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

Samuel Gottfried Liekefett

Praktischer Commentar über die Pandekten

Zweyter Theil : Welcher den Beschluß des vierten, den fünften und sechsten, und den Anfang des siebenten Titels, des ersten Buchs der Pandekten, enthält

Leipzig: bey Adam Friedrich Böhme, 1796

http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888

Band (Druck) Freier Zugang



Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0001
DFG

Kl. 8 — 653 (1)
Kl. 8 — 653 (2)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0002
DFG

Praktischer Commentar über die Pandekten

nach dem Lehrbuch

des Herrn GRR. Hellfeld.

Zweyter Theil,

welcher den Beschluß des vierten, den fünften und sechsten, und den Anfang des siebenten Titels, des ersten Buchs der Pandekten, enthält.

Leipzig,
bey Adam Friedrich Böhme.
1796.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0005
DFG

Ex
Bibliotheca
Academiae
Rostochiensis

Vorrede.

Dem gütigsten Beyfall der achtungswürdigsten Rechtsgelehrten verdanke ich es, daß einige Wochen nach Erscheinung des ersten Theils dieses meines praktischen Commentars über die Pandekten, schon wieder mit dem Druck des zweyten Theils der Anfang gemacht, und solcher in kurzer Zeit beendigt werden können. Wird der erste Theil eines aus vielen Bänden bestehenden Werkes, dessen Verlag gegen sieben hundert Reichsthaler kostet, nicht gleich so stark gekauft, daß der Herr Verleger wegen der darauf verwendeten Summe hinlänglich gesichert ist, so kann man es keinem vorsichtigen Herrn Buchhändler verargen, wenn er Bedenken trägt, auf den Druck des zweyten Bandes aufs neue sieben hundert Reichsthaler in der

Hoffnung zu verwenden, er werde keinen Schaden leiden. Dieser gütige Beyfall macht mir es daher zur heiligsten Pflicht, alle meine Kräfte aufzubieten, damit die Erwartung so achtungswürdiger Männer wenigstens größtentheils befriediget werden möge.

Ich glaube nicht unrichtig zu schließen, wenn ich behaupte, daß nichts so sicher die Hochachtung für die Wissenschaften zu erkennen giebt, als wenn wichtige neue Schriften gekauft werden. Mit Vergnügen wird daher jeder Menschenfreund bemerken, daß es unter den Rechtsgelehrten ebenfalls noch viele achtungswürdige Männer geben muß, welche sich die wichtigsten neuen juristischen Schriften anschaffen, da von Zeit zu Zeit dergleichen herauskommen, die oft sehr theuer sind.

Man würde doch wohl etwas Partheylichkeit verrathen, wenn man es leugnen wollte, daß ein Commentar über die Pandekten, wie ich die Abfassung desselben in der Vorrede zum ersten Theile kurz geschildert habe, nicht unter die wichtigsten juristischen Schriften gerechnet werden könne. Wer es weiß, daß die mehresten einzelnen römischen Gesetze, über tausend Jahre, von den scharfsinnigsten Männern geprüft und angewendet worden, daß in keinem Staate zu einer so mannichfaltigen Anwendung auf die verwickeltesten menschlichen Handlungen Gelegenheit vorgekommen ist, wird das römische

mische Gesetzbuch für den größten Schatz von juristischen Wahrheiten halten, und seine Hochachtung gegen dasselbe wird desto mehr wachsen, je größer sein Scharfsinn ist.

Alle große Rechtslehrer gestehen es, daß die Pandekten für ein nicht genug zu empfehlendes Buch zu halten sind. Die vortrefflichen Grundsätze von Billigkeit, welche man auf jeder Seite in Menge entdeckt, rühren größtentheils aus den besten Zeiten der Republik, und von Männern her, welche ohne alle eigennützige Absichten, und aus wahrer Liebe für ihre Mitbürger, sich der Rechtsgelehrsamkeit widmeten. Viele davon lebten unter dem August, durch dessen Großmuth und Aufmerksamkeit die Wissenschaften aufs höchste gestiegen waren. Ihre Schreibart zeichnet sich also vorzüglich durch Kürze und Stärke aus, und ist, wenig Kunstwörter ausgenommen, welche jede Wissenschaft hat, eben so rein, als die Sprache der klassischen Schriftsteller ihres Zeitalters. Die übrigen spätern Erklärer der Gesetze bekleideten die höchsten Würden im Staate, und waren eben sowohl wegen ihrer Fähigkeiten und Kenntnisse, als wegen ihres rechtschaffnen Charakters berühmt. Sie vertheidigten oft kühn die Rechte der Menschheit gegen die Unterdrückungen schlechter Richter, und gaben durch ihren Muth und ihre Standhaftigkeit, den billigen und edlen Grundsätzen Ansehen und Dauer, welche ihre Nach-

folger in das berühmteste Gesetzbuch aller Zeiten aufnahmen.

Wie sehr schaden sich daher diejenigen Rechtsgelehrten nicht, die diesen großen Schatz von juristischen Wahrheiten so wenig benutzen, und sehr selten ein gutes juristisches Buch mit Aufmerksamkeit lesen? Daß die scharfsinnigsten neuern Gesetzgeber, die römischen Rechtsgelehrten an Einsichten nicht übertroffen haben, bemerkt jeder Kenner des römischen Rechts daraus, daß die besten heutigen Gesetzbücher alles Vortreffliche enthalten, was im römischen Rechte vorkommt. Man lese nur z. B. das neue Königlich Preussische allgemeine Landrecht, wenn man nicht Zeit und Gelegenheit hat, sich mit dem Inhalte der Oestreichischen und anderer guter neuer Gesetzsammlungen bekannt zu machen.

Ist dieser Satz gegründet, so kann man wohl nichts anders, als eine Art von hoher Betrübniß darüber empfinden, wenn man so oft von den Buchhändlern hören muß, daß in vielen Ländern gar keine guten Schriften über das römische Recht, unter dem Vorwande gekauft werden, man könne es daselbst gar nicht mehr brauchen. Den sichersten Beweis von der Unrichtigkeit dieser Vorstellung findet man darin, daß in den Entscheidungen der höchsten Gerichte in diesen Staaten, beständig zum Beweis der Richtigkeit ihrer Zweifels- und Entscheidungs-

dungsgründe, die besten Schriften über das römische Recht angeführt werden, und daß alle gründliche Rechtsgelehrte aus diesen Ländern, wenn sie über ihr vaterländisches Recht etwas schreiben, diese Schriften beständig anführen und benutzen.

Hat also das römische Recht noch heut zu Tage einen so großen Werth für alle Rechtsgelehrte, so muß ein Werk, worin die Erklärungen der einzelnen heut zu Tage noch anwendbaren Gesetze, wie sie von den größten Rechtsgelehrten vorgetragen worden, zusammen gestellt sind, welche Absicht ich bey der Herausgabe meines praktischen Commentars über die Pandekten habe, gewiß Aufmerksamkeit verdienen; und wie sehr freue ich mich, daß der gute Absatz desselben mich hiervon so angenehm überzeugt. Ich bitte aber alle achtungswürdige Herren Rechtsgelehrte recht angelegentlich, sich von der fernern Prüfung meiner Arbeit, durch keine Scheingründe, oder wohl gar hämische Urtheile abhalten zu lassen, sondern beständig auf die Grundsätze Rücksicht zu nehmen, nach welchen ich meinen Commentar gewissenhaft auszuarbeiten suche, und wogegen sich nichts Gegründetes sagen läßt.

Vorzüglich bitte ich diese achtungswürdigen Männer, sich dadurch nicht etwa gegen meine Arbeit einehmen zu lassen, weil sie für zu weitläuftig ausgegeben wird. Es kann Niemand darüber

urtheilen, wie erstaunend groß die Anzahl der Rechtswahrheiten ist, welche das Privatrecht, der Proceß und das peinliche Recht enthält, als wer die besten Schriften darüber auch nur flüchtig durchgelesen hat, deren Anzahl auf zwey tausend Bände beträgt. Da ich alle 50 Bücher der Pandekten erklären will, so kommen also die sämmtlichen praktischen Rechtswahrheiten aus dem Privatrechte, aus dem Proceß und aus dem peinlichen Rechte darin vor. Wie nützlich und brauchbar muß daher dieses Werk allen Rechtsgelehrten seyn, weil sie darin aus den besten Schriften das Beste beysammen finden! Es läßt sich darüber aber schlechterdings nicht eher nach der Wahrheit entscheiden, was von mir geleistet worden, bis ich das ganze Werk geendigt habe. Die Inhaltsanzeige und das Register werden dieses Urtheil sehr erleichtern.

Es scheint mir nöthig zu seyn, auch darauf aufmerksam zu machen, daß das erste und zweyte Buch der Pandekten eine größere Anzahl von Titeln enthält, als alle übrige Bücher, und daß folglich die Erklärung derselben weit länger aufhält, als die übrigen Bücher der Pandekten. Man würde also entweder übereilt schließen, oder aus Vorsatz etwas Falsches behaupten, um meiner Arbeit zu schaden, wenn man vorgeben und als sicher annehmen wollte: da in den fertigen zwey Bänden noch nicht einmal das erste Buch der Pandekten

dekten erklärt worden sey, so müsse dieses Werk gewiß auf 50 Bände anwachsen, wenn die Erklärung aller 50 Bücher der Pandekten so weitläuftig bleibe. Welcher Student, der die Pandekten nur einmal gehört hat, weiß es nicht, daß die Lehre von Vermächtnissen im 30. 31. 32sten Buche der Pandekten vorkommt, und diese drey Bücher doch nur aus einem Titel bestehen? Wie viel kurze Titel giebt es nicht in andern Büchern, welche im Voet, Lauterbach, Struv, auf ein Paar Seiten hinlänglich erklärt worden sind?

Alle Rechtsgelehrte, denen es darum zu thun ist, zu Ersparung der Zeit, ein Buch zu haben, in dem sie das Beste aus andern guten Schriften, über die ganzen Pandekten zusammen getragen finden, werden sich also durch die Vorstellung von der großen Anzahl von Bänden nicht abschrecken lassen, dieses Werk fortzusetzen, da der erste Theil ihren Beyfall gefunden hat. In drey bis vier Jahren haben sie ein gewiß nützliches Werk in ihrer Büchersammlung, und für wenig Geld, wenn sie von der Pränumeration Gebrauch machen wollen. Bey des verstorbenen Herrn Regierungssecr. Müllers Promtuarium ließen sich auch manche Rechtsgelehrte durch die Weitläuftigkeit abhalten, dieses nützliche Buch zu kaufen; vielen einsichtsvollen Rechtsgelehrten war es aber noch nicht ausführlich genug, und daher entschloß sich der Herr Verfasser,

dieses Werk bis auf 30 Alphabet zu vergrößern, und blos das Privatrecht abzuhandeln.

Da ich schon etwas ausführlich gewesen bin, so werde ich über die Urtheile von meiner Arbeit, die mir bekannt worden, in der Vorrede zum künftigen Theile, welcher g. G. zur Ostermesse erscheint, das Nöthige bemerken. In der Folge werden jährlich drey Bände erscheinen, wenn mir Gott Gesundheit schenkt, von dessen Güte ich mir fernern Segen zu meiner Arbeit erbitte.

Inhalt.

Inhalt.

Lib. I. Tit. IV.

de

Constitutionibus Principum.

§. 106. 107. 108.

Die Ursachen, warum ein Privilegium seine Kraft verlieren kann, lassen sich in drey Classen abtheilen, 1. Wie lange gilt ein Privilegium, das nur auf eine gewisse Zeit ertheilt worden? 1. Wenn verliert ein persönliches Privilegium seine Kraft? 2. Wenn hören Privilegien auf, die einer moralischen Person ertheilt worden? 3. Vom Verlust eines Privilegiums, das mit einer Würde verknüpft ist, 3. Wenn hört ein Realprivilegium auf? 3. Kann ein Privilegium vom Gesetzgeber wiederrufen werden? 4. Einige Rechtslehrer sind bey dieser Frage der Meynung, man müsse darauf Rücksicht nehmen, ob der Regent durch dasselbe ein unwiederrufliches Recht habe ertheilen wollen, oder nicht? 5. Ist der Satz gegründet: ein gratiöses Privilegium sey wie eine Schenkung zu betrachten, folglich gebe die Ertheilung desselben ein vollkommnes Recht, und der Regent könne dieses nicht nach Gefallen entziehen? 6. Kann man bey Beantwortung der Frage; ob der Regent ein Privilegium wiederrufen könne? den Unterschied, den einige Rechtslehrer machen, ob er ein unwiederrufliches oder blos ein wiederrufliches Recht ertheilen wollen, gelten lassen? 7. Ist

der

der Grundsatz zu billigen: weil Privilegien Gesetze sind, diese aber der Regent wieder aufheben kann, also muß ihm auch eben dieses bey Privilegien frey stehen? 9. Wenn der Ertheiler eines Privilegiums sich das Recht, solches nach Gefallen wiederrufen zu können, vorbehalten hat, so steht ihm auch das Recht zu, 11. Hören diese Privilegien sogleich mit dem Tode des Ertheilers auf, ohne daß sie der Nachfolger in der Regierung aufzukündigen braucht? 11. Man muß diese Privilegien nach den Grundsätzen vom Precarium beurtheilen, 13. Ist die Meynung gegründet, daß der Nachfolger in der Regierung solche Privilegien gar nicht wiederrufen könne? 14. Wenn muß ein dergleichen Privilegium für ein solches gehalten werden, das nur auf eine gewisse Zeit ertheilt worden? 15. Wenn ein Privilegium der Wohlfahrt des Staats nachtheilig ist, kann es der Regent wiederrufen? 16. Wie kann sich der Privilegirte in diesem Falle helfen, wenn er glaubt, es geschehe ihm unrecht? 16. Kann der Privilegirte das für die Ertheilung des Privilegiums bezahlte Geld, wenn ihm solches um des gemeinen Besten willen genommen worden, mit Zinsen wieder fordern? 17. Ein erschlichenes Privilegium kann wiederrufen werden, 17. Wenn solche Umstände eintreten, daß ein Vertrag aufgehoben werden kann, so ist es auch erlaubt, ein Privilegium zu wiederrufen, 17. Wenn der Privilegirte die Bedingung nicht erfüllt, unter welcher ihm das Privilegium ertheilt worden ist, so kann es wiederrufen werden, 18. Wenn kann der Nachfolger in der Regierung das von seinem Vorfahren ertheilte Privilegium wiederrufen? 18.

§. 109. 110. a.

Wenn hat der Verlust eines Privilegiums in dem Privilegirten selbst seinen Grund? 21. Ein Privilegium hört auf, wenn der Privilegirte sich eines Verbrechens schuldig gemacht hat, worauf der Verlust des Privilegiums erfolgen muß, 21. Wenn kann der Mißbrauch des erlangten Privilegiums den Verlust desselben nach sich ziehen? 21. Muß der Privilegirte wegen des Mißbrauchs bereits bestraft worden seyn, ehe ihm dassel-

dasselbe ganz genommen werden kann? 22. Ein Privilegium verliert seine Kraft, wenn der Privilegirte darauf Verzicht leistet, 23. Jede Begebung muß auf das eingeschränkteste erklärt werden, 23. Vom Verlust des Privilegiums wegen des Nichtgebrauchs, 24. Wenn geht ein negatives Privilegium durch den Nichtgebrauch verloren? 24. Vom Nichtgebrauch eines affirmativen Privilegiums, 25. Geht ein Privilegium durch den Nichtgebrauch verloren, wenn es mit der Clausel ertheilt worden ist, solches nach freyer Willkühr zu gebrauchen? 26. Wie viel Jahre müssen darüber vergangen seyn, wenn ein Privilegium durch den Nichtgebrauch verloren werden soll? 27. Wird zu einer auslöschenden Verjährung der affirmativen Privilegien nur eine Zeit von zehen Jahren erfordert? 28. Was für Gründe streiten für die Behauptung, daß affirmative Privilegien nicht eher als nach dreyßig Jahren verloren gehen? 30.

§. 110. b.

Warum kann nach beendigter Erklärung der ersten vier Titel des ersten Buchs der Pandekten, die Frage am deutlichsten aus einander gesetzt werden: in welcher Ordnung die verschiednen Arten der in bürgerlichen Fällen geltenden Gesetze, die wir in Teutschland haben, angewendet werden müssen? 33. Der Satz: einheimische Rechte gehen den auswärtigen vor, ist ohne allen Zweifel wahr, 34. In Teutschland giebt es zweyerley gemeine Rechte, 34. Die in Teutschland geltenden einheimischen Gesetze und Gewohnheiten, gehen den in Teutschland recipirten Rechten vor, 34. Wenn unter mehrern teutschen einheimischen Gesetzen ein Widerspruch entsteht, so gehen die besondern teutschen Privatgesetze der Regel nach den gemeinen Reichsgesetzen vor, 35. Diese Regel hat Ausnahmen, 35. Wenn findet der Satz statt: Stadtrecht bricht Landrecht? 35. Der Proceß muß nach den Gesetzen des Landes geführt werden, wo die Klage angebracht, oder der Arrest angelegt worden ist, 35. Wenn von dem Zustande einer Person, und den damit verknüpften Rechten die Rede ist, so geht es nach den Gesetzen ihres Wohnorts, sie mag sich jetzt aufhalten, wo sie will, 35.

Aenderr

Aendert sich der Wohnort, so sind die Gesetze des jetzigen und nicht des ehemaligen Wohnorts in diesem Falle anzuwenden, 36. Nach welchen Gesetzen werden die rechtlichen Handlungen einer Person beurtheilt? 37. Die äußere Form und Solennität der Handlung einer Person, muß lediglich nach den Gesetzen des Orts beurtheilt werden, wo die Handlung vorgenommen worden, 37. Die rechtliche Würkung eines Geschäfts, das nach den Gesetzen eines Staats in den Gränzen desselben gültig geschlossen worden, muß jede andere Nation als verbindlich anerkennen, und der Regent des Auswärtigen darf solche, ohne eine offenbare Ungerechtigkeit zu begehen, nicht entkräften, 38. Ausnahmen von dieser Regel, 39. Wenn von der Substanz oder dem Gegenstand der Handlung selbst, die Rede ist, so wird lediglich auf die Statuten und Gesetze der gelegenen Sache Rücksicht genommen, 39. Wenn weder teutsche Reichs- noch Partikulargesetze die Entscheidung dieses oder jenes Falls enthalten, so muß von den in Teutschland recipirten Gesetzen die Anwendung gemacht werden, 41. Wenn von dem heutigen Gebrauch einer Stelle aus dem römischen Rechte die Frage ist, so kommt es vor allen Dingen darauf an: ob diese Stelle ein wirkliches Gesetz ist oder nicht? 41. Wenn sie ein wirkliches Gesetz enthält, so hat man wohl zu prüfen, ob die Verordnung nicht schon natürlichen Rechtens sey? 42. Das Corpus iuris muß aus einem zwiefachen Gesichtspuncte betrachtet werden, 43. Ist das Gesetzbuch des Justinians, als ein zum wissenschaftlichen Unterrichte, nach damaliger Zeit aptirtes Lehrgebäude, zu betrachten, welches sich bald über die Geschichte und den wirklichen Inhalt der positiven Gesetze, bald über die Vorschriften des Naturrechts verbreitet? 43. Die Juristen der finstern Zeiten respectirten das Justinianische Gesetzbuch als die vollendeteste Weisheit, als einen Inbegriff von lauter Orakelsprüchen, 44. Wenn uns der Kaiser Justinian unterrichten will, was bey diesem oder jenem Fall natürlichen Rechtens sey, sollten wir wohl verbunden seyn, dieses irrige Lehrgebäude beyzubehalten? 44. Wenn in unsern Lehrbüchern das römische Recht da, wo Wahrheit ihm beytritt, nicht wenig verunstaltet, hingegen den Irrthümern

mern desselben mit aller Gemächlichkeit nachgeleyert wird, so ist solches in der That unverantwortlich, 45. Ob uns gleich die im römischen Rechte vorkommenden Lehrsätze und Begriffe von juristischen Geschäften, als Gesetze nicht verbinden, so müssen wir dieselben doch, wenn sie sonst richtig sind, mit ihren wesentlichen Folgen, als wahr und gegründet anerkennen, 46. Der Satz: seruitus in faciendo consistere nequit, ist auch heut zu Tage ungezweifelt richtig, 46. Um im römischen Rechte das Gesetzliche von dem Nichtgesetzlichen zu unterscheiden, hat man besonders in den Pandekten darauf zu sehen, daß die verba relatiua mit den dispositiuis nicht verwechselt werden, 47. Weil dieses einige Rechtsgelehrte vernachlässigten, haben sie manche Gesetze falsch erklärt, 47. Die aus den Novellen gezogenen Authentiken können auf eine gesetzliche Kraft gar keine Ansprüche machen, 48. Mancher Streit über den vsus hodiernus würde entweder nie entstanden, oder doch so fort gehoben worden seyn, wenn man dasjenige, was schon natürlichen Rechtens ist, von eigentlichen Positivgesetzen gehörig unterschieden hätte, 49. Viele Materien des römischen Rechts, die in Teutschland nicht recipirt sind, enthalten zugleich manche Sätze des Naturrechts, und diese gelten allerdings, 50. Beyspiele enthalten der Titel von der condictio causa data, und dem edicto aedilitio, 51. Warum ist das Studium des Naturrechts so höchst nöthig? 52. Was rechnet man zum römischen Rechte in der weitläuftigsten und in der engern Bedeutung, 53. Das Corpus iuris glossatum ist noch immer für Rechtsgelehrte von großem Nutzen, 54. Es ist bisweilen sehr gefehlt worden, weil man von nicht glossirten Gesetzstellen die Anwendung hat machen wollen, 54. Diejenigen Verordnungen des römischen Rechts, welche sich auf blos römische, in Teutschland ganz unbekannte, Sitten und Verfassungen beziehen, kann man in Teutschland nicht anwenden, 56. Wenn das Object des römischen Gesetzes gar nicht mehr existirt, so fällt auch die heutige Anwendung weg, 57. Eben dieses ist zu behaupten, wenn der Gegenstand des Gesetzes wenigstens nicht in der Maße existirt, welche das Gesetz schlechterdings voraus setzt, 58. Wenn der Hauptgrund eines römischen Gese-

Gesetzes bey uns wegfällt, so kann dasselbe nicht gelten, 58. Oft kann eine eingebildete Aehnlichkeit der Fälle, die unschicklichsten Anwendungen des römischen Rechts veranlassen, 59. Man muß sich durch keinen Mißverstand römischer Gesetze zu dem Irrthum verleiten lassen, daß blos teutsche Geschäfte, bey den Römern wirklich auch schon vorgekommen, 59. Eine eingebildete Analogie hat sehr oft zu einer unschicklichen Anwendung römischer Gesetze verleitet, 60. Wenn steht das teutsche und römische Recht gegen einander in dem Verhältniß eines iuris correctorii et correcti? 61. Wenn ein teutsches gemeines oder besonderes Recht diese oder jene Verordnung des römischen Rechts ausdrücklich oder stillschweigend aufgehoben hat, so ist von letzterer weiter kein Gebrauch zu machen, 61. Wenn kann ein teutsches Gesetz aus dem römischen Rechte erklärt werden? 62. Wie muß der Satz hinreichend bestimmt werden: statuta interpretanda sunt ex iure communi, 63. Was für Gesetze sind auf Gegenstände von gemischter Natur anzuwenden? 64. Warum ist die Geschichte der Reception des römischen Rechts in Teutschland äußerst interessant? 64. Hat die Vorstellung, Carl der Große sey Nachfolger des Justinians, zur Annahme des römischen Rechts viel beygetragen? 65. Wodurch wurde die Ausbreitung des römischen Rechts in Teutschland sehr befördert? 66. Die Rechtskraft des römischen Gesetzbuchs in Teutschland, beruht ursprünglich theils auf historischen Vorurtheilen, theils auf mancherley ganz zufälligen Umständen, 67. Schon unter den Carolingern war der Zustand der Teutschen so sehr geändert, daß er sich in vieler Hinsicht mit der Anwendung des römischen Rechts wohl vertrug, 69. Die Einführung der Gewerbe und des Handels in den Städten, hat zur Annahme des römischen Rechts viel beygetragen, 70. Warum suchten die Städte ihre alten Gewohnheiten durch Statuten zu sichern? 71. Mit und neben dem römischen, hat Teutschland auch das kanonische als gemeines Recht erhalten, 66 und 71. Ein gewisser Zeitpunct, wo das fremde Recht, die Kraft eines gemeinen in Teutschland geltenden Rechts erhalten hat, läßt sich mit Bestimmtheit nicht angeben, 73. Der ganze Adelstand setzte sich gegen die

die Einführung des römischen Rechts, 73. Ist der Kaiser Friedrich III. ein großer Feind des römischen Rechts gewesen? 77. Schon unter Kaiser Carl IV. sahe man das römische Recht, als ein allgemeines geschriebenes Recht an, 78. Von der Gültigkeit des kanonischen Rechts in Teutschland, 79. Welche Verordnungen des kanonischen Rechts haben in Teutschland überhanpt, und unter den Protestanten insbesondere eine verbindliche Kraft? 80. Selbst unter den Katholiken hat das kanonische Recht viel von seiner Gültigkeit verloren, 81. Wie muß man urtheilen, wenn das kanonische Recht etwas anders zu verordnen scheint, als das römische Recht? 82. Die Rechtslehrer sind verschiedner Meynung über die Frage: ob das kanonische oder das römische Recht in Collisionsfällen den Vorzug habe, 82. Unter welchen Bestimmungen kann man annehmen, daß das kanonische Recht dem römischen, im Collisionsfall vorgehe? 84. Wenn das römische Recht durch einen gegründeten Gerichtsgebrauch den Vorzug erhalten, steht das kanonische Recht nach, 85. Welche Gesetze gehen vor, wenn mehrere Gesetze des kanonischen Rechts einander widersprechen? 88. Streiten die Verordnungen des römischen Rechts mit einander, so geht das neuere Gesetz dem ältern vor, 89. Haben Gesetze des Codex nur in so ferne den Vorzug vor Gesetzen der Pandekten und Institutionen, als sie wirklich sind später publicirt worden? 89. Wie wird entschieden, wenn sich einzelne Gesetze in den Pandekten widersprechen? 92. Worauf kommt es bey der Anwendung fremder Rechte im Verhältniß gegen einheimische Gesetze an? 94.

Lib. I. Tit. V.
de
Statu Hominum.

§. III. II2.

Die zum Privatrecht gehörenden Grundsätze trugen die römischen Rechtsgelehrten nach drey Rechtsgegenständen vor,

96. Warum kann mit dem Recht der Personen angefangen werden? 96. Läßt sich der gewöhnliche Begriff vom Wort status gehörig rechtfertigen? 97. Durch diesen Begriff läßt sich das ius personarum von dem iure rerum nicht unterscheiden, 98. Es ist ein Fehler, daß man den Begriff einer Person durch den Begriff des status erklären will; denn man sollte es gerade umkehren, 98. Die iura personarum begreifen nicht blos Rechte gegen Andere, sondern auch solche Rechte, die einem Menschen in Rücksicht auf sich selbst zukommen, 100. Eine Person ist ein Mensch, als ein moralisches freyhandelndes Wesen betrachtet, welcher Rechte und Verbindlichkeiten im Staate hat, 101. Eine Sache ist ein jedes Ding, was keine Person ist, und doch der Gegenstand eines Rechts seyn kann, 101. Wie können die menschlichen Handlungen als Sachen betrachtet werden? 102. Was nennt man den Werth einer Sache? 102. Begriff des iuris ad rem und in re, 103. Das ius personarum ist dasjenige, welches die Person zum Object hat, 103. Wie kann die Person ein Obiectum iuris seyn? 104. Wie ist das ius in propriam personam und das ius in personam alterius unterschieden? 105. Es giebt sechs verschiedne Arten, wie ein Recht, eine Person zum nächsten Gegenstande haben kann, 106. Der Stand des Menschen in rechtlicher Betrachtung gründet sich nur auf solche Eigenschaften, woraus bestimmte Rechte und Verbindlichkeiten fließen, 107. Worauf gründet sich der natürliche Stand eines Menschen? 108. Nach wie vielerley rechtlicher Rücksicht kann man den Menschen im natürlichen Stande betrachten? 108. Was nennt man den Gesellschaftszustand eines Menschen? 109. Was nennt man den bürgerlichen Stand eines Menschen? 109. Im römischen Rechte wird unter dem status ciuilis nur immer dasjenige Verhältniß ausgedrückt, welches eine Verschiedenheit des gemeinen Rechts bewirkte, 110. Die römischen Rechtsgelehrten nennten die Verschiedenheit der Verhältnisse, die aus besondern Rechten entstanden, ebenfalls status, 110.

§. 113.

Im römischen Rechte wird das Wort Person in doppeltem Verstande gebraucht, 111. Was sind physische und moralische Personen? 112. Die Menschen sind entweder moralische Personen oder Individualpersonen, 112. Es giebt öffentliche und Privatpersonen, 113. Was ist Rechtens, wenn ein Mensch mehrere Personen vorstellt? 114. In diesem Falle finden bey ihm alle rechtliche Grundsätze ihre Anwendung, die bey jenen mehrern einzelnen Personen statt haben, 114. Wenn ein Mensch, der mehrere Personen vorstellt, in Rücksicht auf die eine Person etwas vornimmt, so kommen auch nur die Rechte in Betrachtung, die er als diese Person hat, 115. Thut derjenige, welcher mehrere Personen vorstellt, als die eine Person etwas, so schadet und hilft ihm dieses in Rücksicht seiner übrigen Personen nichts, 115. Wenn kann derjenige, der mehrere Personen vorstellt, bestimmen, nach welcher man ihn in Rücksicht gewisser Handlungen betrachten solle? 116. Wenn wird blos die wichtigere Person in Betrachtung gezogen? 116. Kann derjenige, welcher mehrere Personen vorstellt, solche Handlungen vor sich selbst vornehmen, zu deren Verrichtung zwey verschiedne Personen erfordert werden? 116. Was versteht man unter erdichteten Personen? 117.

§. 114.

Der natürliche Stand der Menschen begreift mancherley Verhältnisse in sich, 117. Die Menschen lassen sich in Rücksicht des natürlichen Zustandes nach vielerley Verhältnissen betrachten, 118. Von den rechtlichen Verhältnissen der Menschen in Beziehung auf ihre Geburt, 118. Die Römer hielten ein noch nicht gebohrnes Kind für keinen Menschen, 119. Wenn ist bey den Römern eine Strafe auf die Abtreibung eines Kindes eingeführt worden? 120. Was ist die Ursache, daß die Römer zum Vortheil der noch nicht gebohrnen Kinder viele vortheilhafte Verordnungen machten? 121. Eine schwangere Frau durfte bey den Römern vor der Oeffnung nicht begraben werden, 121. Was ist in Ansehung der Tor-

tur bey schwangern Personen Rechtens? 122. Wenn wird die Todesstrafe an diesen Personen vollzogen? 123. Wie werden bloße Leibesstrafen an solchen Personen vollstreckt? 125. Wie wird es mit andern Strafen gehalten? 126. Vom Reinigungseyde schwangerer Personen, 128. Kinder, die noch nicht gebohren sind, genießen mehrere Vortheile, die zum Recht der Personen gehören, 129. Was für Rechte haben diese Kinder in Rücksicht auf ihre freye Geburt? 129. Stirbt der Vater eines noch nicht gebohrnen Kindes, so behält dieses dennoch den Stand des Vaters, 130. Können solche Kinder durch ein Rescript des Regenten legitimirt werden? 130. Kinder, die noch nicht gebohren sind, genießen auch viele Rechte, die zum Sachenrechte gehören, 131. Was ist bey Legaten Rechtens, die solchen Kindern hinterlassen worden? 132. Was wird vorausgesetzt, wenn noch nicht gebohrne Kinder, zum Genuß der ihnen vortheilhaften Verordnungen gelangen sollen? 133. Was versteht man in Rechten durch eine Mißgeburt? 133. Warum hielten die Römer ein Kind für eine Mißgeburt, wenn es keinen menschlichen Kopf hatte? 134. Von der Strafe eheloser Aeltern nach dem Popäischen Gesetz, 136. Wie sind fehlerhafte Geburten von Mißgeburten unterschieden? 137.

§. 115.

Wenn wird ein neu gebohrnes Kind ein lebendiges genennt? 139. Von Rechten todtgebohrner Kinder, 140. Von Ausschnittlingen, 140. Von Ausschnittlingen wird nicht eben so gewiß vermuthet, daß sie lebendig gebohren worden, als die Gesetze dieses von andern auf gewöhnliche Weise zur Welt gekommnen Kindern annehmen, 141. Wie urtheilten die Proculianer und Sabinianer von dem Leben eines zur Welt gekommnen Kindes? 143. Von den Kennzeichen des Lebens, 144. Nicht jedes lebendiges Kind ist zugleich lebensfähig, 144 und 156. Was nennt man eine unzeitige Geburt? 145 und 156. Muß ein gebohrnes Kind lebensfähig seyn, wenn es die Rechte der Menschen genießen soll? 145. Was für

Gründe

Gründe lassen sich für diese Behauptung anführen? 146. Was heißt eine vollkommne und lebensfähige Geburt? 147 und 156. Wie können die Gegengründe der Meynung, daß ein Kind lebensfähig seyn müsse, widerlegt werden? 148. Wodurch wird die Lebensfähigkeit eines solchen Kindes bewiesen? 151. Auch rechtliche Vermuthungen haben beym Beweise der Lebensfähigkeit eines Kindes statt, 152. Die neuern Aerzte behaupten, Kinder im sechsten Monat könnten schon lebensfähig seyn, 154. Was ist Rechtens, wenn eine Frau, die schon einige Zeit in der Ehe gelebt hat, oder wenn eine unverheyrathete Person mit einem Kinde nieder kommt, über dessen Leben und Lebensfähigkeit Streit entsteht? 155. Wie ist ein reifes und unreifes Kind unterschieden? 158. Vom Recht der Zwillinge, 162. Welches Kind ist für das zuerst gebohrne zu halten, wenn die Mutter von Zwillingen entbunden worden? 162. Warum wird in einigen Gesetzen angenommen, der Knabe sey zuerst gebohren worden, und sodann erst das Mädgen, 163. Wie sind die Rechte auf zusammen gewachsene Zwillinge anzuwenden? 166.

§. 116.

Die Kinder sind entweder eheliche oder uneheliche, 169. Welche Kinder hielten die Römer für eheliche und rechtmäßige Kinder? 170. Wenn ist bey uns ein Kind für ehelich gebohren zu halten? 171. Wenn ein Kind für ehelich gebohren gehalten werden soll, so muß die Mutter zu der gehörigen Zeit damit niedergekommen seyn, 172. Von Kindern, die im Anfang des siebenden Monats nach der Trauung gebohren worden, 173. Jeder Monat wird zu 30 Tagen gerechnet, 174. Bey Beurtheilung der Frage: ob ein Kind für wirklich ehelich gebohren zu halten sey? muß beständig auf zweyerley Umstände Rücksicht genommen werden, damit dem Manne nicht Unrecht geschieht, 174. Ein Kind von 180 Tagen kann niemals ausgewachsen seyn, 176. Woran erkennt man die unreifen Kinder? 176. Zu den ehelichen Kindern gehören auch diejenigen, die im zehnten Monat nach des Mannes Tode gebohren wor-

den, 177. Sind Kinder, die im eilften Monat nach der Trennung der Ehe gebohren worden, für eheliche zu halten? 178. Warum mußten die Weiber ihre Männer zehen Monate betrauren? 180. Von welcher Zeit fängt man an, die zehen Monate zu rechnen? 181. Wie kann die eheliche Geburt bewiesen werden? 182. Welche Kinder nennten die Römer spurii? 183. Man unterscheidet heut zu Tage fünf Arten unehelicher Kinder, 184. Wenn nennten die Römer ein Kind unrechtmäßig? 185. Uneheliche Kinder hielten die Römer eben so wohl zu öffentlichen Aemtern fähig, als eheliche, 186. Von den Rechten unehelicher Kinder bey den Römern, in Rücksicht auf ihre Aeltern, 186. Sind von verlobten Personen erzeugte Kinder, für ehelich zu halten? 187. Ist ein ausgesetztes und gefundenes Kind für ehelich gebohren zu halten? 197.

§. 117.

Von den Rechten, die sich auf den status sexus gründen, 198. Von Zwittern oder Hermaphroditten, 199. Frauenspersonen haben nach dem Rechte der Vernunft gleiche Rechte mit den Mannspersonen, 200. Wenn Gesetze nur von Mannspersonen reden, so darf man die Frauenspersonen nicht für ausgeschlossen halten, 201. Ist unter dem angeführten weiblichen Geschlecht auch das männliche zu verstehen? 202. Das Wort mulier und femina wird von allen Frauenspersonen ohne Unterschied gebraucht, 203. Bisweilen wird mulier und virgo einander entgegen gesetzt, 204. Wenn gleich die Gesetze beyde Geschlechter gleicher Rechte theilhaftig erklärt haben, so giebt es doch auch Ausnahmen von dieser Regel, 205. Von den Ursachen der besondern Rechte der Frauenspersonen, 206. Eine Hauptursache des besondern Rechts der Frauenspersonen ist der Umstand, daß man das männliche Geschlecht für edler hält, als das weibliche, 209. Der innere Charakter der Frauenzimmer ist auch eine Ursache der besondern Rechte derselben, 210. Eine andere Art besonderer Rechte der Frauenspersonen gründet sich auf die Einrichtung unsrer Staaten, daß nur Mannspersonen die

die Waffen ergreifen, hohe Schulen besuchen, Künste und Wissenschaften erlernen, 212. Die Eifersucht und die Schamhaftigkeit wird in Gesetzen auch als eine Ursache der besondern Rechte der Frauenzimmer betrachtet, 214. Die Keuschheit und die Jungfrauschaft gehört ebenfalls unter die Ursachen, worauf sich besondere Rechte der Frauenspersonen gründen, 215. Das Recht, einen Brautkranz bey der Trauung zu tragen, gründet sich auf die Keuschheit, 215. Die gesetzliche Oberherrschaft des Mannes über die Frau hat besondere Rechte veranlaßt, 217. Eben dieses ist auch von der Billigkeit zu behaupten, 218. Von den Rechten, die sich auf die Gesundheit oder Krankheit des Menschen gründen, 218. Was für Menschen nennt man dementes in der weitläuftigen Bedeutung des Worts, 219. Von besondern Rechten der Kranken, gebrechlichen, rasenden, wahnsinnigen und kindischen Personen, 221. Was für besondere Rechte treten bey einfältigen Personen ein? 222. Im Zweifel wird vermuthet, jeder Mensch habe den vollen Gebrauch seines Verstandes, 222. Wenn es völlig gewiß ist, daß Jemand wirklich keinen Verstand hat, so vermuthet man nicht, daß er vernünftige Zwischenräume habe, 223. Was ist Rechtens, wenn Jemand zufälliger Weise seinen Verstand verloren? 224.

§. 118. 119.

Was versteht man unter dem Stand der Freyheit? 224. Wie unterscheiden die Römer imperium und potestas? 225. Das Wort potestas braucht man bey dreyerley Verhältnissen, 225. Was verstanden die Römer unter der Sclaverey? 226. Man muß unterscheiden liber esse und in libertate viuere, 226. Die römischen Sclaven hatten keine bürgerlichen Rechte im Staate, 227. Was nennten die Römer poena capitalis? 227. Oeffentliche Sclaven hatten mehr Rechte bey den Römern, als Privatsclaven, 228. Die Römer sprachen ihren Sclaven die Menschenrechte nicht ab, 228. Wie wurde der vorsätzliche Mord eines fremden Sclaven bestraft? 229. Durfte dem Sclaven der Eyd deferirt werden?

229. Aus den Verträgen der Sclaven entstanden bürgerliche Verbindlichkeiten, 230. Was für Rechte hatte ein römischer Herr über seine Sclaven? 230. Warum ließ Romulus jedem Herrn das Recht über Leben und Tod seines Sclaven? 230. Wenn wurde es dem Herrn verboten, seinen Sclaven willkührlich zu Thiergefechten zu überlassen? 231. Das Recht über Leben und Tod des Sclaven wurde nach und nach sehr eingeschränkt, 232. Was für Würkungen hatte das Eigenthumsrecht des Herrn über seine Sclaven? 233. Von den verschiednen Arbeiten, wozu römische Sclaven gebraucht wurden, 233. Wer hieß statu liber bey den Römern? 234. Von den Sclaven, welche coloni, glebae adscripti genennt wurden, 235. Es konnte Jemand auf mehrere Art ein Sclave werden, 236. Erklärt das Naturrecht Kriegsgefangene für Sclaven? 236. Wenn blieb Jemand ein Sclave, der ein freyer Mensch war, und sich als Sclaven verkauft hatte? 237. Wer hieß seruus poenae? 239. Justinian hob die seruitus poenae auf, 239. Wie sind seruitus iusta und iniusta unterschieden? 240. Giebt es heut zu Tage in Teutschland noch Sclaven im Sinne des römischen Rechts? 240.

§. 120.

Auch in Teutschland theilt man die Menschen in Freye und Nichtfreye, 241. Wer wurde in Teutschland ehemals zu den Knechten und Leibeigenen gerechnet? 241. Die alten Teutschen hatten zweyerley Knechte, 242. Bey den Teutschen konnte man seine Freyheit verspielen, 242. Von denjenigen, welche die Felder der Teutschen in den ältesten Zeiten bearbeiteten, sind unsere heutigen Bauern größtentheils entstanden, 242. Ist der Ursprung der heutigen Leibeigenschaft bey den überwundenen Slaven zu suchen? 243 und 245. Worin kamen die römischen Sclaven und unsere Leibeigene überein? 243. Der Zustand der heutigen Leibeigenen ist verschieden, 243. Worin besteht das Wesen der teutschen Leibeigenschaft? 245. Woher rührt die verschiedene Beschaffenheit der Leibeigenschaft in den ehemaligen Slavischen Ländern, und derjenigen, die in den übrigen

übrigen teutschen Provinzen angetroffen wird, 247. In den ehemaligen slavischen Ländern ist der Leibeigene bloßer Wirth, und hat nicht einmal Colonatrechte, 247. Man muß drey unterschiedene Arten der heutigen teutschen Leibeigenschaft annehmen, nämlich die strenge, mittlere und gelinde, 248. Wie sind die Eigenbehörigen in Westphalen und die dortigen Hörigen unterschieden? 248. Die Leibeigenschaft wird heut zu Tage erworben durch die eheliche oder uneheliche Geburt von einer leibeigenen Mutter, 248. Wie ist die Parömie zu verstehen: das Kind gehört zur ärgern Hand? 249. Wie lange scheint dieser Grundsatz angewendet worden zu seyn? 249. Ist der Bedemund als eine Strafe der Hurerey zu betrachten? 249. Durch die Verheyrathung kann Jemand in die Leibeigenschaft gerathen, 250. Die Leibeigenschaft fällt jedoch in diesen Fällen weg, wenn die freye Person die Leibeigene loskauft, 250. Durch die Begebung in die Leibeigenschaft kann ein freyer Mensch Leibeigner werden, 251. Ueber die Ergebung wurde bisweilen ein Ergebebrief ausgestellt, 251. Man kann sich auch stillschweigend in die Leibeigenschaft begeben, 251. Von der Zinsbuße, 252. Vom Wildfangsrechte, 252. Von der Bedeutung des Worts, Wild, 253. Ist die Annehmung eines leibeigenen Hofes überall für eine stillschweigende Ergebung in die Leibeigenschaft zu halten? 253. Kann der Vater seine Kinder für sich allein zu Leibeigenen überlassen? 253. Durch die Verjährung kann Jemand in die Leibeigenschaft gerathen, 253. Was wird dazu erfordert, wenn sie eintreten soll? 254. Ist der Ablauf von zehen Jahren hinreichend? 254. Auch zur Strafe konnte man ehemals ein Leibeigener werden, 255. Von der Uebergebung zu Hand und Halfter, 255. Dieser alte Gebrauch ist noch nicht ganz abgeschafft, 255. Durch die Duelle wurden ehedem manche Personen Leibeigene, 256. Die Hagestolzen fielen ehedem in die Leibeigenschaft, und werden noch heut zu Tage bisweilen als Wildfänge behandelt, 257. Von den Rechten des Eigenthumsherrn über seine Leibeigene, 257. Der Leibeigene hat kein längeres Recht zum Besitz des ihm gegebenen Hofes, als ihm der Eigenthumsherr denselben lassen will, 257. Kein Leibeigener darf den erhaltenen Hof

ohne Bewilligung des Eigenthumsherrn verlassen, 258. Was für Rechte liegen in der Hofhörigkeit? 258. Von Anerben, 258. Ein Leibeigener darf sich aus dem Orte seines Eigenthumsherrn nicht wegbegeben, wenn es der Herr nicht zufrieden ist, 259. Was versteht man unter dem Satzrechte, oder Besatzungsrechte, 259. Kein Leibeigener darf ohne Bewilligung des Eigenthumsherrn heyrathen, 260. Für die Erlaubniß zu seiner Heyrath muß der Leibeigene eine Abgabe entrichten, welche verschiedne Benennungen hat, 260. Was verstand man in Teutschland ehedem unter dem Worte Mund? 260. Der Leibeigene ist zu Leibdiensten verpflichtet, 260. Wie können dieselben bestimmt werden? 261. Vom Dienstzwange, 261. Er begreift keine Gerichtsbarkeit, sondern ist nur eine erlaubte Selbsthülfe, 261. Auch bey so genannten Bauern findet dieser Dienstzwang bisweilen statt, 262. Der Leibeigene ist zu Leibzinsen verpflichtet, 262. Von den verschiednen Benennungen des Wortes Haupt- und Sterbefall, Mortuarium, 262. Was nennt man Curmedgüter, Curmedlehn, fallbare Güter? 263. Das Mortuarium ist kein sicheres Merkmal der Leibeigenschaft, 264. Was muß als der Grund desselben angesehen werden? 264. Bey freyen Personen ist dasselbe als eine Realbeschwerde anzusehen, 264. Wenn kann ein doppeltes Mortuarium gefordert werden? 265. Woher ist der Ausdruck todte Hand entstanden? 265. Von der Größe des Mortuariums, 265. Kann man dieses Recht dem Leibherrn beylegen, weil er als Eigenthümer des Leibeigenen zu betrachten sey? 266. Kann die unterlassene Abforderung des Mortuariums innerhalb fünf Jahren die Verjährung begründen? 266. Was für Rechte haben unsere Leibeigene als Bürger im Staate betrachtet? 266. Die Ehen der Leibeigenen sind mit eben den Folgen verknüpft, welche die Ehen freyer Leute haben, 267. Ein Leibeigener kann über sein Vermögen auf den Todesfall disponiren, 267. Wie hört die Leibeigenschaft auf? 268. Ist es dem Regenten erlaubt, eine allgemeine gesetzliche Aufhebung der Leibeigenschaft vorzunehmen? 268. Von der Freylassung der Leibeigenen, welche der Leibherr vorgenommen hat, 269. Von der Summe des Laßgeldes,

des, 270. Wenn ist eine stillschweigende Freylassung des Leibeigenen zu vermuthen? 270. Auch durch Urthel und Recht kann Jemandem das Eigenthumsrecht entzogen und der Leibeigene für frey erklärt werden, 271. Durch die Dereliction, die Auswanderung der Religion wegen, kann die Leibeigenschaft auch aufgehoben werden, 271. Von den rechtlichen Würkungen der geschehenen Freylassung eines Leibeigenen, 272. Es ist ein Unterschied zu machen, zwischen der vollkommnen und unvollkommnen Freylassung, 272. Man kann die Verordnungen der Gesetze von Leibeigenen und Bauern nicht verstehen, wenn man nicht weiß, wer unter den Teutschen in den vorigen Zeiten für frey gehalten wurde, 273. Das Wort frey, wenn es von Menschen gebraucht wird, kommt in doppelter Rücksicht vor, 273. Bey den Freyen in der ersten und eigentlichen Bedeutung unterschied man Freygebohrne und Freygelassene, 274. Wer war bey den alten Teutschen ein Freygebohrner? 274. Welche Menschen heißen Freygelassene? 274. Von Mittelfreyen, 274. Welche Personen nennte man Semperfreye? 274. Die Anzahl der Freygebohrnen muß im Mittelalter in Teutschland sehr groß gewesen seyn, 275. Ein Vorrecht der ehemaligen Freygebohrnen war es, daß sie allein in Krieg zogen, 276. Wenn ein Freygebohrner so viel Vermögen hatte, daß er und seine Nachkommen den Kriegsdienst zu Pferde thun konnten, so war er von Ritterart, 276. Wie ist der Unterschied zwischen Ritterlehn und Burglehn entstanden? 276. Das Fehderecht war ehedem ein Vorrecht der Freygebohrnen, 277. Nur Freygebohrne konnten bürgerliche Ehrenämter erlangen, 277. Auch in Gilden und Handwerker nahm man keine andere Personen auf, 278. Wie kommt es, daß die Handwerker bisweilen ſerui genannt wurden? 278. Wie unterscheiden sich heut zu Tage die Freygebohrnen? 279. Von dem Rechte der Mittelfreyen, 279.

§. 121.

Ist zwischen den Rechten und Pflichten unsers teutschen Miethgesindes, den römischen Sclaven und den jetzigen Leibeigenen, eine Aehnlichkeit anzunehmen? 279. Die Rechte und Pflichten des Miethgesindes sind ganz allein nach dem geschlossenen Miethcontracte zu beurtheilen, 280. Wer wurde bey den Römern unter die domesticos gerechnet? 280. Was für Rechte hat der Dienstherr in Rücksicht auf seinen Dienstboten? 280. Der Dienstherr kann von ihm diejenigen Arbeiten verlangen, wozu er nach der Natur der vermietheten Arbeiten verpflichtet ist, 280. Eine Magd, die sich als Köchin vermiethet hat, kann nicht zur Viehwirthschaft gezwungen werden, 280. Was für eine Art des Fleißes muß ein Dienstbote beweisen? 280. Der Miethsherr ist berechtigt darauf zu dringen, daß die Miethzeit ausgehalten werde, 281. Hat die Dienstherrschaft das Recht, ihr Gesinde, wenn es die Arbeiten nicht gehörig verrichtet, mäßig zu züchtigen? 281. Mehrere Rechtslehrer behaupten, es lasse sich kein rechtlicher Grund für dieses Recht der Dienstherrschaft anführen, 281. Was für Gründe stehen dieser Behauptung entgegen? 283. Von den Rechten der Dienstboten, 283. Der Dienstbote kann den versprochenen Lohn, und die gewöhnliche Kost fordern, 284. Ein Domestique behält alle die Rechte, die er unbeschadet des Dienstes ausüben kann, 284. Nach welchen Gesetzen müssen die Rechte und Verbindlichkeiten der Herrschaft und des Gesindes beurtheilt werden? 284.

§. 122.

Von den verschiednen Bedeutungen des Wortes Bauer, 285. Was versteht man unter einem Dorfe? 285. Die Dörfer werden verschieden eingetheilt, 286. Im allgemeinen juristischen Verstande heißt Bauer eine solche Person, die auf dem Lande lebt, und sich mit dem Ackerbau beschäftigt, 286. In der engern juristischen Bedeutung ist blos derjenige ein Bauer, der Bauerländerey besitzt, 287 und 289. Was versteht man unter einem Bauergute? 287. Die Römer hatten diese

diese Art von Menschen gar nicht, 288. Kann man ein allgemeines Bauernrecht aufstellen? 288. In Rücksicht auf ihren persönlichen Zustand findet ein doppelter Unterschied bey den Bauern statt, 288. Welche Bauern nennt man freye Bauern? 289. Von leibeigenen Bauern, 289. Der Stand unserer freyen Bauern kann nicht nach dem Stande der freyen römischen Landleute betrachtet werden, 289. Da Leibeigene ebenfalls Bauern genennt werden, so muß man, wenn das Wort Bauer vorkommt, aus den Umständen beurtheilen, welche Bauern gemeynt sind, 290. Sind der Regel nach bey einem zweifelhaften Falle freye Bauern zu vermuthen? 290. Kann es bewiesen werden, daß alle Bauern Leibeigene gewesen sind? 291. Weil viele alte teutsche freye Leute arm waren, so nahmen sie von ihren vermögenden Mitbürgern Ländereyen an, unter der Verbindlichkeit, solche zu bearbeiten, 291. Die alten teutschen Ackerleute werden in Gesetzen Freygebohrne genennt und von Unfreyen unterschieden, 291. In solchen Provinzen, wo sich die Ueberwinder der Slaven niedergelassen oder wohin Slaven versetzt worden, wurden viele vorhin freye Bauern durch die Vermischung mit den Leibeigenen ebenfalls dazu gemacht, 292. Der ehemalige unfreye Zustand der Teutschen Ackerbauer läßt sich daraus nicht beweisen, weil sie Zinsen und Abzugsgeld bezahlen, und Frohnen leisten müssen, 292. Der Zustand unsrer Bauern wurde im 15ten und 16ten Jahrhundert sehr verbessert, 293. Die Einführung der Landesherrlichen Steuern zur Bezahlung der stehenden Armeen hat den Zustand der Bauern sehr geändert, 294. Es ist eine ganz irrige Vorstellung, wenn man sich den ursprünglichen Zustand der teutschen Bauern als durchweg sclavisch gedenkt, 295. Die in dem Zustande teutscher Bauern erfolgte große Veränderung ist nicht das Werk einer plötzlich über ganz Teutschland ergangenen Revolution, 295. Die mehrere Ausbreitung des Christenthums, welche eine große Menge Bauern unter den Krumstab brachte, von dem sie sanfter behandelt wurden, hat die Lage der Bauern verbessert, 296. Der Bauernkrieg hat den vielen kleinen Tyrannen zur nachdrücklichsten Warnung gedient, die Bauern besser zu behandeln,

handeln, 296. Der Bauer muß heut zu Tage so gut, wie jeder andere Unterthan, bey dem Grade der Freyheit geschützt werden, zu dessen Besitz er würklich gelangt ist, 297. Bey Entscheidung der Rechtshändel darüber muß man zunächst den Besitzstand und die Localverfassung vor Augen behalten, sodann aber die Entscheidungsgründe aus den gewöhnlichen Quellen des Dorf- und Bauernrechts hernehmen, 297. Wornach werden die Rechte und Verbindlichkeiten der Bewohner der mittelbaren Dörfer beurtheilt, 297. Warum giebt es wenig Torfstatuten? 298. Was nennt man Bauerköhre? 298. Von Hofsprachen, 299. Die Bauern sind entweder freye Bauern oder nicht ganz freye Bauern, 299. Es giebt in Teutschland mehrere Arten freye Bauern? 299. Die Bauern sind entweder ursprünglich teutsche Bauern, oder nicht, 300. Die Bauern werden in Rücksicht ihres Gutsherrn verschieden eingetheilt, 301. Gehört das guthsherrliche Recht einer geistlichen Person, so bekommen die Bauern besondere Benennungen, 301. Der geistliche Schutz hat diesen Bauern manche Freyheit verschafft, darauf andere Patrimonialbauern keine Ansprüche machen dürfen, 302. Jeder Unterschied zwischen Landesfürstlichen und Patrimonialbauern ist sehr wichtig, 302. Was für Regeln hat der Regent zu befolgen, wenn Gesetze über die Pflichten der Bauern gegeben werden sollen, 302. Von der Eintheilung der Bauern in Rücksicht auf das Nachbarrecht im Dorfe, 303. Von der Eintheilung der Bauern in Rücksicht auf die Größe ihrer Länderey, die sie besitzen, 303. Die kleinen Bauern heißen Köter, 303.. Auch nach dem Vertrage, durch den die Bauern ihr Grundstück erlangt haben, werden sie verschieden benennt, 304.

§. 123. 124.

Die Pflichten der Bauern gegen ihren Gutsherrn bestehen in Abgaben und Frohnen, 304. Es giebt verschiedne Benennungen dieser Frohndienste, 304. Die Dienstpflicht der Bauern hat mit der Lehnsdienstpflicht einerley Ursachen, 304. Der Dienstcontract ist als der einzige wahre und gerechte Grund der

der Dienstpflicht der Bauern zu betrachten, 305. Der Bauer hat verschiedne Dienste als Landesunterthan zu verrichten, 305. Welche Arbeiten gehören zur Landfolge? 305. Die Burgfesten, Baufrohnen, die Jagdfolge gehören nicht dazu, 306. Welche Dienste nennt man Gemeinde- oder Reihendienste? 306. Die Frohndienste der Bauern sind entweder Spanndienste oder Hand- und Fußdienste, 306. Die Bauern, welche Spanndienste leisten müssen, werden verschieden eingetheilt, 307. Es giebt sogenannte Fuhrspänner, Pflugspänner, Eggespänner, 307. Die Frohnen der Bauern sind entweder Männer- oder Weiberdienste, 307. Erstere werden allemal höher im Werthe angerechnet, 308. Die Frohndienste sind ferner entweder ordentliche oder außerordentliche, 308. Die ordentlichen Frohnen werden hauptsächlich zur Landwirthschaft gebraucht, 308. Welche Frohnen gehören zu den außerordentlichen Frohndiensten? 308. Endlich sind die Dienste der Bauern gemessene und ungemessene, 309. Die Rechtslehrer billigen von diesen Diensten verschiedne Begriffe, 309. Einige Rechtslehrer sagen, einige ungemessene sind ganz ungemessene und andere nur zum Theil ungemessene, wo entweder die Quantität oder Qualität festgesetzt ist, 309. Die Frohndienste können durch Gesetze bestimmt werden, 310. Der Gesetzgeber kann über die Frohnen der mittelbaren Bauern durch Gesetze keine Aenderungen machen, wenn der Gutsherr schon ein Recht hat, gewisse Dienste zu fordern, 310. Diese Regel hat Ausnahmen, 310. Auch durch gesetzliche Gewohnheiten können die Frohndienste bestimmt werden, 311. Von der Bestimmung der Frohndienste durch Verträge, 311. Auch durch verjährte Gewohnheiten werden die Frohnen bestimmt, 311. Behaupten die Bauern, daß sie bittweise, oder aus Freundschaft die Frohnen geleistet haben, so müssen sie dieses eben sowohl beweisen, als wenn sie anführen, daß sie zu Frohnarbeiten gezwungen worden, 312. Bey der Frage: was für Frohnen kann der Dienstherr verlangen, und wenn kann er sie fordern? müssen mehrere Fälle von einander unterschieden werden, 312. Es kann durch Verträge, Gesetze, oder eine Gewohnheit bestimmt seyn, daß der Bauer alle Frohnen leisten

leisten soll, die der Herr nöthig hat, und solche auch so verrichten soll, wie es der Herr verlangt, 312. Wie weit darf der Dienstherr hier gehen? 313. In dergleichen Fällen sind immer nur die gewöhnlichen Fälle zu vermuthen, 313. Es dürfen auch keine andern Frohnen gefordert werden, als solche, die der Bauer seinen Umständen nach leisten kann, 313. Was ist Rechtens, wenn es zwar durch Verträge, Gesetze, oder eine Gewohnheit bestimmt ist, daß alle Frohnen, die der Herr nöthig hat, geleistet werden müssen, darüber ist aber nichts bestimmt, wenn und wie sie sollen verlangt werden können? 313. Hier muß dem Bauer so viel Zeit gelassen werden, daß er sich seinen Unterhalt dabey erwerben, sein Feld bestellen und seine Abgaben aufbringen kann, 313. Die Frohnen dürfen in diesem Falle nur zu der Zeit gefordert werden, da es die natürliche Beschaffenheit der Frohnarbeiten mit sich bringt, 314. Wenn der Bauer sich darauf beruft, daß er die verlangten Frohnen zu dieser oder jener Zeit zu leisten schuldig sey, so muß er dieses beweisen, 314. Es kann durch Gesetze, Verträge und Gewohnheiten festgesetzt seyn, daß nur diese oder jene Art der Frohnen gefordert werden darf, 315. Auch die Quantität der Frohnen, das heißt, wenn und wie die Frohnen sollen gefordert werden können, kann durch Gesetze, Verträge oder Gewohnheiten bestimmt seyn, aber über die Art derselben ist nichts festgesetzt worden, 315. Hier kann der Dienstherr alle Arten der Frohnen fordern, 315. Wenn es zweifelhaft ist, was für Frohndienste, wenn und wie sie geleistet werden sollen, so, behaupten die mehresten Rechtslehrer, müssen ungemessene Dienste geleistet werden, 316 und 321. Was für Gründe lassen sich dagegen anführen? 317. Die Wohlfahrt des Staats erfordert es, die ungemessenen Dienste zu unterdrücken, 317. Wer von freyen Menschen behauptet, daß sie Dienste zu leisten schuldig sind, muß dieses beweisen, 317. Wenn auch die Bauern freygelassen worden, so folgt dennoch nicht, daß sie deswegen zu ungemessenen Diensten verpflichtet geblieben; denn dieser Vorbehalt ist eine Handlung, 318. In den ältesten Zeiten haben nicht einmal alle Leibeigene ungemessene Dienste leistet, 318. Wo gemessene Frohnen sind, da muß

muß es bey der einmal eingeführten Bestimmung bleiben, 319. Kann der Regent etwas dabey ändern? 319. Die Entscheidungsnormen bey Bestimmung der gemessenen Dienste enthalten die Dienstregister und die Annehmungsbriefe der Bauerhöfe, 319. Vom Beweis aus den Dienstregistern, 320. Wie muß die Verjährung der gemessenen Dienste dargethan werden? 320. Was für Gründe führt man an, um die Verbindlichkeit der Bauern zu ungemessenen Diensten zu beweisen? 321. Ein wichtiger Einwurf gegen die Vermuthung für gemessene Dienste besteht darin: daß hier nicht die Rede ist von ganz freyen Leuten, welche keine Verbindlichkeit auf sich haben, Frohndienste zu leisten, sondern von solchen, die sich gar nicht weigern zu fröhnen, 322. Einige Rechtslehrer sagen, es könne weder für gemessene noch für ungemessene Dienste vermuthet werden, sondern es komme alles auf die Beschaffenheit der Gegend an, 323. Unstreitig wahr ist es, daß ungemessene Dienste der Willkühr des Dienstherrn nicht ganz allein freygestellt werden können, 324. Worauf hat der Richter zu sehen, wenn er die zu harten ungemessenen Dienste nach der Billigkeit bestimmen soll? 324. Bey Bestimmung der Frage: ob in zweifelhaften Fällen eher für die gemessenen als die ungemessenen Dienste eine Vermuthung sey, sind die ordentlichen und außerordentlichen Dienste genau zu unterscheiden, 425. Auch bey außerordentlichen Diensten läßt sich vermöge ihrer Natur selten eine Bestimmung im voraus festsetzen, 325. Wie läßt sich bey ordentlichen Diensten ein natürliches Maaß festsetzen und herausbringen? 325. Die ausdrücklichen vertragsmäßigen Bestimmungen der Dienste, sind oft nur aus Vertrauen auf die gegenseitige billige Gesinnung unterblieben, 326. Zu Abwendung fernerer Streitigkeiten kann der Richter ungemessene Dienste in gemessene verwandeln, 326. Die wirklich hergebrachten ungemessenen Dienste sind nichts Verhaßtes und Ungerechtes, 326 und 328. Auch ungemessene Dienste dürfen an Feyertagen nicht gefordert werden, wenn gleich ein Feyertag jetzt sollte aufgehoben worden seyn, 327. Der Dienstpflichtige darf durch Abtretung der Dienste an Andere nicht beschwert werden, 327. Die Frohndienste sind aus Verträgen

herzuleiten, in welchen beyde Theile Hauptverbindlichkeiten übernommen haben, und daher haben beyde Theile gleichen Anspruch auf richterliche Hülfe, 328. Gehören die Dienste eher dem Gutsherrn als dem Gerichtsherrn? 328 und 331. An welchen Tagen und zu welcher Zeit ist der Bauer Frohndienste zu leisten schuldig? 329. Wenn ist der Dienst für Männerdienst oder Weiberdienst zu halten? 329. Die Bauern sind schuldig den Frohntag auszuhalten, 330. Ist es genug, wenn der Bauer zur rechten Frohnzeit ausgeht, oder muß er schon zur Stelle seyn? 330. Die Herrschaft darf nicht wider Willen der Bauern die Dienste in Geld verwandeln, 331. Was ist Rechtens, wenn der Dienstherr von den Diensten wegen Entlegenheit des Orts gar keinen Gebrauch machen kann? 331. Wie kann die Verwandlung der Frohnen in Dienstgeld verabredet werden? 332. Bey der Schuldigkeit, die Frohnen zu bezahlen, braucht es keine Abforderung der Frohnen, sondern die Bauern müssen das Dienstgeld zu rechter Zeit bezahlen, 332. Was ist Rechtens, wenn die alternativische Verbindlichkeit, Dienste oder Dienstgeld fordern zu können, zum Besten des Dienstherrn errichtet worden? 332. Wenn ist zu vermuthen, daß sich der Dienstherr um seines Vortheils willen Geld statt der Dienste bezahlen lassen? 332. Die Vermuthung streitet immer für den Dienstherrn, daß er das Dienstgeld nicht aus Schuldigkeit, sondern aus freyem Willen genommen habe, 333. In unsern Zeiten ist ausführlich gezeigt worden, wie heilsam die Verwandlung der Dienste in Dienstgeld sey, 333. So wie die Dienstpflicht durch eine Verjährung erworben werden kann, so geht es auch an, sie auf diese Art zu verlieren, 334. Was wird nach der gemeinen Meynung der Rechtslehrer erfordert, wenn eine auslöschende Verjährung bey Frohnen eintreten soll? 334. Was für Gründe streiten für die Behauptung, daß der bloße Nichtgebrauch des Rechts, Frohnen zu fordern, dasselbe nicht aufhebe, 334. Nach der Analogie der bey Servituten eintretenden Rechte, muß der Dienstpflichtige den Besitz der Freyheit von Frohnen durch gewisse körperliche Handlungen zu erlangen suchen, wie es bey Servituten nothwendig ist, 335. Von dem Rechte, Frohndienste zu fordern, kann man um so weniger behaup-

behaupten, daß es etwas bloß Willkührliches sey, da die Frohnen sich ursprünglich auf Verträge gründen, 335. Wie kann jede einzelne Diensthandlung, oder die Forderung einer Vergeltung für die nicht geleisteten Dienste verjährt werden, 335. Wenn der Bauer die schuldigen Dienste nicht leistet, oder doch nicht so, wie er sollte, so muß ihn der Gutsherr bey seinen eigenen Gerichten verklagen; fehlt es ihm aber an der Gerichtsbarkeit, so ist die Sache bey dem ordentlichen Richter der Bauern anzubringen, 336. In den ältern Zeiten war in Teutschland die Auspfändung der ungehorsamen Bauern erlaubt, 336. Nach teutschen Sitten durfte sich der Gläubiger eigenmächtig in den Besitz der Güter seines Schuldners setzen, 336. Wie weit geht der Dienstzwang heut zu Tage gegen ungehorsame Bauern? 337.

