacht, wer ad interim im Besitz zu schützen sey, im ordinario aber, wem der Besitz zugesprochen werden müsse.

II. Ratione modi procedendi differiren sie auf folgende Art: das possessorium summarium wird in processu irregulari,

das possessorium ordinarium aber in processu regulari verhandelt.

Processus regularis dicitur, ubi naturalis ordo observatur. Processus irregularis weicht in folgenden Punkten davon ab:

1) Man erwartet vom Beklagten keinen Gegenbeweis, sondern führt fort, wenn er nicht von freyen Stücken und zu gehöriger Zeit solchen übergiebt.

2) In possessorio summario ist kein schriftlicher Klaglibell, sondern wesentlich nur dies erforderlich, daß der Kläger im Besitz ist und von dem Beklagten darinnen gestört worden.

3) Ein einziger unbeschworner Zeuge ist genug.

4) Sagt Hellfeld — werden contra sententiam keine remedia suspensiva und keine Appellation zugelassen; und dies ist nach dem Iure Romano außer allem Zweifel, denn das possessorium summarissimum hat den Endzweck, daß alles in möglichster Kürze abgethan werde. Conferatur L. 1. Cod. de moment. possess. Nach dem Iure Canonico findet jedoch die Appellation statt. Vid. Cap. 10 et 15. X. de restit. spoliatorum. In praxi geht das Ius Canonicum vor, jedoch sind die Meynungen der Rechtslehrer sehr getheilt.

Wir haben nun den gedoppelten Unterschied der possessorischen Klagen gesehen; wir wollen nun auch sehen, worinn sie ratione modi procedendi übereinkommen.

1) Darinn, daß beide iudicia possessoria präparatorisch sind, denn sie bahnen den Weg zum Petitorio.

2) In beiden gilt der summarische Proceß.

3) Keine Exceptiones werden in beiden gehört, die nicht das Possessorium betreffen.

4) In beiden darf nichts angeführt werden, was nicht den Besitz betrift.

Observ. Daher, wenn man sich genöthigt sieht, im Possessorio Gründe anzuführen, so muß dies sub protestatione de ea non immiscendo (in petitorium) geschehen.

§. 1837. Da in possessorio summarissimo weder über den Besitz, noch über das Eigenthum decidirt, sondern nur dem

dem Störer des Besitzes aufgelegt wird, daß er den gegenwärtigen Besitzer via facti nicht weiter angreifen und beunruhigen soll ;so folgt,

1) wer das possessorium summarissimum anstellen will, der muß in possessione praesentanea seyn.

Merke: wenn ich actus possessorios für mich anführe, und mein Gegner kann keine neuere für sich anführen, so kann ich demohngeachtet behaupten, daß ich in praesentanea possessione sey.

2) Das possessorium summarissimum kann nur pro retinenda possessione gebraucht werden, folglich:

3) nicht pro adipiscenda et recuperanda possessione, auch nicht in causa spolii, es müste denn seyn, daß spolii restitutio per modum accessionis in possessorio summarissimo urgirt würde.

4) Wenn auch das possessorium summarissimum zu Ende ist, so ist doch dadurch weder die causa possessionis noch die causa proprietatis geendigt, weil der unterliegende Theil noch das Petitorium anstellen kann.

Das Petitorium muß aber ob connexitatem causae in eben dem Foro angestellt werden, wo das Possessorium verhandelt wurde, wenn anders der Richter in causa petitorii die Jurisdiction hat.

§. 1838. Da im Possessorio über den Besitz, im Petitorio aber über Rechte gestritten wird, so können beide Sachen nicht füglich in einem Proceß verhandelt werden. Deswegen ist auch im römischen Recht die Cumulation des Possessorii und Petitorii verboten, und wer also petitorisch klagen will, der muß den Beklagten pro possessore erkennen, so wie umgekehrt derjenige, welcher in dem Petitorio nicht durchzukommen gedenkt, sich auf den Besitz gründen muß.

Im kanonischen Recht aber wird die Cumulation beider Klagen erlaubt, und auch das possessorium ordinarium kann mit dem summario cumulirt werden, in soferne kein Widerspruch daraus entsteht. Das heist: das Petitorium kann mit den actionibus adipiscendae et recuperandae possessionis cumulirt werden, regulariter aber nicht mit den actionibus retinendae possessionis.

In praxi gehen wir nach der Verordnung des kanonischen Rechts; aber es ist nicht immer rathsam zu cumuliren, sondern es ist oft besser, wenn man eins nach dem andern nimmt.

§. 1839. Species interdictorum sind auch die Inhibitiones et Mandata (Mandatsprocesse) quibus iudex aliquid fieri iubet aut vetat. Diese Mandata werden sine praevia causae cognitione ertheilt. Ist ihnen die clausula iustificatoria beigefügt, so werden sie mandata cum clausula genennt; wo nicht, so heißen sie mandata sine clausula.

Clausula iustificatoria est formula addita mandato, qua reo permittitur, causas allegandi legitimas, cur mandato parere haud possit. Bei diesen mandatis cum clausula behält der Beklagte das Recht seine Exceptiones zur gehörigen Zeit vorzuschützen; und schützt er sie vor, so hört das Mandat sogleich auf, und die Sache kommt zum ordentlichen Proceß.

Die mandata sine clausula lassen keine Exceptiones zu, aber sie supponiren doch stets: veram facti expositionem und folglich kann doch die exceptio sub- et obreptionis dagegen statt finden.

§. 1840. Durch das mandatum sine clausula wird dem Beklagten die Befolgung des richterlichen Befehls schlechterdings auferlegt. Er kann also keine Exception dagegen vorschützen. Jedoch Ausnahmsweise in folgenden vier Fällen:

1) Wenn ein Theil gegen den andern via facti procedirt und dies factum nullo modo iustificirt werden kann.
2) Wenn periculum in mora da ist. Dies ist, wenn uns ex mora ein damnum irreparabile entstände.
3) Wenn durch ein solches factum utilitas publica verletzt würde.
4) Wenn das Factum durch den beigebrachten Beweis in continendi liquid ist.

LIB. XLIII. TIT. II.

Quorum bonorum.

§. 1841. Wir kommen nun zu den verschiedenen speciebus interdictorum selbst. Die Rubrik derselben ist mehrentheils von den Anfangsworten hergenommen, wie hier bei dem interdictio quorum bonorum.

Es kam nämlich bei den Römern der Fall oft vor, daß zwey oder mehrere um eine und eben dieselbe Erbschaft stritten, und derjenige zum Besitz derselben gelangte, der geringere Ansprüche darauf zu machen hatte, weil der andere sein besseres Recht nicht darzuthun vermochte. Da nun dies dem Prätor unbillig schien, so gab er letzterem das interdictum quorum bonorum. Es ist also dies Interdict ein Rechtsmittel, für den prätorischen Erben, wodurch er denjenigen aus dem Besitz der Erbschaft treibt, der kein besseres Erbrecht zu dociren im Stande ist.

§. 1842. Das Interdictum quorum bonorum ist zum Besten des prätorischen Erben eingeführt. Doch hat der Prätor nicht verboten, daß der heres civilis sich dieses Rechts in keinem Fall bedienen könnte; daher wird es auch letzterem verstattet, wenn er nur ex lege civili zeigen kann, daß ihm die Intestat-Erbfolge zustehe, oder daß er praesumtive ex edicto successorio Erbe sey, nach welchem heres remotior die Erbschaft prätendiren kann, wenn Proximior nicht Erbe seyn will.

§. 1843. Das interdictum quorum bonorum wird gegen denjenigen gebraucht, der kein besseres Erbrecht zu dociren im Stande ist. Will also der Beklagte den Besitz der Erbschaft gegen Klägern behaupten, so muß er in continenti sein besseres Erbrecht ausführen. Exceptiones altioris indaginis werden nicht angenommen, sondern ins Petitorium verwiesen, und Beklagter muß folglich den Besitz der Erbschaft augenblicklich an den Kläger abtreten.

Wenn aber Beklagter zwar kein besseres, aber doch ein ius aequale darthun sollte, so müssen pro nunc beide Theile in compossessionem gesetzt und beiden das Petitorium vorbehalten werden.

§. 1844. Auf den nämlichen Grundsätzen beruht auch das Remedium ex L. fin. Cod. de edicto divi Hadriani tollendo, welches denn in einem gültigen Testament eingesetzten Erben zusteht, um den Besitz der Erbschaft sogleich zu erlangen. Doch bleibt auch hier dem, der dem Besitz verliehrt, die Ausführung seines bessern Rechts im Petitorio vorbehalten.

Das Wesentliche bei diesem Rechtsmittel ist: das Testament darf kein vitium vißbile enthalten.

Vitium vißibile ist ein solcher Mangel an Solennien, der beim Durchlesen sogleich in die Augen fällt.

Anmerkung: Viele ICti (z. E. Stryck in allen seinen Werken) behaupten, daß auch dies vitia vißibilia testamentorum seyen, welche zwar beim Durchlesen nicht gleich in die Augen fielen, aber doch durch die Zeugenaussagen bestätigt würden.

Dahero ist nothwendig, daß der Kläger das Testament in Original producire, wenn er dies Rechtsmittel gebrauchen will, damit sich der Richter sogleich überzeugen kann, ob solche Mängel vorhanden sind, oder nicht. Wenn keine da sind, so wird der Beklagte mit den exceptionibus altioris indaginis ins Petitorium verwiesen und Kläger in den Besitz der Erbschaft gesetzt. —

Auch dem heredi ex fideicommisso universali steht dies Rechtsmittel zu, keineswegs aber dem Legatario, weil der L. 3. Cod de edicto D. Hadriani tollendo blos vom Erben redet.

LIB. XLIII. TIT. III.

Quod legatorum.

§. 1845. Um zu den Besitz der ganzen Erbschaft zu gelangen, steht auch dem Erben contra legatarium das interdictum quod legatorum in dem Fall zu, wenn der Legatarius das Legat vor angetretener Erbschaft proprio ausu in Besitz genommen hat. Conferatur L. 1. §. 12. D. quod legatorum.

Re-

Requisita:

1) Der Legatarius muß sich eigenmächtig in den Besitz des Legats gesetzt haben; es findet also das Edict nicht statt, wenn der Defunctus selbst dem Legatario die rem legatam gegeben hat.

2) Der Legatarius muß sich ante aditam hereditatem in den Besitz des Legats gesetzt haben; denn geschah es nachher, so treten andere Rechtsmittel, z. E. das Interdictum unde vi, die Spolienklage ꝛc. ein, und dies Interdict hat man nicht mehr nöthig. Dies Rechtsmittel findet ob paritatem rationis auch statt, wenn der Testirer einem des Todeswegen etwas geschenkt und der Donatarius nach dem Tode des Testirers sich eigenmächtig in den Besitz dieser Sache gesetzt hat.

Bisher stimmen alle Rechtslehrer überein. Aber eine andere Frage ists:

Ob das Interdict auch alsdann noch statt finde, wenn der Testirer eine donationem mortis causa gemacht und dem Donatario die geschenkte Sache noch bei Lebzeiten übergeben hat.

Rsp. Viele sind der Meynung gewesen. Wir aber behaupten das Gegentheil aus folgenden Gründen:

1) Ist der L. 1. §. 5. D. h. t. deutlich, wo es heist: si quis ex mortis causa donatione possideat, utique cessabit interdictum (quod legatorum).

2) Können wir auch ex L. 1. §. 2. D. h. t. den Schlus machen: wenn der Legatarius nur dasjenige dem Erben restituiren soll, was er eigenmächtig occupirt, und keinesweges, was er mit Vorwissen des Erben in Besitz hat; bei der donatione mortis causa aber einerley Grund vorhanden ist; so muß auch das Interdict hier wegfallen, wo von keiner occupatione proprio ausu die Rede ist, sondern der Testirer selbst die rem donatam bei Lebzeiten übergeben hat.

3) Endlich ist dem Erben das interdictum quod legatorum blos deswegen gegeben worden, damit er gegen die eigenmächtigen Eingriffe des Legatarii gesichert seyn und seine quartam Falcidiam in salvo behalten möge; da aber hier wegen der Quarta Falcidia keine Unsicherheit ist, so muß das Edict auch ex hac ratione cessiren. —

Endlich ist noch zu merken, daß der Erbe, der dies Edict anstellen will, auch die cautionem legatorum servandorum praestiren müsse.

LIB. XLIII. TIT. IV.

Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus est.

§. 1846. Die Obrigkeit hat das Recht, ihr Ansehen durch Zwangsmittel zu vertheidigen, wenn man ihre Befehle nicht gutwillig respectirt.

Nun kann es geschehen, wenn einer von ihr in den Besitz der Güter gesetzt werden soll, daß der andere sich darwider setzt, ihn nicht admittirt, stöhrt oder gar wieder herauswirft; deswegen gab der Prätor dies Interdict. Es ist:

1) in gewissen Fällen ein interdictum adipiscendae possessionis, wenn nämlich der Missus von dem Possessore gar nicht zum Besitz gelassen wird;
2) ein interdictum retinendae possessionis — wenn der Missus schon wirklich im Besitz ist, aber frivole von dem andern turbirt wird;
3) ein interdictum recuperandae possessionis — wenn er gänzlich deiicirt worden ist. In diesem Fall bekommt der Missus id quod interest und die Obrigkeit bedient sich zur Aufrechthaltung ihres Ansehens der Execution.

LIB. XLIII. TIT. V.

De tabulis exhibendis.

§. 1847. Wenn Jemand daran gelegen ist, ein Testament einzusehen, und der Besitzer des Testaments will solches nicht herausgeben; so hat der Prätor das interdictum de tabulis exhibendis ertheilt, um den Besitzer damit zur Herausgabe zu nöthigen.

Dies Interdict hat große Aehnlichkeit mit der actione ad exhibendum, wovon §. 741. das Nöthige beigebracht wor-

den. Eben die Requisita, die dort nöthig sind, sind auch hier nöthig. Der Kläger muß dort beweisen:

1) Daß er ein Interesse habe,

2) Daß Beklagter die Sache wirklich besitze; beides muß auch hier bewiesen werden.

Nur darinn sind beide Klagen unterschieden, daß bei der actione ad exhibendum der Kläger die Sache selbst haben, bei dem interdicto de exhibendis tabulis aber sie nur sehen will.

Die folgenden kleinen Titel vom 6sten bis 15ten inclusive bedürfen keiner Erklärung. Sie sind alle des Innhalts, daß, wenn jemand in loco publico etwas unternahm, das dem gemeinen Besten nachtheilig seyn konnte, der Prätor den schleunigen Befehl gab, es zu unterlassen, oder wenn schon der Schade verursacht war, ihn geschwind zu repariren.

LIB. XLIII. TIT. XVI.

De vi et vi armata.

§. 1849. Niemand soll und darf den andern iniuste um den Besitz bringen; wer aber dies gleichwohl thut, versirt in facto illicito und ist folglich verbunden, den Besitz und zwar cum omni causa augenblicklich abzutreten. Zu dem Ende war das Interdictum unde vi gegeben. Es ist ein Interdictum recuperandae possessionis, quod ex iure praetorio competit illi, qui vi aut invito et sine iure ex possessione deiectus est, eiusve heredibus, adversus dejicientem et omnes, qui deiectionem participarunt ad recuperandam possessionem cum omni causa.

§. 1850. Wenn das interdictum unde vi statt finden soll, so ist erforderlich:

1) Daß der Kläger ungerechter Weise und wider seinen Willen vom Beklagten eigenmächtig des Besitzes entsetzt worden ist.

Also, ob die Entsetzung gewaltsam, oder nur me invito geschehen, darauf kommt nichts an — sufficit me deiectum esse.

2) Daß

2) Daß er eines unbeweglichen Guts entsetzt worden seyn muß; denn bei beweglichen Gütern haben die Gesetze ein anders Mittel, nämlichen die actionem vi bonorum gegeben. War inzwischen die res mobilis cum re immobili verbunden, so findet das interdictum unde vi dennoch statt.

Uebrigens ists einerley, ob es res propria oder aliena gewesen ist.

§. 1851. Das interdictum unde vi kommt also dem possessori civili, sowohl als naturali, wie auch den Erben desselben mit Recht zu, und wird nicht blos gegen den Dejicientem allein, sondern auch gegen alle und jede Theilnehmer der Deiection gebraucht.

Theilnehmer sind h. l. iubentes, mandantes, aliaeque personae huius generis. Ja, die Gesetze sind hier so scharf, daß einer sogar ob ratihabitionem deiectionis in Anspruch genommen werden kann.

Gegen einen Dritten und die Erben des Dejicientis, so wie gegen Personen, denen man Ehrerbietung schuldig ist, kann aber dies Interdict um deswillen nicht gebraucht werden, weil es in facto illicito beruht. Doch findet in beiden letztern Fällen die actio in factum statt, welche als actio perpetua 30 Jahre dauert und auf Schadensersetzung gerichtet ist.

Obs. Auch hieraus, daß das interdictum unde vi gegen den dritten Besitzer nicht statt hat, folgt wieder: daß possessio keine species iuris realis ist. Conferatur L. 7. D. h. t.

§. 1852. Weil die Entsetzung des Besitzes auch ohne Gewalt geschehen kann, so hat das kanonische Recht für das Wort Vis, das Wort Spolium substituirt und dadurch den Gebrauch des interdicti unde vi sehr erweitert. Man hielt es für unschicklich, das interdictum unde vi da anzustellen, wo doch keine Gewalt gebraucht worden und definirte Spolium per quamvis iniustam alienae possessionis interversionem, d. h. jede Handlung, wodurch dem andern ungerechter Weise der Besitz entzogen wird. Spolium kann also nach dieser Erklärung:

1) in quovis obiecto tam mobili, quam immobili begangen werden,

2) in

2) in rebus corporalibus et incorporalibus;
3) mit und ohne Gewalt, doloſe et culpoſe;
4) von allen und jeden Perſonen: ſo wie es auch allen, ſogar denen, welchen man Ehrerbietung ſchuldig iſt, vorgeworfen werden kann.
5) Kann auch dies Interdict ſecundum ius Canonicum gegen die Erben und den tertium poſſeſſorem angeſtellt werden. Doch letzteres nicht indiſtincte, ſondern er muß die geraubte Sache wiſſentlich, daß er kein Recht darauf hatte, genommen haben.

§. 1853. Spolium ante omnia reſtituendum eſt. Ratio: Denn Spolium wird als eine Art von Selbſthülfe, wodurch das richterliche Anſehen herabgeſetzt wird, angeſehen. Der Spoliator bekommt alſo nicht eher Gehör, als bis die Reſtitution iſt.

Uebrigens kann das remedium ſpolii nach der Verordnung des kanoniſchen Rechts ſowohl per modum actionis als per modum exceptionis gebraucht werden.

1) Per modum actionis — da heiſt ſie die Spolienklage und hat den Endzweck, daß die geraubte Sache cum omni cauſa reſtituirt werde. Sie kann von dem Spoliato und deſſen Erben, gegen den Spoliatorem und deſſen Erben, ja auch gegen einen Dritten angeſtellt werden, der ſpolii conſcius iſt. Ferner ſie findet omni tempore ſtatt, ſowohl in cauſa connexa als non connexa.
2) Per modum exceptionis. Dieſe hat den Endzweck, den Richter dahin zu vermögen, daß dem Spoliatori, bis zur völligen Reſtitution des Spolii, keine Iuſtiz adminiſtrirt werden möge. Das Petitum wird hier ſo formirt: „daß „Beklagter mit Klägern ſich nicht einzulaſſen verbunden, „den Prozeß weiter fortzuſetzen oder richterliche Sentenz „zu erwarten und anzunehmen, nicht ſchuldig, bis ihm „vorher das Spolium reſtituirt worden.“

Exceptio ſpolii kann in vim litis ingreſſum impediendum vorgeſchützt werden, aber der Beweis muß in 15. Tagen geführt werden.

Obſerv. In foro wird nur die Antretung des Beweiſes darunter verſtanden.

Uebrigens fangen die 15. Tage nach dem Iure Canonico von der Zeit an, wo die Exception vorgeſchützt worden, nach

nach dem Gerichtsbrauch aber, wenn der Richter auf Beweis erkannt hat.

§. 1854. Im römischen Recht kommt noch eine Verordnung gegen diejenigen vor, welche sich gewaltsamer Weise in fremden Besitz gesetzt haben. Dies ist das Decretum Divi Martii. Nach diesem Decreto muß der Unterschied gemacht werden. Wer dem andern etwas gewaltsam genommen hat, der hat:

1) entweder seine eigene Sache vi extorquirt: h. c. soll die Strafe in dem Verlust des Eigenthums bestehen;
2) oder er hat rem alienam mit Gewalt entrissen; hier soll er:
   a) die rem alienam restituiren; und
   b) aestumationem rei praestiren.

Diese Verordnung des Iuris Romani ist nun wirklich durch Reichsgesetze bestättigt. Conferatur der R. A. von 1532. Tit. 3. §. 15. Die K. G. O. von 1521. Tit. 32. §. 2. Allein angesehene Rechtslehrer, z. E. Boehmer, Carpzov und andere halten demohngeacht dafür, daß diese Disposition nicht überall mehr gültig sey.

LIB. XLIII. TIT. XVII.

Uti possidetis.

§. 1855. Wer im wirklichen Besitz einer Sache ist, der kann sich nicht nur durch eigene Gewalt darinn schützen, sondern auch die Hülfe der Obrigkeit zur Vertheidigung gegen den Turbatorem anrufen. Deswegen wurde das Interdictum: uti possidetis gegeben, quod est illud, quod datur possidenti contra turbatorem ad retinendam possessionem.

Dies Interdict setzt also voraus:

1) Daß der Kläger zur Zeit, wo er darum nachsucht, noch wirklich im Besitz sey; denn es ist ja ein interdictum retinendae possessionis.
2) Daß er iustam possessionem, i. e. einen solchen Besitz habe, der sich auf iustum et verum titulum gründet, oder mit andern Worten: daß er den Besitz nicht vi, clam oder precario acquirirt habe.

3) Daß

3) Daß er in hac iusta possessione turbirt worden sey.

Turbatio possessionis ist jede Handlung, wodurch verursacht wird, daß einer seinen Besitz nicht ruhig genieſſen kann. Turbatio kann also durch Worte und Thaten geschehen: z. E. durch Widerspruch, oder wenn uns einer pfändet. Das Fundament der Klage sind: possessio iusta et turbatio: beide Stücke beruhen in facto, beide müssen daher auch bewiesen werden, wenn sie der Beklagte läugnet. Dies vorausgesetzt, versteht sich von selbst, daß der possessionis capax seyn müsse, wenn er das Interdict zu seinem Nutzen anwenden will. —

Nach dem altrömischen Recht war das interdictum uti possidetis von dem interdicto utrubi sehr unterschieden. Denn ersteres wurde nur denjenigen ertheilt, die sich im Besitz einer unbeweglichen Sache befanden (utiliter auch, wenn sie res incorporales im Besitz hatten); letzteres aber stand nur denjenigen zu, die bewegliche Sachen im Besitz hatten. Ein anderer Unterschied war dieser: Das interdictum uti possidetis hatte nur eine Beziehung auf die gegenwärtige Zeit, i. e. daß dadurch nur derjenige obsiegen konnte, der gegenwärtig im Besitz war; das interdictum utrubi aber wurde auf die vergangene Zeit, nämlich auf den bezogen, der den gröſten Theil der vorigen Zeit im Besitz war.

Dieser Unterschied fällt heut zu Tag bei uns weg; weil — sagt Hellfeld — beide in dem possessorio summario verhandelt werden, wo sie einerley Effect haben.

Es ist dies richtig, weil die iudicia possessoria bei uns durch den Gerichtsbrauch bestärtigt sind. Allein das interdictum uti possidetis hat bei uns nur auf das possessorium ordinarium Bezug, weil bei demselben iusta possessio supponirt wird, welche Untersuchung wieder nur im possessorio ordinario und im summario statt finden kann.

LIB. XLIII. TIT. XVIII.

De superficiebus.

§. 1856. Beide interdicta, uti possidetis et utrubi waren interdicta generalia retinendae possessionis.

Wir kommen nunmehro auf die interdicta specialia, welche sich nur auf einzelne Gegenstände beziehen, im Grunde aber eben die Rechte haben, die bei den interdictis generalibus statt finden.

Dahin gehört nun auch das interdictum de superficiebus, quod est interdictum retinendae possessionis, quo praetor possessionem l. quasi iuris superficiarii defendit adversus turbatores.

Superficies (germ. Uebergebäude) dicitur omne id, quod in solo supra faciem terrae aedificatum est et solo inhaeret.

Superficies nonnunquam sumitur pro iure; da heist es so viel, als das Recht ein Uebergebäude zu haben. Superficiarius aber, der Herr des Uebergebäudes; und dominus soli, der Herr der Oberfläche oder der Grundherr. Haben wir eine superficiem in solo proprio, so ist dies ein effectus dominii, denn der Dominus kann auf seinem Grund und Boden bauen, was er will. Wenn wir aber in fundo alieno eine Superficiem errichten wollen, so müssen wir erst ein Recht von dem Eigenthümer des fundi alieni dazu acquirirt haben. Dies Recht heist nun, wie gesagt, superficies s. ius superficiarium.

§. 1857. Superficies sive ius superficiarium vario modo constituitur.

1) Hoc fieri potest per modum locationis perpetuae, (i, e. durch einen Erbpacht). H. c. ist die Superficies nicht blos für uns, sondern auch für unsere Erben und folglich titulo non translativo acquirirt. Es wird dabei immer ein Grundzinns constituirt, welcher jährlich von dem Superficiario an den dominum soli entrichtet werden muß, zum Zeichen, daß ein Erbpacht vorhanden ist.
2) Per modum emtionis venditionis, also titulo dominii translativi.