§. 125. 126. 127.

Was versteht man unter dem Bürgerstande eines Menschen? 337. Wie werden die Menschen in Rücksicht auf den Bürgerstand eingetheilt? 337. Was versteht man unter dem allgemeinen Bürgerrechte? 338. Begriff des besondern Bürgerrechts, 338. Wer wurde bis auf die Zeiten des Antonins ein römischer Bürger genannt? 338. Wie wurde man in diesen Zeiten ein römischer Bürger? 338. Welche römische Bürger wurden Quirites genannt? 338. Was gab Gelegenheit zur Einführung dieses Namens? 339. Das ius ciuitatis Romanae bestand aus zweyerley Vorzügen, 339. Welche Vorrechte eines römischen Bürgers machten das ius ciuitatis publicum aus? 339. Was für Vorrechte gehörten zum ius ciuitatis priuatum? 339. Wenn entstand der Unterschied zwischen dem vollen Bürgerrechte des römischen Staats und dem ius Quiritium? 340. Welche römische Bürger nannte man ciues Romani optima lege? 340. Die Rechtsgelehrten sind über den eigentlichen Unterschied zwischen dem ius ciuitatis Romanae und dem ius Quiritium nicht einerley Meynung, 340. Der jüngere Plinius macht keinen so deutlichen Unterschied, daß man offenbar sieht, das ius Quiritium

habe nur die iura priuata enthalten, das ius ciuitatis romanae aber auch zugleich die iura publica, 340. Wenn entstand das ius Latii, und das ius Italicum? 341. Welche Personen wurden Fremde oder Peregrini in der engern Bedeutung genannt? 341. Welche Personen nannte man nullius certae ciuitatis ciues? 341. Nach welchen Rechtsgrundsätzen entschied der Praetor peregrinus die Rechtsangelegenheiten der Ausländer? 341. Ausländer, die das Bürgerrecht einer gewissen Stadt hatten, richtete der Praetor peregrinus nach ihren vaterländischen Rechten, 342. Kann Antoninus Caracalla für den Urheber des allgemeinen Bürgerrechts im römischen Staate gehalten werden? 342. Justinian sagt, Antonin der Fromme habe das allgemeine römische Bürgerrecht eingeführt? 342. Justinian erklärte auch die Freygelassenen für römische Bürger, 343. Nach teutschen Rechten ist der Unterschied zwischen Bürgern und Fremden ebenfalls eingeführt worden, 343. Welche Personen nennt man in Teutschland Bürger? 343. Was versteht man unter dem Indigenat? 343. Das Wort wird in zweyerley Verstande gebraucht? 343. Es giebt in Teutschland ein dreyfaches Indigenat, 344. Wie erlangt man das Territorial- und das Gemeinheitsindigenat? 344. Es giebt mehrere Rechte, von deren Genuß Fremde ausgeschlossen sind, 344. Beruht heut zu Tage die Glaubwürdigkeit eines Zeugen auf dem Indigenate? 345. Bey den Teutschen wurden die Fremden zu allen Zeiten nach eben den Gesetzen beurtheilt, wornach sich Einheimische richten lassen müssen, 345. Der Unterscheid zwischen Einheimischen und Fremden zeigt sich in Teutschland bey dem Ankauf der Grundstücke, bey Besetzung der öffentlichen Aemter, bey der Vertheilung der Concursmasse, bey dem Wildfangsrechte, der Retorsion, Heimfallsrechte, und der Nachsteuer, 345. Die Verordnung Kaiser Friedrichs II. setzt blos die Regel fest: daß Fremde, außer den angeführten Fällen, der Regel nach eben die Rechte zu genießen haben sollen, darauf Einheimische Anspruch machen können, 346. Es giebt ein dreyfaches teutsches Bürgerrecht, 346. Was versteht man unter dem allgemeinen teutschen Bürgerrechte? 346. Wer ist nach den Grundsätzen des teutschen Staats.

Staatsrechts ein Teutscher? 346. Wenn verlangt man von einem teutschen Adelichen auch teutsche Ahnen? 347. Vom teutschen Provinzialbürgerrechte, 347. In einigen Provinzen ist das Abtriebsrecht zum Besten der Einheimischen eingeführt worden, 347. Vom teutschen Stadtbürgerrechte, 347 und 354. Welche Rechte hat ein Bürger einer gewissen Stadt zu geniessen? 347. Von der Eintheilung des Bürgerrechts in das große und kleine, 348. Welche Personen werden Mundmänner, Schutzverwandte, Zettelleute genannt? 348 und 354. Wer hat das Recht, Jemanden unter die Bürger aufzunehmen? 348. Welchen Personen kann und soll der Stadtrath das Bürgerrecht verweigern? 348. Wie haben sich die Städte gegen die Streitigkeiten über solche Mitbürger, die als Leibeigene zurückgefordert wurden, zu sichern gesucht? 349. Bey der Ertheilung des Bürgerrechts kommt es darauf an, ob Jemand der Sohn eines Bürgers ist, oder ein Fremder, 349. In einigen Städten wird von dem aufzunehmenden Bürger eine gewisse Vermögenssumme erfordert, 350. Vom Bürgereyde, 350. Wenn geht der Huldigungseyd über den Bürgereyd? 351. Von Ausbürgern, 351. Welche Bürger wurden im Mittelalter Pfalbürger genannt? 351 und 353. Auch heut zu Tage leidet man in einigen Städten keine Ausbürger, 352. Von den Pflichten der Ausbürger, 352. Vom Ausbürgerrecht der Stifter und Klöster, 353. Von der heutigen Beschaffenheit der Vorstädte, 353. Der Beysasse muß die Erfüllung seiner Pflichten durch den Beyeyd versprechen, 354. Von den Pflichten der Ehrenbürger, 354. Manche Städte haben alle Adeliche vom Bürgerrechte ausgeschlossen, 355. Das Bürgerrecht erwirbt man durch die Geburt, 355. Wer wird für einen gebohrnen Bürger gehalten? 355. Wer war nach dem römischen Rechte ein gebohrner Bürger? 355. Wie kann das erlangte Bürgerrecht verloren werden? 356. Von der stillschweigenden Begebung seines Bürgerrechts, 356. Wenn verliert Jemand zur Strafe sein Bürgerrecht? 356. Bleiben Frauenzimmer Bürgerinnen, die sich auswärts verheyrathet haben, und nach dem Tode ihres Mannes dahin zurück kommen, wo sie vorher, das Bürgerrecht hatten? 357.

§. 128.

Von dem Verlust des Standes, oder der Capitisdeminution, 358. Wie geht der natürliche Stand eines Menschen verloren? 358. Wenn Jemand seinen Verstand verliert, so hören die Rechte auf, die er zeither als ein Mensch genoß, der den Gebrauch seines Verstandes hatte, 358. Wenn dauert der Verlust des natürlichen Zustandes und der damit verbundenen Rechte nur so lange, als die Eigenschaft fehlt, worauf sich dieser natürliche besondere Zustand gründete? 358. Wenn der Verlust des natürlichen Zustandes zugleich den Verlust dieses oder jenes bürgerlichen Zustandes verursacht hat, und Jemand erlangt seinen natürlichen Zustand völlig wieder, so folgt daraus nicht zugleich auch, daß er nun auch seinen vorlornen bürgerlichen Zustand wieder habe, 359. Wie wird es entschieden, wenn Zweifel darüber entsteht, ob ein Mensch diesen oder jenen natürlichen Zustand, zu dieser oder jener Zeit gehabt habe, z. B. bey vollem Verstande gewesen sey? 359. Wenn die Eigenschaft, worauf sich der in Untersuchung stehende natürliche Stand gründet, gewöhnlich bey allen Personen von seinen Jahren angetroffen wird, so hat er die Vermuthung für sich, daß bey ihm eben dieser Fall gewesen sey, 359 Wenn ein Testament eines Menschen gefunden wird, der den Gebrauch seines Verstandes eine geraume Zeit über nicht hatte, so fragt sichs, ob von dem einen Theil das Daseyn des Verstandes zur Zeit der Verfertigung des Testaments, oder von dem andern der Mangel desselben, zu jener Zeit, bewiesen werden müsse? 360. Sollte bey einem Menschen von der Art, wozu der, von dem die Rede ist, gehört, die Eigenschaft gewöhnlich nicht angetroffen werden, so streitet die Vermuthung wider das Daseyn der Eigenschaft, 360. Was ist Rechtens, wenn die Obrigkeit Jemanden für einen solchen erklärt hat, der diesen oder jenen natürlichen Zustand nicht habe? 360. Was für Folgen sind damit verbunden, wenn das obrigkeitliche Decret blos eine Bekanntmachung enthält, daß ein Mensch diese oder jene Eigenschaft, und folglich auch den darauf beruhenden natürlichen Stand nicht habe? 361. Dieses Decret enthält blos eine Warnung für andere Menschen, 361. Wenn das obrigkeitliche

keitliche Decret über den Verlust des natürlichen Zustandes, den ein Mensch zeither hatte, eine unbedingte Verordnung ist, daß sich Niemand mit diesem Menschen in Geschäfte einlassen soll, so muß um die Aufhebung desselben gebeten werden, wenn Jemand die Eigenschaft wieder besitzt, weswegen er von einem natürlichen Zustande Gebrauch machen will, 361. Dieser Unterschied ist bey einem, obrigkeitlich als Verschwender erklärten, Menschen von großer Wichtigkeit, 362. Wie geht der gemeine bürgerliche Zustand verloren? 362. Eine einmal gültig geschehene Begebung seines Standes hat die Würkung, daß ein solcher aufs neue erworben werden muß, wenn man Gebrauch davon machen will, 363. Es kommt bey dieser Begebung nichts darauf an, ob sie ausdrücklich oder stillschweigend erfolgt ist, 363. Handlungen, die eine bloße Vermuthung veranlassen, können keine stillschweigende Entsagung allein begründen, da keine Entsagung vermuthet wird, 363. Der gemeine bürgerliche Zustand kann Jemanden von der Obrigkeit genommen werden, wenn die nöthigen Umstände eintreten, 363. Mehrere gemeine bürgerliche Stände sind so beschaffen, daß sie blos ein bedingtes vollkommnes Recht geben, daher können sie auch genommen werden, wenn die Bedingung wegfällt, 364. Die Ertheilung eines Amtes versteht sich nur unter der Bedingung, daß das Subject, dem solches zu Theil worden ist, auch die Eigenschaften habe, welche das erhaltene Amt nothwendig voraussetzt, 364. Auch durch den Nichtgebrauch kann der gemeine bürgerliche Stand verloren gehen, 365. Was verstanden die Römer unter der Capitisdeminution? 365. Von der verschiedenen Bedeutung des Worts caput, 365. Die Römer würdigten den Verlust des gemeinen bürgerlichen Zustandes überhaupt gar keines besondern Namens, 366. Worin bestand die capitis deminutio maxima bey den Römern? 366. Wer in die Sclaverey fiel, litt bey den Römern die capitis deminutionem maximam, 366 und 367. Worin bestand die capitis deminutio media bey den Römern? 366 und 373. Wenn einem römischen Bürger der Gebrauch des Wassers und Feuers verboten worden, so war die Folge davon der Verlust seines status ciuilis, 366. War das Verbot des

Feuers und Wassers erfolgt, so wurde der Verbannte beobachtet, damit er keinen Gebrauch davon machte, 366. Kein römischer Bürger durfte an zwey Orten Bürger seyn, 367 und 373. Unter dem August ist die Deportation eines Verbannten eingeführt worden, 367. Warum sagte man von demjenigen, der die capitis deminutionem maximam et mediam erlitten: er sey bürgerlich todt? 367 und 373. Worin bestand die capitis deminutio minima bey den Römern? 367 und 374. Die geringste Capitisdeminution erfolgte bey den Römern, wenn die Familie verändert wurde, 368. War die Losgebung aus der väterlichen Gewalt bey den Römern eine Capitisdeminution? 368. Wenn die geringste Capitisdeminution bey den Römern eintreten sollte, so mußte Jemand seine Familie verändern, und dadurch zugleich gewisse Rechte verlieren; denn sonst hatte er keinen Familienzustand, 368. Wenn gleich der Sclave ebenfalls zur Familie gehörte, so litt er dennoch keine solche Capitisdeminution, wenn er freygelassen worden war, 369. Das Wort Familie wird in dreyerley Verstande gebraucht, 369. Bey der Lehre von der geringsten Capitisdeminution heißt Familie so viel als die häusliche Gesellschaft, wozu der Hausvater, die Hausmutter und die Kinder gehörten, 369. Weil die angeführten Personen den Familienzustand hatten, so litten sie eine Capitisdeminution, wenn sie die Rechte des Familienzustandes verloren, 370. Die geringste Capitisdeminution erfolgte, wenn sich ein römischer Bürger, der zeither sein eigener Herr war, arrogiren ließ, 370. Dem Hausvater legte man unter denen, die zur Familie gehörten, den Familienzustand in einer vorzüglichen Bedeutung bey, weil er die größten Vorzüge in der häuslichen Gesellschaft genoß, 370. Warum litt derjenige römische Bürger, der weder Frau noch Kinder hatte, aber doch sein eigener Herr war, durch die Arrogation ebenfalls die geringste Capitisdeminution, 370. Auch die Adoption verursachte die geringste Capitisdeminution, 370. Wenn die Ehefrau von ihrem Manne geschieden war, so erfolgte bey ihr ebenfalls die geringste Capitisdeminution, 370. Wenn Kinder durch die Emancipation von der väterlichen Gewalt frey

frey wurden, so litten sie dadurch die geringste Capitisdeminution, 371. Dieser Verlust erfolgte deswegen, weil man glaubte, daß durch die Aufgebung der väterlichen Gewalt, die Verbindung des Kindes mit der häuslichen Gesellschaft aufhöre, und daher das Kind auch die Rechte, welche es vorher wegen einer solchen Verbindung gehabt hatte, verlieren müsse, 371. Warum führte man die Feyerlichkeiten des Scheinkaufs bey der Emancipation der Kinder ein? 371. Nach geschehener Legitimation durch die nachfolgende Ehe litten die Kinder ebenfalls bey den Römern die geringste Capitisdeminution, 372. Die capitis deminutio minima war bey den Römern zweyerley, 374. Durch die Arrogation und Legitimation verlor man das eigene Familienrecht, 374. Wem schrieb man das eigene Familienrecht zu? 374. Wer hatte bey den Römern ein gemeinschaftliches Familienrecht? 374. Vermöge des gemeinschaftlichen Familienrechts beerbten sich die Agnaten unter einander selbst, 374. Durch die Adoption und die Emancipation verlor man das gemeinschaftliche Familienrecht, 375. Man findet in Gesetzen bisweilen die Eintheilung capitis deminutio magna et minor, 372 und 376. Nach dieser Eintheilung betrachtete man einen römischen Bürger in Absicht auf den Staat, und seinen Familienzustand, 376. Der Verlust des ſtatus publici hieß capitis deminutio magna, 376. Wer das gemeinschaftliche Familienrecht verlor, hatte capitis deminutionem minorem gelitten, 376. Von den Würkungen der römischen Capitisdeminution, 377. Ein capite minutus verlor alle bürgerliche Rechte und Klagen, aber auch gegen ihn hatten keine statt, 377. Wenn Jemand capitis deminutionem maiorem gelitten, so mußten sich seine Gläubiger an den Fiscus halten, wenn dieser das Vermögen desselben eingezogen hatte, 377. Wenn Jemand blos die capitis deminutionem minorem gelitten, so restituirte der Prätor die Gläubiger desselben, 377. Nach der Capitisdeminution fielen alle diejenigen Rechte weg, die mit dem Tode eines Menschen aufhören, 377. Nur die bürgerlichen Rechte fielen weg, wenn Jemand seinen bürgerlichen Stand verloren hatte, aber nicht die natürlichen, 378. Ein capite mi-

nutus blieb wegen seiner vorher begangenen Verbrechen verbindlich, 378. Die capitis deminutio minor hob die iura publica nicht auf, die ein solcher Römer vorher hatte, 378. Warum hörte gleichwohl die gesetzliche Vormundschaft auf, wenn Jemand capitis deminutionem minorem gelitten? 378. Warum ist der Titel von der Capitisdeminution in den Institutionen in die Lehre von Vormundschaften eingerückt worden? 379. Die capitis deminutio maxima wird von einigen für völlig unanwendbar in Teutschland erklärt, 379. Nach der Behauptung anderer Rechtslehrer kommt die höchste Capitisdeminution bey uns dem Begriffe nach vor, wenn Jemand seinen Freyheitszustand verliert, 379. Die Würkungen der römischen höchsten Capitisdeminution lassen sich in Teutschland gar nicht denken, 380. Wer in die Leibeigenschaft geräth, verliert seine Freyheit, und dieser Umstand ist eine hinlängliche Ursache zu der Behauptung von der Existenz der höchsten Capitisdeminution in Teutschland, 380. Wer heut zu Tage auf Lebenslang zur Zuchthausstrafe verurtheilt worden, leidet die höchste Capitisdeminution, 380. Wenn ein zum ewigen Gefängniß Verurtheilter durch die Begnadigung des Regenten seine Freyheit wieder erlangt, so bekommt er damit zugleich auch seinen verlornen Freyheitszustand wieder, 380. Was die mittlere Capitisdeminution betrifft, so ist noch weniger daran zu zweifeln, daß sie in Teutschland vorkommen könne, 380. Wer das Bürgerrecht verliert, leidet heut zu Tage ebenfalls diese Standesverminderung, 380. Man kann sich diese Capitisdeminution in Rücksicht auf Teutschland nach zweyerley Gesichtspuncten denken, 380. Wer das teutsche Bürgerrecht verloren hat, und zugleich aus dem teutschen Reiche verwiesen worden, hat die mittlere Capitisdeminution gelitten, 381. Die Reichsacht ist noch härter als die römische mittlere Standesverminderung, und übertrifft selbst die höchste, 381. Wer sein teutsches Provinzialbürgerrecht verliert, leidet die mittlere Capitisdeminution, 381. Ist Jemand des Landes verwiesen, oder auf die Galeeren verdammt worden, mit Confiscation seines Vermögens, der hat die mittlere Capitisdeminution erlitten, 381. Wer die mittlere Standesverminderung leidet,

wird

wird als ein Fremder betrachtet, und hat folglich auch die Rechte der Ausländer zu genießen, 381. Es ist als eine Ausnahme von der Regel zu betrachten, wenn der Verlust des Bürgerrechts an einem Orte auch zugleich den Verlust des Erbrechts verursacht, 381. Nach welchen Gesetzen müssen die Würkungen der mittlern Capitisdeminution in Teutschland beurtheilt werden? 382. Einige Rechtslehrer behaupten, der Verlust des Bürgerrechts in einer landsässigen Stadt in Teutschland könne keine mittlere Capitisdeminution genennt werden, 382. Worauf gründet sich die Eintheilung der teutschen Einwohner in Reichsbürger und Provinzialbürger? 382. Läßt sich die Eintheilung der teutschen Einwohner nach einer dreyfachen Rücksicht vertheidigen? 383. Der Zustand, den die Mitglieder einer Landstadt haben, kann kein Bürgerrecht in der Bedeutung genannt werden, wie das Wort hier gebraucht wird, 383. Die geringste Capitisdeminution hat heut zu Tage in Teutschland noch eben die Würkungen, die nach neuern römischen Rechten damit verbunden waren, 383.

Lib. I. Tit. VI.

de

his, qui sui vel alieni iuris sunt.

§. 129.

Der gegenwärtige Titel enthält Grundsätze, die zum Recht der Personen gehören, 384. Das Wort familia wird im römischen Rechte von Sachen und von Menschen gebraucht, 384. Bisweilen hieß familia die Erbschaft eines Menschen, 384. Auch die Sclaven kommen unter der Benennung familia vor, 384. In den mehresten Fällen verstanden die Römer unter dem Wort familia alle diejenigen Personen, die von einem gemeinschaftlichen Stammvater durch Mannspersonen abstammten, 384. In der engsten Bedeutung hieß familia

milia die häusliche Gesellschaft, wozu der Hausvater, die Hausmutter, die Kinder, die Sclaven gerechnet wurden, 385. Was nennten die Römer statum familiae? 385. Wie muß die Eintheilung der Menschen in homines sui iuris und homines alieni iuris verstanden werden? 385. Gewaltfreye waren nach dem römischen Rechte diejenigen, welche weder der herrschaftlichen noch der väterlichen Gewalt unterworfen waren, 385. Wer hieß bey den Römern paterfamilias? 385. Materfamilias nennten die Römer jede ehrbare Frauensperson, die weder der herrschaftlichen noch der väterlichen Gewalt unterworfen war, 386. Sollte in Gesetzen, Testamenten oder Verträgen nur das männliche Geschlecht genannt, und also von Söhnen des Hauses die Rede seyn, so versteht man dennoch auch die Töchter der Regel nach darunter, 386. Ist hingegen blos von Töchtern des Hauses die Rede, so kann man die Söhne nicht auch dazu rechnen, wenn nicht besondere Umstände dieses verlangen, 387. Man muß die Eintheilung der Menschen in homines sui iuris et alieni iuris mit der Eintheilung in Freye und Sclaven nicht für einerley halten, 387. Bey den Personen, welche weder der herrschaftlichen noch der väterlichen Gewalt unterworfen waren, machten die Römer nochmals einen Unterschied zwischen homines sui iuris perfecte tales, und homines sui iuris imperfecte tales, 387. Diese letzten Personen mußten entweder einen Tutor oder einen Curator haben, 387.

§. 130.

Man kann nicht sagen, daß in Rücksicht des Familienzustandes die Menschen in volljährige und minderjährige eingetheilt werden, 388. Selbst aus dem Naturrechte läßt sich eine Verschiedenheit der Rechte beweisen, die auf das Alter des Menschen gegründet ist, 388. Nach dem Naturrechte kann als richtig angenommen werden, daß ein Mensch in dem Alter, worin er ist, auch die Eigenschaften und Fähigkeiten gehabt habe, welche zu Unternehmung derjenigen Handlung, von der die Rede ist, nothwendig erfordert werden, 388. Wenn ist ein

ein Vertrag junger Personen nach dem Naturrechte gültig? 388. Weil bey den mehresten Menschen, nach einer gewissen Verschiedenheit des Alters, auch eine Verschiedenheit des Gebrauchs des Verstandes gefunden wird, und man gemeiniglich bey Personen von gleichem Alter einerley Gebrauch des gemeinen Menschenverstandes antrifft, so konnte durch positive Gesetze festgesetzt werden, was für Rechte und Verbindlichkeiten bey diesen Personen von gleichem Alter eintreten sollen, 389. Bey dieser Festsetzung des Alters wird allemal vorausgesetzt, daß ein junger Mensch so viel Verstand gehabt habe, als zu dem Vertrage, wovon die Rede ist, erfordert wird, 389. Von der Eintheilung der Menschen in Volljährige und Minderjährige, 389. Es läßt sich nicht sicher bestimmen, wenn das Lätorische Gesetz gegeben worden, 389. Auch Frauenspersonen erklärte das Lätorische Gesetz erst mit dem 25sten Jahre für majorenn, 390. Warum wurde das überlebte 25ste Jahr zum Termin der Volljährigkeit festgesetzt? 390. Die Volljährigkeit wird in Gesetzen verschieden benennt, 390. Auch die Teutschen haben den Unterschied zwischen Volljährigen und Minderjährigen eingeführt, 391. Warum nennte man die Volljährigen in Teutschland Mündige? 391. Die Teutschen beurtheilten die Volljährigkeit nicht nach den Jahren, sondern darnach, ob Jemand im Stande sey, die Waffen zu führen, 391. Die Wehrhaftmachung der Pagen und andere Gebräuche beziehen sich auf die alte Art Jemanden für mündig zu erklären, 391. Die Frauenspersonen wurden bey den alten Teutschen nicht in Mündige und Unmündige abgetheilt, 391. Warum erklärte man die teutschen Frauenzimmer nicht für mündig? 391. Wer beurtheilte die Fähigkeit einer Frauensperson zum Ehestande unter den alten Teutschen? 392. Nach der Zeit beurtheilte man in Teutschland die erlangte Mündigkeit nach der Stärke des Körpers und den äußerlichen Zeichen der Mannbarkeit, dem Barte, 392. Bey den Frauenspersonen blieb es beym Alten, 392. Wenn fieng man in Teutschland an, die Mündigkeit ebenfalls nach dem Alter zu bestimmen? 392. Es zeigte sich ein großer Unterschied zwischen der ehemaligen und der jetzigen Mündigkeit in Ansehung der daraus entstehen-

stehenden Rechte, 392. Die Aufnahme der fremden Rechte machte, daß blos das Alter zum Wesen der Mündigkeit erfordert wurde, 393. Im südlichen Teutschland setzte man anfänglich den allgemeinen Termin der Volljährigkeit auf das 18te Jahr, 393. Im nördlichen Teutschland erklärte man die jungen Personen mit dem 21sten Jahre für volljährig, 393. Warum haben die Sachsen das überlebte 21ste Jahr zum Termin der Volljährigkeit angenommen? 393. Endlich führte man auch in den noch übrigen Gegenden von Teutschland einen Termin der Volljährigkeit ein, 393. Mit der Annahme des römischen Rechts, hat man außer Sachsen an vielen Orten das 25ste Jahr zum Termin der Volljährigkeit bestimmt, 394. In einigen Gegenden ist das 18te, 20ste, 22ste Jahr zum Termin der Volljährigkeit gemacht worden, 394. Wenn ist Jemand in peinlichen Fällen für volljährig zu halten? 394. Die große Verschiedenheit der teutschen Stadt- und Landgesetze über den Termin der Volljährigkeit ist ein deutlicher Beweis, wie groß die Autonomie ehedem in Teutschland gewesen sey, 395. Die Menschen werden in rechtlicher Rücksicht auch in Alte und Junge abgetheilt, 395. Die Gesetze haben deswegen nichts Allgemeines bestimmt, wenn das Alter angehen soll, weil nicht alle Menschen zu eben der Zeit alt werden, 395. Nach der Behauptung der Rechtslehrer soll das 50ste, das 60ste und das 70ste Jahr als der Termin des Alters zu betrachten seyn, 395. Die wahrscheinlichste Meynung ist wohl diese, daß man bey jedem Fall untersucht, wenn hier Jemand nach diesem oder jenem Gesetz für alt erklärt werde, 396. Ist in Gesetzen nichts darüber bestimmt, so kommt es auf das Ermessen des Richters an, 396. In der teutschen Sprache muß man lieber das Wort Volljährigkeit brauchen, 397. Die Minderjährigen werden in Mündige und Unmündige abgetheilt, 397. Die römischen Rechtsgelehrten waren nicht einerley Meynung darüber, wenn ein Mensch für fähig zu Eingehung der Ehe gehalten werden müsse, 397. Die Stoiker behaupteten, mit zurückgelegtem 14ten Jahre werde eine Mannsperson mannbar, 398. Die Icti herciscundi behaupteten, man müsse auf die Jahre und die Beschaffenheit des Körpers Rücksicht nehmen,

nehmen, 398. Diese Meynung billigte Anfangs selbst Justinian, 398. Was für eine Meynung über die Mündigkeit scheint vor der Verordnung des Justinians über diese Sache den meisten Beyfall gefunden zu haben? 399. Die Lex Papia Poppaea hatte bereits ein Frauenzimmer mit überlebten 12ten Jahre für fähig zum Ehestande erklärt, 399. Diese Verordnung dehnten die Rechtsgelehrten auf andere Rechtsangelegenheiten aus, 400. Der Kaiser Justinian verordnete endlich, daß eine Mannsperson mit überlebtem 14ten Jahre mündig seyn solle, bey Frauenzimmern aber ließ er es beym Alten, 400. Bey dieser Ehemündigkeit ist unstreitig auf das warme Clima der Römer Rücksicht genommen worden, 400. Die Mündigen sind entweder völlig Mündige, oder nicht völlig Mündige, 401. Diesen Unterschied führte man in der Folge ein, weil man das Beste junger Personen dadurch befördern wollte, 401. Die Rechtslehrer nehmen die Regel an: die volle Mündigkeit müsse beständig als eine Ausnahme von der Regel betrachtet werden, 401. In welchen Fällen wird die völlige Mündigkeit erfordert? 402. Wenn von der Bestrafung und von Verbrechen die Rede ist, werden Weibspersonen ebenfalls erst mit dem 14ten Jahre für völlig mündig gehalten, 402. Bey der Ablegung eines Eydes in peinlichen Fällen, müssen Manns- und Frauenspersonen 18 Jahr alt seyn, 403. Die Unmündigen werden ebenfalls verschieden eingetheilt, 403. Welche Personen nennte man anfangs Kinder? 403. Nach dem neuern römischen Rechte wurden Personen bis zum überlebten siebenten Jahre Kinder genennt, 404. In Teutschland hat man zwar ebenfalls Personen unter sieben Jahren für Kinder erklärt, aber auch andere, 404. Aus den Handlungen der Kinder entspringt weder eine natürliche noch eine bürgerliche Verbindlichkeit, 405. In Gesetzen sind sie den Rasenden und Wahnsinnigen gleich gemacht worden, 405. Die Unmündigen theilt man in solche, welche die Kinderjahre bereits überlebt haben, oder der Kindheit näher sind, als der Mündigkeit, 406. Der Zeitpunct, wenn dieses Alter eintreten soll, ist in Gesetzen nirgends angegeben worden, 406. Accursius theilte die Zeit von zurückgelegter Kindheit bis zu eingetretener Mündigkeit

digkeit in zwey gleiche Theile, 406. Diese Meynung stimmt mit dem Sinne des römischen Rechts nicht überein, 407. Man muß Personen für infantiae proximos halten, so lange ihre Handlungen zeigen, daß sie noch Kinder am Verstande sind, 407. Die römischen Gesetze erfordern von einem pubertati proximo, daß er nicht mehr weit von der Pubertät entfernt sey, 408. Nach der P. G. O. Carl V. gehören nur Personen im 14ten oder am Ende des 13ten Jahres hierher, 408. Unmündige, die der Kindheit näher sind, werden bey ihren schädlichen Handlungen für Kinder gehalten, 409. Ist ihnen etwas vortheilhaft, so beurtheilt man sie wie pubertati proximos, 409. Unmündige, welche der Mündigkeit näher sind, werden bey Beurtheilung strafbarer Handlungen wie Mündige behandelt, und nicht wie Kinder, 409. Was nennt man eine das Alter erfüllende Bosheit? 409. Wie werden bürgerliche Handlungen dieser Personen beurtheilt? 410. In Gesetzen kommt der Ausdruck vor: aetas prima, und aetas secunda, 410.

§. 131. 132.

Es ist wider die Wohlfahrt des Staats, die so genannten minderjährigen Personen sich selbst zu überlassen, sondern sie müssen unter der Aufsicht von Vormündern oder Curatoren stehen, 411. Es würden aus diesen Personen verarmte Menschen werden, 411. Wie ist die Tutel und Curatel unterschieden? 411. Es ist ein Fehler, Pupillen und Unmündige für einerley Personen zu halten, 412. Welche Personen heißen Pupillen? 412. Auch in Teutschland muß der Unterschied zwischen Pupillen und Unmündigen befolgt werden, wenn Gesetze oder Gewohnheiten nichts anders festsetzen, 412. Homines alieni iuris bey den Römern waren theils die Kinder vom Hause, theils die Sclaven und Sclavinnen, 412. Vom Unterschiede zwischen den Sclaven und den Kindern vom Hause, 413. Im Verhältniß gegen den Hausvater hatte bey Sclaven und Kindern vom Hause eine große Aehnlichkeit statt, 413. Zwischen dem Vater und seinen Kindern hatte keine bürgerliche, sondern

dern

dern blos eine natürliche Verbindlichkeit statt, 413. Die persönliche Einheit zwischen dem Vater und seinen Kindern läßt sich nach dem römischen Rechte nicht bezweifeln, 414. Die der väterlichen Gewalt unterworfenen Kinder hatten wichtige Familienrechte, 414. Die Güter des Hausvaters waren von zweyerley Beschaffenheit, 414. Der Familiengottesdienst durfte von dem Familienvermögen nicht getrennt werden, 415. Was ist unter dem Familieneigenthum des Hausvaters zu verstehen? 415. Man unterschied bey den Römern ein doppeltes Eigenthum, 415. Die Verhältnisse der Kinder vom Hause waren weit besser, als die der Sclaven? 416.

§. 133. 134.

Die homines alieni iuris waren der väterlichen Gewalt unterworfen, 416. Warum kann man über die eigentliche Beschaffenheit der ältesten väterlichen Gewalt bey den Römern so schwer richtig urtheilen? 416. Die älteste römische väterliche Gewalt gründete sich auf Gesetze des Romulus, 416. Mehrere Rechtslehrer erklären die älteste römische väterliche Gewalt schlechterdings für ein Quiritarisches Eigenthumsrecht, 417. Warum gab Romulus dem Vater so große Rechte? 417. Warum schloß Romulus die Mutter von allem Antheil an der väterlichen Gewalt aus? 417. Was für Gründe lassen sich für die Meynung anführen, daß die älteste römische väterliche Gewalt zwar eine Herrschaft, aber kein wahres Eigenthum gewesen sey? 418. Dionysius als der Hauptschriftsteller über diese Sache nennt die väterliche Gewalt kein Eigenthum, 418. Man schließt dieses Eigenthum ohne hinlänglichen Grund aus den Rechten, welche der Vater hatte, 418. Es ist unschicklich aus Menschen Sachen zu machen, weil man über solche zwar eine Herrschaft haben kann, aber kein Eigenthum, 418. Es ist vernünftig anzunehmen, daß Dionysius den Inhalt der Gesetze des Romulus über die väterliche Gewalt richtig angegeben habe, 419. Wie muß man die Erzählung des Dionysius von dieser Sache über-

überhaupt betrachten? 419. Warum gab Romulus den Vätern eine große Gewalt über die Kinder? 419. Romulus ließ den Vätern die Rechte über ihre Kinder, die sie vorher im Naturzustande gehabt hatten, 420. Ein sicherer Beweis, daß der Vater kein Eigenthum über seine Kinder gehabt, liegt darin, daß sie beym Leben des Vaters ein Miteigenthum an seinem Vermögen hatten, 420. In den Gesetzen der zwölf Tafeln wurden die Kinder deswegen nicht mit unter den Intestaterben genannt, weil sie Eigenthümer des väterlichen Vermögens waren, 421. Hätte der Vater ein Eigenthum über seine Kinder gehabt, so hätten sie keine Miteigenthümer des väterlichen Vermögens seyn können, 421. Die Kinder werden nirgends zu den Mancipischen Sachen gerechnet, 421. Läßt sich aus den Feyerlichkeiten bey der Emancipation sicher beweisen, daß die Kinder als res mancipi betrachtet worden? 421. Zu Romulus Zeiten war gewiß die Emancipation der Kinder noch nicht gewöhnlich, 422. Hat Numa eine Art der Aufhebung der väterlichen Gewalt eingeführt? 422. In den Gesetzen der zwölf Tafeln kommt auch nichts von der Emancipation vor, 422. Warum haben die Rechtsgelehrten in spätern Zeiten die Feyerlichkeiten der Emancipation eingeführt? 422. Ein Hauptgrund wider die Meynung, daß der Vater ein Eigenthum über seine Kinder gehabt habe, besteht darin, daß die Kinder als freye Menschen betrachtet werden, 423. Daß die Kinder unter der Herrschaft der Väter gestanden, bezweifelt kein Mensch, 423. Plutarch erklärt die Kinder offenbar für freye Menschen, 423. Auch die Rechte, welche der Vater über seine Kinder hatte, beweisen nicht, daß er Eigenthümer derselben gewesen, 424. Was für Gründe führen diejenigen Rechtslehrer an, welche dem Vater ein Eigenthum über seine Kinder beylegen? 424. Warum hatte die Hausmutter keinen Antheil an der väterlichen Gewalt? 424. Das Zeugniß des Dionysius und Lactantius beweisen das Eigenthumsrecht des Vaters über seine Kinder ganz deutlich, sagen die Gegner, 425. Die väterliche Gewalt begreift alle die Rechte, welche ein Eigenthümer hat, sagt man, 425. Kann dieser Streit dadurch beygelegt werden, daß man die alte

alte römische väterliche Gewalt ein dem Eigenthum sehr nahe kommendes Recht nennt? 427. Die großen Rechte des Hausvaters über seine Kinder und Sclaven haben die Einführung des Peculiums veranlaßt, 427. Von der ursprünglichen Bedeutung des Worts Peculium, 427. Weder der Hausvater noch die emancipirten Kinder hatten ein Peculium, 428.

§. 135.

Wenn man die alte römische väterliche Gewalt gehörig kennen lernen will, so muß man die einzelnen Rechte des Vaters ausführlich betrachten, 429. Man kann das Recht des Vaters über Leben und Tod seiner Kinder für ein sehr hartes Recht halten; es war es aber in der That nicht, 429. Ueber die Geschichte dieses Rechts haben Noodt und Bynkershöck ausführlich gestritten, 429. Der Vater konnte dieses Recht nicht nach Willkühr ausüben, 430. Warum mußte Romulus den Vätern dieses Recht lassen, das sie im Naturzustande ebenfalls ausübten? 430. Dionysius von Halicarnaß giebt deutlich zu verstehen, daß dieses Rechte keine Grausamkeiten veranlaßt habe, 431. Die verschiednen Benennungen, welche von dem Rechte des Vaters über Leben und Tod seiner Kinder in den alten Schriftstellern vorkommen, beweisen es ebenfalls, daß es weiter nichts als eine Gerichtsbarkeit gewesen, 432. Aus den Schriftstellern läßt sich beweisen, wie die Väter diese ihre Gerichtsbarkeit verwaltet haben, 433. Von dem Rechte des Vaters, die neu gebohrnen Kinder auszusetzen, oder sie zu tödten, 434. Wie muß dieses Recht richtig erklärt werden? 434. Warum erlaubte Romulus, Kinder, die noch nicht drey Jahr alt wären, umzubringen oder auszusetzen? 434. Wie muß die Erzählung des Dionysius von dieser Sache erklärt werden? 435. Von dem Recht des Vaters, seine Kinder dreymal verkaufen zu können, 436. War der Vater vermöge dieses Rechts nur alsdenn befugt, seine Kinder zu verkaufen, wenn er durch Noth dazu veranlaßt wurde? 436. Aus der Geschichte läßt sich nicht beweisen, daß Läte

ihre Kinder blos aus Eigennutz verkauft haben, 437. Warum kann dieses Recht des Vaters nicht zum Beweise gebraucht werden, daß der Vater Eigenthumsherr seiner Kinder gewesen sey? 438. Wie muß das Recht des Vaters verstanden werden, alles, was die Kinder erworben hatten, als sein Eigenthum zu betrachten? 439. Von dem Recht des Vaters, seine Kinder zu vindiciren, 440. Wie muß hier das Wort vindiciren verstanden werden? 441. Von dem Recht des Vaters, seine Kinder, wenn sie Jemandem Schaden zugefügt hatten, demselben zum Schadensersatze zu überlassen, 442. Von dem Recht des Vaters, seinen Kindern im Testament einen Erben zu ernennen, 442. Die Kinder durften ohne Bewilligung des Vaters keine wichtigen Handlungen vornehmen, 442. Alle zeither angeführten Rechte der väterlichen Gewalt wurden in neuern Zeiten sehr verringert, 443. Wenn ist dem Vater das Recht über Leben und Tod seiner Kinder gänzlich genommen worden? 443. Unter dem Kaiser Valentinian durfte der Vater seine noch nicht dreyjährigen Kinder nicht mehr aussetzen, noch weniger tödten, 444. Unter dem Alexander Severus durfte der Vater über seine erwachsenen Kinder keine häusliche Gerichtsbarkeit ausüben, und sie zum Tode zu verurtheilen, 444. Jetzt wurde dem Vater blos verstattet seine Kinder zu züchtigen, oder sie der Obrigkeit zur Bestrafung auszuliefern, 444. Wie wurde das Recht des dreymaligen Verkaufs der Kinder in neuern Zeiten eingeschränkt? 445. Constantin erlaubte dem Vater blos, das neu gebohrne Kind zu verkaufen, wenn er ganz arm und unvermögend war, es zu erziehen, 445. Der Kaiser Diocletian sagt, es sey jetzt allgemein bekannt, daß es gar nicht mehr angehe, sein Kind zu verkaufen, 446. Der Kaiser Justinian schaffte die Feyerlichkeiten des Scheinkaufs bey der Emancipation ab, 446. Wie wurde das ius noxae dandi des Vaters in neuern Zeiten eingeschränkt? 446. Es ist dieses Recht schon vor Justinian abgeschafft worden, 446.

§. 136.

Das Recht des Vaters durch seine Kinder zu erwerben, ist durch Einführung der verschiednen Peculien sehr eingeschränkt worden, 447. Auch die Eheweiber hatten bey den Römern ein Peculium, 447. Die Frau hatte an den Gütern des Mannes eine Art von Miteigenthum, 447. Wie lange ist dieses Peculium gewöhnlich gewesen? 447. Vom Peculium der Sclaven, 448. Dieses Peculium ist in den ältesten Zeiten gewöhnlich gewesen, 448. Wenn der Sclave etwas von dem ihm ausgesetzten Unterhalte ersparte, so konnte er es behalten, 448. Vom Peculium der Kinder, 449. Vom peculium militare, 450. Was verstanden die Römer unter der militia? 450. Es ist streitig, wenn das peculium castrense der Söhne aufgekommen sey, 450. Wahrscheinlich war es schon vor dem Julius Cäsar eingeführt, 450. Die Beute und der Sold gehörten zu diesem Peculium, 450. Welche Geschenke rechnete man dazu? 451. Alle Aquisition durch den Soldatenstand wurde für ein Soldatenpeculium gehalten, 451. Nur wirkliche Soldaten hatten dieses Peculium, 452. Der Sohn war freyer Eigenthümer dieses Peculiums, 452. Als voller Eigenthümer konnte der Sohn sein Soldatenpeculium unter den Lebendigen und auf den Todesfall nach seinem Willen veräußern, 453. Wenn der Sohn ohne Testament starb, fiel sein Soldatenpeculium an seine Intestaterben, und der Vater durfte es nicht iure peculii an sich nehmen, 453. Hatte der Vater ein Recht zur Verwaltung desselben? 453. Vom peculium quasi-castrense, 454. Es ist falsch, wenn Einige behaupten, dieses Peculium sey erst unter Theodosius dem Jüngern aufgekommen, 454. Einige Rechtslehrer behaupten, dieses Peculium sey bereits unter der Republik gewöhnlich gewesen, 454. Das erste deutliche Gesetz darüber ist von Constantin dem Großen, 455. Was wird heut zu Tage zu diesem Peculium gerechnet? 455. Kann alles, was durch die Wissenschaften, oder gar nur bey Gelegenheit derselben erworben worden, dazu gerechnet werden? 456. Was für Geschenke gehören zu diesem Peculium? 457. Von

den Rechten des Sohnes an diesem Peculium, 457. Von dem peculium paganum, 458. Was versteht man unter dem peculium profectitium? 458. Dieses Peculium ist ohnstreitig das älteste, 459. Was für Sachen werden dazu gerechnet? 460. In allen Fällen, wo etwas für ein peculium profectitium gehalten werden soll, wird voraus gesetzt, daß die Kinder in der väterlichen Gewalt sind und bleiben; denn sonst wäre das, was ihnen der Vater gegeben hat, kein peculium, 460. Von dem Rechte des Vaters über dieses Peculium, 461. Was für Rechte hat ein Kind an seinem peculium profectitium? 461. Giebt es auch ein peculium profectitium maternum? 462. Vom peculium aduentitium der Kinder, 462. Beyspiele davon kommen in Gesetzen vom Hadrian vor, 463. Was für Neuerungen hat Justinian dabey eingeführt? 463. Von dem Recht des Vaters und der Kinder an diesem Peculium, 463. Vom peculium aduentitium irregulare, 463.

§. 137. 138.

Was für eine Beschaffenheit hat die väterliche Gewalt nach dem teutschen Rechte? 464. In Teutschland leget man der Mutter ebenfalls eine wirkliche Gewalt über ihre Kinder bey, 465 und 480. Von der Beschaffenheit der älterlichen Gewalt nach dem Naturrechte, 465. Die Naturrechtslehrer sind darüber verschiedner Meynung, woher sich die Gewalt der Aeltern über ihre Kinder nach dem Naturrechte beweisen lasse, 466. Wenn man die geschehene Erzeugung der Kinder als den Grund aller Rechte der Aeltern über ihr Kind betrachtet, so haben beyde Aeltern ein gleiches Recht bey der Ausübung der älterlichen Gewalt, 466. Die natürliche älterliche Gewalt kann durch positive Gesetze bestimmt werden, 467. Da wir in Teutschland ein doppeltes gemeines positives Privatrecht haben, so ist auch darauf bey Beurtheilung der älterlichen Gewalt Rücksicht zu nehmen, 467. Die natürliche Gewalt der Aeltern über ihre Kinder giebt ihnen das Recht, solche zu erziehen, 467 und 481. Sehr viele Naturrechtslehrer erklären die

die Aeltern nur für unvollkommen verbindlich, ihre Kinder zu erziehen, 468. Da diese Meynung mit der Moral streitet, und ohne solche das Naturrecht Barbarey begünstigt, so ist sie zu misbilligen, 468. Aus der Verbindlichkeit der Aeltern, ihre Kinder zu erziehen, folgt, daß sie ihnen Alimente reichen müssen, 468. Die Aeltern können von ihren Kindern Ehrerbietung und Gehorsam fordern, 469 und 483. Weil die Kinder ihren Aeltern Ehrerbietung schuldig sind, so haben positive Gesetze manche wichtige Verordnungen darauf gegründet, 469. Kinder dürfen wider ihre Aeltern keine Klage anstellen, welche die Ehrlosigkeit zur Folge haben kann, 469. Kinder dürfen nicht zu Ablegung eines Zeugnisses wider ihre Aeltern genöthigt werden, 470. Von dem Recht der Aeltern, ihre Kinder zu züchtigen, 471 und 484. Was für Rechte haben die Aeltern nach dem Naturrechte bey der Anführung ihrer Kinder zum Bekenntniß einer Religion? 471. Wenn werden Kinder in Teutschland für fähig gehalten, eine andere Religion wählen zu können, als worin sie erzogen worden? 471 und 482. Ist unter den Protestanten ein Unterscheidungsjahr gesetzlich eingeführt worden? 472. Was ist Rechtens in Teutschland, wenn die Aeltern sich zu zweyerley Religionen bekennen, und sie wollen ihre Kinder darin unterrichten lassen? 472 und 482. Wenn dürfen Aeltern, durch ihre Ehestiftung nichts darüber festsetzen? 473. Von dem natürlichen Recht der Aeltern, die künftige Lebensart ihrer Kinder zu bestimmen, 473 und 483. Kann der Vater gezwungen werden, die Kosten herzugeben, wenn der Sohn etwas anders lernen will, als ihm der Vater zumuthet, und er hat auch die Geschicklichkeit dazu? 474. Nach dem Naturrechte können die Aeltern von ihren Kindern gewisse Arbeiten verlangen, 474. Es giebt dreyerley Arbeiten, wodurch Kinder ihren Aeltern dienen und Hülfe leisten können, 475. Wie viel können Aeltern von solchen Arbeiten ihrer Kinder verlangen, welche operae inartificiales heißen? 475. Wie weit gehen die Rechte des Vaters über die künstlichen Arbeiten seiner Kinder? 475 und 486. Ein zweytes Hauptrecht, welches aus der natürlichen älterlichen Gewalt herrührt, besteht in dem Rechte,

die Güter ihrer Kinder zu benutzen, 476. Kinder müssen den Aufwand ihrer Erziehung vergüten, wenn sie Vermögen haben, 476. Nach dem Naturrechte kann die Mutter so viel von dem Vermögen ihrer Kinder brauchen, als die Erziehung derselben nothwendig erfordert, 476. Die Aeltern haben das gegenseitige Recht, von ihren Kindern als Vergütung für die Erziehung Alimente zu fordern, wenn sie selbst nichts zu leben haben, 477. Was für Rechte faßt die heutige bürgerliche Gewalt der Aeltern über ihre Kinder in sich? 478. Der Vater hat heut zu Tage das ausschliessende Recht, seinen Kindern im Testament einen Vormund zu bestellen, 478. Er kann dem Kinde pupillarisch substituiren, welches die Mutter nicht thun darf, 478 und 488. Vermöge der väterlichen Gewalt wird auch heut zu Tage der Vater mit seinem Kinde für eine Person gehalten, 478 und 489. Der Vater kann durch seine Kinder noch weit kräftiger erwerben, als durch andere Personen, 478. Der Vater kann die Sachen seiner Kinder veräußern, ohne Vollmacht von ihnen dazu erhalten zu haben, 479. Der Vater vererbt die ihm von seinem Kinde angefallene Erbschaft weiter, wenn er sie auch gleich noch nicht angetreten hatte, 479. Eine Folge der bürgerlichen väterlichen Gewalt ist es ferner, daß Niemand Kindern, so lange sie der väterlichen Gewalt unterworfen sind, baar Geld borgen darf, 479. Der Vater hat das Recht das Peculium der Kinder zu benutzen, 479.

§. 139. 140.

Die väterliche Gewalt erlangt man durch die Ehe, die Legitimation und Adoption, 490. Die Gesetze erklären Kinder, die von Aeltern gezeugt worden, die in einer rechtmäßigen Ehe leben, für eheliche, 491. Auf die eheliche Geburt gründet sich die väterliche Gewalt so fest, daß ihm solche die Mutter nicht entziehen kann, wenn sie das Kind für unehelich ausgiebt, 491. Ist die Frau des Ehebruchs überführt worden, so fällt die Vermuthung immer noch nicht weg, daß der Mann Vater des Kindes sey, 492. In welchen Fällen hat

die Vermuthung von der ehelichen Geburt eines Kindes keine Kraft? 492. Wie wird die uneheliche Geburt eines Kindes bewiesen? 493. Kann dem Manne der Eyd darüber deferirt werden, daß er nicht Vater des Kindes sey, das er für das seine ausgiebt? 493. Kann der von der Frau geführte Beweis, daß der Mann nicht Vater ihres Kindes sey, dem Kinde schaden? 494. Wenn der Mann und die Frau sich darüber verglichen haben, das von ihnen gezeugte Kind für kein eheliches zu halten, so schadet dieses dem Kinde nichts, 494. Durch die Legitimation kann man die väterliche Gewalt ebenfalls bekommen, 495. Es muß heut zu Tage ein dreyfacher Unterschied dabey gemacht werden, 495. Ueber uneheliche Kinder hat der Vater keine väterliche Gewalt, 495. Kann man annehmen, daß die römische Legitimation durch eine Fiction geschehen sey? 496. Die Rechtslehrer, welche dieses behaupten, machen einen Unterschied zwischen der einfachen und der zurückwürkenden Fiction bey der Legitimation, 496. Wie ist die Verordnung Justinians über die verstattete Heyrath einer Sclavin zu erklären? 496. Diejenigen Rechtslehrer, welche keine Fiction bey der Legitimation annehmen, halten die Sache deswegen für ungegründet, weil sie durch Gesetze eingeführt worden, und der Gesetzgeber nur zu befehlen brauche, 496. Ein sicheres Kennzeichen von der Unmoralität der Menschen ist gewiß die so häufig vorkommende Verletzung der Keuschheit, 498. Wenn ist die Legitimation durch die Ehe bey den Römern eingeführt worden, 499. Läßt sichs beweisen, daß unter der Republik etwas ähnliches mit der Legitimation üblich gewesen? 499. Warum führte Constantin der Große die Legitimation durch die nachfolgende Ehe ein? 500. Er schränkte zugleich das Erbrecht der natürlichen Kinder sehr ein, 500. Die Verordnungen Constantins sind vom Kaiser Anastasius und Justinus bestätigt und auch erweitert worden, 501. Justinus verbot, die unehelichen Kinder weder zu arrogiren, noch zu adoptiren, um die väterliche Gewalt dadurch über sie zu bekommen, und ihnen dadurch die Familienrechte in Ansehung ihres natürlichtn Vaters zu verschaffen, 501. Der Kaiser Justinian setzte ganz andere Grundsätze fest, und dehnte die

Rechte der Legitimation wider die Absichten der vorigen Kaiser erstaunend aus, 502. Er führte über dieses die Legitimation durch ein Rescript des Regenten ein, 502.

§. 141. 142. 143.

Welche Kinder können legitimirt werden? 503. Was war die Ursache, warum die Römer blos verstatteten, die im Concubinat erzeugten Kinder zu legitimiren? 503. Das kanonische Recht verstattete, alle Arten unehelicher Kinder zu legitimiren, 504. Anfangs verstatteten die Päpste blos spurios und vulgo quaesitos zu legitimiren, 504. Unter dem Papst Alexander III. war nach den Concilienschlüssen die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin schlechterdings verboten, 505. Die Päpste verboten diese Ehe in der Folge nur in zwey Fällen, 505. Endlich gieng es auch an, in einer Blutschande erzeugte Kinder zu legitimiren, 506. Zu jeder Legitimation wird die Einwilligung der dabey interessirten Personen nach dem römischen Rechte erfordert? 507. Warum mußte der Vater in die Legitimation willigen? 507. Auch die Kinder durften bey den Römern nicht wider ihren Willen legitimirt werden, 507. Nach der Verordnung des kanonischen Rechts wird die Einwilligung der Kinder in die Legitimation alsdenn nicht für nothwendig erklärt, wenn die Aeltern einander heyrathen wollen, weil es den Kindern nicht erlaubt ist, ihre Aeltern an der Eingehung der Ehe zu hindern, 508. Bey der Legitimation durch ein Rescript, verlangen heut zu Tage viele Rechtslehrer die Einwilligung der Kinder, 508. Die Feyerlichkeiten der Legitimation durch die Ehe rühren von Constantin dem Großen her, 509. Wie ist der §. 13. Inst. de nupt. zu verstehen? 509. Es ist streitig, ob die Legitimation durch die Ehe nach dem römischen Rechte zu ihrer rechtlichen Form erfordert habe, daß zwischen dem Manne und der Frau schriftliche Eheverträge geschlossen worden, 511. Heut zu Tage können Personen die Legitimation durch die Ehe zu allen Zeiten vornehmen, und sich sogar auf dem Sterbebette trauen lassen, 512. Durch die bloße Verlobung kann keine Legitimation

tion vorgenommen werden, 514. Zu welcher Zeit ist die Legitimation durch die Ehe in Teutschland eingeführt worden? 515. Warum nennten die Teutschen durch die Ehe legitimirte Kinder Mantelkinder? 516. Von der Legitimation bey den Römern durch die Bestimmung zum Decurio, 518. Welche Städte im römischen Reiche wurden Municipia genennt? 518. Was für Beschwerden mußte ein Decurio übernehmen? 519. Warum führte Theodosius II. die Legitimation durch die Bestimmung zum Decurio ein? 520. Die Geistlichkeit der finstern Zeiten wollte die oblatio curiae coelestis einführen, 521. Ist das Anerbieten der unehelichen Kinder zum Dienste des Kaisers eine Art sie zu legitimiren? 522. Von der Legitimation durch ein Rescript des Regenten, 522. Ist diese Legitimation schon vor dem Justinian gebräuchlich gewesen? 523. Diese Art zu legitimiren sollte blos ein subsidiarisches Hülfsmittel seyn, die väterliche Gewalt zu bekommen, 523. Wenn der Vater bereits eheliche Kinder hatte, so durfte der Vater keinen Gebrauch davon machen, 523. Durch das päpstliche Recht ist die Vorschrift des Justinians völlig abgeändert worden, 524. Nach dem kanonischen Rechte können alle Arten unehelicher Kinder legitimirt werden, 524. Wie wird es in Teutschland damit gehalten? 525. Ist die Einwilligung der Kinder heut zu Tage dazu nothwendig? 526. Giebt es außer den angeführten drey Arten der Legitimation, noch mehrere? 526.

§. 144. 145. 146.

Von den Würkungen der Legitimation, 527. Was für Würkungen hat die Legitimation in Rücksicht des Vaters? 527. Der Vater bekam bey den Römern die volle väterliche Gewalt über die von ihm legitimirten Kinder, 527. Auch das Erbrecht in das Vermögen der Kinder fiel dem Vater zu, nach geschehener Legitimation, 528. Er konnte von ihnen Alimente fordern, 528. Die Würkungen der Legitimation in Rücksicht auf die Kinder bestand nach dem römischen Recht darin, daß sie der väterlichen Gewalt unterworfen wurden, da

da sie vorher gewaltfrey waren, 528. Die legitimirten Kinder hatten Familienrechte in Rücksicht auf ihren zeitherigen natürlichen Vater, 528. Sie mußten von ihrem Vater, der sie legitimirt hatte, Alimente bekommen, und wurden seine gesetzlichen Erben, 529. Wenn die Frage beantwortet werden soll, was die Legitimation in Teutschland für Würkungen hervorbringt, so muß ein Unterschied gemacht werden, zwischen der vollkommnen und unvollkommnen Legitimation, 530. Was versteht man unter der unvollkommnen Legitimation? 530. Auch in Teutschland bekommt der Vater die väterliche Gewalt über seine vollkommen legitimirten Kinder, 531. Ob die durch die Ehe legitimirten Kinder den Adel ihres Vaters bekommen, darüber streiten die Rechtslehrer, 531. Im Besitzstande des Adels sind solche Kinder oft geschützt worden, 531. So viel kann wohl nicht geleugnet werden, daß ein solcher Adlicher nicht fortkommt, wenn von solchen adlichen Vorrechten die Rede ist, deren Genuß von einer völlig reinen Ahnenprobe abhängt, 532. Bey den Römern waren uneheliche Kinder zu allen Aemtern und Würden fähig, wozu eheliche Kinder gelangen konnten, 532. Die Teutschen billigten bey ihrer strengen Keuschheit andere Grundsätze, 532. Wenn von dem Erbrechte legitimirter Kinder die Rede ist, so muß ein Unterschied gemacht werden zwischen Kindern, die durch die Ehe legitimirt worden, und solchen, welche der Regent legitimirt hat, 532. Durch die Ehe legitimirte Kinder erben in Teutschland eben so gut, wie eheliche Kinder, 532. Kinder, die durch ein Rescript unvollkommen legitimirt worden, werden bey der Erbfolge unehelichen Kindern gleich gehalten, 533. Ueber das Erbrecht der durch ein Rescript vollkommen legitimirten Kinder ist ein Streit unter den Rechtslehrern, 533. Einige Rechtslehrer behaupten, wenn die Legitimation auf Verlangen des Vaters geschehen sey, und die legitimirten Kinder darein willigen, so erlangen sie ein Erbrecht, es mögen eheliche Kinder da seyn oder nicht, nur dürfen diese an ihrem Pflichttheile nicht leiden, 533. Andere Rechtslehrer sagen: der Regent kann heut zu Tage uneheliche Kinder völlig erbfähig

hig legitimiren, wenn gleich eheliche Kinder schon vorhanden sind, 535. Nach der gemeinen Meynung der Rechtslehrer soll in diesem Falle den ehelichen Kindern der Pflichttheil zum Voraus gelassen werden müssen, 536. Nach dem römischen Rechte durfte die Legitimation gar nicht geschehen, wenn eheliche Kinder vorhanden waren, 536. Der Regent kann heut zu Tage uneheliche Kinder legitimiren, es mögen eheliche Kinder vorhanden seyn, oder nicht, 537. Wenn bekommen durch die Ehe legitimirte Kinder das Recht der Erstgeburt nicht? 539. Sind legitimirte Kinder lehnsfähig? 539. Legitimirte Kinder werden von Familienfideicommissen ausgeschlossen, 540. Haben legitimirte Kinder ein Recht zu den Familienstipendien? 540.

§. 147.

Wer hat das Recht in Teutschland durch ein Rescript zu legitimiren? 541. Warum kann nur der Regent legitimiren? 542. Im ganzen teutschen Reiche hat nur der Kaiser das Recht durch ein Rescript zu legitimiren? 542. Wir haben viele Fälle aus den vorigen Zeiten von diesen Legitimationen, 543. Die Kaiser ließen durch die Hofpfalzgrafen legitimiren, 544. Was verstehen wir unter diesen Pfalzgrafen? 544. Sie sind unter den Franken entstanden, 544. Wie ist das Recht des Pfalzgrafen, die Legitimationen vorzunehmen, beschaffen? 544. Was für Rechte des Kaisers darf ein Pfalzgraf ausüben? 545. Wenn nicht deutlich in der Comitiv gesagt worden, daß ihm erlaubt sey, vollkommen zu legitimiren, darf er nur unvollkommene Legitimationen vornehmen, 545. Steht ihm das Recht zu alle Arten unehelicher Kinder zu legitimiren? 545. Darf der Pfalzgraf sein Recht, zu legitimiren, einem Andern in einem besondern Falle auftragen? 546. Der Pfalzgraf kann seine eigenen unehelichen Kinder nicht legitimiren, 546. Kann der Pfalzgraf uneheliche Kinder legitimiren, deren Aeltern zum hohen Adel gehören? 548. Erstreckt sich die vom Pfalzgrafen geschehene Legitimation über ganz Teutschland? 549. Vom Rechte der teutschen

teutschen Reichsstände durch ein Rescript zu legitimiren, 552. Haben auch die Reichsstädte dieses Recht? 552. Gilt die von einem teutschen Reichsstande geschehene Legitimation blos in seinem Lande? 554. Einige Rechtslehrer sind der Meynung, diese Legitimation gelte so, wie die kaiserliche, in ganz Teutschland, weil es hier auf den Stand eines Menschen ankomme, 555. Kann der Regent auch solche uneheliche Kinder legitimiren, die im Ehebruch oder in der Blutschande erzeugt worden sind? 558. Wem ist es nicht erlaubt, durch ein Rescript zu legitimiren? 559. Wenn gilt die vom Erbprinzen geschehene Legitimation durch ein Rescript? 559.

Lib. I. Tit. VII.

de

adoptionibus, emancipationibus et aliis modis, quibus patria potestas soluitur.

§. 148. 149. 150.

Auch durch die Adoption erlangte man bey den Römern die Rechte der väterlichen Gewalt, 560. Was wird unter der Adoption in der weitläuftigen Bedeutung des Worts verstanden? 560. Wenn die Adoption ohne öffentliche Auctorität vorgenommen worden, hat sie die Folgen nicht, die in jenem Falle damit verbunden sind, 560. Wer wird ein Alumnus genennt? 561. Ein Pflegekind darf nach Absterben seines Pflegevaters keine fernere Erziehung fordern, wenn es nicht im Testamente steht, 561. Nicht durch jede Adoption erlangt man die väterliche Gewalt, 561. Die Ursachen, welche bey den Römern die Adoption veranlaßt haben, waren verschieden, 561. Die im Testament geschehene Adoption war keine wahre Adoption, 562. Die Römer setzen Jemand zum Erben ein, mit der Bedingung, den Namen des Erblassers zu führen, 562. Auch in Teutschland

land ist dieses oft geschehen, 564. Von den Würkungen der im Testament geschehenen Adoption, 564. Die so genannte Adoption durch die Taufe kann ebenfalls für keine würkliche Adoption gehalten werden, 564. Die Adoption im weitläuftigen Verstande besteht aus der Arrogation und der Adoption im engern Verstande, 565. Um die Natur der Adoption im weitläuftigen Verstande gehörig kennen zu lernen, muß beständig auf drey Hauptgrundsätze Rücksicht genommen werden, 565. Die Adoption ist ein subsidiarisches Mittel, die Rechte der väterlichen Gewalt zu erlangen, 566. Was war die Hauptabsicht bey dem Verbote, daß Niemand fremde Kinder adoptiren solle, der schon selbst leibliche Kinder hatte? 566. Wer noch in den Jahren ist, daß er selbst leibliche Kinder bekommen kann, darf nicht adoptiren, 567. Blos bey der Arrogation wurde darauf gehalten, daß Niemand vor dem 60sten Jahre diese Handlung vornahm, 568. Wer die römische väterliche Gewalt nicht haben konnte, durfte auch nicht adoptiren, 568. Unter welchen Umständen verstatteten es die römischen Kaiser einem Frauenzimmer, Jemanden als Kind anzunehmen, 568. Wahrscheinlich hat Antonin der Fromme dieses zuerst erlaubt, 569. Wird es heut zu Tage einem Frauenzimmer ebenfalls erlaubt, Jemanden an Kindesstatt anzunehmen? 569. Die Rechtslehrer billigen hierüber dreyerley Meynungen, 569. Warum kann ein Sohn, der noch der väterlichen Gewalt unterworfen ist, nicht adoptiren? 571. Was ist unter dem Satze zu verstehen: die Adoption ahmt die Natur nach? 571. Diese Regel wurde nicht überall bey Adoptionen befolgt, 571. War es Spadonen erlaubt, Jemanden an Kindesstatt anzunehmen? 572. Wie alt mußte derjenige seyn, der adoptiren wollte? 573. Warum mußte man wenigstens 18 Jahr älter seyn, als das zu adoptirende Kind? 574. Kommt es heut zu Tage auf dieses Alter an? 574. Die Adoption kann nicht auf eine bestimmte Zeit geschehen, 574. Geht es an, Jemanden an Vaters- oder Brudersstatt anzunehmen? 575. Die Adoption darf weder dem an Kindesstatt Angenommenen, noch einem Dritten nachtheilig seyn? 575. Kann der Vormund seinen Pupillen an

Kindesstatt annehmen? 575. Darf ein Armer einen Reichen adoptiren? 576. Kann Jemand einen Fremden an Enkelsstatt annehmen, zum Nachtheil seines Sohnes? 576. Der Regent ist nicht berechtigt, eine ungültige Adoption ohne Bewilligung derjenigen zu bestätigen, welche dadurch Nachtheil leiden, 576.

§. 106. 107. 108.

Privilegia sind eine Art der Gesetze; da nun diese ihre verbindliche Kraft verlieren (Thl. 1. S. 426—438), so behalten auch jene nicht beständig ihre Würkung, sondern es giebt mancherley Ursachen, warum sie wieder aufhören. Was die Gesetze darüber verordnen, soll nunmehr gezeigt werden [a]). Die Ursachen, warum ein ertheiltes Privilegium seine Kraft verlieren kann, lassen sich in drey Classen abtheilen; denn der Grund, warum ein Privilegium aufhört, liegt entweder I) in der Beschaffenheit desselben, oder II) in dem Gesetzgeber, oder III) in der Person des Privilegirten.

Wegen der Beschaffenheit des Privilegiums, hört die Gültigkeit desselben in mehrern Fällen auf.

1) Wenn das Privilegium nicht auf beständig, sondern nur auf eine gewisse Zeit ertheilt worden, so versteht sichs von selbst, daß das Privilegium nicht mehr gültig seyn kann,

a) Rennemann D. de effectibus priuilegiorum eorumque amittendi modis, in *Eius* Proleg. ad Iurispr. Rom. Germ. nr. 15. Leyser Spec. XI. Wasmyth D. de priuileg. natura, in specie de modis, quibus finiuntur vel amittuntur, Götting. 1787. cap. 2. Hartleben Medit. ad Pand. Spec. XIII. Vol. I. Part. I. Pag. 247. v. Quistorps Gedanken über die Frage: welches sind die vornehmsten Grundsätze, worauf es bey Bestimmung der Fälle, da Privilegien aufhören können, hauptsächlich ankommt? In seinen kleinen Schriften, S. 99. u. f.

kann, so bald die Zeit verflossen ist, wie lange das Privilegium dauern sollte. Ein merkwürdiges Beyspiel sind die so genannten Anstandsbriefe, oder Moratorien, welche gemeiniglich nur auf eine Zeit von fünf Jahren ertheilt werden, und dieses Umstandes wegen die Benennung Quinquenelle erhalten haben [b]). Sehr oft werden die Bücherprivilegien nur auf eine gewisse bestimmte Zeit, z. B. auf zehen Jahre ertheilt. Ein ander Beyspiel ist im 1sten Theile dieses Commentars S. 531 vorgekommen. Bisweilen kommt der Fall vor, daß der Privilegirte eher stirbt, als die Zeit verflossen ist, wie lange sein Privilegium dauern sollte. Hier ist der Erbe desselben berechtigt, von diesem Privilegium die noch übrige Zeit Gebrauch zu machen, es müßte denn aus der Verleihung des Privilegiums deutlich erhellen, daß es mit dem Tode des Privilegirten sogleich aufhören solle [c]). Für ein Privilegium, das nur eine gewisse Zeit dauert, hält es Hr. Prof. Hofacker auch alsdenn, wenn bey der Verleihung ausdrücklich erklärt worden, daß es mit dem Tode des Regenten, von dem das Privilegium ertheilt worden, aufhören solle [d]).

2) Ein Privilegium, welches einer Person ertheilt worden, verliert seine Kraft, so bald die privilegirte Person nicht mehr vorhanden ist, sie mag nun wirklich gestorben seyn, oder für bürgerlich todt gehalten werden. Aus den bereits vorgetragenen Grundsätzen (Thl. 1. S. 508.) wissen wir, daß Privilegien physischen und moralischen Personen ertheilt werden. Auf diesen Umstand ist vor allen Dingen Rücksicht zu nehmen, so bald die Frage ist: wenn persönliche Privilegien nicht mehr gelten? Bey Privilegien, welche einer physischen Person ertheilt worden, ist ein

b) L. f. C. qui bon. ced. poss. L. 2. C. de prec. Imp. offer.

c) Wasmuth Diss. cit. cap. 2. §. 21. Wolf in Iur. natur. Part. 8. c. 4. §. 880.

d) Hofacker Princ. iur. ciuil. Tom. I. Pag. 82.

ein Unterschied zu machen, ob das Privilegium blos dem Privilegirten verliehen ist, oder überdieses auch seiner Familie. Im ersten Falle hört das Privilegium sogleich mit dem natürlichen oder bürgerlichen Tode des Privilegirten wieder auf; im andern aber verliert es seine Kraft nicht eher, als bis keine Personen mehr vorhanden sind, die in gerader Linie von dem Erwerber des Privilegiums abstammen [e]). Privilegien, welche moralischen Personen ertheilt worden, fallen nicht eher weg, als bis kein einziges Mitglied der Gesellschaft mehr existirt; denn wenn nur noch eine dazu gehörende Person vorhanden ist, so kann sie auch von dem Privilegium Gebrauch machen, weil es in der L. 7. §. 2. D. quod cuiusque vniu. heißt: — si vniversitas ad *vnum* redit, ius omnium in *vnum* recidit, et stat nomen vniuersitatis.

3) Privilegien, die mit einer Würde oder einem Stande verknüpft sind, fallen weg, so bald die Person, welche zeither von dem Privilegium, wovon die Rede ist, Gebrauch machen durfte, diese Würde oder diesen Stand nicht mehr hat [f]).

4) Ruhet das Privilegium auf einer bestimmten Sache und ist folglich ein Realprivilegium, so darf zwar jeder Besitzer der Sache davon Gebrauch machen (Theil 1. S. 517); es hört aber auf, so bald die privilegirte Sache völlig zerstört ist, und folglich nicht mehr existirt. Ist aber nur noch etwas davon übrig geblieben, so daß die zerstörte Sache wieder hergestellt werden kann, und dieses geschieht in der Folge wirklich, indem z. B. das abgebrannte Haus wieder aufgebaut worden, so erhält das zeither unterbrochene dingliche Privilegium damit seine vorige Kraft wieder, wie dieses der Fall bey Realservituten ist [g]).

e) Hr. HR. Glück im Comment. Thl. 2. S. 29.

f) L. 6. §. 14. L. 8. §. 1. D. de excus. MEVIUS Dec. VIII. 52.

g) L. 20. §. 2. D. de seruit. praed. vrb. WERNHER lect. comment. h. t. §. 17. Pag. 31.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701684888/phys_0071 DFG

Zwischen beyden Fällen kann eine gegründete Rechtsanalogie angenommen werden.

Als die zweyte Ursache, warum ein zeither vorhanden gewesenes Privilegium nicht mehr gilt, führen die Rechtslehrer den Umstand an, daß der Gesetzgeber solches wiederrufen habe, folglich sey hier der Grund, warum ein Privilegium aufhöre, in dem Gesetzgeber zu suchen [h]). Die Rechtslehrer haben aber sehr darüber gestritten, ob der Gesetzgeber ein Privilegium wiederrufen dürfe. Einige behaupten dieses ohne alle Einschränkung, und sagen: Privilegien sind eine Art der Gesetze, welche der Gesetzgeber ebenfalls nach Beschaffenheit der Umstände ändern kann, wenn es gleich seinen Unterthanen misfällt. Sollte aber das Privilegium nicht sowohl auf die Beförderung der gemeinen Wohlfahrt, als darauf abzielen, daß dem Privilegirten eine Wohlthat zu Theil werde, so sey gleichwohl zu vermuthen, daß sich der Regent nicht habe die Hände binden wollen, sondern daß das Privilegium in einer wiederruflichen Schenkung, oder in einem bittweise verstatteten Gebrauch des ertheilten Vorrechts bestehen solle [i]).

Die ältern Rechtslehrer, Baldus, Menochius, Cacheranus, Tiraquel, Rosenthal, Reußner, Pruckmann, Rhetius, nehmen an, die so genannten gratiösen Privilegien (Th. 1. S. 526.), könne der Regent zwar wiederrufen, wenn er wolle; aber bey den conventionellen Privilegien

h) Hr. RR. Eichmann in den Erklär. des bürg. Rechts, Thl. 2. S. 145. Hr. HR. Glück im Comment. Thl. 2. S. 30.

i) Io. Guil. GADENDAM D. de legib. praesertim specialibus seu priuilegiis, quatenus mutari aut reuocari iure possint, Erlang. 1743. HOBBES de ciue cap. 6. §. 13. BODINVS de re publ. Lib. 1. cap. 8. Pag. 133. BASTINELLER D. de priuileg. collisione, §. 8. GVNDLING ad Prota h. t. §. 9. LOEHLEIN Progr. priuilegia titulo oneroso etiam extraneo quaesita reuocari posse, Wirceb. 1756. §. 6.

vilegien (Th. 1. S. 526.) dürfe er es nicht eher thun, als wenn eine rechtmäßige Ursache vorhanden sey [k]).

Herr HR. Hartleben ist der Meynung, man müsse darauf Rücksicht nehmen, ob der Regent durch das Privilegium ein unwiederrufliches Recht ertheilen wollen oder nicht. Im ersten Falle dürfe er es auch nicht wiederrufen, er möge es umsonst, oder gegen eine verhältnißmäßige Leistung ertheilt haben; denn nun sey er schuldig, sein Versprechen wie jede Privatperson zu halten. Habe sich aber der Regent nicht deutlich erklärt, daß dem Privilegirten ein unwiederrufliches Recht auf das Privilegium zustehen solle, und es folglich zweifelhaft sey, ob er sich auf eine bestimmte Zeit verbindlich machen wollen, so müsse wieder unterschieden werden, ob das Privilegium gegen eine verhältnißmäßige Leistung ertheilt worden, oder ob es als eine bloße Gnade zu betrachten sey. Wenn das Privilegium ein beschwerliches sey, so müsse man annehmen, der Regent habe sich durch die Ertheilung desselben verbindlich gemacht, und das Privilegium sey als ein Vertrag und Kauf zu betrachten. Ganz anders verhalte es sich mit gratiösen Privilegien; denn hier könne man nicht vermuthen, der Regent habe sich auf eine bestimmte Zeit verbindlich machen, und das Privilegium für unwiederruflich ertheilt angesehen wissen wollen, da diese Privilegien gewöhnlicherweise nur nach Art eines Precariums verliehen würden, und folglich auch in zweifelhaften Fällen, als auf diese Weise ertheilt, betrachtet werden müßten. Nun sey es der Natur des Precariums gemäß, daß es sogleich aufhöre, wenn die fernere Verstattung des Gebrauchs aufgekündigt worden [l]), folglich müsse auch ein gratiöses Privilegium ebenfalls nicht anders als unter der Bedingung ertheilt betrachtet werden, daß der Regent die Freyheit behalte, es wiederrufen zu können, wenn er wolle. Man halte ja jeden, von Privatpersonen verstatteten unent-

k) Hr. v. Quistorp in den kl. Schriften, S. 102. Hr. HR. Hartleben a. a. O. S. 258.

l) L. 1. pr. D. de precar.

geldlichen Gebrauch einer Sache immer eher für bittweise verstattet, als für eine wahre Verbindlichkeit, auch vermuthe man niemals eine Schenkung. Wie könne man also den Regenten schärfer beurtheilen, und mit welchem Grunde sey anzunehmen, daß er sich durch das aus Gnaden ertheilte Privilegium wie durch einen Vertrag verbindlich machen wollen? Mehrere Rechtslehrer m) behaupteten zwar, wenn gleich die Verleihung dieser Privilegien blos aus landesfürstlicher Gnade herrühre, so dürfe dennoch der Gebrauch des Privilegiums als keine Gnade betrachtet werden, sondern jetzt gelte eben das, was bey einer Schenkung Rechtens ist, welche, nachdem sie einmal geschehen sey, ein beständiges Recht verschaffe. Diese Gründe habe aber schon der verstorbene Canzler Böhmer n) gründlich widerlegt, welcher schreibe: diese Vergleichung könne nur statt finden, wenn der Regent deutlich erklärt habe, daß er durch das gratiöse Privilegium ein unwiederrufliches Recht ertheilen wollen; denn jetzt habe er hinlänglich zu verstehen gegeben, daß kein Precarium vorhanden sey. Zwar stehe es dem Regenten frey, nicht nur körperliche Gegenstände an seine Unterthanen unwiederruflich zu verschenken, sondern er sey auch befugt, dieses oder jenes Recht auf diese Weise unwiederruflich an Jemanden zu überlassen. Ob dieses aber wirklich in diesem oder jenem Falle geschehen sey, sey eine andere Frage, welche geleugnet werden müsse, da allemal eher ein Precarium als eine Schenkung vermuthet werde, hauptsächlich bey Rechten, deren Gebrauch immer nur bittweise und aus Gefälligkeit verstattet wird. Hierzu komme, daß nicht jede unentgeldliche Ueberlassung des Gebrauchs einer Sache sogleich für eine Schenkung gehalten werde, da auch das Commodatum und das Precarium unentgeldlich ver-

m) Leyser Spec. 50. med. 10. Hahn Class. opin. iurid. Pag. 51. Mogunt. 1747. Gebauer Singul. de priuil. §. 20. Hommel Rhapf. quaest. forens Obs. 469.

n) Boehmer Introd. in ius publ. vniu. Part. spec. Lib. II. cap. 3. §. 62.

verstattet wird *). Ob nun aber gleich der Regent befugt ist, die gratiösen Privilegien zu wiederrufen, wenn er will, so bald er sich nicht deutlich erklärt hat, daß dem Privilegirten ein beständiges Recht ertheilt worden, so handelt er gleichwohl wider seine Würde, im Fall er dieses ohne hinlängliche Gründe und blos aus Eigensinn thut, da es nach dem c. 16. de reg. iur. in 6to dem Regenten zur Ehre gereicht, ertheilte Wohlthaten nicht wieder zurück zu nehmen.

Andere Grundsätze trägt der Hr. RR. Eichmann S. 146 des zweyten Theils seiner Erklärungen des bürgerlichen Rechts vor, wo es heißt: noch andere, z. B. Hr. HR. Hartleben, machen folgenden Unterschied: entweder, sagen sie, hat der Ertheiler des Privilegiums die Absicht, sich verbindlich zu machen, und dem andern ein unwiederrufliches Recht zu geben, deutlich erkläret, oder er hat dieses nicht gethan. Im ersten Falle sprechen sie dem Landesherrn das Recht, das Privilegium nach seinem Gefallen zu wiederrufen, ab, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob es durch einen beschwerlichen oder gewinnsamen Titel erworben worden; hingegen im letztern Falle lassen sie zwar einen willkührlichen Wiederruf bey Privilegien zu, die durch einen gewinnsamen Titel erlangt worden sind, verstatten aber denselben nicht bey solchen, deren Erwerbung einen beschwerlichen Titel zum Grunde hat. Sie philosophiren so: die letztern, weil Geld oder sonst etwas gleiches Werthes gegeben wird, enthalten Verträge, und daher muß vermuthet werden, daß der Ertheiler die Absicht gehabt habe, dem Privilegirten ein unwiederrufliches Recht zu überlassen; bey den erstern aber fällt dergleichen Vermuthung weg, indem sie gemeiniglich nach Art eines Precariums ertheilt werden, daher dergleichen Ertheilung in einem zweifelhaften Falle angenommen werden muß. Da nun die Natur eines Precariums mit sich bringt, das Ertheilte nach Gefallen zurück zu fordern; so können auch Privilegien, die durch einen gewinn-

*) L. 1. §. 1. seqq. D. de precar.

winnsamen Titel erworben worden sind, nach Gefallen von dem Ertheiler aufgefordert werden. Noch andere p) nehmen endlich an, daß der Regel nach Privilegien nicht wiederrufen werden können, sie mögen conventionelle oder gratiöse seyn. Diese Meynung, welche Hr. Hofrath Hartleben besonders zu widerlegen bemüht gewesen ist, scheint, wenn man den Grundsätzen des Rechts treu bleiben will, die beste zu seyn. Ich habe für diese und wider jene Meynungen folgende Gründe: α) ein Landesherr ist eben so gut an die Verträge, die er mit seinen Unterthanen schließt, gebunden, als wie der Unterthan selbst. Das Recht der Vernunft oder der Natur verbindet einen Fürsten, sowohl seinen Unterthanen, als Fremden, Wort zu halten. Jeder kluge Landesherr muß sichs selbst angelegen seyn lassen, seine Unterthanen zu überzeugen, daß er ein Mann sey, der sein Wort hält, und welcher gern seinen Pflichten nachkommt. Es wird dieses für seine Unterthanen die beste Aufmunterung seyn, mit Bereitwilligkeit ihre Verbindlichkeiten zu erfüllen. Ertheilt er also vermittelst eines ordentlich verabredeten Vertrags ein Privilegium; so kann er auch dasselbe einseitig nicht aufheben. Es kann auch weiter gar nichts darauf ankommen, ob der Vertrag einen gewinnsamen oder beschwerlichen Titel enthält; weil dieser auf die Festigkeit des durch jenen erworbenen Rechts keinen Einfluß hat. Es kann mir eine Sache, die ich durch eine Schenkung erlangt habe, eben so wenig wieder genommen werden, als diejenige, welche durch einen Kauf mein Eigenthum worden ist. Eben so unaufruflich sind auch gratiöse Privilegien, die lediglich in der Gnade des Regenten ihren Grund haben, bey welchen der Unterthan wegen des ihm ertheilten Privilegiums nichts weiter leistet, und wo überall keine feyer-

p) Leyser Spec. 50. med. 10. Wernher Part. III. Obs. 377. Hahn in Class. opin. iurid. Pag. 51. Gebauer Singul. de priuil. §. 20. Hommel Rhapf. Obs. 469.

feyerliche Zusage und Annahme oder Vertrag vorhergegangen ist; jedoch kommt vernünftiger Weise ihnen diese Eigenschaft nur alsdenn zu, wenn durch eine Danksagung oder auf eine andere Art die Annahme derselben erfolgt ist. So lange als diese noch nicht vorhanden ist, können dergleichen Privilegien ohne Zweifel wieder aufgehoben werden; denn der Grund, warum gratiöse Privilegien der Regel nach nicht wiederrufen werden können, liegt darin, weil die Ertheilung und Annahme desselben einen Vertrag ausmacht. Die Gnade, welche der Landesherr hierbey erzeigt hat, fordert zwar wärmere Danksagung von dem Unterthan; aber sie giebt keinen Grund zur Aufforderung des Privilegiums ab, weil der Ausfluß derselben, wenn ihn der Unterthan angenommen hat, nicht mehr eine Bestimmung der Gnade ist, sondern zu den wohl erworbenen Rechten des Unterthans gehöret. Es ist also β) der Einwurf sehr unbedeutend, daß Privilegien Gesetze wären, diese aber der Landesherr abändern könne, wenn es auch den Unterthanen misfallen sollte; denn andere Gesetze enthalten blos willkührliche Verordnungen, welche auf die Beförderung des gemeinen Besten abzielen, und ihrer Natur nach ohne Annahme der Unterthanen gültig und wirksam sind; dergleichen Privilegien hingegen ertheilen den Unterthanen Vortheile und Wohlthaten, deren Annahme von ihrem Willen abhängt, und die ihnen nicht wider ihren Willen aufgedrungen werden können. Haben sie aber einmal den Vortheil oder die Wohlthat des Privilegiums angenommen, so können sie derselben eben so wenig wieder beraubt werden, als ihnen der Vortheil entzogen werden kann, den sie durch den Gebrauch, welchen sie von einem andern Gesetz gemacht, erlangt haben. Ueberdieß ist ja auch bekannt, daß Gesetze zuweilen vermittelst eines Vertrags mit den Unterthanen gemacht, und diese von dem Landesherrn einseitig nicht abgeändert werden können. Da nun bey Privilegien ein solcher Vertag zwischen dem Landesherrn und demjenigen, welchem sie ertheilt worden sind, vorkommt, so können auch

diese einseitig von dem Regenten q) nicht wieder aufgehoben werden. γ) Behauptet der Hr. Hofrath Hartleben mit andern Rechtsgelehrten ohne Grund, daß, wenn der Landesherr bey gratiösen Privilegien nicht deutlich die Absicht, sich verbindlich zu machen, zu erkennen gegeben, man vermuthen müsse, daß sie nach der Art eines Precariums ertheilt worden wären. Hier ist gar nicht nöthig, zu einer Vermuthung die Zuflucht zu nehmen; sondern man kann die Sache hinlänglich aus dem, was wirklich geschieht, beurtheilen. Daß dergleichen Privilegien gemeiniglich nach Art eines Precariums ertheilt würden, ist eine Unwahrheit, welche durch die Erfahrung widerlegt wird. Mir selbst sind eine ziemliche Anzahl gratiöser Privilegien bekannt, die nicht auf diese Art ertheilt worden sind. Gesetzt aber auch, daß dieses Wahrheit sey; so könnte doch hieraus die Folge nicht erzwungen werden, daß, wenn der Landesherr einem Unterthan oder auch einem andern ein gratiöses Privilegium ohne die Bestimmung, die ein Precarium anzeigt, ertheilt hat, welches auch angenommen worden ist, dasselbe nach Art eines Precariums habe gegeben werden sollen; denn an sich, wenn bey Ertheilung eines solchen Privilegiums nicht besondere Ausdrücke vorkommen, ist der Fall nicht zweifelhaft, und gleichwohl müßte ein solcher vorausgesetzt werden, wenn die Regel: es muß dasjenige vermuthet werden, was gemeiniglich geschieht, einige Anwendung finden sollte. Dieses zu behaupten, trage ich um so weniger Bedenken, da das Wesen und die Natur eines Precariums, eine ausdrückliche Vorbehaltung der willkührlichen Zurückforderung einer Sache

q) Gebauer sagt daher ganz recht in der angeführten Streitschrift, §. 19. siue princeps beneficium offerat, acquirens acceptet, siue hic preces fundat, concedens annuat, postquam voluntatum facta est vnitio, pactum exsurgit, cui naturali, gentium, nostro iure eadem est vis et potestas, quae contractibus. At, inquies, pactum est gratuitum. Num vero contractus benefici non sunt contractus? et si sunt, num iidem ideo ad heredes et successores non transeunt?

che oder eines Rechts verlanget r), und daher kein Precarium denkbar ist, wo dergleichen Vorbehaltung, oder ähnliche Ausdrücke, die eine solche enthalten, nicht vorkommen.

Nach der Behauptung der größten Rechtsgelehrten muß man also annehmen, daß der Regent der Regel nach nicht das Recht hat, ein vertragsweise ertheiltes Privilegium nach seiner Willkühr zurückzunehmen s). Es giebt aber mehrere Ausnahmen von dieser Regel, wozu hauptsächlich folgende gehören. Ein Privilegium kann nämlich genommen werden,

1) wenn sich der Ertheiler den Wiederruf vorbehalten hat, und dieses schließt man daraus, wenn in der Ertheilungsurkunde die Worte vorkommen, auf Wohlgefallen, bis auf Wiederruf, bis auf weitere Verordnung t), mit Vorbehalt zu mindern oder gar aufzuheben, der uns, unsern Erben und Nachkommen zustehenden Macht zu mindern oder gar aufzuheben, vorbehältlich. Privilegien dieser Art haben die Natur eines Precariums angenommen, und können folglich, wie dieses zu allen Zeiten aufgehoben werden. Streitig ist es aber unter den Rechtsgelehrten, ob diese Art von Privilegien sogleich mit dem Tode des Ertheilers aufhören, ohne daß sie sein Nachfolger in der Regierung aufzukündigen braucht. Mehrere Rechtsgelehrte behaupten dieses u), und berufen sich auf die L. 4. locat. und das c. 5. de rescr. in 6to. Andere Rechtslehrer sind hingegen der Meynung, wenn der Ertheiler eines solchen Privilegiums dasselbe nicht noch bey seinem Leben wiederrufen habe, dürfe es der Nachfolger in der Regierung gar nicht wiederrufen; denn

r) Leyser Spec. 510. med. 1—4.

s) Hofacker Princ. Iur. Rom. Tom. I. Pag. 83. Io. Andr. Frommann D. de reuocatione priuilegiorum licita, Tub. 1704. §. 17. Wernher Obs. Part. X. Obs. 377. Part. V. Obs. 161. 242. Kuhn D. de priuilegii conuentionalis irreuocabilitate, Heid. 1780.

t) Leyser Spec. 510. med. 4.

u) Lyncker de bene placito, Sect. 2. c. 4. n. 2.

denn nun habe der Ertheiler deutlich erklärt, daß er ein beständiges Recht ertheilen wollen, und solche Rechte dürfe auch der Nachfolger nicht wieder nehmen x). Wieder andere unterscheiden, ob das Privilegium dergestalt ertheilt worden, daß man sieht, der Regent habe es nicht länger ertheilen wollen, als auf seine Lebenszeit, welches man daraus schließen könne, wenn es in dem Privilegium heißt: so lange als es mir gefallen wird, oder so lange ich es nicht wiederrufen werde; oder ob diese Worte nicht gebraucht worden, sondern es heißt: bis es wiederrufen worden; denn in diesem letzten Falle gelte das Privilegium auch noch unter dem Nachfolger in der Regierung so lange, bis er es ihm aufgekündigt habe: im erstern aber höre es sogleich mit dem Tode des Ertheilers auf, ohne daß es der Nachfolger in der Regierung erst zu wiederrufen brauche. Auf diese Behauptungen antwortet Hr. RR. Eichmann und Hr. HR. Hartleben: die Meynung derjenigen Rechtsgelehrten ist die richtige, nach welcher ein solches Privilegium mit dem Tode des Ertheilers, wenn nicht etwa besondere Umstände dabey vorkommen, ohne Wiederruf nicht aufhört, jedoch kann es der Nachfolger wiederrufen y), weil dieses α) dem Rechte der Vernunft gemäß ist; denn wenn mir Rechte oder Sachen mit einer solchen Clausel gegeben worden, so gehören sie auch so lange zu meinen erworbenen Rechten und Sachen, bis daß die Bedingung erfolgt, welche die Clausel enthält, und mit welcher die Sachen oder Rechte erworben worden. Da nun die angeführten Clauseln meiner Erwerbung weiter keine Bedingung setzen, als daß sie nur so lange von Wirkung seyn solle, bis daß eine Zurückforderung der

x) Beckers Rechtsfälle, Eisen. 1774. 3ter Band, S. 573.

y) Berger Oec. iur. Lib. I. tit. 1. thes. 25. Gail Obs. II. 60. 16. Leyser Spec. 11. med. 3. Schaumburg D. de natura priuileg. §. 20. Hartleben Vol. I. Part. I. Pag. 248. Hr. RR. Eichmann a. a. O. Thl. 2. S. 153. Hr. HR. Glück a. a. O. Thl. 2. S. 31.

der Rechte oder Sachen erfolgen werde, so kann ich auch bis dahin diese Rechte oder Sachen zu den meinigen rechnen. Stirbt der Veräußerer dieser Rechte oder Sachen, so macht sein Tod nicht, daß die Bedingung wirklich wird, und daher kann derselbe mir meine erworbenen Rechte auch nicht nehmen. β) Lächerlich ist es also, wenn einige, welche der Meynung sind, daß ein solches Privilegium mit dem Tode des Ertheilers ohne Wiederruf aufhöre, den Grund des Verlusts desselben darin suchen, weil der Wille des Ertheilers mit seinem Tode aufhöre [z]); denn nicht die Aufhörung des Willens ist der Erwerbung durch die angezeigten Clauseln zur Bedingung gesetzt, sondern die Wiederrufung der gegebenen Rechte oder Sachen. Wenn z. B. einer dem andern durch einen Vertrag ein Erbschaftsrecht giebt, jedoch mit der Clausel, oder Bedingung, hiervon nach Gefallen wieder abzugehen, so ist wohl, wenn ich auch selbst die Sache nach dem Recht der Natur betrachte, kein Zweifel, daß demjenigen, welchem ein solches Erbschaftsrecht gegeben worden, die Erbschaft gehöre, wenn der andere stirbt, ohne sich seines vorbehaltenen Rechts bedient zu haben. γ) Ist auch die angenommene Meynung den bürgerlichen Gesetzen gemäß; denn wenn ein Privilegium mit einer der angeführten Clauseln ertheilt und auch angenommen worden, so enthält dieses einen Vertrag, den die positiven Gesetze Precarium nennen; dieses hört aber nicht so gleich mit dem Tode desjenigen wieder auf, der etwas bittweise verstattet hat, wenn nicht vor seinem Tode ein Wiederruf geschehen ist [a]). Diese Gleichheit der Grundsätze muß man hier um so mehr annehmen, weil es nach den Gesetzen [b]) für gerecht erklärt wird, daß eine von dem Gesetzgeber ertheilte Wohlthat von Dauer sey. Es kann daher auch δ) nichts darauf ankommen, ob die Clausel, mit welcher das

z) c. 7. de offic. et pot. iud. deleg. in 6to.
a) L. 8. §. 1. L. 12. §. 1. D. de precario.
b) Nov. 81. c. 2. c. 16. de reg. iur. in 6to.

das Privilegium ertheilt worden, aus den Worten besteht: bis ich es wiederrufen werde, oder ob es heißt: bis das Privilegium wiederrufen worden; denn beyde Clauseln verknüpfen mit der Erwerbung des Privilegiums die Bedingung des Wiederrufs; der Tod aber macht nicht, daß diese Bedingung wirklich wird, besonders da von einem Todten nicht gesagt werden kann, daß er etwas nicht wolle. So ist es aber auch ε) ungegründet, daß ein solches Privilegium nicht einmal von dem Nachfolger in der Regierung wiederrufen werden könne, wie Hr. Becker behauptet. Zwar ist es nicht zu leugnen, daß nach dem natürlichen Rechte diejenigen Rechte oder Sachen, die ich unter einer solchen Bedingung erworben habe, mir alsdenn unbedingt zugehören, wenn der Veräußerer stirbt, ohne sich seines Rechts bedient zu haben, noch auch dasselbe auf keinen andern übertragen hat, welches geschieht, wenn er Jemanden durch einen Vertrag zu seinem Erben gemacht hat. Diese Grundsätze lassen sich aber hier nicht anwenden; denn wenn der Regent ein Privilegium ertheilt, so handelt er im Namen des Staats, und dieser bleibt immer der nämliche, wenn gleich das Oberhaupt verändert wird c). Es behält also auch der Staat das Wiederrufungsrecht, und der Nachfolger in der Regierung kann es im Namen des Staats ausüben. Eben dieses wird auch von dem Pabst Bonifacius in dem c. 5. de reſcr. in 6to deutlich erklärt. Der bekannte Schilter will zwar diese Stelle von den Regeln der päbstlichen Canzley erklären; es streitet aber diese Meynung mit den Worten des Gesetzes. Bonifacius redet von den Wohlthaten, die ein Pabst ertheilt hat; diese Regeln aber, welche vom Pabst Johann dem 22ten verfertigt worden, dienen der päbstlichen Canzley zur Richtschnur, und gelten nicht länger als der Pabst lebt. Der Nachfolger macht sie am 2ten oder 3ten Tage nach Antritt seiner Regierung wieder von neuem

c) Grotius de iure belli et pacis, II. 14. 11. Titius in iure priuat. IV. 5.

neuem bekannt, wiewohl die Hauptsätze gewöhnlich unverändert bleiben. Auch erklärt Enenkel den ersten Satz des angeführten Capitels ganz unrichtig nur von einer geringen und ungewissen Gnade, die der Pabst einem als Privatperson erweise [d]). Diese Grundsätze finden aber alsdenn nicht statt, und ein Privilegium hört sogleich mit dem Tode des Ertheilers auf, ohne daß es erst von dem Nachfolger aufgerufen werden dürfen, wenn man deutlich sieht, daß der Ertheiler blos auf seine Person Rücksicht genommen, und dasselbe nur für seine Person ertheilt hat, und das nämliche ist anzunehmen, wenn er blos von sich und seinem Willen redet. Hier ist das Privilegium für ein solches zu halten, das nur auf eine gewisse Zeit ertheilt worden, sagt Hr. HR. Hartleben; und da diese nicht über die festgesetzte Zeit herausgehet, so kann auch ein solches Privilegium nicht länger gelten, als der Ertheiler lebt; denn so wie man von einem Todten nicht annehmen kann, er wolle, daß etwas geschehen oder nicht geschehen solle, wenn er keines von beyden vor seinem Absterben hinlänglich erklärt hat, so fällt auch die Bedingung weg, die bey der Verleihung des Privilegiums stillschweigend zum Grunde gelegt worden. Diese Gedanken bestätigen auch die Gesetze [e]). Der Hr. v. Leyser will zwar die L. 4. D. locat. cond. in Verbindung mit der L. 8. §. 1. und der L. 12. §. 1. D. de precar. anders erklären, und behauptet, der Erbe müsse ein solches auf Wohlgefallen ertheiltes Privilegium erst aufkündigen, außerdem behalte es seine Dauer. Nach der Behauptung des Hrn. HR. Hartlebens verwechselt aber der Hr. v. Leyser Regel und Ausnahme; denn in der L. 8. und 12. §. 1. D. de precar. wird als Regel festgesetzt, daß ein Precarium mit dem Tode desjenigen, der den Gebrauch bittweise verstattet habe, nicht ipso

d) Schilter Exerc. I. §. 31. Gomesius ad regul. Cancellariae, in praefat. Enenckel de priuil. Lib. 3. c. 2. n. 33. Wernher lect. comment. h. t. Pag. 30.

e) c. 5. de reſcr. in 6to. L. 4. D. locat. cond.

ipso facto aufhöre; hingegen in der L. 4. locat. heißt es, alsdenn hört das Precarium sogleich auf, wenn der Concedent deutlich erklärt hat, daß der Gebrauch nicht länger verstattet seyn solle, als er dieses zufrieden seyn werde. Sobald aber Jemand gestorben sey, könne man weder sagen, er wolle etwas, und auch nicht, er wolle etwas nicht, mithin müsse man eher dieses annehmen, da eine einschränkende Erklärung hier den Vorzug haben müsse.

Ein Privilegium kann 2) von dem Regenten aufgekündigt und genommen werden, wenn es dem Staate schädlich wird, weil die Wohlfahrt desselben durch keine Gesetze gehindert werden soll, z. B. eine privilegirte Fabrik verbraucht so viel Holz, daß ein großer Mangel zu befürchten ist [f]). Da aber einzelne Unterthanen nicht leicht im Stande sind, darüber zu urtheilen, wodurch die Wohlfahrt des Staats gehindert oder befördert werde, so kann der Regent entweder selbst, oder wenn es nach der Landesverfassung geschehen muß, mit Zuziehung der Landesstände bestimmen, ob die Wohlfahrt des Staats den Wiederruf des Privilegiums nothwendig mache. Geht der Regent zu weit, so steht es dem Privilegirten frey, durch den Weg Rechtens, wegen Entziehung des Privilegiums Hülfe zu suchen, und es geht so gar an, bey den höchsten Reichsgerichten über dergleichen Misbräuche der Landeshoheit Beschwerden zu führen; denn diese geben es nicht zu, daß der Unterthanen Privilegien geschmälert werden, um die Cammer zu bereichern [g]). Wenn nun die Wohlfahrt des Staats wirklich die

f) Ziegler de iurib. maiest. I. 12. 13. Consil. Halens. Tom. I. Lib. 1. Cons. 245. n. 4. Wernher Obs. Part. V. Obs. 242. Strubens Bed. Thl. 2. Bed. 80. §. 2. Thl. 3. Bed. 139. Thl. 4. Bed. 21. Boehmer Resp. Tom. I. P. II. Resp. 12. Heinecc. Resp. 145.

g) Frhr. v. Cramer in den Wetzl. Nebenst. Thl. 1. S. 96. Strubens Nebenst. Thl. 3. S. 86. Derselbe in den rechtl. Bedenk. Thl. 2. Nr. 80. S. 304. Desselben vindiciae iuris venandi nobilitatis germanicae, c. 1. §. 5.

die Aufhebung des Privilegiums nöthig macht, so ist der Regent schuldig, dem Privilegirten den Schaden zu ersetzen, den er durch die Entziehung des Privilegiums leidet; aber für den dadurch entgangenen Gewinn kann er nichts verlangen, weil sich kein Unterthan mit dem Schaden des Staats bereichern darf; jedoch alsdenn bekommt der Privilegirte auch nicht einmal seinen Schaden vergütet, wenn er selbst Schuld daran ist, daß ihm das Privilegium genommen worden, z. B. er hätte es durch falsche Vorstellungen erschlichen h). Der Staat besitzt nach Wiederruf des Privilegiums das Geld, welches für die Ertheilung desselben bezahlt worden, ohne einen rechtmäßigen Titel oder sine causa, und kann es daher ohne offenbare Ungerechtigkeit nicht behalten. Mit Zinsen kann es aber der Privilegirte nicht wieder zurück fordern, weil er den Genuß des Privilegiums dafür gehabt hat.

3) Ist der Regent berechtigt, ein durch falsche Vorstellungen erschlichenes Privilegium in allen den Fällen zu wiederrufen, wo er dasselbe nicht würde ertheilt haben, wenn ihm dieser Betrug bekannt gewesen i).

4) Darf der Wiederruf des Privilegiums geschehen, wenn solche Umstände eintreten, wo so gar Privatpersonen von einem geschlossenen Vertrage wieder abgehen können, und bey gratiösen Privilegien geben besonders solche Umstände dieses Recht, weswegen eine Schenkung wiederrufen werden darf, davon in der L. 10. C. de reuoc. donat. gehandelt wird.

5) Kann das Privilegium wiederrufen werden, wenn der Privilegirte die Bedingung nicht erfüllt, unter welcher solches

h) Leyser Med. ad Pand. Vol. 4. Pag. 1325. Hommel Vol. III. Obs. 469. n. 5. Stryck D. de priuil. titulo oneroso quaesitis, cap. 3. §. 23. de Gaertner Med. ad Pand. Spec. 1. med. 36. Pag. 61.

i) Hr. RR. Eichmann in den Erkl. des bürg. Rechts, Thl. 2. S. 169.

solches ertheilt worden, jedoch muß die Erfüllung derselben vom Regenten verlangt worden seyn. Sollte sie aber nichts mehr nützen, so ist auch nicht nöthig, auf die Erfüllung derselben zu dringen, schreibt Hr. RR. Eichmann.

6) Kann auch der Nachfolger in der Regierung, ein von seinem Vorfahren ertheiltes Privilegium bisweilen wiederrufen. Herr RR. Eichmann erklärt sich folgendergestalt darüber. — Das, was man gemeiniglich hierüber sagt, kann ich nicht beherzigen, besonders scheint mir der Unterschied, ob der Nachfolger Erbe des Vorfahrs werde oder nicht, die Sache gar nicht zu erschöpfen; denn der Staat kann darunter gar nicht leiden, daß der Nachfolger seines Vorfahren Erbe wird. Ein Nachfolger in der Regierung ist nur an diejenigen Privilegien gebunden, und muß sie halten, die dem Staat selbst verbindlich sind, oder er selbst bestätigt hat, da Regenten nur auf so lange gesetzt werden, als sie leben. Mit ihrem Tode höret die Verwaltung des Staats auf, und diese wird einem andern übertragen. Die Nachfolger erhalten, wenn es auch ein Erbreich ist, ihre neue Verwaltung nicht durch eine Wohlthat des Verstorbenen, sondern durch einen Auftrag des Volks [k]). Da sie also in Ansehung derselben nicht Erben, sondern Nachfolger im Amte sind, so können sie auch an die Privilegien ihrer Vorfahren, weil sie in Kraft der Staatsverwaltung ertheilt werden, nicht anders gebunden seyn, als in wiefern der Staat selbst sie zu halten verbunden ist. In wie fern liegt nun dem Staate eine solche Verbindlichkeit ob? — α) In so fern sie der Regent seiner Pflicht und Bestimmung gemäß ertheilt hat. Da nun diese, wenn nicht noch besonders durch einen Regierungsvertrag etwas festgesetzt worden ist, dahin gehen, die Bürger gegen äußere Gewalt und innere

k) Grotius de iure belli et pac. Lib. II. cap. 6. §. 11. n. 2. Cocceii D. de obligat. Successor. ex facto anteceff. thes. 3. in *Eius* Diff. Tom. I. Diff. 42. Pag. 846. lit. a. v. Zwierleins Nebenst. Th. 1. S. 66.

nere Unruhe sicher zu stellen, und ihre Vollkommenheit zu vermehren [l]); so wird auch nur durch solche Privilegien, die so etwas bewirken können, der Staat verbunden. Dahin gehören unter andern nicht nur diejenigen, wodurch Verdienste belohnt und bey der veranlaßten Nacheiferung anderer zur Tugend und Größe, die Vortheile des Staats vermehrt werden, sondern auch die, welche die Wohlfahrt des Nachfolgers oder des Hauses zum Endzweck haben; denn von dieser hängt die Wohlfahrt des Staats selbst mit ab. β) Wenn der Ertheiler des Privilegiums jenen Endzweck zwar nicht hatte, derselbe aber doch zufällig dadurch ist erreicht worden. γ) Wenn das Land selbst in die Ertheilung des Privilegiums gewilligt hat. Außerdem aber ist der Staat an das ertheilte Privilegium nicht gebunden, folglich auch nicht der Nachfolger. Dieser kann daher die Privilegien, welche sein Vorfahr aus Eitelkeit, oder wegen seiner Liebeshändel, oder blos als Freund u. s. f. gegeben hat, wiederrufen, wenn er auch Erbe des Vorfahrs, oder wohl gar sein Sohn seyn sollte. Denn obwohl nach dem Lehnrechte der Sohn schuldig ist, alle Handlungen des Vaters zu gewähren, und daher den Allodialnachlaß nicht ausschlagen kann, um als einen besondern Nachfolger sich darzustellen, so hat doch selbst nach dem Zeugniß vieler Rechtsgelehrten [m]) dieser Satz noch keine juristische Festigkeit bey den Reichsgerichten erhalten, und kann nach richtigen Grundsätzen des Staatsrechts nicht von solchen Handlungen verstanden werden, die der Vorfahr in Kraft der Staatsverwaltung vorgenommen, indem das Verhältniß, worin er

l) Grotius de iure belli et pacis, Lib. II. c. 14. §. 12. Cocceii ad Grotium Pag. 287. Strubens Bedenken, Thl. 1. Nr. 1. §. 1. Hr. v. Zwierlein a. a. O. S. 68.

m) de Lvdolf Symph. Consult. Tom. II. Dec. 24. Pag. 1036. Gail Obs. Lib. 2. Obs. 154. Lyncker Anal ad Struv. Iurispr. feud. cap. 19. §. 33. Hr. v. Zwierlein a. a. O. S. 81.

als Privatperson steht, den Handlungen des Staats keine besondere Bestimmung geben kann. Der Privilegirte kann jedoch, wenn der Regent außer dem Staatsvermögen eigene Güter besessen, und diese seinem Nachfolger verlassen hat, die Ersetzung des durch den Wiederruf des Privilegiums erlittenen Schadens verlangen, in so weit dieses Vermögen dazu reicht.

Hr. HR. Glück bemerkt Thl. 2. S. 33. über diese wichtige Materie folgendes: — nicht weniger ist der Nachfolger in der Regierung, er mag durch Erb- oder Wahlrecht dazu gelangt seyn, die von seinem Vorfahren verliehenen Privilegien, sie mögen gratiöse oder conventionelle seyn, in so weit zu halten verbunden, als sie dem Staate selbst verbindlich sind n). Denn der Regent ertheilt Privilegien vermöge der Landeshoheit, und als Repräsentant seines Landes. Dieses Land und die damit verknüpfte Hoheit, kommt nach dem Tode des Regenten an desselben Nachfolger. Hieraus folgt also, daß jeder Nachfolger in der Landeshoheit verbunden ist, die rechtmäßigen Regierungshandlungen seines Vorfahren, wenn Dritte daraus ein unwiederrufliches Recht erworben haben, mithin auch desselben Privilegien, gelten zu lassen o).

§. 109. 110.

Wir haben zeither gesehen, daß die Ursache, warum ein Privilegium seine Kraft verliert, theils in der Beschaffenheit desselben, theils in dem Gesetzgeber liegen kann. Nunmehr soll auch noch davon etwas gesagt werden, wenn der

n) Wasmvth Diss. cit. cap. 2. §. 29. 30. Herrn von Zwierleins Nebenstunden, 1 Th. S. 66. flg.

o) Wernher Obs. Tom. I. Part. 5. Obs. 161. de Ludewig D. de oblig. Success. in Principatu, Hal. 1714. cap. 4. Pütters Beyträge, Thl. 1. Nr. 9. Schnauberts Territ. Staatsr. 2tes Buch, 12. Hauptst.

der Verlust des Privilegiums in dem Privilegirten seinen Grund hat. Hier kann aus mancherley Ursachen ein Privilegium aufhören, und zwar gehört

1) der Fall hierher, wenn der Privilegirte sich eines solchen Verbrechens schuldig gemacht hat, worauf die Einziehung und der Verlust des Privilegiums erfolgt. Alle Verbrechen, mit denen der Verlust der bürgerlichen Rechte verbunden ist, ziehen zugleich den Verlust persönlicher Privilegien nach sich; die so genannten ausgedehnten persönlichen Privilegien hingegen, die nach dem Verleihungsbriefe auf andere übergehen, kann der Regent zwar so lange einziehen, als der Verbrecher lebt, nach seinem Tode aber muß der Genuß des Privilegiums denjenigen wieder verstattet werden, die nach dem Verleihungsbriefe dazu berechtigt sind, jedoch müssen sie bürgerlicher Rechte fähig seyn p). Realprivilegien gehen mit der Sache auf jeden Besitzer derselben über. Ist ein Privilegium ein so genanntes gratiöses, so zieht jedes Verbrechen den Verlust desselben nach sich, welches einen solchen Undank gegen den Verleiher in sich faßt, weswegen eine Schenkung wiederrufen werden kann. Es muß aber der Wiederruf des Privilegiums wirklich erfolgt seyn, wenn der Verlust eintreten soll, und nun fällt es weg, es mag ein blos persönliches oder ausgedehntes persönliches, oder ein dingliches Privilegium seyn, wiewohl bey diesem letztern die Grundsätze gewissermaßen ihre Anwendung finden, welche vom Misbrauch des Privilegiums gelten, wovon gleich das Wichtigste gesagt werden soll.

Der Mißbrauch oder die zweckwidrige Anwendung eines erlangten Privilegiums, kann unter den erforderlichen Umständen den Verlust desselben, als eine Strafe dieser Vergehung nach sich ziehen q). Die Hauptfrage hierbey ist

p) Hr. RR. Eichmann a. a. O. Thl. 2. S. 167.

q) L. 3. C. de aquaeductu, c. 11. 24 X. de priuil. Can. VII. Dist. 74. cap. vlt. X. de rescr. Stryck D. de abusu iuris quaesiti, cap. 4. in *Eius* Disp. Vol. 4. Disp. 9.

aber, wenn ein solcher Mißbrauch vorhanden sey? Nach der Behauptung berühmter Rechtslehrer muß dieser Mißbrauch aus einem bösen Vorsatze herrühren, und der Privilegirte solchen auf keine Weise zu entschuldigen vermögend seyn [r]); denn wegen einer bloßen, auch noch so großen Unvorsichtigkeit, die der Privilegirte bey der Ausübung des Privilegiums begangen hat, wird ihm dasselbe nicht gleich genommen, sondern er wird mit einer Geldstrafe belegt, da in Straffachen die Regel: culpa lata dolo aequiparatur, L. 226. D. de verb. signif. L. 29. pr. D. mand. L. 1. §. 1. D. si mens. fals. mod. L. 32. D. depos. nicht gebraucht werden kann [s]). Soll wegen des Mißbrauchs auf die Einziehung erkannt werden, so verlangen die Rechtslehrer ferner, wenn sichs nach hinlänglicher Untersuchung der Sache deutlich zeigt, daß dieser Mißbrauch nachtheilige Folgen für den Staat gehabt habe, daß der Privilegirte vorher schon deswegen mit Geld beſtraft, und ihm der Verlust des Privilegiums angedroht worden [t]); es müßte denn ein solcher Mißbrauch begangen worden seyn, welcher sogleich mit dem Verlust des Privilegiums bestraft werden muß, welches der Fall bey einem solchen Mißbrauch der peinlichen Gerichtsbarkeit ist, z. B. wenn unschuldige Menschen grausam behandelt worden [u]).

Ver-

r) cap. vlt. X. de reſcr. MEVIVS Dec. Part. II. Dec. 158. n. 4—7. Hr. von Quistorp a. a. O. S. 123.

s) L. 4. §. 1. L. 7. D. ad L. Corn. de ſicc. L. 1 et 3. C. eod L. 3. §. f. L. 4. D. de ſuſp. tutor. Illuſtr. PÜTTMANN in Aduerſ. Lib. I. c. 12. Pag. 201. WERNHER Obſ. Tom. II. Part. 6. Obſ. 445 de BYE D. de lata culpa in delict. pun. Hr. v. Quistorp im peinl. Rechte, Thl. 1. §. 36. S. 39. Thl. 2. §. 567. S. 63. der 5ten Ausg.

t) Can. VII. Diſt. 74. verb. denunciamus autem etc. II. Feud. 27. §. 17. verb. quicunque etc. de BOEHMER ad Conſt. Crim. Art. 1. §. 9. WIESTNER Prael. ad ius eccleſ. L. 5. tit. 33. art. 4 n. 56. 57. WASMVTH Diſſ. cit. Pag. 22.

u) Hr. v. Quistorp im peinl. Rechte, Thl. 2. S. 63.

Vermöge der kaiserlichen Wahlcapitulation Art. 22. §. 11. 12. 13. sollen diejenigen das erhaltene kaiserliche Privilegium zur Strafe verlieren, welche die darüber ausgestellte Urkunde innerhalb drey Monaten bey der Reichskanzley noch nicht ausgelößt haben x).

Ein Privilegium verliert 2) seine Kraft alsdenn, wenn der Privilegirte sich desselben begeben hat. Weil aber die Begebung eines Privilegiums in einer Handlung besteht, und Handlungen nicht vermuthet werden, so muß die Begebung des Privilegiums entweder ausdrücklich mit Worten, oder stillschweigend durch den Nichtgebrauch geschehen seyn y). Ist das Privilegium mehrern Personen ertheilt worden, so schadet die Begebung des einen Privilegirten den übrigen nichts, da jeder nur auf sein eigenes Recht Verzicht leisten kann; auch muß jede Renunciation auf das eingeschränkteste angenommen werden z). Aendert daher Jemand seine zeitherige Wohnung, und begiebt sich an einen andern Ort, wo er vermöge der Natur des Privilegiums keinen Gebrauch davon machen kann, so ist mit diesem Wegziehen zugleich eine stillschweigende Begebung des Privilegiums verbunden, wenn nicht besondere Umstände und Verträge diese Begebung als nicht geschehen erklären, oder der Privilegirte das Recht erhalten hat, das Privilegium durch einen andern auszuüben, wenn er sich desselben nicht selbst bedienen will a). Da aber jede Begebung eines Rechts aufs strengste erklärt werden muß, so darf eine solche stillschweigende Entsagung nur mit der Bedingung und Voraussetzung angenommen werden, wenn der Privilegirte nicht

x) Hr. GJR. Pütter in den Rechtsf. 2ter Band, 4ter Thl. Resp. 236. n. 24. S. 1020.

y) L. 29. C. de pact. cap. 6. X. de priuil.

z) L. 41. D. de minor. BOEHMER Decis. Tom. III. Part. II. Dec. 7. n. 6. VOET h. t. n. 22.

a) Hr. v. Quistorp in der angef. Abhandl. S. 119. f. klein. Schriften.

an einen Ort zurückkehren sollte, wo er sich des Privilegiums bedienen konnte. Man kann sich zu Behauptung des Gegentheils nicht auf den Rechtssatz berufen, schreibt der Hr. RR. Eichmann, daß von einmal entsagten Rechten weiter kein Gebrauch gemacht werden dürfe, weil vermöge der mit der Begebung verknüpften Bedingung nicht gesagt werden kann, daß dem Privilegium gänzlich entsagt worden.

3) Geht ein Privilegium auch durch den Nichtgebrauch verloren [b]). Aus dem bloßen Nichtgebrauch des Privilegiums, da man doch Gelegenheit zur Ausübung desselben hatte, darf nicht sogleich auf eine wirkliche stillschweigende Begebung des Privilegiums geschlossen werden, weil mancherley Ursachen den Nichtgebrauch veranlassen können, weswegen der Privilegirte in diesem oder jenem Falle sein Recht nicht ausübte. Die Rechtslehrer behaupten daher mit Recht, aus dem Nichtgebrauch eines Privilegiums in einzelnen Fällen, könne weiter nichts geschlossen werden, als eine stillschweigende Begebung des Privilegiums für den gegenwärtigen Fall, aber nicht für die Zukunft [c]). Es ist also die Frage: in welchen Fällen ein Privilegium durch den Nichtgebrauch wirklich verloren gehe? Diese wichtige Frage wird von den Rechtslehrern verschieden beantwortet, wie Hr. HR. Hartleben ausführlich gezeigt hat. Ohne auf die Eintheilung der Privilegien in affirmative und negative (Thl. 1. S. 527) Rücksicht zu nehmen, kann nichts bestimmtes gesagt werden. Negative Privilegien geben dem Privilegirten das Recht, etwas unterlassen zu können, was

b) Tob. Iac. Reinhardt D. de eo quod iustum est circa amissionem iuris et priuilegii per non vsum, Erf 1734. et in Obs. ad Christ. III, 28. Stryck D. de non vsu iuris quaesiti, cap. 3.

c) L. 2. D. de veteran. L. 12. C. de excusat. L. 2. C. de his qui sponte, et Amaya (Thl. 1. S. 5.) ad h. t. Tom. I. Voet h. t. n. 22. Hr. HR. Glück Thl. 2. S. 37. Hr. RR. Eichmann Thl. 2. S. 167.

was er doch nach der Vorschrift des gemeinen Rechts hätte thun sollen. Diese Privilegien hören wegen des Nichtgebrauchs nicht eher auf, als wenn ihnen eine auslöschende Verjährung entgegen gesetzt werden kann. Soll aber diese Art der Verjährung eintreten, so wird 1) erfordert, daß sich Jemand seines Rechts nicht bedient habe; 2) müssen von dem Gegentheile Handlungen vorgenommen worden seyn, die diesem Rechte zuwider sind, und 3) muß darüber die so genannte Verjährungszeit vergangen seyn [d]). Wendet man diese Grundsätze auf die auslöschende Verjährung eines negativen Privilegiums an, so muß der Privilegirte 1) dasjenige gethan haben, was er vermöge seines Privilegiums nicht zu thun schuldig war, z. B. er bezahlte Steuern, da ihm doch die Steuerfreyheit ertheilt worden, oder er gab den Zehnten, da ihm doch Zehentfreyheit zugestanden worden. Es muß 2) durch diese von dem Privilegirten unternommene Nichtbefolgung seines Privilegiums, Jemand, der nach dem gemeinen Rechte befugt ist, diese Leistung zu fordern, in den Besitz gesetzt worden seyn, weil er diese Leistung von dem Privilegirten angenommen hat. 3) Muß dieser Besitz ohne alle Einwendung des Privilegirten so lange gedauert haben, als nach den Gesetzen zu Vollendung einer auslöschenden Verjährung, nach Verschiedenheit der Fälle, erfordert wird. Dieser Zeitraum begreift nun eine Frist von 10, 20, 30, 40 und mehr Jahren, nach Beschaffenheit der Person und Sachen, gegen welche die auslöschende Verjährung eintreten soll, wie wir bey der Materie von der Verjährung sehen werden [e]).

Ich komme auf den Nichtgebrauch eines so genannten **affirmativen** Privilegiums. Von diesen behaupten die

d) Hr. RR. Eichmann a. a O. Thl. 2. S. 172. NETTELBLADT Systema, Pag. 286. ibique citat. HOMBERGK de praescript. extinctiua cum interitu iurium per non vsum haud confundenda, Marb. 1705.

e) c. 6. X. de priuileg. ibique TELLEZ, et BOEHMER in Corp. Iur. can. not. 72. c. 15. X. eod.

größten Rechtslehrer, daß sie unter folgenden Umständen, durch den bloßen Nichtgebrauch ihre Kraft verlieren; nämlich 1) wenn der Privilegirte Gelegenheit gehabt hat, das Privilegium auszuüben [f]; 2) wenn er auf keine Weise an der Ausübung gehindert worden, und folglich die Unterlassung derselben ganz von seinem freyen Willen abhieng; 3) muß dieser Nichtgebrauch so lange gedauert haben, als es nach Vorschrift der Gesetze nöthig war; und 4) muß Jemand ein Interesse davon haben, daß das Privilegium aufhöre. Fehlte es also an Gelegenheit, von dem Privilegium einen Gebrauch machen zu können, und darüber sind 20 und mehr Jahr verflossen, so würde es ungerecht seyn, behaupten zu wollen, das Privilegium sey wegen des Nichtgebrauchs erloschen. Dieser Fall kommt z. B. bey der Ausübung der peinlichen Gerichtsbarkeit vor, wenn in langer Zeit keine peinlichen Verbrechen vorgefallen seyn sollten [g]). Ist Jemand an der Ausübung seines Privilegiums gehindert worden, so kann deswegen nicht gesagt werden, daß er wegen des Nichtgebrauchs desselben verlustig sey, weil wir die bekannte Rechtsregel haben: agere non valenti, non currit praescriptio. Hat man also wegen eines langen Viehsterbens in der Gegend, an einem Orte keine Viehmärkte halten können, so verliert der Ort deswegen seinen Viehmarkt nicht [h]). Wenn es gleich sonst die Regel ist, daß Privilegien verloren gehen, wenn man freywillig keinen Gebrauch davon gemacht hat, ob es gleich an Gelegenheit dazu nicht fehlte, so leidet dennoch dieser Satz alsdenn eine Ausnahme, wenn in dem Privilegium die Clausel steht, solches nach freyer Willkühr zu gebrauchen, von welchen Privilegien Pfeffinger Beyspiele anführt.

Daher

f) c. 6. et 15. X. de priuileg.

g) Wernher Obs. Part. I. Obs. 108. Mevius Dec. Part. II. Dec. 1. Gail Obs. II. 60. 6. Harppr. Dec. 102. n. 73. Decis. Cassell. Tom. I. Dec. 72. n. 4.

h) Boehmer Decis. Tom. III. P. II. Dec. 7. n. 7. Carpzov. Resp. P. II. Dec. 116.

Daher müssen in den kaiserlichen Privilegien die Worte vorkommen: vt non vsus non praeiudicet, wenn der Nichtgebrauch unschädlich seyn soll, und für solche Privilegien wird mehr bezahlt i). Weil übrigens der Nichtgebrauch eines affirmativen Privilegiums nicht eher den Verlust desselben nach sich ziehet, als wenn Jemanden daran gelegen ist, daß solches wegfalle, so muß diesem auch der Beweis aufgelegt werden, daß sich der Privilegirte seines Privilegiums freywillig und aus Nachlässigkeit nicht bedient habe k).