In beiden Fällen entsteht aus dem Contract nur ein ius personale. Wenn aber durch den Herrn der Oberfläche die Ueber-

Uebergabe bewirkt ist, so erhält dadurch der Superficiarius ein ius reale. Hier ist noch zu merken:

a) Wenn das ius superficiarium durch einen Erbpacht constituirt worden, so bekommt der Superficiarius ein ius pignoris et retentionis ob impensas in exstructionem factas.

b) Wenn es aber Kaufsweise constituirt worden, so bekommt der Superficiarius das dominium utile von der Oberfläche. Folglich ist hier das Dominium getheilt, weil der dominus soli das dominium directum behält.

§. 1858. Da dem Superficiario das Recht zusteht, ein Gebäude auf der Oberfläche des Grundherrn zu haben; so muß er auch befugt seyn, alles zu thun, was dazu erforderlich ist, sein Recht auszuüben. Er darf folglich Keller graben, Wohnungen und andere Gebäude aufführen — kurz: er hat alle Rechte, die aus dem iure reali fließen. Folglich transferirt er auch die Superficiem auf seine Erben, sowohl testato als ab intestato; er kann sie vermachen, verschenken, verpfänden, Servituten auflegen. Er kann ferner auch die Reivindication anstellen, und um noch schleuniger zu seinem verlohrnen Besitz zu gelangen, gab ihm der Prätor das interdictum de superficie.

LIB. XLIII. TIT. XIX.

De itinere actuque privato.

§. 1859. Um auch jemand in dem Besitz oder Quasi-Besitz der Fußsteigs- und Viehtriebs-Gerechtigkeit schleunig schützen zu können, gab der Prätor dies Interdict, wodurch er denjenigen, welcher ein Jahr lang ungestöhrt eine, oder die andere von beiden Servituten in fundo alieno, weder gewaltsam, noch heimlich, noch precario ausgeübt hat, in dem Besitz contra praesentem turbatorem vertheidigt. Der Kläger darf nur zeigen, daß von dem Tag an, wo er um das Interdict nachgesucht hat, ein Jahr verlaufen sey. Der Prätor untersucht nicht, ob dem Kläger das ius servitutis zustehe, oder nicht; sondern er vertheidigt nur denjenigen,

welcher entweder selbst, oder durch die Seinigen per tempus lege definitum die Servitut exercirt hat.

Die drey folgenden kleinen Titel sind so deutlich und der vierte de cloacis hat bei uns keinen Nutzen mehr.

LIB. XLIII. TIT. XXIV.

Quod vi aut clam.

§. 1864. Wenn entweder gewaltsamer Weise, oder heimlich auf fremdem Grund und Boden ein Opus vorgenommen worden, so hat der dominus soli oder jeder andere Interessent das Interdictum, quod vi aut clam. Hoc interdictum eo tendit, ut *opus* iam perfectum, sed tamen vi aut clam confectum subinde destruatur et omnia in pristinum statum restituantur.

Opus wird hier in eben der Bedeutung genommen, wie im Tit. I. Libri XXIX. de novi operis nuntiatione.

Vi aliquid factum dicitur — quoties aliquid contradicente; *clam* vero, si quid inscio me factum est.

Observ. Es ist eins, ob ich es selbst verbothen habe, oder einer aus meiner Familie: z. E. mein Servus. Conf. L. 3. pr. D. h. t.

Dies Interdict findet nicht nur statt, wenn das Opus heimlich oder mit Gewalt in fundo alieno vollendet, sondern auch wenn es auf diese Art destruirt worden ist. Dadurch unterscheidet es sich eben von der novi operis nuntiatione, welche statt findet, wenn das novum opus angefangen ist.

§. 1865. Dies Interdict stehet jedem zu, der ein Interesse wegen des neuen Werks hat. Conf. L. 7. §. 8. D. h. t. Der Prätor giebt es gegen den Besitzer des Fundi, auf welchem es unternommen worden. Hier ist zu distinguiren. Er hat es

1) entweder selbst unternommen; h. e. wird er belangt, daß er das Werk sogleich auf seine Kosten niederreisen und alles in vorigen Stand setzen lasse;

2) oder

2) oder ein anderer wider sein Wissen und Willen, h. c. wird darauf angetragen, daß er alles in vorigen Stand setzen lassen muß. Die Kosten muß der auctor operis tragen; ingleichen muß er auch id quod interest praestiren, wenn pristina facies fundi nicht mehr herzustellen ist.

§. 1866. Das interdictum quod vi aut clam gründet sich auf ein factum illicitum, und daß das neue Werk dem andern zum Schaden gereicht. Es findet also nicht statt:

1) Wenn das Opus zwar mit Gewalt, aber der Vertheidigung wegen errichtet worden ist.
2) Wenn es nicht heimlich, sondern mit Vorwissen des Klägers oder mit Erlaubnis eines höhern errichtet worden. Conf. L. 3. §. 2. et L. 7. §. 2. D. h. t.
3) Wenn es öffentliche Nothwendigkeit, oder das gemeine Beste erforderte. Wenn z. E. einer Feuersbrunst wegen in der Nähe ein Haus, eine Mauer erbaut werden müste. Conf. L. 7. §. 4. D. h. t.
4) Wenn das Opus dem andern gar nicht schadet. In L. 18. pr. D. h. t. ist das Beispiel, wenn mir einer meinen hiebbaren Wald fällt, und ich habe keinen Nachtheil dabei, so soll das Interdict cessiren. Conf. quoque L. fin. §. 3. D. h. t.
5) Auch nach Verlauf eines Jahres findet das Interdict ex L. alleg. nicht mehr statt. Mehrere sehr artige, anwendbare Fälle und Beispiele sehe man in den LL. selbst nach.

LIB. XLIII. TIT. XXV.

De remissionibus.

§. 1867. Wenn auf Erlaubnis der Obrigkeit etwas unternommen worden, so kann man nicht sagen, daß es heimlich, oder mit Gewalt geschehen sey. Auch dies thaten die Prätores, wenn es die Noth erforderte. Eine solche Erlaubnis wird nun im iure remissio genennt. Remissio igitur est interdictum praetoris, quod eo tendit, ut aedificans, cui remissio facta est, non amplius turbetur in aedificando.

LIB. XLIII. TIT. XXVI.

De precario.

§. 1868. Precarium (Vergünstigung) ist von dem Commodato darinn unterschieden, daß bei dem Commodato die Sache zu einem gewissen bestimmten, hier aber zu einem unbestimmten Gebrauch übergeben wird, folglich omni tempore zurückgefordert werden kann. Conf. L. 1. §. 3. D. h. t.

Precarium wird

1) bald pro re genommen, i. e. für die Sache selbst, die auf Ansuchen zu einem unbestimmten Gebrauch übergeben wird; Conf. L. 1. D. h. t.
2) Bald pro actu s. conventione, d. i. der Vertrag, wodurch wir jemanden den Gebrauch unserer Sache verwilligen, jedoch unter keiner andern Bedingung, als daß wir die Sache abrufen können, wenn wir wollen.

Das interdictum de precario geht dahin, daß die res precario data, so bald die Abrufung geschehen, augenblicklich erfolgen soll.

§. 1869. Precarium ist nach dem vorhergehenden §pho unter andern ein Vertrag, welcher als solcher nicht nur andern Contracten beigefügt worden, sondern auch für sich bestehen kann. Im ersten Fall producirt precarium die actionem ex contractu, cui nimirum adiectum est; im 2ten Fall — glaubt Hellfeld — sey es zu den contractibus innominatis zu rechnen, denn es entstünde daraus die actio praescriptis verbis. Letzteres steht wirklich in den allegirten Legibus 2. §. 2. et 19. §. 2. D. h. t. Allein daß es um deswillen ein contractus innominatus seyn solle, scheint nicht zu folgen, weil es auf die Formel, do ut des nicht anwendbar ist.

Es mag nun übrigens das Precarium ein pactum adiectum aut pactum per se subsistens seyn, so ist die Klage immer petitorisch und schlägt folglich in den processum ordinarium ein.

Da aber dieser Proceß weitläuftig ist, so gab der Prätor das Interdict, um den Eigenthümer der Sache so geschwind

schwind als möglich, zu seinem Besitz zu verhelfen. Conf. L. 14. D. h. t.

§. 1870. Das Precarium kann seiner Natur nach pro lubitu zurückgefordert werden. Daher ist

1) nicht nothwendig, daß die Vergünstigung auf vorhergängige Bitte erfolgt sey. Allein erfordern denn nicht die Gesetze selbst eine vorhergehende Bitte? Rsp. Quod non! Dies ist klar ex L. 4. §. 2. h. t. wo es heißt: *Tenetur hoc interdicto non utique ille, qui precario rogavit; sed qui precario habet. Etenim fieri potest, ut quis non rogavit, sed habeat precario. It. §. 4. qui precario ad tempus rogavit, finito tempore, etiam si ad hoc temporis non rogavit, tamen precario possidere videtur; intelligitur enim dominus, cum patitur eum, qui precario rogaverit, possidere, rursus precario concedere.* Nichts ist deutlicher, als diese Stelle. Man kann sich auch den Fall so denken: Benignus ist bei mir, sucht unter meinen Büchern herum, steckt eins davon ein, und nimmt es mit sich fort, ohne mich zu fragen. Ich sehe es und schweige — precario librum possidet.

2) Kann der Concedens die Sache, wenn es ihm beliebt, zurückfordern. Dies ist ein wesentliches Stück des Precarii.

3) Der Accipiens praestirt nur dolum et culpam, quae aequiparatur dolo, i. e. latam. Der Grund ist: er kann ja doch keinen vorzüglichen Nutzen aus dem Precario ziehen, weil es ihm omni tempore abgefordert werden kann.

Observ. Anders ist es, wenn einmal das Interdict gegen ihn ergangen ist, und er nicht augenblicklich restituirt hat. Hier muß er nicht nur pro culpa levissima haften, sondern sogar den Casum tragen, weil er debitor morosus ist. Dies ist unbezweifelt ex L. 8. §. 6. h. t. wo es heißt: *Plane post interdictum editum oportuit et dolum et culpam (latam) et omnem causam (i. e. casum) venire. Nam ubi moram quis fecit, precario omnem causam debebit constituere.*

4) Die Concession des Precarii erstreckt sich nicht auf die Erben des Accipientis. Wenn aber der Erbe den Besitz des Precarii stillschweigend fortsetzt, so wird angenommen,

daß der Concedens ein neues Precarium constituirt habe.

5) Die Differenz des Precarii vom Commodato haben wir sub initio huius tituli §. 1868. berührt.

LIB. XLIII. TIT. XXVII.

De arboribus caedendis.

§. 1871. Interdictum de arboribus caedendis est duplex; utrumque vero prohibitorium est. Das erste (wovon h. §pho die Rede ist) hat eine Beziehung auf diejenigen Bäume, welche den praediis urbanis schädlich werden können.

Est itaque interdictum prohibitorium, quod contra vicinum datur, cuius arbor aedificio nostro nocet, ne vim nobis faciat, si arborem excindere cupimus.

Die Erfahrung lehrt einen jeden, daß Bäume auf mancherley Weise unsern Gebäuden schädlich werden können. Bald machen sie uns zu viel Schatten, bald die Wände feucht u. s. w. Ist dieses, so suchen wir erstlich einen richterlichen Befehl auszuwirken, daß der Nachbar den Baum wegschaffen soll. Wird dieser Befehl nicht befolgt, so sind wir durch diesen richterlichen Befehl befugt, den Baum von Grund aus selbst wegzuschaffen um das Holz uns zuzueignen, woran uns der dominus arboris nun nicht mehr hindern darf. Conf. L. 8. pr. et §. 1. 2. D. h. t.

Anmerkungen:

1) Was von Bäumen gilt, gilt auch von Weinstöcken und andern Gebüsch und Gesträuchern ob paritatem rationis. L. 1. §. 3. D. h. t.

2) Nicht blos der dominus aedium, sondern auch der Usufructuarius hat nach dem tenore interdicti diese Befugnis: quia et ipsius interest, arborem non impendere.

§. 1872. Das zweyte Interdict hat eine Beziehung auf Bäume, die den praediis rusticis schädlich werden können.

Est

Est quoque prohibitorium et datur contra vicinum, cuius arbor in fundum nostrum dependens occasionem damni praebet, ne vim nobis faciat, si arborem coërcere cupimus.

Die Römer masen das Eigenthum des Baums nach den Wurzeln ab, weil der Baum durch die Wurzel seine Nahrung bekommt. Die Aeste eines solchen auf der Grenze zweyer Praediorum stehenden Baumes konnten aber durch das Herüberhängen dem andern Praedio schädlich werden; daher konnt ich ebenfalls einen gerichtlichen Befehl auswirken, die Aeste des Baums so hoch und weit herum abzuhauen, als sie mir schaden; und wenn dieser Befehl nicht exsecutirt wurde, so war mir erlaubt, die Aeste 15 Fuß hoch zu beschneiden und abzuhauen, und das Holz mir zuzueignen. Die Höhe von 15 Fuß nahm man an, weil man dafür hielt, daß durch die höhern Aeste die Sonnenstrahlen nicht mehr gehindert würden. Conf. L. 1. §. 8. D. h. t.

Beide Interdicta sind also nur dadurch von einander unterschieden, daß im erstern Fall der Baum mit der Wurzel ausgerottet, im letztern aber nur 15 Fuß hoch beschnitten oder behauen wird.

§. 1873. Nach deutschen Rechtsprincipien wird das Eigenthum eines Baumes nicht nach den Wurzeln, sondern nach Stamm und Aesten beurtheilt. Daher hat der Nachbar, auf dessen praedium urbanum, oder rusticum die Aeste herüberhängen, ohne vorher erst ein Interdict herauswirken zu müssen, das Recht, alle Aeste wegzuschneiden, die ihm nachtheilig sind.

LIB. XLIII. TIT. XXVIII.

De glande legenda.

§. 1874. Glans, bedeutet sonst: Wildobs, Gnäckerigt, h. l. jede Frucht. Glans legenda — Ueberfall der Früchte, Ueberhang derselben, Eichelmast, zum Auflesen.

Dergleichen Früchte gehören regulariter dem domino arboris, und folglich de iure romano demjenigen, auf

dessen Fundo der Baum die stärksten Wurzel getrieben hat. Daher kann ihm nicht verwehrt seyn, die auf des Nachbars Grund und Boden gefallene Früchte aufzulesen. Er muß es aber innerhalb 3 Tagen thun. Denn das interdictum de glande legenda bestimmt ihm diese Frist.

Hoc interdictum quoque prohibitorium est, et datur contra vicinum, in cuius fundum glandes ceciderunt, ne vim faciat, si intra triduum leguntur.

Nach drey Tagen praescribirt sie der Nachbar. Diese Praescription von 3 Tagen ist um deswillen eingeführt, weil man annimmt, daß sich die Baumfrüchte auf dem Boden nicht über 3 Tage halten, sondern in Fäulnis übergehen.

Dies Interdict fällt bei uns wieder weg, weil die Aeste, die über des Nachbars Fundum herabhängen, nach deutschen Principien sammt den Früchten ohnehin dem Nachbar gehören. Doch bestimmen hie und da Landes-Gesetze ein anderes, und oft haben auch die Anstöser oder Grenznachbarn besondere Verträge über den Ueberhang der Früchte, nach welchen sie sich richten.

LIB. XLIII. TIT. XXIX.

De libero homine exhibendo.

§. 1875. Es muß dem Staat daran gelegen seyn, daß ein Mensch nicht wider seinen Willen der Freyheit beraubt werde. Wenn also irgend ein freyer Mensch nicht weiß, daß ihm dieser Status gebühre und von einem andern boshafter Weise der Freyheit beraubt werden will, so kann jeder aus dem Volke gegen solchen gewaltsamen Innhaber eines freyen Menschen sich des Interdicts de libero homine exhibendo bedienen.

Hoc itaque est interdictum populare, quo praetor praecipit, ut liber homo, qui dolo malo detinetur, exhibeatur. Also nicht blos die Frau für ihren Mann; nicht blos der Verwandte, sondern jeder andere kann auf dies Interdict dringen. Daß dies Interdict noch hodie im Gebrauch sey, bewies Schilter exercit. 3. §. 23. Es hat seinen Nutzen, z. E.

1) Bei

1) Bei gewaltsamen Werbungen.
2) Wenn grosse Herren Künstler in der Absicht einsperren, daß sie lediglich für sie arbeiten sollen.

Uebrigens ist es ein interdictum perpetuum. Conf. L. 3. §. 15. D. h. t.

LIB. XLIII. TIT. XXX.

De liberis exhibendis, item ducendis

§. 1876. Dieser Titel enthält zwey Interdicta.

I. Das interdictum *exhibitorium*, quod est illud, quo praetor praecipit, ut patri exhibeantur liberi, qui adhuc sub potestate existunt.

II. Das interdictum prohibitorium — quo praetor prohibet, ne patri liberos in potestate existentes ducenti, vis fiat.

Das erste Interdict ist also präparatorisch und supponirt, daß die Kinder ohne rechtmäßigen Grund von andern vorenthalten werden; woraus zu schliesen, daß beide Interdicta wegfallen, wenn die Kinder ex iusta causa vorenthalten werden. Dies ist der Fall, wenn z. E.

1) zu vermuthen ist, daß sie bei dem Vater eine schlechte Erziehung erhalten werden. Z. E. er führt ein schändliches Leben, oder will mit den Töchtern das Metier eines Hurenhändlers treiben.
2) Wenn der Ehemann dem Vater seine Tochter, mit welcher er in iusto matrimonio lebt, verabfolgen lassen soll. Im Gegentheil hat der Ehemann gegen den Vater das interdictum de exhibenda et ducenda uxore, wenn er sie nicht freywillig herausgeben will. Conf. L. 2. D. h. t.

LIB. XLIII. TIT. XXXII.

De migrando.

§. 1877. Wenn der Miethmann dasjenige bezahlt hat, was er seinem Miethherrn schuldig war, oder der Miethherr die Zahlung des Locarii ohne Grund nicht annehmen will, so hat er kein Recht mehr auf die illata et invecta inquilini und darf ihn also nicht aufhalten, wenn er ziehen will. Gleichwohl kann es geschehen, daß der Miethherr den Inquilinum aufhält, wenn er die Illata fortschaffen lassen will; deswegen giebt der Praetor dem Inquilino das interdictum de migrando, welches dahin geht, daß der Miethherr den Miethmann praestitis praestandis ohne alle Hinderung ziehen lassen soll. Hier findet kurzer Proceß und die promteste Exsecution statt. Eigentlich wurde dies Interdict nur für Miethleute gegeben, man extendirt es aber auch auf Pächter (colonos) — obgleich der L. 1. §. 1. D. h. t. ausdrücklich dagegen ist — und andere Inhabitatores, nämlich z. E. auf diejenigen, welche umsonst aufgenommen worden, ex L. 1. §. 3. D. h. t.

Merke noch folgende Puncte:

1) der Inquilinus braucht nicht zu beweisen, daß die illata et invecta sein Eigenthum sind, sufficit illata esse.
2) Alle Exceptiones gegen ihn, die nicht in continenti liquid sind, helfen nichts.

Uebrigens versteht sich aber von selbst, daß der Inquilinus nicht ausziehen darf, wenn er auf 3 oder mehrere Jahre gemiethet hat, und dies Tempus noch nicht verlaufen ist. Conf. L. 1. §. 4. h. t. Hier muß er sich vorher mit dem Locatore abfinden.

Hiebei die Frage: Kann der Miethherr dem Inquilino vor geendigter Miethzeit aufkündigen? und muß er ihm nicht in diesem Fall Schadensersetzung gewähren?

Rsp. Daß der Miethherr dem Inquilino vor geendigter Miethzeit aufkündigen könne, ist ex L. 3. C. de locat. conduct. ein unbezweifelter Satz. Nur wird ausdrücklich dazu erfordert, daß der Miethherr die Wohnung ex impraevisa necessitate selbst bedarf, oder daß eine Hauptreparatur vorgenommen werden muß, oder daß der Inquilinus mit der Zahlung des Hausmiethzinnses nicht einhält ꝛc. Die Gesetze erlauben

lauben in diesen Fällen die Aufkündigung indistincte, mithin ist an keine Schadensersetzung zu denken, wenn auch der Inquilinus eine andere Wohnung theurer miethen müste. Blos den Nachlas des Miethgeldes für die übrige Zeit statuiren die Gesetze, weiter nichts. Conf. Capit. 3. X. de locat. et conduct. wo es heist: *Verum invito inquilino domum inhabitare vel reficere poteris, si necessitas, quae tamen non imminebat tempore locationis, id exposcat; remissa sibi pro residuo temporis, pensione.*

Fällt aber impraevisa necessitas weg, und der Inquilinus hält mit der Zahlung des Miethzinnses ein; beträgt sich auch sonst ordentlich und so wie er soll; so kann er von dem Miethmann vor geendigter Miethzeit nicht vertrieben werden. Geschieht es gleichwohl aus irgend einem Vorwand, welcher nicht Grund hat, so schliest man ex arg. L. 33. D. locat. cond. richtig, daß er den Miethmann indemnisiren müsse.

LIB. XLIII. TIT. XXXIII.

De interdicto Salviano.

§. 1878. Interdictum Salvianum est interdictum adipiscendae possessionis, quod locatori praedii rustici datur adversus colonum ad consequendam possessionem rerum coloni sibi oppignoratarum.

Utiliter steht dies Interdict auch dem locatori praedii urbani zu; ja es wird sogar von ICtis auf alle Pfandgläubiger extendirt und interdictum quasisalvianum genennt.

Beide Interdicta, sowohl das Salvianum, als quasisalvianum, haben eine grosse Aehnlichkeit mit der actione Serviana et quasi-serviana. Doch differiren sie in folgenden zwey Punkten:

1) *Ratione probationis.* Bei der actione Serviana et quasiserviana muß das Dominium des Schuldners bewiesen werden; dies ist bei dem Interdicto Salviano et quasi-salviano nicht nöthig, sondern hinreichend, daß der Schuldner tempore oppignorationis den Besitz gehabt hat.

Ratione

2) *Ratione indolis.* Die actio Serviana et quasi-serviana sind actiones reales, quae ergo contra tertium possessorem recte instituuntur; dies ist aber wieder nicht bei unsern Interdictis, welche nur gegen den Schuldner angestellt werden können. Conf. Puttmann diss. de Salviano interdicto. 1773.

LIB. XLIV. TIT. I.

De exceptionibus, praescriptionibus et praeiudiciis.

§. 1879. Conf. Heydermann de except. dilatoriis et declaratoriis. Argentorat. 1625. Schroeder de exceptionibus, quibus oppositis onus probandi eas actori injungit. Erlangae 1744.

Doles de exceptionibus post interlocutionem super L. C. extra ordinem valide opponendis. Lipsi. 1776.

Exceptio wird in iure verschiedentlich übersetzt: z. E. Einrede, Schutzrede, Schutzschrift, Ausflucht, Einwendung, Vorwand, Ausnahme, Vorgeben, exceptivische Nothdurft.

I. *In sensu generaliori* est exceptio assertio alterius partis litigantis intentioni contraria.

In dieser Bedeutung sagt man sowohl vom Kläger, als Beklagten, daß er excipire, wenn er nämlich gegen die Exception des Beklagten replicirt.

II. *In sensu stricțiori est* — assertio rei intentioni actoris qua talis contraria. So nehmen wir das Wort hier. Intentio actoris qua talis bedeutet die Absicht des Klägers, weswegen er die Klage erhoben hat.

§. 1880. Die Exceptiones werden in exceptiones iuris et facti eingetheilt.

1) Exceptio iuris ist, wenn der Beklagte zu der Zeit, da die Klage erhoben wird, dem Kläger noch verbindlich ist, diese Verbindlichkeit aber vermittelst der vorgeschützten Einrede sogleich aufgehoben wird. Z. E. die Exceptio

SCti

SCti Vellejani ist eine exceptio iuris — so auch die exceptio compensationis,

2) Exceptio facti ist diejenige, welche alsdenn statt findet, wenn der Beklagte zwar ehemals dem Kläger verbindlich war, diese Verbindlichkeit aber vor Anstellung der Klage schon aufgehoben ist. Z. E. Exceptio solutionis. Man nennt diese Einrede auch exceptiones str. s. dictas.

Reg. 1) Wenn die exceptio iuris nichts factisches in sich fast, so bedarf sie keines Beweises, sondern bringt den Kläger gänzlich zum Stillschweigen.

Reg. 2) Die exceptio facti muß, so bald das Factum von dem Kläger verneint wird, bewiesen werden. Sie befreyt also den Beklagten von der Verbindlichkeit litem zu contestiren nicht, wenn sie nicht in continenti liquid ist.

§. 1881. Die zweyte Eintheilung der Exceptionen ist die in dilatorias et peremtorias.

1) Exceptiones dilatoriae (verzögernde, aufschiebende Einreden) sind diejenigen, die nur einen Aufschub im Lauf des Processes verursachen: z. E. Exceptio insufficientis mandati, libelli inepti, obscuri, cautionis nondum praestitae etc. So auch: exceptio non sufficientis citationis, non communicati libelli, loci non tuti etc. Sind diese Exceptiones von der Beschaffenheit, daß sie zufälliger Weise auch den Grund der Klage umstoßen können, so werden sie in Foro mixtae genennt.

2) Exceptiones peremtoriae (zerstöhrende Einreden) sind diejenigen, die den Grund der Klage umstossen. Z. E. Exceptio solutionis, praescriptionis. Sie mögen nun den Grund der Klage in totum oder in tantum umstossen, so werden sie doch zerstöhrende Exceptionen genennt.

Die exceptiones peremtoriae werden wieder in verschiedene Species eingetheilt. Sie sind

A) entweder in continenti liquid — dann heisen sie exceptiones litis ingressum impedientes, den Eingang oder Fortgang des Rechtsstreits hindernde Einreden. Diese befreyen von der Verbindlichkeit litem zu contestiren. In continenti liquid sind Exceptiones,

α) wenn sie aus dem Eingeständnis des Klägers,

β) aus klaren Urkunden erhellen. Auserdem

γ) die

γ) die exceptiones iuris, die aus den Gesetzen bewiesen werden.

B) Oder sie sind nicht in continenti liquid — dann heißen sie exceptiones peremtoriae in specie. Hieher rechnet man diejenigen, welche erst durch Zeugen, oder Eidschwur erwiesen werden müssen.

Endlich gehören noch zu den zerstöhrlichen Einreden:

C. die exceptiones litis finitae — wenn ich opponire, daß der Streit, der jetzt geflochten werden soll, schon längst geendigt ist. Dies kann geschehen

α) per sententiam iudicis. Man opponirt gewöhnlich: rem iudicatam;

β) per transactionem et

γ) per iuramenti decisionem.

Merke: Alle peremtorische Einreden können als litis ingressum impedientes gebraucht werden. Wenn ich sie aber nicht in continenti liquid machen kann, so muß ich litem contestiren. Meine Exception ist deswegen nicht verlohren, sie wird nur hinten hin gewiesen. Wenn ich zwar beweisen kann, aber vermuthen muß, mein Beweis werde dem Richter nicht überführen, so sage ich: wenn der Richter die Exception nicht als litis ingressum impediens wolle gelten lassen, so will ich doch *in omnem eventum* und vorzüglich in honorem iudicis litem contestiren. Alsdenn gilt die Schutzrede doch, als exceptio peremtoria in specie. Dies muß man thun, um die Kosten zu ersparen, welche man, im Fall nicht geantwortet, nicht lis contestirt wird, allemal tragen muß.

§. 1882. Wenn ich mit meiner Exception den Plan verbinde, das was der Kläger verlangt, noch ins Weite hinaus zu schieben, so heist sie dilatoria, von differre, quia lis revera differtur. Diesen Plan kann ich in gedoppelter Hinsicht haben.

I. Einmal will ich, als Beklagter, mich gar nicht vor diesem Foro, oder auf die ganze Sache selbst nicht einlassen; hier heist die Exceptio fori declinatoria.

Dahin gehört z. E.

1) die exceptio iudicis inhabilis — wenn der Richter ob defectum corporis, animi l. status nicht erkennen kann, z. E. er wäre surdus et mutus simul, mentecaptus, oder capite deminutus.

2) Die

2) Die exceptio iudicis incompetentis — wenn er nicht der gehörige Richter ist, die gehörige Iurisdiction nicht hat. Ists gewiß, so mache ich ihm solches vorher in einem Schreiben bekannt; ists aber dubiös, so schreib ich auch, füge aber meine Gründe bei und lasse mich eventualiter ein.
3) Die exceptio suspecti iudicis. (Conf. §. 507.)
4) Die exceptio litispendentiae — wenn mich der Kläger aus einem Grund belangt, weswegen schon lis contestirt worden ist.
5) Die exceptio praeventionis s. fori praeventi — wenn der Beklagte schon vor einem andern Richter gegen den Kläger aus dem nämlichen Grund geklagt hat.
6) Die exceptio primae instantiae — wenn der Beklagte, mit Uebergehung des Unterrichters, gleich vor den Oberrichter gefordert worden.
7) Die exceptio laudationis auctoris, und
8) die exceptio supremae instantiae.

§. 1883. II. Wenn aber dies mein Plan nicht ist, so heist die Exceptio, dilatoria in specie. Es sind ihrer auch wieder mehrere, welche wir auf 4 Classen reduciren wollen. Die 1ste Classe enthält diejenigen, welche gegen die streitenden Partheyen selbst gerichtet sind.

Hieher gehört:

a) die exceptio inhabilitatis. Sie findet statt, wenn jemand entweder gar nicht, oder doch wenigstens nicht ohne Vertretung einer andern Person vor Gericht stehen kann.
b) Die exceptio deficientis legitimationis und zwar:
   α) *l. ad causam* — wenn einer in eigenem Namen vor Gericht handelt, aber sein ius agendi von einem Facto oder von einer Qualitaet abhängt, welche erst erwiesen werden muß.
   β) *l. ad processum* — wenn einer alieno nomine vor Gericht handeln will und dazu nicht legitimirt ist. Z. E. exceptio insufficientis mandati.

Die 2te Classe enthält solche Exceptiones, welche die Cautions-Bestellungen betreffen: z. E. exceptio cautionis nondum praestitae.

Die 3te Classe — diejenigen, welche gegen die Sache und die Form des Klaglibells gerichtet sind.

a) Gegen die Sache selbst: z. E. die exceptio plus petitionis, excussionis, divisionis.

b) Gegen die Form des Klaglibells: z. E. die exceptio libelli obscuri, inepti. Aber wohl zu merken: ich darf die exceptionem libelli inepti nicht blos vorschützen, ich muß Ineptitudinem zeigen.

Die 4te Classe endlich begreift diejenigen Exceptiones, welche den modum procedendi betreffen. Wenn z. E. das gehörige genus processus nicht gewählt worden. Hieher gehört auch die exceptio insufficientis citationis, non communicati libelli, loci non tuti, feriarum etc.

§. 1884. Dieser §. enthält Rechtsregeln von dem Vortrag der dilatorischen Einreden.

Reg. I. Sie müssen alle vor der Litiscontestation vorgebracht werden. Doch diese Regel hat auch Ausnahmen. Sie können also nachgeholt werden:

1) Wenn sie exceptiones noviter emergentes, d. h. erst nach der Litis-Contestation entstanden sind. Z. E. exceptio loci non tuti.

2) Wenn ich zeigen kann, daß ich damals noch nichts davon gewust habe: z. E. ich finde die Quittung erst nachher unter meines Vaters Papieren.

3) Wenn aus der Unterdrückung einer solchen Exception eine Nullitaet erwachsen würde. Denn eine solche findet omni tempore statt; z. E. exceptio deficientis legitimationis l. ad processum l. ad causam.

4) Wenn die exceptio mixta ist. Denn diese kann immer post Litis-Contestationem vorgeschützt werden.

Observ. Es giebt eigentlich keine exceptiones mixtas, obgleich die exceptio divisionis, excussionis et ordinis dahin gerechnet wird. Denn die exceptio ordinis ist ja blos dilatorisch; sie kann aber zufälliger Weise peremtorisch werden, wie jede dilatoria. Wird denn aber je durch das Zufällige das Wesen der Sache selbst geändert?

Reg. II. Sie müssen alle in primo termino vorgeschützt werden. Ratio: weil der Richter dem Beklagten die Litis-Contestation sub praeiudicio, i. e. sub poena confessi et convicti auferlegt. Ich schütze also meine Excep-

Exceptiones vor, bitte ihnen abzuhelfen und lasse mich eventualiter ein. So bald ich litem conteſtirt habe, kann ich keine Exception mehr vorbringen, auser in den obigen 4 Fällen.

Reg. III. Sie befreyen keineswegs ganz von der Verbindlichkeit litem zu conteſtiren, ſondern es kommt darauf an: ob der Beklagte gewis iſt, daß ſeine Exceptiones gegründet ſind, oder nicht. Iſt ers nicht, ſo muß er gleich eventualiter litem conteſtiren. Iſt er aber gewiß, ſo bewirken entweder die vorgeſchützten Exceptiones, daß der Proceß, ſo wie er angefangen worden, nicht beſtehen kann, oder dies iſt nicht. Im erſtern Fall braucht er nicht litem zu conteſtiren; im letztern aber muß er ſich wieder eventualiter einlaſſen.

Reg. IV. Wenn der Richter dem Kläger auferlegt, daß er den vorgeſchützten Exceptionen abhelfen ſoll, ſo muß er dies vor allen thun, weil ſonſt die Hauptſache liegen bleiben müſte.

Reg. V. Dieſe Exceptiones dürfen nicht turbidae ſ. altioris indaginis ſeyn, ſondern ſie müſſen in continenti liquid gemacht werden, wenn ſie bewirken ſollen, was zu bewirken iſt. Die illiquiden werden von dem Richter übergangen, weil er nicht auf Beweis und Gegenbeweis erkennen kann.

Reg. VI. Sie haben keine rechtliche Wirkung, wenn ſie nur in allgemeinen Ausdrücken vorgetragen werden; ſie müſſen folglich ſpecifiſch vom Beklagten opponirt ſeyn, wenn ſie wirken ſollen.

Anmerkung: 1) Gewöhnlich trägt man ſie in der Ordnung vor, wie ſie von uns angegeben worden. Hab ich mehrere Exceptiones von einer Gattung, ſo mach ich Nummern. Wenn ich aber z. E. eine fori declinatoriam und mehrere dilatorias in ſpecie habe, ſo fange ich erſt bei den letztern mit Zahlen an.

2) Es taugt nichts, viele Exceptiones zu häufen. Eine dilatoria, wenn ſie nicht feſten Grund hat, bleibt bei mir lieber weg. So auch alle General-Exceptiones bleiben billig weg. General-Exceptiones ſind diejenigen, durch welche der Richter nicht im Detail unterrichtet wird, z. E.

die exceptio non competentis actionis, tua non interest etc.

3) Vor dem jüngsten R. A. hatten die Beklagten das Recht, alles was sie auf dem Herzen hatten, nach und nach vorzubringen, Da brachten sie heut eine Exception, in 14 Tagen wieder eine, in 4 Wochen noch eine und so fort. Dies war übel. Daher wurde in besagtem R. A. festgesetzt, daß sie alle und jede Exceptiones, und zwar die dilatorischen vor den peremtorischen, aber auf einmal vorbringen müssen.

§. 1885. Zu den sogenannten exceptionibus mixtis (Vid. observ. sub Reg. I. §phi antec.) gehören auch die exceptiones negativae. Dies sind diejenigen, durch welche der Beklagte ein Factum läugnet, welches zum Klaggrund zwar nöthig, aber im Libello nicht angeführt ist. Hieher gehört z. E. die exceptio non numeratae pecuniae, non adimpleti contractus.

Sie haben das Besondere, daß sie das onus probandi auf den Kläger wälzen. Sie können auch als litis ingressum impedientes gebraucht werden, und der Beklagte ist hier nicht schuldig eher litem zu contestiren, als bis ihnen abgeholfen ist.

Es ist daher consilii, daß ein Kläger, wenn er exceptiones negativas befürchtet, die Replic gleich dem Klaglibell inserirt.

§. 1886. Peremtoriae exceptiones dividuntur

1) in temporarias et perpetuas.
   a) Exceptiones peremtor. perpetuae sunt, quae nullo tempore praescribuntur;
   b) — temporariae, quae certo praescribuntur tempore,

Der Regel nach sind alle peremtorische Exceptiones perpetuae. Ratio: Der Beklagte kann nicht eher excipiren, als bis er verklagt worden ist. — Sie werden ferner eingetheilt:

2) in personales et reales.
   a) Reales exceptiones sind diejenigen, welche auf keine gewisse bestimmte Person eingeschränkt sind, und also auch von den Erben und Mandatariis gebraucht werden können.

b) — personales sind diejenigen, welche auf eine gewisse Person eingeschränkt und also ihr ex singulari favore verliehen sind. Sie können eingeschränkt seyn:

α) entweder in Ansehung der Person, welche sie vorschützen kann. Dies ist z. E. die exceptio beneficii competentiae, welche nicht von dem Erben, sondern lediglich von der Person vorgeschützt werden kann, welche das beneficium competentiae hat.

β) Oder in Ansehung der Person, gegen welche sie vorgeschützt werden kann: z. E. die exceptio doli. — Endlich werden sie noch eingetheilt:

3) in generales et speciales. Erstere sind diejenigen, welche mehrere Einreden von ganz verschiedener Art unter sich begreifen; letztere, das Oppositum. Zu den erstern gehört z. E. die exceptio solutionis. Der Beklagte muß hier die nöthige Erläuterung beifügen, damit sich der Kläger dagegen vertheidigen kann. Wo nicht, so übergeht sie der Richter, oder der Kläger muß einen Gegenbeweis gegen eine solche Exception verstatten, welches jedoch selten geschieht.

§. 1887. Rechts-Regeln vom Vortrag der peremtorischen Einreden. — Die exceptiones peremtoriae zerstöhren die Intention des Klägers gänzlich. So wie es nun aber mehrere Gründe geben kann, die den Klaggrund heben, eben so kann auch

Reg. I. ein Beklagter eine oder mehrere exceptiones peremtorias opponiren, und wenn sie auch schon einander entgegen zu seyn scheinen sollten. Ratio:

a) excipiens non fatetur.

b) Wenn auch Beklagter mehrere peremtorische Exceptiones opponirt, so braucht er doch deswegen nicht alle auszuführen. Z. E. Exceptio *solutionis* et *remissionis* inter se quidem contrariari videntur; admittuntur tamen, quia altera in locum alterius adesse et probari debet. Ich kann sagen: wenn ich dich auch nicht bezahlt hätte, so hast du doch keine Forderung mehr an mir, vermöge des General-Vertrags von — dem Dato und Jahr, nach welchem zwischen uns alle Schulden aufgehoben seyn sollen. — Es wird also durch solche Exceptiones die Klage, aus dem angeführten Grund: excipiens non fatetur, nicht zugestanden.

Reg. II. Die exceptiones peremtoriae müssen alle realiter, i. e. mit Anführung des Facti opponirt werden.

Reg. III. Die exceptiones peremtoriae müssen alle auf einmal opponirt werden und zwar in fine litis contestationis. Diejenigen, welche vergessen worden sind, werden nachher nicht mehr angenommen. Doch giebt es von dieser Regel Ausnahmen:

1) Wenn sie noviter emergentes sind, d. h. wenn sie erst nachher entstanden sind: z. E. die exceptio loci non tuti.
2) Wenn der Beklagte mit einem Eid bekräftigt, daß er tempore litis-contestationis nichts darum gewust habe.
3) Wenn sie in continenti liquidae sind und
4) den Kläger in dolum versetzen. Ratio: dolus enim nemini prodesse debet. Dergleichen Exceptiones werden sogar post rem iudicatam noch gehört.

Schlußanmerkung: Wir sind lange nicht mehr so accurat, wie die Römer, bei dem Begrif. Wir reden von exceptionibus solutionis et SCti Macedoniani, da doch nur letztere eine Exceptio und erstere vielmehr allegatio facti ist, quod ipso iure sublata sit obligatio.

§. 1888. Die dritte Haupthandlung des Processes, oder die zweyte Handlung des Klägers heist: Replica, Replicae, Replicatio, Replikschrift, Gegenantwort, weitere Vernehmlassung.

Der Begrif des Gesetzes ist ein ganz anderer, als der in praxi angenommen ist.

I. In sensu legali ist die Replik da: wenn der Kläger eine Exception des Beklagten einräumt, dieselbe aber durch Vorschützung einer neuen wieder entkräftet, hebt, annihilirt. Z. E. Ich sage: ich bin Dir 1000 fl. schuldig, aber ich habe das SCtum Macedonianum. Der Kläger replicirt: Wahr, aber Du hast das Geld mit Einwilligung Deines Vaters genommen.

Wenn nun der Beklagte wieder eine Exception hätte, wodurch er des Klägers neuvorgeschützte annihiliren könnte, so wär dies nach den Gesetzen die Duplik,

II. In praxi besteht die Replik in der Antwort des Klägers auf alles, was Beklagter wider ihn vorgebracht hat. Sie ist also nicht so wohl auf die Litiscontestation, als vielmehr

mehr und hauptsächlich auf die Exceptiones gerichtet, welche durch neue annihilirt werden sollen. Conferantur Elsaessers Rechtsfälle 2ter Bd. p. 37.

Der Kläger geht hier die nämliche Ordnung, die der Beklagte beobachtet hat. Zuerst sucht er die exceptiones dilatorias zu vernichten. Wenn die exceptio litis ingressum impediens nicht erwiesen, nicht liquid ist, so weist er sie unter die peremtorischen Schutzreden hinter die Antwort. Hat nun z. E. der Beklagte um Caution angehalten und der Kläger ist possessionatus, so bittet er den Richter, ihn ex hac causa damit zu verschonen. Jedem Petito stellt er ein anderes entgegen; es wäre denn, daß er z E. hier bei der Caution selbst sähe, daß er dazu verbunden sey, da leistet er sie lieber gleich.

Bei der Litiscontestation übergeht er, was der Beklagte gestanden hat. Vielmehr zeigt er jetzt alle Fehler derselben, Undeutlichkeit, Unvollständigkeit und so weiter. Hat der Beklagte alles geläugnet, so kann der Kläger nichts acceptiren. Die passus proficui, welche man hier acceptiren will, nutzen nichts. Am meisten muß sich der Replicans bei den exceptionibus peremtoriis zeigen. Diese zergliedert er bis aufs kleinste und antwortet, so weit es möglich, auf jeden Punct besonders.

Am Ende wiederholt er seine Bitte: er inhaerire dahero antea petitis etc.

Diese Schrift, in welcher der Kläger favorem rei hat, wird dem Beklagten ad duplicandum communicirt.

Die vierte Haupthandlung des Processes oder zweyte Handlung des Beklagten ist also: Duplica, duplicae, duplicatio, Duplikschrift, oder zweyte Gegenantwort. Die Ordnung, wie sich der Duplikant dabei zu benehmen hat, ist die nämliche, die in der Replik herrscht. Nur ist zu bedauern, daß der gewöhnliche Dreyschlag des Beklagten, hier das Läugnen ist.

Hier schliest sich in der Regel das Verfahren vor dem Beweis. Ausnahmsweise wird jedoch beiden noch ein fernerer Schriftwechsel verstattet, nämlich die: Triplik und Quadruplik. Der Kläger muß aber um veniam triplicandi bitten und den Grund dazu angeben, sonst wird sie nicht verstattet. Es wäre denn, daß der Richter ex officio veranlaßt würde, fernern Schriftwechsel zuzugeben, welches geschieht,

schieht, wenn der Beklagte in der Duplik auf den Eid dringt. Noch tiefere Ausnahme ist die Quintuplik und Sextuplik aus angeführten Gründen. Um nun die recoctionem crambes recoctae zu vermeiden, sollte der Richter dem Beklagten bei der Duplik auflegen, daß er nichts neues vorbringe, sondern blos antworte.

1) Was nun ein oder der andere streitende Theil beim Facto anführt, das muß bewiesen werden, wenn es von dem Gegner geläugnet wird. Doch wird einem jeden parti litiganti nur ein Beweis verstattet. Folglich muß der Kläger mit dem Beweis der Klage die Refutation der Exceptionen verbinden. Die Beweisart, wodurch dies geschieht, daß nämlich der Kläger die Exceptionen vernichtet, ist die per articulos elisivos replicatorios.

Doch haben wir hier zu merken: Nicht blos der Kläger kann articulos elisivos machen, sondern auch der Beklagte, und dies — bei Gegen-Exceptionen des Klägers; weil es aber vom Kläger gewöhnlich geschieht, so heisen sie articuli elisivi replicatorii. Der Kläger, der sie macht, muß wissen, ob es räthlich für ihn sey, oder nicht.

Kommt der Beklagte mit seiner Exception zu spät und holt sie z. E. erst noch in der Duplik nach; so muß dem Kläger auch erlaubt seyn, in Rücksicht auf diesen Punct, seine articulos elisivos nachzuholen.

Zusatz: Innerhalb des Termins muß der Producent nicht nur seine Artikel machen, sondern auch übergeben. Wenn man die zweyten übergiebt, so heisen sie additionales, die dritten superadditionales etc. So bald der Termin weg ist, darf man nichts mehr addiren. Ueberhaupt ist es nicht gut, der Richter muß so oft schicken und communiciren; ich kann ja meine Artickel alle sammlen und sie bis an das Ende des Termins hin behalten. In den meisten Landen sind auch die additionales verbothen.

2) Wenn der Beklagte den Grund der Klage eingesteht, aber eine Exception dagegen opponirt, so muß er diese Exception beweisen; h. e. hat der Kläger den Gegenbeweis.

3) Actore non probante absolvitur reus, und wenn er auch seine Exceptiones nicht ganz erwiesen hätte.

LIB. XLIV. TIT. II.

De exceptione rei iudicatae.

§. 1889. Unter den peremtorischen Exceptionen ist die exceptio rei iudicatae vorzüglich zu merken. Sie ist diejenige, durch welche der Beklagte behauptet, daß die Sache, worüber er in Anspruch genommen werden will, schon rechtskräftig entschieden sey. Da res iudicata ein ius perpetuo valiturum unter den streitenden Partheyen bewirkt; so folgt von selbst, daß der Streit auf keine Weise erneuert werden könne und diese Exception des Klägers Intention gänzlich vernichtet. Nur ist vorauszusetzen, daß der ehmalige Streit gänzlich entschieden sey. Deswegen kann sie nicht statt finden:

1) Wenn der Beklagte ab instantia absolvirt worden. Dies ist, wenn der Kläger auf erhobene Klage zur Antwort erhalten: daß sie angebrachter Masen nicht statt finde.
2) Wenn der Beklagte nur ex certa causa absolvirt worden und nun der Kläger die causam agendi ändert.
3) Wenn der Kläger die ehehin als illiquid verworfene Exception nun als Klage gebraucht.

§. 1890. Res iudicata setzt in der gänzlich entschiedenen Sache blos zwischen den Partheyen ein fortdauerndes Recht fest. Die exceptio rei iudicatae kann also einem Dritten nichts schaden. Wenn sie also statt finden soll, so muß sie

1) eben die Person und
2) eben den Gegenstand betreffen.
3) Vorher muß ex eadem causa geklagt worden seyn.

Hieraus ist zu schliesen, daß sie statt finden kann:

1) Wenn der Kläger, der ratione totius abgewiesen worden nun kommt, und einen Theil vom Toto praetendirt.
2) Wenn der, welcher ratione partis cuiusdam abgewiesen worden, nun kommt und das Totum praetendirt.

Excipe: Es müste denn seyn, daß der Theil, welchen der Kläger vorhin verlangt hat, als eine res separata angesehen werden könnte.

3) Wenn der Kläger die nämliche Sache aus dem nämlichen Grunde verlangt und nur das genus processus verändert hat.

Ob der Kläger, welcher im Exsecutiv-Proceß verlohren, weil ihm Beklagter die Handschrift abgeschworen hat, die nämliche Forderung noch im processu ordinario urgiren könne? — dies ist eine sehr intrikante Streitfrage. Wir haben pro et contra Vertheidiger. Conferatur Hommel in rhapsod. obs. 397.

Hellfeld ist mit Ludovici, Mevius und Brunneman a. l. der negativen Meynung zugethan, welche allerdings das Uebergewicht hat.

Wir halten indessen für rathsam, daß es der Kläger in solchen Fällen lieber nicht zum Schwören kommen, sondern lieber gleich den Exsecutiv-Proceß fallen laße, und den processum ordinarium einschlage.

LIB. XLIV. TIT. III.

De diversis temporalibus praescriptionibus et accessionibus possessionum.

§. 1891. In diesem Titel sind zwey Begriffe confundirt worden. Eine Klage kann nämlich auf gedoppelte Art verlohren gehen.

1) Einmal, weil ein anderer den Gegenstand der Klage durch die Praescription erworben hat.
Kann man denn aber hier sagen, daß er auch die Klage praescribirt hat? — Wir glauben: nimmermehr, sondern es muß gesagt werden: quod actio per consequentiam amissa sit.

2) Kann sie verlohren gehen, weil die in den Gesetzen bestimmte Zeit verlaufen ist, in welcher die Klage hätte angestellt werden sollen. Hier ist wirklich die Klage praescribirt, und diese Lehre de praescriptione actionis gehört hieher.

Soll diese statt finden, so werden verschiedene Stücke auf Seiten des Praescribenten, und andere auf Seiten desjenigen, contra quem praescribitur, erfordert, welche wir umständlich angeben wollen.

I. Requisita auf Seiten des Praescribentis.

1) Er

1) Er darf weder durch Worte, noch durch Handlungen zu erkennen geben, daß er demjenigen etwas schuldig sey, der gegen ihn eine Klage hat.
2) Er muß in bona fide versiren, i. e. nicht wissen, daß er dem andern etwas schuldig sey.

Observ. Dies letztere Requisitum ist nur nach dem Iure Canonico nöthig.

II. Requisita auf Seiten desjenigen, gegen welchen praescribirt wird. Sie sind folgende:
1) Ut actio nata sit, nam actio nondum nata non praescribitur.
2) Er muß nicht behindert seyn, die Klage anzustellen, denn sonst tritt die Regel ein: non valenti agere, nulla currit praescriptio.

§. 1892. So wie die Klagen selbst verschieden sind, so verschieden sind auch die Präscriptionen.
1) Die actiones personales et mixtae werden regulariter in 30 Jahren praescribirt.
2) Die actiones reales dauern eben so lang, als das ius reale: also
a) bei rebus mobilibus drey Jahr,
b) bei immobilibus zehn Jahr inter praesentes, zwanzig Jahr inter absentes.
3) Die actiones criminales werden, wo keine Ausnahme ist, in zwanzig Jahren verjährt.
4) Die prätorischen Klagen, die auf Strafe oder Rescission gerichtet sind, werden mehrentheils in einem Jahr verjährt.