Nachdem die Beschaffenheit des Nichtgebrauchs, wodurch ein affirmatives Privilegium verloren gehen kann, erklärt worden, muß ich über die Zeit, wie lange derselbe dauern müsse, das Nöthige sagen. Hier weichen aber die Rechtslehrer sehr von einander ab, schreibt Hr. RR. **Eichmann**. Einige glauben, daß eine unerdenkliche Zeit darüber vergangen seyn müsse, und sie berufen sich auf das cap. 1. de praescr. in 6to. Allein diese Meinung kann am allerwenigsten in einige Betrachtung kommen, da es ihr an allen Rechtsgründen fehlt. In der angeführten Stelle wird blos davon gehandelt, in welchen Fällen zur erwerbenden Verjährung einer Kirchensache der gute Glaube ohne Titel hinlänglich sey, und wenn solcher bewiesen werden solle l). Andere glauben, daß Privilegien, welche durch einen beschwerlichen Titel erworben worden, durch den Nichtgebrauch gar nicht verloren werden können, weil sie unter die res merae facultatis gehören m). Es verdient aber diese Behauptung ebenfalls keinen Beyfall, da auch andere

i) ENENCKEL de priuil. Lib. 3. cap. 18. n. 33. LAVTERBACH ad Dig h. t. §. 52. PFEFFINGER ad VITRIAR. Tom. II. Pag. 1248. Mosers Staatsrecht Thl. 4. S. 178.

k) Hr. HR. Glück a. a. O. Thl. 2. S. 44. PHILIPPI Vsus pract. Instit. Lib. 1. tit. 2. eclog. 22. n. 8.

l) LEYSER Spec. 679. med. 21. HARTLEBEN l. c. Pag. 254.

m) KLOCK de contrib. cap. 16. Sect. 1. n. 151. VVLTEII in Conf. Marb. Vol. III. Conf. 35. n. 112.

andere Rechte, welche man durch einen beschwerlichen Titel erworben hat, durch eine auslöschende Verjährung wieder verloren gehen können n), und kein Gesetz da ist, worin in Ansehung dieser Privilegien etwas anders festgesetzt worden. Wieder andere halten dafür, daß zu einer auslöschenden Verjährung der affirmativen Privilegien eine Zeit von 30 Jahren erfordert werde o). Endlich nehmen auch viele an, daß schon eine Zeit von zehen Jahren hinlänglich sey, und zwar aus folgenden Gründen p), weil α) in der L. 1. D. de nund. gesagt werde, daß das Privilegium, Markt zu halten, durch einen Nichtgebrauch von zehen Jahren verloren gehe, folglich dieses Gesetz auch bey andern Privilegien angewendet werden müsse. Zwar wendet man dagegen ein, daß diese Verordnung eine Ausnahme von der Regel, die sonst bey der Verjährung aller Rechte gelte, enthalte, und deswegen nur bey diesem Marktrechte angewendet werden dürfe. Allein, schreibt Hr. RR. Eichmann, Modestinus, aus dessen Rechtsregeln dieses Gesetz genommen worden, hat keine Ausnahme von dieser Regel machen, und auf diese Art ein besonderes Recht einführen können, vielmehr hat er seine Sätze den Rechtsgrundsätzen gemäß einrichten müssen; und so lange man über dieses nicht zeigen

n) Stryck D. de bene merit. cap. 3. n. 58. Hartleben l. c. Pag. 255.

o) Lyncker in Comment. iur. ciuil. Lib. 1. tit. 4. §. 15. Richter Dec. 86. Reinhardt ad Christin. Vol. III. Obs. 28. Leyser Spec. Spec. 11. Cor. 2. Spec. 457. med. 6. 7. Rave Princ. de praescr. §. 156. Strubens Bed. Thl. 5. S. 159. Pütters Rechtsf. 2ter Bnd. 4ter Thl. Resp. 236. n. 11. 18. Hr. HR. Glück Thl. 2. S. 44.

p) Gail Obs. II. 60. 1. Carpzov Part. II. Const. 3. Def. 23. Mevius Part. II. Dec. 1. de Pufendorf Obs. Tom. III. Obs. 188 §. 42. Lauterbach h. t. §. 52. Heinecc. Comp. Dig. h. t. §. 120. Hartleben l. c. Hofacker Princ. Tom. I. Pag. 82. de Gaertner Med. ad Pand. Spec. 1. med. 37. Boehmer Conf. Tom. III. P. II. Dec. 7. Hr. v. Quistorp in den kl. Schriften, S. 119.

zeigen kann, daß aus einem besondern Grunde, in Ansehung dieser Art von Privilegien, diese rechtliche Disposition gemacht worden, so lange kann und muß man dafür halten, daß dieselbe auf einem, allen Privilegien gemeinen, Grundsatze beruhe. Dieses muß man um so mehr annehmen, da β) auch Dienstbarkeiten, welche doch eine gewisse Aehnlichkeit mit den Privilegien haben, durch einen Nichtgebrauch von zehen Jahren verlohren gehen q). Daher kann auch γ) nicht eingewendet werden, daß, da nach der gemeinen Regel Rechte binnen 30 Jahren verloren gehen sollen r), auch hier bey Privilegien diese Regel statt finden müsse; denn dieses Gesetz hat keine so verwandtschaftliche Beziehung auf die Privilegien als jene. Es bleibt aber fast immer eine Regel, daß, wenn in Ansehung gewisser rechtlichen Materien nichts ausdrücklich in den Gesetzen bestimmt ist, man sie nach denjenigen Gesetzen betrachten müsse, welche von Sachen handeln, die mit jenen in einer gewissen Verwandtschaft stehen. So wendet man z. B. nicht unschicklich dasjenige, was die Gesetze von der Verjährung des Eigenthums verordnen, auf die translativische Verjährung anderer Rechte an. Es kann daher δ) gar nicht gesagt werden, daß kein Grund vorhanden, warum man von der rechtlichen Verordnung, nach welcher Rechte binnen 30 Jahren verjährt werden, abgehen wolle; vielmehr kann man bey jenen vorhandenen Umständen behaupten, daß kein Grund vorhanden sey, nach diesem gesetzlichen Ausspruch sich hier zu richten. Eben so wenig können ε) diejenigen, welche eine Zeit von 30 Jahren erfordern, sich auf das cap. 6. X. de privil. welches nach dem neuern Rechte aus dem folgenden 15 Capitel erklärt werden muß, berufen, weil diese Verordnung die Kirchen betrifft, wider welche nur eine Verjährung von 40 Jahren statt findet. Auch kann man sich nicht auf den L. 12. C. de SS. eccles. berufen, um daraus darzuthun,

q) L. pen. et vlt. C. de seruit. et aqua.

r) L. 3. C. de praescr. 30 vel 40 annor.

thun, daß weder eine Verjährung von 10 noch 30 Jahren statt finde; denn es sagt blos, daß Privilegien, die den Kirchen ertheilt worden, beständig ungekränkt bleiben sollen, es redet aber nicht davon, daß sie sich derselben nicht sollen verlustig machen können.

Herr HR. Glück s) suchte die Meynung, daß Privilegien nicht eher als nach 30 Jahren, des Nichtgebrauchs wegen verloren gehen, durch folgende Gründe zu beweisen, indem er schreibt: Nun fragt sich aber, welcher Zeitraum nach den Gesetzen erfordert werde, wenn affirmative Privilegien durch den bloßen Nichtgebrauch sollen verloren gehen? Dieß ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig; denn außer der L. 1. D. de nundinis findet sich keine ganz allgemeine und bestimmte Entscheidung jener Frage in unsern Gesetzen. Kein Wunder, wenn daher die Rechtsgelehrten auch hierin nicht einig sind. Die meisten sowohl ältern als neuern Rechtsgelehrten (S. 28) behaupten nun, daß affirmative Privilegien schon durch einen zehenjährigen Nichtgebrauch erlöschen können; denn dieses sey wenigstens von dem Privilegium, Markt halten zu dürfen, nach der angeführten L. 1. außer allem Zweifel. Warum sollte nun dieses Gesetz nicht auch in Ansehung anderer Privilegien zur Richtschnur dienen können? Man müsse in Erwägung ziehen, daß jenes Gesetz aus Modestini libris regularum genommen sey. In solchen Büchern aber hätten die Römischen Rechtsgelehrten Regeln und Sätze nach gemeinen Rechtsgrundsätzen vorgetragen, keine Ausnahme von den Gesetzen. So lange man nun nicht darthun könne, daß aus einem besondern Grunde in Ansehung des priuilegii nundinarum jene rechtliche Disposition gemacht worden, so lange müsse dafür gehalten werden, daß dieselbe auf einem allen Privilegien gemeinen Grundsatze beruhe. Hierzu komme endlich noch, daß auch Dienstbarkeiten, welche doch eine gewisse Aehnlichkeit mit den Privilegien haben, durch einen zehen-

s) Hr. HR. Glück im Comment. Thl. 2. S. 44.

zehenjährigen Nichtgebrauch verloren gehen [t]). Allein dieser Gründe ungeachtet fehlt es nicht an Rechtsgelehrten (S. 28), die aus nicht minder wichtigen Gründen zur Regel annehmen, daß affirmative Privilegien erst durch einen Nichtgebrauch von 30 Jahren erlöschen, und die bey dem Privilegium, Jahrmarkt zu halten, nur eine Ausnahme von der Regel annehmen wollen; denn 1) redet doch die Verordnung ganz allgemein, nach welcher Rechte und Ansprüche erst binnen 30 Jahren präscribirt werden [u]), folglich muß sie auch bey Privilegien ihre Anwendung finden, so weit die Gesetze keine Ausnahme in Ansehung derselben gemacht haben; diese Ausnahmen sind aber allemal strenge und nach den Worten zu erklären. 2) Folgt es nicht, weil die L. 1. D. de nund. aus des Modestinus Rechtsregeln genommen ist, so ist dieselbe eine allgemeine Vorschrift für alle Privilegien. Es wäre wenigstens unerklärbar, warum Modestin gerade der Jahrmärkte besonders gedacht haben sollte. Die L. 1. kann allerdings allgemeine Regel für die priuilegia nundinarum seyn, und in so fern in den libris regularum der römischen Juristen einen Platz verdienen; aber deswegen kann sie doch auch Ausnahme in Rücksicht aller andern Arten von Privilegien seyn; dieses ist kein Widerspruch. Es folgt auch nicht, daß Modestin selbst diese Ausnahme gemacht habe. Sie kann eine besondere Verordnung eines römischen Gesetzgebers eben so wohl als ein Gewohnheitsrecht zum Grunde haben. Wissen wir doch von mehrern römischen Rechtssätzen den eigentlichen Ursprung nicht. 3) Hat es mit Jahrmärkten die besondere Beschaffenheit, daß solche den Kaufleuten des Orts zum Nachtheil gereichen, indem dadurch Fremde des ihnen sonst nicht zustehenden iuris commerciorum theilhaftig gemacht werden [x]). Solche Privilegien haben eher das Ansehen einer

t) L. 13. C. de seruit.

u) L. 3. C. de praescr. 30 vel 40 annor.

x) Cocceii Ius contr. Lib. L. tit. 11. Qu. 1. Reinhardt Diss. cit. de amiss. priuil. §. 23.

einer Dienstbarkeit; deswegen sind aber nicht alle Privilegien von der Art, da Privilegien vielfältig in der Absicht ertheilt werden, das gemeine Beste zu befördern. Sie thun es auch öfters wirklich y), und daher muß eher ihre Fortdauer als Aufhebung begünstigt werden. Uebrigens verlieren Kirchen, und nach dem Gerichtsgebrauch selbst die Städte, ihre Privilegien wegen des Nichtgebrauchs nicht eher, als nach 40 Jahren z). — Hiermit beschließe ich die wichtige Materie von Privilegien, wovon aber in der Folge noch manches vorkommen wird, und ich gehe zu einer andern praktischen Materie fort.

Es ist jedem gründlichen Rechtsgelehrten bekannt, daß nach Anleitung der ersten vier Titel unserer Pandekten die brauchbarsten Grundsätze von der Natur und Beschaffenheit bürgerlicher Gesetze, von den verschiedenen Arten derselben, von der Erklärung und Anwendung derselben vorgetragen werden können. Ob ich nun gleich einen großen Theil dieser Rechtswahrheiten bereits angeführt habe, so könnte doch noch viel darüber gesagt werden, welches auch geschehen wäre, wenn ich es nicht deswegen hätte unterlassen müssen, um nicht bey dem Anfange dieses meines praktischen Commentars zu weitläuftig zu scheinen, und Gelegenheit zu geben, daß Rechtsgelehrte, denen mein Unternehmen nicht gefällt, davon scheinbare Gründe hernehmen können, achtungswürdige Rechtsgelehrte von dem Ankauf dieses Werks dadurch abzuschrecken, weil es aus zu viel Bänden bestehen, und wohl schwerlich ganz vollendet erscheinen werde. Ich werde daher viele hierher gehörende Grundsätze, in der Folge bey der besten Veranlassung einschalten, und in dem sehr weitläuftigen Register über das ganze Werk, wozu ich schon jetzt Materialien sammle, die ganze Materie zusammentragen. Ein recht vollständiges Register muß überhaupt alle

y) Strubens Bed. Thl. 2. S. 300.

z) Gail Lib. II. Obs. 60. n. 12. Boehmer Consult. Tom. III. Part. II. Dec. 5. n. 3. Part. III. Dec. 661. n. 16. de Gaertner Med. ad Pand. Spec. I. med. 37. Pag. 63.

alle weitläuftige Werke erst recht nützlich und brauchbar machen. Ehe ich zur Erklärung des folgenden Titels fortgehen darf, ist es schlechterdings nöthig, darüber das Wichtigste zu sagen: in welcher Ordnung die verschiedenen Arten in bürgerlichen Fällen geltender Gesetze, die wir in Teutschland haben, angewendet werden müssen? Diese Frage berührt der verstorbene Hr. GRR. Hellfeld zwar schon im 81. §. seines Lehrbuchs; da sie aber nur alsdenn erst recht interessant und deutlich wird, wenn man die einzelnen Arten in bürgerlichen Angelegenheiten geltender Gesetze hinlänglich kennt, so habe ich sie bis hierher ausgesetzt. Man hat die Schwierigkeiten bey Beantwortung derselben, erst in unsern Zeiten recht deutlich gezeigt, und die Grundsätze, welche hier gelten, ausführlich zu erläutern gesucht a). Der Herr HGA. Danz erklärt sich über diese Materie vortrefflich folgendergestalt: — Bey der Verschiedenheit der Quellen unsers teutschen Privatrechts sind häufige Collisionen unvermeidlich, und es wird daher allerdings nothwendig, das Verhältniß, in dem jene verschiedne Quellen gegen einander stehen, möglichst genau zu bestimmen. Lange Zeit hat man sich dabey mit dem alleinigen Grundsatze beholfen, daß das römische Recht bey uns nur zur Hülfe gelte, in so ferne nicht teutsche Gesetze und Observanzen entgegen stünden; eine Regel, welche ganz allgemein und universell angenommen,

a) Nettelbladt Syst. iurispr. pos. Pag. 97. Hr. Prof. Webers Reflexionen zur Beförderung einer gründlichen Theorie vom heutigen Gebrauch des römischen Rechts, Schwerin 1782. Hr. HR. Glück im Comment. Thl. 1. S. 384. Hr. RR. Eichmann ebend. Thl. 1. S. 348. Handbuch des heutigen teutschen Privatrechts, nach dem Systeme des Herrn HR. Runde, bearbeitet von D. Wilh. Aug. Friedr. Danz, Herzogl. Wirtembergischen Rath und Hofgerichtsassessor zu Stuttgart, 1ster Band, Stuttg. 1796. S. 341. Herr HR. Schnaubert's Abhandl. in was für einer Ordnung folgen die mancherley Entscheidungsquellen bey ihrer Anwendung auf Privatsachen auf einander? In seinen Beyträgen zum teutschen Staats- und Kirchenr. Giess. 1782. Thl. 1. S. 54.

nommen, von Zeit zu Zeit viele Absurditäten veranlaßt hat. Der Satz: einheimische Rechte gehen den auswärtigen vor, ist ohne allen Zweifel wahr; allein man kann, ohne sich den gröbsten Irrthümern Preis zu geben, nicht auch umgekehrt behaupten: alles, was römischen Rechtens ist, gilt ebenfalls bey uns, woferne nicht teutsche Gesetze das Gegentheil verordnen; denn mit der Aufnahme des justinianischen Rechts ist die ganze Regimentsverfassung und politische Einrichtung der Römer keinesweges zu uns mit übergegangen, und der Teutsche hat sicher nie die Absicht gehabt, den ganzen Inbegriff seiner Rechtsgeschäfte nach römischen Grundsätzen umzuformen. Vielmehr hat Teutschland, in so ferne ein einheimisches Recht durch fremdes nicht ganz hat verdrängt werden können, offenbar zweyerley gemeine Rechte, nachdem es nämlich sein ursprünglich teutsches Recht beybehalten, oder sich fremden gemeinen Rechten unterworfen hat. Bey Bestimmung des Verhältnisses dieses zweyfachen gemeinen Rechts gegen einander sind nun freylich viele, besonders ältere Rechtsgelehrte von dem Grundsatze ausgegangen, daß die einheimischen teutschen Rechte als bloße derogirende neuere, oder auch als bloße Partikularrechte anzusehen sind, und es ist daher die Cultur derselben lange Zeit auf eine gar auffallende Weise vernachläßigt geblieben. Allein wie grundlos jene Vorstellung sey, ergiebt sich schon aus der einzigen Bemerkung, die sich uns aus der Rechtsgeschichte von selbst aufdringt, daß ein großer Theil der teutschen Rechte, selbst chronologisch und historisch genommen, von einem ältern und gemeinern Ansehen ist, als das erst in spätern Zeiten eingeführte römische Recht.

Herr HR. Glück hat diese Materie durch folgende Regeln aus einander gesetzt, indem er schreibt: die in Teutschland geltenden einheimischen Gesetze und Gewohnheiten, gehen den in Teutschland recipirten fremden Rechten vor; denn letztere sind nur in subsidium angenommen, wenn es an erstern mangelt. In so ferne nun aber unter mehrern einheimischen Gesetzen sich ein Widerspruch findet, gehen die

die besondern teutschen Privatgesetze der Regel nach den gemeinen Reichsgesetzen vor. Eine Ausnahme muß aber bey den schlechterdings gebietenden oder verbietenden allgemeinen Reichsprivatgesetzen gemacht werden; denn diese haben den Vorzug vor den etwas anders festsetzenden besondern Landesgesetzen, wie bereits gezeigt worden (Thl. 1. S. 131). Stimmen die besondern teutschen Privatgesetze nicht überein, so kommt es darauf an, ob die Länder und Gegenden, wo sie angewendet werden sollen, ihre eigene Verfassung haben, oder nicht, wenn sie auch gleich einem Landesherrn unterworfen sind; denn im ersten Falle gilt die Regel: Stadtrecht bricht Landrecht. Sollten die Gesetze verschiedner [b]) Länder oder Städte einander entgegen seyn, so ist die Frage entweder von der Anwendung derselben bey der Direction eines Processes, oder von der Entscheidung der Rechtsangelegenheit selbst. Der Proceß muß nach den Gesetzen des Landes geführt werden, wo die Klage eingereicht, oder der Arrest angelegt worden ist [c]). Bey der Entscheidung der Rechtshändel kommen folgende Regeln vor, und zwar 1) wenn von dem Zustande einer Person und den damit verknüpften Rechten die Rede ist, so sind die besondern Gesetze desjenigen Landes anzuwenden, wo die Person wohnt, sie mag sich jetzt aufhalten, wo sie will. Der Zustand ist ein Zugehör der Person, welche derselben anklebt, und sie überall hinbegleitet, wo sie sich auch immer aufhalten mag, mithin müssen auch die Gesetze des Wohnorts, die dem Unterthanen diese persönliche Eigenschaft beylegen, als Entscheidungsregeln angewendet werden, wenn sich solche auswärts aufhält, weil die Person doch immer in der Unterthänigkeit gegen diejenige Obrigkeit bleibt, unter der sie wohnt [d]). Wollte man

b) HERT D. de collis. legum, Sect. IV. in Opusc. Vol. I. Tom. I. Westphals Privatrecht, Thl. 1. S. 32.

c) L. 3. §. 6. D. de testib. HERT l. c. §. 70. HOFACKER Princ. Iur. ciuil. Tom. I. Pag. 116.

d) Herr HR. Schnaubert in den Anfangsgründen des Staatsr. §. 116.

etwas anderes annehmen, so würde die größte Ungerechtigkeit daraus entstehen; denn z. B. ein Mündiger an seinem Wohnorte würde zugleich auch an dem Orte, wo er auswärts etwas besitzt, unmündig seyn; würde, so lange er zu Hause bleibt, mündig, aber so bald er verreist, es in einem andern Lande nicht mehr seyn. Wenn demnach die Frage ist, ob Jemand für minderjährig oder majorenn, für einen Hausvater oder Hausſohn, für ehrlich oder unehrlich, für adelich oder unadelich zu halten sey, so kommt es allemal auf die Gesetze des Wohnorts an; es müßte denn seyn, daß die Landesgesetze ausdrücklich etwas anders verordneten e). Wenn daher z. B. in einem Statute festgesetzt ist, daß die Tochter durch die Heyrath aus der väterlichen Gewalt heraustreten, und also der Vater von dieser Zeit an, ihr mütterliches Vermögen nicht mehr benutzen soll, so erstreckt, nach obiger Regel, dieses Gesetz seine Wirkung auch auf auswärts gelegene Güter, es wäre denn, daß hier ein ausdrückliches Gesetz wollte, daß dergleichen ausländische Statuten keine Anwendung finden sollen. Aendert sich der Wohnort, so sind die Gesetze des jetzigen, nicht diejenigen des ehemaligen Aufenthalts zu Rathe zu ziehen; denn da der Zustand der Person einzig und allein von den Gesetzen des Wohnorts abhängt, so muß nothwendig, wenn dieser sich ändert, auch jener verändert werden. Wenn daher z. B. Jemand vermöge der Statuten des Orts, wo er bisher wohnte, im 18ten Jahre für majorenn gehalten wurde, und er zieht nun an einen andern Ort, wo er, vermöge der daselbst geltenden Gesetze, erst im 25sten Jahre majorenn wird, so wird aus einem bisher Großjährigen nunmehr wieder ein Minderjähriger. Umgekehrt kann eben so auch die Veränderung des Wohnorts, einen bisher Minderjährigen zum Großjährigen machen. Diese Veränderung des Zustandes, und der davon abhängenden Rechte wirkt jedoch der Natur der Sache nach, nur auf zukünftige, nicht auf

vers

e) Herr HGA. Danz a. a. O. Thl. 1. S. 176.

vergangene Handlungen. Wenn daher Jemand z. B. von einem, der nach den Gesetzen seines bisherigen Aufenthalts majorenn war, gewisse Gerechtsame gültig erworben hat; so können sie ihm deswegen, weil dieser nun durch die Veränderung seines Wohnorts wieder minorenn geworden, nicht wieder genommen werden.

Die 2te hier geltende Regel ist folgende: wenn von den Handlungen einer Person, deren Form, Gültigkeit und Strafbarkeit die Rede ist, so müssen der Regel nach die Gesetze des Landes oder Ortes befolgt werden, wo die Handlung vorgenommen worden. Herr HGA. Danz bemerkt, wenn von der Gültigkeit einer Handlung, wodurch etwas über die rechtlichen Verhältnisse gewisser Personen oder Sachen bestimmt wird, die Rede ist, so muß man die doppelte Hinsicht unterscheiden, ob blos die äußere Form und Solennität der Handlung, oder aber die Substanz oder der Gegenstand der Handlung zur Sprache kommt.

Die bloße äußere Form und Solennität der Handlungen einer Person müssen lediglich nach den Gesetzen des Orts beurtheilt werden, wo die Handlung vorgenommen worden; denn die Gesetze eines Landes, welche über die Handlungen der Unterthanen disponiren, können eigentlich nur in so fern zur Richtschnur dienen, als diese Handlungen in dem Territorium vorgenommen werden, und nicht weiter; sonst gienge der Gesetzgeber über die Gränzen seines Gebietes hinaus. Daß nun der Inländer diesen Gesetzen unterworfen sey, wenn er Handlungen, wovon die Gesetze handeln, im Lande vornimmt, ist außer Zweifel. Allein eben dieses muß auch von dem Ausländer gelten; denn alle diejenigen, welche sich in dem Bezirk eines fremden Staats aufhalten, sind der Regel nach, so lange ihr Aufenthalt dauert, als Unterthanen anzusehen. Man wende nicht dagegen ein, daß, wenn ein Staat die Handlung seines Unterthans, welche solcher außer Landes, nach den Gesetzen eines fremden Territoriums in dem District desselben vorgenommen, gelten lassen müsse, solches gegen die Regel

streite: leges non valent extra territorium. Man unterscheide zwischen der verbindenden Kraft eines fremden Gesetzes in Ansehung einer erst vorzunehmenden Handlung, und der rechtlichen Wirkung eines Geschäfts, das in dem Gebiete eines fremden Gesetzgebers geschlossen worden ist. Die erstere ist freilich nur auf das Territorium des Gesetzgebers eingeschränkt; denn über die Gränzen eines Landes hinaus erstreckt sich die Gewalt eines Regenten nie: allein die rechtliche Wirkung eines Geschäfts, das nach den Gesetzen eines Staats in den Gränzen desselben gültig ist geschlossen worden, muß jede andere Nation als verbindlich anerkennen, und der Regent des Auswärtigen darf solche, ohne eine offenbare Ungerechtigkeit zu begehen, nicht entkräften [f]). Es kommt auch hierbey auf die freywillige Wahl des Fremden nichts an; Kriegsgefangene daher z. B., Geisseln u. s. w. sind ganz nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen, die von denjenigen gelten, welche sich freywillig einige Zeit im Auslande aufhalten [g]). Eine solche nun einmal rechtsbeständig unternommene Handlung zerfällt übrigens hernach durch die Veränderung des Ortes oder Domiciliums nicht mehr. Wenn daher z. B. ein Kaufmann von Frankfurt bey seiner Durchreise durch Stuttgart ein Testament nach den Statuten dieser Stadt macht; so bleibt dieses bestehen, wenn gleich der Testirer nachher an einen andern Ort, oder auch nach Frankfurt sich begiebt, und daselbst andere Feyerlichkeiten zu den letzten Willensverordnungen erfordert werden [h]). Umgekehrt hingegen

f) Seger Diff. cit. de vi legum Pag. 6.

g) Mynsinger Part. V. Obs. 20. de Cramer Part. II. Obs. 553. Cons. Tvbing. Part. I. Nr. 41. Andere behaupten, man müsse auf das vaterländische Recht des Handelnden, z. B. des Testators sehen. Schilter Exerc. ad Pand. de iure obsid. cap. 9. §. 4.

h) Gail Lib. II. Obs. 123. Mynsing. P. IV. Obs. 82. P. V. Obs. 20. n. 4. seq. Pvfendorf Tom. I. Obs. 28. §. 9. Glück a. a. O. Thl. 1. S. 281.

gegen kann kein Geschäft, welches die Erfordernisse nicht hat, die es nach den Statuten des Orts, wo es vorgenommen worden, haben muß, mithin in seiner Entstehung fehlerhaft und zu Recht nicht beständig ist, irgend anderswo, selbst nicht an dem Wohnorte des Handelnden, wenn gleich die daselbst geltenden Gesetze beobachtet worden seyn sollten, von einigem Werthe und Gültigkeit seyn[i]). Ausnahmen jedoch leidet die bisher entwickelte Regel dann: 1) wenn ein Unterthan eines Landes in der Absicht, um den Gesetzen desselben auszuweichen (in fraudem legis domesticae), in einem fremden Lande eine Handlung vollzieht[k]); 2) wenn das Versprechen nicht erfüllt werden kann, ohne daß eine Handlung vorgehe, oder eine Verbindung getroffen werde, die schon an sich nach den Gesetzen unsers Landes durchaus nicht geduldet werden soll, z. B. wenn Personen an einem Orte, wo ihnen die eheliche Verbindung erlaubt war, sich mit einander verlobt haben, und die Vollziehung der Ehe an einem andern Orte, wo sie schlechthin verboten ist, verlangt wird; 3) wenn durch das auswärtige Gesetz, nach welchem das Geschäft geschlossen worden ist, den Rechten und Freyheiten unsers Landes offenbar Eintrag geschieht[l]).

Wenn von der Substanz, oder dem Gegenstand der Handlung selbst die Rede ist, so wird lediglich auf die Statuten und Gesetze der gelegenen Sachen Rücksicht genommen, man mag nun auf die Sachen selbst, oder auf die Befugniß der Person, über dieselben zu disponiren, se-

 hen.

i) Z. B. ein Kaufmann von Frankfurt errichtete in Stuttgart ein Testament nach den Frankfurter Statuten; so würde dieses auch in Frankfurt nicht gelten. Pütters Rechtsfälle, Band III. Thl. 1. S. 80. Riccius von Stadtgesetzen, Buch II. Hptst. 15. §. 2. Das Gegentheil behauptet Glück a. a. O. S. 391.

k) Hartleben Vol. I. P. I. Spec. IX. M. 5. Eichmann Thl. 1. S. 159.

l) Seger Diss. cit. §. 5. Weber von Verbindl. S. 196. Glück a. a. O. S. 281.

hen. Zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen ist hier kein Unterschied; denn die erstern werden ja an dem Wohnorte des Eigenthümers gelegen geachtet. Wenn daher z. B. die Frage ist, wen der Testator zum Erben einzusetzen, wem er ein Legat zu hinterlassen, ob er über dieses oder jenes Grundstück eine testamentliche Anordnung zu machen, oder der Legatar das ihm vermachte Grundstück zu adquiriren befugt sey, so kommt alles lediglich auf die Statuten des Ortes, wo die Sachen gelegen sind, an [m]). Dieß hindert jedoch nicht, daß über solche Punkte, die der Willkühr der Privatpersonen noch überlassen sind, durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag etwas anders beliebt werden kann, als in den Statuten der gelegenen Sachen angeordnet stehet. Daher ist es z. B. keinem Zweifel unterworfen, daß, da man annimmt, daß Ehegatten in Ansehung ihrer rechtlichen Verhältnisse sich denjenigen Rechten unterworfen haben, die an dem Wohnorte des Ehemanns statt finden, die hier hergebrachte Gütergemeinschaft, diese mag sich nun auf Vertrag, oder Gewohnheit, oder Gesetz gründen, auch auf die anderwärts gelegenen Güter sich erstreckt [n]). Ja selbst durch Veränderung des Domiciliums wird die einmal angenommene Gütergemeinschaft, sie mag nun auf Vertrag, Gesetz oder Gewohnheiten sich gründen, nicht wieder aufgelößt, sondern die Gesetze des ersten Wohnorts bleiben anwendbar, wenn gleich der Mann seinen Aufenthalt nachher ändert [o]). In Ansehung der auf Gesetz und Gewohnheit sich gründenden (denn in Ansehung der

m) Reinh. ad Christ. Vol. IV. Obs. 13. Glück a. a. O. S. 283. 498.

n) G. L. Boehmer D. de iurib. et oblig. coniug. superst. ex commun. bonor. vniuers. §. 9. 10. Lavterbach D. de societ. bonor. coniug. cap. 2. §. 10. In Ansehung der unbeweglichen Grundstücke ist jedoch hier anderer Meynung Riccius a. a. O. Buch II. Hptst. 17. §. 5.

o) Pvfendorf Tom. II. Obs. 121. Gildemeister D. de commun. bonor. inter coniuges legitima mutato domicilio non sublata, Duisb. 1777.

der auf Vertrag sich gründenden sind alle einverstanden) Gütergemeinschaft, behaupten einige Rechtslehrer p) das Gegentheil. Andere machen folgenden Unterschied und sagen: entweder schränken die Statuten des neuen Domiciliums ihre Verfügungen lediglich auf diejenigen Ehegatten ein, die daselbst die Ehe eingegangen haben, oder nicht. Im ersten Fall bleibt die vorher bestandene Gütergemeinschaft aufrecht; im zweyten aber muß man annehmen, daß diese durch die wechselseitige Einwilligung wieder aufgehoben sey, und daß also die Gesetze des neuen Wohnorts nunmehr Anwendung finden q).

Wenn weder teutsche Reichs- noch Partikulargesetze eine Entscheidung dieses oder jenes Umstandes enthalten, so muß die Anwendung der in Teutschland recipirten fremden Rechte gemacht werden, und dazu gehören, wie bekannt, das römische und canonische Recht r). Hier ist aber vor allen Dingen auf die Frage Rücksicht zu nehmen, lassen sich alle Stellen, die im römischen und canonischen Rechte vorkommen, in Teutschland anwenden? Diese wichtige Materie ist von vielen großen Rechtsgelehrten erläutert worden. Was das römische Recht anbetrifft, so hat besonders Herr Prof. Weber folgende vortreffliche Grundsätze aufgestellt und bewiesen:

I) Wenn über den heutigen Gebrauch einer Stelle im römischen Rechte die Frage entsteht; so kommt es vor allen Dingen darauf an: ob diese Stelle ein wirkliches Gesetz enthalte oder nicht? Ist das letztere, so verbindet sie uns an

p) Mevius ad Ius Lub. P. II. Tit. 2. Art. 12. n. 40 f. Strubens R. B. Thl. 4. Nr. 70. Westphals Privatrecht, Thl. 1. S. 35.

q) Speidel D. de fundam. commun bonor. coniugalis german. Tub. 1789. §. 30. Pfizer Rechte und Verbindlichkeiten der Weiber bey einem Gantproceß (Concursproceß) über das Vermögen ihrer Männer, Stuttg. 1794. Thl. 1. §. 34.

r) Endres D. de diuerso iur. germ. ad ciu. Rom et Canon. commune habitu, Wirceb. 1771. et in Schmidt Thes. iur. eccles. Tom. I. Nr. 2. Pag. 88.

sich gar nicht (Thl. 1. S. 50). Es stehet uns nicht allein frey, nach unserer Ueberzeugung davon abzugehen, sondern wir sind auch schuldig, wenn die Wahrheit es erfordert, ein anderes zu lehren, oder zu behaupten.

II) Enthält die Stelle ein wirkliches Gesetz, so hat man wohl zu prüfen, ob solches nicht schon natürlichen Rechtens sey? Ist dieses, so versteht es sich ja ohnehin von selbst, daß es auch bey uns zur Anwendung kommen muß; und zwar nicht etwa darum, weil der römische Gesetzgeber es verordnet hat, sondern weil es die gesunde Vernunft schon befiehlt, deren Vorschriften alle Menschen zu beobachten schuldig sind.

III) In Ansehung der eigentlichen Positivgesetze kommt es lediglich auf die Reception an; man hat also vor allen Dingen darauf zu sehen: ob die Verordnung, von deren heutigem Gebrauche die Rede ist, zu den in Teutschland recipirten Theilen des römischen Rechts gehöre oder nicht? Im letzten Fall hat sie in teutschen Gerichten keine gesetzliche Kraft, und verbindet uns daher gar nicht.

Wegen Wichtigkeit der Sache will ich die Erläuterung dieser drey Regeln einrücken, welche Herr Prof. Weber davon gegeben hat. Er schreibt S. 31 der angeführten Reflexionen über die erste Regel Folgendes: — Man pflegt zwar alle einzelne Stellen im Codex und in den Pandekten leges zu nennen, auch alles dasjenige, was die Novellen und Institutionen enthalten, dahin zu rechnen; allein wem ist es unbekannt, daß unser Corpus Iuris nicht wenig in sich fasse, was den Namen eines eigentlichen Gesetzes gar nicht verdient. Man hat aber, um dieses zu bestimmen, lediglich auf den Inhalt der Stelle selbst sein Augenmerk zu richten; denn auch das ist freylich nicht zu leugnen, daß wir im römischen Rechte vieles antreffen, was seiner ursprünglichen Beschaffenheit nach in die Zahl der Gesetze zwar nicht gehört, wohl aber durch die Aufnahme in den Rechtskörper ein legales Ansehen bekommen hat. Die von einem Landesherrn in einzelnen Angelegenheiten erlassenen Rescripte und Decrete, sind der Regel nach in andern Fällen und für die

die Zukunft nicht allgemein verbindlich; noch weniger kann man den Privatmeynungen der Rechtsgelehrten an sich eine gesetzliche Kraft beylegen. Aus jenen besteht gleichwohl der Codex größtentheils, und aus diesen die Pandekten durchgängig. Da aber beyde Sammlungen als wirkliche Gesetzbücher bestätigt sind, so geht Thomasius s) unstreitig zu weit, wenn er demungeachtet auch jetzt noch, den Bestandtheilen des Codex und der Pandekten die Eigenschaft wahrer Gesetze bestreiten will. Das Corpus iuris muß aus einem zwiefachen Gesichtspuncte betrachtet werden; denn es ist 1) ein Gesetzbuch, und weder die Institutionen und Pandekten, noch die übrigen Theile desselben sind im ganzen hiervon ausgeschlossen. Es enthält aber auch 2) ein System der ganzen Jurisprudenz, so wie sie zu den Zeiten des Kaisers Justinian ausgebildet war; bestehend aus Worterklärungen, Definitionen, Eintheilungen, allgemeinen Grundsätzen, Cautelen u. s. w., kurz ein zum wissenschaftlichen Unterrichte nach damaliger Zeit aptirtes Lehrgebäude, welches sich bald über die Geschichte und den wirklichen Inhalt der positiven Gesetze, bald über die Vorschriften des Naturrechts verbreitet. Gleichwie es sich nun von selbst versteht, daß der Wille eines Gesetzgebers blos den äußerlichen freyen Handlungen der Menschen eine Richtschnur ertheilen könne; unser Verstand und Ueberzeugung hingegen seiner Disposition nicht unterworfen sey, so ist es klar, daß wir 1) an die im römischen Recht häufig vorkommenden dogmatischen Sätze gar nicht gebunden sind. Ich würde dieses nicht einmal besonders angemerkt haben, wenn ich nicht hin und wieder Misbräuche wahrgenommen hätte, welche allerdings verdienen gerügt zu werden. Daß in den finstern Zeiten der Glossatoren das römische Recht auch in solchen Dingen, worüber kein menschlicher Gesetzgeber befehlen kann, blindlings befolgt ward, darf uns freylich nicht beyrem-

s) Thomasii D. an legum iuris Iustinianei sit frequens an exiguus vsus practicus in foris Germaniae, §. 10.

befremden. Die Juristen jener Epoche wußten von der Philosophie gar nichts; sie waren überhaupt in der Gelehrsamkeit hinter denjenigen, aus deren Schriften ein Theil des römischen Rechts zusammen getragen ist, unendlich zurück. Kein Wunder also, daß sie das justinianische Gesetzbuch als die vollendetste Weisheit, als einen Inbegriff von lauter Orakelsprüchen respectirten. Allein zu unsern Zeiten, wo doch der Reformationsgeist dergestalt um sich griff, daß man überall den Lehren unserer Vorfahren quaestionem status formirt, sollte man es kaum möglich denken, daß noch immer verschiedne Rechtsmaterien gerade so behandelt werden, als ob die Juristen ihre ganze Vernunft unter den Gehorsam des römischen Systems gefangen übergeben hätten. Ich will, um dieses doch wenigstens durch ein merkwürdiges Beyspiel zu erläutern, nur die Lehre vom Erwerb des Eigenthums ausheben. In so fern die bürgerlichen Gesetze hier befehlsweise festsetzen, daß ein bloßer Vertrag das Eigenthum nicht übertrage, sondern die Tradition erst hinzu kommen müsse; in so fern sie bestimmen, wie es in dem Fall einer Specification, einer Alluvion ꝛc. gehalten werden solle; in so fern verbinden sie unstreitig. Wenn uns aber der Kaiser auch darin unterrichten will, was in dieser Lehre natürlichen Rechtens sey, und wir finden seine Theorie nicht gegründet; wenn er uns verschiedne modos adquirendi *naturales* herrechnet, die doch nur dem bürgerlichen Rechte zuzuschreiben sind: sollten wir wohl verbunden seyn, dieses irrige Lehrgebäude beyzubehalten? Gleichwohl aber wird in den mehresten Compendien, die Eintheilung der verschiednen Erwerbarten, noch immer genau nach römischem Leisten gebildet; die traditio als ein eigentlicher modus adquirendi *naturalis* aufgeführet, die occupatio bellica aber zu den adquisitionibus rei nullius gerechnet; und endlich gar die Accession mit ihren verschiednen Unterarten so abgehandelt, als wenn dadurch die Sache eines andern, auch nach natürlichen Rechten die unsrige würde. Ich habe nichts dawider, wenn alles dieses, um uns das Corpus Iuris verständlich zu machen, blos als eine

Theorie

Theorie der römischen Juristen vom Naturrechte vorgetragen, zugleich aber das Fehlerhafte derselben gezeigt würde. Nach der gesunden Vernunft läßt sich kein Grund angeben, warum nicht die Willenserklärung des bisherigen Eigenthümers, zur Uebertragung des Eigenthums an einen andern allein schon genügen sollte; daß hierzu noch besonders die Uebergabe nöthig sey, ist blos durch bürgerliche Gesetze bestimmt, und folglich die Tradition an sich betrachtet, ein wahrer modus adquirendi ciuilis. Es ist freilich hier der Ort nicht, alles dieses vollständig auszuführen, sonst würde man auch in Ansehung der sogenannten Accession das nemliche darthun können. Inzwischen verweise ich die Leser auf den Hugo Grotius t), dessen Gründe einem jeden sehr bald überführen werden, daß der Codex sanae rationis in dieser Materie bey weitem dasjenige nicht enthalte, was Ulpian und Consorten ihm hin und wieder angedichtet haben. Den Einwurf, daß die Lehrbücher der bürgerlichen Jurisprudenz sich mit dem natürlichen Rechte nicht zu beschäftigen hätten, darf ich wohl nicht befürchten; denn ich verlange auch nur, daß man aus ungeprüfter Anhänglichkeit an das römische Recht, kein falsches ius naturae als wahr aufnehmen solle. Hiervon können sich auch diejenigen nicht dispensiren, welche sonst ihren Vortrag allein nur, auf die ungemischte römische Jurisprudenz beschränken; denn ob ich gleich im Ganzen diese Lehrart der gewöhnlichen vorziehe, so sehe ich doch auch nicht ab, daß bey bloßen rebus intellectus eine kurze Rüge der römischen Irrthümer schädlich seyn sollte. Wenn aber vollends in solchen Lehrbüchern und Systemen, welche eine unsern heutigen Zeiten angemessene Rechtsgelahrheit (iurisprudentiam forensem) zum Vorwurf haben, das römische Recht da, wo Wahrheit ihm beytritt, nicht wenig verunstaltet, hingegen den Irrthümern desselben mit aller Gemächlichkeit nachgeleyert wird, so ist solches in der That unverantwortlich.

Ob

t) GROTIVS de iure belli et pac. Lib. 2. cap. 8.

Ob uns nun gleich, die im justinianischen Rechte vorkommenden Lehrsätze und Begriffe von juristischen Geschäften, als Gesetze nicht verbinden, so müssen wir dieselben doch, wenn sie sonst richtig sind, mit ihren wesentlichen Folgen, als wahr und gegründet anerkennen. Es trifft sich freylich oft, daß bey uns die Benennung der Sache ausgedehnter oder eingeschränkter genommen wird; allein darum sogleich den römischen Begriff gerade zu, und an sich unrichtig nennen, würde eben so sonderbar seyn, als die hieraus entstehenden Urtheile über Gebrauch und Nichtgebrauch des römischen Rechts nicht selten äußerst wunderlich sind. Ob zum Beyspiel, heutiges Tages die seruitus realis in faciendo bestehen könne, ist ein Dispüt, bey dem viel Misverstand und Irrthum obwaltet. Ist der Begriff einer Servitut, welcher im römischen Rechte bey der Lehre von den Servituten zum Grunde liegt, richtig, und soll die Substanz des fremden Prädiums eigentlich selbst einem zum Nutzen gereichen, so bleibt es in alle Ewigkeit unmöglich, dergleichen in faciendo zu gedenken. Will man aber solche Dinge, z. B. die so genannten Zwangmühlen, worüber selbst der Hefen des römischen plebis würde gelacht haben, wenn sie Jemand zu den Servituten gezählt hätte, dennoch mit diesem Namen bezeichnen, so sind und bleiben doch diese Rechte im Wesentlichen von dem obigen Begriffe einer Servitut ganz verschieden, und können folglich höchstens nur als aequiuoca, nicht aber als Unterarten davon betrachtet werden, weil durch sie nicht sowohl das fremde Gut selbst genutzt, als vielmehr eine persönliche Leistung, wofür freylich der fundus haftet, genossen wird. Der Satz: seruitus in faciendo consistere nequit, bleibt daher, so wie ihn das römische Recht aufstellt, noch heutiges Tages, von ungezweifelter Richtigkeit, und diejenigen, welche bisher geglaubt haben, nach teutschen Rechten das Gegentheil zu lehren, haben mit aller ihrer Mühe nichts weiter erwiesen, als daß es onera giebt, die in faciendo bestehen, und von den Germanisten auch seruitutes genannt werden, im Grunde aber mit den letztern gar nichts gemein haben. In

so

so fern sie also dem römischen Grundsatze selbst, dadurch Ausnahmen und Abänderungen aufbürden wollen, in so fern vermischen sie offenbar bloße aequiuoca mit wirklichen speciebus.

Um im römischen Rechte das Gesetzliche von dem Nichtgesetzlichen zu unterscheiden, hat man 2) besonders in den Pandekten darauf zu sehen, daß die verba relatiua mit den dispositiuis nicht vermengt werden. Die Rechtsgelehrten, aus deren Schriften der erwähnte Theil des justinianeischen Rechtskörpers bestehet, pflegten neben ihrer eigenen Meynung über diese oder jene Rechtsfrage, nicht selten das Gutachten anderer Juristen, welche etwa das Gegentheil behaupteten, anzuführen. Daß nun bey solcher Verschiedenheit, der Ausspruch desjenigen den Vorzug verdiene, dessen Namen in der Ueberschrift des Gesetzes steht, leidet gar keinen Zweifel; denn seine Meynung ist es, welche durch die Aufnahme in die Pandekten legale Autorität erlangt hat; wogegen das Urtheil des andern Juristen, als eine bloße Lehrmeynung sich nicht behaupten kann. Bisweilen ist es aber mit Schwierigkeiten verknüpft, beyde gehörig von einander zu unterscheiden, woraus gar leicht Irrthümer entstehen können, auch hin und wieder entstanden sind. Verschiedne Rechtsgelehrte behaupten, daß ein Substitut nicht zur Erbschaft gelange, wenn der eingesetzte und minderjährige Erbe solche angetreten, sich aber nachher dagegen in den vorigen Stand hat restituiren lassen. Sie berufen sich vorzüglich auf die L. 7. §. 10. D. de minor.; woraus man folgende Worte zu nehmen pflegt: si autem prius minor adiit hereditatem, mox abstentus sit, substitutum pupillo seruum cum libertate non posse heredem existere, neque liberum esse. Hätte man erwogen, daß Ulpian in diesen Worten nur die Meynung des Papinians vorgetragen, am Ende des Gesetzes aber solche gemißbilligt, und das Gegentheil behauptet habe, so würde man diese Stelle wohl nicht für sich anführen. Er sagt ausdrücklich: non per omnia verum est. Nam si non est soluendo hereditas abstinente se herede, et D. Pius

Pius rescripsit, et Imperator noster et quidem in extraneo pupillo locum fore necessario substituto. Der bekannte Streit über die Würkung des so genannten pacti de non praestanda euictione kann dieses ebenfalls durch sein Beyspiel erläutern. Nicht wenige Juristen sind der Meynung, daß der Verkäufer, dieses pacti ungeachtet, nachdem die Sache evincirt worden, das Kaufgeld wieder herausgeben müßte; nur das übrige Interesse dürfe er dem Käufer nicht prästiren; andere hingegen wollen ihn, wenn er nur nicht betrüglich zu Werke gegangen, auch von der Wiederherausgabe des erhaltenen Kaufgeldes um dieses Vertrags willen, befreyet wissen. Beyde berufen sich auf die L. 11. §. 18. D. de act. emt. vend.; dieses Gesetz ward aber ehedem von den Auslegern sehr unrichtig interpretirt. Ulpian, aus dessen libris ad edictum es genommen ist, stellt hier über verschiedne Lehren des Julians eine nähere Prüfung an. Endlich kommt er auf die Frage: was sodann Rechtens sey, wenn im Kaufcontracte die Worte stehen: nihil euictionis nomine praestitum iri. Julian, sagt er, hält dafür, daß der Verkäufer dennoch nach erfolgter Eviction das Kaufgeld herausgeben, nicht aber das übrige Interesse erstatten müsse. Ulpian selbst aber widerspricht dieser Meynung bald darauf, und erklärt den Verkäufer nur in dem Falle, wenn er in dolo versirt habe, zur Herausgabe des Kaufgeldes verpflichtet. Inzwischen ist die Stellung der Worte in diesem Gesetz so beschaffen, daß man beym ersten Anblick die Meynung beyder Juristen gar leicht confundiren kann; und wirklich ward auch ehedem die Julianische Lehre, als eine gesetzliche Vorschrift angesehen, bis der Canzler Böhmer das Irrige zeigte.

Die aus den Novellen hergenommenen Authentiken können, da sie nicht unter öffentlicher Autorität in das Corpus Iuris gekommen, sondern aus eigenem Antrieb der Rechtsgelehrten in den Codex gerückt worden sind, auf eine gesetzliche Kraft gar keinen Anspruch machen. Der gewöhnliche Satz: daß sie den Gesetzen des Codex nur alsdenn derogir-

rogirten, wenn sie mit den Novellen übereinstimmten, mag wohl recht gut gemeynt seyn; aber accurat ist er nicht. Besser sagt man unstreitig: die Authentiken sind keine Gesetze, und heben also an sich keine Verordnung im Codex auf; denn entweder harmoniren sie mit der Novelle, worauf sie sich berufen, oder dieses ist nicht der Fall. Im letztern Falle versteht sich die Ungültigkeit derselben ohnehin schon; im erstern Falle aber leidet die Verordnung des Codex zwar eine Abänderung, allein nicht durch die Authentik, sondern durch die Novelle selbst, welche als ein neueres Gesetz unstreitig vorgeht. Die gewöhnliche Sprache verhält sich gerade so, als wenn Jemand sagen wollte, die Lehren des Mevius, Carpzov, Leyser ꝛc. derogiren dem gemeinen Rechte, wenn sie mit den Provinzialgesetzen, worauf sie sich beziehen, übereinstimmen.

Zur Erläuterung der zweyten S. 42. angeführten Regel, trägt Herr Prof. Weber folgende Wahrheiten vor: — Quae legislator ciuilis ex iure naturae in lege sua repetit, promiscue quoque legis ciuilis nomen adsumunt propter publicam sanctionem; sed propterea vim suam et potestatem propriam non deponunt, vnde non ex mera voluntate legislatoris probabili, vti leges ciuiles stricte dictae, sed ex propria naturali ratione interpretationem, et quidem per demonstrationem accipiunt u). Ueberhaupt wird der nachdenkende Leser diese Anmerkung eines unserer größten Rechtsgelehrten, bey Erklärung und Anwendung der Gesetze sehr nützlich finden. Sie kann uns aber auch nicht weniger, in Bestimmung des heutigen Gebrauchs verschiedner Stellen des römischen Rechts zur Norm dienen. Mancher Dispüt über den guten vsus hodiernus würde entweder nie entstanden, oder doch sofort gehoben seyn, wenn man dasjenige, was schon natürlichen Rechtens ist, von eigentlichen Positivgesetzen

u) I. H. Boehmer Introd. in ius publ. vniu. Hal. 1710. Pag. 422.

setzen gehörig zu unterscheiden, sich mehr hätte angelegen seyn lassen; denn eine Vorschrift, die in jene Classe gehört, würde uns doch immer verbinden, wenn sie auch weder im römischen Rechte, noch in irgend einem andern Gesetzbuche wiederholt wäre. Dadurch aber, daß diese Wiederholung geschehen, verliert das Naturrecht seine innere, und eigenthümlich verbindende Kraft gar nicht. Daß z. B. der Käufer verbunden sey, das Kaufgeld zur bestimmten Zeit abzutragen, daß der Depositar die ihm anvertrauten Güter wieder abliefern, der Verwalter eines fremden Vermögens Rechnung ablegen, der Schuldner das empfangene Darlehn bezahlen müsse; alles dieses sind Verbindlichkeiten, deren Grund wohl Niemand aus dem römischen Rechte herleiten wird. Es ist daher der Wahrheit mehr nachtheilig, als vortheilhaft, wenn Joachim Hopp und andere seines gleichen, hier und in ähnlichen Fällen mit der trostreichen Bemerkung: haec omnia sunt in viridi obseruantia, zu erscheinen pflegen; denn einmal bedürfen diese Grundsätze des natürlichen Rechts, einer solchen Bedeckung gar nicht; zweytens aber wird der nicht genug zu vermeidende Irrthum, daß nemlich alle Rechte und Verbindlichkeiten blos aus positiven Gesetzen hergeleitet werden müssen, dadurch unvermerkt ausgebreitet, und Anfängern die Sache in dem falschen Lichte vorgetragen, als ob jene Vorschriften uns darum nur verbänden, weil sie in dem bey uns recipirten römischen Rechte enthalten wären. Vorzüglich aber ist die gegenwärtige Regel in folgender Rücksicht wohl zu merken: Es giebt nemlich verschiedene Theile und Materien des römischen Rechts, von denen es nun einmal ausgemacht ist, daß sie in Teutschland gar nicht gelten. Auch diese enthalten nebenher nicht wenig aus dem natürlichen Rechte. Wird nun hier das letztere nicht gehörig von den willkührlichen Vorschriften abgesondert, so kann man leicht in Versuchung gerathen, die Anwendlichkeit desselben entweder gar zu bezweifeln, oder doch wenigstens aus falschen und überflüssigen Gründen herzuleiten. Ob wir nun gleich heutiges Tages keine ungenannten Verträge mehr haben, und folglich

die

die condictio causa data causa non secuta, aus diesem Gesichtspunkte betrachtet, wegfällt, so müssen wir doch im übrigen die Grundsätze des natürlichen Zwangsrechts, welche bey dieser Gelegenheit in den Pandekten vorgetragen werden, noch jetzt als vollkommen verbindlich anerkennen. Wenn daher derjenige, dem zu einem gewissen Zweck etwas gegeben worden, gleich vom Anfange außer Stande war, solchen zu bewirken; wenn er mit Vorsatz oder Fahrlässigkeit die Erfüllung unmöglich, oder durch seine Zögerung dem andern Theile ganz unnütz gemacht hat, und das römische Recht auch in diesen Fällen die erwähnte Condiction erlaubt hat x), so würde es auf der einen Seite eben so thöricht seyn, wenn man sie bey uns nicht zulassen, als auf der andern Seite, wenn man, um diese Meynung zu widerlegen, den vsum iuris romani qua talis, in Ansehung der gedachten Stellen besonders herbey rufen wollte; denn nicht gerade nur darum, weil Julianus, Marcian und Paullus so gelehrt, sondern weil es die Gesetze der Vernunft von jeher mit sich gebracht haben, findet hier die Zurückforderung des Gegebenen statt. Nach eben diesen Grundsätzen hat Stryk den heutigen Gebrauch des Titels de aedilitio edicto bestimmt, welcher schreibt y): haec quaestio melius resolui nequit, quam si ad fundamentum respiciamus, cui Aediles edicta sua superstruxerunt. Si enim hoc ex aequitate naturali desumtum est; effectus edicti *perpetuus erit;* non propterea, quia Aediles ita edixerunt, sed quoniam edicta Aedilium ex arte aequi et boni originem traxerunt; *bonum autem et aequum, cancellis reipublicae romanae non includitur, sed vbique* idem est.

Beyläufig ist hieraus zu ersehen, wie nothwendig und unentbehrlich einem jeden Rechtsgelehrten das Studium des

x) L. 7. §. 1. L. 12. 13. 14. D. de cond. causa data, causa non secuta.

y) Stryck Vsus mod. Lib. XX. tit. 1. §. 2.

natürlichen Rechts sey, weil wir solches 1) da, wo die bürgerlichen Gesetze keine besondere Richtschnur anweisen, als die wahre Quelle der Entscheidung vorkommender Streitigkeiten betrachten müssen; und 2) eine gründliche Kenntniß desselben, uns erst in den Stand setzt, die Grenzen der natürlichen Rechte und Verbindlichkeiten sowohl unter sich, als auch besonders mit denen, welche durch willkührliche Verordnungen eingeführt sind, nicht zu vermengen. Nur zu oft war die Vernachlässigung dieses wichtigen und ersten Theils der Jurisprudenz daran schuld, daß unvollkommne Pflichten als vollkommene, diese aber als zu jenen gehörig behandelt, und manche in der That willkührliche Anordnungen, den Gesetzen der Vernunft beygezählt wurden. Wenn wir uns nun von dem Grundsatze trennen: determinationes iuri naturali superadditae sunt proprie leges ciuiles [z]), so ist der Uebergang zu dergleichen Verwirrung so gut als gemacht. Ich setze daher, wie man leicht erachten kann, in meiner zweyten Regel solche Vorschriften voraus, welche ganz unleugbar in der gesunden Vernunft, und dem natürlichen Zwangsrechte gegründet sind. Wenn aber das römische Recht hin und wieder, iura imperfecta zu vollkommnen Ansprüchen erhebt, die Personen, welche zu diesem oder jenem Geschäfte admittirt werden sollen, weiter bestimmt, die Art und Weise, wie eine juristische Handlung einzurichten, vorschreibt, die Beobachtung der natürlichen Gesetze bald durch angedrohte Strafen, bald durch Versicherung gewisser Vortheile verstärkt, so gehört alles dieses im eigentlichen Verstande zum positiven, nicht aber zum Naturrecht. Der heutige Gebrauch solcher Stellen ist daher auch nach denjenigen Regeln, welche die römischen Positivgesetze überhaupt zum Vorwurf haben, ebenfalls zu bestimmen. Wir werden solche sogleich näher kennen lernen, indem wir die bereits S. 42 angeführte dritte Regel näher betrachten wollen, zu deren Erläuterung folgendes zu merken ist. —

Zu

z) Boehmer Ius publ. l. l. Pag. 423.

Zu dem römischen Rechte in der weitläuftigsten Bedeutung gehören alle und jede Gesetze, welche in dem römischen Staat von dessen Gründung an, bis auf den Untergang des griechischen Kaiserthums gegolten haben. Eigentlich aber wird darunter das justinianeische Recht verstanden, oder der Inbegriff des zur Zeit des Kaisers Justinian in dem römisch-griechischen Kaiserthum gültig gewesenen Rechte. Nicht nur in jenem, sondern auch in diesem Betrachte enthält es verschiedne Theile, welche nie in Teutschland als Gesetze aufgenommen worden. Man rechnet dahin A) nach obigem generellen Begriffe eines Theils die vor Justinian gegoltenen Rechte, in so ferne sie dieser Kaiser nicht in seine Gesetzsammlung aufgenommen; mithin 1) die Ueberbleibsel der so genannten zwölf Tafelgesetze, 2) die Fragmente der alten Juristen, welche in die Pandekten nicht übergangen, 3) dasjenige, was von dem Edicto perpetuo, imgleichen 4) von dem gregorianischen und hermogenianischen Codex auf unsere Zeiten gekommen; 5) den theodosianischen Codex; — andern Theils aber das postjustinianeische Recht, namentlich 6) die Novellen des Kaisers Justinus II., 7) die Constitutionen des Tiberius, 8) die Basiliken, wie auch 9) die Novellen des Kaiser Leo; B) Nach der engern Bedeutung des römischen Rechts insonderheit aber alle diejenigen Verordnungen, welche an sich zwar größtentheils zum justinianeischen Recht füglich gerechnet werden können, allein bey dessen Reception in Teutschland in dem römischen Rechtskörper, so wie er zu der Zeit mit Glossen versehen war, nicht angetroffen, sondern nachhin erst durch kritische Bemühungen ergänzt worden. Dahin gehören 1) die so genannten 13 Edicte des Kaiser Justinian; 2) verschiedne Novellen desselben; 3) die in den Pandekten sowohl als im Codex, von Cujaz und andern Gelehrten hergestellten Gesetzstellen.

Die bekannte Regel: quidquid glossa non agnoscit, illud nec agnoscit curia, hat einen Grund von ungezweifelter Richtigkeit; nicht weil die Anmerkungen des Accursius und seiner Vorgänger eine gesetzliche Kraft ha-

ben, oder weil die Glossatoren es bestimmen können, welche Gesetze gelten sollten, und welche nicht, sondern weil die Glosse uns zum Wegweiser dient, wodurch wir erfahren können, welche Verordnungen der römische Rechtskörper, zu den Zeiten als er in Teutschland aufgenommen worden, in sich gefaßt habe. Natürlicherweise beschränkt sich hierauf die Reception, und mit derselben die verbindende Kraft der römischen Gesetze. Man kann hieraus leicht abnehmen, daß das Corpus iuris glossatum noch immer für einen Rechtsgelehrten von großem Nutzen sey. Ist gleich nicht viele Weisheit aus den Glossen zu schöpfen, so ist doch eines Theils die Erfahrung, welche Brunquell [a]) gemacht haben will, nicht ganz ohne Grund; andern Theils aber haben wir doch daran immer den sichersten Leitfaden, um die recipirten und nicht recipirten Gesetze bestimmen zu können. Daß die wenigsten Richter und Advocaten sich zu diesem Zweck desselben bedienen, ist leider wahr; daß aber darum auch oft Gesetze angeführt werden, die eigentlich bey uns gar nicht gelten, lehrt die Erfahrung gleichfalls. Ein merkwürdiger hierher gehörender Fall kam beym Reichskammergericht zu Wetzlar vor [b]), woraus erhellet, daß ein mandatum ad videndum se incidisse in poenam L. 4. C. de in ius vocando nachgesucht, und obgleich dieses Gesetz zu den nicht glossirten gehöret, dennoch in der That erkannt worden. Die Frage: ob ein Gläubiger, dem nach und nach mehr Zinsen, als das Capital beträgt, bezahlt worden, den Ueberschuß herausgeben müsse, sollte ohne weiteres Bedenken, mit Nein beantwortet werden; denn die Verordnung in der L. 10. C. de vsur. ist klar. Die Novelle

a) Brvnqvell hist. iur. Pag. 360. verb. saepius etiam consummatissimi iureconsulti, vbi aqua ipsis haeret, et omnes commentatores recentiores ignorantiam suam fatentur, ad *glossam*, velut sacram quandam anchoram confugiunt, et e diuinationibus ac coniecturis *Accursii* occasionem genuini indagandi sensus quaerunt.

b) Electa Iur. publ. Tom. IV. m. 1. Pag. 23.

Novelle 121. cap. 1. 2. enthält zwar das Gegentheil, und verwirft die Zinsen vltra alterum tantum ohne Unterschied; allein da sie nicht glossirt ist, so fällt auch das gesetzliche Ansehen in unsern Gerichten weg. Inzwischen wird in den gewöhnlichen Lehrbüchern dieser wahre Grund nicht angeführt, sondern statt dessen, der Novelle eine derogirende Praxis entgegen gestellt, deren es doch bey solchen römischen Gesetzen, welche bey uns gar nicht recipirt worden, mithin an sich schon ungültig sind, keinesweges bedarf.

Oft sind die Juristen verleitet worden, den oberwähnten, in Teutschland nicht recipirten, Theilen des römischen Rechts hin und wieder dennoch eine verbindende Kraft beyzulegen, und die besondere Aufnahme einzelner dahin gehörender Gesetze zu behaupten, wenn sie gefunden haben, daß in unsern Gerichten das nämliche, was diese Verordnungen enthalten, gleichfals beobachtet werde; gerade als ob dieses nicht aus andern Ursachen geschehen, und folglich aus richtigern Gründen abgeleitet werden könne. Diese Betrachtung wird uns in den Stand setzen, über den vorgegebenen heutigen Gebrauch verschiedener Novellen des Kaisers Leo richtig urtheilen zu können. Die 93ste dieser Constitutionen verordnet: quod si sponsa ex alio grauida deprehendatur, sponsalia rescindi possint. Daß dieß nun auch bey uns Rechtens sey, leidet gar kein Bedenken; allein darum mit Brunquell c) und dem dort angeführten Berger, eine besondere Reception dieser Novelle in Teutschland behaupten wollen, würde in der That eine ganz unrichtige Folgerung seyn. Obgleich heutiges Tages die Conventionalstrafe bey Verlobungen allerdings zugelassen wird; so glaube ich doch nicht, daß man den Grund davon in der Annahme der 18ten Novelle des Kaisers Leo zu setzen habe. Das justinianeische Recht erklärt zwar den Anhang einer

c) Brvnqvell hist. iur. Pag. 315. Berger Oecon. Iur. Pag. 105.

ner solchen Strafe bey Verlobungen für ungültig, allein aus Gründen, welche, wie der Hr. Ordinarius Hellfeld d) deutlich gezeigt hat, in Teutschland gänzlich wegfallen. Es versteht sich also die verbindliche Würkung der gedachten Strafe, bey uns und nach unsern Grundsätzen von selbst. Wozu denn die Verordnung des Kaisers Leo? Ich denke doch nicht, daß die Gültigkeit der poenae conuentionalis so wesentlich von dieser Verordnung abhänge, daß solche ohne Reception der letztern gar nicht gedacht werden könne? Kurz! man unterscheide die beyden Fragen: 1) ob nicht manches, so in den erwähnten Novellen enthalten ist, auch in Teutschland gelte? und 2) ob solches darum beobachtet werde, weil die Verordnungen des Kaisers Leo als Gesetze recipirt worden? nur genau von einander, und man wird gewiß die sonst gelehrte Abhandlung des Hrn. Prof. Beck e) von einer andern Seite, als bisher geschehen, zu betrachten anfangen. Daß übrigens die erwähnten Theile des römischen Rechts, wenn sie gleich in unsern Gerichten kein legales Ansehen haben, dennoch zur Erklärung der wirklich gültigen Verordnungen ein ganz unentbehrliches Hülfsmittel abgeben, ist zu bekannt, als daß ich es hier noch weiter auszuführen hätte. Wie oft man auch in ipsis rerum argumentis sich derselben zu solchem Zweck sehr glücklich bedienen könne, davon liefern unter andern die Schriften eines Pufendorfs und Strubens Beyspiele genug.