§. 1893. Die persöhnlichen Klagen werden in 30 Jahren praescribirt. Dies ist Regel, welche aber Ausnahmen hat:
1) Manchmal ist eine längere Zeit festgesetzt. Dahin gehören: z. E.
a) Die Kirchen, gegen welche nur eine 40jährige Praescription statt findet.
b) Spielschulden. Sie können ex L. ult. Cod. de aleatoribus condicirt werden, und diese Klage wird erst in 50 Jahren praescribirt.
2) Manchmal haben die Gesetze eine kürzere Zeit für hinreichend gehalten: wie z. E.

a) in

a) in dem interdicto de glande legenda drey Tage,
b) Bei der actione prohibitiva, redhibitoria et quanti minoris, zwey bis sechs Monate, längstens ein Jahr Repet. §. 1113.
c) Bei der querela inofficiosi testamenti, welche in fünf Jahren praescribirt wird.

§. 1894. Der Zeitraum von 30 Jahren, innerhalb welchem die persöhnlichen Klagen verjährt werden, fängt von dem Augenblick an, wo die Klage ihren Anfang genommen hat.

Hellfeld sagt: von dieser Regel ist die actio pignoratitia nicht ausgenommen. Wir aber glauben den Unterschied bemerken zu müssen: ob der Pfandschuldner die Schuld bezahlt hat, oder nicht. Hat er die Pfandschuld bezahlt, so ist es extra dubium, daß die actio pignoratitia directa in 30 Jahren verjährt wird. Hat er aber die Schuld nicht bezahlt, so findet diese Praescription aus folgenden Gründen nicht statt:
1) quia actio pignoratitia nondum nata est;
2) quia creditor pignoratitius non in bona fide versatur. Conferatur L. 9. §. 13. D. de pignor. actione et Leyser specim. 255. med. 9.

LIB. XLIV. TIT. IV.

De doli mali et metus exceptione.

§. 1895. Der Prätor gab die exceptionem doli mali, damit der Betrüger ex dolo contra aequitatem per ius strictum keinen Vortheil habe. Denn da der Dolus die Geschäfte ungültig macht und bei negotiis stricte iuris die restitutio in integrum statt findet; so ist leicht zu schließen, daß dem Beklagten die exceptio doli gegen den Kläger zustehen muß, um seine Intention zu annihiliren. Sie ist:
1) entweder exceptio generalis — wenn jemand wider alle Billigkeit zu meinem Schaden etwas verlangt,
2) oder specialis — wenn ich dolose durch falsche Vorstellungen zu einem Geschäft verleitet worden.

1896.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1696968690/phys_0550
DFG

§. 1896. Die exceptio doli steht dem Laeso und seinen Erben, nicht weniger dem Fideiussori und Mandatori zu. Sie wird vorgeschützt blos gegen den Betrüger, denn sie ist actio personalis. Folglich kann sie weder gegen diejenigen, welchen man Ehrerbietung schuldig ist, noch gegen einen Dritten gebraucht werden, es müste denn seyn:

1) daß der Dritte seyn Recht von dem Betrüger ex causa lucrativa, oder
2) nur ad tempus erhalten hätte: z. E. als Pfand. Ratio: dolus enim nemini prodesse debet.

Die exceptio doli ist übrigens eine exceptio perpetua und kann durch keine Replik elidirt werden.

§. 1897. Auch die negotia metu extorta sind ungültig. Wer also wegen eines solchen Geschäfts Klage erhebt, gegen den findet die exceptio metus statt. Sie steht demjenigen zu, welcher durch Furcht zu dem Geschäft gezwungen worden, seinen Erben und allen übrigen Interessenten, gegen denjenigen, welcher die Furcht erregte und dadurch zum Geschäft verleitete, ja auch gegen jeden Dritten zu, weil sie eine exceptio in rem scripta ist. Repet. 448. seq. z. E. Titius setzt mich in Furcht, daß ich einen Demant 1000 fl. werth, den er in Handen hat, an den Laelius verkaufe. Nachher kommt es heraus, daß ich hintergangen worden bin. Laelius dringt auf den Demant, ich aber excipire, quod metu coactus fuerim und muß meine Sache wieder bekommen.

Daß sie perpetuirlich sey, geben nicht alle Rechtslehrer zu.

LIB. XLIV. TIT. V.

Quarum rerum actio non datur.

Unter diesem Titel sind verschiedene peremtorische Exceptiones enthalten, welche um mancherley Ursachen willen statt finden, wenn wir keine Klage haben: z. E. die exceptio iurisiurandi, transactionis, compensationis etc.

Da sie aber sämtlich in besondern Titeln abgehandelt worden sind, so werden sie hier billig übergangen.

LIB. XLIV. TIT. VI.

De litigiosis.

§. 1898. Litigiosum dicitur omne obiectum, de quo lis mota est.

Obiectum bedeutet h. l. sowohl die Klage, als den Gegenstand derselben.

Lis mota est — sagte man bei den Römern gleich nach geschehener Litiscontestation. Bei uns aber, sobald dem Beklagten die Citation insinuirt worden ist. Die Wirkung davon ist diese, daß, weil nun der Rechtsstreit anhängig ist, nichts neues mehr unternommen werden darf, das zur Veränderung des Zustandes der Sache beitragen könnte, welcher nach der Litispendenz ganz der richterlichen Entscheidung überlassen ist. Dies wäre z. E. der Fall:

1) wenn der Kläger die anhängige Klage oder
2) der Beklagte den strittigen Gegenstand veräußern wollte.

In solchen Fällen sollen nun die Veräußerungen nicht nur null und nichtig seyn, sondern es steht auch noch die poena dupli darauf. Conferatur L. 3. D. h. t.

Ist aber in specie die Klage veräußert worden, so hat derjenige, welcher den Streit fortsetzen will, gegen den, der sie acquirirt, die exceptionem litigiosi, wodurch er ihn von dem Rechtsstreit völlig ausschließt.

§. 1899. In L. 3. D. h. t. ist der Grund enthalten, warum die Veräußerung eines strittigen Gegenstandes verboten

ten seyn soll. Er ist kein anderer, als der: ne alienans adversarii conditionem faciat duriorem. Wenn also die Lage des Gegners durch die Veräußerung nicht schlimmer wird, so cessirt diese Exception.

Ueber den Usum dieses Titels sind übrigens die Rechtslehrer nicht einig. v. Cramer behauptet ihn alleg. loco; Struv, Lauterbach, Leyser und Hellfeld glauben aber, daß er in unsern Gerichtshöfen sehr selten anzuwenden seyn dürfte.

LIB. XLV. TIT. I.

De verborum obligationibus.

§. 1900. Verborum obligationes erant contractus, qui verbis nuncupativis perficiebantur.

Die Römer, welche nicht zugeben wollten, daß jemand durch ein übereiltes Versprechen in Schaden kommen sollte, ließen ex nudo pacto keine Klage statt finden. Nur alsdann hielten sie das Versprechen für überdacht und ernstlich, wenn auf eine vorhergehende Frage eine passende Antwort ertheilt wurde. Ein solcher Vertrag wurde Stipulatio genennt.

Stipulatio ergo est verborum solennitas, qua quis interrogationi congrue et in continenti respondet, se facturum l. daturum, quod interrogatus est.

Die Stipulation bestand also blos in feyerlicher Frage und Antwort; folglich darf sie mit dem Negotio selbst, worüber stipulirt worden, nicht confundirt werden.

§. 1901. Stipulatio ist eine Art von Verträgen. Was also bei einem Vertrag überhaupt statt findet, das gilt auch von der Stipulation. Gleichwie aber der Gegenstand des Vertrags bald eine gewisse Sache oder bestimmte Quantität ist, bald ein Genus oder Factum seyn kann; so ist es auch bei der Stipulation. Daher wird sie in stipulationem certam et incertam eingetheilt, je nachdem ein Genus oder eine Species versprochen worden war. Bei der stipulatione certa, i. e. wenn auf baar Geld contrahirt worden, fand die condictio certi statt; hingegen bei der stipulatione incerta wurde die actio ex stipulatu gegeben.

§. 1902. Die Stipulation hat gemeine und ganz eigene Rechte. Was erstere anlangt so ist zu merken: wie die Pacta überhaupt mit und ohne Bedingung, in diem ex die und sub modo eingegangen werden können; so können auch die Stipulationen eingerichtet werden, und was von den Verträgen gilt, gilt auch hier. Worüber also paciscirt werden kann, darüber kann auch stipulirt werden.

In Ansehung der letztern (nämlich der eigenen Rechte) kommt es auf die Worte und die Art des Vortrags hauptsächlich an.

I. Auf die Worte. Diese waren nach dem römischen Recht auf das genauste bestimmt. So gar mit den nämlichen Worten muste geantwortet werden: z. E. Visne mihi centum dare? Volo tibi centum dare.

II. Auf die Art des Vortrags. Dahin gehört:
1) daß die Frage vorausgehen und die Antwort
2) in continuo darauf folgen muste. Denn continuitas actus war ein Hauptstück bei actibus solennibus.
3) Daß die contrahentes animo et corpore zugegen seyn musten.
4) Die Antwort muste genau auf die Frage passen.

Bei uns, in Deutschland, hat man sich nie an die Stipulationen gebunden; jeder ernstlich eingegangene Vertrag producirt ohnehin eine Klage, und bedarf keiner Solennien.

LIB. XLV. TIT. II.

De duobus reis constituendis.

§. 1903. Wenn mehrere in solidum verbunden sind, heißen sie correi debendi. Obligatio correalis kann ihren Ursprung auf mancherley Weise haben:

1) Im Gesetz selbst: z. E. die Vormünder, welche die Vormundschaft coniunctim führen, sind in solidum verbunden.

2) Im Testament: z. E. Wenn der Testirer im Testament mehrere Erben eingesetzt und befohlen hat, sie sollen in solidum zu Auszahlung der Legate verbunden seyn.

3) Im

3) Im Verbrechen; denn die Regel sagt: plures delinquentes tenentur in solidum. Jedoch ist diese Regel nur wahr in Ansehung der Schadensersetzung und keineswegs in Ansehung der Strafe.
4) Im Vertrag — wenn mehrere eine und eben dieselbe Sache zu praestiren versprochen haben.
5) In der Natur der Sache selbst, welche praestirt werden soll: z. E. wenn von einer re individua die Rede ist.

§. 1904. Nuda pacta producirten bei den Römern keine Klage. Obligatio correalis muste daher durch die Stipulation hergestellt werden. Nach dem iure hodierno aber kann Correalitas allerdings pacto nudo hergestellt werden. Sie wird in activam et passivam eingetheilt. Correalitas activa ist vorhanden, wenn mehrere sich ein Solidum erworben haben; dann heißen sie correi credendi. Correalitas passiva — wenn mehrere sich zu einem Solido verbunden haben; hier heißen sie correi debendi.

Correi debendi sunt ergo ii, qui unam rem ex eadem causa principaliter in solidum debent. Hieraus folgt, daß
1) diejenigen nicht correi debendi sind, die verschiedene Sachen zu prästiren schuldig sind.
2) Auch diejenigen nicht, welche ex diversa causa schuldig sind.
3) Ferner diejenigen nicht, wo einer Hauptschuldner und der andere in subsidium zu haften verbunden ist.
4) Endlich fällt auch correalitas passiva bei denen weg, die zwar coniunctim, aber nicht in solidum verbunden sind.

Die Formel ist gewöhnlich: die Schuldner wollen mit ungetheilter Hand dafür haften, i. e. alle für einen und einer für alle.

Endlich ist noch zu merken: daß Weibspersonen sich nicht correaliter verbinden können, weil correalis obligatio eine Intercession involvirt, deren sie nicht fähig sind.

§. 1905. Die correi debendi sind in solidum verbunden, doch so, daß in dem Fall, wenn einige unzahlfähig sind, den übrigen das beneficium divisionis zusteht.

Deswegen hat auch der Gläubiger das ius variandi. Dies ist ein Recht, vermöge dessen der Gläubiger von einem Schuldner, den er für unzahlfähig hält, abgehen und einen

andern dafür belangen kann. Der Grund ist, weil jeder Correus sein Schuldner ist.

Jedoch gilt auch hier die Regel: uno solvente reliqui liberantur. Nun entsteht aber die Frage: Ob derjenige, welcher das Solidum bezahlt hat, seinen Regress gegen die übrigen nehmen könne?

Die Antwort ist: Er hat es

1) entweder mit Bewilligung der andern oder auf ihr eigenes Verlangen gethan, da hat die Sache keinen Zweifel. Die Regress-Klage ist hier die actio mandati.
2) Oder es ist ohne Bewilligung der übrigen geschehen. H. c. muß distinguirt werden. Die Correi sind:
   a) entweder Socii — da nimmt er den Regress mit der actione pro socio.
   b) Oder das ist nicht. Hier muß man darauf sehen, ob sich der Correus von dem Gläubiger iura cessa geben lies, oder nicht. Im erstern Fall nimmt er seinen Regress durch die cedirte Klage. Im letztern Fall — glaubt Hellfeld — hätte er die actionem negotiorum gestorum; allein diese Meynung geht um deswillen nicht an, weil der Correus doch auch seine eigene Schuld bezahlt hat. Aber es kann ihm der Regress keineswegs genommen werden, den er ex L. 2. C. h. t. hat.

§. 1906. Correi credendi sind mehrere verbundene Gläubiger, von welchen jeder das Solidum zu fordern befugt ist, jedoch so, daß, wenn einer bezahlt worden, die übrigen nichts mehr fordern können.

Wenn aber einer das Solidum erhalten hat, so ist er den übrigen ad communicationem verbunden und kann dazu entweder per actionem pro socio oder ex stipulatu angehalten werden. Allein die actio negotiorum gestorum kann ex ratione allata hier wieder nicht statt finden.

Rathsam ist es daher, weil man so vielen Schwierigkeiten ausgesetzt ist, daß Correi ein Pactum unter sich errichten, und sich auf alle mögliche Fälle darinn zu decken suchen.

Der folgende §. hat hodie keinen Nutzen mehr.

LIB. XLVI. TIT. I.

De fideiussoribus et mandatoribus.

§. 1908 — 9. Fideiussor (Bürge) ist derjenige, welcher vermittelst der Stipulation eine fremde bereits gewirkte Schuld auf den Fall zu zahlen verspricht, wenn der Hauptschuldner nicht bezahlen sollte. Die Bürgschaft befreyt folglich den Schuldner nicht von seiner Verbindlichkeit, sondern soll nur mehr Sicherheit geben.

Um den Unterschied zwischen ihm, dem Bürgen, dem Mandatore und Expromissore zu fassen, muß man merken: Man tritt der Verbindlichkeit eines andern bei:

1) entweder so, daß der Schuldner ganz frey wird, also cum novatione — dies heist Expromissio, und der die Schuld übernimmt, heist Expromissor, Selbstschuldner.
2) Oder dies ist nicht. Hier ist zu distinguiren:
   a) inter obligationem contrahendam — da heist das Geschäft Mandatum und die Person Mandator: z. E. Ich stehe bei meinem Nachbar gut für einen Freund, der von ihm borgen will.
   b) et contractam. Hier geschieht der Beitritt:
      α) l. mediante nudo pacto — hier heist das Geschäft Constitutum und die Person Constitutor, einer der gutsagt.
      β) l. mediante stipulatione — das ist Fideiussio, und die Person heist Fideiussor.

§. 1910. Alle Personen, welche fremde Schulden zu übernehmen im Stande sind, können sich auch verbürgen; folglich können sich nicht verbürgen:

1) Alle diejenigen, welche keine Verträge eingehen können.
2) Weibspersonen, weder für ihre Männer noch pro extraneis, weil sie sich gar zu leicht bereden lassen und in großen Schaden gebracht werden könnten.
3) Clerici. Die ICti haben lange darüber gestritten, ob sich die Clerici verbürgen können, oder nicht. In der Novell. 123. Cap. 6. ist es ihnen verboten, damit sie nicht dadurch von ihren Amtsgeschäften abgehalten würden. Leyser

bleibt dabei, spec 523. med. 3 et 4. Andere statuiren, daß sie gültig seyen: z. E. v. Pufendorf Tom. 3. obs. 77. und noch andere machen einen Unterschied, zwischen katholischen und protestantischen Geistlichen und sprechen es blos den erstern ob dispositionem iuris Canonici ab. Diese Meynung scheint die beste zu seyn.

4) Milites — Auch dies findet hodie nicht mehr statt.

5) Giebt es noch gewisse Personen, denen zwar die Bürgschaft nicht verboten ist, deren Bürgschaft aber dem Gläubiger nicht obtrudirt werden darf. Dies sind alle diejenigen, welche dem Gläubiger keine vollkommene Sicherheit geben: z. E. Arme, Minorenne, Potentiores etc. Jedoch wenn man einmal solche Personen zu Bürgen angenommen hat, so darf man sie ex post nicht recusiren, es müste denn seyn, daß sie ex nova causa untauglich geworden wären.

§. 1911. Der Bürge übernimmt eine fremde Verbindlichkeit, die also schon existiren muß, wenn das Geschäft der Bürgschaft angetreten wird. Diese Verbindlichkeit heißt obligatio principalis, sie mag übrigens naturalis oder civilis seyn, wenn sie nur efficax und perfecta ist. Auch in Ansehung der factorum illicitorum kann die Bürgschaft statt finden: z. E. Du sollst dem Benignus, dem du allerley schändliche Dinge nachgesagt hast, und nicht beweisen kannst, Satisfaction geben, du kannst aber nicht hier bleiben, wo du nicht in negotiis tuis einen großen Verlust erleiden willst; ich verbürge mich also für dich bis zu deiner Wiederkunft.

Jedoch findet die Bürgschaft nicht statt:

1) Bei impossibilibus s. naturaliter s. moraliter talibus.

2) Wenn ein Gesetz die Bürgschaft ausdrücklich verbietet, wie der L. 2. Cod. ne fideiussor mandat. dotis dentur.

Der Bürge kann übrigens verbunden seyn, wenn auch gleich der Hauptschuldner ob impedimentum existens vorjetzt nicht belangt werden kann; wenn nur die Hauptverbindlichkeit des Schuldners nicht gar inefficax ist.

§. 1912. Fideiussio ist ein accessorischer Contract. die Regel ist: accessorium sequitur suum principale. Hieraus folgt:

1) fideiussor quidem magis se obligare potest, non vero in maius. Magis, i. e. arctius, enger, fester kann sich der Bürge

Bürge verbinden, aber nicht in maius, i. e. non in maiorem summam.

2) Obligatione principali exstincta exstinguitur quoque obligatio fideiussoris — nach der Regel: corruente principali, corruit et accessorium.

3) Alle Exceptiones die dem Hauptschuldner zustehen, stehen auch dem Bürgen zu, jedoch sind ausgenommen — die exceptiones personalissimae. Der Bürge muß die Exceptiones vorschützen, denn sonst kann er gegen den Hauptschuldner seinen Regreß nicht nehmen ex regula: damnum quod quis sua culpa sentit, sentire non videtur.

§. 1913. Fideiussiones sunt strictae interpretationis, contra quosdam ICtos contrariam sententiam statuentes. Ratio: nam in creditoris utilitatem unice tendunt. Daraus folgt:

1) Ein Bürge, der sich blos für das Kapital verbürgt hat, ist für die Zinnsen zu haften nicht verbunden; es müste denn seyn, daß der Bürge ob propriam moram sie zu geben schuldig wäre.

2) Wenn die Bürgschaft ad certum tempus gemacht worden und die Zeit verlaufen ist, dann ist auch die Bürgschaft erloschen.

Wenn also der Gläubiger den Schuldner intra hoc tempus nicht belangt, so kann er nach Verlauf desselben nicht mehr gegen den Bürgen klagen. Ausgenommen, er könnte beweisen, daß es doch nichts geholfen haben würde.

Observ. Man muß die fideiussionem ad certum tempus nicht mit der fideiussione pro debito intra certum tempus nicht verwechseln. Letztere ist diejenige, wodurch ich mich für das verbürge, was einer in einer gewissen Zeit schuldig wird.

Nachdem wir nun die Haupt-Requisita von der Bürgschaft wissen, so wollen wir uns einem Rechtsfall vorlegen und darüber nachdenken. Er sey folgender:

Lehmann ein Kaufmann aus S. will im Jahr 1760. von Maria Schulzin daselbst ein Darlehen von 200 fl.

Die Schulzin fragt deswegen erst den Bürgermeister Weiler um Rath; und als ihr dieser zuredet, das Geld wie-

der zu bekommen, so leiht sie dem Lehmann die erwehnte Summe.

Nach einiger Zeit kommt Lehmann so herunter, daß er sich genöthiget sieht, zu entweichen, und im Jahr 1763. nach Amerika zu gehen, von welcher Zeit an man nichts mehr von ihm hört.

Hierauf stellt nun die Schulzin gegen den Weiler die Bürgschaftsklage an und giebt vor, daß sie durch seine Betheurungen allein bewogen worden seye, dem Lehmann das Geld zu geben, indem er, Weiler, gegen sie die Worte gebraucht habe:

„Frau Baas, gebe sie doch dem Lehmann das „Geld, ich bin dafür, daß sie es wieder „kriegen kann.

Weiler giebt in seiner Antwort blos zu, daß er ihr auf ihr Befragen, weil Lehmann damals gut gestanden sey, gerathen habe, ihm das Geld zu leihen; ein Rath enthalte aber nichts verbindliches. Uebrigens läugnet er den ganzen Grund der Klage und besonders, daß er obige Worte gesprochen habe.

Schulzin schiebt hierauf dem Weiler den Eid über diese Worte zu.

Weiler widersetzt sich dem Eid deswegen, weil er überflüßig seyn würde, indem aus jenen Worten, wenn er sie auch würklich gesprochen hätte, keine Verbürgung gefolgert werden könne. Höchstens würden sie anzeigen, daß er versprochen habe, ihr beizustehen, damit sie ihre Forderung wieder erhalten könne. Um diese Hülfe habe sie sich aber selbst gebracht, weil sie sich nicht bei Zeiten an ihn gewandt und ihm gesagt habe, daß das Darlehen noch stehe. Uebrigens entbietet er sich zu beschwören, daß er die Absicht, Bürge für den Lehman zu werden, nie gehabt habe.

Gutachten.

In diesem Fall sind zwey Fragen zu erörtern.

Qu. I. Ob aus den angeführten Worten, welche Weiler gesprochen haben soll, eine Bürgschaft gefolgert werden könne?

Was diese Frage anlangt, so scheint es allerdings, als ob die Worte eine Bürgschaft enthielten; denn

1) wird

1) wird in denselben der Schulzin zugeredet, daß sie dem Lehmann Geld geben soll, und solches gutgeheisen.

2) Sagt Weiler ausdrücklich: ich bin dafür — welche Worte allein, an und für sich, in sensu grammatico, eine Bürgschaft anzeigen können.

Allein demohngeachtet bestimmen uns die Gründe auf der Gegenseite, die Frage zu verneinen, denn

1) enthalten die Worte: gebe sie dem Lehmann das Geld ꝛc. weiter nichts als einen Rath, den ein Freund dem andern giebt, ohne daß dadurch einer von beiden verbunden werden soll. So wenig also letzterer dadurch verbunden wird, den Rath zu befolgen, so wenig können dem ersteren daraus, daß er befolgt worden und zufälliger Weise übel ausschlägt, Unbequemlichkeiten erwachsen; welches sich freilich anders verhielt, wenn dem Rathgeber dabei eine schändliche Absicht vorgeworfen werden könnte. Da aber dies hier der Fall nicht ist, vielmehr Beklagter in seiner Antwort den Grund angegeben, warum er dazu gerathen habe, das Geld vorzuschiesen, Schulzin auch diesen Grund stillschweigend für wahr angenommen; so kann Beklagtem auch nichts zur Last gelegt werden.

2) Fällt der Schein einer Bürgschaft, den obige Worte: ich bin gut dafür — zu erkennen geben möchten, sogleich weg, wenn man sie im Zusammenhang betrachtet. Die Kraft, die in den vorausgehenden Worten zu liegen scheint, wird ihnen durch die unmittelbar darauf folgende völlig benommen. Beklagter sagt nicht einmal: er stehe gut dafür, daß sie ihr Geld gewiß wieder bekommen werde; er giebt blos die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit zu, weil nämlich Lehmann damals noch bemittelt war. Allein es streitet

3) sebst die ganze Theorie von der Bürgschaft wider diese Vermuthung, daß hier eine Bürgschaft zu Grunde liege. Dies hoffen wir umständlich erweisen zu können:

a) Bürgschaft setzt allemal eine Hauptschuld voraus, welche hier noch nicht existirte, als Weiler obige Worte gesprochen.

b) Würden die Worte: ich bin gut dafür, daß sie ihr Geld wieder kriegen kann — nicht einmal zur Bürgschaft hinreichend seyn, wenn auch, wie doch nicht ist, die

Schuld schon existent gewesen wäre, indem aus denselben, wenn man ihnen nicht offenbar Zwang anthun will, kein positives Versprechen für die Schuld zu haften, gefolgert werden kann, welches doch zum Wesen der Bürgschaft nothwendig ist. Wenn ich die Absicht habe, für eines Dritten Schuld zu haften, so sag ichs ohne Umschweife; aber es wird sich auch der Darleiher, der sich zu mehrerer Sicherheit nach einen Bürgen umsieht, nicht damit begnügen, daß er die Versicherung erhält: es sey möglich, daß er sein Geld wieder bekommen werde.

Obj. Aber — wird man mir einwenden — wenn auch von keiner Bürgschaft die Rede seyn kann, so ist doch Weiler als Mandator anzusehen, und mithin eben so gut zur Zahlung verbunden, als der Bürge?

Rsp. Ich antworte: eben so wenig; denn auch hier steht der Ausdruck: kann — im Wege. Auch hier hätte er sich stärker verbindlich machen und die Gefahr auf sich nehmen müssen, welches nicht geschehen ist.

Qu. II. Ob die Schülzin dem Weiler über die Worte den Eid zuschieben könne?

Auch hier scheint die Sache das Ansehen zu haben, als ob Weiler dem Eid nicht entgehen könne; denn

1) er ist ihm über ein factum proprium zugeschoben worden; und in diesem Fall findet in der Regel keine Relation statt.
2) Ist so gar demjenigen, welcher in solchem Fall referirt, die poena desertionis zuerkannt.

Demohngeachtet aber hat Weiler Gründe genug für sich, den Eid von sich abzulehnen; denn

1) leidet die angeführte Regel einen Abfall, so oft der Deferens, wie hier geschehen, eine Mitwissenschaft von dem Facto zugiebt.
2) Die poena desertionis kann folglich hier nicht statt finden, weil sie blos als eine Folge von der sub Nr. 1. angegebenen Regel ist, und auch Weiler nicht referirt hat, sondern sich blos der Delation widersetzt.
3) Weiler ganz richtig erwehnt hat, daß der Eid hier überflüssig seyn würde, indem aus den angeführten Worten schlechterdings keine Bürgschaft zu folgern ist.

§. 1914.

§. 1914. Wer sich auf eine unbestimmte Zeit verbürgt, der muß so lange haften, bis die Hauptverbindlichkeit getilgt ist. Da es aber leicht möglich ist, daß der Gläubiger die Schuld aus Saumseligkeit länger stehen läßt und den Schuldner nicht eher zur Zahlung anhält, als bis er unzahlfähig geworden ist, woraus für den Bürgen die Gefahr entsteht, die Hauptverbindlichkeit auf sich zu nehmen; so haben die Gesetze letzterem gewisse Mittel gegeben, sich von der Gefahr zu befreyen. Das erste Mittel ist: er kann gegen den Hauptschuldner klagen, so bald dieser mit der Zahlung zaudert, oder sein Vermögen durchzubringen anfängt, daß er ihn von der Bürgschaft befreye. Conf. L. 38. §. 1. mand. c. fin X. de fidejuss.

Das zweyte Mittel ist die provocatio ex L. si contendat gegen den Gläubiger.

§. 1915. Der Bürge muß in dem Fall, wenn der Hauptschuldner nicht mehr zahlfähig ist, für ihn die Verbindlichkeit erfüllen. Diese Verbindlichkeit geht sogar auf die Erben des Bürgen über, welche nach dem strengern Recht, sogleich belangt werden können. Wenn mehrere Bürgen vorhanden sind, so werden sie als correi debendi angesehen, und müssen in solidum haften, weil sonst der Gläubiger keine vollkommene Sicherheit haben würde.

Ex aequitate sind jedoch dem Bürgen 3 Rechtsmittel ertheilt worden, wodurch das strengere in etwas gemildert wird, nämlich

1) das beneficium excussionis,
2) divisionis,
3) cedendarum actionum.

§. 1916. I. Das erste Rechtsmittel ist das beneficium excussionis seu ordinis. Dies ist diejenige Rechtswohlthat, vermittelst welcher der Bürge verlangen kann, daß der Gläubiger erst den Hauptschuldner belange, und von ihm, dem Bürgen, nicht mehr fordere, als er von dem Hauptschuldner nicht erhalten kann. Conf. Lauterbach de benef. excussionis. Th. 12.

II. Das 2te ist das beneficium divisionis — vermittelst welchem der Bürge von dem Gläubiger, wenn er zur Zahlung des Solidi angehalten werden will, verlangen kann, daß jeder zahlfähige Mitbürge pro rata belangt werde.

Von

Von dem 3ten Beneficio werden wir §. 1919. reden. Hier nur so viel: daß beide erstgedachte beneficia excussionis et divisionis auf die Erben übergehen, und daß die Verbindlichkeit der Bürgen nicht schlechterdings, sondern nur zufälliger Weise aufgehoben werde, wenn nämlich der Gläubiger entweder vom Hauptschuldner ganz, oder von den Mitbürgen pro rata befriediget worden.

§. 1917. Die Regel ist: beneficia nemini obtruduntur. Folglich werden auch die beneficia ordinis et divisionis nicht ex officio, sondern nur alsdann ertheilt, wenn darum nachgesucht worden. Dies kann excipiendo geschehen, und zwar in quacunque iudicii parte, i. e. so wohl vor, als nach der Litiscontestation.

Eine andere Regel ist: quilibet iuri suo renuntiare potest; also kann man auch auf diese Rechtswohlthaten der Vorausklage und Theilung Verzicht thun. Doch wird dieser Verzicht nicht praesumirt, sondern muß in specie allegirt werden, denn ein allg. einer Verzicht auf alle Exceptionen überhaupt, gilt nicht indistincte. Soll er gelten und auch diese Rechtswohlthat in sich fassen, so muß man dies ex antecedentibus deutlich abnehmen können, d. h. es muß vorher davon die Rede gewesen seyn, quia ad non cogitata renuntiatio nunquam extenditur.

Ja wenn auch die Bürgschaft mit einem Eid bekräftigt worden wäre, so kann man doch darum auf keinen Verzicht der Rechtswohlthat der Vorausklage schliesen. Vergebens führt man gegen diese Meynung das Capit. 9. X. de iureiurando an; denn der Eid dient nur zu noch gröserer Sicherheit, keineswegs aber involvirt er eine so wichtige Sache, als die renunciatio beneficii excussionis wäre, welche nur expresse geschehen kann.

Wenn sich daher einer als Selbstschuldner verbürgt hat, so ist darinn kein Verzicht auf das beneficium excussionis zu suchen, eben so wenig, als die Verbürgung in solidum, den Verzicht auf das beneficium divisionis involvirt.

§. 1918. Es ist also unbezweifelt, daß der Bürge in subsidium statt des Hauptschuldners bezahlen muß. Weil nun secundum ius romanum die Verbürgung per stipulationem

tionem geschehen muß, so findet auch gegen ihn und seine Erben die actio ex stipulatu statt.

Sie steht aber auch dem Bürgen selbst contra fidejussorem succedaneum, i. e. den Rückbürgen zu. Dies ist derjenige, welcher zur Sicherheit des Bürgen aufs neue Bürgschaft geleistet hat.

Nicht weniger kann sie auch gegen den fidejussorem indemnitatis gebraucht werden, welcher sich nämlich auf den Fall verbürgt hat, daß er haften wolle, wenn der Gläubiger bei dem Hauptschuldner etwas einbüßen sollte. In diesem Fall kann an keinen Verzicht auf das beneficium ordinis gedacht werden, weil in dem Begrif ein wahrer Widerspruch läge.

Wenn inzwischen der Bürge für den Hauptschuldner bezahlt hat, so bleibt ihm der Regreß gegen diesen und seine Erben unbenommen. Zu diesem Regreß hat er 2 Rechtsmittel.

1) Die *actionem mandati* — wenn er auf Geheiß des Hauptschuldners für ihn bezahlt hat.
2) Die *actionem negotiorum gestorum* — wenn er ohne Vorwissen des Hauptschuldners für ihn bezahlt. Anders wäre es freylich, wenn er invito l. contradicente debitore principali sich für ihn verbürgt hätte; nam contradicentis negotia non geruntur. In diesem Fall kann er nur noch mit dem beneficio cedendarum actionum durchkommen.

Uebrigens kann der Bürge auch keinen Regreß mehr suchen, wenn er aus eigener Schuld zur Bezahlung verurtheilt worden. Daher giebt man die Cautel: der belangte Bürge thut wohl, wenn er dem Hauptschuldner litem denuncirt.

§. 1919. III. Die dritte Rechtswohlthat ist das beneficium cedendarum actionum, vermöge welcher der Bürge, ehe er den Gläubiger bezahlt, fordern kann, daß dieser ihm seine Klagen cedire, welche er gegen den Hauptschuldner und die Mitbürgen hat. Diese actiones cessae können dem Bürgen nützlich seyn:

1) wenn er sich pro invito debitore verbürgt hat,
2) wenn er gegen den Mitbürgen seinen Regreß nehmen will;

3) wenn

3) wenn die actiones cessae pinguiores sind, als die sonst zustehenden Rechtsmittel. Z. E. Der Gläubiger hätte die actionem hypothecariam gegen den Hauptschuldner.

LIB. XLVI. TIT. II.

De novationibus et delegationibus.

§. 1920. Verbindlichkeiten können bald durch eine vorgeschützte Einrede, bald ipso iure aufgehoben werden.

1) Ope exceptionis, d. i. wenn eine obligatio stricto iure valida vermittelst vorgeschützter Einrede ihrer Kraft beraubt wird.

2) Ipso iure, d. i. wenn eine obligatio stricto iure valida durch ein nachheriges Factum aufgehoben wird. Der modus tollendi obligationem ist hier gedoppelt. Er ist

a) entweder ein solcher, der bei allen, oder doch den meisten Contracten statt findet — da heist er modus tollendi obligationem communis;

b) oder das ist nicht — hier heist er modus tollendi obligationem proprius. Hieher gehört:

α) mutuus dissensus und

β) acceptilatio. Von dieser bekommen wir noch einen eigenen Titel.

§. 1921. Zu den modis communibus tollendi obligationem gehört:

I. Novatio (Schuldverwandlung) quae est obligationis prioris transmutatio in aliam. Z. E. Du bist mir ex emtione vendit. 10 Louisd'ors schuldig; Du kannst mich aber jetzt nicht bezahlen, ich traue Dir nicht länger, und lasse mir deswegen eine Handschrift sub hypotheca bonorum ausstellen. Es muß also wirklich eine Verbindlichkeit vorhanden seyn, welche aufgehoben und wofür eine andere, die noch nicht da war, substituirt wird. Von welcher Art übrigens die alte Verbindlichkeit, welche verwandelt werden soll, sey, daran liegt nichts; genug, wenn man nur überzeugt ist, daß die Contrahenten eine Verwandlung unternehmen wollen. Wenn man aber hievon nicht überzeugt ist, so kann weder

weder remissio prioris, noch constitutio novae obligationis vermuthet werden, sondern die vorige Verbindlichkeit bleibt und die neuere kommt hinzu.

Die Frage: ob es eine novationem tacitam gebe? ist von vielen Rechtslehrern bejaht worden. Conf. unter andern Leyser spec. 526. medit. 6. Struben in rechtlichen Bedenken. P. 4. med. 50. Schilter exercit. 9. §. 23. Es war auch schon unter den römischen ICtis ein Streit darüber, den aber Iustinian dadurch entschied, daß er blos die novationem expressam für gültig erklärte, denn in dem L. ult. C. h. t. heißt es ausdrücklich: Sancimus — *si quis vel aliam personam adhibuerit, vel mutaverit etc. vel aliquid fecerit, ex quo veteris iuris conditores introducebant novationes, nihil penitus priori cautelae innovari, sed anteriora stare et posteriora incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint quidem priorem obligationem et hoc expresserint etc.* Dies ist so plan, daß man sich wundern muß, wenn die alte Meynung, daß man auch tacite eine Novation eingehen könne, noch vertheidigt werden will. Conf. Lauterbach in colleg. theoret. pract. h. t. §. 10. et Stryck in usu moderno h. t. §. 2.

§. 1922. Durch die Novation wird die alte Verbindlichkeit aufgehoben und an ihre Stelle eine neue gesetzt. Daher bewirkt die Litiscontestation eigentlich keine Novation, indeß haben die ICti doch die Novationes eingetheilt in voluntarias et necessarias.

1) Novatio voluntaria ist diejenige, wodurch nach dem Willen der Partheyen statt der alten Verbindlichkeit eine neue constituirt wird.

2) Novatio necessaria — welche ohne Wissen und Willen der Partheyen geschieht und der alten Verbindlichkeit nur eine neue Qualität giebt.

Allein man sieht schon aus der Definition selbst, daß dies eigentlich gar keine Novation zu nennen ist; denn es muß

a) die alte Verbindlichkeit ganz aufgehoben werden und

b) ist der Wille des Gläubigers und Schuldners bei der Novation ein wesentliches Stück.

§. 1923.

§. 1923. Da durch die Novation die alte Verbindlichkeit völlig aufgehoben und eine neue dafür constituirt wird; so ist erforderlich:

1) daß der Gläubiger, welcher eine Novation eingehen will, die facultatem alienandi habe, und

2) daß der Debitor fähig sey, eine neue Obligation zu übernehmen. Daraus folgt: ein Procurator darf ohne specielle Vollmacht keine Novation eingehen. Excipe: er müste denn procurator universalis seyn.

Die Novation aber geschieht entweder so, daß ein neuer Schuldner an die Stelle des alten substituirt wird — dies heist novatio cum delegatione (Ueberweisung der Schuld, Veränderung der Person mit Auflassung voriger Verbindlichkeit); oder so, daß die Personen bleiben und nur die Art der Verbindlichkeit verwandelt wird — novatio *sine delegatione*.

§. 1924. Delegatio heist also die Anweisung, Ueberweisung auf eine andere Person. Bei der novatione sine delegatione bleibt der vorige Gläubiger und Schuldner. Sie ist also auf folgende Art gedenkbar:

1) daß die vorige Verbindlichkeit, wie sie ist, nur erneuert wird, weil man etwa befürchtet, daß sie gar erlöschen möchte.

2) Daß nur das genus obligationis verändert wird. Z. E. Der noch restirende Kaufschilling wird in ein Mutuum verwandelt. Das debitum chirographarium in debitum cambiale et sic porro.

3) Daß der modus obligationis verändert und dadurch gleichsam eine neue Verbindlichkeit hergestellt wird: z. E. debitum conditionatum wird in debitum purum verwandelt.

§. 1925. Bei der novatione cum delegatione wird ein neuer Schuldner substituirt, welcher die vorige Verbindlichkeit mit Befreyung des Schuldners ganz auf sich nimmt und deswegen Expromissor — Selbstschuldner — genennt wird. Ist dies, so findet der Regress nicht mehr gegen den vorigen befreyten Schuldner statt, wenn auch der Expromissor unzahlfähig seyn sollte. Ausgenommen,

1) wenn sich der Gläubiger gegen den vorigen Schuldner den Regress vorbehalten hätte, oder

2) wenn

2) wenn die expromissio contra legis dispositionem wäre, weil in diesem Fall die vorige Verbindlichkeit wieder hergestellt wird.

Es versteht sich übrigens von selbst, daß zur Delegation des Gläubigers und Schuldners Einwilligung nothwendig ist, und daß der Delegat (der neue Schuldner) die Exceptiones, die er gegen den Delegantem hätte gebrauchen können, dem Gläubiger nicht opponiren darf.

Uebrigens, da die Delegation eine species novationis ist, so muß sie eben sowohl als diese expresse eingegangen werden. Quicquid enim valet de genere, hoc etiam valet de specie sub isto genere comprehensa.

§. 1926. Die Novation differirt

1) von der Cession und

2) von der Assignation. Die Assignation ist eine Vollmacht, die ein Schuldner seinem Gläubiger ertheilt, bei einer dritten Person eine Schuld beizutreiben und sich davon bezahlt zu machen. Es concurriren hier, wie bei der Delegation, 3 Personen, nämlich

a) Assignans — der Schuldner, der die Vollmacht ertheilt;

b) Assignatarius — der Gläubiger, der den Auftrag annimmt und die Vollmacht erhält und

c) der debitor assignatus — derjenige, von dem die Schuld beigetrieben werden soll. Hat nun der Assignatarius die Schuld von dem Assignato erhalten, gut, so macht er sich davon bezahlt; kann er aber nichts herausbringen, so steht ihm der Regress gegen den Assignantem offen. Er muß aber, qua mandatarius in exigendo debito omnem diligentiam adhibiren und folglich schadet ihm culpa levissima nur selbst.

LIB. XLVI. TIT. III.

De solutionibus et liberationibus.

§. 1927. Zu den modis communibus tollendi obligationem gehört:

II. Solutio, die Zahlung, welches Wort in dreyfacher Bedeutung genommen wird.

1) In sensu latissimo ist Solutio so viel, als quaevis liberatio ab obligatione.
2) In sensu strictiori est vera praestatio eius, quod debetur. In dieser Bedeutung kann Solutio auch faciendo geschehen.
3) In sensu strictissimo est solutio: exstinctio obligationis per pecuniae numeratae praestationem.

§. 1928. Wenn die Zahlung richtig seyn soll, so ist erforderlich:
1) daß praecise dasjenige geleistet werde, was der Debitor schuldig ist; denn die Regel ist immer: aliud pro alio nemini obtruditur. Conf. L. 2. §. 1. de rebus creditis.

Doch ist es etwas anders, wenn der Creditor selbst statt des Geldes Sachen annehmen will.
2) Daß man ganz bezahlt haben müsse; denn Particular-Solutionen (Abschlagszahlungen) ist der Gläubiger wieder nicht anzunehmen schuldig. Conf. L. 41. §. 1. de usuris.
3) Daß man das Capital auch mit den Zinnsen bezahlt haben müsse. Doch aber finden Ausnahmen statt:
A. Wenn mehrere Schuldner sind, z. E. Erben, denn unter diese ist die Verbindlichkeit ipso iure getheilt.
B. Wenn die Schuld aus verschiedenen Posten besteht. Doch findet diese Ausnahme bei Kaufleuten nicht statt, die auf Credit ihre Waaren abgegeben haben. Denn deswegen geben sie auf Conto's, damit sie bei dem Umlauf des Jahres eine gewisse Summe auf einmal bekommen.
C. Wenn die Schuld zum Theil liquid, zum Theil illiquid ist.

§. 1929. Die Zahlungen müssen auch iusto tempore et loco geschehen. Beides, nämlich Zeit und Ort, kann Vertragsmäsig bestimmt seyn. Ist dieses, so geht es nach dem Vertrag; jedoch muß dem Schuldner unverwehrt seyn, vorher zu bezahlen, nur darf er keinen Betrug dabei intendiren. Ist nichts bestimmt, so ist die Zeit das tempus interpellationis, und der Ort, der locus domicilii creditoris, es wäre denn, daß der Gläubiger den Schuldner schon belangt hätte, da deponirt er das debitum in iudicio, ubi conventus est.

§. 1930.

§. 1930. Der Schuldner kann dem Gläubiger wider seinen Willen nichts anders, folglich auch keine Abschlagszahlung obtrudiren. Doch diese Regel hat natürlicher Weise Ausnahmen. Der Gläubiger kann also nicht absolute et praecise auf dasjenige dringen, was er zu fordern hat,

1) wenn es dem Schuldner unmöglich geworden, dasjenige zu leisten, was er zu leisten schuldig ist. Inzwischen wenn der Gläubiger ihm Dolum oder nur Culpam vorwerfen kann, so muß er id quod interest praestiren.
2) Wenn der Schuldner seine Waaren jetzo nicht um einen billigen Preis umsetzen kann. In diesem Fall läßt er seine Waaren taxiren und übergiebt dem Gläubiger so viel davon pro pretio taxato, als zu seiner Befriedigung hinreichend ist. Dies heist: datio in solutum. Doch soll nach dem Recessu Imperii de anno 1654. der Gläubiger die Wahl haben, welche Waaren er vorzüglich nehmen will.
3) Wenn dem Schuldner das beneficium solutionis particularis zu statten kommt. Dies ist nach dem 174 §. des jüngsten R. A. wenn der Schuldner calamitate belli in Armuth gerathen ist; die Praxis extendirt es aber auf andere Unglücksfälle.

§. 1931. Der effectus solutionis ist: daß die Verbindlichkeit mit allen weiteren annexis *ipso iure* dadurch aufgehoben wird. Mit allen annexis, i. e. die Bürgschaften und Pfänder fallen sogleich weg. Ipso iure, i. e. statim ab eo tempore, quo solutio facta est. Also nicht erst von der Zeit an, wo die exceptio solutionis vorgeschützt wird; denn diese wird zu dem Ende vorgeschützt, daß der Richter davon Wissenschaft erlange. Wenn nun die Zahlung diese Wirkung haben soll, so muß es eine richtige Zahlung seyn, i. e. man muß

1) eben der Person bezahlt haben, welcher man schuldig ist;
2) die Person, welche die Zahlung annimmt, muß auch die facultatem alienandi haben. Ratio; denn sie veräusert ja das ius exigendi debitum, wodurch sie oft in allerley Nachtheil kommen kann. Daher kann man wiederum allen denjenigen keine Zahlung leisten, die kein ius disponendi haben, oder denen man nichts schuldig ist. Indessen ist kein Zweifel, daß man dem Procurator, der ein manda-

tum speciale oder universale hat, zahlen kann. Ja auch dem Vormund und Curator kann ohne obrigkeitliches Decret gezahlt werden. In dem §. ult. I. quibus alienare licet wird zwar ein obrigkeitliches Decret erfordert, aber die Praxis befolgt diese Verordnung blos, wenn das Debitum ein debitum litigiosum ist.

Uebrigens, wenn die Zahlung nicht richtig geschehen, aber doch dem Gläubiger überbracht worden, oder zu seinem Nutzen verwendet worden, so wird ihm, wenn er auf die Zahlung dringt, die exceptio doli entgegengesetzt.

1932. Durch die Zahlung transferiren wir das unsrige auf den Gläubiger, in der Absicht, daß es sein werde; wir können also nicht zahlen, wenn uns die facultas alienandi fehlt. Daraus ist zu schliesen:

1) daß Rasende, Mündel, Minderjährige, Verschwender ohne Vormünder keine richtige Zahlung leisten können, und wenn sie dennoch bezahlen, so kann es durch die condictionem sine causa zurückgefordert werden.
2) Daß man auch nicht mit fremden Geld bezahlen könne, es müste denn der Dominus consentiren, oder die Praescription dazu berechtigen.
3) Daß auch ein Dritter aus meinem Vermögen für mich keine Zahlung leisten könne, wenn er keine Vollmacht dazu hat oder Amts halber dazu berechtigt ist. Es hat aber kein Bedenken, daß ein Dritter ex suo marsupio für uns zahlen und uns dadurch von der aufhabenden Verbindlichkeit befreyen könne. Thut er es mit unserm Vorwissen, so hat er die actionem mandati; ohne unser Vorwissen, so hat er die actionem negotiorum gestorum; wider unsern Willen, so muß er sich iura cessa geben lassen. Erhält er diese nicht, so fehlt es ihm gänzlich an Mitteln zum Regreß gegen uns.

§. 1933. Solutio ist facti und muß also, wenn sie geläugnet wird, bewiesen werden. Der Beweis ist entweder ein natürlicher, oder künstlicher.

1) Der natürliche Beweis wird durch Quittungen geführt. Die Quittung ist ein schriftliches Bekenntnis, daß die Schuld getilgt ist. Man theilt sie in apochas publicas et privatas ein. Jene sind diejenigen, welche von einer persona publica bewirkt worden und haben das Recht, daß sie incon-

in continenti beweisen, weil personae publicae ante solutionem nicht zu quittiren pflegen. Diese hingegen erhalten ihre Beweiskraft erst nach 30 Tagen. Conf. L. 14. §. 2. C. de non numerata pecunia. Vor dem Ablauf der 30 Tage findet gegen sie noch die exceptio non numeratae pecuniae statt. Nach den 30 Tagen lassen die Gesetze die Exception nicht mehr zu, aber in praxi wird sie doch admittirt, wenn der Excipiens den Beweis übernehmen will. Conf. Leyser spec. 132. med. 9. spec. 580. med. 4. v. Pufendorf. Tom. 3. observ. 126.

2) Der künstliche Beweis wird durch Praesumtiones geführt. Wenn z. E. die Handschrift zerrissen oder durchstrichen zurückgegeben worden wäre. Gegen einen solchen Beweis findet jedoch allemal probatio in contrarium statt.

§. 1934. Es geschieht oft, das der Schuldner mehrere Posten schuldig ist, und etwas daran bezahlt. Doch kann nun die Frage entstehen, auf welchen Posten die Bezahlung gerichtet gewesen sey, da sich der Schuldner nicht erklärt hat?

Rsp. Wenn der Schuldner nicht gesagt hat, welchen Posten er damit vorzüglich habe abtragen wollen, so hängt es vom Gläubiger ab, welchen er damit tilgen will. Erklärt sich aber auch der Gläubiger nicht, so muß man darauf sehen, ob der Schuldner mit Zinnsen im Rückstand war, oder nicht. Ist ersteres, so wird die Zahlung an den Zinnsen abgerechnet, und was überbleibt, am Capital. Ist aber letzteres, so ist eine Schuldpost drückender für den Schuldner, als die andere, oder nicht; ist jenes, so wird das Solutum an der lästigeren Schuldpost abgerechnet. Ist aber dieses, so sieht man auf das Alter und rechnet die Particular-Solutionen immer zuerst an der ältern Schuldpost ab. Sind sie alle gleich, so wird an jeder pro rata abgerechnet.

§. 1935. Auser der Schuldverwandlung und Zahlung kann auch eine Verbindlichkeit aufgehoben werden,

1) per compensationem (durch) die Abrechnung, Gegenrechnung),
2) per rei interitum, i. e. wenn die dem andern gehörige Species casu zu Grunde gegangen ist.
3) per confusionem, i. e. wenn die Verbindlichkeit des Schuldners und das Recht des Gläubigers in einer Person zusammen gekommen sind. Die ratio ist: nemo sibimet ipsi

ipsi deberi potest. Dies geschieht vorzüglich, wenn der Schuldner den Gläubiger beerbt und die Erbschaft ohne Inventarium angetreten hat.

4) per oblationem et depositionem iudicialem — die gerichtliche Niederlegung. Diese findet statt, wenn der Gläubiger von dem Schuldner die Bezahlung anzunehmen sich ohne rechtmäßige Ursache weigert. Wir haben 3 Puncte davon zu merken, was nämlich vorauszusetzen ist, was zur Handlung selbst gehört und was die Wirkung davon ist.