Was nun die recipirten Theile des römischen Rechts betrifft, so ist hiervon folgende Regel zu merken.

IV) Diejenigen Verordnungen, welche sich auf blos römische in Teutschland ganz unbekannte Sitten und Verfassungen beziehen, leiden eigentlich bey uns keine Anwendung. — So richtig diese Regel ist, so leicht kann sie gemiß-

d) Hellfeld D. de poena conuentionali sponsalibus adiecta, §. 31. in *Eius* Opusc. Ien. 1789. Pag. 394.

e) Casp. Ach. Beck liber sing. de Nou. *Leonis* earumque vsu et auctorit. c. animaduerf. C. Fr. Zepernick, Hal. 1779. 8.

gemißdeutet, und ein übler Gebrauch davon gemacht werden. Im Grunde sind unsere Verfassung und Sitten von der römischen, worauf sich die Gesetze natürlich beziehen, fast durchgängig sehr verschieden; folglich könnte man nach diesem Grundsatze viele Verordnungen unanwendlich halten, die doch unstreitig ihre völlige Gültigkeit behaupten müssen. Und in der That sind die Lehr- und Richterstühle oft von einem Fehler nicht frey geblieben, wovon der Herr von Leyser[f]) sehr nachdrücklich schreibt: grauissimus ille Doctorum nonnullorum error est, existimantium, mores Germanicos, si in quadam circumstantia a moribus Romanorum recedant, totius negotii naturam adeo mutare, vt iam nihil ex legibus romanis applicari possit. Folgende Erläuterung der gedachten Regel wird den wahren Sinn derselben genau entwickeln, und den Mißbrauch verhüten. Es ist hier von solchen Verordnungen die Rede, welche sich auf blos römische Sitten und Verfassungen beziehen. Zuförderst ist also zu merken, daß hierunter nicht eine jede entfernte oder gelegentliche Verbindung des Gesetzes mit römischen Gebräuchen zu verstehen sey; denn so können viele Dinge, die bey uns ganz wegfallen, auf das Gesetz eine Beziehung haben, und doch die Anwendung desselben nicht aufheben. Die sieben Zeugen bey Testamenten sind heutiges Tages immer noch erforderlich, obgleich diese Zahl aus einem Ritus herrührt, der bey uns nie üblich gewesen. Ein anderes aber ist es, wenn der eigentliche Gegenstand des Gesetzes, oder der Grund desselben in Teutschland nicht statt findet; und dieß ist der Sinn unserer Regel. Vermöge derselben fällt also die heutige Anwendung weg:

1) wenn selbst das Object des Gesetzes gar nicht mehr existirt. Dahin gehören unter andern diejenigen Verordnungen, welche die besondere Regierungsverfassung des römischen Staats und dessen Verwaltung betreffen,

f) Leyser Spec. 29. med. 5.

treffen, z. B. die Titel de officio Proconsulis, Praesidis u. s. f.

2) Wenn der Gegenstand des Gesetzes zwar nicht ganz verschwunden, jedoch in der Maße nicht mehr vorhanden ist, welche das Gesetz unzertrennlich voraussetzet. So können z. B. die römischen Gesetze vom Concubinat heutiges Tages eigentlich nicht gelten, weil sie ihn als erlaubt voraussetzen, weshalb ich auch gern der Meynung beypflichte, daß die in solcher verbotenen Beywohnung erzeugten Kinder bey uns keine besondern Vorrechte haben.

3) Wenn der wesentliche Grund des römischen Gesetzes ganz wegfällt. Hierbey ist jedoch vorauszusetzen, daß der Hauptgrund desselben nicht vorhanden sey; allein damit ist weder die Gelegenheit zu Abfassung des Gesetzes, noch diese oder jene Nebenursache, welche vorzüglich etwa den Römern das Gesetz nützlich machte, zu verwechseln; denn dieses können freylich Umstände seyn, die bey uns ganz wegfallen, darum aber doch der heutigen Gültigkeit des Gesetzes nichts entziehen. Diese Sätze hat Herr Prof. Weber durch das Beyspiel von der heutigen Anwendbarkeit des bekannten Edicts von Kaiser Marc Aurel wider die Selbsthülfe, und von der actio de receptis erläutert, und am Ende folgende Bemerkung gemacht: übrigens versteht es sich von selbst, daß unter dem Prätext einer Gleichheit der Gründe und Gegenstände keine unschickliche Ausdehnung der Gesetze vorzunehmen. Man ist in diesem Mißbrauche so weit gegangen, daß so gar Strafgesetze und iura singularia nicht davon frey geblieben. Die Lehre vom stillschweigenden Pfandrechte liefert hievon Beyspiele genug, und die Juristen, welche behaupten, daß heutiges Tages auch die Mutter pupillariter substituiren könne, hätten billig erwägen sollen, daß ein so exorbitantes Recht, über das Vermögen eines andern zu testiren, nur demjenigen beygelegt werden könne, dem es die Gesetze, welche in solchen Fällen bekanntlich keine Ausdehnung leiden, ausdrücklich ertheilt haben. Jede eigenmächtige Erweiterung ist hier allemal ein unerlaubter Eingriff in die

Rechte

Rechte des Gesetzgebers, deren sich keine Privatperson anzumaßen hat. Ich bitte mit diesen Grundsätzen dasjenige zu vergleichen, was im 1sten Theile dieses Commentars S. 241 u. f. gesagt worden.

V) Mit der vorigen Regel steht folgende in der genauesten Verbindung: auf solche Gegenstände und Geschäfte, welche den Römern ganz unbekannt waren, sondern blos aus teutschen Sitten und Verfassungen oder andern Quellen ihren Ursprung haben, läßt sich das römische Recht ebenfalls nicht anwenden, obgleich eine eingebildete Aehnlichkeit dergleichen unschickliche Anwendung leicht veranlassen kann, und oft veranlaßt hat; vielmehr muß in diesem Falle aus dem ursprünglich teutschen Rechte allein die Entscheidung genommen werden. Ueberhaupt können Gesetze über ihren eigentlichen Gegenstand nicht hinaus gedehnt werden. Schon die gesunde Vernunft erkennt es also, daß z. B. die unter teutschen Ehegatten herrschende Gemeinschaft der Güter, die Einkindschaft und andere den Römern nie bekannt gewesenen Geschäfte unmöglich nach römischen Grundsätzen behandelt werden können. Es ist daher in dieser Hinsicht eine dreyfache Vorsicht nöthig, und zwar

1) daß man sich durch keinen Mißverstand römischer Gesetze und Schriftsteller zu dem Irrthum verleiten lasse, als ob dergleichen blos teutsche Geschäfte bey den Römern wirklich schon eben so üblich gewesen. Vormals war dieser Fehler etwas sehr gewöhnliches. In dem bekannten Streite über den Ursprung der Lehne hat es nicht an Gelehrten gefehlt, welche das ganze Institut den Römern zueignen wollen. Die Meynung war zu paradox, als daß sie lange behauptet werden konnte. Nach teutschen Rechten wird, wie wir wissen, durch Errichtung einer separaten Oekonomie die väterliche Gewalt aufgehoben. Herr von Leyser behauptet Spec. 21. med. 2., daß dieser Modus schon bey den Römern gebräuchlich gewesen. Ich glaube nicht, daß viele Juristen hierin mit ihm einstimmig sind; obgleich nicht wenige unter ihnen gerade den Irrthum noch immer beybehalten, wovon der Leyserische nur eine Folge war. Man

nennt

nennt die Befreyung von der väterlichen Gewalt durch Errichtung eines besondern Hauswesens, eine stillschweigende Emancipation. Jedoch der Abweg, daß man selbst die nämlichen Geschäfte, die blos den Teutschen eigen sind, schon bey den Römern finden will, ist nicht so häufig, als ein anderer, wodurch in der That eine nicht geringe Verwirrung der Rechte verursacht wird. Man läßt sich nämlich

2) eine eingebildete Analogie sehr oft bey dergleichen Dingen, zu einer unschicklichen Anwendung römischer Gesetze verleiten. Ob es gleich leicht zu erachten ist, daß z. B. von dem römischen Erbzinsrechte auf das teutsche Mayerrecht, von den libertinis auf unsere Bauern nicht zu argumentiren stehet, so ist doch dieser Mißbrauch mehrmals geschehen. Bekannt ist es ferner, daß nach römischen Rechten die im Ehebruch erzeugten Kinder weder dem Vater noch der Mutter succedirten. Man verstand aber unter den adulterinis diejenigen nicht, welche von einem verheyratheten Manne mit einer ledigen Frauensperson erzeugt worden, und diese läßt daher das römische Recht zur mütterlichen Succession. Allerdings würde man viel zu weit gehen, wenn man unsere obige Regel

3) dahin deuten wollte, daß solche Gegenstände, welche den Römern nicht bekannt gewesen, schlechthin in gar keinem Stücke, nach justinianeischen Gesetzen behandelt werden könnten. Sind es Fälle, worauf die eigenthümliche Natur dieser Geschäfte keinen besondern Einfluß hat, so lassen sich die generellen Vorschriften des gemeinen Rechts sehr gut anwenden. Z. B. obgleich unsere Patrimonialgerichtsbarkeit den Römern unbekannt war, und folglich die Gesetze, welche Frauenspersonen und Unmündige aller Jurisdictionen unfähig erklären, darauf nicht anzuwenden sind, so können sich doch die Patrimonialgerichte von sonstigen Verordnungen, welche die Pflichten des Richters überhaupt bestimmen, keinesweges dispensiren; daher auch der Herr von Leyser Spec. 29. med. 5. die Prorogation in Ansehung dieser Gerichtsbarkeit gar wohl zuläßig findet.

VI) Ist

VI) Ist nun keine der bisher erwähnten Einschränkungen vorhanden, so hat das römische Recht, nach der bekannten Rangordnung seiner Theile unter sich, durch ganz Teutschland ein gesetzliches Ansehen, es wäre denn, daß besondere einheimische Reichs- und Landesgesetze, Statuten und Gewohnheiten dagegen vorhanden wären, als in welchem Falle beyde Rechte, das teutsche und römische, gegen einander in dem Verhältniß eines iuris correctorii et correcti stehen. Diese Regel ist der Idee eines recipirten Rechts aufs genaueste angemessen; nur hat man, was die Gewohnheiten, den Gerichtsgebrauch und die statutarischen Rechte anbetrifft, sich wohl zu hüten, daß man unter diesem Vorwande das Ansehen des römischen Rechts nicht zu voreilig bestreite. Die Gewohnheiten und Observanzen kommen hier in einer doppelten Hinsicht zur Betrachtung; einmal überhaupt (qua tales), und zweytens als solche, die der Gültigkeit eines geschriebenen Gesetzes entgegen gestellt werden. So viel das erste anbetrifft, so versteht es sich von selbst, daß alles dasjenige, was zur Einführung einer Gewohnheit im Allgemeinen erfordert wird, auch hier nothwendig sey, folglich ein hinlänglicher Beweis derselben geführt werden müsse. Die Rechtsgelehrten selbst sind so bescheiden, in ihren Lehrbüchern den Satz einzuschärfen, daß die bloße Behauptung und das Ansehen der Juristen zu diesem Beweise eben so wenig auslange, als ein simples Attestat der Gerichte dazu hinreichend ist.

Aus dieser gegenwärtigen Regel lassen sich noch folgende Grundsätze herleiten, und zwar

1) wenn ein teutsches Reichs- oder partikuläres Landesgesetz, Statut, oder Gewohnheit, gewisse Verordnungen des römischen Rechts ausdrücklich oder stillschweigend aufgehoben, so ist von letzteren weiter kein Gebrauch zu machen; denn die fremden Rechte sind nur als Hülfsrechte in Teutschland angenommen, und müssen also den teutschen Gesetzen weichen, wenn darin etwas anders verordnet worden. So z. B. gehen in Vormundschaftssachen, in der Materie von

Zin-

Zinsen [g]), die Reichsgesetze von dem römischen Rechte ganz ab; es kommt also hierin heut zu Tage auf die Vorschriften der gemeinen Reichsgesetze hauptsächlich an [h]). Eben so ist es, wenn z. B. ein Stadtgesetz deutlich besagt, ein Erblasser sey nicht gehalten, seinen Geschwistern etwas zu vermachen [i]). Hier kann der Richter nicht die Ausnahme hinzu denken, wenn eine ehrlose Person zum Erben eingesetzt, und den Geschwistern vorgezogen worden [k]), obgleich Strubben und Lochner anderer Meynung sind [l]), wogegen aber Spies [m]) vorzüglich nachzusehen ist.

2) Wenn eine Verordnung in den teutschen Reichs- oder partikulären Landesgesetzen, Statuten oder Gewohnheiten aus dem fremden Rechte herfließt, aber in jenen unvollständig, oder dunkel und zweifelhaft, in diesem hingegen weit deutlicher bestimmt ist, so muß solche aus dem letztern, in so weit nämlich das einheimische Gesetz mit dem fremden Rechte einstimmig ist, erklärt werden; denn jedes Gesetz ist der Natur der Sache nach, aus seiner Quelle zu erläutern. Wenn demnach z. B. ein Reichs- oder Landesgesetz von Testamenten, oder von den Würkungen der römischen väterlichen Gewalt disponirt; so ist solches, wenn es undeutlich und unvollständig seyn sollte, allerdings aus dem römischen Rechte zu erklären. Eben deswegen kann auch die Vorschrift der Reichsgesetze, welche die Größe rechtmäßiger Zinsen auf fünf Procent festsetzen, nicht mit Ausschließung derjenigen Fälle verstanden werden, wo die fremden Rechte Ausnahmen machen, und mehr als sonst gewöhn-

g) Leyser Spec. 244. med. 7.

h) Westphals Privatrecht, Thl. 1. Nr. 1. §. 14. 15. 16.

i) Nürnb. Reform. Tit. 29. n. 8.

k) Westphal a. a. O. §. 7. 10. Hr. HR. Glück im Comment. Thl. 1. S. 381.

l) Strubens Nebenst. Thl. 5. Nr. 32. §. 12. Lochner Selecta iuris vniuersi, 2tes Stück, Nr. 1. S. 146.

m) Spies D. de cauta germanicorum mixti generis statutorum interpretatione, Alt. 1764. §. 9.

wöhnliche Zinsen erlauben, als z. B. wenn der Gläubiger die Gefahr des Capitals trägt, wie bey Assecuranzen, Bodmerey und dem Leibrentencontract; denn die Verordnung der Reichsgesetze ist wirklich unbestimmt und zweifelhaft, weil sie eigentlich nur von Verzugszinsen spricht [n]).

3) Wenn ein einheimisches Gesetz von solchen Gegenständen redet, die ganz teutschen Ursprungs sind, und bey deren Erklärung man mithin das römische Recht sehr übel und unschicklich anwenden würde, so muß dasselbe auch lediglich aus ursprünglich teutschen Rechtsgrundsätzen erläutert werden. Dieses folgt ebenfalls wieder aus der allgemeinen Regel, daß alle Gesetze aus ihren Quellen zu erklären sind. Man setze z. B. ein Statut rede von der Gemeinschaft der Güter unter Ehegatten, oder von der statutarischen Portion derselben, oder von der ehelichen Errungenschaft, oder vom Witthum u. s. w.; es wäre aber ein solches Partikulargesetz nicht ganz deutlich, oder unvollständig, so bleibt keine andere Entscheidungsquelle als das gemeine teutsche Recht [o]). Durch die beyden angeführten Regeln ist der Sinn des bekannten Satzes: daß die teutschen Partikulargesetze aus dem gemeinen Rechte erklärt werden müssen (statuta interpretanda sunt ex iure communi), hinreichend bestimmt [p]). Gemeines Recht ist also nicht allein das fremde in Teutschland aufgenommene Recht, sondern auch gemeines teutsches Recht, was unsere Reichsgesetze enthalten, oder gemeine Gewohnheiten mit sich bringen.

4) Bey

n) Westphal a. a. O. §. 7. 11. Glück a. a. O. Riccius von Stadtgesetzen, 2tes Buch, 11tes Hauptst. §. 12. S. 477.

o) Westphal a. a. O. Glück a. a. O. Cramer D. de interpr. statutor. Marb. 1739. c. 2 §. 8. Herr Prof. Koppe Progr. über die nothwend. Cultur und Erlernung des teutschen Privatrechts, Rostock 1789.

p) Sim. Pet. Gasser D. de brocard. vulg. statuta ex iure communi esse interpretanda. Freiesleben D. de interpretat. statutor. ex iure communi. Rivini D. num iura statutaria dubia vel obscura ex iure Rom. declarari vel suppleri debeant. Hommel Rhapf. Obf. 660.

4) Bey Gegenständen von gemischter Natur müssen die Grundsätze nach der Verschiedenheit der Fälle, wo römisches und teutsches Recht zusammen gemischt worden ist, von einander abgesondert und bestimmt, und auf ihre eigenthümlichen Quellen zurückgeführt werden.

5) Sind teutsche Partikulargesetze aus andern statutarischen Rechten erzeugt worden, so sind sie aus diesen ihren Müttern zunächst zu erklären; denn diese machen die Quellen, woraus jene geflossen sind, aus. Diesemnach fällt es denn von selbst in die Augen, wie wichtig es bey dem Studium der Partikularrechte ist, genau zu erforschen, welches Statut zunächst als die Mutter eines jeden derselben betrachtet werden muß. So ist z. B. aus dem Soester Stadtrechte das lübische, Hamburgische, Mindensche, lippische u. a. m. entstanden q).

6) Uebrigens finden bey Erklärung teutscher sowohl allgemeiner, als partikulärer Gesetze, die allgemeinen Grundsätze von der Auslegungskunst durchaus statt. Es ist demnach als eine ganz irrige und längst verworfene Meynung anzusehen, wenn man sich ehedem überredete, daß Statuten jederzeit strenge nach den Worten erklärt werden müßten r). So z. B. gilt die in vielen Gegenden Teutschlands aus dem sächsischen und lübischen Rechte angenommene Regel: Hand muß Hand wahren, nicht allein bey Verpfändungen und Verlehnungen, sondern man wendet sie auch bey dem Depositum, dem Vollmachtscontract und ähnlichen Geschäften an, weil der Grund dieser Parömie in der Erhaltung des Zutrauens bey Handel und Wandel liegt, und dieser bey allen diesen Geschäften gleich stark vorhanden ist.

Mit der gegenwärtigen Materie, ist die Geschichte der Reception des römischen Rechts in Teutschland, auf das genaueste verbunden, weil sie viel Licht darüber verbreitet; daher

q) Westphal a. a. O. §. 17. Glück a. a. O.
r) Eckardt in herm. iur. Lib. II. c. 1. §. 18. seq.

daher will ich das Wichtigste davon anführen s). — Aus der Reichsgeschichte ist bekannt, daß man in den ältesten Zeiten nicht nur in Teutschland, sondern fast in ganz Europa die Vorstellung hatte, Carl der Große sey mit der in seiner Person erneuerten Würde des römischen Kaisers nicht nur in allem Verstande ein wahrer Nachfolger der letzten Kaiser des Occidents, sondern auch eines Justinians, eines Constantins des Großen, und so der vorigen römischen Kaiser bis auf den August und Cäsar zurück, geworden; und, was noch mehr ist, als ob das fränkische, oder nachher das teutsche Reich, und das römische Reich gleichsam in eins geschmolzen, oder das ehemalige römische Reich in das nunmehrige teutsche Reich, und dieses in jenes sich verwandelt hätte. Bey diesem Wahne war es denn ganz natürlich, daß das vom Kaiser Justinian veranstaltete römische Gesetzbuch, welches man im 12ten und 13ten Jahrhunderte zu Bononien aufs neue so emsig hervor suchte, in Teutschland bald zu großem Ansehen gelangen mußte. Man gedachte nicht etwa, nach dem Beyspiel anderer Völker, solches als ein zwar fremdes, aber seiner innern Fürtrefflichkeit wegen schätzbares Recht freywillig aufzunehmen, sondern man glaubte, ein Recht, das der Kaiser Justinian gemacht hätte, müsse auch unter einem Kaiser Lothar, Friedrich, Carl

s) Ant. Dvck de vsu et auctoritate iur. ciuil. in dominiis Princ. Christian. Lipſ. 1676. 12. Don. Ant. d' Asti dell' uso et autorità della ragion civile nelle provincie del imperio occidentale dal di che furono inondate da barbari fino à Lottario II. Nap. 1720. Io. Seldeni D. ad Fletam in Hofm. hist. iur. Tom. I. Conr. Sinceri (Kulpis) de germanic. leg. veter. ac roman. iur. in republ. noſtra origine auctoritateque praeſenti Diſſ. Lipſ. 1682. 12. c. not. Thomasii, Hal. 1713. 4. Henr. Conring de orig. iur. germ. Helmſt. 1720. 4. Ch. Gottl. Riccii Spicil. de vsu pract. iur. Iuſtin. in aul. Germ. Princ. ac perſ. illuſtr. iam inde a ſec. IX. repet. Norimb. 1737. 4. de Senckenberg de recept. iur. rom. in Ital. et Germ. in Meth. iur. Digreſſ. 3. p. 95. ſeq. Silberad in not. ad Heinecc. Hiſt. iur. Lib. 2.

Carl dem 4ten, eben so gut gelten, als Carls des 5ten Halsgerichtsordnung noch jetzt gilt, oder als die goldene Bulle unter Maximilian I. galt, weil sie von Carl dem 4ten, als seinem Vorfahren am Reiche herrührte; denn so nennen z. B. Carl der 5te, Carl den Großen t), und Maximilian I, die Kaiser Justinian und Constantin den Großen u) ihre Vorfahren am Reiche.

Bey dieser Vorstellung, und nach solchen Voraussetzungen bedurfte denn das für das römische Reich, von den ehemaligen römischen Kaisern schon längst mit der Rechtskraft begabte römische Gesetzbuch, in Teutschland nicht erst einer besondern Aufnahme, sondern es war schon eben so gut durch sich selbst Gesetz, als unter Franz II. Niemand daran zweifelt, daß die von Carl dem 5ten, als seinem Vorfahren am Reiche, errichtete Halsgerichtsordnung noch jetzt die Kraft eines Gesetzes hat, ohne daß sie erst einer besondern Aufnahme noch bedarf.

Außerdem aber traten auch noch manche Verhältnisse ein, welche die Verbreitung des römischen Rechts auf teutschem Boden sehr erleichterten. 1) Die südlichen Bewohner Teutschlands hatten längst vorher schon, nicht wenige römische Rechtsbegriffe sich zu eigen gemacht; in ihren Gesetzen liegen vielfältige Spuren dieser Bekanntschaft, wodurch sie sich von den Gesetzen entfernterer teutscher Völker auszeichnen. Nicht weniger enthalten die Capitularien der fränkischen Könige viel römisches Recht, so wie die Formeln Markulfs und anderer. 2) Noch mehr verbreitete sich römisches Recht durch das kanonische. Dem Clerus von Teutschland war Kenntniß des letztern nothwendig; diese erwarb er sich auf den Akademien in Italien, und weil kanonisches Recht ohne römisches nicht verstanden werden konnte, so war ein neuer Beweggrund vorhanden, die Mode-

t) R. A. v. 1530. §. 42. In der neuen Samml. der Reichsabsch. Thl. 2. S. 312.

u) In der Satzung von Gotteslästerern vom Jahr 1495. In der neuen Samml. der R. A. Thl. 2. S. 28.

Modewissenschaft des römischen Rechts zu erlernen, der dadurch nur noch mehr verstärkt wurde, daß die Geistlichkeit durch die erworbenen Kenntnisse des lateinischen Rechts, die unwissenden Layen in einer um so größern Abhängigkeit erhalten konnte. 3) Die politische Verbindung Teutschlands mit Italien, die Vorliebe der teutschen Kaiser für das cultivirte Land, zogen eine Menge Teutsche dahin. Hier lernten sie römisches Recht, und wenn sie es auch in Teutschland nicht anders anwenden konnten, so brachten sie es doch in die Formeln der Urkunden. 4) Der Schwabenspiegel und das Kaiserrecht enthalten selbst viel römisches Recht, und verbreiteten durch ihr Ansehen dasselbe nur noch mehr. 5) Vorzüglich aber war es der akademische Gebrauch, durch welchen dieses fremde Recht nicht nur in Teutschland, sondern auch in den meisten europäischen Reichen sich ausbreitete. 6) Die Kaiser hinderten diesen Gang der Dinge gar nicht, sondern fanden vielmehr den Gebrauch dieses Rechts, ihren auf unbeschränkte Gewalt gerichteten Absichten vollkommen angemessen, und zogen deshalb die aus Italien kommenden Rechtsgelehrten in ihren Diensten überall vor. Endlich 7) trat zu dem allen noch hinzu, daß bey den mit dem Laufe der Zeiten verwickelter gewordenen bürgerlichen Verhältnissen das einfache, und zum Theil schwankende teutsche Recht wirklich nicht mehr hinreichend war, sondern einer merklichen Ergänzung bedurfte. Wo aber hätte man diese, bey der bisher beschriebenen Lage der Sachen, anders hernehmen sollen, als aus den aus Italien kommenden, so allbeliebten Rechtsbüchern?

Diesem allen nach beruht also die Rechtskraft des römischen Gesetzbuchs in Teutschland, ursprünglich theils auf historischen Vorurtheilen, theils auf mancherley ganz zufälligen Umständen und Verkettungen. Wer aber durch Erlangung dieser bessern Einsichten sich verleiten lassen wollte, die heutige Verbindlichkeit des römischen Rechts für Teutschland zu bezweifeln, der würde sehr irren. Unter den Augen der gesetzgebenden Gewalt unsers Staates ist dieses fremde Recht einmal auf teutschen Boden verpflanzt

worden; ja, was noch mehr, sogar in ausdrücklichen Verordnungen wird die Verbindlichkeit derselben anerkannt. So werden die höchsten Reichsgerichte bey Abfassung ihrer Rechtssprüche namentlich auf solches verwiesen x); so findet man gleich in der ersten Ordnung des Cammergerichts ganze Stellen aus demselben eingetragen, und unter andern auch die Satzung, daß die Hälfte der Beysitzer dieses Gerichts der Rechte gelehrt und gewürdigt seyn solle y) — Doctoren der Rechte, gewiß nicht der Teutschen, da teutsches Recht damals noch keine Wissenschaft war. So lange also die gesetzgebende Gewalt das einmal für verbindlich erkannte Recht in eben dieser rechtsverbindlichen Kraft läßt, so lange ist es der Privatpersonen Sache nicht, diese letztere in Zweifel zu ziehen.

Um eben die Zeit, als Justinians Gesetzbuch in Teutschland vorzüglich mit deswegen Eingang fand, weil man diesen Staat zum römischen Reiche, und Justinian zu den Vorfahren unserer Kaiser rechnete, hielt man überdieß den Kaiser für den Herrn der Welt, nur mit der einzigen wichtigen Einschränkung, daß man sich seit Heinrichs des 4ten Zeiten, eine von Gott verordnete zweyfache Gewalt, eine weltliche und eine geistliche vorstellte, deren jede einem sichtbaren Oberhaupte, jene dem Kaiser, diese dem Pabste anvertraut wäre, unter sich aber ein solches Verhältniß hätte, daß der geistlichen Gewalt noch vor der weltlichen, so wie der Seele vor dem Leibe, dem Geistlichen vor dem Zeitlichen, der Sonne vor dem Monde der Vorzug gebühre; daß also der Kaiser zwar der Herr der Welt sey, oder vielmehr das weltliche Haupt der Christenheit zum Schutze und Beystand der römischen und allgemeinen christlichen Kirche geordnet, aber daß eben deswegen der Pabst, oder das geistliche Oberhaupt der Kirche und der ganzen Christenheit

x) C. G. O. von 1495. Tit. 1. §. 4. C. C. G. O. Thl. 1. Tit. 71. R. A. v. 1654. §. 105. R. H. O. Tit. 1. §. 15. Tit. 7. §. 24.

y) C. G. O. v. 1495. Tit. 1. §. 1.

stenheit doch noch über den Kaiser gehe, daher denn auch die Kirche mit ihren Gütern von der kaiserlichen Gewalt ausgenommen sey. Gab es nun ein von dieser höchsten geistlichen Gewalt auctorisirtes Gesetzbuch, so bedurfte doch solches wohl nicht erst einer besondern Reception, sondern es war die natürlichste Folge der hierarchischen Verfassung Teutschlands, daß das päbstlich-kanonische Recht Eingang fand, und unverbrüchlich befolgt wurde. Die Kaiser waren dem auch gar nicht entgegen, sondern gaben vielmehr als Schutzherren der römischen Kirche gerne den andern christlichen Völkern ein Beyspiel, wie man das geistliche Oberhaupt der ganzen Christenheit in Ehren zu halten habe. Wenn daher unsere Gesetze der gemeinen Rechte gedenken, und die Richter darauf verweisen, wie man aus den in der Note x und y angeführten Stellen sieht, so bezeichnen sie damit das päbstlich-kanonische Recht eben so gut, als das römische Recht.

Schon unter den Carolingern war der Zustand der Teutschen so sehr geändert worden [z]), daß er sich in vieler Hinsicht mit der Anwendung des römischen Rechts wohl vertrug; jedoch konnte der Eingang desselben jetzt noch nicht besonders groß seyn, da man nur einzelne Bruchstücke davon besaß, und die eigentliche Quelle, das Corpus Iuris, sich verloren hatte. Erst, nachdem dieses wieder bekannt geworden war, im Anfange des zwölften Jahrhunderts erschien der Zeitpunkt, in welchem es sein Glück in Teutschland zu machen Gelegenheit hatte, und es in der Folge wirklich auch machte. Die von den ersten Kaisern aus dem sächsischen Hause, und von den Bischöffen nach und nach angelegten Städte hatten sich binnen einem Zeitraum von 150 Jahren, durch Betriebsamkeit, Kunstfleiß und Handlungsgeist so sehr gehoben, daß sich nun nothwendig bey den mannichfaltigen Geschäften und wachsenden öffentlichen Ver-

z) Hr. HGA Danz im Handbuche des teutsch Privatr. Thl. 1. S. 63. u. f.

hältnissen öfters Fälle ergeben mußten, deren Entscheidung nicht nach Herkommen und alter Gewohnheit geschehen konnte; mancher Begriff mußte jetzt entwickelt, manche Form näher bestimmt, und die Würkung eines oder des andern Geschäfts festgesetzt werden. Wie aber hätte man für alles das so bald Rath schaffen können, wenn man nicht seine Zuflucht zum römischen Rechte genommen hätte, das ohnedem schon vermöge eines günstigen Vorurtheils, als positives Universalrecht, als Gesetzbuch für das ganze Kaiserthum angesehen ward, und das man in allen Fällen, welche durch Rechtsgewohnheit und Landrecht nicht bestimmt waren, befolgen zu müssen glaubte? Man suchte nun bald in den Städten auch Doctoren des römischen Rechts in den Gerichten anzustellen, und so bekam die ganze sich in Teutschland bildende Rechtsgelehrsamkeit eine ziemlich römische Gestalt. Aber auch auf das platte Land, in die kaiserlichen, fürstlichen und gräflichen Landgerichte verbreitete sich das fremde Recht, und konnte auch da seine Anwendung finden, da in der Periode der Kreuzzüge, unter Einwirkung der Geistlichkeit, manche Veränderung der Nationalsitten und Begriffe vorgegangen war. Mit der ältern Verfassung des Heerbanns verlor sich auch allmälig das Familienband bey solchen Landbesitzern, die nicht durch das Lehnband dasselbe aufrecht zu erhalten gesucht hatten; und mit ihm verlor sich denn auch Familienrecht, Stammrecht, Gesammtrecht, folglich die alte germanische Geschlechtserbfolge; denn gerade das, was in einer roheren Verfassung, bey erst anfangender Cultur dazu dient, die Familienbande fest zusammen zu halten, hört auf, so bald das Volk einen Schritt weiter zu einer staatsbürgerlichen Existenz thut. Sobald daher in Teutschland öffentliche Handhaber der Ruhe und des Friedens für einzelne Gaue aufgestellt waren, zerfielen Familienvereine von sich selbst, und Familienrechte verschwanden da so viel eher, wo die Geistlichkeit es leichter fand, römische Rechtsbegriffe in Umlauf zu bringen. In andern Gegenden, wo der Landbesitz wegen physischer Beschaffenheit des Landes, oder um anderer Umstände willen weniger theilbar

bar war, konnten sich die alten Nationalbegriffe vom Stammrecht leichter erhalten. Wo dieses nicht der Fall war, fiel bey den meisten Allodialbesitzern, da sie an der Feudallehre nicht Theil nahmen, der Gedanke an Familienglanz und Stammserhaltung ganz weg, und jeder fieng an, die liegenden Gründe mit einem wahren Eigenthumsrechte zu besitzen, Verträge darüber einzugehen und zu testiren, selbige zu verschenken, zu verkaufen, unter seine Kinder gleich zu vertheilen, oder seine Ehegenossin in eine erbeigenthümliche Gemeinschaft seines Vermögens aufzunehmen. Die Begriffe von Theilbarkeit der Güter und weiblicher Erbfolge drangen so mächtig ein, daß selbst der hohe und niedere Adel eine Zeitlang sein Interesse vergaß, und Stammgüter sowohl als Länder und Territorien theilte; weswegen in der Folge Erbvereinigungen der Stammsvettern, Primogenitureinrichtungen, Gesammtbelehnungen und Töchterverzichte nöthig wurden. Die Städte selbst mußten ihre ältern ursprünglichen Rechtsgewohnheiten, so weit sie noch nicht waren verdrängt worden, und sich behauptet hatten, durch Statuten sichern. Daher entstand bald in jedem teutschen Reichslande ein solches Gemische von altteutschen und römischen Rechten, daß es den ungelehrten Schöffen um viel schwerer fallen mußte, Recht zu finden, als sonst. Allmälig wurde man mit den römischen Rechtsbegriffen vom Eigenthum, Hypothekenrechte, Brautschatz, Intestaterbfolge, Testamenten, Vormundschaft, Servituten, Präscription, Vorzug der Pfandgläubiger bekannter, und das römische Recht war durch den freywilligen Gebrauch, den Teutschland davon machte, gewissermaßen schon lange einheimisch geworden, ehe es in den Reichsgesetzen, den Gerichten als gemeines Hülfsrecht vorgeschrieben ward. Mit und neben dem römischen, hat Teutschland auch das kanonische, als gemeines Recht erhalten. Dem letztern hat man es vielleicht zu danken, daß viele ächt teutsche Rechtssätze sich bis auf unsere Zeiten gegen den allzugroßen, vor diesem herrschenden römischen Purismus, erhalten haben. So wie indessen alles in der Welt, Gebrauch

und Mißbrauch, seinen Grund hat, so hatte auch dieser ausschließliche Sinn unserer alten Rechtsgelehrten für römisches Recht, seinen Grund in der ungewissen Existenz der teutschen Rechtsgewohnheiten, und in ihre Tendenz zur Beschränkung der Besitz- und Eigenthumsrechte, welche Tendenz mit dem in Teutschland zunehmenden Verkehr, Geldumlauf und Creditbedürfniß sich nicht allzuwohl vertrug. Es gab daher, wie man mit Sicherheit annehmen kann, in einer jeden Provinz Teutschlands eine Periode, welche für Fortdauer oder Vernichtung eines alten teutschen Rechtssatzes entscheidend war, und daß letztere nicht erfolgte, haben die Rechtsgelehrten nicht sehr Ursache, sich zuzuschreiben, sondern die alten Väter im Volke haben es meist bewirkt. Auf ihren Betrieb wurden häufig Männer aufgestellt, die alten Observanzen und Gewohnheiten zu erforschen, aufzuzeichnen und zu untersuchen, und nicht selten ertheilte man einzelnen Landesdistrikten eigene Privilegien, oder Garantien über ihr solchergestalt ausgemitteltes altes Recht. Oft wurden auch die Landrechte nach dem, in einem gewissen Zeitraume, bey den Gerichten obgewalteten Systeme abgefaßt; folglich teutsches und römisches Recht durch einander gemischt.

Aber wie war es denn möglich, wird man fragen, daß das so künstlich geordnete fremde Recht, so schnell und allgemein in Teutschland bekannt werden konnte? Hierüber belehrt uns die Geschichte. — Die Kaiser aus dem Hohenstaufischen Hause achteten überhaupt Kenntnisse hoch, und Friedrich der 2te vorzüglich that viel für die Universität Bologna, wo das römische Recht nun schon öffentlich gelehrt ward. Eben dieses letztere war der Fall auf der Universität Paris. Zu den Hörsälen der auf diesen Hohenschulen lehrenden Rechtsgelehrten, drängten sich auch Teutsche haufenweise hinzu. Hier unterrichtet in den Grundsätzen der fremden Rechte, kehrten sie in ihr Vaterland zurück, und beurtheilten begreiflich alle ihnen vorkommenden Geschäfte nach der erlernten ausländischen Rechtsweisheit. In der Folge legte man auch in Teutschland Universi-

versitäten an, und stellte, indem man Bologna und Paris immer als Muster vor Augen hatte [a]), nicht nur Professoren der Theologie, Medicin und Philosophie, sondern auch des bürgerlichen und kanonischen Rechts auf. Teutsches Recht hier zu lehren, daran konnte man nicht wohl denken; römisches und päbstliches Recht vielmehr machten ausschließlich den Gegenstand des akademischen Unterrichts aus. Auf diese Weise vergrößerte sich denn nothwendig von Tag zu Tag die Bekanntschaft mit diesen fremden Rechten, und in gleichem Verhältniß stieg auch ihr Ansehen. Selbst hohe Standespersonen hielten es für die größte Ehre, mit den akademischen Würden bekleidet zu werden. Die Doctoren der Rechte gelangten zu den wichtigsten Staatsämtern; die Kanzler- und ersten Ministerstellen an dem kaiserlichen, wie auch den ständischen Höfen waren durch sie besetzt; selbst in die Gerichte schlichen sie sich nach und nach ein, verdrängten die alten Schöffen aus denselben, und mit diesen auch großen Theils das teutsche Recht und die teutschen Gewohnheiten.

So mußte alles zusammen wirken, damit fremdes Recht auf teutschem Boden recht festen Fuß fassen konnte. Eine ausdrückliche Annahme desselben ist zwar von Seiten der gesetzgebenden Gewalt nie erfolgt; allein mittelbar hat diese doch die Gerichte darauf verwiesen, und sein subsidiarischer Gebrauch beruht auf einer veralteten, unwidersprochenen, allgemeinen Gewohnheit der teutschen Gerichtshöfe. Ein gewisser Zeitpunct, wo das fremde Recht die Kraft eines gemeinen in Teutschland erhalten, läßt sich mit Bestimmtheit nicht angeben. Das funfzehente Jahrhundert ist überhaupt diejenige Periode, wo die einander entgegenstehende Vorliebe für das fremde und einheimische Recht in stetem Kampfe lag; der aber dennoch am Ende größtentheils zum Vortheile der Römischgesinnten aus-

a) So wurden z. B. Prag und Heidelberg ganz nach die Pariser, und Leipzig nach der Prager Universität eingerichtet.

fiel. So rückte gleich Kaiser Maximilian der 1ste, bey Errichtung des Cammergerichts in den Eyd der Mitglieder dieses höchsten Gerichtshofes die Verordnung ein: Sie alle sollen Unserer königlichen, oder kaiserlichen Majestät geloben, und zu den Heiligen schwören, Unserm königlichen oder kaiserlichen Cammergericht getreulich und mit Fleiß obzuseyn, und nach des Reichs gemeinen Rechten, auch nach redlichen, erbaren und leidlichen Ordnungen, Statuten und Gewohnheiten der Fürstenthum, Herrschaften und Gericht, die für sie gebracht werden, dem Hohen und dem Niedern nach seinem besten Verständniß gleich zu richten [b]). Eben dieses wollen mehrere folgende Reichsgesetze, die bereits S. 68 angeführt worden, und damit sind denn die fremden Rechte von der gesetzgebenden Gewalt in Teutschland, selbst feyerlich bestätigt, und mit dem Namen der gemeinen Rechte belegt worden; jedoch wie aus den Worten schon erhellet, nur als Hülfsrecht, die in Ermangelung der Land- und Stadtgesetze, wie auch rechtlich eingeführter und erwiesener Gewohnheiten, angezogen und befolgt werden sollen. Es war nämlich nie die Absicht der gesetzgebenden Gewalt, durch das fremde Recht das einheimische ganz von dem teutschen Boden zu verdrängen [c]). Schon hatte man auch von einzelnen Ständen, über Polizey- Criminal- wie auch Gegenstände des gerichtlichen Verfahrens, mehrere einzelne besondere Verordnungen [d]); allein dieser waren doch sehr wenige. Geschriebene vollständige Stadt- und Landrechte hingegen existirten fast noch gar nicht; die einzelnen Gewohnheitsrechte aber mußten in jedem vorkommenden Falle rechtsgenüglich erwiesen wer-

b) C. G. O. v. 1495. Tit. 1. §. 4.

c) Justus von Schmidt genannt Phiseldeck Juristische Miscellaneen, 1stes Heft, Schwerin 1795. Nr 1. Siehe auch Staatswissenschaftliche und juristische Litteratur, Junius 1795. S. 191. flg.

d) Geisler Sciagraph. iur. Germ. priuati, §. 27.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0142
DFG

werden [e]). Unter diesen Umständen mußte denn freylich der Gebrauch des fremden Hülfsrechts äußerst ausgebreitet seyn, bis endlich theils unter öffentlicher Auctorität, theils durch Privatunternehmungen mehrere Sammlungen teutscher Rechte veranstaltet wurden, die als die Hauptquellen des mittlern teutschen Privatrechts anzusehen sind. Viel war immer durch dergleichen Sammlungen gewonnen; allein sie waren denn doch noch sehr unvollständig, umfaßten bey weitem nicht alle Gegenstände des Privatrechts, wurden so gar in zweifelhaften Fällen, aus dem fremden Hülfsrechte interpretirt [f]), darneben lehrte man auf Universitäten blos römisches und kanonisches Recht, und that des teutschen nur ausnahmsweise, unter dem Namen des vsus hodiernus kärgliche Erwähnung. Was Wunder demnach, wenn man alles über römischen Leisten schlug, alles mit römischen Namen belegte, und selbst beybehaltene reine germanische Institute, mit der größten Gewaltthätigkeit nach ausländischen Rechtsbegriffen beurtheilte?

Auffallend rasch waren die Fortschritte des fremden Rechts auf teutschem Boden nach jeder Hinsicht; doppelt auffallend aber wird diese Erscheinung, wenn man den Widerwillen vieler, besonders des ganzen Adelstandes gegen dasselbe in Erwägung zieht. Es war zu Anfang des 15ten Jahrhunderts überall so weit gekommen, daß sich ein ehrlicher von Adel scheute, seine Rechtssachen in die Hände eines Doctors zu übergeben, und das Schicksal seines Streits von den Meistern der neuen Rechte zu erwarten. In einigen in den Jahren 1429. 1457. 1498. von mehrern vom Adel ausgestellten Compromissen kommen davon auffallende Beweise vor. Hier heißt es z. B. — Ghein Meister der Rechte soll dazu kommen, wente sie, wo neen Gebreke is, Gebreke söken und maken. Ferner heißt es — wenn es zu Strei-

e) von Mosers Erläut. der Reichshofr. Ord. Thl. 1. S. 298. de LVDOLF Obs. Tom. I. Obs. 96. Pag. 233. seq.

f) Westphals Privatrecht, Thl. 1. Nr. 1.

Streitigkeiten käme, und solche nach Besage der Bundbriefe, von einem Gemeinrichter mit gleichem Zusatze von jedem zweene auszutragen wäre, daß er den zween Layen, die nicht Doctores oder Juristen sind, dazu setzen wolle und solle, sie möchten dadurch leicht übersetzt werden. Auch wird gesagt: Es solle auch auf solchen Tagen der Rechtfertigung kein Doctor, oder Licentiat gebraucht werden [g]). Die unmittelbare Reichsritterschaft in Franken machte, nach Anweisung des Protocolls [h]) von 1553. wider die Reformation des Landgerichts zu Bamberg folgende Erinnerung: — Item in dem Art. 43. so die Urtheiler ein Urthel zu sprechen Zweifel haben, so sollen sie der Gelehrten Rath gebrauchen, auf der Partheyen Kosten: sagen die von Adel, daß sie und die ihre dadurch abermal wider Rechte und Billigkeit zu Kosten, und durch die Gelehrten von ihrer alten Landrechtsübung und Gebrauch gedrungen würden. Aus gleichem Tone hatte kurz vorher die bayerische Ritterschaft in den ihrem Landesherrn im Jahr 1499. übergebenen Beschwerungspuncten [i]) gesprochen, und sich folgender Worte bedient: in iudiciis intolerabilis error. Non enim eliguntur iudices more antiquo, sed multi iuris romani professores, pauci magistratus nobiles atque prouinciales, praecipue in superiore Bauaria vix vnus aut duo nobiles in praetorio eliguntur. Cum ius municipale seruandum sit, et antiquae consuetudines pro legibus habendae sint, fit, vt multa hic contraria fiant. Illi enim iuris professores nostrum morem ignorant; si sciant, illis nostris consuetudinibus nil quicquam tribuere volunt. So wurde auch einst der hochgelahrte Doctor Knorr, Herzog Wilhelms Vorsprach, aus dem Landgerichte zu Mühlhausen durch einmüthigen Schluß

g) WENCKER Appar. et instr. archiuor. Pag. 67. BOEHMER tr. de iurib. ex statu milit. Germ. pendent. in *Eius* Elect. iur. feud. Tom. I Pag. 165.

h) VERPOOTEN tr. de inuest. allod. Pag. 124.

i) SCHEIDT Biblioth. histor. Gotting. Tom. I. Pag. 281.

Schluß der adelichen Schöffen gewiesen [k]), und gleiches Schicksal mit ihm hatte einer seiner Collegen aus Kosnitz, welchen der Landamtmann auf folgende sehr nachdrückliche Weise begrüßte: Hört ihr, Doctor, wir Aidgenossen fragen nicht nach dem Bartele und Baldele und andern Doctoren; wir haben sonderbare Landgebräuche und Rechte. Naus mit euch Doctor, naus mit euch, und hab der gute Doctor müssen abtreten, und sie die Amzleuth sich einer Urthel verglichen, den Doctor eingefordert, und ein Urthel geben, wider den Bartele und Baldele und wider den Doctor von Constanz [l]). In den damaligen Zeiten kamen die Parömien auf: Juristen böse Christen; die Hölle ist mit Advokatenköpfen gespickt, u. a. m.; ja man warf so gar die Frage auf: ob Juristen in dem Staate zu dulden wären? Nach der gemeineren Lehre soll selbst Kaiser Friedrich III. ein großer Feind der fremden Rechte und der Rechtsgelehrten gewesen seyn; allein darüber bleiben denn doch noch manche Zweifel übrig, da es gewiß ist, daß zu seiner Zeit und mit seinem Wissen und Willen nicht nur mehrere Universitäten, als: Greifswalde, Ingolstadt, Tübingen, Maynz, angelegt worden, sondern daß er auch mehrere Doctoren der Rechte in Italien zu den höchsten Ehrenstellen befördert hat [m]). Zum Beweis jener Meynung zeigt man eine besondere Reformation vom Jahr 1441. von ihm vor, welche die Verbannung der fremden Rechte und ihre Lehrer zur Absicht gehabt haben soll [n]). In dem 5ten Artikel derselben heißt es: — alle Doctoren der Rechten, sie seynd geistlich

k) Mencken Script. rer. Germ. Tom. III. Pag. 196.

l) Burgemeister Bibliotheca equestris, Tom. I. Pag. 757. Mosers kl. Schriften zur Erläut. des Staats- und Völkerrechts, Thl. II. S. 304. Dreyers Nebenst. S. 155.

m) Eisenhart Orat. de Friderico III. Imperatore ab odio in Iureconsultos vindicato.

n) Goldast in den Reichssatzungen, Th. I. S. 167. Müllers Reichstagstheater unter Kaiser Friedrich dem 5ten, Thl. I. S. 57.

lich oder weltlich, im heiligen römischen Reiche teutscher Nation, sollen nach laut der fürgenommenen Reformation an keinem Gericht, bey keinen Rechten, auch in keines Fürsten, oder andern Räthen mehr gelitten, sondern ganz abgethan werden. Sie sollen auch fürbas hin vor Gericht, oder Recht nicht weiter reden, schreiben, oder Rath geben. Ueber die Aechtheit dieser so genannten Reformation denken die Gelehrten verschieden, indem einige dafür o), andere, als z. B. Silberadt p) dawider streiten. Wie es sich aber auch immer damit verhalten mag, so ist wenigstens so viel gewiß, daß das Ganze höchstens ein bloßes Project gewesen, und völlig unerledigt wieder bey Seite gelegt worden.

Alles Entstrebens daher ungeachtet sahe man schon zu Carls des 4ten Zeiten, das fremde Recht als ein allgemeines geschriebenes kaiserliches Recht an, erkannte das in den Reichsgesetzen, und folgte sogar bey Abfassung derselben den Grundsätzen dieses fremden Rechts q); und vollends gegen das Ende des 15ten Jahrhunderts war es gar keinem Zweifel mehr unterworfen, daß das römische und kanonische Recht als ein gemeines Hülfsrecht in Teutschland befolgt werden müsse. Wer kann es daher einem Peter von Andlo verdenken r), wenn er in dem Uebermaaße seines Verdrusses über die noch von vielen geachteten ungewissen Gewohnheitsrechte in folgende Klagen ausbricht: — nunc equestre indoctumque consilium, pacis raro amicum, senatus Principum regit, doctissimorum autem virorum

o) Geisler Sciagr. iur. germ. priuati, §. 39. de Senckenberg in append. III. meth. iurispr. §. 55. Pag. 142. Brvnqvell hist. iur. Pag. 396.

p) Silberadt ad Heinecc. hist. iur. Pag. 1042. et in Vindiciis hist. iurid. iur. rom. etc. Arg. 1748. c. 2. Pag. 14.

q) v. Selchow Rechtsgeschichte, § 318. S. 345. der Ausg. v. 1790.

r) Herr GJR. Pütter in der Litteratur des teutschen Staatsrechts, Thl. 1. S. 87.

rum sententia reipublicae salutaris? si quando limen concionis ingreditur, aut omnino contemnitur, aut stolida irridetur. Quid dicam de legum aequissimarum iurisque scripti obseruatione, quae fere nulla est, sed iure incerto viuitur et in multitudine illiterata, quod vnicuique sui arbitrii discretione visum est, id in iudiciis vim legum obtinere volunt. Neque vlla maior mihi abusio esse videtur, quam exteras nationes sacratissimas leges colere, nosque qui nostris in laribus legum conditorem fouemus, illas minus curare, et per eos, qui rus colunt, ius in prouinciis dictari, qui ob ignauiam a iuris notitia legibus excusantur.

Nachdem ich über die Geschichte der Reception des römischen Rechts in Teutschland, wodurch es ein gemeines Recht geworden, das Nöthigste gesagt habe, so muß ich auch von der Gültigkeit des kanonischen Rechts als einem gemeinen Rechte das Nöthigste bemerken [s]). Der Ausdruck kanonisches Recht wird im allgemeinen und im besondern Verstande gebraucht, und in der erstern Bedeutung versteht man darunter die ganze Anzahl der Gesetze und Verordnungen über die Verfassung und die rechtlichen Verhältnisse der christlichen Kirche, die seit Entstehung der-

s) Herr GJR. Pütter in der Litteratur des teutsch. Staatsr. Thl. 1. S. 45. flg. Derselbe in den Beyträgen zum teutschen Staats- und Fürstenrecht, Thl. 2. Nr. 25. S. 53. C. F. Hommel D. de aduentu iuris canonici in Germaniam, Lipsi. 1773. A. L. Schott Pr. de auctor. iur. can. inter Euangel. recepti, eiusque vsu apte moderando, Erl. 1781. I. H. Boehmer D. de praxi iur. canon. in terris Protestant. Hal. 1712. Idem D. de media via in studio et applicatione iur. canon. inter Protest. tenenda, in Exercit. ad Dig. Tom. I. Pag. 344. F. A. Riegger D. de recept. corp. iur. can. in Germ. in *Eius* Opusc. ad histor. et iurisprud. praecipue ecclesiast. pertinent. Frib. 1773. Pag. 197. seq.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0147
DFG

derselben bis auf unsere Zeiten bey den verschiednen Veränderungen der Umstände gegolten haben, weil eine jede kirchliche Verordnung ehedem Canon genennt wurde. Im engern Verstande heißt kanonisches Recht die Anzahl der im Corpus iuris canonici enthaltenen Gesetze, und in dieser Bedeutung wird es hier genommen. Daß nun dieses Corpus iuris canonici, zugleich mit dem justinianeischen Gesetzbuche, in Teutschland als Gesetzbuch angenommen worden, habe ich bereits S. 68 bemerkt, und dieses beweist auch der Umstand, daß es in den teutschen Reichsgesetzen, z. B. in der R. H. R. O. Tit. 7. §. 24., in der C. G. O. Thl. 1. Tit. 71., im R. A. v. 1654. §. 105. theils ausdrücklich, theils stillschweigend als ein Hülfsrecht anerkannt worden. So einig die Rechtslehrer über die Richtigkeit dieses Satzes sind, so uneinig sind sie über die Frage: welche Verordnungen des kanonischen Rechts in Teutschland überhaupt und besonders unter den Protestanten eine verbindliche Kraft haben oder nicht? Einige von ihnen haben den Gebrauch desselben nur auf einige Materien einschränken wollen, und andere setzen gewisse Regeln darüber fest. Herr HR. Glück schreibt S. 372 des 1sten Theils seines Commentars: das kanonische Recht hat in so weit noch heutiges Tages in Teutschland eine unstreitige Gültigkeit, als die darin enthaltenen Vorschriften nicht von andern in Teutschland geltenden Gesetzen, welche diesem Rechte vorzuziehen, zuwider sind, und selbige überhaupt mit der heutigen Verfassung Teutschlands und dem Zustande der teutschen, insbesondere aber der protestantischen Kirche bestehen können. Daß nach dieser Regel das kanonische Recht gegenwärtig nicht mehr in allen den Dingen eben die Gültigkeit haben könne, die solches bey der Einführung desselben in Teutschland hatte, fällt in die Augen, da bekannt ist, wie sehr sich die Verhältnisse des Kaisers und der Reichsstände und unter diesen besonders der Protestanten gegen den Pabst geändert haben. Hieraus folgt die andere wichtige Regel: daß alle die im kanonischen Rechte enthaltenen Gesetze, unter den Protestanten gar nicht weiter anwend-

anwendbar sind, welche entweder den Grundsätzen der protestantischen Religion, oder der innern Verfassung dieser kirchlichen Gesellschaft ganz entgegen sind. Diese Beschaffenheit der Sache erfordert es, daß sich ein teutscher Rechtsgelehrter die richtigste Kenntniß zu erwerben suche, von dem heutigen Zustande sowohl der katholischen als evangelischen Religionsgrundsätze und Kirchenverfassung, und überall die Verordnungen des kanonischen Rechts aus ihren rechten Quellen kennen lerne, damit bey der so großen Verschiedenheit unserer Zeiten von denen, wo diese Gesetze abgefaßt wurden, kein ganz unrichtiger Gebrauch davon gemacht werde t). Selbst unter den Katholiken hat das kanonische Recht viel von seiner Gültigkeit verloren, und kann daher nicht anders als mit großer Behutsamkeit unter ihnen gebraucht werden, indem nicht nur das Tridentinische Concilium und andere neuere bey ihnen geltende Gesetze beträchtliche Abänderungen desselben enthalten, sondern auch das ganze im Tone einer allgemeinen und obersten geistlichen Macht (S. 68) von den Päbsten abgefaßte kanonische Gesetzbuch durchaus nicht mit dem heutiges Tages herrschenden Episcopalsystem bestehen kann; nicht zu gedenken, daß die heutige Staatsverfassung in Teutschland nach dem Westphälischen Frieden, und den reichsverfassungsmäßigen Gränzen zwischen der geistlichen und weltlichen Gerichtsbarkeit, viele Verordnungen des kanonischen Rechts ganz unanwendbar machet. So ist es z. B. ein Grundsatz des päbstlichen Rechts, daß der Eyd für die geistliche Gerichtsbarkeit gehöre u), und nur die Päbste allein glaubten, als Christi Statthalter berechtigt zu seyn, von der Verbindlichkeit der Eyde

t) de Berger Pr. de genuino iur. can. vsu, seu de summa circumspectione et cautione in legendo iure canonico eiusque interpretibus doctori Protestantium adhibenda, Viteb. 1706. et in *Eius* Philocal. fori, Pag. 173. Glück Praecogn. iur. eccles. Pag. 82. seq.

u) c. 34. X. de elect. c. 8. X. de arbitr. c. 13. X. de iud. c. f. de foro comp. in 6to.

Eyde loszusprechen, und überhaupt über die Gültigkeit oder Ungültigkeit derselben zu urtheilen. Wer wollte dieses heut zu Tage behaupten x)? Daß übrigens durch das kanonische Recht, in mehrern Verordnungen des römischen Rechts, wichtige Veränderungen gemacht worden, ist nicht zu leugnen; hier darf man sich aber nicht übereilen, und gleich eine jede päbstliche Verordnung, welche mit den Grundsätzen des römischen Rechts nicht übereinstimmt, für eine Abänderung des letztern halten, weil die Päbste bisweilen blos eine locale Gewohnheit bestätigt, oder als den Grund ihrer Entscheidung angenommen haben, wovon im c. 10. und 13. X. de test. ein Beyspiel vorkommt y). Unläugbar ist es ferner, daß verschiedne Irrthümer der Glossatoren, in die Decretalen aufgenommen worden sind z).

Was nun die Frage betrifft: ob das römische oder kanonische Recht den Vorzug habe, wenn unter einzelnen Gesetzen dieser beyden Rechte ein Widerspruch vorhanden ist, so findet man darüber in den Schriften der Rechtsgelehrten verschiedne Meynungen. Die mehresten unter ihnen behaupten, das kanonische Recht gehe in dergleichen Fällen vor a). Andere sind der Meynung: in den weltlichen Gerichten müsse das justinianeische, und in den geistlichen

x) Malblanc de iureiur. Lib. 5. cap. 2. §. 123. Eibels Einleit. in das kathol. Kirchenr. 4ter Thl. 2ter Band, §. 394. not. 1. S. 128.

y) Hedderich Diss. iur. eccles. germ. Vol. I. Bonnae 1783. 4. Pag. 69. Glück Opusc. Fasc. I. Pag. 145.

z) Walch ad Eckart. herm. iur. Lib. 1. c. 8. §. 339. seq.

a) Hildebrandt de praeualentia iuris canon. prae civili in foro, Alt. 1697. Pagenstecher D. de praestantia iuris canonici prae ciuili. Floercke Pr. de praerogatiua iur. canon. prae iure iustin. in vtriusque iur. different. Ien. 1722. Boehmer Ius eccles. Tom. I. Pag. 135. seq.

lichen das kanonische Recht vorgehen [b]). Wieder andere halten dafür, es müsse bey der Bestimmung des Vorzugs dieser beyden Rechte auf die einzelnen Materien Rücksicht genommen werden; denn in Kirchensachen, Gewissenssachen, Ehesachen, Eydesangelegenheiten, und im Proceß gehe das kanonische Recht vor, in allen andern Fällen aber das römische, wenn unter Gesetzen dieser beyden Rechte ein Widerspruch vorhanden sey [c]). Große Rechtslehrer wollen diese Frage auf folgende Weise entscheiden [d]), und sagen: 1) wenn in den Gesetzen des einen Rechts etwas ganz deutlich bestimmt ist, worüber das andere Recht nichts Bestimmtes enthält, so geht jenes Recht vor; 2) in Gewissenssachen, geistlichen Sachen und so oft es darauf ankommt, etwas Böses zu vermeiden, welches z. B. bey dem guten oder bösen Glauben in der Verjährung der Fall sey [e]), gehe das kanonische Recht der Regel nach vor; 3) in Angelegenheiten, welche vor die geistliche Gerichtsbarkeit gehören, habe das kanonische Recht den Vorzug, in solchen aber, die der weltliche Richter zu besorgen habe, gehe es nach dem römischen Rechte; 4) wo aus besondern Gründen das kanonische Recht durch den Gerichtsgebrauch angenommen worden, z. B. im bürgerlichen Proceß, da gehe dieses Recht dem römischen vor. Der verstorbene Hr. v. Quistorp [f])

b) Art. Dvck de auct. iur. ciu. Lib. I. c. 7. §. 11. Eyben D. de auctor. iur. canon. §. 18. Stravch D. de vsu et auctor. iur. can. §. 39.

c) Strvv Synt. iur. ciuil. Exerc. 2. thes. 39. Lynck ad Decret. Disc. prael. c. 2. §. 9. Pag. 33. Hellfeld Iurispr. forens. §. 81.

d) Lavterbach ad Pand. Prol. §. 9. n. 15. seq. Hofacker Princ. iur. ciuil. Tom. I. Pag. 45. Rittershvs. in Differ. iur. ciuil. et canon. Arg. 1668. 4. Pag. 9. Heddenich Elem. iur. canon. Bonnae 1778. 8. Part. I. §. 183. Pag. 127. seq.

e) cap. fin. X. de praescr.

f) Herr von Quistorp in den Beytr. 4tes Stück, Nr. 8. S. 124.

war der Meynung, in Fällen, da sich das römische und kanonische Recht widerspreche, müsse am meisten auf den hinlänglich gegründeten Gerichtsgebrauch gesehen, und hiernach dem römischen oder kanonischen Rechte der Vorzug gegeben werden[g], weil der Gerichtsgebrauch dem kanonischen Rechte in sehr vielen Fällen das römische vorziehe, wenn gleich das kanonische in andern Fällen den Vorzug behaupte. Bey diesen verschiednen Meynungen, schreibt Herr HR. Glück S. 396. des 1sten Theils seines Commentars, bin ich dennoch überzeugt, daß das kanonische Recht der Regel nach den Vorzug vor dem römischen habe, es müßte denn durch den hinlänglich gegründeten Gerichtsgebrauch etwas anders eingeführt worden seyn[g]); denn 1) hat man in den ältesten Zeiten bereits die Meynung gehabt, daß das kanonische Recht den teutschen Sitten und Verfassungen angemessener sey, auch viel billigere Verordnungen enthalte, als das römische; und daß das kanonische Recht mehrere Beyspiele altteutscher Gesetze und Rechtsgewohnheiten enthalte, ist von einigen Rechtsgelehrten[h]) ausführlich gezeigt worden. 2) Gründet sich diese Behauptung auf die historische Wahrheit, von dem Ansehen des Pabsts in den ältern Zeiten, wie S. 68 gezeigt worden. Man hat daher nicht Ursache sich zu wundern, daß Kaiser Friedrich der 2te in einer zu Maynz publicirten Reichssatzung vom Jahr 1235. die Befolgung des geistlichen Rechts allen Gerichten dergestalt einschärfte, daß derjenige für ungläubig gehalten werden sollte, welcher dawider wäre[i]). Wenn gleich 3) so viel gewiß ist, daß das Ansehen des kanonischen Rechts vor dem römischen, sich auf irrige Meynungen des mitlern Zeitalters gründet, so darf dennoch jetzt hierin nichts geän-

g) Endres Diss. cit. § 14. Io. Th. Ad. Kind Diss. de fontib. iur. iudiciarii ciuilis quod per German. obtinet, Lipſ. 1785. §. 14. Eichmann im Comment. Thl. 1. S. 358.

h) Heinecc. Elem. iur. germ. Lib. III. §. 254. not. *) Hommel Rhapſ. Obſ. 649. 650.

i) de Seckend. Corp. Receſſ. Part. I. Pag. 24.

geändert werden, da es bey der heutigen Gültigkeit der in Teutschland recipirten fremden Rechte als Wahrheit gilt, daß nicht immer mit der Ursache auch ihre Würkung aufhöre, sondern selbst Irrthümer, die von der gesetzgebenden Gewalt und dem Ansehen der Gerichtsstühle unterstützt werden, ihre Folgen behalten können [k]).