1) Vorauszusetzen ist,
   a) daß der Schuldner richtige Zahlung zu leisten bereit sey.
   b) Daß der Gläubiger sie nicht annimmt und
   c) zur Weigernng keine rechtmäßige Ursache hat.
2) Zur Handlung selbst gehört;
   a) daß ein Termin zur Niederlegung anberaumt, und
   b) der Gläubiger ad videndum deponi vorgeladen werde,
   c) daß der Schuldner das ganze quantum debitum ins Gericht bringe, aufzähle und versiegeln lasse.
3) Die Wirkung von dieser Niederlegung ist,
   a) daß angenommen wird, solutionem rite factam esse;
   b) daß der Schuldner keine Zinnsen mehr zahlt und
   c) auch den Casum nicht mehr tragen darf.

LIB. XLVI. TIT. IV.

De acceptilatione.

§. 1936. Acceptilatio (die Befreyung von der Bezahlung, Versicherung, daß man vom Schuldner nichts mehr zu fordern habe), war eine Handlung, vermittelst welcher durch feyerliche Frage und Antwort eine vorhandene gültige Verbal — Verbindlichkeit wieder aufgehoben werde.

Das Principium der Römer ist bekannt, daß Verbindlichkeiten nicht anders, als auf die Art, wie sie zu Stande kamen, sollten aufgehoben werden können, nach der Regel: nihil est tam naturale, quam unumquodque eodem modo dissolvi, quo colligatum est; sie wendeten es also auch hier an. Der Creditor muste mit den nämlichen Worten antworten, mit welchen er gefragt worden war, sonst blieb die Ver-

Verbindlichkeit. War aber dies, so war die Verbindlichkeit ipso iure aufgehoben.

Daraus erhellet der Unterschied zwischen dem pacto remissorio und der Acceptilation; denn bei ersterm wird die Verbindlichkeit nicht ipso iure, sondern ope exceptionis aufgehoben.

§. 1937. Die Acceptilation bezieht sich weder auf Verbindlichkeiten, die aus den contractibus realibus, noch auf die, die aus den consensualibus entstehen, sondern blos auf obligationes verbales. Aber Aquilius Gallus erfand einen Modum, wodurch alle Verbindlichkeiten überhaupt durch die Acceptilation aufgehoben werden konnten. Dieser bestand darinn, daß jede obligatio non verbalis durch die Stipulation erst in verbalem umgeändert und hernach durch die Acceptilation aufgehoben wurde.

Bei uns hat der Titel keine Anwendung mehr, weil alle Verbindlichkeiten durch die pacta remissoria aufgehoben werden können. Aus dem nämlichen Grund fällt auch der §. 1938. weg.

LIB. XLVI. TIT. VIII.

Ratam rem haberi et de ratihabitione.

§. 1939. Cautionem rati müssen alle diejenigen praestiren, welche in dem Namen eines andern ohne specielle Vollmacht handeln. Derjenige, welcher sie geleistet hat, wird verbunden, die Genehmigung des Mandantis zu bewirken, oder Falls er dies nicht kann, id quod interest zu praestiren.

Diese cautio rati findet allerdings noch hodie statt und kommt besonders bei denjenigen Gerichten vor, wo vom Mund aus in die Feder recessirt wird. Nachher aber muß doch eine Vollmacht beigebracht werden.

Uebrigens wird sie regulariter per fidejussores, in subsidium auch durch Deponirung eines Unterpfandes geleistet.

Die folgenden beiden Bücher werden ihres Innhalts wegen von den ICtis libri terribiles genennt. Da unser heutiges Criminalrecht gänzlich von dem römischen abweicht, und von Jedem nach einem besondern Lehrbuch studiert werden muß, so werden diese Bücher hier billig übergangen.

LIB. XLIX. TIT. I

De appellationibus et relationibus.

§. 2105. Das Wort Relatio kommt in jure in verschiedener Bedeutung vor. Vox primitiva *referre*

1) denotat: orationem alicui facere — einem eine geschehene Sache vortragen.
2) Bedeutet es einem den Eid zurückschieben.
3) Jemanden das Verbrechen Schuld geben, das er uns Schuld giebt.

Wir nehmen es hier mehr in der ursprünglichen Bedeutung; denn Relatio heist bei uns überhaupt: ein Vortrag aus einer vorgegangenen Sache, um denjenigen, welchem der Vortrag geschieht, von der Beschaffenheit der Sache einen deutlichen und vollständigen Begriff zu machen. Dahin gehören nun

1) Vorträge aus einzelnen Bittschriften, wenn eine Resolution gegeben werden soll.
2) Vorträge aus einem einzelnen Falle auf Beantwortung der daraus gezogenen Rechtsfragen.
3) Vorträge an einen Höhern zu seiner Nachricht oder um einen Befehl zu ertheilen.
4) Vorträge aus Acten auf ein abzufassendes Urthel. In diesem letztern Verstande nehmen wir h. l. das Wort.

Relatio ist also hier besonders: ein Vortrag aus gerichtlichen Acten, welcher einem Gericht, von demjenigen gemacht wird, was in dieser Sache bisher vorgegangen ist, nebst einer mit Gründen hinzugefügten Meynung, wie darinn nunmehro verfahren oder gesprochen werden müsse.

Dieser Vortrag muß nun so eingerichtet werden, daß diejenigen, welche ihn lesen oder hören, aus demselben allein, ohne die Acten gelesen oder gehört zu haben, dennoch eben so gut im Stande sind, von der Sache zu urtheilen, als wenn

wenn sie die Acten selbst gelesen und die Sache überdacht hätten. Dies folgt aus dem Endzweck der Relation.

Die vorzüglichste Pflicht des Referenten ist, daß er die Sache durchaus unpartheyisch erörtere und nie etwas einseitig vortrage. Durch letzteres unterscheidet er sich eben von dem Deducenten, der die Sache einseitig und ganz zum Vortheil seiner Parthey darzustellen sucht. —

Die Theile der Relation sind folgende:

1) Geschichtserzählung,
2) Actenauszug,
3) Rechtliches Gutachten,
4) Urtheil.

Wenn das Gericht, welchem referirt wird, in Ansehung der beiden erstern Punkte nicht vollständig unterrichtet ist, so wird ihm das Gutachten und Urtheil nicht einleuchtend und überzeugend seyn.

§. 2106. Wenn der Richter die Sentenz publicirt hat, und einer von beiden Partheyen hält sich dadurch für gravirt, so kann er dagegen appelliren, nur vorausgesetzt, daß die Sentenz noch nicht rechtskräftig worden ist.

Die Appellation ist also ein Rechtsmittel gegen die Sentenz; dessen Endzweck ist, daß sie abgeändert werden soll. Der Appellant verlangt diese Aenderung:

I. entweder in Ansehung der Worte — hier heißt das Rechtsmittel: remedium declarationis (§. 2112);
II. Oder in Ansehung des Sinnes. Die Sentenz soll hier:
   1) entweder rescindirt werden, dies geschieht per remedium rescissorium s. extraordinarium. (§. 2130).
   2) Oder man will nur einen Aufschub machen, daß sie nicht rechtskräftig werde — remedium suspensivum s. ordinarium. Ein solches Mittel bewirkt nun:
      a) entweder eine neue Instanz vor einem höhern Richter, da heist es remedium devolutivum;
      b) Oder nicht — da bleibt der Name: remedium suspensivum.

§. 2107. Die Appellation ist eine Handlung, wodurch zu dem Ende von den Unterrichter auf den Oberrichter provocirt wird, daß ein beschwerliches Erkenntnis von der Rechtskraft abgehalten, die Sache von neuem untersucht und den Beschwerden durch ein anderes Erkenntnis abgeholfen werde.

§. 2108. Effectus appellationis duplex est,

1) l. suspensivus, wenn die Sentenz durch sie von der Rechtskraft abgehalten wird:

2) l. devolutivus — wenn durch sie vor dem Oberrichter eine neue Instanz bewirkt wird.

In Ansehung des effectus suspensivi kommt sie mit andern remediis suspensivis überein; in soferne sie aber vor dem Oberrichter eine neue Instanz bewirkt, hat sie ihre eigene Natur und Beschaffenheit.

§. 2109. Dem Staat liegt daran, daß die Proceße nicht allzuweit hinausgeschoben werden, und es ist leicht möglich, daß derjenige, welcher die Sentenz von ihrer Rechtskraft abzuhalten sucht, das remedium interpositum nun nicht mehr prosequiren will oder kann; folglich würde die Sache keinen Ausgang haben. Deswegen sind hier Fatalia und Formalia vorgeschrieben, die sub poena desertionis beobachtet werden müssen. Die Appellation erfordert also: daß sie gehörig interponirt und prosequirt werde.

Interpositio (die Einwendung, oder Erhebung) est declaratio, quo quis contra sententiam gravatam remedio suspensivo uti velit. Zur gehörigen Einwendung oder Erhebung der Appellation gehört, daß die Fatalia und Formalia beobachtet werden. Das Fatale ist das Decendium, binnen welchem Zeitraum die Appellation erhoben werden muß. Das Decendium wird a momento publicatae sententiae gerechnet, und macht 10 volle Tage oder 240 Stunden. Doch giebt es Ausnahmen hievon. In den Lucerner Statuten läuft es 9 Tage und 9 Nächte.

Was die Formalia anlangt, so ist es eins, ob die Appellation mündlich, gleich nach Publication der Sentenz, i. e. stante pede, oder per libellum erhoben wird. Nur ist nothwendig, daß sie a iudice a quo erhoben werde.

Landesgesetze verordnen jedoch hier manches besondere: z. E. daß mit der Erhebung der Appellation sogleich die deductio gravaminum verbunden werde; daß sie nicht mündlich sondern schriftlich geschehe und dergl. mehr.

§. 2110. Auf die Interposition folgt nun die Prosecution oder Iustification der Appellation. Iustificatio vero est deductio, quod remedium interpositum quoad formalia et materialia se recte habeat. Sie besteht also:

a) in

1) in einem Beweis, daß die Formalien gehörig beobachtet worden,
2) in der Ableitung einer Beschwerde; welches letztere man die Materialien nennt.

§. 2111. Die Appellation setzt also eine Beschwerde voraus, welche mir durch die Sentenz zugefügt worden. Wo also keine Beschwerde aufgeführt werden kann, da findet auch keine Appellation statt. Folglich ists keine Appellation, wenn man von einer außergerichtlichen Beschwerde provocirt, sondern man muß merken: die Provocation geschieht hier:

a) ob gravamen a iudice inferiori extraiudicialiter illatum — da ists appellatio extraiudicialis.
b) vel ob aliud gravamen — da ists blos provocatio ad iudicem, welche zum Endzweck hat, daß alles, was vom Gegentheil oder Richter dagegen unternommen wird, für ein Attentat gehalten werden möge.

Attentatum (Eingrif) ist ein eigenmächtiges Unternehmen des Richters, oder des Gegentheils, welches zum Nachtheil der erhobenen Appellation gereicht.

Es ist auch keine Appellation, wenn man sich gegen ein bloßes Interlocut oder gegen den Richter beschwert, welcher de facto procedirt.

§. 2112. Wo keine Beschwerde ist, da findet auch keine Appellation statt. Folglich cessirt die Appellation,

1) wenn der Richter einen Schreibfehler in der Sentenz zu Schulden gebracht hat; denn diesen muß er ex officio ändern.
2) Wenn offenbar ist, daß die Beschwerden irrelevant sind.
3) Wenn ein Umstand zur Beschwerde gemacht werden will, der nichts zur Entscheidung der Hauptsache beiträgt, wenn man z. E. wider das ganze Verfahren protestirt ꝛc.
4) Wenn die Worte der Sentenz nicht bestimmt genug sondern dubiae interpretationis sind; denn in diesem Fall muß das remedium declarationis adhibirt werden. Doch ist es hier rathsam, daß man mit dem Declarations-Gesuch eventualiter die Appellation verbindet.

§. 2113. Wenn die Appellation statt finden soll, so muß die Beschwerde aus der Sentenz selbst entstehen. Auch um einer künftigen Beschwerde willen kann appellirt werden, wenn sie nur gewiß ist. Uebrigens kann sich jeder dieses Rechts-

Rechtsmittels bedienen, er mag Kläger oder Beklagter seyn. Auch ein Tertius kann davon Gebrauch machen, wenn er per indirectum durch die Sentenz lädirt würde. Nicht weniger steht es auch mehreren in causa individua zu, und wenn einer von den Litisconsorten die Appellation debito modo erhoben hat, so haben die übrigen Nutzen davon.

Endlich findet sie auch in jeder Sache statt, sie mag gros oder gering seyn, wenn nur die Gesetze die Sache nicht ausgenommen haben.

§. 2114. Es giebt also auch Sachen, in welchen die remedia suspensiva nichts helfen. Dergleichen sind:

1) Wenn ein Gesetz da ist, welches den Gebrauch eines solchen Rechtsmittels schlechterdings verbietet: z. E. in possessorio summarissimo, in Wechselsachen, oder wenn schon drey ganz gleichlautende Sentenzen vorhanden sind.

Letzteres steht in L. unic. C. ne liceat in ead. causa. Es wird aber oft darüber gestritten, ob die Sentenzen conform sind. Der Kostenpunkt ändert inzwischen nichts in der Sache; denn die sumtus retardati processus konnten im ersten Urthel nicht da seyn. Wenn sie nur in der Hauptsache zusammen treffen.

2) Wenn einer sich des beneficii appellationis unwürdig gemacht hat: z. E. Er war contumax; denn da haben wir die Regel: contumax nec appellat, nec in integrum restituitur.

3) Wenn einer ein Attentatum begangen hat.

4) Wenn einer auf die remedia suspensiva gänzlich renuncirt hat.

§. 2115. Die remedia suspensiva bewirken, wenn sie angenommen werden, eine neue Abhandlung der Streitsache. Es muß also auch wieder causae cognitio angestellt werden, weswegen auch den Partheyen ein neues Verfahren gestattet werden muß. Nach geendigtem Verfahren spricht der Richter die Sentenz. Aendert er nun die vorige ab, so heist diese: sententia reformatoria; wenn er aber die alte bestättigt, so heist sie: sententia confirmatoria. Fügt er ihr eine Erklärung bei, so heist sie: declaratoria; giebt er sie aber ohne alles Beifügen, so wird sie confirmatoria simpliciter talis genennt. Hier wird der, welcher das Remedium eingewendet hat, in die Kosten verurtheilt, welche impensae retardati

tardati processus — Kosten des verzögerten Processes genennt werden. Doch indistincte gilt dies nicht, sondern nur, wenn einer suspicionem temeritatis wider sich hat.

§. 2116. Die Sentenz wird durch die remedia suspensiva von der Rechtskraft entweder ganz oder zum Theil abgehalten, je nachdem nämlich diese Remedia wider die ganze Sentenz oder nur wider diesen und jenen Punkt gerichtet sind.

Sie wird aber nicht nur auf Seiten dessen, der das Remedium eingewendet hat, i. e. des Appellanten, sondern auch auf Seiten des Appellaten von der Rechtskraft abgehalten. Folglich steht dem Appellaten das remedium adhaesionis zu.

Remedium adhaesionis ist ein Recht für den Appellaten, sich gerichtlich zu erklären, daß er sich des nämlichen Mittels, welches gegen die Sentenz eingewendet worden, bedienen werde. Die Adhaesion geschieht entweder intra decendium, oder post decendium elapsum. Im erstern Fall heist sie adhaesio principalis, im letztern, accessoria.

1) Adhaesio principalis ist ein remedium separatum; folglich hat sie auch effectum suspensivum für sich allein und geht nicht verlohren, wenn schon die Appellation des andern Theils verlohren geht. Der Adhaerent muß aber hier alles beobachten, was der Appellant bei der Interposition und Iustification der Appellation zu beobachten hat.

2) Adhaesio accessoria erhält ihre Kraft und Wirkung von dem remedio suspensivo, welchem adhaerirt worden; geht folglich die Appellation verlohren, so ist es mit der Adhaesion auch aus, nach der Regel: corruente principali corruit accessorium. Uebrigens ist leicht einzusehen, daß, wenn die Sentenz mehrere Punkte enthält, und nur gegen einige appellirt worden, die Adhaesion nicht gegen jene Puncte gerichtet werden kann, welche der andere Theil hat in rem iudicatam übergehen lassen.

LIB. XLIX. TIT. II.

A quibus appellare non licet.

§. 2117. Wir haben bisher von dem effectu suspensivo gehandelt und kommen nunmehro auf den effectum devolutivum, welcher darinn besteht, daß durch die Appellation eine neue Instanz beim Oberrichter bewirkt wird. Woraus zu schließen; daß, wo kein Oberrichter ist, auch keine Appellation statt finde.

Dahero ist auch die Appellation vom Kaiser an den Papst im jüngsten R. A. §. 114. verboten. Nicht weniger appellatio ad vallum Iosaphat, i. e. an Christi Richterstuhl. Conferatur Hommel rhapf. 143.

§. 2118. Alle Appellationen gehen von dem Unterrichter an den Obern, es müste denn seyn, daß der Unterrichter ein privilegium de non appellando hätte. Ein solches Privilegium haben die deutschen Reichsstände in Absicht auf die höchsten Reichsgerichte:

1) l. absolute, i. e. so, daß in keinem Fall von ihnen an die höchsten Reichsgerichte appellirt werden darf. Hieher gehören:
   a) Die Churfürsten in Ansehung der Churfürstenthümer.
   b) Die Erzherzoge von Oesterreich.
   c) Die Herzoge von Sachsen und Burgund.
2) l. secundum quid, i. e. so, daß von ihnen an die Reichsgerichte nicht appellirt werden darf, wo nicht summa appellabilis vorhanden ist. Die Summe war sonst auf 300 fl. Capital und 12 fl. Zinnsen gesetzt. Der neuste R. A. setzte aber diese Summe auf 400 Thl. Capital und 16 Thl. Zinnsen. Die Reditus müssen perpetuirliche Zinnsen seyn: z. E. Renten. Wo diese nicht da sind, wird auf das Capital allein gesehen.

   Verschiedene Reichsstände haben durch besondere Privilegia noch eine höhere Summe herausgebracht.

§. 2119. Es giebt auch Fälle, in welchen die Appellation nicht zugelassen wird. Dies ist besonders der Fall, wenn der Oberrichter dem Unterrichter in einer gewissen Sache reſcribirt hat: er solle sich durch kein Appelliren hindern lassen.

Dies

Dies wird ein reſcriptum ſub clauſula genennt, und hat das beſondere, daß es gleich für rechtskräftig gehalten werden muß. Inzwiſchen hebt es doch die Klage über offenbare Ungerechtigkeiten des Unterrichters nicht auf.

LIB. XLIX. TIT. III.

Quis et a quo appelletur.

§. 2120. Wenn in einem Lande mehrere Superiores ſind, ſo haben dieſe entweder concurrentem iurisdictionem, oder nicht. Im erſtern Fall hat der Appellant die Wahl, an welchen er ſich wenden will. Hat er aber einmal gewählt, ſo kann er nicht mehr variren. Erklärt er ſich aber nicht, ſo ſteht es bei dem Unterrichter, an welchen er die Sache gelangen laſſen will.

Wenn ſie aber nicht concurrentem iurisdictionem haben, ſo muß einer dem andern ſubordinirt ſeyn. Iſt dies, ſo iſt die Regel: Appellatio non fieri debet per ſaltum, i. e. die Appellation muß an den unmittelbar höhern Richter gehen, der Appellant darf keine Inſtanz überſpringen. Geſchieht dies gleichwohl, ſo iſt die Appellation nicht deſert, ſondern der Appellant wird an den gehörigen Richter gewieſen, ausgenommen:

1) Wenn der unmittelbare Richter die Appellation nicht angenommen hat.
2) Wenn er ſuſpect iſt, oder
3) wenn Landesgeſetze ein anderes verordnen.

LIB. XLIX. TIT. IV.

Quando appellandum ſit et intra quae tempora.

§. 2121. Durch die Appellation ſoll die Sentenz von ihrer Rechtskraft abgehalten werden; folglich muß ſie innerhalb 10 Tagen interponirt werden. Nichts iſt allgemeiner in Deutſchland als dies. Außer Deutſchland aber z. E. in der

der Schweitz weicht man schon davon ab. Rep. §. 2109. Dies Fatale läuft a momento publicatae sententiae und wo die Minute nicht bestimmt ist, fängt es mit dem Momento des Endes der Session an: z. E. Hier um 12 Uhr. Wo aber die Minute bestimmt ist, wird auf der Sentenz bemerkt, wenn solche publicirt worden.

Auf die schedam appellationis setzt der Richter wieder den Tag, die Stunde und Minute, worinn sie praesentirt worden. Auch wird gemeiniglich darauf bemerkt, daß, warum und an welches Gericht appellirt worden.

LIB. XLIX. TIT. V.

De appellationibus recipiendis vel non.

§. 2122. Mit dem Augenblick, da die Appellation interponirt worden, ist des Unterrichters Iurisdiction quoad hanc causam suspendirt. Er darf also von nun an in der Sache nichts mehr unternehmen, auch nicht urtheilen, ob die Appellation anzunehmen, oder nicht, ob die Gravamina erheblich sind u. s. w. Widrigenfalls sind:

1) alle seine Handlungen nichtig und
2) er fällt dadurch in die poenam damni litis, i. e. er muß den Partheyen für allen Schaden genug thun, und noch überdies soll er 10 Mark löthigen Goldes zahlen.

Eben dies soll auch statt finden, wenn die Appellation ob neglectum formalium desert wird. Allein die Praxis weicht hievon ab, wenn von Reichsständischen Gerichten an die Reichsgerichte appellirt wird.

§. 2123. Da der Endzweck der Appellation ist, daß die Sentenz von ihrer Rechtskraft abgehalten werde, so folgt von selbst: daß gegen die Exsecution einer bereits rechtskräftigen Sentenz nicht mehr appellirt werden kann, weil man nicht sagen kann, daß man durch die Exsecution gravirt werde.

In allen Fällen aber, wo die Appellation den effectum suspensivum nicht hat, muß der Unterrichter ex reverentia erga superiorem Bericht an ihn erstatten, und gewärtigen, ob er die Appellation genehmige, oder nicht.

LIB.

LIB. XLIX. TIT. VI.

De libellis dimissoriis, qui apostoli dicuntur.

§. 2124 — 25. Das erste Fatale für den Appellanten war das Decendium, innerhalb welchem er die Appellation interponiren muß.

Das zweyte ist das Fatale actorum petendorum, i. e. der Appellant muß sich von dem iudice a quo die Acten ausbitten. Der Unterrichter giebt sie entweder in Abschrift, oder in Original her. Der Regel nach immer in Abschrift, welches dem Appellanten, wenn die Acten voluminös sind, hoch zu stehen kommt. Ausnahmsweise giebt er sie auch in Original heraus, wenn nämlich der Appellant das Armenrecht hat.

Das dritte Fatale ist das Fatale apostolorum petendorum. Apostoli heissen auch litterae dimissoriales — Abschiedsbriefe. Es kommt wohl nichts dabei heraus, deswegen steht zu erwarten, daß sie wohl noch in ganz Deutschland abgeschaft werden dürften. Man theilt sie ein in apostolos refutatorios, reverentiales et dimissoriales.

Sie helfen nichts, weil der Unterrichter kein Recht hat, die Appellation abzuschlagen. Rep. §. 2123. in fine. Und wenn er sagt: in honorem iudicis superioris wolle er der Appellation deferiren, so ist damit wieder nichts gesagt.

Die Zeit, binnen welcher die zwey letztern Fatalia beobachtet werden müssen, begreift 30 Tage a die publicationis sententiae, oder 20 Tage a termino effluxo. —

Man kann auch um beide Sachen gleich in der Scheda appellationis instanter, instantius et instantissime bitten und beifügen, daß man sich zu allen Solennien, oder zur Beobachtung der Fatalien anmit offerirt haben wolle.

In den römischen Gesetzen ist kein Grund enthalten, daß man instanter, instantius et instantissime um die Apostel bitten soll: aber demohngeachtet ist es an mehrern Orten so sehr iuris statutarii, daß man es nothwendig beobachten muß.

§. 2126 — 27. Ein neues Fatale ist auch das Fatale introducendae appellationis. Die Zeit, wenn solche ge-

schehen muß, bestimmt entweder ein Gesetz, oder der Unterrichter, wenn kein Gesetz dazu vorhanden ist.

Darauf folgt das Fatale iustificandae appellationis, welches der Oberrichter bestimmt. Um die Iustification zu erhalten, muß der Appellant zeigen, daß er alle und jede Fatalia bisher richtig und genau beobachtet habe. Dann bittet er, daß der Oberrichter seine Appellation quoad formalia für rechtsbeständig erkennen wolle. —

Wo die Sache mündlich verhandelt wird, muß auch der Appellat die Richtigkeit der Formalien anerkennen. Thut er dies nicht, so bleibt dem Appellanten nichts übrig, als daß er die Richtigkeit der Formalien aus den Acten erweist, wozu ihm aber schon ein Termin gegeben wird, wenn es nämlich noch dunkel ist, ob sie richtig beobachtet worden.

So lange die Formalien noch nicht richtig sind, so lange ist auch die Sache noch nicht an den Oberrichter erwachsen und er mithin noch nicht competens. Ist aber alles in Ordnung, so declarirt er, daß die Sache an ihn erwachsen sey und nun bringt der Appellant seinen libellum gravaminum gegen die Sentenz des Unterrichters.

Observ. Wenn der Oberrichter der Appellation deferirt, so muß er nicht definitive sprechen, sondern so behutsam, als möglich im Ausdruck seyn: z. E. dieweilen dies so und so zu seyn scheint, so dürfte die allegirte Stelle wohl nach allen Regeln der Auslegungskunst nicht anders zu *interpretiren* seyn, als so ꝛc. daß nämlich des Appellanten Gesuch gestattet werden müsse ꝛc. Denn er weiß ja doch noch nicht, ob nicht confirmatoria erfolgen muß.

Hierauf erfolgt ein neues Verfahren, und dann wird die Sentenz gesprochen. Die Sentenz ist entweder confirmatoria — da werden die Acten an den Unterrichter remittirt, und es heist in der Sentenz: wird hiemit für Recht erkannt, daß wohlgesprochen und übel appellirt sey; Oder reformatoria — da werden die Acten nicht remittirt, sondern die Sache bleibt beim Oberrichter.

Wir wollen auch hier einen Rechtsfall beibringen, in welchem ein Exempel von einer confirmatoria enthalten ist. Er ist folgender:

Carl Tinniger vertauscht im Jahr 1765 an den Tuchmacher Schindler, gegen einen nicht sonderlich fruchtbaren Garten,

Garten, eine Wiese, von welcher Schindler in der Folge um so größern Nutzen ziehen konnte, weil in den beiden nächstfolgenden Jahren das Heu sehr theuer wurde. Tinniger stirbt im Jahr 1770 und hinterläßt einen einzigen Sohn Jakob, welcher bei Untersuchung der ihm zugefallenen Erbschaft findet, daß sein Vater bei jenem Gütertausch über die Hälfte verkürzt worden war. Er verlangt deswegen von Schindlern Entschädigung, dieser will sich aber zu nichts verstehen.

Der junge Tinniger belangt hierauf den Schindler wegen dieser Verkürtzung über die Hälfte vor Gericht, und da dieser den ganzen Grund der Klage läugnet, so wird Tinnigern der Beweis aufgelegt.

Als nun dieser durch Zeugen und Kunstverständige darthut: daß seines Vaters Wiese 750 fl. der Schindlerische Garten hingegen nur 335 fl. werth sey; so wird den dritten Sept. 1770 für ihn gesprochen.

Schindler erklärt sich nun dahin, daß er, Kraft der ihm zustehenden gesetzlichen Wahl, den Garten zurück nehme, dem Tinniger aber seines Vaters Wiese wieder geben wolle.

Tinniger ist aber hiermit nicht zufrieden, sondern verlangt auch die Wiedererstattung der Früchte die der Beklagte bisher genossen hatte, und erbietet sich wegen der von seinem Vater vom Garten bezogenen Früchte zu einer Abrechnung, da dieser im Gegentheil sich weder zu dem einem noch andern verstehen, sondern die Wiese geradezu wieder heimgeben will.

Hierüber entstund nun ein neuer Rechtsstreit, nach dessen Erörterung aber für den Schindler gesprochen und erkannt wird, daß er zur Wiedererstattung der Früchte nicht verbunden sey.

Dagegen appellirt nun Tinniger und führt folgende Beschwerden an:

1) Der L. 2. C. de R. V. lege in dem Ausdruck: restituere — auch die Restitution der Früchte auf, und nach andern Gesetzen begreife dieser Ausdruck immer Sachen und Früchte zugleich.
2) Neminem locupletiorem fieri debere cum damno alterius.
3) Durch den L. 2. C. allegatam werde der ganze Contract aufgehoben und alles in vorigen Stand gesetzt.

Schindler will sich hierauf, weil der angeführte L. 2. C. auf den Gütertausch gar nicht anwendbar sey, auch gar nicht

mehr zur Aufhebung des Contracts bequemen, sondern schliest sich an diese Appellation an und setzt den gegnerischen Beschwerden entgegen:

Ad. 1) Der Ausdruck: restituere — seye nur von der Sache selbst zu verstehen, andere Gesetze können nicht hieher gezogen werden.

Ad. 2. Er habe die fructus suae possessionis iusto titulo gezogen.

Ad. 3) Die Schlusfolge des Appellanten seye falsch.

Gutachten.

So sehr sich auch Thomasius (in diss. de aequitate cerebrina L. 2. C. de R. V.) der Gültigkeit des L. 2. C. de R. V. widersetzte; so sind doch unsere Rechtslehrer einig, daß daraus auf Aufhebung eines Kaufcontracts geklagt werden könne, und daß er ob paritatem rationis auch auf Gütertausch und andere ähnliche Fälle anwendbar sey. Der L. 12. et 13. D. de legibus sagts auch ausdrücklich, daß man auf Aehnlichkeit des Grundes Rücksicht nehmen müße, weil die Gesetze unmöglich alle Fälle bestimmen können. Es hat folglich auch in diesem Fall hier bei dem ersten Spruch vollkommen sein Bewenden. Eine andere Frage ist aber diese:

Ob Tinniger die Wiedererstattung der von Schindlern bisher lucrirten Früchte fordern könne? —

Was die Entscheidung dieser Frage anlangt, so glauben wir auch hier das richterliche Bekenntnis bestättigen zu müssen, denn:

1) ist in dem L. 2. C. de R. V. offenbar nur von der Zurückgabe der Sache die Rede. Und da überhaupt diese Gesetzstelle hier von dem strengen Recht, nach welchem alle Contracte eine vollkommene Verbindlichkeit hervorbringen sollen, eine Ausnahme macht, so dürfen wir bei Erklärung derselben nicht extensive zu Werke gehen, und annehmen, daß unter dem Fundo auch die Früchte mitbegriffen seyn. Diocletian und Marmilian scheinen ohnehin hier, vielleicht durch die dringende Vorstellung des Lupus hingerissen, etwas verordnet zu haben, welches sie nicht in allen Fällen für geltend wollten angesehen wissen. Es lassen solches die Worte: humanum est — einigermaßen vermuthen; und wenn wir den darauf folgenden L. 8. C. eiusd. t. dagegen halten, worinn diese Verordnung des L. 2. so stark modificirt und eine dem strengen Recht und der allgemei-

nen

nen Theorie der Contracten-Lehre weit gemäßere Bestimmung gegeben wird, so erhält diese Vermuthung ziemliche Wahrscheinlichkeit; und ist um so viel gewisser, daß diese Gesetzstelle keine ausgedehnte Erklärung leide.

2) Kann auch Tinniger nicht sagen, daß Schindler durch Beziehung der Früchte von der Wiese zu seinem Schaden reicher geworden. Wir müssen annehmen, daß bei Schliessung des Contracts Schindler und der alte Tinniger vom Betrug gleich weit entfernt gewesen. Der Tausch wurde also auf die gültigste Weise eingegangen, und mithin wurde jeder Dominus von dem Gut des andern. Als Dominus aber war jeder befugt von seiner Sache Nutzen zu ziehen. Nun da sich die Umstände geändert haben, wird zwar der Contract aufgehoben; aber die Früchte werden, wie Hellfeld §. 1031. D. und Leyser sp. 205. m. 9. richtig bemerkt haben, compensirt.

Dies sind die Gründe, um welcher willen wir glauben: daß wohl gesprochen und übel appellirt sey.

Was aber die noch vorhandenen Früchte anlangt, so müssen solche sammt den verzehrten von der Zeit der Einlassung an auf Verlangen, auf beiden Seiten in Rechnung gebracht werden.

§. 2128. In dem Lege 4. Cod. de temp. et repar. appell. steht: daß die Partheyen noch jetzt das Recht haben sollen, dasjenige nachzuholen, was in der ersten Instanz nicht vorgebracht worden ist; non probata sollen sie also noch jetzt beweisen, non deducta noch jetzt deduciren können. Es versteht sich von selbst, daß die exceptiones dilatoriae, welche in der ersten Instanz nach der Litiscontestation nicht nachgeholt werden konnten, auch hier nicht statt finden. Aber wenn ich meine Beweisartikel intra terminum nicht übergebe, und der Richter sententionirt effluxo termino wider mich; so entsteht die Frage: darf ich mich hier noch auf den L. 4. Cod. berufen und fordern, daß der Richter zweyter Instanz meine Beweisartikel übernehmen müße? — Einige sagen Ja! andere Nein! Noch andere distinguiren: inter terminum probatorium legalem et a iudice praefixum und behaupten, daß es noch geschehen könne, wenn der Richter den terminum probatorium praefigirt hat. Allein diese Distinction taugt nichts; denn der terminus probatorius ist an sich schon peremtorisch und

praecludirt folglich den, der sich versäumt hat, er mag gesetzlich, oder vom Richter gegeben seyn. Wir müssen also der Strenge nach die Frage verneinen, es wäre denn: daß der Richter den, der sich versäumt hat, in integrum restituirte. — Anmerkung: Unsere alten Rechtslehrer nannten den L. 4. C. rosam inter spinas, weil die übrigen Gesetze dieses Titels gar keine Anwendung haben.

§. 2129. Enthält, was schon da war, daß nämlich der Unterrichter nach erhobener Appellation nichts unternehmen darf.

LIB. XLIX. TIT. VIII.

Quae sententiae sine appellatione rescindantur.

§. 2130. Wenn eine Sentenz einmal in Rechtskraft übergegangen ist, so findet kein remedium suspensivum dagegen statt, aber dennoch kann sie in einigen Fällen aufgehoben werden. Dies geschieht nun per remedia rescissoria, welches Rechtsmittel sind, durch welche bewirkt wird, daß eine rechtskräftige Sentenz wieder aufgehoben wird. Zu diesen Rechtsmitteln gehört:

I. Die Restitutio in integrum (repet. §. 436).
II. Das Remedium revisionis,
III. Supplicatio.

Das remedium revisionis hat in Deutschland dreyerley Bedeutungen.

1) Bei dem Reichs-Kammergericht ist Revisio eine Wendung an den Kaiser und das Reich wegen eines beschwerlichen Erkenntnisses in der Absicht, daß es rescindirt werde. Diese Revision hat einen effectum devolutivum, denn die Sache wird von dem Kammergericht weg, und an das iudicium revisorium gebracht. Einen effectum suspensivum aber hat es in der Regel nicht, sondern Ausnahmsweise,

a) in causis litigiosis et spiritualibus und

b) in allen Sachen, die älter sind als der jüngste R. A.

Summa

Summa revisibilis ist 2000 Thaler Kapital ohne Zinnsen. Ist aber von einem Recht die Rede, so wird es für inaestumable gehalten und folglich findet die Revision h. e. indistincte statt.

2) Nach allgemeinen deutschen Rechten ist die Revision ein Rechtsmittel, vermöge dessen die Verschickung der Acten an ein deutsches Spruchcollegium bewirkt werden kann. Diese Revision hat ihre Entstehung den privilegiis de non appellando zu verdanken. Die Churfürsten haben dies Privilegium, als Churfürsten, ohne Einschrenkung; andere haben es als ein privilegium speciale. Weil nun den Partheyen dadurch der Weg von dem Lande aus weiter zu appelliren abgeschnitten wurde, so wurde ihnen dafür eingeräumt, daß sie ihre Acten noch im Lande von einer andern Instanz, einem Spruchcollegio durften revidiren lassen.

3) Nach besondern deutschen Rechten findet noch eine Revision statt, welche aber blos effectum suspensivum hat und der Leuterung gleich ist.

Leuteratio (die Leuterung) ist ein Rechtsmittel, welches bei dem Unterrichter angebracht wird und effectum suspensivum hat. Der Richter muß erklären:

a) daß er binnen 10 Tagen leuteriren, i. e. das Urthel von der Rechtskraft abhalten wolle,

b) daß er es in quantum iuris thun wolle.

Nun wird ein terminus publicationis anberaumt, in welchem beide Theile erscheinen und ihren Recess machen. Mit den Formalien wird der Anfang gemacht und dann zu den Materialien geschritten. Sodann werden die Acten verschickt. — Beide Theile können leuteriren; es giebt aber auch eine adhaesionem leuterationis.

Wenn der Spruch sich mit Nunmehro anfängt, so ist dies ein Zeichen, daß das Urthel reformirt worden; die Confirmatoria muß sich mit: daß anfangen.

Anmerkung: Von der Leuterung wusten die Römer nichts; es kommt auch nicht viel dabei heraus. Die Appellation hat doch ihre bestimmte Grenzen, mit der 2ten ists aus; aber hier kann 10 mal leuterirt werden, bis es zur Definitiva kommt.

Auch die Supplication hat eine 3fache Bedeutung.

1) In sensu iuris romani ist sie eine Bitte, wodurch derjenige, welcher in einer von dem Imperante oder Richter gesprochenen Sentenz gravirt worden ist, neue Untersuchung und Abänderung der Sentenz bewirken kann.
2) Bei dem Reichs-Hofraths-Gericht ist sie eine Bitte an den Kaiser, eine von dem R. H. R. entschiedene Sache nach den Acten und vorliegenden Umständen noch einmal zu erwägen und das vorige Erkenntnis abzuändern.
3) In Braunschweig, Lüneburg und einigen andern Ländern ist sie ein bloses remedium suspensivum ordinarium.

§. 2131. Conf. Pütter in opusculis suis. Nr. 7. Schnaubert Erörterung der Lehre von den heilbaren und unheilbaren Nullitäten. Giesen 1780.

Die Nullität besteht in der Abwesenheit eines oder mehrerer wesentlichen Bestandtheile — dies ist der wesentliche Begrif.

Juristische Nullität besteht in der Abwesenheit eines vollkommenen Rechts und einer vollkommenen Verbindlichkeit.

Alle Quellen, woraus Rechte und Verbindlichkeiten entspringen können, sind Lex und Factum. Wo diese Quellen fehlen, da ist im juristischen Verstande gar nichts, noch weniger, als nichts.

Nullitas est

1) l. absoluta — wo das Geschäft selbst nicht intelligible ist, oder wo juristisch genommen ein Widerspruch herauskommen würde.
2) l. relativa — wo zwar das Geschäft intelligible und doch eine Nullität da ist, z. E. die Ehe der Kinder ohne Einwilligung der Eltern.

Nullitas in Beziehung auf den Proceß war bei den Römern, wenn es an einem oder dem andern Substantiale fehlte. Es lassen sich auch Nullitäten in Ansehung des Richters und der Partheyen gedenken. — Die Römer verordneten, daß ich sententiam nullam 30 Jahre lang soll anfechten können. Daraus sieht man, daß sich juristische Nullitäten mit der Zeit doch in etwas positives auflösen können. Ferner sagten die Römer; eine Sentenz ist entweder nulla oder iniqua; im erstern Fall sollen 30 Jahre, im letztern aber 10 Tage zur Appellation gegeben seyn. Die Grenze aber zwischen einer sententia nulla und iniqua ist schwer zu bestimmen.

Nun

Nun zum Spho. Die Klage, mit welcher sententia nulla angefochten werden soll, heist querela nullitatis, (die Nichtigkeits-Beschwerde.) Sie geht darauf, daß die Sentenz für nichtig erklärt werden soll. Die Nichtigkeit ist entweder in contentis sententiae, oder in constitutivis judicii zu suchen.

I. In contentis sententiae. Dahin gehört:

1) Wenn contra ius in thesi gesprochen worden, i. e. wenn der Entscheidungsgrund einer unbezweifelt rechtlichen Verordnung zuwider ist.
2) Wenn contra rem iudicatam anteriorem oder
3) aus falschen Urkunden gesprochen worden.
4) Wenn der Richter bestochen war, oder
5) wenn die Sache sich in errore calculi gründet.

II. In constitutivis iudicii. Da sind die Mängel zu suchen:

1) in forma processus, z. E. es fehlen Substantialia;
2) in subiectis iudicii. Hieher gehört:
   a) wenn der iudex incompetens ist,
   b) wenn die Partheyen das ius standi in iudicio nicht haben, oder
   c) legitimatio ad processum vel ad causam mangelt.

Nun haben aber die Sachwalter Gebrauch von der Nullitätsklage gemacht, wo sie nicht sollten. Um nun diesen Chikanen vorzubeugen, verordnete der jüngste R. A. von 1654. §. 121. daß die querela nullitatis *intra decendium* interponirt werden soll. Nachher soll sententia nulla nicht mehr angefochten werden können. §. 122. heist es: bei denjenigen Nullitäten aber, welche *insanabilem defectum* aus der Person des Richters oder der Parthey, oder aus den *Substantialibus* des Processes nach sich führen, verbleibt es bei der Disposition der gemeinen Rechte, d. h. a sententia nulla soll 30 Jahre lang und a sententia iniqua nur intra decendium appellirt werden können.

Dies also ist die merkwürdige Gesetzstelle, worüber soviel gestritten worden. Denn durch den §. 122. sind die Schwierigkeiten wirklich vermehrt worden.

Es entsteht also jetzt die Frage: was ist nullitas sanabilis? was insanabilis? — Hierüber sollte man eine authentische Erklärung haben, sonst wird des Gezänks unter den

Juristen kein Ende. Wir wollen die wichtigsten Meynungen anführen und dann unsere nachfolgen lassen.

1) Einige statuiren: nullitas sanabilis gründe sich auf einen Mangel in contentis sententiae, und daraus folge: daß nullitas insanabilis sich auf einen defectum in constitutivis iudicii gründen müsse. Diese Meynung hat vielen Schein.

2) Andere behaupten: in fine §phi 122. sey ein ganzer Passus, nämlich: oder *ex meritis causae* — vergessen und ausgelassen worden. Allein dies ist
   a) nicht historisch bewiesen,
   b) auch nicht wahrscheinlich, weil man in solchen Sachen sehr accurat zu seyn pflegt.

3) Noch andere behaupten: §. 122. enthalte die Regel und §. 121. die Ausnahmen. Die Fälle stünden nur hier, als Beispiele, aber andere seyen nicht ausgenommen.

4) Wieder andere sagen: die Reichsstände haben darauf gesehen, einige Insanabilitaeten auszuheben, bei welchen der Zeitraum von 30 Jahren statt finden sollte; die übrigen gehörten ad §. 121. Von den Nullitäten ex meritis causae und ex sententia iudicis sagen sie nichts. Diese gehören also gewis ad §. 121.

5) Allein nach unserer Meynung muß die Meynung sub Nro. 3. gerade umgekehrt werden. Man muß vielmehr sagen: §. 121. enthält die Regel und §. 122. die Ausnahme. Regel ist also, das Fatale ist ein Decendium, Ausnahme hingegen die 30 Jahre. In dubio sprechen wir dahero immer nach der Regel und sagen: das Decendium muß beobachtet werden. So ist wenigstens eine grosse Schwierigkeit gehoben. Nullitas insanabilis ist folglich nach dem jüngsten Reichsabschied, was er §. 122. ausgenommen hat; sanabilis, wo es bei der Regel bleibt, die also nicht aus den in §. 122. aufgeführten 3 Puncten entspringt.

Die Nullitätsklage kann übrigens beim Oberrichter so gut, als beim Unterrichter angestellt werden. Doch erfordert die Klugheit, daß ich sie beim Unterrichter nicht anbringe; wenn die Schuld an ihm selbst liegt.

Die Personen heisen: Implorant und Implorat, oder Querulant und Querulat.

Observ.

Observ. Die Beobachtung der Fatalien heist nicht nothwendig: ich appellire, es kann auch heisen, daß ich meine Nullitätsklage anbringe. Combinire ich die Nullitätsklage mit der Appellation, so hab ich keine Wahl mehr, sondern muß zum Oberrichter.

Heut zu Tag wird von den Sachwaltern die Nullitätsklage fast durchgängig mit der Appellation verbunden und nie principaliter angebracht. Denn wenn sie mit der Nullität nicht durchkommen, so haben sie doch die gravamina appellationis noch, welche bei der querela nullitatis principaliter angebracht, wegfallen würden.

LIB. XLIX. TIT. IX.

An per alium causae appellationum reddi possint.

§. 1232. Da wir in causis civilibus per procuratorem Klagen erheben können, so ist es unbezweifelt, daß auch die Appellation durch ihn geschehen kann, wenn er specielle Vollmacht dazu hat. Hat er keine specielle Vollmacht, so darf er zwar die Appellation interponiren, aber nicht prosequiren.

Ja auch einem Dritten ist es erlaubt zu appelliren, wenn er einen Abwesenden vor Gericht vertheidigt. Conf. L. 1 et 2. D. h. t.

§. 2133 — 2134. Bedürfen keiner Erklärung.

LIB. XLIX. TIT. XIII.

Si pendente appellatione mors intervenerit.

§. 2135. Es trägt sich bisweilen zu, daß der Appellant stirbt, eh noch der Appellations-Proceß geendigt ist. In diesem Fall können ihn die Erben ohne Bedenken fortsetzen, oder auch darauf renunciren. Zur Fortsetzung haben sie 4 Monate Bedenkzeit.

Nach unsern Rechten muß jedoch auf den Unterschied Rücksicht genommen werden; ob der Verstorbene den Proceß

in eigener Person, oder per procuratorem geführt hat. Im letztern Fall muß der Procurator die Appellation ohne Aufschub prosequiren; im erstern aber ruht die Sache, bis die Erben den Proceß wieder angenommen haben. Dies nennt man in iure die Reassumtion des Processes. Reassumtio ist also eine gerichtliche Handlung, Kraft deren die Nachfolger in einem Proceß erklären, daß sie denselben so, wie ihn ihr Erblasser nachgelassen hat, fortsetzen wollen.

Nachfolger wird hier in der allgemeinsten Bedeutung genommen, mithin sowohl für den, der titulo universali, als speciali an der Erbschaft Theil hat.

An einigen Orten ist nothwendig, daß der Nachfolger den Proceß feyerlich reassumire. Der Richter bestimmt einen Termin zur Erklärung. Folgt an diesem Termin die Erklärung nicht, so nimmt der Richter tacitam reassumtionem an. — Wenn der Erblasser heut gestorben ist, und Morgen oder Uebermorgen soll ein Beweis angetreten werden, so muß der Nachfolger den Beweis führen oder um Verlängerung des Termins bitten, sonst ist der Termin verlohren.

Wenn der Nachfolger liti renuncirt, so muß er als successor universalis die Processkosten, die vorwärts gemacht worden sind, zahlen; aber als successor singularis ist er nicht dazu verbunden. Conf. Philippi de reassumtione processus. Lipsi. 1749.

LIB. XLIX. TIT. XIV.

De iure fisci.

§. 2136. Fiscus ist der Innbegrif aller Güter und Einkünfte, die dem Regenten, als Regenten, gehören. Ius fisci ist also der Innbegrif aller der Rechte, die dem Regenten zur Erhaltung und Vermehrung der öffentlichen Güter und Einkünfte zustehen. Die Rechte des Fisci sind also zweyerley, sie betreffen entweder die Acquisition oder Conservation der Güter und Einkünfte. Zu den erstern gehören:

1) das Recht, Herrenlose Güter (bona vacantia) zu occupiren.

2) Das

2) Das Recht, Commissa zu vindiciren. Commissa sind Waaren, welche wegen Defraudation des Zolls weggenommen werden.
3) Das Recht, legata ereptitia an sich zu ziehen. (Conf. §. 1566.)

Zu den letztern gehören:

1) daß er auf das Vermögen des Schuldners ein Pfandrecht hat, und wenn das Vermögen vom Schuldner nach dem Contract mit dem Fiscus acquirirt worden, so ist es ein qualificirtes Pfandrecht, i. e. welches mit einem iure praelationis verbunden ist.
2) Daß er nie Satisdation zu leisten nöthig hat, quia fiscus semper locuples praesumitur.
3) Daß die exceptio compensationis nicht immer gegen ihn vorgeschützt werden kann.
4) Daß er res vitiosas verkaufen kann.
5) Daß man ihm in allen Fällen, er mag Kläger, oder Beklagter seyn, die Urkunden herausgeben muß.
6) Daß diejenigen, welche Güter von ihm in Pacht haben, bisweilen gezwungen werden können, den Pacht fortzusetzen.
7) Daß er aus jedem Contract Zinnsen fordern kann, ihm aber keine abgefordert werden können, wenn sie nicht expresse stipulirt worden.

Observ. a) Die Privilegia sind strictae interpretationis; wo also der Fiscus sich auf ein Privilegium beruft und es nicht erweisen kann, wird es ihm abgesprochen.

b) Wenn sich der Fiscus bereichern will, soll in dubio gegen ihn gesprochen werden.

LIB. XLIX. TIT. XV.

De captivis et de postliminio et redemtis ab hoste.

§. 2137. Die Kriegsgefangenen leiden nach dem römischen Recht die capitis deminutionem maximam, d. h. sie wurden aller Rechte beraubt und als Servi angesehen. Doch hielt man diesen Zustand nur in Beziehung auf den Feind für

für gerecht; in Beziehung auf den Staat hingegen wurde er für ungerecht gehalten. Deswegen machte man den Unterschied. Ein solcher Kriegsgefangener starb entweder in der Gefangenschaft, oder er entrann und kehrte ins Vaterland zurück. Im ersten Fall wurde per legem Corneliam fingirt, daß angenommen werden sollte, er sey in dem Augenblick gestorben, da er in die Gefangenschaft gerathen ist. Im 2ten aber, daß er niemals in der Gefangenschaft gewesen sey. Folglich bekam er seinen vorigen Zustand und alle verlohrne Rechte wieder.

§. 2138. Ius postliminii (das Rückkehrrecht oder Einsetzungsrecht in den vorigen Stand.) est ius, quo personae et res ab hostium potestate liberatae pristinum statum recuperant. Es erstreckt sich also auf Personen und Sachen.

1) Auf Personen. Da heist es ius postliminium im eigentlichen Verstande. Der Zurückkehrende bekommt alle Rechte wieder und wird angesehen, als ob er nie Gefangener gewesen wäre, wenn er nur den animum redeundi ad hostes nicht hat. Wer aber einen solchen Gefangenen ranzionirte, der hatte das ius retentionis.

2) Auf Sachen. (Da ist es so viel als Einsetzungsrecht in den vorigen Stand.) Merke den Unterschied zwischen den beweglichen und unbeweglichen Sachen. Bei diesen hat das ius postliminii indistincte statt; bei jenen aber nur
   a) wenn es res animatae sind, z. E. Pferde,
   b) wenn sie den unbeweglichen gleich geachtet worden, z. E. naves longae et onerariae;
   c) wenn sie dem Feind wieder abgenommen werden, ehe sie in Verwahrung gebracht waren.