Ob nun gleich das kanonische Recht in mehrern Fällen den Vorzug vor dem römischen hat, so hat diese Regel gleichwohl mehrere Ausnahmen, und zwar in allen den Fällen, wo das römische Recht nach einem gegründeten Gerichtsgebrauche den Vorzug hat. Eine solche Ausnahme ist es, daß die im kanonischen Rechte, z. B. dem c. 10. X. de testam. vorgeschriebene Art vor dem Pfarrer und zwey Zeugen ein Testament errichten zu können, heutiges Tages so gar in wenig katholischen Gerichten befolgt, sondern vielmehr die Vorschrift des römischen Rechts beobachtet wird [l]). So wird ferner bey Schenkungen keine ausdehnende Erklärung, nach dem c. 6. X. de donat., sondern vielmehr eine einschränkende, in den Gerichten angenommen, weil dieses im römischen Rechte vorgeschrieben ist [m]). Nach dem c. 6. X. de immun. eccles., und einer Verordnung Gregors des 10ten vom Jahr 1591. sollen alle Verbrecher, in den Kirchen und Klöstern das ius asyli genießen; das römische Recht begünstigt hingegen blos das Verbrechen der unrechtmäßigen Gewalt auf diese Art, wie die 17te Novelle, Cap. 7. beweißt. Diese der Wohlfahrt des Staats sehr

k) Der Herr GJR. Pütter in der Abh. wie die Rechtskraft der in Teutschland üblichen fremden Gesetzbücher zwar im Grunde auf irrigen Meynungen beruhe, aber doch noch fest bestehe, in seinen Beyträgen zum teutschen Staats- und Fürstenrechte, Thl. 2 Nr. 76. S. 56. fl.

l) I. H. Boehmer Ius eccles. Tom. II. Lib. 3. tit. 26. §. 4. seq. a Riegger Institut. iurispr. eccles. Part. III. §. 394.

m) L. 25. pr. D. de probat. L. 34. D. de R. I. Mevius Part. II. Dec. 18. n. 4 Part. 4. Dec. 318. n. 3. Part. 8. Dec. 194. n. 2. Leyser Spec. 433. med. 1.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701684888/phys_0153 DFG

nachtheilige Verordnung des päbstlichen Rechts wird in den Gerichten nicht befolgt n). Der durch Frauenspersonen geführte Beweis, soll nach Can. 17. und 19. C. 33. qu. 5. und dem c. 10. X. de verb. sign., wo als die Ursache angegeben wird, nam varium et mutabile testimonium semper foemina producit, keinen Glauben verdienen, und man könne sie nur alsdenn vernehmen, wenn sie entweder an dem Verbrechen eines Geistlichen Antheil haben, oder es darauf ankomme, eine vorgebliche Irregularität dieses oder jenes Geistlichen zu beweisen o). Der Gerichtsgebrauch befolgt die Verordnung des römischen Rechts, welches z. B. in der L. 18. D. de test. die Frauenspersonen für gültige Zeugen erklärt, es müßte den von letzten Willensverordnungen oder andern Geschäften die Rede seyn, wo Zeugen der Feyerlichkeit wegen zugegen seyn müssen p). Mehrere Beyspiele, wo das römische Recht den Vorzug vor dem kanonischen, durch einen Gerichtsgebrauch erlangt hat, sind vom Herrn von Quistorp q) gesammelt worden.

Der Meynung, welche der verstorbene Herr GRR. Hellfeld nebst andern behauptet: daß dem römischen Rechte der Regel nach der Vorzug vor dem kanonischen beygelegt werden müsse, und dieses nur in Kirchen- Ehe- Eydes- Gewissens- und Proceßsachen vorgehe, stehen folgende Gründe entgegen. Daß in Ehesachen, das kanonische Recht nicht überall den Vorzug vor dem römischen Rechte habe, läßt

n) Hedderich D. de vero ac genuino statu hodierno asyli, in Diss. iur. eccles. germ. Vol. I. Diss. 15. Pag. 360.

o) c. 3. et 33. X. de test. et attest.

p) Boehmer Ius eccles. Lib. 2. tit. 20. §. 17. de Cramer Obseru. Tom. III. Obs. 894. Carpzov Prax. rer. crim. Qu. 114. n. 39.

q) Herrn von Quistorps Abh. über die Trüglichkeit des Satzes: daß das kanonische Recht vor dem justinianeischen unter allen Umständen in den protestantischen Gerichten den Vorzug habe, in einigen auffallenden Beyspielen gezeigt, in seinen Beytr. 4tes Stück, Nr. 8.

läßt sich wenigstens von den Protestanten nicht behaupten; denn diese befolgen bey den Eheverboten wegen der Blutsfreundschaft, nicht das kanonische, sondern das mosaische und römische Recht. So wird auch bey den Protestanten, der Vergleich wider die Ehe, unter gewissen Einschränkungen zugelassen, da dieses nach katholischen Grundsätzen deswegen nicht angeht, weil die Ehe für ein Sakrament gehalten wird, wie das c. fin. X. de transact. beweist. Da aber die Protestanten diesen Lehrsatz für falsch halten, so können auch Folgen desselben keine Würkung zeigen, und daher muß es nach dem römischen Rechte gehen, nach welchem es erlaubt ist, über jede zweifelhafte Sache einen Vergleich zu schließen, es müßte denn eine unbestrittene Ausnahme vorhanden seyn [r]); jedoch wird um guter Ordnung willen erfordert, daß der geistliche Richter diesen Vergleich bestätigt [s]). Auch der Satz, daß das kanonische Recht in der Lehre vom Eyde dem römischen vorgehe, ist von mehrern Rechtslehrern [t]) so augenscheinlich widerlegt worden, daß man die Behauptung der Gegner wohl kaum für richtig halten kann; weil unter den Protestanten ganz andere Religionsbegriffe über diese Materie als richtig angenommen worden. Daß auch bey dem Proceß das kanonische Recht allemal eher angewendet werden müsse, als das römische, ist ebenfalls der Wahrheit zuwider, wie die Grundsätze von der Gültigkeit des Zeugenbeweises durch Frauenspersonen lehren, wovon bereits S. 86 etwas gesagt

r) L. 11. C. de transact. Voet ad Dig. Lib. 2. tit. 15. n. 10. Ludovici Consist. Proceß, Cap. 15. §. 3. 4. Hr. v. Quistorp a. a. O. S. 145.

s) Leyser Spec. 47. med. 5. Boehmer Ius Prot. Lib. I. tit. 36. §. 4.

t) Thomas. Instit. iurispr. diuin. Lib. 2. c. 9. §. 14. seq. Ayrer D. de abusu iuramentor. §. 33. Malblanc doct. de iureiurando, Lib. 5. Pag. 499. Christ. Fr. Schorcht von der Ungültigkeit des Eydes bey ungültigen Verträgen, Jena 1786. 4. Herr Prof. Weber von Verbindl. S. 581. der 2ten Ausg.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701684888/phys_0155 DFG

worden. Ueberhaupt genommen ist so gar die Bestimmung dieser Frage sehr undeutlich, wie sie von den Gegnern festgesetzt wird; denn was sind z. B. Gewissenssachen, Kirchensachen? Wem ist es unbekannt, wie weit umfassend und übertrieben das päbstliche Recht sich hierüber erklärt, daher es sehr leicht geht, unter irgend einem Grunde, aus weltlichen Angelegenheiten geistliche zu machen, um die Grenzen der geistlichen Gerichtsbarkeit recht auszudehnen u). Es bahnt daher die Regel, deren Ungrund gezeigt worden, den Weg zu Irrthümern, und es können die Fälle, wo das kanonische Recht dem römischen vorgeht, gar nicht mit Sicherheit darnach bestimmt werden. Man darf über dieses auch nur daran denken, daß in der Lehre von der Legitimation unehelicher Kinder, den Verträgen, der Emphyteusis, der Verjährung, dem Abzuge des Trebellianischen Vierteils bey fidecommissarischen Erbschaften, der Verbindlichkeit der Erben zur Erstattung des durch ein Verbrechen des Verstorbenen angerichteten Schadens, und in andern Fällen, das kanonische Recht und nicht das römische zur Richtschnur genommen werden muß.

Mit der Frage: was Rechtens sey bey der Anwendung des römischen und kanonischen Rechts, im Fall eines Widerspruchs unter den einzelnen Verordnungen dieser beyden Gesetzbücher, ist zugleich folgende auf das genaueste verbunden: welche Gesetze gehen vor, wenn in eben demselben Gesetzbuche zwey oder mehr Gesetze, einander widersprechen? Was für Grundsätze bey dem kanonischen Rechte in diesem Falle befolgt werden, habe ich bereits im 1sten Bande dieses Commentars S. 428 gezeigt; und ich wende mich daher zur Beantwortung dieser Frage in Rücksicht auf das römische Recht. Auch hier ist vor allen Dingen darauf zu sehen: ob der Widerspruch unter den Gesetzen

u) Herr HR. Schnauberts kurze Entwickel. des Begriffs von geistlichen Sachen überhaupt, in seinen Beyträgen zum teutschen Staats- und Kirchenr. 1. Thl. Nr. 2. G. L. Boehmer Princ. iur. can. §. 244. S. 177. der 6. Ausg.

Gesetzen verschiedner Theile des Corpus iuris ciuilis, oder in einem und eben demselben Theile vorhanden ist, z. B. ob eine Verordnung des Codex und der Pandekten sich widerspricht, oder ob diese widersprechenden Gesetze blos im Codex, oder in den Pandekten vorkommen.

Streiten die Verordnungen verschiedner Theile des Corpus iuris ciuilis mit einander, so geht das neuere Gesetz dem ältern vor; denn dieses bringt die Natur der Sache mit sich, und für das neuere Gesetz kann kein anderes gehalten werden, als dasjenige, welches in der spätern Gesetzsammlung steht. Es haben daher alle Verordnungen, die in den Novellen des Justinians vorkommen, den Vorzug vor den Verordnungen, sie mögen im Codex, oder in den Pandekten, oder in den Institutionen stehen. Daß hierunter aber nur die glossirten Novellen verstanden werden müssen, haben wir bereits S. 53 gesehen, und es ist durch Beyspiele erläutert worden. Diesem eben vorgetragenen Grundsatze gemäß, gelten nur die Verordnungen im Codex, wenn sie eine andere Bestimmung enthalten, als in einem Gesetz der Pandekten oder der Institutionen angetroffen wird. Es kann zwar nicht geläugnet werden, daß die mehresten Verordnungen des Codex der Publication nach älter sind, als die Gesetze in den Pandekten und den Institutionen, weil das Datum der mehresten kaiserlichen Constitutionen des Codex, wie aus der Unterschrift sogleich erhellet, älter ist, als der Tag der Publikation der Pandekten und Institutionen, die, wie bekannt, erst im Jahr 533. n. Ch. G. als Gesetzbücher publicirt worden. Dieser Umstand hat einige Rechtslehrer x) verleitet, zu behaupten, der Codex habe nur in so fern den Vorzug vor den Pandekten und Institutionen, als gezeigt werden könne, daß diese oder jene einzelne Constitution wirklich neuer sey, das heißt, erst nach der Zeit abgefaßt worden sey, da die Pan-

x) GALVAN. de vsufructu, Patau. 1650. fol. Geneu. 1676. Tubing. 1788. 4. cap. 31. n 9. Pag. 398. edit. nou.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701684888/phys_0157 DFG

dekten und Institutionen schon gesetzliche Kraft hatten. Wer weiß es aber nicht, daß die gesetzliche Kraft der Institutionen und Pandekten erst von der Zeit an existirt, da sie promulgirt worden, dieses aber vom Justinian im Jahr 533. geschehen ist, worauf sodann im Jahr 534. die Promulgation des Codex repetitae praelectionis erfolgte y).

Stimmen die Gesetze der Pandekten und Institutionen in einer Materie nicht mit einander überein, so gehen die Pandekten, weil sie die Quelle sind, den Institutionen vor, wenn solche dunkel sind, oder gar unrichtig aus den Pandekten excerpirt worden; wenn aber die Institutionen eine offenbare Abänderung oder authentische Interpretation, von einer in den Pandekten vorkommenden Verordnung enthalten, so muß man den Institutionen den Vorzug vor den Pandekten zugestehen, weil jene als eine neuere Gesetzsammlung betrachtet werden müssen z). Als Beyspiel, daß die Institutionen bisweilen einen unrichtigen Auszug aus den Pandekten enthalten, kann der §. 25. Inst. de rer. diuis. angeführt werden. Nach der L. 7. §. 7. D. de adquir. rer. dom. ist das Ausdreschen des Getreides keine Specification. Der §. 25. Inst. de rer. diuis. ist der Auszug aus diesem Gesetz. Weil nun die Verfasser der Institutionen die letzten Worte des Gesetzes nicht in Erwägung gezogen, so rechnen sie das Ausdreschen irrig unter die Specification, folglich muß man die Pandekten vorziehen. So wird man ferner z. B. im §. 39. Inst. de rer. diuis. wegen des Schatzfindens eine ganz absichtliche Abänderung der

y) Walch Introd. in controu. iur. Proleg. cap. I. §. 3. Pag. 7. edit. nouiss. Giphan. tr. quaest. an codex abroget pandectis, in Franc. Grat. de Garzatoribvs Libr. II. de concil. leg. Frf. 1618. Brvnqvell hist. iur. Pag. 263.

z) Hub. Brever Disquis. hist. iurid. qua vera Instit. iur. rom. textus auctoritas contra erroneam quorundam opinionem vindicatur, Bonnae 1784. §. 11. 12. Hartleben Med. ad Pand. Vol. I. Part. 1. Spec. 6. med. 3. Pag. 94. Walch l. c. Pag. 7. Höpfners Comment. über die Instit. S. 32. der 5ten Ausg.

der L. 3. §. 10. D. de iure fiſci entdecken, und daher müſſen die Inſtitutionen vorgehen [a]), wie bereits Cujaz, a Coſta, Marcilius, Bachov, Ev. Otto gezeigt haben, obgleich einige Rechtslehrer [b]) dieſe beyden Stellen vereinigen wollen. Vermöge der L. 23. §. 3. D. de rei vind. gehört das Gemälde, wenn ich auf einer fremden Tafel etwas mahle, dem Eigenthümer der Tafel. Juſtinian hat aber §. 34. Inſt. de rer. diuiſ. dieſes abgeändert, und dem Maler das Eigenthum der Tafel zugeſprochen, und deswegen haben die Inſtitutionen den Vorzug [c]). Die L. 34. §. 2. D. de legat. I. iſt nach dem §. 6. Inſt. de legat., und die L. 82. §. 2. 3. D. de legat. I. nach dem §. 9. Inſt. de legat. als einer authentiſchen Auslegung zu erklären [d]).

Findet ſich unter einzelnen Stellen aus einerley Theilen des Corpus iuris ciuilis ein Widerſpruch, ſo kommt es darauf an, ob Geſetze im Codex, oder in den Novellen einander widerſprechen. Hier gilt allemal die Regel: Lex poſterior derogat priori, das neuere Geſetz muß befolgt werden. Etwas anders iſt Rechtens, wenn ſich einzelne Geſetze aus den Inſtitutionen oder Pandekten widerſprechen; denn in dieſem Falle läßt ſich entweder das Zeitalter der ſich widerſprechenden Verordnungen beſtimmen, welches beſonders in den Inſtitutionen leicht iſt, weil faſt bey jeder Materie die Abwechſelungen der Verordnungen chronologiſch dargeſtellt worden, und hier gilt wieder die Regel: das neueſte Geſetz gilt; oder es kann die Zeit der Abfaſ-

a) Richter D. de iure theſ. a mercen. inuenti, Lipſ. 1773. cap. 1. §. 4. Pag. 12.

b) Galvan. de vſufr. cap. 30. Charond. in veriſ. c. 21. van de Water Obſeruat. Lib. 3. c. 3.

c) Müller ad Struv. Exerc. 1. theſ. 69. lit. ε. Silberad ad Heinecc. hiſt. iur. §. 399. lit. α. Pag. 547. Pagenstecher in benedict. collat. 6. Pag. 74. Müller ad Leyser Obſ. 9.

d) van de Water l. c. cap. 10.

Abfassung des Gesetzes nicht sicher heraus gebracht werden. Daß nun besonders in den Pandekten, viele so genannte Antinomien seyn sollen, behaupteten in den vorigen Zeiten alle Rechtslehrer. Als sichere Beweise darf man nur die L. 16. §. 3. und die L. 22. §. 5. D. de lib. caus. mit der L. 17. D. h. t.; ferner die L. 68. §. 3. D. de legat. I. mit der L. 65. §. 2. D. de legat. II. vergleichen [e]). Auch gehört die L. 15. D. de test. vrrglichen mit der L. 20. §. 5. D. qui test. fac. poss. hierher [f]). Der Grund dieser Widersprüche in den Pandekten liegt hauptsächlich darin, weil sie aus den Schriften sehr vieler römischen Rechtsgelehrten zusammen getragen worden, welche in ihren Grundsätzen und Behauptungen sehr von einander abgiengen, und diese Behauptungen haben die Verfasser der Pandekten nicht hinlänglich mit einander verglichen. Es ist daher auch eine vergebliche Arbeit, wenn man sich bemüht, wirkliche Widersprüche, die dadurch entstehen, daß einerley Rechtsfall, von gleichzeitigen Rechtsgelehrten auf eine ganz verschiedne Weise entschieden worden, zu vereinigen. In dergleichen Fällen ist es Pflicht, diejenige Meynung, welche mit der Rechtsanalogie und der Billigkeit am meisten übereinstimmt, als richtig anzuwenden, und wo dieses nicht geht, muß der Landesherr die Sache entscheiden [g]). Sehr oft wird aber eine blos scheinbare Antinomie für eine wirkliche gehalten. Dieses zu vermeiden, ist vor allen Dingen zu untersuchen, ob die sich zu widersprechen scheinenden Stellen eine richtige Leseart enthalten, welches schon vor jeder Auslegung des Gesetzes in Erwägung gezogen werden muß, wie wir im 1sten Theile dieses Commentars S. 233 gesehen haben. Als Beyspiel kann die L. 34. §. 4. D. de iureiur. welches Gesetz der L. 8. §. 5. D. qui satis cog. und der L. 7. §. 3. D. de obseq. parent.

e) Illustr. Püttmann in Probab. cap. 5. §. 12. et cap. 21. Rücker Interpr. Lib. 2. c. 4.

f) Glück in Opusc. fasc. 1. Pag. 143.

g) Hofacker Princ. iur. ciuil. Tom. I. Pag 33.

rent. et patron. praest. zu widersprechen scheint, angeführt werden. In den meisten Ausgaben enthält aber die L. 34. §. 4. D. de iureiur. eine falsche Lesart, weil es neque heißt, da es doch aeque heißen sollte [h]); denn nach dem Haloander und den Basiliken Tom. 3. Pag. 128 muß es heißen: hoc iusiurandum de calumnia *aeque* patrono *et* parentibus remittitur.

Kann gegen die Richtigkeit der Lesart in den einen Widerspruch enthaltenden Gesetzen, nichts Gegründetes eingewendet werden, so muß der Inhalt beyder Gesetze richtig erklärt und darnach bestimmt werden, wie die L. 41. D. de pigner. act. und die L. 22. D. de pignor. et hyp. beweisen [i]); und wie ferner durch die L. fin. D. de cond. caus.dat. caus. non sec., verglichen mit der L. 5. §. 1. D. de praesc. verb., gezeigt werden kann [k]). Wenn es nicht geleugnet werden kann, daß in beyden Gesetzstellen der nämliche Rechtsfall angeführt ist, so kommt es auf das Zeitalter des eine andere Behauptung habenden Rechtsgelehrten an, nach der Regel: ius tempore posterius, potius est iuri anteriori; da bereits von mehrern Rechtsgelehrten [l]) richtig behauptet worden, daß sich unter Rechtsgelehrten von verschiedenem Zeitalter kein wahrer Widerspruch denken lasse. Sehr deutlich sieht man dieses aus der L. 17. D. de duob. reis const. der L. 54. §. fin. und L. 124. D. de legat. I., wo die Meynung des Paulus in der L. 17. da er später gelebt hat, der Behauptung der andern beyden Rechtsgelehrten, dem Neratius und Pomponius vorgezogen werden muß [m]). Diese wichtige Sache dient zugleich zum Beweise, wie nöthig es sey, daß ein gelehrter Jurist mit der

h) Forster de iuris interpr. in Otton. Thes. Tom. II. Pag. 961.

i) Sammet in Opusc. Pag. 254.

k) v. Neck D. ad L. fin. D. de cond. caus. dat. cap. 2. in Oelrich thes. Tom. II. Vol. II. Pag. 394.

l) Heinecc. in Comment. ad Leg. Iul. et Pap. Popp. Lib. 3. c. 5. Pag. 401. Brenckmann de leg. inscr. §. 22.

m) Illustr. Püttmann in Probab. Lib. 2. c. 3. Pag. 25.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701684888/phys_0161 DFG

der Chronologie der römischen Rechtsgelehrten, als einem schweren Theile der Geschichte des römischen Rechts, hinlänglich bekannt seyn muß. Ein großer Vorzug ist es übrigens, daß Gothofredus in seinen Ausgaben der Pandekten, die widersprechenden Gesetze an jedem Orte angeführt hat.

Zum Beschluß der Materie von der Anwendung fremder Rechte, nämlich des römischen und kanonischen, im Verhältniß gegen einheimische Gesetze ist noch Folgendes zu bemerken:

1) daß jene überhaupt mehr in Ansehung des Sachenrechts, als des Personenrechts Eingang gewonnen haben. Dieses liegt in der Natur der Sache, weil die ganze römische Staatsverfassung, und alle übrigen besondern Einrichtungen der Römer auf teutschen Boden hätten verpflanzt werden müssen, wenn das römische Personenrecht nach seinem ganzen Umfange bey uns hätte angewendet werden können. Mit dem Sachenrechte hingegen verhält es sich ganz anders; denn dieses greift nicht so tief in die Verfassung und die eigenthümlichen Einrichtungen eines jeden einzelnen Staates ein, und es stehen daher auch seiner Aufnahme in fremden Ländern bey weitem nicht so viele Hindernisse und Schwierigkeiten im Wege.

2) Weiter lehrt uns die Erfahrung, daß das ursprüngliche teutsche Recht sich weit besser unter dem Adel und den Bauern, als unter dem Bürgerstande behauptet hat; außer wo die Erhaltung und Vermehrung eines blühenden Handels in den Städten die Veranlassung wurde, manchen Grundsätzen der fremden Rechte, mit welchen dieser nicht bestehen konnte, den Beyfall zu versagen. Auch dieß hat wieder seine guten Gründe. Der Adel wäre seinem Untergange unvermeidlich selbst entgegen gegangen, wenn er einen unbedingten Einfluß der römischen Gesetze auf seine rechtlichen Verhältnisse zugelassen hätte. Bey den Bauern machte schon die Natur der Verbindung, in der sie bey weitem zum größten Theile mit ihren Gutsherrn stehen, und das Wesen der Güter, die sie im Besitz haben,

eine

eine unbeschränkte Anwendung der fremden Rechte an sich unmöglich. Den Bürgern in den Städten hingegen mußte, da die teutschen Gesetze so unvollständig, und für die verwickelteren bürgerlichen Verhältnisse so ganz unzureichend waren, die Aufnahme der mehr ausgebildeten fremden Rechte, im Ganzen genommen, nicht nur nicht zuwider, sondern so gar erwünscht seyn n). — Dieses wird hinreichend seyn, die zeither erläuterte wichtige Frage: in welcher Ordnung die in Teutschland geltenden Gesetze, bey der Anwendung derselben auf einander folgen, richtig beurtheilen zu können. Daß endlich die Entscheidung nach verbindlichen Gewohnheiten, und zuletzt nach dem Naturrechte, welches unter Bürgern eines jeden Staats eben so gültig ist, als die positiven Gesetze, geschehen müsse, wenn in keinem positiven bürgerlichen Gesetze, etwas über das zur Beantwortung vor sich habende rechtliche Geschäft bestimmt worden, versteht sich von selbst, und bedarf keiner besondern Ausführung, da bereits im 1sten Theile dieses Commentars S. 135—207 und S. 336 u. f. davon gehandelt worden.

Lib. I. Tit. V.

de

Statu Hominum.

§. 111. 112.

Die zeither von mir erklärten drey Titel des ersten Buchs unserer Pandekten, beweisen es hinlänglich, daß sie solche Grundsätze enthalten, welche nicht zu den so genannten Rechts-

n) Herr HGA. Danz im Handbuch des teutschen Privatr. Thl. 1. S. 351.

Rechtsgegenständen (obiecta iuris) gehören (Thl. 1. S. 12), sondern daß vielmehr Wahrheiten darin vorkommen, welche die folgenden Rechtsgrundsätze in das gehörige Licht setzen. Mit dem gegenwärtigen fünften Titel geht aber das eigentliche Privatrecht an, wie es nach Ordnung der Pandekten vorgetragen werden kann. Die dazu gehörenden Grundsätze trugen die römischen Rechtsgelehrten in drey Hauptabtheilungen vor, deren jede sie einen Rechtsgegenstand (obiectum iuris) nannten; denn sie unterschieden 1) Personen, 2) Sachen, und 3) Klagen. Im §. 12. Inst. de iure nat. gent. et ciuil. heißt es: omne autem ius quo vtimur vel ad *personas* pertinet, vel ad *res*, vel ad *actiones*. Alle Rechte, welche ein Mensch haben kann, beziehen sich entweder auf seinen persönlichen Zustand, schreibt der GTR. Höpfner, oder auf äußerliche Dinge, die wir zur Nothdurft, zur Bequemlichkeit oder zum Vergnügen gebrauchen. Jene machen das ius personarum aus, diese das ius rerum. Man hat aber im Staate noch ein gewisses Mittel nöthig, wodurch man seine Ansprüche verfolgt und geltend macht, die Vorstellung unsers Rechts bey dem Richter; und dieses Mittel heißt Klage (actio); folglich giebt es drey Rechtsgegenstände. Daß sich diese Eintheilung allerdings rechtfertigen lasse, wenn sie richtig aus einander gesetzt und erklärt wird, hat Huber [a]) gezeigt. Andere Rechtslehrer halten diese Eintheilung für unrichtig, und wollen nur zwey Gegenstände des bürgerlichen Rechts annehmen, Personen und Sachen, weil Klagen zu jedem dieser Gegenstände gehören [b]). Mit dem Recht der Personen müsse deswegen angefangen werden, schreibt der Jurist Hermogenianus [c]), quia hominum causa omne ius constitutum est. Das erste, was bey der Erklärung

a) Hvber in Digress. Iustin. Lib. 4. c. 1. Pag. 255.
b) Nettelbladt Introd. in iurispr. posit. §. 324; Hr. RR. Eichmann a. a. O. Thl. 2. S. 176.
c) L. 2. D. h. t. et Finestres ad h. l. Tom. I. Pag. 217.

klärung des Rechts der Personen geschehen muß, besteht in der Auseinandersetzung der Begriffe von Person und Status, welche aber sehr viel Schwierigkeiten hat, und daher findet man mancherley Vorstellungsarten in den Schriften der Rechtsgelehrten.

Man sagt gewöhnlich, schreibt der Herr Camm. Ger. Ass. von Reinhardt[d]): der Status eines Menschen sey diejenige Qualität, von welcher Rechte und Verbindlichkeiten abhangen, und eine Person sey ein Mensch, der einen Statum hat. Wer diese Erklärungen nur einigermaßen mit einem philosophischen Auge betrachtet, der muß sogleich sehen, daß dadurch nichts erklärt ist; denn der Begriff einer Qualität, von welcher Rechte und Verbindlichkeiten abhangen, ist von so weitem Umfange, daß der Grund eines jeden Rechts, es sey, welches es wolle, darunter begriffen ist. Wenn ich Eigenthümer von einer Sache bin, so ist ja die Qualität, daß ich Eigenthümer bin, diejenige, von der alle meine Rechte an dieser Sache, z. B. die Sache zu nutzen und zu gebrauchen, sie zu besitzen, darüber zu disponiren, sie zu vindiciren, u. s. w. abhängen. Wenn ich mit Jemanden einen Vertrag oder Contract geschlossen habe, so hängen ja von dieser Qualität, daß ich Pacisceut oder Contrahent bin, alle Rechte und Verbindlichkeiten ab, die aus diesem Vertrage oder Contracte entstehen. Z. B. von der Qualität, daß ich Käufer bin, hängen alle die Rechte und Verbindlichkeiten ab, die aus dem Kaufcontracte entstehen. Hat einer dem andern unrechtmäßiger Weise Schaden zugefügt, so hängen von dieser Qualität, daß jener der Beleidiger, und dieser der Beleidigte ist, alle die Rechte und Verbindlichkeiten ab, welche die Ersetzung des Schadens, und was dem anhängig, betreffen. Wenn also eine Qualität, wovon Rechte und Verbindlichkeiten abhängen, den

d) Sammlung juristischer, philosophischer und kritischer Aufsätze, Bützow 1771. S. 263. Herr Rath Maier in der Einleitung in das Privatrecht der Fürsten, Tüb. 1783. Cap. 2. §. 23. u. flg.

den Begriff des ſtatus ausmacht, ſo macht jedes dingliche Recht, und jedes factum, es ſey eine erlaubte oder unerlaubte Handlung, woraus Rechte und Verbindlichkeiten entſtehen, einen ſtatum. Da nun alle diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche aus einem ſtatu entſtehen, zum iure perſonarum gehören ſollen; ſo gehört nach dieſen Begriffen das ganze ius rerum, ſowohl das ius in re, als das ius ad rem, zum iure perſonarum, und dieſes begreift den ganzen Umfang aller Rechte und Verbindlichkeiten, die ſich nur denken laſſen, unter ſich. Es wird alſo durch die angeführten Definitionen, das ius perſonarum von dem iure rerum gar nicht unterſchieden.

Die Quelle dieſes Fehlers beſteht, um es mit kurzem zu ſagen, darin, daß man den Begriff einer Perſon durch den Begriff eines ſtatus erklären will. Man ſollte es gerade umkehren. Erſt muß der Begriff einer Perſon und des iuris perſonarum feſtgeſetzt werden, ehe man von dem ſtatu einen verſtändlichen Begriff geben kann.

Tribonian und die alten römiſchen Juriſten ſagen blos: alle Rechte gehen entweder die Perſonen oder die Sachen an, omne ius vel ad perſonas vel ad res pertinet, (daß ſie hier noch ein drittes Rechtsobject ſtatuiren, nämlich die actiones, oder gerichtliche Klagen, iſt ein Irrthum, den ich hier übergehe); allein ſie erklären nicht, was ſie eigentlich unter dem pertinere verſtehen, und in der That haben ſie beſſer gethan, daß ſie hier bey einem concreten unaufgelöſeten Begriff ſtehen geblieben ſind, als wenn ſie, wie die Neuern thun, das ius perſonarum durch den ſtatum hätten erklären wollen. Man ſieht es manchen Schriftſtellern an, daß ſie die Schwierigkeiten ſelbſt gefühlt haben, und wie ſehr ſie ſich bemühen, den Begriff des ſtatus deutlich zu machen, den ſie aber dadurch noch mehr verdunkeln. Zum Beyſpiel kann der Begriff dienen, den Pufendorf vom ſtatu giebt, und der über alle Maßen dunkel iſt.

Das: vel ad perſonas vel ad res pertinet, erklären die Rechtslehrer faſt durchgängig ſo: das Object eines

Rechts

Rechts ist entweder eine Person oder eine Sache. Diese Erklärung nehme ich ebenfalls an; denn ich sehe nicht, was man darunter anders verstehen solle, als daß diese Eintheilung von dem obiecto iuris hergenommen sey; und ich werde nachher zeigen, daß die Sache sich auf solche Art sehr gut vorstellen läßt.

Um zeigen zu können, wie man sich den Unterschied zwischen dem iure personarum und iure rerum richtig und deutlich vorzustellen habe, war es unumgänglich nöthig, daß ich vorher die falschen Vorstellungen hinwegräumte, deren man sich hier zu bedienen pflegt; denn der Grund dieser Unrichtigkeiten liegt vornämlich darin, daß man den Begriff des status brauchen will, um dadurch das ius personarum zu erklären. Ich behaupte gar nicht, der erste zu seyn, der die Unrichtigkeit der gewöhnlichen Erklärung vom statu eingesehen hat; schon der Herr GR. Reuter zu Berlin schreibt e): moris est, iuris personarum natales proprie ex ipso statu repetere. Sed si statum in eo accipimus sensu, qui ei in iure ex vsu loquendi tribuitur, omne ius sane, quantum quantum est, ex statu oriundum; nihilque adeo esset ius personarum, nisi ius personae competens. Omne autem ius personae, iuris quippe subiecto, competit. Er erinnert hierauf ganz recht: es komme nur darauf an, deutlich zu zeigen, auf welche Art eine Person das Object eines Rechts seyn könne. Dieses aber sey gerade dasjenige, woran es fehle, indem die Rechtslehrer darüber, qui fieri possit, personam, iuris subiectum, eiusdem esse obiectum, ein tiefes Stillschweigen beobachteten. Herr GR. Reuter fügt hinzu: er selbst habe anfangs das ius personarum zunächst aus dem Begriff der Person hergeleitet, und es dadurch vom iure rerum unterschieden. Nunmehr aber

e) Reuter, Aenigmatis quod Imperatori L. vn. C. de nudo iure Quirit. toll. visum in dominio quiritario ac bonitario solutio, qua simul notiones iuris in re et ad rem considerantur, Hal. 1755.

glaube er, es auf eine andere Art noch deutlicher machen zu können, nämlich daß er sage: diejenigen Handlungen, zu welchen ein Mensch, als Mitglied einer Gesellschaft verbunden sey, machten den Gegenstand des iuris personarum aus, und in so weit eine Person zu solchen gesellschaftlichen Handlungen verbunden sey, sey die Person ein obiectum iuris. Ich muß, antwortet Hr. von Reinhardt, mit aller Hochachtung gegen das mir schätzbare Andenken eines würdigen Freundes, sagen, daß ich diesen Begriff weder deutlich genug, noch auch zureichend finde. Die gesellschaftlichen Handlungen sind vielerley; und es giebt solche Handlungen, welche unmöglich zum iure personarum gerechnet werden können, z. B. wenn Jemand ein Mitglied einer Handlungssocietät ist. Ueberhaupt aber mag ich mir den Begriff gesellschaftlicher Handlungen denken, wie ich will, so scheint er mir hier doch nicht anwendbar zu seyn. Vornämlich aber ist zu bedenken, daß die iura personarum nicht blos Rechte gegen andere, sondern auch solche Rechte begreifen, die einem Menschen in Rücksicht auf sich selbst zukommen; daher kann eine Erklärung, die blos Rechte gegen andere in sich faßt, hier nicht zureichen. Ich glaube daher, daß es am besten sey, bey dem Begriffe zu bleiben, welchen Herr Reuter selbst angegeben, und den auch Berger [f]) hat; welcher schreibt: ius personarum est, quod personam afficit intrinsecus; ratione obiecti ius personarum versatur circa personam, intellige, principaliter et primario. Berger hat hier ganz richtig eingesehen, worauf es ankommt; es fehlt aber nur an einer genauern Entwickelung; die mehresten Rechtslehrer hingegen tragen die Sache ganz verwirrt vor. Damit ich nun diese entweder ganz unrichtig, oder doch nicht genugsam deutlich und mit den nöthigen Bestimmungen vorgetragenen Begriffe in das gehörige Licht setze, so ist vor allen Dingen nöthig, daß ich

f) Berger Oecon. iur. Lib. I. tit. 2. thes. 1.

ich richtig erkläre, was eine Person und eine Sache sey. Ich habe schon vorhin bemerkt, daß es unrichtig sey, wenn man den Begriff einer Person durch den Begriff status definiren will, weil der letztere jenen schon voraussetzt, und ohne denselben unmöglich richtig erklärt werden kann. Es versteht sich also von selbst, daß aus der richtigen Definition der Person, der Begriff des status weggelassen werden muß. Ich sage also, eine Person ist ein Mensch, als ein moralisches freyhandelndes Wesen betrachtet, welcher Rechte und Verbindlichkeit im Staate hat. Eine Sache hingegen ist im juristischen Verstande, was dem Menschen Nutzen bringt, und also ein Gegenstand menschlicher Rechte seyn kann, dabey aber keine Person ist. Diese Definitionen, bey denen es mir nicht darauf ankommt, ob sie nach dem, Vielen so beliebten, kurzen Leisten gemacht sind, werden sich bey einem jeden, der eine Prüfung anzustellen im Stande ist, von selbst rechtfertigen. Man wird aus denselben sogleich einsehen, warum die römischen Sclaven für keine Personen, sondern für Sachen gehalten wurden. Man sagt gemeiniglich: sie hatten keinen statum, also waren sie keine Personen. — Damit ist aber gerade nichts gesagt; denn warum hatten sie keinen statum? Hierauf antwortet man, weil ihnen der status libertatis fehlte, das ist, weil sie Sclaven waren. Aus der angenommenen richtigen Definition erhellet aber die Ursache sogleich, weswegen die römischen Sclaven, ob man sie gleich für Menschen erkannte, dennoch für keine Personen gehalten werden konnten; nämlich deswegen, weil man sie nicht als moralische Wesen, sondern als Dinge ansahe, die blos zum Nutzen und Gebrauche der Menschen, eben so wie das Vieh waren, und weil sie überall keine Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft hatten, d. i. sie hatten keine Rechte, die in der bürgerlichen Gesellschaft der Römer etwas galten.

Ich habe schon gesagt, daß das ius rerum diejenigen Rechte in sich begreift, die eine Sache zum nächsten Gegenstande haben. Eine Sache ist aber jedes Ding, was keine Person ist, und doch der Gegenstand eines Rechts

seyn kann. Diese Sachen, wenn wir sie den **Personen** entgegen setzen, lassen sich in zwey Hauptklassen eintheilen. Es sind entweder **Handlungen** der Menschen, in so weit diese als Sachen betrachtet werden, oder es sind **eigentlich so genannte Sachen**, das heißt solche Dinge, die man nach der gewöhnlichen Art zu reden, **Sachen** nennt, da man nämlich die Sachen den factis entgegen setzt. — Wie werden denn nun aber die menschlichen Handlungen als **Sachen** betrachtet? Darauf ist zu antworten: wenn wir die Handlungen nur blos aus dem Gesichtspuncte ansehen, daß ein Mensch durch den Gebrauch seiner Kräfte dem andern etwas leistet oder thut, was zu des andern Nutzen gereicht, so betrachten wir die Handlungen als Sachen, und sie gehören zu den unkörperlichen Gegenständen. Es geschieht mit vollkommnem Grunde, daß dasjenige, was einer durch Anwendung seiner Kräfte zu des andern Dienste und Nutzen leistet, zu den Sachen gerechnet wird; denn eine solche Handlung ist keine **Person**, sie ist etwas, das zum Nutzen der Menschen gereicht. Weil nun die facta Sachen sind, so geht es an, daß wir sie mit andern Sachen in Ansehung des **Werths**, oder der **Schätzung** in Vergleichung und Verhältniß setzen können. Weil es nämlich im menschlichen Leben unumgänglich nöthig ist, daß ein Mensch dem andern das giebt oder leistet, was er hat oder leisten kann, um von demselben dagegen zu erhalten, was dieser geben oder leisten kann, so muß eine gewisse Proportion zwischen den Dingen festgesetzt werden, was nämlich bey diesen wechselseitigen Leistungen, als eines dem andern gleichgeltend, zu betrachten ist, oder wie viel von einer Sache gegeben werden muß, um dagegen von dem andern dieses oder jenes zu erhalten. Dieses Verhältniß der Dinge unter einander nennt man ihren **Werth**. Es haben daher sowohl Handlungen, als andere Sachen, ihren Werth, dessen Bestimmung sich theils auf die Nothwendigkeit und Nützlichkeit der Sachen, theils auf ihre Seltenheit, theils auch auf angenommene Meynungen gründet, die entweder allgemein seyn können, wie z. E. der Werth der Edelsteine,

oder

oder auch einer gewissen Person eigen sind, wie das pretium affectionis beweist.

Ich habe gesagt: die Sachen sind entweder Handlungen (facta hominum) oder eigentlich so genannte Sachen (res in specie sic dictae). Nun können aber sowohl jene als diese der unmittelbare Gegenstand eines Rechts seyn. Diejenigen Rechte, deren unmittelbarer Gegenstand eine Handlung ist, machen das ius ad rem aus; diejenigen Rechte aber, deren unmittelbarer Gegenstand eine eigentlich so genannte Sache ist, werden das ius in re genennt. Die Handlungen, welche Gegenstände des iuris ad rem sind, können wieder von zweyerley Art seyn, nämlich entweder bloße Handlungen, z. B. die Arbeit eines Tagelöhners, das Gehen eines Bothen; oder es sind solche Handlungen, die im Geben einer Sache bestehen, z. E. wenn mir Jemand Geld bezahlen soll. Bey den Handlungen der ersten Art heißt die Verbindlichkeit zu denselben obligatio ad faciendum, und hier wird das facere in der engern Bedeutung genommen; bey den Handlungen der letztern Art aber heißt die Verbindlichkeit obligatio ad dandum. Was nun das ius in re betrifft, welches vom iure reali wohl unterschieden werden muß; denn die Eintheilung in ius reale und personale ist nicht, wie diejenige, von der wir hier reden, vom Objecte, sondern vom Subiecto cui ius inhaeret, hergenommen; so lassen sich unzählige Arten desselben denken. Gewöhnlich werden nur die bekanntesten und am öftersten vorkommenden angeführt, aber doch auch diese nicht alle; denn z. E. das ius occupandi ist ein ius in re, welches sehr häufig vorkommt, und doch selten unter den speciebus iuris in re angeführt zu werden pflegt.

Wir kommen nun zum iure personarum. Dieses soll nun, nach dem gewöhnlichen Begriffe, dasjenige seyn, welches die Personen zum Object hat. Diesen Begriff halte ich für richtig, wenn er nur gehörig bestimmt, und deutlich erklärt wird. Meine Erklärung ist diese: alles ius personarum begreift diejenigen Rechte, die eigentlich und

hauptsächlich Personen zu ihrem Gegenstande haben. Es ist dieses eben so viel, als wenn man sagte: es sind solche Rechte, die zunächst den Menschen selbst betreffen; denn die Person ist der Mensch selbst, als ein moralisches Wesen betrachtet. Ueber den Begriff einer Person habe ich mich bereits erklärt; ich habe auch gezeigt, daß der Begriff einer Person nicht durch den Begriff des status bestimmt werden könne, sondern daß jener vorausgesetzt werden müsse, wenn man erklären will, was ein status sey. Es sind nämlich diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, die zum iure personarum gehören, mancherley, und sie theilen sich in viele Classen. Eine jede dieser Classen setzt bey der Person, der diese Rechte und Verbindlichkeiten zukommen, eine gewisse Qualität voraus, von der sie abhängen. Diese Qualität kann nun entweder ein Recht und eine Verbindlichkeit, oder eine andere moralische Eigenschaft, oder aber eine natürliche Eigenschaft seyn. Eine solche Qualität nun, von der eine gewisse Classe von Rechten und Verbindlichkeiten, die zum iure personarum gehören, abhängt, nennt man einen statum. Nachdem erklärt worden, was ius personarum ist, so ist auch der Begriff des status hieraus völlig deutlich.

Nun soll die Frage beantwortet werden: wie kann eine Person ein obiectum iuris seyn, und wie ist es zu verstehen, wenn man sagt, die Person sey ein Gegenstand eines Rechts? Folgende Bemerkungen erläutern dieselbe hinlänglich, nämlich

1) wenn von dem iure personarum die Rede ist, so muß man nicht blos auf die Rechte und Befugnisse, sondern auch auf die Verbindlichkeiten sehen; denn diejenigen Verbindlichkeiten eines Menschen, bey welchem hauptsächlich seine Person in Betrachtung kommt, und die sich zunächst auf dieselbe beziehen, gehören ebenfalls in das ius personarum, und machen dasselbe aus. Wenn dergleichen Verbindlichkeiten sich bey Jemanden befinden, so haben andere, es sey nun der Oberherr des Staats, oder andere Menschen, allemal gewisse Rechte, die sich auf diese Ver-

Verbindlichkeiten gründen, und also die Person desjenigen, der die Verbindlichkeit hat, zum Gegenstande haben. Es ist auch eine jede Verbindlichkeit auf Seiten desjenigen, der die Verbindlichkeit hat, mit einem Rechte verbunden, dasjenige zu thun, was der Verbindlichkeit gemäß ist. Diese Rechte haben wiederum die Person zum Gegenstande; daher kann man hier ohne Irrthum, anstatt zu sagen, Rechte und Verbindlichkeiten, das Wort Rechte, allein gebrauchen. Wenn sich z. B. Jemand in den Mönchsstand begiebt, so sind die Verbindlichkeiten, die er hierdurch übernimmt, unstreitig solche, die sich hauptsächlich auf seine Person beziehen. Die Rechte also, welche aus dieser Verbindlichkeit entstehen, sind Rechte, welche die Person zum nächsten Gegenstande haben. — Die andere Bemerkung ist folgende:

2) Wenn es heißt: eine Person sey ein Gegenstand gewisser Rechte, so ist dieses auf zweyerley Art möglich. Es kann nämlich entweder dieselbe Person, der das Recht zukommt, auch zugleich der Gegenstand des Rechts seyn, oder es kann eine andere Person der Gegenstand eines solchen Rechts seyn. Im ersten Falle ist es ein ius in propriam personam, und dergleichen Rechte sind z. B. die Freyheit, das Recht, daß Jemand seinen Sachen selbst vorstehen kann u. s. f. Im andern Fall ist es ein ius in personam alterius; denn z. B. die Rechte, die ein Vater über seine Kinder, ein Vormund über seinen Mündel, ein Oberherr über seine Unterthanen hat, sind iura in personam alterius. Hierdurch wird nun hoffentlich deutlich genug seyn, wie eine Person der Gegenstand eines Rechts sey. Man wird bey der Anwendung niemals fehlen können, wenn man nur immer erwägt: ob ein Recht oder eine Verbindlichkeit, sich eigentlich und vornehmlich auf die Person beziehe, oder nicht? Bezieht ein Recht, sich zunächst und hauptsächlich nur auf Handlungen eines Menschen, in soweit dadurch der Vortheil eines andern befördert wird, so gehört ein solches Recht nicht zum iure personarum, sondern zum iure rerum. Die vornehmsten

Arten, wie ein Recht eine Person zum nächsten Objecte haben kann, sind

1) wenn ein Recht sich auf eine natürliche Qualität des Leibes oder der Seele beziehet;

2) Wenn ein Recht in der Freyheit, seine Handlungen nach eigenem Wohlgefallen einzurichten, bestehet;

3) Wenn es in einem Rechte, die freyen Handlungen eines andern zu dirigiren, besteht;

4) Wenn Jemand dadurch für seine Person, in ein gewisses Verhältniß, entweder gegen den Staat, oder gegen seine Mitbürger gesetzt wird; und dahin gehören öffentliche Aemter, Ehrenstellen, Rang, Vorzüge u. dergl.

5) Wenn ein Recht den äußerlichen Zustand eines Menschen auf solche Art betrifft, daß seine Person dabey hauptsächlich in Betrachtung kommt. Hierher gehören diejenigen Rechte und Verbindlichkeiten, welche aus dem statu der Lebensart eines Menschen, seines Gewerbes, seiner Profession und Handthierung, aus dem statu famae, paupertatis, personarum miserabilium, rusticitatis, u. s. w. entstehen.

6) Wenn die Rechte und Verbindlichkeiten aus einer solchen Gesellschaft herfließen, die sich hauptsächlich auf die Personen beziehet, dergleichen die eheliche Gesellschaft ist.

Es wird nicht leicht ein Recht vorkommen, welches zum iure personarum gerechnet wird, daß sich nicht zu einer von diesen Classen reduciren ließe; und man wird finden, daß in allen den angeführten Fällen hauptsächlich und zunächst auf den Menschen selbst gesehen wird. Es kann daher auch ein Recht in verschiedner Rücksicht, zugleich zum iure personarum und zum iure rerum gehören. Wenn Jemand einen Bedienten miethet, so gehören die hieraus entstehenden Rechte und Verbindlichkeiten, in so weit man darauf sieht, daß ein Mensch das Recht bekommt, über den andern zu gebieten, und seine freyen Handlungen zu dirigiren, zum iure personarum, weil diese Umstände den Menschen, oder die Person, zunächst angehen. In so

weit

weit ich aber die Arbeiten der Bedienten nur als Handlungen ansehe, die er zum Nutzen des andern leisten muß, in so fern gehören die aus dem Miethcontracte entstehenden Rechte zum iure rerum. Auf eine entfernte Art hat freylich das ganze ius ad rem Personen zum Gegenstande, weil die Verbindlichkeit allemal auf einer Person haften muß; aber diese Person ist dennoch nicht der nächste und vornehmste Gegenstand eines solchen Rechts, wie sie es bey denjenigen Rechten ist, die zum iure personarum gehören. — Man ist nicht im Stande, die zeither vorgetragenen wichtigen, aber schweren, Grundsätze hinlänglich zu übersehen, um sie vollkommen anwenden zu können, wenn man die Rechtswahrheiten von der Natur eines Rechts und einer Verbindlichkeit nicht zugleich recht genau versteht; daher ich auf dasjenige verweise, was im 1sten Theile dieses Commentars §. 2. und 3. darüber gesagt worden.

Der Stand der Menschen (status) in rechtlicher Betrachtung gründet sich also nur auf solche Eigenschaften, woraus gewisse Rechte und Verbindlichkeiten entspringen, und andere Verhältnisse und Eigenschaften kommen hier nicht in Betrachtung, da nicht alle und jede Eigenschaften einen Stand hervorbringen. So sind z. B. Krankheit, Mangel der gewöhnlichen Verstandeskräfte, Minderjährigkeit, Freyheit, Geschlecht, Ehre, solche Eigenschaften, woraus gewisse Rechte entstehen; denn der Kranke hat manche Rechte, die dem Gesunden nicht zustehen; der Blödsinnige andere als der Vernünftige, der freye Mensch andere als der Sclave und Nichtfreye; Mannspersonen andere als Frauenspersonen, Ehrliche andere als Unehrliche. Diese Eigenschaften können übrigens innerliche und äußerliche, beständige oder vorübergehende seyn g).

Die

g) Io. Franc. Buddei D. de comparatione obligationum, quae ex diuersis statibus oriuntur, Hal. 1702. Boon D. de statu hominum, Lugd. Bat. 1703. Io. Phil. Streit D. de legis circa statum personarum disponentis potentia, Erf. 1703. Iac. Brandmüller D. de statu hominum, Basil. 1731.

Die Eigenschaften, wodurch der Stand der Menschen entsteht, sind entweder natürliche oder bürgerliche, und deswegen ist auch der Stand der Menschen entweder ein natürlicher oder ein bürgerlicher. Der natürliche Zustand der Menschen gründet sich auf Eigenschaften, welche in der Natur des Menschen ihren Grund haben, oder mit andern Worten, es sind physische und innerliche Eigenschaften, und sie sind so beschaffen, daß nach dem Willen der Gesetze Rechte und Verbindlichkeiten daraus entstehen sollen. Schon seine menschliche Natur giebt dem Menschen gewisse Eigenschaften, deren jede nach der Vernunft gewisse Rechte und Verbindlichkeiten hervorbringt, die sich aber durch willkührliche Gesetze genauer bestimmen lassen [h]). So hat z. B. der Umstand oder die Eigenschaft, daß die Menschen entweder zum männlichen oder weiblichen Geschlechte gehören, ihren Grund in der menschlichen Natur selbst, und rührt nicht von bürgerlichen positiven Gesetzen her. Betrachtet man nun die Menschen im natürlichen Zustande, so sind sie 1) entweder schon gebornе, oder sie leben noch in ihrer Mutter Leibe; 2) entweder Mannspersonen oder Frauenspersonen; 3) entweder Gesunde oder Kranke; 4) haben sie den Gebrauch der menschlichen fünf Sinne, oder es fehlt ihnen einer derselben; 5) entweder vernünftig oder ohne Verstand und wahnsinnig; 6) entweder minderjährig oder majorenn. Jede dieser Eigenschaften findet man an den Menschen, wenn auch in bürgerlichen Gesetzen kein Wort darüber gesagt wäre. Von diesen natürlichen Eigenschaften und dem sich darauf gründenden natürlichen Zustande, wird im 114. u. d. f. §. mehr gesagt werden.

Von

h) KOESELIVS D. de statu personarum ex iure hominum naturali, Lipſ. 1733. Sam. PVFENDORF D. de statu hominum naturali, in *Eius* Disp. acad. select. SCHOEPFER D. de iure ciuili ius naturae circa personas magis determinante, Roſt. 1709. Fr. Carol. CONRADI Exerc. de iure personarum ex discrimine hominum naturali vario, Lipſ. 1707.

Von dem natürlichen Zustande ist der bürgerliche verschieden. Er gründet sich auf eine äußerliche und moralische Eigenschaft, welche bey demjenigen Menschen, an dem man sie findet, ein gewisses gesellschaftliches Verhältniß voraussetzt, woraus Rechte und Verbindlichkeiten entspringen. Die Menschen haben Eigenschaften, weil sie Mitglieder einer Gesellschaft sind, und diese machen den Gesellschaftszustand überhaupt aus. Alle Menschen, die zu gleicher Zeit auf der Erde leben, machen eine Gesellschaft aus, in welche sie von Gott als ihrem Schöpfer vereinigt worden sind, und auf welche Verbindung sich viele Rechte und Pflichten gründen. Diese Gesellschaft besteht aus mehrern kleinern Gesellschaften, die nach der Absicht ihrer Verbindung besondere Namen haben, und darunter sind die so genannten Staaten wieder die größten. Sie heißen auch bürgerliche Gesellschaften, weil die Mitglieder dieser einzelnen Staaten Bürger genennt werden; und ihr Stand heißt der bürgerliche Zustand [i]). Dieser bürgerliche Zustand ist der Natur der Sache nach ebenfalls sehr verschieden, wie dieses der Fall bey dem natürlichen Zustande ist; da die Verschiedenheit der Eigenschaften, die im bürgerlichen Zustande in rechtliche Betrachtung gezogen werden müssen, sehr groß ist, und dieser Umstand besondere Rechte und Verbindlichkeiten hervorbringt. Viele Arten desselben lassen sich auch denken, ohne daß ein Mensch zu den Bürgern irgend eines Staats zu gehören braucht, weil sie nicht mit der Absicht desselben streiten; jedoch sind die Rechte und Verbindlichkeiten derselben durch die willkührlichen Gesetze immer genauer festgesetzt worden [k]). Da in den Pandekten das Privatrecht enthalten ist, so ist es der Natur der Sache gemäß, daß hier hauptsächlich auf den bürgerlichen Zustand der Menschen, und die bürgerli-

i) Risiati D. de statu hominum in republica, Panorm. 1673.

k) Herr RR. Eichmann im Comment. Thl. 2. S. 178.

gerlichen Verhältnisse derselben besondere Rücksicht genommen werden muß. Dieser bürgerliche Zustand muß, der Natur der Sache gemäß, weil sonst viele Gesetze unverständlich bleiben, in drey Hauptstände und mehrere minder wichtige bürgerliche Stände abgetheilt werden. Von den drey bürgerlichen Hauptständen nannten die Römer den ersten den Stand der Freyheit (status libertatis); den zweyten den Stand des Bürgerrechts (status ciuitatis), und den dritten, den Familienzustand (status familiae). In Rücksicht auf die Freyheit theilte man nämlich die Menschen in Freye oder Sclaven. In Rücksicht auf das Bürgerrecht unterschied man Bürger (ciues) und Fremde (peregrini). Endlich in Absicht auf den Familienzustand machte man einen Unterschied zwischen homines sui iuris, und homines alieni iuris. In den Schriften der römischen Rechtsgelehrten, wird der Regel nach unter dem Ausdrucke status ciuilis, nur immer dasjenige Verhältniß verstanden, welches eine Verschiedenheit des gemeinen Rechts (ius commune) bewirkte; und daher reden sie auch nur von drey Civilständen, weil nur diese drey eine Verschiedenheit in dem gemeinen Rechte veranlaßten. Der Freye hatte andere gemeine Rechte, als der Sclave, welcher gar keine bürgerlichen Rechte genoß; der Bürger hatte wieder andere gemeine Rechte als der Fremde; und der filiusfamilias durfte nicht von allen Rechten Gebrauch machen, die der Paterfamilias zu genießen hatte. Da aber auch bey den römischen Bürgern sehr viele Verhältnisse eintraten, wodurch eine Verschiedenheit in Ansehung der besondern bürgerlichen Rechte entstehen mußte, so kann man diese Verhältnisse ebenfalls einen bürgerlichen Zustand nennen, und die römischen Rechtsgelehrten bedienten sich auch wirklich hiervon des Ausdrucks status, wie die L. 5. §. 2. D. de extraord. cognit. beweist [1]). Solche minder

1) Herr GER. Höpfner im Commentar über die Institut. S. 82.

minder wichtige bürgerliche Verhältnisse zeigen sich bey der Eintheilung der Bürger in ehrliche und unehrliche Personen, in Soldaten und Nichtsoldaten, u. s. f. Beym Vortrage kann man die Worte status principalis und status minus principalis brauchen, und es ist der Deutlichkeit angemessen, zu sagen: status ciuilis est vel principalis vel minus principalis.

§. 113.

Recht der Personen (ius personarum) nennen die Rechtsgelehrten den Inbegriff aller Rechte und Verbindlichkeiten der Menschen, die sich auf ihren Zustand (status) gründen, es mag vom **natürlichen** oder **bürgerlichen Stande** die Rede seyn [m]); und in der Rechtsgelehrsamkeit muß bestimmt werden, was die **Gesetze** vom **bürgerlichen** Stande der Menschen verordnen, und wie der **natürliche** Stand der Gerechtigkeit gemäß im Staate betrachtet werden müsse. Das Wort **Person**, wird in Rücksicht auf das römische Recht in doppeltem Verstande gebraucht, im **weitläuftigen**, nach welchem jeder **Mensch** als eine Person betrachtet wird, und im **engern**, vermöge dessen man nur diejenigen **Menschen** Personen nannte, welche freye Menschen waren, und folglich bürgerliche Rechte im römischen Staate hatten. In dieser Rücksicht muß **Mensch** und **Person**, wie Geschlecht (genus) und Gattung (species) unterschieden werden; denn nach der Vorstellung der Römer war zwar jede Person ein Mensch, aber nicht jeder Mensch eine Person, welches ihre **Sclaven** beweisen, die sie für keine **Personen** erkannten, und daher unter die **Sachen** rechneten. Heut zu Tage brauchen wir das Wort **Person** ebenfalls in zweyerley Bedeutung, und verstehen

1) ei-

m) Maiers Einleitung in das Privatfürstenrecht überhaupt, Tübingen 1783. Cap. 2. §. 23. u. f. HOFACKER Princ. iur. ciuil. Tom. I. Pag. 185. NETTELBLADT Iurispr. posit. Pag. 14.

1) einen Menschen darunter, der einen Stand, das heißt, gewisse Eigenschaften hat, welche ihm besondere Rechte und Verbindlichkeiten im Staate verschaffen; 2) nennen wir aber auch diesen Stand selbst eine Person, weil z. B. gesagt wird, dieser oder jener Mensch vereinigt mehrere Personen in sich, oder stellt mehrere Personen vor.

Die Personen, welche einen Stand haben, müssen auf verschiedene Weise unterschieden werden, wodurch Eintheilungen derselben entstehen, denn 1) giebt es physische und moralische Personen. Da die Person eines Menschen durch seinen Stand und folglich durch seine Rechte bestimmt wird, so sieht man bisweilen mehrere Menschen, weil sie einerley Rechte, d. i. einerley Stand haben, als eine Person an, und zum Unterschiede von physischen Personen nennt man sie eine moralische Person. Eine solche moralische Person besteht der Regel nach aus mehrern physischen Personen; z. B. eine Dorfgemeine ist eine moralische Person, weil alle einzelne Gemeindeglieder, als Gemeindeglieder betrachtet, einerley Rechte haben. Weil aber auch einer und derselbe Mensch verschiedne Stände haben, das heißt in besonderer Rücksicht bald diese, bald andere Rechte haben kann, so kann ein Mensch zwey und mehrere Personen vorstellen. Was in Rücksicht auf moralische Personen zu bemerken ist, davon ist bereits im 1sten Theile dieses Commentars, S. 391 manches gesagt worden.

2) Die Menschen werden ferner entweder als Individualpersonen, oder als moralische Personen betrachtet [n]). Nämlich alle mögliche Verhältnisse der Menschen gegen einander, schreibt Herr HR. Glück, können nur von zweyerley Art seyn; einfach oder zusammengesetzt: je nachdem entweder hier mehrere Menschen mit ihrer Thätigkeit sich vereinigen, um damit ein Gemeinbestes zu befördern,

n) Herr HR. Glück a. a. O. Thl. 2. S. 55. Herr Rath Maier a. a. O. Cap. 2. §. 24.

fördern, oder dort jeder derselben sein Individualbestes mit ungetheilter Thätigkeit für sich besorgt. Jeder einzelne Mensch nun, so ferne er, außer dem Socialverhältnisse, für sich als ein selbstständiges, moralisches, freyhandelndes Subject betrachtet wird, das nach seinen ungetheilten Kräften sein eigenes Individualbestes zu bewirken trachtet, wird eine Individualperson genannt; hingegen mehrere Menschen zusammen genommen, so fern sie, außer ihren Individualverhältnissen, als Glieder einer Gesellschaft betrachtet werden, und nach Maaßgabe der getroffenen Vereinigung, mit vereinigten Kräften ein Gemeinbestes zu bewirken suchen, machen eine moralische Person oder Gesellschaft aus.

3) Betrachtet man die Menschen als Mitglieder eines Staats, so kann ihre Person entweder eine öffentliche, oder eine Privatperson seyn. Ein jedes selbstständiges Subject im Staate, es sey ein einzelner Mensch, oder eine ganze Gesellschaft, im bürgerlichen Socialverhältniß gegen den Staat betrachtet, zu dessen Wohl und Besten es seine Thätigkeit anwendet, und deswegen besondere Rechte und Pflichten hat, stellt eine öffentliche Person im Staate vor. Der Fürst hat diese, wie jeder Staatsbeamte, nur mit dem Unterschiede, daß der Fürst, als Repräsentant des Staats, die, solcher Person nach, habenden Zuständigkeiten iure proprio hat, und darin freylich keine dergleichen Einschränkungen leidet, denen eine bloße Staatsbedienung unterworfen ist, als welche nur ein ius administratorium zum Grunde hat. Außer dem Verhältnisse des Staats betrachtet, hat hingegen jeder Bürger, selbst der Fürst, nur eine Privatperson, wornach er Freyheit und Eigenthum hat, und damit sein eigenes Individualinteresse und Bestes zu befördern berechtigt ist o).

Stellt ein Mensch mehrere Personen vor, so ereignen sich mancherley rechtliche Verhältnisse, bey deren Entscheidung

o) Herr Rath Maier a. a. O. Cap. 4.

scheidung und Beurtheilung leicht Fehler begangen werden können, wenn man mit den hier statt findenden Rechtsgrundsätzen nicht bekannt ist [p]). Es ist dabey zu bemerken:

1) Wenn ein Mensch **mehrere Personen** vorstellt, so finden bey ihm alle rechtliche Grundsätze ihre Anwendung, die bey jenen mehrern einzelnen Personen statt haben [q]). Verwaltet Jemand also **mehrere Aemter**, womit verschiedne Privilegien und Einkünfte verbunden sind, so ist er auch zum Genuß aller dieser Vortheile berechtigt; dagegen muß er aber auch die Lasten tragen, die auf jedem einzelnen Amte haften, z. B. eben so viel Kopfgeld bezahlen, als bezahlt werden müßte, wenn diese Aemter an einzelne Personen übertragen worden, es müßte denn dieserhalb etwas anders an dem Orte Rechtens seyn. Es versteht sich aber von selbst, daß es angehen muß, daß die mehrern Personen ohne Widerspruch in einem Menschen vereinigt seyn können; denn so geht es nicht an, daß Jemand zugleich Richter und Advocat in der nämlichen Sache ist, oder Richter und Parthey [r]).

2) Nimmt ein Mensch, der eine doppelte Person vorstellt, in Rücksicht auf die eine dieser Personen eine gewisse Handlung vor, so kommen auch nur die Rechte in Betrachtung, die er als diese Person hat [s]). Wenn also z. B. der Landesherr als **Privatperson** handelt, so wird er auch dabey

p) HERT. D. de vno homine plures personas sustinente, in *Eius* Opusc. Vol. I. Tom. 3. Pag. 62. de BERGER D. de potestate personae publicae in se ipsum, in *Eius* Dissert. nr. 24. HOMMEL Rhapsod. Obs. Vol. I. Obs. 285. HOFACKER Princ. iur. ciuil. Tom. I. Pag. 185. NETTELBLADT Iurispr. pos. Pag. 15. Herr RR. **Eichmann** Thl. 2. S. 181.

q) HERT. cit. l. Sect. 1. cap. 3. GAIL Lib. 1. Obs. 44. n. 8. VVLTEIVS in Cons. Vol. 4. Cons. 20. n. 108.

r) GAIL l. c. n. 10. MENOCH Cons. 335. n. 46. TVSCHVS Conclus. lit. p. Concl. 317. n. 39.

s) NETTELBLADT l. c. Pag. 15. nr. 2. HERT. cit. l. §. 4.

bey als Privatperson beurtheilt. Ist ein Bischof zugleich Domcapitular bey einer andern Cathedralkirche, so kann er sich hier, wenn er als Canonicus etwas unternommen hat, nicht auf die Vorrechte eines Bischofs berufen [t]). Beschimpft Jemand seine Obrigkeit oder seinen Richter, so kommt es blos darauf an, ob er ihn als Privatperson, oder als öffentliche Person beschimpft hat; diese letztere ist er aber nur bey Verwaltung seines Amtes [u]). Giebt also Jemand dem Stadtrichter im Bierhause wegen des Betrugs im Spiel, eine Ohrfeige, so kann man nicht sagen, diese Ohrfeige müsse härter bestraft werden.

3) Thut derjenige, welcher mehrere Personen vorstellt, als die eine Person etwas, so schadet und hilft ihm dieses in Rücksicht seiner übrigen Personen nichts. Z. B. die Landesregierung belehnte Jemanden mit verschiednen Grundstücken, worunter auch ein Wald befindlich ist; und nun verlangt die Cammer oder das Finanzcollegium diesen Wald, wegen eines verjährten Besitzes. Hier kann der Belehnte nicht einwenden, er sey damit belehnt, und der Fürst dürfe seine eigene Handlungen nicht anfechten; denn das, was er als Lehnherr thut, kann seiner Cammer nicht schon deswegen zur Richtschnur dienen [x]). Man nehme ferner an, der Erbzinsherr, von welchem der Kauf der Erbzinsgüter bestätigt wird, habe zugleich die Gerichtsbarkeit. Hier kann die Bestätigung an und für sich, nicht schon zugleich als eine Einwilligung in den Kauf betrachtet werden. Alsdenn finden aber diese Grundsätze nicht statt, wenn die Gesetze verordnen, daß, wenn ein solcher Mensch der Handlung nicht auch in Rücksicht auf die andere Person, die er vorstellt, eine verbindliche Kraft beylegen wolle, er sie gar nicht unternehmen solle.

t) Hert. l. c. Gratian. in Discept. forens. 15. Menoch Consil. 51. n. 34.

u) Mevius Dec. Part. 9. Dec. 18. Hert. l. c.

x) Arg. L. 1. C. de compens. Hommel Obs. 285. n. 5.

4) Derjenige, welcher mehrere Personen vorstellt, kann alsdenn, wenn Niemand dabey Schaden leidet, die Person bestimmen, nach welcher man ihn in Rücksicht gewisser Handlungen betrachten solle [y]).

5) Weiß man nicht, in welcher Eigenschaft ein Mensch handelt, der mehrere Personen vorstellt, von denen die eine vornehmer ist, als die andere, so zieht man blos die wichtigere Person in Betrachtung. In dieser Ursache scheint der Grund zu liegen, warum ein Vermächtniß, das dem Fürsten hinterlassen worden, mit seinem Tode nicht aufhört; denn im Zweifel muß man annehmen, daß es dem Fürsten als Fürsten, welcher als solcher nicht stirbt, und nicht dem Fürsten, als Privatperson betrachtet, hinterlassen worden [z]). Ist ferner Jemand von Adel Hofrath worden, so kann er sich nicht deswegen, weil er nun außer dem Adel auch die Hofrathswürde erlangt hat, den Rang über die ältern Hofräthe, die nicht von Adel sind, anmaßen [a]).

6) Eine Handlung, zu deren Verrichtung zwey verschiedne Personen erfordert werden, kann derjenige, welcher beyde Personen vorstellt, der Regel nach für sich selbst verrichten [b]). Daher geht es an, daß der Richter Handlungen der bloßen willkührlichen Gerichtsbarkeit für sich selbst vornehmen darf, wenn sie gleich ihn selbst betreffen; z. B. er kann sein Testament bey sich selbst niederlegen [c]). In Handlungen der streitigen Gerichtsbarkeit, oder wenn sie zur gemischten Gerichtsbarkeit gehören, darf aber dieses nicht geschehen.

7) Stellt

y) NETTELBLADT l. c. HERT. l. c.

z) L. 56. D. de legat. II. HERT. l. c. §. 6.

a) MEVIVS Dec. Part. V. Dec. 291.

b) Arg. L. 3. D. de adopt. L. 2. D. de offic. Praetoris, L. 2. D. de offic. Praesid. L. vn. D. de offic. Consul.

c) HERT l. c. Sect. 4. §. 2. BERLICH Decis. 178. Hartm. PISTOR. Part. III. Quaest. 9. n. 19. CARPZOV Part. II. Const. 12. Def. 16. et Part. III. Const. 3. Def. 14.

7) Stellt Jemand eine doppelte Person vor, so darf er solche Handlungen nicht unternehmen, die mit den Eigenschaften der andern Person schlechterdings nicht bestehen können. Daher darf ein teutscher Bischof, ob er gleich auch zugleich die Würde eines weltlichen Fürsten hat, nicht heyrathen, und sagen, er heyrathe als Fürst und nicht als Bischof.

Zum Beschluß bemerke ich noch, daß nicht selten in Gesetzen von erdichteten Personen die Rede ist, indem zwey oder mehrere Personen nur für eine einzige Person gehalten werden, da in den eben angeführten Fällen, eine einzige Person als mehrere und verschiedene Personen betrachtet werden muß. So wird z. B. der Vater und der Sohn, der Herr und sein Sclave, der Erbe und sein Erblasser, derjenige, der dem andern einen Auftrag gegeben, und derjenige, welcher ihn übernommen hat, nur für eine einzige Person gehalten, ob gleich wenigstens zwey Personen zu diesen Verhältnissen erfordert werden.

§. 114.

Nachdem die wichtigsten Grundsätze vorgetragen worden, wodurch die Beschaffenheit des Standes der Menschen überhaupt, und in so fern sie als Personen betrachtet werden, in das gehörige Licht gesetzt wird; so folgen die Wahrheiten von den einzelnen Ständen, die ein Mensch haben kann. Der Stand der Menschen ist entweder der natürliche oder bürgerliche, wie wir S. 108 gesehen haben; da nun die Grundsätze von dem bürgerlichen Stande (status ciuilis) nicht deutlich werden, wenn man nicht mit den Rechtswahrheiten vom natürlichen Stande hinlänglich bekannt ist, so ist es nöthig, diese zuerst anzuführen. Der natürliche Stand der Menschen begreift sehr mancherley Verhältnisse, und daher gehöret eine große Anzahl besonderer Stände dazu, welche als Gattungen desselben anzusehen sind. Es gehöret nämlich hierher

1) der status natiuitatis, weil die Menschen entweder als schon Gebohrne oder als Embryonen betrachtet werden müssen. Die Gebohrnen sind wieder entweder lebendig Gebohrne, oder Todtgebohrne; auch können sie entweder ehelich Gebohrne, oder unehelich Gebohrne seyn.

2) Gehört zum natürlichen Stande als eine Unterart desselben der status sexus, weil die Menschen entweder Mannspersonen oder Frauenspersonen sind, und in dieser Rücksicht die Gesetze manches verordnet haben.

3) Auch der status integritatis gehört hierher, weil die Menschen entweder gebrechliche Personen oder solche, die einen vollkommnen Körper haben, desgleichen Gesunde oder Kranke, nicht weniger vernünftige, oder solche, denen der völlige Gebrauch ihrer Seelenkräfte fehlt, seyn können.

4) Ist noch der status aetatis als eine Gattung des natürlichen Standes zu betrachten, weil die Menschen entweder als volljährig oder als minderjährig betrachtet werden müssen. Erstere bestehen aus Alten oder aus solchen, die es noch nicht sind; letztere aber theilen die Gesetze in puberes und impuberes. — Wer bemerkt es nicht, wie viel rechtliche Grundsätze sich von allen diesen einzelnen natürlichen Ständen aufstellen lassen? Sie können aber nur nicht alle an einer Stelle vorgetragen werden, da nach der Ordnung, welche in den Pandekten befolgt wird, an mehrern Stellen davon die Rede ist.

Der natürliche Stand der Menschen entsteht mit ihrer Geburt, und daher muß dieser vor allen andern betrachtet werden. In Rücksicht auf die Geburt müssen die Menschen abgetheilt werden in Gebohrne und Ungebohrne, oder solche, die sich noch im Mutterleibe befinden. Ein Mensch der noch nicht gebohren worden, aber doch schon im Mutterleibe ist, kann in mancherley Rücksicht ein Gegenstand der Gesetze seyn; und daher lassen sich viele wichtige Grundsätze

sätze darüber aufstellen [d]). Man findet in Gesetzen und den Schriften der Rechtsgelehrten mancherley Benennungen dieser ungebohrnen Menschen, z. B. embryo, welches Wort von ἐν intus und βρυω germino, scaturio, abstammen soll [e]), venter [f]), nasciturus, spes animalis, animal nondum editum [g]), portio mulieris et viscerum, informe et non formatum puerperium, partus [h]). Man versteht darunter ein Kind, das sich noch im Mutterleibe befindet. Einen solchen noch nicht gebohrnen Menschen hielten die ältern Römer, wie auch die Stoiker, für keinen wirklichen Menschen, sondern nur für einen Theil der Eingeweide der Mutter [i]), und diese Meynung entstand daher, weil sie glaubten, ein Kind erhalte nicht eher Leben, als

d) CARANZA tract. de partu naturali et legitimo, Lugd. 1629. 4. WILDVOGEL D. de iure embryonum, Ien. 1693. VERDYN D. de iure eorum, qui in vtero sunt, PAGENSTECHER visiones de ventre, Bremae 1714. MALINCROT D. de statu nondum natorum, indeque dependentibus iuribus et obligationibus, Giessae 1759. SCHWARZ D. de iure hominum nascitvrorum, Altorf 1725. HERTLING D. de ventre illiusque iure, Heid. 1712. et 1747. DÖRING D. de iuribus, quae nascituris et postumis intuitu successionis competunt, Erf. 1769. Mauchart über die Rechte des Menschen vor seiner Geburt, Frkf. und Leipz. 1782. 8.

e) WILDVOGEL Diss. cit. thes. 10.

f) L. 7. D. de ventre in poss. mitt. Pr. Inst. de ingen. L. 84. pr. D. de adquir. l. amitt. hered. L. f. C. de inst. et substit.

g) L. 2. D. de mort. inf. L. 12. §. 1. D. de liber. et post. hered. instit.

h) L. 1. §. 1. D. de ventr. inspic. c. 8. C. 32. §. 2. BRISSON. de verb. signif. voc. partus.

i) L. 9. §. 1. D. ad L. Falc. L. 7. §. 3. D. de exc. L. 1. §. 8. D. de cognat. L. 1. §. 1. D. de ventre inspic. PLVTARCH. de Placit. Philos. L. 5. c. 15. BOERS de anthropologia Ictrm. Roman. stoica, L. B. 1778. 8. IDSINGA in var. iur. ciuil. cap. 14. MERILL. in Obs. I, 16. OTTO in PAPINIANO IX. Pag. 220. NOODT Lib. sing. de part. expos. c. II. et XI. WALCH ad ECKART. herm. Pag. 227.

bey der Geburt, nachdem es Luft eingeathmet habe. Dieser irrigen Vorausſetzung gemäß, mußten die ältern römiſchen Rechtsgelehrten manche falſche Rechtsſätze aufſtellen. Es wurde z. B. die Abtreibung der Leibesfrucht blos für eine Beleidigung, die dem Manne zugefügt worden, angeſehen, aber für keinen Kindermord hielt man es nicht; und erſt unter dem Kaiſer Antonin dem Frommen, wurde die Strafe des Exiliums auf dieſe boshafte Handlung geſetzt, wenn der Mann dieſe Beleidigung rügte. Fiel dieſe Urſache weg, z. B. weil die Mutter keinen Mann hatte, ſo hatte auch keine Strafe ſtatt [k]). In der L. 4. D. de extr. crim. heißt es: eam, quae data opera abegit, a Praeſide in temporale exilium dandam: indignum enim videri poteſt, impune eam *maritum liberis fraudaſſe*. Dagegen kann nicht angeführt werden, daß in der L. 39. D. de poen. vom Tryphoninus aus dem Cicero angeführt wird, die Mileſia ſey wegen Abtreibung ihrer Leibesfrucht am Leben geſtraft worden; denn hier kam ein beſonderer Grad der Bosheit in Betrachtung, welcher darin beſtand, daß ſich die Mileſia von den Erben mit Gelde hatte beſtechen laſſen, um den Kindermord vorzunehmen.

So gewiß es alſo iſt, daß die Römer ungebohrne Kinder für keine bereits lebende Menſchen hielten [l]), ſo wenig kann es doch auch geleugnet werden, daß in vielen Stücken, zu ihrem Beſten die vortheilhafteſten Einrichtungen getroffen worden ſind; denn man ſahe ſie in Rückſicht der eigenen Vortheile, deren bereits gebohrne Kinder fähig ſind, und

k) L. 4. D. de extr. crim. L. 8. ad L. Corn. de ſicar. Seneca Conſolat. ad Helnet c. 16. Ivvenal. Satyr. VI, 595. Ovidivs Lib. I. Faſt. v. 621. Ramos Errores Tribon. de poena parricid. L. B. 1752. 4. Pag. 241. Byncкersh. curae ſecundae, Pag. 87. Oelrichs in Marciano, I, 7. Pag. 42. Amaya Obſ. III, 1. 2. Walch Diſq. ſec. de gen. fonte, etc. Ien. 1775. §. 5.

l) L. 12. D. de collat. bonor. L. 3. pr. D. de iniuſt. rupt. irrit. teſt.

und zu deren Genuß keine wirkliche Gegenwart nöthig war, vermöge einer Fiction, die sich auf eine Begünstigung gegen die künftige Geburt derselben und die Wohlfahrt des Staats, welche dadurch einen Zuwachs erhalten könnte, gründete, als wirklich gebohren an [m]), und dadurch ist die Regel veranlaßt worden: *nasciturus* pro iam *nato* habetur, quoties de eius commodo agitur. In unsern Zeiten hat man diese Grundsätze, auf Veranlassung der christlichen Religion noch weiter ausgebildet, und es wird daher das sorgfältigste Verhalten gegen ungebohrne Kinder erfordert. Daher darf

1) nichts geschehen, was die Leibesfrucht gänzlich zerstören, oder doch wenigstens ihre vollkommne Ausbildung hindern könnte. Schon die alten teutschen Nationen setzten auf hierher gehörende Handlungen Strafen, wiewohl ihre Verordnungen, wenn man die Westgothen ausnimmt, mehr gegen die Handlungen dritter Personen, als der Mutter des Kindes gerichtet waren [n]). Es darf

2) an der schwangern Mutter nichts vorgenommen werden, wodurch die natürliche Ausbildung ihrer Leibesfrucht gehindert oder gar vernichtet werden könnte [o]). Die Gesetze [p]) verbieten es daher,

α) eine schwangere Person eher zu begraben, als bis vorher die Frucht von ihr genommen worden. Ein solches Kind wird Caeso genennt, und davon ist ein Kind

m) L. 1. §. 1. et 15. D. de ventr. in poss. mitt. L. 231. D. de verb. signif. L. 7. et 26. D. de statu homin. L. 30. §. 1. D. de adquir. l. omitt. hered. L. 2. §. 6. D. de excus. tut. §. 4. Inst. de tut. Hertling Diss. cit §. 3. Gail Obs. I, 12. 13. Struv Exerc. 3. §. 3. Lauterbach h. t. §. 27. Wildvogel D. cit. c. 1. th. 2. Döring Diss. cit. §. 2.

n) Leg. Alem. tit. 90. Leg. Baioar. tit. 8.

o) Pet. Müller D. de iure praegnantium, Ien. 1732. 4. Hofmann Sched. de insign. puerperae iuribus, Regiom. et Lips. 1723.

p) L. 2. D. de mort. infer. Huber ad h. l. in *Eius* Dissert. Part. I. Pag. 235. Walch ad Eckart. Pag. 232.

unterschieden, welches beym Leben der Mutter herausgeschnitten werden müssen; denn dieses heißt Cäsar, auf welche Art der berühmte Julius Cäsar gebohren worden [q]).

β) Eine schwangere Frauensperson darf nicht genöthigt werden, die sonst vorgeschriebene Fasten zu beobachten, weil dieses der Leibesfrucht schädlich werden könnte [r]).

γ) Es darf eine schwangere Person, sie mag in der Ehe oder außer der Ehe leben, weder zu Anfange ihrer Schwangerschaft, noch in der Folge, so wenig mit der Marterschreckung als der Marter selbst belegt werden [s]). Die Ursache dieser Schonung liegt aber nicht blos in der Begünstigung der Leibesfrucht, sondern zugleich mit darin, daß die Mutter nicht selbst ums Leben komme [t]); und deswegen wird sie nicht einmal innerhalb der so genannten sechs Wochen gemartert, weil diese Zeit über gewöhnlich noch Blut von ihr geht, folglich sich ihre Blutgefäße noch nicht gehörig zusammen gezogen haben, und nun die Person durch Belegung mit der Marter in eine gefährliche Krankheit gestürzt werden könnte [u]). Sollten aber besondere Umstände die Entdeckung der Mitschuldigen nothwendig machen, so wird die Tortur blos die ersten 16 Tage ausgesetzt, jedoch wird bey der Marter nicht leicht der Daumenstock überschritten [x]). In dergleichen Fällen darf ihr aber das Kind nicht zum Stillen

q) Plinius in hist. nat. IX, 9.

r) Müller Diss. cit. c. 4. th. 22. Hofmann l. c. c. 1. §. 17. Zachias Lib. 5. tit. 1. qu. 5. n. 36.

s) Herrn von Quistorps peinl. Recht, Thl. 2. §. 727. S. 319. der 5ten Ausg. Grantz Def. inquis. P. I. c. 5. mbr. 2. sect. 3. art 4. n. 325. seq. art. 7. n. 689. Leyser Spec. 14. med. 1. Harprecht Dec. 124. n. 64.

t) Carpzov Prax. rer. crim. Qu. 118. n. 52. 53. Hofmann Diss. cit. §. 12.

u) Herr v. Quistorp a. a. O. Wildvogel c. l. thes. 15. Müller c. l. thes. 9. Hofmann c. l. Zachias Lib. 6. tit. 2. qu. 4. n. 20.

x) Herr v. Quistorp a. a. O. S. 320. Carpzov Quaest. 118. n. 63. Harprecht Cons. 18. n. 6.

Stillen gelassen werden, und sie bekommt es auch nicht eher wieder, als bis keine Gefahr mehr vom Genuß der Milch für das Kind zu befürchten ist [y]). Sollten aber auch die sechs Wochen vergangen seyn, schreibt der Hr. RR. Eichmann [z]), so kann man dennoch die Tortur noch nicht sogleich brauchen, sondern nur alsdenn, wenn, nach dem Gutachten des Arztes, die Person sich wieder in solchen Umständen befindet, daß sie ohne Lebensgefahr gefoltert werden kann; in welchem Falle sichs ebenfalls von selbst versteht, daß sie das Kind nicht eher schenken darf, als wenn ihre Milch völlig gesund ist, da alle kluge Aerzte behaupten, daß, wenn ein Kind die Milch einer gefolterten Mutter trinke, es dem Tode ausgesetzt sey, oder es wenigstens ein ungesunder Mensch werden könne. Macht also ein Richter Ansprüche auf gesunden Menschenverstand, so wird er ein unschuldiges Kind, das nichts Strafbares begangen hat, einer solchen Gefahr nicht aussetzen; und er verdient gezüchtigt zu werden, wenn er es thut. Was die Territion anbetrifft, so darf man solche die ersten 10 bis 15 Tage nach der Niederkunft ebenfals nicht brauchen, weil sie jetzt den Tod der Mutter und des Kindes, wenn man es von ihr stillen lassen wollte, verursachen könnte. Nach dieser Zeit kann sie gebraucht werden, wenn nicht etwa der Arzt wegen der kränklichen Beschaffenheit der Weibsperson eine Lebensgefahr befürchtet; jedoch muß der Richter auch bey der Territion wegen des Kindes behutsam seyn, und darf der Mutter, wenn sie auch selbst keine Sechswöchnerin mehr seyn sollte, nicht eher erlauben, ihr Kind zu stillen, als bis sie nach dem Gutachten des Arztes, es ohne Gefahr des Kindes thun kann.

δ) Ein noch wichtigeres Recht ist es, daß die Vollziehung einer Todesstrafe, an einer schwangeren Person nicht eher vollzogen werden darf, als nach erfolgter Niederkunft, und es wird nicht darauf gesehen, ob solche bald oder erst

y) Brvnnemann ad L. 3. D. de poenis.
z) Der Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 2. S. 199.

erst in einiger Zeit erfolgen werde, ob die Mutter eine verheyrathete oder unverheyrathete Person ist; denn hier würde das Kind unverdienter Weise gestraft werden [a]). So hielten es schon die Aegypter, die Griechen und die Römer [b]). Mehrere Rechtslehrer behaupten, es dürfe, um einen Abortus zu vermeiden, der schwangern Mutter nicht einmal das Todesurthel publicirt werden [c]). Selbst nach der Niederkunft pflegt auch bey Todesurtheln, die Zeit von sechs Wochen gewöhnlich abgewartet zu werden [d]), ob es gleich nicht nöthig ist, weil der Grund, warum es bey der Tortur so gehalten wird, hier ganz wegfällt; es müßte denn noch Niemand vorhanden seyn, der das Kind säugte.

ε) Auch andere willkührliche Leibesstrafen werden an schwangern Personen nicht vollstreckt, ohne zu unterscheiden, ob durch die Strafe dem Körper ein Glied genommen, oder ihm blos Schmerzen verursacht wird, welches z. B. durch das Brandmarken, den Stockschilling geschieht [e]). Wenn die Person entbunden worden, und sie säugt das Kind nicht selbst, so geht es an, die Strafe nach Verfluß der sechs Wochen an ihr zu vollziehen. Soll aber die Mutter das Kind selbst stillen, so muß die Vollstreckung der Leibesstrafe so lange aufgeschoben werden, als das Säugen dauert [f]), oder die Strafe wird in eine andere verwandelt, oder man mäßigt

a) Arg. L. 18. D. de statu hom. L. 3. D. de poen. CARPZOV Qu. 118 n. 54. LEYSER Spec. 14. med. 1. Herr v. Quistorp a. a. O. S. 414.

b) PLVTARCH. de his qui sero a num. pun. DIOD. SICVL. Lib. I. MENAG. ant. iur. ciuil. c. 21. BRISSON. Ant. II, 20. PAVLI rec. sent. I, 12. 5. HOFMANN cit. Diss. §. 14.

c) Herr v. Quistorp a. a. O. S. 414. HOMMEL D. de caut. publ. sent. crim. §. 17.

d) Herr GR. Carrach in den peinl. Urtheilen, Nr. 19.

e) CARANZA cit. l. c. 2. §. 4. n. 29. WILDVOGEL Diss. cit. c. 4. thes. 12. 13. HOFMANN cit. l. §. 11.

f) CARPZOV Quaest. 137. n. 21. HOFMANN Diss. cit. §. 11.

mäßigt sie dergestalt, daß das Kind ohne Schaden von ihr gesäugt werden kann [g]). Eine Ausnahme leiden jedoch diese Grundsätze, bey Vollstreckung der Strafe des Zuchthauses oder Staupbesens; denn eine schwangere Person kann gar wohl ins Zuchthaus gebracht werden, wo gegen die Zeit ihrer Niederkunft dafür gesorgt wird, daß ihr das Gefängniß unschädlich ist, zu welcher Absicht man sie in einer Stube oder Kammer bey dem Gefangenwärter verwahrt, bis nach den sechs Wochen, und auch nach dieser Zeit muß sie so gehalten werden, daß das Kind nicht um die gute Milchnahrung kommt. Den so genannten Willkommen setzt man so lange aus, bis das Kind entwöhnt worden. Mit der Strafe des Staupbesens pflegte ehemals nach dem Gerichtsgebrauche, wenn die Person in ihrer Schwangerschaft noch nicht bis zur Hälfte gekommen war, eine Verwandlung in die beständige Landesverweisung vorgenommen zu werden [h]), in welchem Falle das Urthel folgende Worte enthielt: es wolle denn die Obrigkeit, in Ansehung daß die Gefangene schwangern Leibes sich befindet, und annoch eine geraume Zeit zur Geburt vor sich hat, den Staupenschlag in die ewige Verweisung verwandeln, solches wäre sie zu thun wohl befugt, und würde sodann die Verweisung nach Erstattung der Unkosten und abgelegter Urphede billig vollstreckt. Man hielt diese Verwandlung für besser, als wenn blos auf einen gemäßigten Staupenschlag erkannt wurde. Ist die schwangere Person schon über die Hälfte ihrer Schwangerschaft herauf gekommen, so wird der Staupbesen erst nach Ablauf der sechs Wochen vollstreckt, und solcher dergestalt vorgenommen, daß dem Kinde die Nahrung der Muttermilch nicht gefährlich werden kann [i]), in welchem Falle das Urthel folgendermaßen abgefaßt zu werden pflegt: jedoch wird mit Vollstreckung dieses Urthels, bis sie des Kindes genesen, und noch sechs Wochen darnach, billig

g) Harpr. Conf. 31. n. 21. Conf. 59. n. 134.
h) Wildvogel Diff. cit. cap. 4. thes. 12.
i) Wildvogel l. c. Hofmann l. c.

lig in Ruhe gestanden, auch alsdenn die zuerkannte Leibesstrafe, daferne sie ihr Kind selbst säuget, an ihr dergestalt, daß demselben dadurch an seiner Nahrung kein Abbruch geschehe, vollstrecket.

ζ) Mit solchen Strafen, die nicht zu den Leibesstrafen gerechnet werden, deren Vollstreckung aber doch eben so gefährlich für die Frucht seyn könnte, pflegt es eben so gehalten zu werden, wie mit der Vollziehung der Leibesstrafe. Da aber diese Strafen sehr verschieden sind, und mehrentheils die Bestimmung derselben der Willkühr des Richters überlassen worden, so ist es seine Pflicht, eine den Umständen angemessene Strafe zu wählen. Eben deswegen macht man von den sogenannten ehrenrührigen Strafen, z. B. dem Pranger, dem Halseisen, dem Lastersteine, den Flaschen, dem Trillhause, dem Auspaucken, bey schwangern Personen keine Anwendung; oder die Vollstreckung derselben muß wenigstens so lange ausgesetzt werden, bis die Niederkunft erfolgt ist, und die sechs Wochen verflossen sind, auch dafür gesorgt werden, daß das Kind nicht um seine Milchnahrung komme. Nicht einmal die Gemüthsstrafen, z. B. die Kirchenbuße, der Wiederruf, sind während der Schwangerschaft zu vollstrecken; sondern man verschiebt die Kirchenbuße und den vor gehegtem öffentlichen peinlichen Halsgerichte abzulegenden Wiederruf, bis nach der Niederkunft und den sechs Wochen; bey andern Gemüthsstrafen hält man aber eine solche Aussetzung nicht für nöthig, es müßte denn die besondere Denkungsart der schwangern Person diesen Aufschub nöthig machen. Wäre einer solchen Person der Genuß des heiligen Abendmahls zeither untersagt gewesen, so kann sie dennoch kurz vor der Niederkunft nicht weiter davon ausgeschlossen werden [k]). Alle Strafen, welche die Freyheit einschränken, wohin die Verstrickung, die Landesräumung, die Landesverweisung, das Gefängniß, Verstoßen ins Kloster gehören, können, wenn man

k) Pet. Müller D. de poenit. eccles. cap. 3. n. 27.

man die letztern ausnimmt, während der Schwangerschaft, der Regel nach unter der gehörigen Vorsicht, vollstreckt werden. Es muß nämlich bey der Gefängnißstrafe der Richter dafür sorgen, daß die Gefangene so gehalten werde, damit das Gefängniß der Frucht nicht schädlich werde. Gegen die Zeit der Niederkunft, ist es dem Richter erlaubt, die schwangere Person auf freyen Fuß zu stellen, wenn er hinreichende Ursache hat, zu glauben, sie werde sich nicht auf die Flucht begeben; sollte er aber dieses mit Recht befürchten, so wird die Person in einer Stube oder Kammer bey dem Gefangenwärter gefangen gehalten. Kann man sie wegen Verdachts der Flucht, nicht ohne Fesseln und Banden sitzen lassen, so sind ihr solche in der Maaße anzulegen, daß sie der Leibesfrucht nicht schaden. Wäre ihr das Gefängniß bey Wasser und Brod zuerkannt worden, so darf ihr während der Schwangerschaft und so lange das Kind saugt, die nöthige Speise nicht entzogen werden. Uebrigens läßt sich das, was bey der Gefängnißstrafe als Strafe Rechtens ist, auch anwenden, wenn dergleichen Personen, wegen eines begangenen Verbrechens gefangen sitzen, um die Untersuchung desselben anzustellen. Von der Landesverweisung und der Landesräumung kann auch während der Schwangerschaft Gebrauch gemacht werden, es müßte denn a) die Frucht dadurch in Lebensgefahr kommen, weil die Mutter z. B. einen weiten und wohl gar gefährlichen Weg gehen muß, oder b) die Niederkunft ist sehr nahe, daher solche erst abgewartet werden muß [1]). Daß eine schwangere Person mit einer Geldstrafe gezüchtigt werden könne, ist der Regel nach nicht zu bezweifeln, sie müßte denn dadurch ganz verarmen, und wegen Krankheit nicht im Stande seyn, sich das Leben fortzubringen.

n) Au-

1) Brvnnemann ad L. 18. D. de statu homin. Hahn ad Wesenb. h. t. n. 3. Richter Dec. 1. n. 35. Dec. 7. n. 3. Wildvogel Diss. cit. thes. 14. Hofmann Diss. cit. §. 10.

η) Außer den angeführten Strafen dürfen schwangere Personen zu keinen solchen Handlungen gezwungen werden, wodurch fürchterliche Vorstellungen in ihrer Seele entstehen können, und dadurch folglich der Kreislauf des Blutes in eine schädliche Störung gebracht wird; denn dieses schadet der Leibesfrucht sehr leicht. Die Rechtslehrer rechnen unter diese fürchterlichen Handlungen, die Ablegung eines feyerlichen Reinigungseydes an der Gerichtsstelle. Wie bekannt, nimmt man fürchterliche Feyerlichkeiten dabey vor, indem auf einer schwarzen Tafel ein Todtenkopf, wohl auch ein ausgezogenes Schwerdt, ein Crucifix liegt, brennende Lichter darauf stehen, und in der Gerichtsstube fürchterliche Bilder vom jüngsten Gericht u. dergl. befindlich sind [m]). Diese fürchterlichen Anstalten, und die drohenden Vorstellungen bey der Warnung vor dem Meineyde, können in der Schwörenden eine solche Alteration hervorbringen, daß sie abortirt. Dieser Ursachen wegen wird die Ablegung des Reinigungseydes, bis nach der Niederkunft und der Entwöhnung des Kindes, ausgesetzt. Soll ein anderer Eyd geschworen werden, oder der schwangern Person wird aufgelegt, etwas eydlich auszusagen, so kann sie sich der Regel nach dieser Handlung aus den obigen Gründen nicht entziehen, und sie muß zu dem Ende im Gericht erscheinen, wenn ihr der Richter den Eyd nicht in ihrer Wohnung abnehmen will. Man schiebt jedoch auch hier diese Handlung auf, wenn der Arzt erklärt hat, daß der Frucht Nachtheil bevorstehe, wenn man die Mutter mit Gewalt zu Ablegung dieses Eydes nöthigen wollte. Hauptsächlich darf der Richter alsdenn kein Bedenken tragen, bey einer schwangern Person, die sich eine gewissenhafte Bedenklichkeit daraus macht, einen Eyd zu schwören, damit zu warten, wenn die Sache ohne Jemandes Nachtheil ruhen kann; zur Kostenerstattung, die dadurch veranlaßt worden, ist aber die Person aller-

m) Herr von Quistorp im peinl. Rechte, Thl. 2. S. 368. §. 760.

allerdings verpflichtet. Einige Rechtslehrer n) behaupten zwar, daß der Eyd nicht ausgesetzt werden dürfe, a) wenn die Person von gemeinem Stande und so gesund sey, daß sie eine Last tragen könne; b) wenn sie eine Hure sey. Diese Ausnahmen sind aber nicht zu billigen, weil die Mutter um ihres Kindes willen geschonet werden soll, und dieses bey dergleichen Personen ebenfalls in Lebensgefahr gerathen könnte.

3) Kinder, die noch nicht gebohren sind, genießen außer den angeführten Vortheilen auch mehrere von denjenigen Rechten, die zum Recht der Personen gehören. Ist daher

α) die Mutter zur Zeit der Empfängniß eine freye Person gewesen, nach der Zeit aber in die Sclaverey gerathen, so muß ihr Kind dennoch, gleich mit der Geburt für ein freyer Mensch gehalten werden, weil das Unglück der Mutter, oder ihre schlechte Handlung der Leibesfrucht nicht nachtheilig seyn kann o).

β) Wurde eine schwangere Person frey gelassen, sie gerieth aber nach der Zeit wieder in die Sclaverey, und brachte nunmehr ein Kind zur Welt, so hielt man ihr Kind dennoch nach dem neuern römischen Rechte für frey p), wiewohl dieses nach dem ältern römischen Rechte weder in diesem noch dem obigen Falle statt hatte q).

γ) Wie bekannt, geht es an, einem noch nicht gebohrnen Kinde die Freyheit zu schenken, und dieses hat die Folge, daß alle Kinder frey sind, wenn die Mutter Zwillinge oder gar Drillinge gebohren haben sollte r). Jeder von diesen

n) Müller D. cit. thes. 19. Hofmann l. c. §. 9. Wildvogel Diss. cit. th. 17.

o) Pr. Inst. de ingen.

p) Wildvogel Diss. cit. c. 2. thes. 2. Frantzk. h. t. n. 29. 30.

q) Paul. Sent. II, 24. Cai Inst. V, 4. in fine.

r) L. 14. C. de fideic. libert.

sen drey Fällen läßt sich auf unsere Leibeigenen anwenden.

δ) Stand der Vater eines noch nicht gebohrnen Kindes unter der väterlichen Gewalt, und er wurde nun emancipirt, oder einem andern an Kindesstatt überlassen, so bleibt dieses ungebohrne Kind, wenn es gebohren worden, der Gewalt seines Großvaters unterworfen. Kinder hingegen, die erst nach geschehener Emancipation oder Ueberlassung an Kindesstatt, von ihrer Mutter empfangen worden, stehen unter der väterlichen Gewalt ihres Vaters, oder des Großvaters, von dem die Annahme an Kindesstatt geschehen ist [s]).

ε) Stirbt der Vater des in einer rechtmäßigen Ehe empfangenen Kindes, ehe solches gebohren worden, so erlangt es nichts desto weniger den Stand und die Würde seines Vaters [t]); wenn aber der Vater des ungebohrnen Kindes, vor der Geburt desselben zwar nicht gestorben, aber doch seinen Stand und Würde verloren haben sollte, so schadet dieses dem nachher gebohrnen Kinde ebenfalls nichts, es müßte denn in Gesetzen auf die Handlung des Vaters dieser Verlust bestimmt seyn [u]). Eben deswegen gehören solche Kinder z. B. zum Adel, wenn ihr Vater vorher adelich war; ja es kommt auch darauf nicht an, daß der Vater bey ihrer Empfängniß die Würde noch nicht hatte, sondern sie erst während der Schwangerschaft der Mutter erhielt, solche aber wieder verlor, ehe dieses Kind gebohren wurde [x]).

ζ) Nach der Behauptung verschiedner Rechtsgelehrten [y]), können ungebohrne Kinder durch ein Rescript des Regen-

s) §. pen. Inst. quib. mod. patr. pot. soluit.
t) L. 26. D. h. t.
u) L. 7. §. 1. D. de senat. L. 2. §. 2. 3. D. de decurion.
x) L. 2. §. 6. D. de decur. WILDVOGEL Diss. cit. c. 2. thes. 14.
y) Herr MR. Eichmann a. a. O. Thl. 2. S. 212. WILDVOGEL l. c. th. 22—24.

Regenten legitimirt werden, weil auch hier die Regel anwendbar ist, daß ein ungebohrnes Kind für gebohren gehalten werden soll, wenn von seinen Vortheilen die Frage ist, und der Fall gar wohl möglich ist, daß ein Vater dieses Kindes so krank ist, daß sein Tod vor der Geburt desselben befürchtet werden muß.

η) Daß ungebohrne Kinder an Kindesstatt angenommen werden können, geht ebenfalls an; und so werden sie auch den ehelich gebohrnen gleich gehalten, wenn sie zwar außer der Ehe empfangen worden, die Eltern ließen sich aber noch vor der Geburt trauen [z]).

4) Genießen ungebohrne Kinder viele Rechte, die zum Sachenrechte gehören; denn

α) kann von ihnen eine Servitut, eine Hypothek und manches andere Recht erworben werden, nur muß dieses Recht nicht seiner Natur nach eine solche Acquisition unmöglich machen [a]), welches z. B. bey Verleihung eines beneficii ecclesiastici der Fall ist, welches nach dem Tridentinischen Concilium keinem Embryo ertheilt werden soll.

β) Es können fremde ungebohrne Kinder, nach dem neuern römischen Rechte, zum Erben eingesetzt werden, ja der Vater muß es thun, wenn sein Testament nicht als nichtig über den Haufen fallen soll [b]).

γ) Da ungebohrne Kinder zu Erben ernannt werden können, so ist es auch erlaubt, sie dem eingesetzten Erben zu substituiren [c]).

δ) Wenn der Erblasser eine schwangere Witwe hinterläßt, und die übrigen Erben wollen seine Erbschaft theilen,

z) L. 11. C. de natur. liber.

a) Wildvogel Diss. cit. c. 3. thes. 2. 3. 4. Hartleben Spec. 16. med. 3. Vol. I. Part. II. Fasc. 1. Pag. 9. Conc. Trident. Sess. XXIV. c. 2. de reform.

b) §. 5. Inst. de exh. lib. L. 4. C. de lib. praet. L. 1. C. de post. hered. instit. Döring D. cit. 4. 5.

c) L. 2. §. 4. D. de vulg. et pup. substit.

len, so muß das ungebohrne Kind als drey Personen gerechnet, und für solches drey solche Theile zurück behalten werden, als jeder Erbe bekommt, weil die Gesetze die Möglichkeit annehmen, daß die Mutter mit drey Kindern niederkommen könnte [d]).

e) Es kann ferner einem ungebohrnen Kinde ein Legat ausgesetzt werden; jedoch bekommt ein solches Kind alsdenn kein Vermächtniß, wenn dasselbe Kindern überhaupt, Söhnen und Töchtern, ausgesetzt worden, ohne des ungebohrnen deutlich zu erwähnen [e]). Es gilt hier nicht der Schluß: wenn Kindern in einem Testament ein Vormund bestellt worden, so erstreckt sich diese Vormundschaftsbestellung auch auf die ungebohrnen, weil diese als stillschweigend darunter gemeynt angenommen werden, folglich muß auch das nicht genannte ungebohrne Kind, an den Vermächtniß der genannten Kinder Theil nehmen. Es verstattet dieses die Verschiedenheit der Fälle und des dabey eintretenden Grundes nicht; denn der Vater bestellt, vermöge seiner väterlichen Gewalt, die Vormünder seiner Kinder, und unter diese gehören die ungebohrnen ebenfalls; Vermächtnisse aber werden den Kindern nicht deswegen hinterlassen, weil sie Kinder sind, sondern weil der Erblasser eine besondere Liebe und Neigung gegen sie hat [f]). So viel ist aber gewiß, daß, wenn der Erblasser blos einen Posthumus in seinem letzten Willen angeführt hat, und es werden mehrere gebohren, so haben sie alle an dem Legat Antheil [g]).

5) Die Gesetze haben auch in Rücksicht der Intestaterbfolge für noch nicht gebohrne Kinder gesorgt, und wollen, daß sie keinesweges davon ausgeschlossen werden sollen, wie

d) L. 3. D. si pars hered. petat.

e) L. 17. D. de legat. I.

f) Vinnius ad tit. Inst. qui test. tut. dari poss. §. fin. Hopp in Comm. ad h. t. Inst. Döring Diss. cit. §. 11.

g) L. 17. §. 1. D. de legat. I.

wie bey Erklärung der Lehre von der Intestaterbfolge gezeigt werden wird [h]).

Ungebohrne Kinder werden zwar für bereits gebohren gehalten, wenn von dem, was ihnen nützlich seyn würde, wenn sie schon gebohren wären, die Rede ist; es wird aber doch auch Folgendes vorausgesetzt, und zwar

1) daß hinlängliche Gründe vorhanden sind, woraus mit Recht geschlossen werden kann, daß sie würklich empfangen worden sind. Kann der Richter daran zweifeln, so muß eine Untersuchung der Schwangerschaft der Mutter von den Aerzten vorgenommen werden. Ausführlich wird diese Materie im Titel de ventre in poss. mittendo aus einander gesetzt.

2) Muß die wirkliche Geburt des Kindes zu rechter Zeit wirklich erfolgen. Wie dieses zu verstehen sey, werden wir im folgenden Paragraphen sehen [i]).

3) Muß der Embryo als ein lebendiger und vollkommner Mensch, und nicht als eine Mißgeburt gebohren werden [k]). Welche Kinder für lebendige und lebensfähige zu halten sind, wird ebenfalls im folgenden Paragraphen vorkommen, nachdem hier erst über die Beschaffenheit und die rechtlichen Folgen einer Mißgeburt das Nöthige gesagt worden.

Eine Mißgeburt, monstrum, prodigium, nennt man es, wenn die Mutter von einem Geschöpfe entbunden worden, welches die Gesetze für keinen wirklichen Menschen erkennen [l]). Nach dem Willen der Gesetze kommt es einzig und allein auf den Kopf an, ob eine menschliche Geburt für eine Mißgeburt zu halten ist, oder nicht. In Gesetzen wird daher diejenige Geburt eine Mißgeburt genennt,

h) Döring Diss. cit. Rays Diss. cit.

i) Maaßart über die Rechte des Menschen vor seiner Geburt, §. 10.

k) L. 2. 3. C. de post. hered. instit.

l) Linck D. an monstra ex homin. nata sint homines? Arg. 1732. Weber D. de iure monstrorum, Gies. 1712.

welche keinen menschlichen Kopf hat, sondern den Kopf eines Thieres, z. B. eines Kalbes, Schweines, Esels, Hundes [m]). Weil die alten Philosophen behaupteten, die Seele habe im Gehirn ihren Sitz, und nur durch dieses werde der Mensch in den Stand gesetzt, frey zu handeln, so bauten die Gesetzgeber ihre Verordnung darauf: wenn einer menschlichen Geburt der menschliche Kopf fehle, so habe sie auch keine menschliche Seele. Da aber einige neuere Aerzte [n]) diesen Mißgeburten die Seele nicht absprechen, so hat dieses einige Rechtslehrer [o]) veranlaßt, die Gültigkeit der römischen Gesetze in unsern Gerichten zu bestreiten, weil sie gegen die neuern bessern Kenntnisse der Physik stritten. Darauf antwortet Herr RR. Eichmann: wir müssen den Gesetzen folgen, bis es unsern Gesetzgebern gefällt, etwas anders zu verordnen, und mit Recht werden solche Mißgeburten für keine Menschen gehalten [p]), folglich fallen auch die Rechte weg, die in den Gesetzen Kindern vorbehalten worden, die zu rechter Zeit in menschlicher Gestalt zur Welt kommen. Herr HR. Glück bemerkt: der Geist jener Gesetze ist ohne Zweifel dieser, daß eine solche Mißgeburt darum von den Rechten der Menschen ausgeschlossen seyn solle, weil ihr der Character der Menschheit fehlt. Da nun der Mensch von andern Thieren sich vorzüglich darin unterscheidet, daß er der Vernunft in einem hohen Grade fähig ist, diese Fähigkeit aber eine gewisse feine Organisation des Gehirns vorauszusetzen scheint, so hat man daraus den richtigen Schluß gemacht, daß mit eben dieser Organisation der Cha-

m) L. 14. D. h. t. — non sunt liberi, qui contra formam humani generis conuerso more procreantur, veluti si mulier *monstrosum* aliquid aut *prodigiosum* enixa sit. L. 135. D. de verb. signif. Merill. Obs. I, 33.

n) Boerner Inst. med. legal. §. 69. Kannegieser Inst. med. for. c. 1. §. 88. Lvdwig Med. for. §. 155. 406.

o) Hommel Obs. for. Vol. VI. Obs. 905. Pag. 588. Hartleben Vol. I. P. II. Pag. 7.

p) L. 14. D. de statu homin. L. 3. C. de post. hered. instit.

Character der Menschheit so genau verbunden sey, daß er ohne sie nicht bestehen könne. Da aber diese Organisation auf keine andere Art, als aus dem Bau des Schedels, in so fern er mit dem bey Menschen gewöhnlichen übereinstimmt, vermuthet werden kann, so muß man diesen Theil der Physiognomie hier zum Grunde legen, und annehmen, daß nur in einem auf gewöhnliche Art gebauten menschlichen Schedel, eine der Vernunft günstige Organisation des Hirns statt finde, mit einem Schedel aber, dessen Bau mit der Figur anderer Thierschädel übereinstimmt, eine dem Denken ungünstige Organisation verknüpft sey. Sodann ist ja überhaupt die Gestalt eines menschlichen Angesichts ein so wesentliches Stück der Menschheit, daß ohne dieselbe eine Geburt unmöglich für eine menschliche gehalten werden kann, wenn man auch annehmen wollte, daß in einer Mißgeburt eine menschliche Seele wohnen könnte. Allein auch dieses läßt sich nicht erweisen. Quod vero inuincibiliter ignoramus, perinde est, ac si non existeret. Zwar schlägt Teichmeyer in seinen Inst. med. leg. S. 86 vor, man solle warten, bis etwa mit der Zeit aus weitern Handlungen einer solchen Mißgeburt gewisser geschlossen werden könne, ob eine vernünftige Seele in ihr wohne, oder nicht. Es muß aber nur die Frage in den mehresten Fällen sehr bald entschieden werden, da solche Geburten bald wieder sterben, und nun gleich über die Erbfähigkeit derselben gestritten wird. Die Stelle des Ulpians in der L. 135. D. de verb. sign., wo es heißt: quaerat aliquis, si portentosum vel monstrosum vel debilem mulier ediderit, vel qualem visu vel vagitu nouum, non humanae figurae, sed alterius magis animalis, quam hominis partum, an quia q) enixa est, prodesse ei debeat? Et magis est, vt haec quoque parentibus prosint: nec enim est, quod eis imputetur, quae qua-

q) Cathar. Obs. III, 15. in Meerm. Thes. Tom. VI. Pag. 787. will lesen: an *quae* enixa est, prodesse ei debeant.

liter potuerunt, ſtatutis obtemperauerunt, neque id, quod fataliter acceſſit, matri damnum iniungere debet, iſt nicht gegen dieſe Behauptung; denn ſie bezieht ſich, wie man aus der Inſcription ſogleich ſieht, auf die Verordnung des Popäiſchen Geſetzes, welches Strafen unfruchtbarer und Belohnungen fruchtbarer Ehen feſtſetzte. Eine ſolche Strafe war es z. B. daß Ehegatten ohne Kinder, nicht mehr als den zehnten Theil ihres Vermögens von einander erbten, und von fremden Erbſchaften blos die Hälfte erhielten [r]). Alle dieſe Strafen konnten auf ſolche Eltern nicht angewendet werden, die Mißgeburten gezeugt hatten; denn es war ein Unglücksfall. Erklärt man dieſe Stelle auf dieſe Art, ſo widerſpricht ſich Paulus in der L. 14. D. de ſtatu hom. und Ulpian in dieſer Stelle nicht, und die Behauptung des Merillius, daß eine Verſchiedenheit der Meynungen hier vorkomme, ſcheint ſo wenig gegründet zu ſeyn, als man mit dem Wiſſenbach annehmen kann, daß die L. 14. ein Emblem enthalte [s]). Die angeführte Erklärung wird von mehrern Rechtslehrern [t]) gebilligt. Der Herr GJR. Walch hält es gar nicht einmal für nöthig, bey dieſer Stelle auf die Inſcription Rückſicht zu nehmen; denn ſchon ihr Inhalt gebe zu erkennen, daß

r) Vlpian. in frag. tit. 15. Sozomenvs hiſt. eccleſ. Lib. 1. cap. 9. Heinecc. ad Leg. Pap. Popp. Lib. 2. c. 21. Pag. 344.

s) Merill. Obſ. I, 33. Wissenbach de Emblem. Pag. 339. Schvlting ad Paul. rec. ſent. tit. IX. not. 12. in *Eius* Iurispr. anteiuſt. Pag. 415. Wybo Tribon. defenſ. ad L. 14. D. de ſtatu hom.

t) Gothofr. ad Leg. Pap. Popp. c. 12. Heinecc. h. l. Lib. 2. c. 14. Pag. 264. de Retes ad L. 1. et 2. C. de iure liberor. c. 6. in Meerm. Theſ. Tom. VI. Pag. 89. Manzano ad Leg. Iul. Lib. 4. reliq. 34. in Meerm. theſ. Tom. 5. Pag. 502. van de Poll de exhered. liber. Vltr. 1712. c. 39. §. 13. Pag. 247. de Graeve ad Pand. Ex. 1. §. 16. Pag. 15. Schvlting ad Prota, h. t. §. 3. in *Eius* Com. Vol. 4. Pag. 48.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0204
DFG

daß in beyden Stellen eine ganz verschiedne Frage entschieden sey. Seine Worte u) sind folgende: vbi paullo curatius perpendamus VLPIANI verba, solummodo quaestionem in medium profert, num matri quoque ita prosit *monstrum*, quod in lucem edidit, vt ex eo colligendum sit, illam statutis obtemperasse; et ideo non potuit, quin omnino haec adfirmetur quaestio; PAVLVS autem verbis, quae L. 14. D. de statu hominum habentur, quaeue etiam lib. 4. recept. sent. tit. 9. §. 3. exhibentur, ita sunt comparata, vt solum, qui sint liberi, definiant, hocque a numero liberorum monstra excludant. Die Strafen des Papischen Gesetzes durften noch weniger bey Eltern angewendet werden, deren Kinder wieder gestorben waren; denn sie erbten eines jeden solchen Kindes wegen ein Zehntheil der Erbschaft von einander, und wenn sie drey solche Kinder gehabt hatten, so wurden sie dadurch fähig, vt inter se solidum capere possent v). Nach dem Willen der Gesetze ist also eine Mißgeburt kein Mensch; sie erwirbt keine Rechte, und kann sie daher auch nicht auf andere übertragen.

Von den Mißgeburten sind die sogenannten fehlerhaften Geburten wohl zu unterscheiden, und sie heißen in Gesetzen, ostenta, portenta. In der L. 38. D. de verb. signif. heißt es davon: *ostentum* Labeo definit omne contra naturam cuiusque rei genitum factumque. *Duo genera* sunt ostentorum; *vnum*, quoties quid contra naturam nascitur, tribus manibus forte aut pedibus, aut qua alia parte corporis, quae naturae contraria est; *alterum*, cum quid prodigiosum videtur, quod Graeci Φαντασματα i. e. visiones vocant. Für eine solche fehlerhafte Geburt wird ein Kind gehalten,

u) WALCH ad ECKH. Pag. 372.

v) VLPIAN. in fragm. tit. 16. §. 1. in SCHVLTING. Iurispr. Pag. 611.

wenn es drey Arme, oder drey Füße, oder drey Finger hat; oder der Kopf ist nicht ganz so gestaltet, wie bey gesunden Kindern, z. B. es wäre der Schedel schief oder spitzig, oder das Gesicht hätte ein häßliches Ansehen, wegen eines verunstalteten Mundes, oder Nase. Diese Kinder haben nach der L. 14. h. t. alle Rechte zu genießen, die völlig gesunden Kindern zu Theil werden, und von ihnen gehen solche auf andere über. Von diesen Kindern heißt es in der L. 14. h. t. partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliauit, aliquatenus videtur effectus, *et ideo inter liberos connumerabitur* x). Man hat behauptet, Justinian habe in der L. 3. C. de post. hered. inst. etwas anders verordnet, weil er daselbst nur einer vollkommenen Geburt menschliche Rechte beylegt. Es zeigt aber der Zusammenhang des angeführten Gesetzes, und besonders zeigen die letzten Worte desselben, daß Justinian von keiner in diesem Verstande vollkommnen Geburt habe reden wollen, sondern von einem Kinde, welches bereits völlig von der Mutter abgesondert worden. Diese nennt er eine vollkommen gebohrne Frucht, wovon aber eine vollkommne Geburt, wie wir gleich sehen werden, unterschieden ist y). Nach dem angeführten Gesetz bricht eine wirkliche Mißgeburt das Testament schlechterdings nicht, wenn gleich in demselben der nachgebohrnen Kinder mit keinem Worte gedacht worden seyn sollte.

Zum Beschluß dieses Paragraphens bemerke ich, daß, wenn gleich ein ungebohrnes Kind für bereits gebohren gehalten wird, wo es auf seinen Vortheil ankommt, diese Fiction jedoch auf das Beste einer dritten Person, der Regel nach keinen Einfluß hat z), und sie keinen Vortheil davon ziehen kann; daher es in der L. 7. D. h. t. heißt: quamquam *alii*, antequam nascatur, *nequaquam prosit*. Wenn daher

x) Chesii Interpr. iuris I, 27. 10. in Iurispr. Rom. et Attrica, Tom. II.

y) Rays Diss. cit. §. 14.

z) L. 7. D. h. t. L. 231. D. de V. S.

daher 1) eine gewisse Anzahl Kinder von Uebernahme der Vormundschaft befreyet, so darf der Vater sein ungebohrnes Kind nicht mit rechnen, um diese Zahl heraus zu bringen [a]). So kann auch 2) ein ungebohrnes Kind noch nicht als bereits gebohren angesehen werden, wenn auf eine bestimmte Anzahl von Kindern ein besonderes Vorrecht zur Belohnung ausgesetzt worden, und der Vater eine solche Anzahl schon haben würde, wenn man das noch ungebohrne Kind mitzählen wollte. Da ungebohrne Kinder keiner dritten Person Vortheil verschaffen, so würde es unbillig seyn, ihr deswegen eine Last aufzulegen. Wenn daher ein Gesetz befiehlt, daß jeder Einwohner eine Personensteuer bezahlen soll, so kann man die Mutter nicht anhalten, für ihr noch ungebohrnes Kind dieselbe ebenfalls schon zu bezahlen [b]).

§. 115.

Wir haben uns zeither mit den Rechten noch nicht gebohrner Menschen beschäftigt, und nunmehr soll von den gebohrnen das Wichtigste bemerkt werden. Hier kommt vor allen Dingen der Umstand in Betrachtung, daß gebohrne Menschen entweder lebendige oder todtgebohrne seyn können. Ein lebendiges Kind ist dasjenige, welches, nachdem es völlig von der Mutter abgesondert worden, Zeichen des Lebens an sich gehabt hat; unter einem todtgebohrnen Kinde hingegen versteht man ein solches, an welchem kein Zeichen des Lebens zu entdecken war, nachdem es von der Mutter völlig abgesondert worden, es mag übrigens das Leben erst unter der Geburt, oder schon vorher verloren haben. Die Gesetze halten zwar die ungebohrnen Kinder für bereits gebohrne, wenn davon die Rede ist, was zu ihrem Besten gereicht; sie verordnen dieses aber nur unter

a) L. 2. §. 6. D. de excusat. tut. ibique Cuiacius.
b) Hr. RR. Eichmann a. a. O. Thl. 2. S. 240.

ter der Bedingung, wenn sie nachher wirklich **lebendig** auf die Welt kommen; denn der ganze Grund dieser von den Gesetzen angenommenen Fiction, besteht in der Vorsorge, daß künftige Mitglieder des Staats keinen Mangel an den nöthigen Lebensbedürfnissen leiden sollen. Tritt nun der Fall nicht ein, daß das zeither ungebohrne Kind wirklich **lebendig** gebohren wird, so fallen auch alle Würkungen der zeitherigen Fiction weg. **Ein todtgebohrnes Kind** erklären die Gesetze für kein wirkliches Kind, wie man aus der L. 129. D. de verb. signif. sieht, wo es heißt: qui *mortui* nascuntur, neque nati, neque procreati videntur; quia *nunquam liberi* appellari potuerunt. Begraben müssen diese todtgebohrnen Kinder zwar allerdings werden, da sie Menschen sind, und es darf daher das ordentliche Begräbniß derselben nicht verboten werden; nur ist es bey den Protestanten nicht erlaubt, die gewöhnlichen Feyerlichkeiten bey einem solchen Begräbniß zu beobachten, wenn das Kind nicht wenigstens **vier und einen halben** Monat alt ist [c]).

Lebt ein Kind, nachdem es von der Mutter abgesondert worden, wirklich, so kommt der Regel nach nichts darauf an, ob dieses Kind auf natürliche Weise gebohren worden, oder durch Hülfe der Aerzte, ob die Mutter darüber gestorben, oder am Leben geblieben ist. Der Ausschnittlinge ist bereits S. 121 gedacht worden, und hier muß nur noch einiges von ihnen bemerkt werden. Diese Kinder werden von einigen [d]), **ungebohrne** Kinder in besonderm Verstande genennt, und man will sie um deswillen andern nicht gleich halten, weil sie nicht auf die gewöhnliche und natürliche Art in die Welt gekommen wären, da auch **Paulus** in der L. 132. §. 1. D. de V. S. bemerkt habe, falsum est, eam peperisse, cui mortuae filius *exsectus* est.

c) Wildvogel Diss. cit. cap. 2. thes. 39. Herr RR. Eichmann a. a. O. Th. 2. S. 271.

d) Schilter in manuduct. philos. moral. c. 4. §. 48.

est. Eben dieses Umstandes wegen, sind einige Rechtslehrer e) der Meynung, daß, wenn einer Frauensperson unter der Bedingung, wenn sie gebähren würde, ein Vermächtniß im Testament ausgesetzt sey, sie dasselbe nicht verlangen könne, wenn das Kind habe ausgeschnitten werden müssen. Diese Behauptung widerlegt Herr RR. Eichmann S. 241 mit folgenden Gründen, und behauptet, es sey in Ansehung der habenden Rechte kein Unterschied unter Kindern, die auf die gewöhnliche Art zur Welt gekommen, und solchen, die aus der Mutter herausgeschnitten werden müssen; denn α) verlangt dieses die Vernunft, indem dem Staate nichts daran liegen kann, wie Kinder auf die Welt gekommen; genug daß sie da sind. β) Folgt auch daraus, daß Paulus sagt, eine solche Person habe nicht gebohren, gar noch nicht, daß er ihr die Rechte, welche sonst einer Person, die ein Kind gebohren, zustehen, habe absprechen wollen, weil diese Rechte sich nicht auf die Art und Weise, wie ein Kind zur Welt gekommen ist, sondern überhaupt nur darauf gründen, daß ein Kind vorhanden ist. γ) Sagt Ulpian f) von einer solchen Person, man müsse annehmen, daß sie ein Kind habe. Daher legen δ) mehrere Gesetze den Ausschnittlingen, die Rechte wirklich gebohrner Kinder ausdrücklich bey. Ein Testament wird durch einen solchen Ausschnittling gebrochen; er kann die Klage wegen eines pflichtwidrigen Testaments anstellen, und beerbt die Mutter g): alsdenn ist aber wirklich ein gegründeter Unterschied anzunehmen, wenn die Frage ist, ob ein solcher Ausschnittling wirklich gelebt habe; denn hier wird das Leben nicht eben so gewiß vermuthet, wie bey andern natürlich gebohrnen Kindern. Uebrigens bezieht sich die L. 132. §. 1. D. de V. S. auf die Lex Iulia et Papia

e) Tiraqvel ad L. 8. C. de reuoc. donat. n. 140.
f) L. 141. D. de V. S. et van de Poll de exh. lib. c. 39. §. 1.
g) L. 12. D. de lib. et post. L. 6. pr. D. de inoff. test. L. 1. §. 5. D. ad Sctm. Trebell.

Papia Poppaea, wie man aus der Inscription sogleich sieht. Wenn nämlich einer, dem das ius Latii zustand, mit einer Person von eben diesen Verhältnissen, ein Kind gezeugt hatte, und dieses Kind ein Jahr alt geworden, so erhielten die Eltern das ius Quiritium; und so bekam auch eine Freygelassene dieses Recht, vermöge eines der Lex Papia beygefügten Rathsschlusses, wenn sie drey Kinder wirklich gebohren hatte. Hier frug sichs, wenn sie zwar zwey Kinder wirklich gebohren hatte, das dritte mußte ihr aber nach ihrem Tode ausgeschnitten werden, war sie nun nichts destoweniger als eine römische Bürgerin zu betrachten, und hatte sie folglich auch ihren Erben das römische Bürgerrecht hinterlassen? Dieses läugnet Paulus in dem angeführten Gesetze, weil er sich an den ersten und eigentlichen Verstand des Wortes *peperisse* hielt [h]). Einige Rechtslehrer [i]) verstehen dieses Gesetz auch von dem Fall, wenn einer Weibsperson etwas unter der Bedingung: si pepererit, vermacht worden.