In Ansehung der Sachen gelten diese römischen Rechtsprincipien noch; aber in Ansehung der Personen nicht, weil bei uns die Gefangenen dadurch keine Sclaven werden.

Die folgenden 2 Titel bedürfen keiner Erklärung.

LIB. XLIX. TIT. XVIII.

De Veteranis.

§. 2139. Veteranus ist derjenige, welcher seinen Abschied mit Ehren erhalten hat. Dies kann seyn

1) weil er 20 Feldzüge mitgemacht hat oder
2) weil er untüchtig geworden ist, ferner zu dienen.

Ein solcher Veteran hatte verschiedene Vorrechte und Freyheiten; er war z. E. frey von allen öffentlichen Diensten und Lasten, er war den Decurionen im Rang gleich u. s. w. Hodie hängt es von unsern Regenten ab, wie sie ihre Veteranen belohnen und halten wollen. Verdiente Officiere werden gewöhnlich im Alter mit Pension dimittirt und pro emeritis erklärt.

LIB. L. TIT. I.

De municipiis et de incolis.

§. 2140. In diesem letzten Buche ist das römische ius publicum enthalten. Municipia waren der Herrschaft der Römer unterworfene Städte, besonders in Italien, welche ihre eigene Gesetze, Verfassung und Obrigkeit, und zugleich das römische Bürgerrecht hatten. Die Einwohner solcher Städte hiesen Municipes. Sie konnten z. E. mit votiren, auch selbst öffentliche Aemter erlangen.

Bei uns werden die Municipia den Reichsstädten entgegen gesetzt; sie sind also solche, welche keine Landesherrlichen Rechte haben.

§. 2141. Die Municipes hatten ihre eigene Vorzüge und Rechte. Sie hiesen municipes *originarii*, wenn sie a patre municipe gezeugt; *recepti*, wenn sie in eine solche Stadt auf- und angenommen waren.

Es stund in der Willkühr der römischen Obrigkeit, welche sie aufnehmen wollten; hodie hängt es von den Statuten und Observanzen eines jeden Orts ab. Den in die Acht erklä-

klärten, den Landesverwiesenen und Haereticis wird kein Schutz ertheilt; auch in vielen Städten den Juden nicht.

Wer übrigens in einer Stadt das Bürgerrecht erlangen will, darf nicht suspect seyn und muß dafür eine gewisse Summe Geldes erlegen, auch den Bürgereid schwören.

§. 2142. Municipes haben das Bürgerrecht. Eben dadurch unterscheiden sie sich:

1) von den Incolis oder Schutzverwandten, welchen zwar der Aufenthalt verstattet und Schutz ertheilt wird, aber die Vorzüge der Bürger nicht.
2) Unterscheiden sie sich auch von den Forensibus, welche zwar Güter in der Stadt haben, aber keine Wohnung.
3) Von den Suburbicariis oder Vorstädtern, welche jedoch in den meisten Städten zum Bürgerrecht gelangen, und also nur an manchen Orten, wo dies nicht ist, für geringer geachtet sind.

LIB. L. TIT. II.

De decurionibus et filiis eorum.

§. 2143. In den Municipiis war einigen Mitgliedern die Gerichtsbarkeit und das Directorium übertragen. Diese hiesen man Decuriones, und pflanzten, wie die Senatoren in Rom, diese Dignitaet auf ihre Söhne fort. Sie wurden zu allerley Ehrenämtern erwählt, konnten aber auch zu Staatsdiensten gezwungen werden. Das Buch, worinn die Namen der Decurionen, wie sie auf einander folgten, eingeschrieben waren, hies Album.

LIB. L. TIT. IV.

De muneribus et honoribus.

§. 2144. Munus heist ein Amt, welches man zum gemeinen Besten übernehmen muß. War dies Amt mit einem gewissen Grad von Würde verbunden, so hies es: Honor.

z. E.

z. E. das Consulat. Ohne diese Würde blieb der Name: munus in specie.

Munera in specie waren dreyerley.

1) Munera realia s. patrimonialia waren solche Aemter, die mehr Aufwand, als Anstrengung erforderten.
2) Munera personalia — welche mit Mühe und Arbeit verbunden waren,
3) Munera mixta — welche Aufwand und Strapatzen kosteten.

2145. Nach dem Iure Romano waren Minderjährige von den Honoribus ausgeschlossen. Hatten sie aber das 25ste Jahr nur angetreten, so waren sie dieser Ehrenstellen doch fähig. Auch wurden diese Ehrenämter nur Stufenweise ertheilt und wer in honore stund, konnte mit keinem andern Amt belastet werden, obgleich übrigens jeder Bürger im Staat öffentliche Aemter zu übernehmen gezwungen wurde.

Hodie werden die öffentlichen Aemter mehrentheils vom Staat conferirt und der Imperans bestättigt sie. Z. E. so wählt der hiesige Altstädter Rath jedesmal seinen Syndicus und der Marggraf bestättigt die Wahl.

LIB. I. TIT. V.

De vacatione et excusatione munerum.

§. 2146. Bürger können zwar zur Uebernahme öffentlicher Aemter und Dienste gezwungen werden; jedoch giebt es Fälle, wo sie sich entschuldigen können. Der Grund zu dieser Entschuldigung ist

1) entweder in den gemeinen Rechten approbirt — dies heist: Vacatio;
2) oder er liegt in einem besondern Privilegio — dies heist: Immunitas.

Nach gemeinen Rechten sind von muneribus personalibus frey:

1) alle Minderjährige,
2) die das 70ste Jahr zurückgelegt haben,

3) Morbo fontico laborantes,
4) Milites.

Auch die Professoren sind nach allen akademischen Statuten von muneribus personalibus frey. Von muneribus sordidis s. potius vilioribus z. E. Thorwachen, sind der Adel, die Geistlichkeit, die Professoren und sonst noch viele Honoratiores bei uns frey; aber von der Einquartierung nur im Nothfall.

LIB. L. TIT. VI.

De iure immunitatis.

§. 2147. Immunitas ist der privilegirte Stand der Befreyung von öffentlichen Diensten und Lasten, und zwar entweder von allen und jeden, oder von einigen. Auch Res können durch Privilegien immunes werden. Weil aber Privilegia stricte zu interpretiren sind, so werden in dubio nur immunitates personales praesumirt.

Immunitas personalis hört mit dem Tod der Person auf, wenn sie nicht mit auf die Erben gerichtet ist. Von jeder Immunitaet ist übrigens der Nothfall ausgenommen. Conf. Ludovici de immunitate non excusante.

LIB. L. TIT. VII.

De Legationibus.

§. 2148. Legatus wird h. l. anders genommen, als im allgemeinen Völkerrecht. Im iure gentium ist Legatus derjenige, welcher von einem Gente an ein anderes öffentlicher Geschäfte wegen geschickt wird; h. l. aber derjenige, welcher von einem Municipio an den Imperantem in den Staatsangelegenheiten dieser Municipalstadt abgeschickt wird. Er grenzt also näher an den Deputirten, als eigentlichen Gesandten. Eben die Principia, welche bei den Mandata-

datariis angenommen wurden, gelten auch hier. Diese Legati hatten besondere Privilegia, nämlich:

1) tempore legationis und 2 Jahre nachher waren sie von muneribus personalibus frey.

2) Sie durften an dem Ort ihrer Gesandschaft nicht belangt werden, und wenn es gleichwohl geschah, so durften sie sich auf ihr Domicilium berufen.

3) Aller Aufwand und in Betref der Gesandschaft erlittene Schaden muste ihnen restituirt werden.

Observ. Letzteres gilt auch bei unsern abgeordneten Deputirten noch; nur dürfen sie nicht aufrechnen, was sie wollen, denn sie bekommen ihre Dieten.

LIB. L. TIT. VIII.

De administratione rerum ad civitates pertinentium.

§. 2149. Municipia sind Universitates; folglich können sie auch, wie diese, gemeinschaftliche Güter und eine Casse haben; folglich auch einen gemeinschaftlichen Administrator constituiren. Dieser heist curator civitatis s. municipii und hat die nämlichen Rechte und Verbindlichkeiten, die der Administrator überhaupt hat. Folglich muß er gehörigen Fleis anwenden, Rechenschaft ablegen, dolum und culpam levem praestiren, reliqua restituiren.

Mehrere curatores civitatis sind in solidum zu haften verbunden, doch so, daß derjenige, welcher wirklich administrirte, zuerst belangt wird. Conf. Leyser spec. 676. seq.

LIB. L. TIT. IX.

De decretis ab ordine faciendis.

Municipia sunt universitates; folglich können sie auch, wie die Universitates Statuten machen. Wie aber die Statuten überhaupt gemacht werden, haben wir oben §. 91. auseinander gesetzt. Alle Municipes müssen nämlich convocirt werden, von diesen müssen wenigstens $\frac{2}{3}$ erscheinen und von diesen plurimi consentiren.

LIB. L. TIT. X.

De operibus publicis.

§. 2150. Die Municipia hatten sowohl zur Nothwendigkeit, als zum allgemeinen Besten mancherley öffentliche Gebäude nöthig, z. E. die Brunnengebäude und andere mehr. Darüber wurde nun einer gesetzt, welcher curator operum genennt wurde. Die schon erbauten musten in bäulichem Wesen erhalten werden. Diejenigen aber, welche erst errichtet werden sollten, wurden entweder auf öffentliche Kosten erbaut, oder auf Kosten eines Privati. Im erstern Fall durfte nur der Name des Imperantis darauf gesetzt werden; im 2ten der Name dessen, der die Kosten dazu hergab.

Bisweilen wurden Vermächtnisse zu öffentlichen Gebäuden von Privat-Personen ausgesetzt. Wenn nun dabei die specielle Anwendung vorgeschrieben, so durfte das Geld sine consensu principis nicht anders angewendet werden. War aber nichts vorgeschrieben, so wurden diese Vermächtnisse theils zur Conservation der schon vorhandenen Gebäude, theils zu Erbauung neuer, wenn welche nöthig waren, angewendet.

LIB. L. TIT. XI.

De nundinis.

§. 2151. Nundinae sind gewisse Zeiten, an welchen allerley Handelsleute an einem gewissen Ort zusammen kommen, ihre Waaren feilbieten und unter gewissen Bedingungen feilbieten und verkaufen dürfen.

Nach dem iure hodierno dürfen bisweilen nur Einheimische dazu kommen, oder auch fremde. Den Fremden ist das Privilegium entweder vom Kaiser ertheilt, oder vom Landesherrn. Im erstern Fall heissen sie nundinae imperiales — Messen; im zweyten nundinae provinciales — Märkte. Letztere werden wieder in Jahr, Monat- und Wochenmärkte eingetheilt.

Die Privilegia, welche den Kauf- und Handelsleuten zur Meßzeit zustehen, sind an jedem Ort anders.

Einige derselben sind:

1) Daß man verkaufen darf, was man will, mithin cessiren zur Meßzeit alle Monopolien.

2) Daß die Meßleute während der Messe einer Privatschuld wegen nicht sollen aufgehalten werden; es müste denn seyn, daß man sieht, daß die Bosheit dadurch offenbar begünstigt würde.

LIB. L. TIT. XII.

De pollicitationibus.

§. 2152. Pollicitatio in genere est promissio acceptatione destituta. In der Regel sind die Pollicitationen nicht verbindlich; wenn sie aber ein Votum enthalten, oder wenn dem Staat, oder einer Universitati Versprechungen geschehen; dann sind sie verbindlich und heissen pollicitationes in specie.

§. 2153. Bei pollicitationibus in specie hat man zu merken:

1) Die

1) Die Person muß sich verbinden können,
2) Die Pollicitation muß ex iusta causa geschehen: z. E. der Ehre oder des gemeinen Besten wegen. Fehlt der Grund, so gilt das Versprechen nicht, es wäre denn, daß der Pollicitator schon angefangen hätte zu erfüllen. Conferatur L. 1. §. 1 et 2. it. L. 25. D. h. t.

Die Wirkung eines solchen Versprechens ist, daß ius et obligatio sogleich daraus entsteht. Es kann also gleich gegen den Pollicitatorem oder seine Erben auf die Erfüllung des Versprechens geklagt werden. Nach dem L. 1. et 2. D. h. t. können auch usurae morae gefordert werden. Die Klage ist die actio in factum. Wenn der Pollicitator verarmt ist, so kann er oder der heres extraneus durch Darbietung des 5ten Theils frey werden. Die Kinder hingegen werden frey, wenn sie nur den 10ten Theil offeriren.

LIB. L. TIT. XIII.

De extraordinaria cognitione et si iudex litem suam fecisse diceretur.

§. 2154. Wenn eine Magistratus blos das Recht untersuchte und die Untersuchung des Facti dem iudici pedaneo nach einer vorgeschriebenen Formel überlies, so nannten die Römer dies cognitionem ordinariam. Wenn sie aber auch das Factum untersuchte, so hies dies: cognitio extraordinaria, weil es ordentlicher Weise nicht zu geschehen pflegte.

In Sachen die keinen Aufschub litten geschah dies auch in den Municipalstädten.

Allein ob statu mutationem findet dieser Titel hodie keine Anwendung mehr. Causae moram non ferentes werden bei uns durch eine niedergesetzte Commission brevissime abgethan.

§. 2155. Iudex litem faciens suam ist jeder, der den Partheyen entweder dolose oder culpose Schaden verursacht. Diesen Schaden muß er nun ersetzen; daher findet gegen ihn die actio in factum statt, welche von andern ICtis actio de syndicatu genennt wird. Distingue: Iudex male iudicat:

1) aut

1) aut per iniustam sententiam, h. e. haftet er ob dolum et culpam latam. Ratio: denn wenn den Partheyen seine Sentenz nicht behagen will, so haben sie die Befugnis remedia suspensiva zu interponiren.
2) aut alio modo — da muß er pro dolo et imperitia stehen.

LIB. L. TIT. XIV.

De proxeneticis.

§. 2156. Proxenetae (Mäkler, Unterhändler, Unterkäufler, Kuppler, Freywerber, auch amici) sunt ii, qui in diversis negotiis extraiudicialibus nobis assistunt pro mercede. Sie müssen, wenn sie irgend ein Geschäft für uns zu Stande bringen, einen mäßigen Lohn bekommen, auch wenn er nicht expresse ausbedungen worden, welcher Proxeneticum genennt wird.

Wenn sie in dolo versiren oder culpam latam zu Schulden bringen, so müssen sie den Schaden indistincte ersetzen, wenn sie sich aber zu unerlaubten Geschäften brauchen lassen, werden sie auch zur Strafe gezogen. Wenn sie übrigens beiden Theilen als Unterhändler gedient haben, sind sie testes omni exceptione maiores, haben sie aber nur einem Theil gedient, so sind sie suspect. Conferatur Leyser spec. 681. med. 9. et 10.

LIB. L. TIT. XV.

De censibus.

§. 2157. De censu Germanorum wurde §. 617. gehandelt. Secundum ius romanum est census.
1) consignatio civium romanorum eorumque bonorum in libris censualibus auctoritate censorum facta,
2) Praestatio patrimonialis secundum libros censuales a civibus facienda.

Census wird ferner in realem et personalem eingetheilt, je nachdem er nach Maasgabe des Vermögens, oder der Person wegen entrichtet werden muß. Ersterer heist germanice, die Schatzung, letzterer die Kopfsteuer. In Ansehung des census realis hält sich der Fiscus immer an den Besitzer der Grundstücke, weil durch die Contracte der Privatpersonen der Fiscus nichts von seinen Rechten verliehren kann.

Bei den Römern hatten auch die Municipalstädte das Recht einen Censum aufzulegen, heut zu Tag hat dies Recht blos der Landesherr.

Ende des zweyten und letzten Theils.

Regi-

Register

über die Proceßmaterien, welche nach der bisherigen Methode in den Pandekten hin und wieder zerstreut abgehandelt werden.

I. Processualische Haupthandlungen.

A. Von den gerichtlichen Handlungen vor dem Beweisverfahren.

a) Von der ersten Handlung des Klägers oder der Klage. Tit. de edendo. L. II. Tit. 13.

b) Von der Ladung. Tit. de in ius vocando. L. II. Tit. 4.

c) Von der Legitimation. Tit. de procuratoribus. L. III. Tit. 3.

d) Von der ersten Handlung des Beklagten oder der Antwort:

α) Von den verzögernden Schutzreden. Tit. de exception. LIB. XLIV. TIT. I.

β) Von der Litiscontestation. Tit. de iudiciis. L. V. Tit. 1.

γ) Von den entkräftenden oder zerstörenden Schutzreden. Tit. de exceptionibus etc. Lib. XLIV. Tit. 1. in specie §. 1886.

e) Von der zwoten Handlung des Klägers, oder der Replik. Tit. de exceptionibus. Lib. XLIV. Tit. 1. in specie §. 1888.

f) — — — des Beklagten, oder der Duplik. ibidem.

g) Von der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der dritten, vierten Handlung ꝛc. ibidem.

h) Von dem Beweis-Interlocut. Tit. de probationibus. L. XXII. Tit. 3. in specie §. 1154.

B. Von dem Beweisverfahren selbst.

a) Von dem Beweis und Gegenbeweis überhaupt. Tit. de probationibus etc. Lib. XXII. Tit. 3.

b) Von dem Beweistermin, Beweisartikeln und Fragstücken. ibid. §. 1155. et Tit. 5. §. 1179.

c) Von verschiedenen Beweisarten.

a) Durch Geständnis. Lib. XXII. Tit. 3. §. 1146. it. 1799.

b) Durch Zeugen. Tit. de testibus. L. XXII. Tit. 5.

c) Durch

c) Durch Urkunden. Tit. de fide instrumentorum. Lib. XXII. Tit. 4.
b) durch Eid. Tit. de iureiurando. Lib. XII. Tit. 2.
e) durch Augenschein. Tit. de probat. Lib. XXII. Tit. 3. §. 1150.
f) Durch Kunstverständige. ibid.
d) Von dem Zeugen-Rotulus und dessen Eröfnung. Tit. de testibus. L. XXII. Tit. 5. §. 1184.
e) Von den Verhandlungen der Partheyen über die geführten Beweise. ibid. §. 1185.
C. Von den gerichtlichen Handlungen nach dem Beweisverfahren.
a) Von Hintersetzung zum richterlichen Spruch. Tit. de re iudicata etc. L. XLII. Tit. 2. §. 1789.
b) Von der Inrotulation und Versendung der Acten. ibidem. §. 1787.
c) Von Lesung der Acten und Entwerfung des Urthels. ibidem §. 1788.
d) Von der Exrotulation und Eröfnung des Urthels. ibidem §. 1791.
e) Von der Appellation und andern Rechtsmitteln. Tit. de appellat. L. XLIX. Tit. 1. seq.
f) Von Vollstreckung des Urthels. Tit. de re iudicata etc. L. XLII. Tit. 1.
II. Verschiedene processualische Zwischenhandlungen.
1) Von dem Beweis zum ewigen Gedächtnis. Tit. de probat. L. XXII. Tit. 3. §. 1148.
2) Von dem Ungehorsam und der Caution. Tit. Si quis caution. etc. Lib. II. Tit. 11. it. Tit. qui satisdare etc. L. XII. Tit. 8.
3) Von der Litisrenunication, Abänderung und Verbesserung der Klage §. 504.
4) Von der Wiederklage §. 204. seq.
5) Von den Positionen §. 747.
6) Von der Intervention §. 531.
7) Von der Litisdenunciation §. 1125.
8) Von der Benennung des Auctors §. 586.
9) Von der Reassumtion des Processes. §. 2135.
10. Von Nachsuchung um Erläuterung des Urthels §. 2112.

ERRATA.

Zweyter Theil.

Seite 3 Pi-gnus - statt Pig-nus. S. 11 mehrentheils - statt mehrentheils. S. 20 Herzschlechtig - statt Haarschlächtig. S. 22 Herzschlechtig - statt Haarschlechtig. S. 26 gieng - statt ging. S. 27 Dupli stipulatio - statt Duplae stip. S. 29 die zwote Frage - statt die zweyte Frage. S. 34 Lange Zeit - statt Langezeit. S. 35 unten, lies usuras ultra alterum tantum. S. 36 ist ebenfalls das Wort: alterum fehlerhaft ausgelassen. S. 39 ist der Custos falsch oder statt obe. S. 40 Alimentandus - statt Alimendandus. S. 48 probatorias - statt probatoris. S. 50 Gegenbeweis - Gegenweis. S. 62 Eidesdelation - statt Eidesdelation. ibid. Rigoureux - statt Rigoureus. S. 67 Exce-ption - statt Excep-tion. S. 74 Ignorantia - statt Ignorentia. S. 77 filiarumque - statt filiarumque. S. 85 kann - statt kannn. S. 87 zu der zwoten - zu der zweyten. ibid. die zwote Verlobung - statt die zweyte. S. 91 nachdem - statt nach dem. ibid. die Regel - statt die Negel. S. 116 daß - statt daß. ibid. lin. vlt. muß es heissen, doch gelten sie *in* praxi. S. 121 ad - statt od. Siehe Seite 123 Zeile 7 von unten. Seite 125 bei - statt be. S. 137 des beizubringenden Inventarii - statt Zubringens Invent. S. 155 del. und, nemlich der Vormund, von vor und Mund. S. 165 anbetrist - statt antrist. S. 171 zween Fälle - statt zwey Fälle. S. 175 Sollte in dem Schemate der Ring des Buchstabens C. durchstrichen seyn. S. 176 Vaters - Vaters. S. 182 mino-rum - statt mino-um. S. 190 Erziehung - statt Erziehung. S. 111 Entschuldigung - Entschuldeigung. S. 215 Pflicht - Pflicht. S. 217 der Richter - statt der Richter. S. 228 modum alienandi - statt dodum etc. S. 237 pro prodigo - statt prodigio. S. 242 zween Gerichtsschöppen - statt zwei ꝛc. S. 246 lies in lin. vlt. weil diese Ordnung nicht in der Notariats-Ordnung Max. Imi befindlich ist - statt weil diese Ordnung nicht in der Notariats-Ordnung. S. 250 unten streiche von dem Worte *Delatio* bis popularis durch. S. 251 lin. 20 nach - statt vor. S. 261 de secund. nupt. - statt secund. nupt. S. 265 Titius - statt titius. S. 273 Titius - statt titius. S. 284 extranea - statt extran a. S. 292 gestionis pro herede zu merken, daß die facta filiorum etc. - statt gestionis pro herede, die facta filiorum. S. 317 Baulenten - statt Baulenten. S. 318 lin. 9 von unten deleatur comm. post L. 1. et 2. C. S. 323 Testivers - statt Testives. S. 338 umkommen - statt umkemmen. S. 347 alienum statt alienam. S. 380 nach possessionem setze: verlangen und ausserdem ꝛc. S. 388 ficte - statt ficte. S. 391 lin. 2 von oben setze nach römischen Rechten ꝛc. S. 396 filio - statt filio. S. 404 nach den Worten die Stiefkinder setze: den statt die. S. 413 derelinquiren - statt derelinguiren. S. 424 quoad - statt quod. S. 455 verlangen wollte - statt verlan gewollte. ibid. sein - statt seyn. S. 470 usucapiendi - statt usucapidi. S. 471 lin. 4 von unten suppl. nach so giebt: verbum er ꝛc. S. 475 Excep-tionibus setze Exce-ptionibus. S. 488 sieht - statt sieh. S. 488

Par-

particularem - statt particula em. S. 504 lin. vlt. tinenti - statt tinendi S. 505 lin. 8 zween - statt zwey. Mehrmalen ist zwei mit zween oder zwo verwechselt. S. 511 lin. 15 bis die Restitution geschehen ist - statt bis die Restitution ist Hin und wieder lies wirklich, wirken, Wirkung, statt würklich u. s. w. Wenn das Wort exsecutio ein deutsches Endigungs n erhalten, so schreib es immer gros, z. E. Exsecution; so auch Satisdation u. s. w. Bei den Abtheilungen und Unterabtheilungen sind öfters die Zalen und Buchstaben versetzt, auch das Spatium nicht breit genug leer gelassen worden. Die übrigen Druckfehler wird der geneigte Leser leicht selbst abändern.

280

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1696968690/phys_0615
DFG

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1696968690/phys_0616
DFG

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de
/rosdok/ppn1696968690/phys_0617
DFG

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1696968690/phys_0618
DFG

obachtung der Fatalien heist nicht noth-
, es kann auch heisen, daß ich meine
ge. Combinire ich die Nullitätsklage
so hab ich keine Wahl mehr, sondern

ird von den Sachwaltern die Nullitäts-
ig mit der Appellation verbunden und
ebracht. Denn wenn sie mit der Nulli-
n, so haben sie doch die gravamina ap-
liche bei der querela nullitatis principa-
gfallen würden.

XLIX. TIT. IX.

usae appellationum reddi possint.

ir in causis civilibus per procuratorem
en, so ist es unbezweifelt, daß auch die
geschehen kann, wenn er specielle Voll-
t er keine specielle Vollmacht, so darf er
interponiren, aber nicht prosequiren.
Dritten ist es erlaubt zu appelliren,
esenden vor Gericht vertheidigt. Conf.

134. Bedürfen keiner Erklärung.

XLIX. TIT. XIII.

ppellatione mors intervenerit.

trägt sich bisweilen zu, daß der Appel-
der Appellations-Proceß geendigt ist.
nen ihn die Erben ohne Bedenken fort-
auf renunciren. Zur Fortsetzung haben
fzeit.
Rechten muß jedoch auf den Unterschied
werden; ob der Verstorbene den Proceß
in