Soll nun ein Kind für lebendig gebohren gehalten werden, so muß es ganz und lebendig von der Mutter genommen seyn, ehe es wieder stirbt. Von dieser Eigenschaft wird in der L. pen. C. de posthum. hered. instit. gesagt: hoc tantummodo requirendo, si *viuus* ad orbem *totus* processit [k]). Stirbt also ein Kind während der Geburt, oder es wird stückweise von der Mutter genommen, so kann man nicht sagen, daß es ganz auf die Welt gekommen sey; und von solchen todten Kindern erbt Niemand. Die römischen Rechtsgelehrten, welche Proculianer waren, behaupteten, ein Kind sey für todtgebohren zu halten, wenn es nach der Absonderung von der Mutter

ter

h) van de Poll l. c. c. 39. §. 4. Pag. 243. Heinecc. Com. ad L. Pap. Lib. 2. c. 2.

i) Thad. Piso Soacivs in var. resolut. Lib. 2. c. 6. n. 12. 13.

k) Sichard ad L. 3. C. de posthum. hered. instit. van de Poll l. c. cap. 37. n. 10. Lavterb. h. t. §. 27.

ter nicht geschrien habe; die Sabinianer hingegen waren der Meynung, es komme auf das Schreyen nichts an, sondern es könne ein Kind dennoch lebendig seyn, und es komme blos auf die Kennzeichen des Lebens an [l]). Der Kaiser Justinian entschied in der L. 3. C. de post. hered. inst. für die Sabinianer, und es heißt daselbst: quod certatum est apud veteres, nos decidimus. Cum igitur is, qui in ventre portabatur praeteritus fuerat, qui si ad lucem fuisset redactus, suus heres patri existeret, si non alius eum antecederet, et nascendo ruptum testamentum faceret: si postumus in hunc quidem orbem deuolutus est, *voce* autem *non emissa* ab hac luce subtractus est, dubitabatur, si is posthumus ruptum facere testamentum posset? Et veterum animi turbati sunt, quid de paterno elogio statuendum sit. Cumque *Sabiniani* existimabant, si *viuus* natus esset, *etsi vocem non emisit*, rumpi testamentum: apparetque, quod et si *mutus* fuerat, hoc ipsum faciebat: eorum etiam nos laudamus sententiam, et *sancimus*, si *viuus perfecte* natus est, licet illico, postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decessit, nihilominus testamentum rumpi, hoc tantummodo requirendo, si *viuus* ad orbem *totus* processit, ad *nullum* declinans *monstrum* vel *prodigium* [m]). In unsern Zeiten befolgt man diese Verordnung ebenfalls, und man hält ein Kind für lebendig gebohren, wenn es nur durch Bewegungen der Arme, der Füße, oder auf eine andere Art, Zeichen des Lebens bemerklich gemacht hat [n]). Unter die

l) Mascov de sectis Sabin. et Proculian. c. 9. §. 16. Pag. 202. seq.

m) Merill. ad 50. Decis. c. 28. Ragvel ad h. l. van de Poll l. c. Pag. 233.

n) Carpz. Iurispr. for. P. III. Const. 17. Def. 19. n. 7. Lavterb. h. t. §. 27. Rays Diss. cit. §. 15. Plovquet Comment. med. in Proc. crim. Sect. 2. §. 71. Campers Vhh. von den Kennzeichen des Lebens und des Todes bey neugebohrnen Kindern.

die Kennzeichen des Lebens gehört besonders auch der Pulsschlag, das Oeffnen und Bewegen der Augen und alle freywillige Bewegungen der Glieder. Einige Aerzte o) behaupten zwar, daß das Bewegen der Glieder auch als Zuckung bey einem in der Geburt sterbenden, und gleich darauf von der Mutter abgesonderten Kindes statt haben könne. Diese Meynung ist zwar alsdenn zu billigen, wenn es bey Zuerkennung der Todesstrafe oder der Marter zweifelhaft ist, ob das Kind gelebt habe, oder nicht; aber bey der Bestimmung der Erbfähigkeit des Kindes, wo es auf eine nützliche Vermuthung ankommt, ist eher dafür zu halten, daß die deutlich bemerkten Bewegungen des Kindes eine Würkung des Lebens desselben gewesen; denn nur ein Augenblick ist hier in Rücksicht auf die wirkliche Erwerbung der aufbewahrten Rechte entscheidend, wenn es gleich in den Händen der Wehemutter wieder gestorben seyn sollte, nachdem es von der Mutter lebendig genommen worden. Gegen diese Grundsätze kann der Umstand nicht angeführt werden, daß nach ursprünglich teutschen Gesetzen p), ein Kind die vier Wände beschrien haben müsse, wenn es für lebend gehalten werden soll; denn sie gedenken blos des Schreyens, als des sichersten Kennzeichens des Lebens, und es steht ihnen auch eine allgemeine Gewohnheit entgegen q).

Es ist nicht genug, daß ein Kind, wovon eine Frauensperson entbunden worden, wirklich gelebt habe, wenn es die Erbfähigkeit dadurch erlangen soll, sondern es muß auch zugleich lebensfähig gewesen seyn; denn nicht jede lebendige Geburt ist auch lebensfähig, sondern nur diejenige, die

o) Eschenb. in Medic. legal. Pag. 194. Roederer de suffocatis.

p) Ius feud. Saxon. Art. 20. Ius feud. Alem. c. 14. Ius Prou. Saxon. Lib. 1 art. 33.

q) Carpz. Part III. Const. 17. Def. 19. Berger Oeconom. iur. Pag. 38. limit. 2. Rays Diss. cit. §. 15. Walch D. de infante herede, §. 6.

die bereits so weit ausgebildet ist, daß sie das Leben fortsetzen und wachsen kann [r]). Hat ein Kind denjenigen Grad der Ausbildung und Vollkommenheit noch nicht erhalten, daß es sein Leben fortsetzen könnte, so wird eine solche Geburt eine unzeitige, frühzeitige, ein Abortus genennt, und diese sind nicht erbfähig; denn die Gesetze [s]) sagen: vxoris *abortu* testamentum mariti non solui, iuris euidentissimi est, desgleichen: *abortus* vel abactus venter partum efficere non videtur. Viele Rechtslehrer behaupten, ein lebendiges Kind, wenn es gleich nur einen Augenblick gelebt habe, sey aller Rechte fähig, die andere Menschen haben, und hinterlasse sie mit seinem Tode seinen Erben; darauf komme nichts an, ob es lebensfähig gewesen sey [t]). Diese Meynung erklären aber die mehresten heutigen berühmten Rechtslehrer [u]) für falsch, und sie nehmen an, daß eine Geburt lebensfähig gewesen seyn müsse, wenn sie eben die Rechte haben solle, die andern Menschen nach den Gesetzen zustehen. Herr RR. Eichmann schreibt S. 224 des 2ten Theils seiner Erklärungen des bürgerlichen Rechts: — es kann gar nicht bezweifelt werden,

r) Bavmgaertner D. de differentiis partus viui et vitalis, Alt. 1747. Oeltze Comm. de partu viuo vitali et non vitali, Ien. 1769. Teichm. Inst. med. leg. Pag. 57. §. 6. Fasel. Elem. med. for. §. 30. Fabrotti Exerc. I. de tempore part. humani, in Otton. Thes. Tom. III. Plouquet über die physischen Erfordernisse der Erbfähigkeit der Kinder, Tübing. 1779. 8.

s) Pavli rec. sent. Lib. 4. tit. 9. §. 6. in Schvlt. Iurispr. Pag. 417.

t) Stryck Tr. de iure sensuum, Diss. I. §. 4. Carpzov Iur. for. Part. III. Const. 17. Def. 18. Berger Oec. Iur. Pag. 38. Oehlschläger von den Rechten der Personen, 1. B. §. 12.

u) Wildvogel de partu legit. §. 12. Mascard de probat. Vol. 3. Concl. 1090. 1152. Cocceii Ius contr. tit. de his qui sunt sui vel alieni iuris, Qu. 3. Eisenh. Inst. iur. Germ. Lib. I. tit. 1. §. 2. Oeltze l. c. §. 15.

den, daß dieser Streit von Wichtigkeit sey, da nach vielen Bemerkungen der Aerzte, nicht selten Geburten Zeichen des Lebens von sich geben, aber doch nicht so weit ausgebildet sind, daß sie auch das Leben fortsetzen können. Ein merkwürdiges Beyspiel führt Mauriceau x) auf folgende Art an: den 7ten März 1682 besuchte ich eine Frau, welche nicht länger als drittehalb Monat schwanger gieng, aber in meiner Gegenwart mit einem kleinen lebendigen Kinde abortirte. Diese kleine Frucht bewegte eine halbe Stunde lang die Aermchen und Füßchen, that auch den Mund auf, daß man alles ganz eigentlich sehen konnte. — — Hier kam viel auf die Frage an, als dieses Kind starb, ob solches die Rechte eines wirklich gebohrnen Kindes gehabt habe, und dieselben wieder auf andere Personen habe bringen können, die nach den Gesetzen wirkliche Gebohrne, wenn sie sterben, beerben? — Ich trete der Meynung derjenigen Rechtslehrer bey, nach welcher dergleichen Kinder, die zwar lebendig gebohren worden, aber doch nicht in dem angezeigten Verstande lebensfähig sind, die Rechte, welche die positiven Gesetze den Gebohrnen geben, nicht haben, und also dieselben auch andern nicht hinterlassen können; denn

α) haben solche Kinder nach der Vernunft weiter keine Rechte, als daß nichts wider sie unternommen werden darf, was ihrer allenfallsigen Erhaltung nachtheilig seyn könnte. Wenn daher

β) die positiven Gesetze in einem Staate, den Gebohrnen gewisse andere Rechte geben, so muß man dieses um so mehr von solchen Gebohrnen verstehen, die so weit ausgebildet sind, daß sie wachsen und ihr Leben fortsetzen können, weil alle positive Gesetze zum Besten des Staats abzwecken sollen, und doch dergleichen gebohrne Kinder dem Staate auf keine Weise nützlich werden können. Aber nicht nur die Natur der Sache redet für diese Meynung, sondern

γ) sie

x) Mauriceau in Observ. Cent. III. Obs. 297.

γ) sie ist selbst in dem römischen Rechte gegründet. So erfordert der römische Rechtsgelehrte Paulus [y]) dazu, wenn ein Kind als ein rechtmäßiges, das ist, als ein solches, welches die Rechte und Verbindlichkeiten eines Verwandten in absteigender Linie erlangt, solle angesehen werden können, es nicht nur aus einer rechtmäßigen Ehe, sondern auch, daß das Kind vollkommen, das ist, lebensfähig sey. Und weil bey einem Kinde, das in dem siebenten Monate nach eingegangener Ehe gebohren worden, vermuthet wird, daß es nicht nur in der Ehe gezeugt worden, sondern auch vollkommen sey, so erklärt er ein solches für ein rechtmäßiges. Hiermit kömmt auch ein Rescript des Kaisers Antonins des Frommen überein [z]). Daß aber Paulus unter einer vollkommnen Geburt eine lebensfähige verstehe, erhellet nicht nur aus andern Stellen desselben, sondern auch aus den Lehren des Hippocrates, auf welchen sich jener an dem angeführten Orte beruft. So nennt Paulus [a]) eine Geburt, die im siebenten Monat zur Welt kommt, welcher er an jenem Orte den Namen einer vollkommenen giebt, eine zeitige, reife, und setzt sie einer unzeitigen, oder einem Abortus entgegen, welcher nach der Meynung der Aerzte, das Leben gar nicht, oder doch sehr selten fortsetzen könne. So behauptet auch Hippocrates [b]), daß ein Kind, welches im siebenten Monate zur Welt gekommen, so weit ausgebildet sey, daß es das Leben fortsetzen könne, und nur durch die Festigkeit der Theile sich von andern ganz vollkommenen Geburten unterscheide. Hieraus sieht man aber auch, daß unter einer vollkommenen Geburt nicht diejenige verstanden werden müsse, welche eine ganz vollkommene

y) L. 12. D. h. t.

z) L. 3. §. 12. D. de suis et legit. hered.

a) Pavlvs in rec. sent. Lib. 4. tit. 9. ad Sctm. Tertull. §. 5. 6. Noodt ad Dig. tit. de his etc.

b) Hippocrates περι σαρκων, περι επταμηνου. Plvtarch. de Placit. Philos. c. 18.

Reife im Mutterleibe erhalten hat [c]). Der Gesetzgeber braucht in Absicht ihrer Rechte und Verbindlichkeiten keinen Unterschied unter ihnen zu machen, da sie gleich nützliche Mitglieder des Staats werden können.

δ) Scheint auch unsere Meynung ein Rescript des Diocletianus und Maximianus [d]) zu bestätigen, nach welchem ein Abortus die Rechte anderer gebohrner lebensfähiger Kinder nicht erlangt, und daher dergleichen auch andern nicht hinterläßt, da doch ein solcher zuweilen lebendig zur Welt kommen kann, ob er wohl fast niemals lebensfähig ist. Vermuthlich des letzten Umstandes wegen, haben die gedachten Kaiser den Fall nicht ausgenommen, da ein Abortus die Eigenschaften, das Leben fortzusetzen, hat.

ε) Sind auch dieser Meynung die teutschen Rechte nicht entgegen; denn nach mehrern derselben [e]) soll ein Kind, wenn es Erbe werden, und die Erbschaft andern wieder hinterlassen will, die vier Wände beschrien haben, weil eine solche laute Stimme des Kindes ein vorzüglich sicheres Zeichen von der Lebensfähigkeit desselben ist; jedoch ist dieses nach dem, was ich im Vorhergehenden gesagt habe, nicht schlechterdings nothwendig.

Nun wollen wir aber auch die Gründe durchgehen, welche der angenommenen Meynung entgegen zu seyn scheinen.

1) Beruft man sich auf die L. 3. C. de post. hered. instit. (S. 143), welche zwar erfordere, daß eine Geburt, welche die, allen wirklich gebohrnen Kindern zustehenden Rechte

c) Martian. ad Hipp. de nat. pueri, Pag. 31. Bavmg. D. c. §. 24. Cocceii l. c.

d) L. 2. C. de post. hered. instit.

e) Vetus Auct. de benef. art. 44. Statuten der Stadt Erfurt, Art. 29. von Goslar, beym Herrn von Leibnitz in Script. rer. Brunsuic. Tom. 3. Pag. 488. der Stadt Lüneburg beym Pufendorf Obs. iur. vniu. Tom. I. in adp. Walch de infante herede, §. 6.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0216
DFG

Rechte ebenfalls erlangen solle, um sie auf andere zu bringen, noch lebe, wenn sie völlig von der Mutter abgesondert sey, aber keine Lebensfähigkeit verlange dieses Gesetz nicht. Dieses Gesetz ist aber der angenommenen Meynung nicht entgegen; zwar nicht deswegen, weil sich Justinian unter andern auch des Worts perfecte bedient hat; denn daß er hiermit nicht ein vollkommnes oder lebensfähiges, sondern vielmehr ein solches Kind habe anzeigen wollen, das völlig von der Mutter abgesondert ist, erhellet nicht nur daraus, daß er sagt: viuus perfecte natus, und nicht, perfecte viuus natus, sondern es beweisen dieses auch ganz deutlich seine letzten Worte, wodurch er das nämliche, was er vorher anders ausdrückt, so sagt: si viuus ad orbem totus processerit. Aber demungeachtet brauchen wir uns durch dieses Gesetz nicht irre machen zu lassen; denn α) giebt die Veranlassung zu dieser Verordnung, welche eine von den so genannten 50 Decisionen ist, derselben einen solchen Sinn, daß unsere angenommene Meynung damit allerdings bestehen kann. Es wurde unter den Sabinianern und Proculejanern darüber gestritten, ob ein gebohrnes Kind, das seine Stimme nicht habe hören lassen, dennoch das Testament des verstorbenen Vaters über den Haufen werfe, und seine Rechte als Erbe desselben andern hinterlassen könne. Die letztern leugneten es, hingegen von den erstern wurde es unter der Voraussetzung, daß das Kind gelebt habe, behauptet. Daß dieses die Veranlassung zu der erwähnten Decision sey, geben die Anfangsworte: quod certatum est, apud veteres; nos decidimus zu erkennen (S. 143). Da also bey diesem Streit es darauf hinaus lief, ob das Kind geschrien haben müsse oder nicht; so muß man, weil blos dieser Umstand zu entscheiden war, annehmen, daß er auch nur denselben habe rechtlich bestimmen wollen, ohne dadurch zugleich andere Gesetze, welche die Eigenschaft des Lebens eines solchen Kindes anzeigen, abzuändern. Dieses kann man nun um so mehr behaupten, weil β) ein lebendiges Kind, das zu rechter

Zeit gebohren wird, auch lebensfähig, und also Justinian selbst, der hier keine Geburt, die zur unrechten Zeit zur Welt kommt, voraus setzt, ein lebensfähiges Kind unter einem lebendigen zu verstehen scheint; welches er γ) auch gewisser Maßen dadurch zu erkennen giebt, daß er behauptet, es müsse ein solches lebendiges Kind nur nicht wie eine Mißgeburt gebildet seyn. Man sieht, dünkt mich, auch hieraus, daß er von einer schon ausgebildeten Geburt rede.

2) Noch leichter läßt sich auf den zweyten Einwurf der Gegner, den sie aus der L. 12. §. 1. D. de lib. et posthum. hered. instit. nehmen, wo Ulpian lehret, daß ein nachgebohrnes Kind das väterliche Testament breche, quamvis non integrum animal sit, antworten; denn α) giebt der Zusammenhang dieses Gesetzes, daß Ulpian von einer verstümmelten, aber nicht lebensfähigen Geburt hat reden wollen. Er trägt gleich im Anfang dieser Verordnung die Frage vor: ob ein Ausschnittling ein väterliches Testament brechen könne? Nachdem er hierauf einen Zweifel deswegen hierwider gemacht hat, weil ein solches Kind nicht gebohren werde, so beantwortet er gleich wohl die Frage bejahend, und fügt zugleich aus der Ueberzeugung, daß bey einem Ausschnitt ein Kind leicht verstümmelt werden könne, die Ausdehnung hinzu: si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen. β) Zeigt auch das Wort integer, niemals in den Rechten eine Lebensfähigkeit an, vielmehr wird es oft für unbeschädigt, unverletzt genommen. Man lese den §. 9. Inst. de Lege Aquil. wo es heißt: his autem verbis legis, quanti id eo in anno plurimi fuerit, illa sententia exprimitur, vt si quis hominem tuum, qui hodie *claudus*, aut *mancus*, aut *luscus* erit, occiderit, qui in eo anno *integer*, aut pretiosus fuerit, non tanti teneatur, quanti hodie erit, sed quanti in eo anno plurimi fuerit. Hier wird also *integer* dem claudo, lusco et manco entgegen gesetzt. Beym Seneca heißt es: quum hoc factum est, *integer*

eram;

eram; postea ad Mundam in acie oculus mihi effossus est [f]).

3) Nicht besser ist endlich der dritte Zweifel, den man unserer Meynung entgegen setzt, und welcher darin besteht, daß es immer ungewiß sey, ob eine Geburt, die vielleicht einige Tage gelebt hat, lebensfähig gewesen sey, oder nicht; und ob wohl Paulus in der L. 12. D. de statu hominum eine Geburt, die im siebenten Monat zur Welt kommt, für eine solche halte, so sey doch immer die Zeit der Empfängniß ungewiß. — Allein hier ist keine mathematische Gewißheit erforderlich, sondern blos eine moralische, zu welcher man in unsern Zeiten allerdings gelangen kann [g]); denn α) wird sie durch einen Beweis hervorgebracht, welcher nöthig ist, wenn einer für sich anführet, daß eine Geburt lebendig und lebensfähig gewesen sey, ihm aber sein Gegner widerspricht, und er keine Rechtsvermuthung für sich hat. Hierbey kommt es nun darauf an, ob die Geburt unzerstört vorhanden ist, oder nicht. In dem ersten Falle kann man die Geburt mit Zuziehung einiger Aerzte in Augenschein nehmen lassen [h]), welche aus der Größe, aus dem Gewichte, aus der Beschaffenheit der Haut, besonders des Gesichts, der Nägel, der Haare und der Beine des Kindes, und wenn es noch lebt, aus den Bewegungen, Umsehen und der Stimme desselben, auch aus andern Umständen mehr [i]) beurtheilen müssen, ob das Kind ein lebendiges und lebensfähiges gewesen sey oder nicht, und hierüber nun ihr Gutachten fällen. Man kann auch zugleich Zeugen, wohin vorzüglich die Hebammen zu rechnen sind, über solche Umstände abhören lassen, welche anzeigen, daß

f) Seneca de benef. Lib. V, c. 24. Oeltze Diss. cit. cap. II, §. 22.

g) Baumgaert. Diss. cit. §. 14.

h) Mascard de probat. Concl. 1152. Hert. de insp. ocul. §. 5. Oeltze Diss. cit. §. 27.

i) Kaltsch. Diss. cit. §. 36. Baumg. Diss. cit. l. c.

das Kind gelebt habe, und lebensfähig gewesen sey [k]). Auf diese Art kann man auch den Beweis führen in dem letzten Falle, wenn nämlich das Kind nicht mehr unzerstört vorhanden ist, und auch zugleich, wenn noch Beine des Kindes vorhanden sind, dieselben in Augenschein nehmen, und von den Aerzten ein Gutachten darüber ertheilen lassen, ob dieselben ein lebensfähiges Kind anzeigen, oder nicht. Es ist daher nicht ganz ungewöhnlich, daß dergleichen schon begrabene Kinder, nach vorher erhaltener Erlaubniß, wieder ausgegraben werden, um die Beine derselben in Augenschein zu nehmen [l]). Sollte auf diese Art das Leben und die Lebensfähigkeit nicht bewiesen werden können, so geht es an, sich der Eydesdelation zu bedienen; jedoch darf man demjenigen, mit dem man darüber streitet, nicht überhaupt und unbestimmt darüber den Eyd deferiren, daß das Kind lebendig und lebensfähig gewesen sey, sondern man muß die Umstände, welche das Leben und die Lebensfähigkeit anzeigen, angeben, und auf diese Art des Gegners Gewissen rühren. Er muß also, wenn er diese Umstände seinem Vorgeben nach nicht weiß, schwören, daß er sie nicht bey dem Kinde bemerkt habe. Sollte aber darüber Streit entstehen, ob die angeführten Umstände das Leben und die Lebensfähigkeit zu erkennen geben, so muß der Richter bey vorhandenen Zweifel sich darüber von einer mediciniſchen Facultät belehren lassen, damit kein unnützer Eyd, den jeder Richter obrigkeitlichen Amts wegen nicht zulassen darf, sondern wenn er rechtschaffen und gewissenhaft seyn will, verabscheuem muß, geschworen werde. β) Entsteht auch eine moralische Gewißheit, deren vorher gedacht worden ist, wenn man eine Rechtsvermuthung für sich hat, daß ein Kind lebendig und lebensfähig gewesen sey. Dergleichen findet nach dem römischen Rechte bey Kindern statt, die im siebenten

k) Bavmg. cit. loc. §. 15. Oeltze cit. loc. §. 28.

l) Kaltschm. Diss. cit. §. 36. Oeltze cit. loc. §. 29. Mascard Vol. 3. Concl. 43.

benten Monate nach geschlossener Ehe gebohren werden [m]); und diese rechtliche Verordnung, worauf sich die gedachte Vermuthung gründet, ist um so billiger, da selbst nach der Meynung neuerer und besserer Aerzte, ein Kind, das im siebenten Monat nach der Empfängniß zur Welt kommt, lebensfähig ist, und es auch sehr wahrscheinlich ist, daß der Mann der Frau gleich nach der Hochzeit ehelich beygewohnt habe. Es scheint zwar diesem entgegen zu seyn, daß man dasjenige vermuthen müsse, was gemeiniglich geschehe, und ordentlicher Weise eine Weibsperson erst nach dem neunten Monate der Empfängniß ein Kind zur Welt bringt. Allein, wenn die Gesetzgeber etwas in einem zweifelhaften Falle für wahr und richtig halten, so sehen sie nicht allezeit auf das, was gemeiniglich geschieht, sondern auf die Billigkeit und das gemeine Beste. Noch vielmehr aber findet eine solche Vermuthung bey einem Kinde statt, das im achten, neunten oder zehnten Monate nach geschlossener Ehe zur Welt kommt [n]); denn je länger sich das Kind bis zur Zeit der Geburt im Mutterleibe befindet, desto reifer wird es, auch desto fester werden die Theile. Und ob wohl Aristoteles, Plinius und Hippocrates [o]) wegen einer besondern Lehre ein Kind, das im achten Monat nach der Empfängniß zur Welt kam, nicht für ein lebensfähiges Kind hielten, so beruht jedoch diese Meynung auf keinen hinlänglichen Gründen, und die römischen Rechtsgelehrten befolgten solche nicht, ob sie gleich in vielen andern Fällen die Grundsätze der Aerzte und Philosophen annahmen. Es gilt aber freylich die Vermuthung, von der ich rede, nur so lange, bis das Gegentheil bewiesen worden. Wenn hingegen ein Kind vor dem siebenten Monat nach geschlossener Ehe ge-

m) L. 12. D. de statu homin. Oeltze cit. loc. §. 30.

n) Müller D. de iure praegnant. cap. 3. §. 14. Carpz. Iurispr. eccles. Lib. 2. Def. 276. Oeltze cit. Diss. §. 33.

o) Aristot. de nat. animal. c. 4. Plinivs in hist. natur. Lib. 7. c. 5. Hippocrat. de partu octimestri Pr.

bohren worden, so hat derjenige, welcher behauptet, daß es lebendig und lebensfähig gewesen sey, keine solche rechtliche Vermuthung für sich; jedoch darf ihm der Beweis seiner Behauptung nicht abgeschlagen werden, da die neuern Aerzte behaupten, daß ein Kind, welches im sechsten Monat nach der Empfängniß zur Welt komme, und welches eigentlich eine unreife, unzeitige Geburt oder Abortus genennt wird, lebensfähig seyn könne. Und auch hier kann der Beweis auf verschiedne Art geführt werden, besonders auch dadurch, daß das Leben des Abortus bis in den siebenten Monat hinein dargethan wird, indem darauf nichts ankommt, ob das Kind die Zeit seiner Lebensfähigkeit schon im Mutterleibe, oder erst außerhalb demselben erlebt habe [p]). Daß es aber dergleichen Abortus wirklich gegeben habe, daran darf man nicht zweifeln, weil es verschiedne neuere Aerzte behaupten, wohin van Swieten und Brouzet gehören [q]). Ersterer erzählt folgenden Fall: *quinto* grauiditatis mense excludebatur foetus viuus quidem sed pusillus et debilis admodum: non plorabat et vix respirare videbatur, oculi clausi erant, membra flaccida et pendula; leues quidem motus testabantur vitam soli; mollibus tectus linteis blando fouebatur calore, guttatim dabatur pauculum lactis tepidi, quod deglutit. — — Post *quatuor* menses absolutos incepit plorare, excrementa deponere, corpus mouere, vbera ducere, et crescere simili modo ac alii infantes et tam feliciter quidem, vt circa decimum sextum a natiuitate mensem coaetaneos robore superaret. Herr Brouzet schreibt: im Jahr 1748. gebahr eine Frau zu Marseille ein Kind, just 6 Monate nach ihrer vorigen Niederkunft. Das Kind war zwar lebendig,

p) Wildvogel Diss. cit. §. 12. Oeltze Diss. cit. §. 36.

q) v. Swieten ad Boerh. tit. 4. §. 1310. Brouzet's Abh. von der medicinischen Erziehung der Kinder und den Krankh. derselben, von Biston, S. 30.

bendig, aber so klein und schwach, als eine unzeitige Frucht. Man wickelte es in sehr feine Leinewand und hielt es warm. Man versuchte ihm einige Tropfen laulichter Milch zu geben, und dieß gieng wohl von Statten. — — Nachdem vier Monate vollkommen verlaufen waren, fieng es endlich an zu schreyen, zu säugen, und auf die, den zu rechter Zeit gebohrnen Kindern gewöhnliche Art zu wachsen, so daß es im 15ten und 16ten Monate stärker war, als andere Kinder von seinem Alter.

Wie hält es nun aber, wenn eine Frau, deren Ehe schon eine geraume Zeit gedauert hat, oder auch eine unverheyrathete Person mit einem Kinde niederkommt, über dessen Leben und Lebensfähigkeit Streit entsteht? Hier müssen freylich diese Eigenschaften des Kindes bewiesen werden; jedoch vertritt alsdenn eine Rechtsvermuthung die Stelle eines Beweises, wenn die Empfängniß bewiesen wird, und nach einer Berechnung das Kind im siebenten Monate zur Welt gekommen ist. Der Grund, welcher eine solche Vermuthung in dem Falle wirkte, da eine Frau im siebenten Monate nach geschlossener Ehe mit einem Kinde niederkommt, ist auch hier anwendbar. Der Beweis der Empfängniß aber braucht nicht so strenge zu seyn, sondern es ist schon genug, wenn nur der Beyschlaf dargethan worden ist, indem alsdenn die Empfängniß als eine gewöhnliche Folge des ordentlichen Beyschlafs, wenigstens so lange vermuthet werden muß, bis daß man zeigen kann, daß letzterer mehrmal vorher geschehen, und nachher erfolgt sey. Der Beweis des letztern Umstandes allein kann die Vermuthung nicht aufheben, weil nach den angenommenen Grundsätzen der Aerzte, aller Beyschlaf keine weitere Schwangerschaft verursacht, wenn eine solche schon vorhanden ist, und dieses letztere wegen des erwiesenen erstern Beyschlafs hier glaubhaft ist. Wird blos dargethan, daß vorher schon mehrere male eine fleischliche Vermischung geschehen sey, so schadet dieses zwar der gedachten Vermuthung nicht, wenn eine Person den verschiednen Beyschlaf ausgeübt hat; weil, wenn man auch die Schwangerschaft

als

als eine Würkung einer der ersten fleischlichen Vermischungen ansehen wollte, sie einerley Rechte und Verbindlichkeiten hervorbringen würde; allein wenn mehrere Personen diese Handlungen gethan haben, so muß ebenfalls nach dem, was ich vorhin gesagt habe, die Empfängniß für eine Folge des ersten Beyschlafs gehalten werden.

Da diese Grundsätze von der Lebensfähigkeit eines Kindes sehr vielen Zweifeln unterworfen sind, und die Sache daher auf mancherley Art vorgestellt werden muß, so will ich die Erläuterung dieser Materie, wie sie Hr. HR. Glück, S. 74 des 2ten Theils seines Commentars vorgetragen hat, ebenfalls einschalten. Es heißt daselbst: eine lebendige Geburt, welcher die Rechte eines Kindes zugeeignet werden sollen, muß nicht allein Lebenszeichen von sich geben, sondern auch lebensfähig seyn. Vitalität besteht nun darin, wenn eine Geburt in ihrer Ausbildung und Vervollkommnung so weit gediehen, daß bey ihr die Möglichkeit, das Leben außer der Mutter fortzusetzen, vorhanden ist [r]). Hat sie hingegen denjenigen Grad der Ausbildung und Vervollkommnung noch nicht erreicht, der zur Fortsetzung des Lebens erfordert wird, so wird eine solche Geburt eine unzeitige, ein Abortus, genannt, und diese ist nicht erbfähig. Die Hauptfrage ist nun, wie lange ein Kind im Mutterleibe getragen werden müsse, um jenen Grad der Ausbildung zu erreichen, der zur Lebensfähigkeit erfordert wird. Die Gesetze, z. B. die L. 3. §. 12. D. de suis et legit. hered. bestimmen dazu ein halbes Jahr, oder 182 Tage, und erklären nach der Meynung des Hippocrates (S. 147) ein Kind für lebensfähig, welches zu Anfang des siebenten Monats ist gebohren worden. Bey dieser gesetzlichen Bestimmung muß es nun auch heutiges Tages um so mehr das Bewenden haben, da sie selbst durch die Erfahrung bestätigt wird. Denn Beyspiele von solchen Kin-

r) Teichm. Inst. medic. leg. Pag. 57. §. 6. Baumgaertner D. de differentiis partus viui et vitalis, Alt. 1747. Faselii Elem. medic. for. §. 30.

Kindern, die im siebenten Monat gebohren, und wirklich aufgewachsen sind, haben mehrere gesammelt [s]). Hieraus folgt, daß eine Geburt, die jenes Hippokratische Ziel in Mutterleibe nicht erreicht hat, und im sechsten, fünften, ja vierten Monat gebohren worden, für ein Abortus zu halten sey. Hierin stimmen auch die Zeugnisse der berühmtesten, sowohl ältern [t]) als neuern Schriftsteller [u]) überein. Herr van Swieten schreibt: ante *septimum* mensem expulsus foetus raro vel nunquam superstes manet, hinc tales sub *abortus* nomine comprehendere solent medici. Cum vero plurima exempla habeantur foetuum septimestrium, qui diu non tantum superuixerunt, sed et ad bonam senectutem peruenerunt, hinc tales partus non amplius vocantur abortus, sed simpliciter tantum praematuri. Sauvages merkt an: *abortus* est foetus nondum *vitalis* ex vtero exclusio. Immaturus seu nondum vitalis est foetus, qui septimum saltem vitae suae a conceptione mensem non attigit, aut si attigerit, debilior est, quam vt eo tempore exclusus extra vterum viuere queat. Beym Ludwig heißt es: *abortum* strictiore vocis significatione appellamus eum, qui ante initia septimi mensis nascitur. Besonders läßt sich hierüber Zachias [x]) heraus, welcher behauptet, daß, wenn ein Kind im sechsten Monat lebendig gebohren würde, und sogar einige Tage lebte, solches dennoch für einen Abortus gehalten, und von

s) Schenck Obs. med. Lib. 4. Obs. 154. Schvrig in Embryologia, Pag. 292.

t) Plinivs in hist. nat. Lib. VII, 5. — ante septimum mensem haud vnquam vitalis est. Foesivs ad Hippocr. de morb. vulg. Lib. 6. c. 2. — solent vero *abortiones* fere ante *septimum* in omnes menses cadere.

u) van Swieten Comm. in Aphor. Boerh. ad §. 1296. Sauvages Nosolog. method. Tom. III. Pag. 11. Lvdewig Inst. med. for. §. 222.

x) Zachias in Quaest. med. legal. Lib. I. tit. II. Qu. X. n. 19.

von den Rechten eines Kindes ausgeschlossen werden müsse. Seine Worte sind folgende: qui ante septimum nascuntur mensem, vel nascuntur mortui, quia abortiui sunt, neque donationem neque testamentum rumpere debent quia habendi sunt, ac si nunquam nati essent. Nec obstaret, quod quis in sexto mense nasceretur, et per aliquot horas, aut etiam dies viueret, vt fieri posse non est ita impossibile, quin aliquando non contingat, — nam quia hic partus habet cum vita talem repugnantiam, vt viuere nullo modo possit, nisi ex miraculo, idcirco abortiuus dici debet, neque testamentum neque donationem rumpet. Der Grund dieser Behauptungen liegt also darin, weil die Erfahrung aller Zeiten gelehrt hat, daß ein vor dem siebenten Monat gebohrner Fötus niemals fortlebe, und einiges Alter erreiche, und also einem Todtgebohrnen gleich gehalten werden müsse.

Man hüte sich indeß, ein unreifes Kind mit einem Abortus zu verwechseln, oder ein vollkommen reifes Kind mit einem solchen, das lebensfähig ist, für eins zu halten. Denn unreif ist jedes Kind, das vor der gewöhnlichen Geburtszeit zur Welt kommt, und daher Zeichen an sich trägt, welche beweisen, daß es im Mutterleibe nicht so weit vervollkommnet worden sey, als es einem ganz reifen Kinde zu kommt [y]). Nimmt man nun an, was durch unzählige Erfahrungen bestätigt ist, daß die Ausbildung und Vervollkommnung eines Fötus in neun Monaten, oder in neun und dreyßig bis vierzig Wochen, von der Empfängniß an gerechnet, vollbracht werde, nach deren Verlauf die Geburt des Kindes gewöhnlich zu erfolgen pflegt [z]), so kann freylich

y) Von den Zeichen eines reifen und unreifen Kindes handelt Plouquet, in der Abh. über die physischen Erfordernisse der Erbfähigkeit der Kinder, Tüb. 1789. 8. §. 33—37.

z) Roederer de temporum in grauiditate et partu aestimatione, §. 6. de Haller Elem. physiol. Lib. 29. Pag. 421.

lich ein sieben monatliches Kind für kein so vollkommen reifes Kind, als ein neun monatliches gehalten werden, vielmehr wird ersteres noch die Zeichen der Unvollkommenheit an sich haben [a]). Da in dessen nicht jedes unreife Kind ein Abortus ist [b]), so schadet jene Unvollkommenheit der Erbfähigkeit des Kindes nichts, wenn nur das Kind wenigstens denjenigen Grad der Ausbildung erreicht hat, daß es eines weitern Lebens fähig wäre. Und dafür wird nach der von den Gesetzen angenommenen Hippocratischen Meynung ein siebenmonatliches Kind gehalten [d]). Hat ein Kind dieses Alter im Mutterleibe erreicht, so kommt es weiter nicht darauf an, wie lange das Kind nach der Geburt gelebt habe. Es wird daher, wenn es auch, wie Justinian sagt,

a) Dan. Hofmann. Annot. ad Govey de generatione foetus, Pag. 104. — si septimo vel octauo mense lucem salutet foetus, signa ac testimonia imperfectionis ac immaturitatis afferet. Plouquet a. a. O. §. 35.

b) Fr. Hoffmann Opp. med. Tom. III. Pag. 177. immaturum, nondumque vitalem per abortum excretum foetum a partu septimestri vel octimestri distinguimus. Roederer Elem. art. obstetr. §. 716. Qui inter septimi et noni mensis, a prima conceptione, finem contingit partus, *praematurus* vocatur; *abortus* vero, quando ante dictum tempus embryo excidit.

c) Dieß ist die wahre Bedeutung des Ausdrucks partus perfectus in L. 12. D. h. t. Es ist also daselbst von keiner vollkommenen reifen Geburt die Rede. S. Martianvs in Comment. ad Hippocratis librum de natura pueri, Pag. 31. sq. Bavmgaertner Diss. cit. §. 24. und Cocceii Iure contr. ciuil. Tit. de his, qui sui vel alieni iuris sunt, Qu. 3. n. II. S. 77.

d) L. 12. D. h. t. Et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis septimo mense natus est, *iustum filium* esse. Zweyerley erfordert hier Paulus, wenn ein Kind pro *filio iusto*, das ist, für ein solches, welches die Rechte eines Kindes erwerben kann, gehalten werden soll: I. Vt sit ex iustis nuptiis procreatus; II. vt sit perfectus, d. i. vitalis, und dazu wird erfordert, daß es nicht vor dem siebenten Monat zur Welt gekommen sey.

sagt [e]), in den Händen der Wehmutter, so bald es nur aus Mutterleibe heraus ist, sterben sollte, dennoch für erbschaftsfähig zu halten seyn, und die Erbschaft nach seinem Tode auch auf seine Erben transmittiren. Und damit stimmen auch die alten teutschen Rechte [f]) überein, welche zur Erwerbung und Transmission der Erbschaft eines Kindes erfordern, daß das Kind die vier Wände des Hauses beschrien habe, weil solches lautes Schreien des Kindes für ein vorzügliches Kennzeichen der Lebensfähigkeit desselben gehalten wurde. Nach diesen Gründen kann demnach der Widerspruch derjenigen Rechtsgelehrten [g]) in keinen Betracht kommen, welche sich durch eine mißverstandene Stelle des Ulpians [h]) haben irre führen lassen, zu glauben, daß das Leben des Kindes nach der Geburt allein schon zur Erbfähigkeit genüge, wenn es gleich nicht lebensfähig gewesen sey. Denn wenn Ulpian daselbst die Frage bejahend entscheidet, ob ein Kind, welches so weit ausgewachsen ist, daß man deutliche Lebenszeichen an ihm verspürt (cum spiritu) das Testament des Vaters ungültig mache, (si non integrum animal editum sit), so ist daselbst gar nicht von einer unzeitigen, sondern nur von einer verstümmelten Geburt die Rede, welche körperliche Mängel hat [i]). Eine solche kann dennoch, dieser Mängel ungeachtet, die Rechte eines Kindes erlangen, wenn es nur sonst lebensfähig ist. Und dieß

e) L. 3. C. de posthum. hered. instit. Cocceii ius ciuil. contr. h. t. Qu. 5.

f) S. Sächsisches Landrecht, lib. I. Art. 33. S. Lehnrecht Art. 20. Auctor vetus de beneficiis, Art. 44. Allemannisches Lehnrecht cap. 14. Ferner Erfurter, Goslarische, Lüneburgische und andere mehrere Statuten bestätigen dieses. Man vergleiche Herrn GJR. Walch Diss. de infante herede, Ienae 1768.

g) Sam. Stryck de iure sensuum, Diss. I. §. 4. Berger Oecon. iur. Pag. 38.

h) L. 12. §. 1. D. de lib. et posthum.

i) Westphal Theorie des römischen Rechts von Testam. §. 944.

dieß ist die Meynung der heutigen Rechtsgelehrten [k]). Noch ist folgendes zu bemerken:

I. Entstehet Zweifel, ob ein Kind lebendig gebohren worden sey, und die Geburt ist auf die gewöhnliche Art, und zu der Zeit geschehen, da das Kind für lebensfähig gehalten wird, so wird ein solches eher lebendig als todtgebohren vermuthet [l]). Jedoch findet diese Vermuthung nur in bürgerlichen Rechtsfällen, nicht in peinlichen Sachen statt; denn da kommt alles auf die gerichtliche Besichtigung der Geburt und das Gutachten der Aerzte an [m]).

II. Wenn ein Kind vor dem siebenten Monate gebohren worden, aber doch so lange leben sollte, bis jener vorgeschriebene Termin erfüllt ist, und es stürbe also erst nach Vollendung desselben, so ist es der Billigkeit gemäß, einer

k) Sam. de Cocceii in iure ciuil. contr. Lib. I. Tit. VI. Qu. 3. Io. Frid. Eisenhart Inst. iur. germ. priu. Lib. I. Tit. I. §. 2. und vorzüglich Herr Hofr. Oeltze in Comment. de partu viuo vitali etc. Ien. 1769. Herr Hofr. Hartleben in Medit. ad Pand. Vol. I. P. II. Fasc. I. Spec. XVI. med. 1. hält zwar dafür, daß eine ungezweifelte unzeitige Geburt eine Erbschaft nicht transmittire; doch behauptet er, daß eine lebendige Geburt diese Erbfähigkeit habe, wenn gleich die Vitalität fehle. Allein wie kann die Vitalität fehlen, ohne daß ein Kind ein partus abortiuus sey?

l) Luc. van de Poll de exhered. praeterit. cap. 37. Lavterbach in Colleg. theor. pract. Pandectar. h. Tit. §. 27.

m) S. Quistorp in den Grundsätzen des T. peinlichen Rechts, 1. Thl. 6. Abschn. 5. Cap. §. 270. Von der in solchem Fall gewöhnlichen Lungenprobe handeln Plouquet in der Abhandlung über die gewaltsamen Todesarten, § 151. Wilh. Hunter in den wichtigen Bemerkungen über die Ungewißheit der Merkmale, ob uneheliche Kinder einen gewaltsamen Tod erlitten, Joh. Gottl. Kühn, ist die Wasserlungenprobe richtig? Breslau 1786. 8. Car. Frid. Scholl Diss. med. for. qua occasione recentiorum quarundam obseruationum conclusio ex subsidentia pulmonum recens nati foetus examinatur, Stuttgardiae 1786. u. a. m.

ner solchen Geburt die Kindes- und Erbrechte angedeyhen zu lassen [n]).

III. Wenn männliche Zwillinge gebohren werden, und man weiß nicht, welcher von beyden der Erstgebohrne sey; so will man im Zweifel dafür halten, daß der stärkere für den Erstgebohrnen gehalten werden müsse [o]), aus dem Grunde, weil der lebhaftere und stärkere sich den Weg zuerst bahne, und den Ausgang suche. Allein da sich eines Theils die mehrere oder mindere Stärke bey Neugebohrnen schwerlich schätzen lässet, andern Theils nur die Lage in der Mutter die Erstgeburt unter Zwillingen bestimmt [p]), so kann wohl in einem wirklich zweifelhaften Falle nur durchs Loos die Erstgeburt und derselben Recht entschieden werden.

Ueber die Frage: welches Kind von Zwillingen für das zuerst gebohrne gehalten werden müsse, haben die Rechtslehrer mehrere Meynungen vorgetragen, die der Herr HR. Hartleben [q]) anführt, und widerlegt. Durch die Unachtsamkeit der Wehmutter geschieht es bisweilen, daß man nicht weiß, welches Kind von den Zwillingen zuerst gebohren worden. Hier behaupten nun einige Rechtslehrer [r]), es komme darauf an, ob beyde Zwillinge Knabens, oder ob beyde Mädchens sind; oder ob das eine Kind ein Knabe, und das andere ein Mädchen sey. In die-

n) Teichmeier Instit. medic. legal. Pag. 56. — In casu vero, quo *quarto*, *quinto* vel *sexto* mense partus nascitur, ille secundum rigorem tam diu immaturus abortiuusque manet, donec CLXXX. dierum terminum attigerit, quo ipso omnium statim iurium compos fit, quando vero ante illud temporis spatium spiritum reddit, nec successionis ius ei competit, nec testamentum is rumpit. Siehe auch Plouquet über die physischen Erfordernisse der Erbfähigkeit der Kinder, §. 73. S. 161.

o) Zachias Quaest med. legal. Lib. IX. tit. 12. Qu. 5.

p) Plouquet über die physische Erf. §. 56. S. 123.

q) Hartleben Medit. ad Pand. Vol. I. Part. II. Spec. 16. Pag. 13.

r) Pacianvs de probat. Lib. II. cap. 11. nr. 11.

diesem letzten Falle müsse man annehmen, der Knabe sey zuerst gebohren worden, weil diese der Regel nach stärker sind, als die Mädchens; im ersten Falle aber müsse die Entscheidung nach den Grundsätzen gemacht werden, die sonst bey zweifelhaften Fällen ihre Anwendung finden. Hr. HR. Hartleben antwortet: die Erfahrung lehret, daß sehr oft nicht der Knabe, sondern das Mädchen zuerst auf die Welt gekommen sey, wenn die Mutter von Zwillingen entbunden worden. Zwar scheinet auch nach der L. 10. §. fin. de reb. dub. vermuthet werden zu müssen, daß der Knabe zuerst gebohren worden. Hier heißt es: si ita libertatem acceperit ancilla, si *primum marem* peperit, liber esto: et haec vno vtero marem et foeminam peperisset. Si quidem certum est, quid *prius* edidisset, non debet de ipsius statu ambigi, vtrum liberum esset, nec ne? sed nec filiae, nam si postea edita est, erit ingenua: sin autem incertum est, nec potest per subtilitatem iudicialem manifestari, *in ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet*, vt tam ipsa libertatem consequatur, quam filia eiusdem ingenuitatem quasi per praesumtionem *priore masculo edito*. Dieses Gesetz nimmt freylich im zweifelhaften Falle an, daß der Knabe zuerst gebohren worden; es giebt aber diese Entscheidung deswegen, weil die Römer die Freyheit auf alle Weise begünstigten, daher auch in dergleichen Fällen angenommen wurde, die Mutter sey von dem Knaben zuerst niedergekommen, um ihr nur die vermachte Freyheit zu verschaffen; denn selbst das für später gebohrne Mädchen erhielt ja, um der Ungewißheit willen, und aus Faveur für die Ingenuität die Freyheit. Nach diesen Grundsätzen läßt sich aber das Recht der Erstgeburt nicht beurtheilen.

Verschiedne Rechtslehrer s) wollen von der Schönheit den Schluß auf die Erstgeburt machen, nach dem Inhalte

s) Gomez ad L. Tauri 40. n. 68. Berlich Concluſ. Part. 3. Concl. 21. n. 42. Caepolla in tract. de imperat. Concl. 10.

des L. 8. de pact. wo es heiße: in numero *pari* Praetorem eum sequi debere, qui *dignitate* inter eos praecellit. Gegen dieses Argument wendet Herr HR. Hartleben ein: die Schönheit machet zwar liebenswürdiger, daraus folget aber nicht, daß das schönste Kind auch zuerst gebohren worden, sehr oft heißt es auch hier: das letzte das Beste.

Wieder andere wollen, der Größere müsse für den zuerst gebohrnen Zwilling gehalten werden. Dieses ist aber wider den Lauf der Natur; denn diese gehet vom Kleinen zum Größern fort; vom Leichten zum Schweren, wenn gleich bisweilen die ersten Früchte auch die besten sind. Eben so ungegründet ist die Behauptung derer, welche wollen, das klügste Kind müsse für das zuerst gebohrne gehalten werden, weil die besten Früchte zuerst zur Reife gelangen; denn hier ist nicht die Frage von der Klugheit, und sehr oft hat ein starker Körper eine sehr kleine Seele.

Noch andere sind der Meynung: wenn es unbekannt sey, welches Kind von den Zwillingen zuerst gebohren worden, und welches folglich auf das Recht der Erstgeburt Ansprüche machen könne, so sey anzunehmen, es müsse von ihnen gemeinschaftlich besessen und ausgeübt werden; denn diese Kinder müssen auch im Genuß der ihnen zustehenden Rechte eben so einander gleich gemacht werden, wie sie von der Natur in ihrer Geburt gleich gemacht worden; auch kann hier die Verordnung der L. 13. de lib. et posth. inst. sehr gut analogisch angewendet werden, wo gesagt wird: wenn der Erblasser gleich nur einen Postumus zu seinem Erben eingesetzt hat, so fällt dennoch die Erbschaft auch an die übrigen, wenn mehrere gebohren worden. Darauf antwortet Herr HR. Hartleben: man könne solche Zwillinge weder für natürlich zuerst gebohrne, noch auch im Rechtsverstande als solche betrachten; denn ein würklich zuerst gebohrnes Kind ist dasjenige, das zuerst auf die Welt gekommen ist. Auch im Rechtsverstande kann man hier kein Kind für zuerst gebohren halten, weil das Wesen der Primogenitur nur eine Person begünstiget, um dadurch den

Glanz

Glanz der Familie sicher zu befestigen. Verum *vterque* gemellus nec *naturaliter*, nec *ciuiliter* primogenitus esse potest. Non *naturaliter*, quia is ordine naturali primus est, qui alterum praecedit. Neque etiam *ciuiliter*, quia leges, quae primogenitis specialia iura tribuunt, vnitatem quaerunt, atque in hac vnitate conseruationem familiarum stabiliunt.

Wieder andere geben demjenigen den Vorzug, der sich im Besitz des Rechts der Erstgeburt befindet; und andere sagen: beyde haben gleiches Recht auf die Vortheile des Primogeniturrechts; es kann aber die Ausübung desselben nur wechselsweise geschehen, jetzt der, das künftige Jahr der andere.

Nach der Meynung anderer soll es auf die Wahl der Eltern ankommen; wieder andere wollen es der Entscheidung der Landstände überlassen wissen, und noch andere behaupten, es komme auf die ganze Nation an, wem sie die Regierung überlassen wolle. In einer Abhandlung [t]) wird behauptet, bey dieser sehr großen Verschiedenheit der Meynungen sey es am besten: der Richter thue in dergleichen Fällen den Ausspruch, nachdem er die gegenwärtigen Verhältnisse des streitigen Falls aufs schärfste geprüft hat. Diese Meynung gefällt dem Herrn HR. Hartleben deswegen nicht, weil es sehr gefährlich sey, eine so wichtige Angelegenheit blos der Einsicht und Willkühr des Richters zu überlassen. Eher habe noch die Behauptung derjenigen Rechtslehrer [u]) viel für sich, welche das stärkste Kind für das zuerst gebohrne halten, da es eher im Stande gewesen sey, sich durchzuarbeiten, als sein schwächeres Geschwister. Dieser Behauptung steht aber nur wieder entgegen, schreibt Hr. HR. Hartleben, daß durch die Erfahrung sehr oft bewiesen worden, daß das schwächere Kind unter Zwillingen

t) SCHVBART Diss. de statu liberorum dubio et illegitimo, §. 38.

u) BRVNNEMANN ad L. 10. D. de reb. dub. ZACHIAS Quaest. med. legal. Lib. 9. tit. 12. quaest. 5.

eher auf die Welt gekommen, als das stärkere, weil seine Lage dieses veranlaßt hat, und der Druck des stärkern. Herr HR. Hartleben tritt daher endlich auf die Seite derjenigen Rechtsgelehrten x), welche behaupten, ein solcher Fall müsse durchs Loos entschieden werden, wenn sich die Zwillinge nicht darüber vergleichen können; denn wenn gleich das Loos demjenigen das Recht der Erstgeburt nicht wirklich verschaffen könne, der nicht der Erstgebohrne sey, so müsse dieses übersehen werden, weil es auf eine durch die Gesetze gebilligte Entscheidungsnorm ankomme, wenn keine natürliche möglich sey, — quia, cum quaestio *naturaliter* decidi non possit, nihil supereſt, nisi vt *ciuiliter* decidatur. Wie bekannt, wollen die Gesetze y) eine Sache durchs Loos entschieden haben, wenn kein anderer sichererer Ausweg vorhanden ist.

Es sollen Zwillinge gebohren worden seyn, die am Kopfe, oder an der Seite, oder auf dem Rücken, oder auf eine andere Art zusammen gewachsen waren. Von diesen Zwillingen, welche für keine Mißgeburten gehalten werden dürfen, lassen sich mancherley Verhältnisse denken, von denen Schöpfer ausführlich gehandelt hat. Da sie als ein Beyspiel gebraucht werden können, wie verschieden die Grundsätze der Rechtsgelehrsamkeit angewendet werden müssen, so will ich darüber etwas bemerken, welches auch der Herr RR. Eichmann gethan hat. Schöpfer behauptet:

1) dergleichen zusammen gewachsene Zwillinge müßten getauft werden, und zwar als zwey Menschen, wenn man

x) Tiraqvel de iure primogenitvrae, Quaeſt. 17. Lyncker Cent. 8. Dec. 781. Wildvogel D. de iure gemellor. c. 2. §. 10. Ren. Paul. Ioſeph Pin D. quis inter fratres gemellos pro primogenito habendus ſit. Estors bürgerl. Rechtsgelehrs. der Teutschen, 1ſter Thl. §. 69.

y) L. 14. D. de iud. L. 5. famil. erciſc. L. 24. §. 15. de fideic. L. 2. pr. C. quib. quarta pars debet. §. 23. Inſt. de legat.

man deutlich sieht, daß sie zwey Menschen sind, sonst aber empfangen sie nur als eine Person die Taufe [z]).

2) Können sich solche Zwillinge nicht verheyrathen, weil dieses sowohl ohne Verletzung der guten Sitten, als auch wegen anderer üblen Folgen nicht geschehen kann [a]).

3) Geschenke, die einem von diesen Zwillingen gemacht werden, gehören nicht beyden zugleich; besitzen sie Sachen gemeinschaftlich, so kann jeder die Theilung verlangen [b]).

4) Was das Geld anbetrifft, welches die Eltern dieser Zwillinge für das Besehen derselben eingenommen haben, so glaubt Schöpfer, es gehöre zum adventicischen Peculium, weil es doch von den Zwillingen erworben sey. Herr RR. Eichmann hält diese Behauptung für ungegründet; denn α) könnten die Eltern sich ihrer Kinder ohne Zweifel dazu bedienen, um durch sie etwas zu verdienen, hier aber machten die Eltern einen solchen Gebrauch mit ihren Kindern, daß sie sich einen Vortheil mit solchen verschaffen. Da aber β) das adventicische Peculium in etwas bestehet, was die Kinder selbst erwerben, hier aber dieses nicht der Fall sey, so könne auch nichts darauf ankommen, daß die Kinder den Eltern die Gelegenheit dazu gegeben. Etwas anders sey es freylich, wenn diejenigen, welche solche Kinder besehen, ihnen selbst etwas zuwenden wollen, oder es den Eltern deutlich sagen, daß es für die Zwillinge angewendet werden soll.

5) Solche Zwillinge können Testamente machen, wenn sie nicht mehr unter der väterlichen Gewalt stehen; sie brauchen jedoch einander nicht zu Erben einzusetzen; denn ob es wohl scheint, daß sie wegen ihrer Verbindung

z) Schoepfer D. de gemellis concretis, Rost. 1709. c. 2. §. 3. 4. 5.

a) Schoepfer Diss. cit. cap. 2. §. 7. seq.

b) Schoepfer Diss. cit. c. 3. §. 5. 6.

als eine einzige Person angesehen werden müßten [c]), so machen sie doch, wenn wirklich zwey menschliche Köpfe mit dem übrigen Theilen da sind, zwey Personen aus, die als Geschwister betrachtet werden müssen, welche folglich auch nicht schuldig sind, einander nothwendig zum Erben zu ernennen [d]).

6) Diese Zwillinge können entweder einzeln, oder beyde zugleich von Jemanden zum Erben eingesetzt werden. Wären sie von ihren Eltern nicht zum Erben eingesetzt worden, so machen sie das Testament, wie andere Kinder, ungültig [e]).

7) Bey einer Erbschaft, die ihnen zufällt, müssen zwey Theile für sie gemacht werden, weil sie zwey besondere Personen vorstellen.

8) Begeht einer von solchen Zwillingen ein Verbrechen, so kann dieses dem andern nicht zugerechnet werden, wenn er keinen Antheil daran genommen hat, oder dabey behülflich gewesen ist. Es kann aber auf die Tortur nur in der Maaße erkannt, und solche muß so gebraucht werden, daß der unschuldige Zwilling nicht dabey leidet. Läßt sich dieses nicht ausführen, so hat die Tortur gar nicht statt. Noch weniger darf auf die Todesstrafe des einen Zwillings gesprochen werden, weil der Unschuldige mit bestraft werden würde, und jede andere Strafe ist so gar unanwendbar, die dem Unschuldigen zum Nachtheil gereichen würde [f]). Entsteht nur eine Unbequemlichkeit für den Unschuldigen daraus, so muß er sich solche freylich gefallen lassen. So kann z. B. auf die Verstrickung oder eine Geldstrafe, ja selbst auf ein leidliches, zeitliches Gefängniß erkannt werden.

9) Ist

c) Menochivs de arb. iud. quaest. Lib. 2. cas. 95. n. 5. 6. Pag. 200.

d) Schoepfer cap. 3. §. 9. 10.

e) Stryck de succeff. ab inteft. Diff. I. cap. 2. §. 20. Schoepfer l. c. cap. 3. §. 16.

f) L. 5. pr. D. de poenis. Carpzov Part. I. Conft. 12. Def. 15. n. 4.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0236
DFG

9) Ist eine Absonderung solcher Zwillinge möglich, ohne daß der Tod des einen Zwillings zu befürchten ist, so kann und soll solche geschehen; diesen Fall bestimmen aber nur mehrere geschickte Aerzte, weil die Aussage eines einzigen zu bedenklich ist, und bey der Verschiedenheit der Meynungen unter ihnen, wird das Gutachten mehrerer medicinischen Facultäten verlangt [g]). Weichen diese ebenfalls von einander ab, und widersprechen sich, so ist es am sichersten, die Absonderung zu unterlassen, die Zwillinge mögen sie verlangen oder nicht [h]). Zuweilen geschieht es auch, daß einer von den Zwillingen der Trennung, ob sie wohl nach der Meynung der Aerzte ohne viel Gefahr geschehen kann, widerspricht. In einem solchen Falle kann sie auch nicht vorgenommen werden, wenn auch nur einige Gefahr vorhanden seyn sollte; dagegen achtet man den Widerspruch gar nicht, wenn gar nichts zu befürchten ist, weil jede Gemeinschaft eher gehoben, als verlängert werden soll.

§. 116.

Nachdem im vorigen Paragraphen die wichtigsten Grundsätze vorgetragen worden, die sich auf die Eintheilung der Menschen, in Gebohrne und Ungebohrne, oder Embryonen beziehen, so wird nunmehr der rechtliche Unterschied zwischen ehelich und unehelich Gebohrnen vorgetragen werden. In Rücksicht auf die Geburt theilt man nämlich die Menschen in Eltern und Kinder ein, und diese sind entweder eheliche, oder uneheliche Kinder [i]).

g) Stryck de iure sens. Diss. I. c. 3. n. 10.

h) Schoepfer l. c. cap. V. §. 2.

i) Henr. Boger D. de statu legitime vel illegitime natorum, in *Eius* Disp. Henr. Linck D. de partu humano legitimo et illegitimo, Ien. 1699. Chr. Wildvogel D. de partu legitimo, Ien. 1710. Io. Chr. Hartung D. de partu legitimo, Ien. 1690. Chr. Rickmann D. de partu legitimo, Ien. 1767. C. Fr. Kaltschmied D. de partu legitimo, Ien. 1752.

Eheliche Kinder (liberi legitimi) heißen diejenigen, die in einer rechtmäßigen Ehe gezeugt worden, die Ehe mag übrigens eine wahre (matrimonium verum), oder eine vermeyntliche (matrimonium putatiuum) seyn. Uneheliche Kinder (liberi illegitimi), werden es genennt, die von ihren Eltern außer der Ehe, oder doch wenigstens in einer solchen Verbindung erzeugt worden sind, welche Verbindung nach den Gesetzen die Würkungen einer rechtmäßigen Ehe nicht hat. Beyde Arten der Kinder sind von sehr verschiedner Art, daher sie genau angeführt werden müssen.

Für eheliche und rechtmäßige Kinder wurden bey den Römern, so wie nach den heutigen Rechten, nicht alle Kinder gehalten, deren Eltern in ehelicher Verbindung lebten, nach unserer Art zu reden. Nach dem ältern römischen Rechte waren nur diejenigen Kinder legitimi, qui ex iusto matrimonio, seu ex iustis nuptiis procreati erant. Aus den Fragmenten des Ulpians k) wissen wir, daß es nur alsdenn *iustum* matrimonium genennt werden konnte, si inter eos, qui nuptias contrahunt, *connubium* sit, et tam masculus pubes, quam foemina potens sit, et vtrique consentiant, si sui iuris sunt; aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt. *Connubium* est vxoris iure ducendae facultas. Connubium habebant ciues Romani cum ciuibus Romanis; cum Latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit.

In Teutschland wird ein Unterschied gemacht unter matrimonium ratum et legitimum, und ersteres ist eine nach Vorschrift des canonischen Rechts geschlossene Ehe, letzteres aber wird eine solche Ehe genennt, die blos nach der Vorschrift der bürgerlichen Gesetze geschlossen worden. Unter den Catholiken heißt die Ehe nur alsdenn matrimonium ratum, wenn die Einwilligung vor dem Pfarrer

k) VLPIAN. Fragm. tit. V, §. 2. 3. 4. in SCHVLTING Iurispr. veter. Anteiust. Pag. 577. Herr HR. Glück a. a. O. Thl. 2. S. 90.

Pfarrer und zwey Zeugen erklärt worden, und dieses wurde erst durch einen Schluß des Tridentinischen Conciliums festgesetzt [l]). Alle Kinder, die in diesen beyden Arten der Ehe erzeugt worden, werden eheliche und rechtmäßige Kinder genennt. Ferner gehören diejenigen Kinder unter die rechtmäßigen, deren Eltern in einer vermeyntlichen Ehe gelebt haben [m]). Man nennt es matrimonium *putativum*, wenn die Ehe zwar wegen eines derselben entgegenstehenden öffentlichen vernichtenden Hindernisses an sich betrachtet, für völlig null und nichtig gehalten werden muß, aber doch darum, weil solche zwischen Personen, denen entweder allen beyden, oder wenigstens dem einen davon, dieses Hinderniß nicht bekannt war, förmlich errichtet worden ist, in der Zwischenzeit, und so lange solche nicht obrigkeitlich getrennt worden, alle rechtliche Würkungen hervorbringt, die nach den Gesetzen mit einer gültigen Ehe verbunden sind [n]). Wenn also z. B. der Bruder seine Schwester geheyrathet hat, ohne diese nahe Blutsfreundschaft zu wissen, so sind die in dieser Ehe erzeugten Kinder eheliche oder rechtmäßige, und haben eben die Rechte, welche andern ehelichen Kindern zustehen, wenn auch die Schwester es gewußt hätte, daß sie mit ihrem Bruder in der Ehe lebe. Unter den Protestanten hält man auch diejenigen Kinder hoher Standespersonen für rechtmäßige, deren Eltern in einer so genannten Gewissensehe gelebt haben. Von allen diesen Arten der Ehe wird bey der Lehre von der Eingehung einer gesetzmäßigen Ehe das Nöthige gesagt werden.

Die

l) Conc. Trident. Sess. 24. de reform. matr. c. 1. Prosp. Card. Lambertini Instit. eccles. Instit. 33. Pag. 90. G. L. Boehmer Princ. iur. can. §. 349. Pag. 254. edit nouiss.

m) c. 2. et 14. X. qui filii sint legitimi. L. 11. in f. C. de nat. lib. Berger Oecon. Iur. Pag. 38.

n) Hert. D. de matrimonio putatiuo, in Opusc. Vol. I. Tom. I. Pag. 348. Westphal D. de veris casibus matrimonii putatiui, Hal. 1779. Mascov Prol. de matrim. putat. Reinhart ad Christ. Vol. I. Obs. 78.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0239
DFG

Die Hauptsache, worauf es ferner bey der Frage ankommt: welche Kinder für eheliche und rechtmäßige gehalten werden müssen, besteht darin, daß sie zu rechter Zeit gebohren worden. Diese Zeit ist aber zweyerley, nämlich 1) wenn die Frage ist, wenn die Mutter nach eingegangener Ehe von dem Kinde entbunden seyn muß, um es für ehelich gebohren halten zu können, und 2) wie lange dieses nach getrennter Ehe geschehen darf. Beyde Termine weichen sehr von einander ab, und jeder muß daher besonders erklärt werden. Es gehören unter die ehelichen und rechtmäßigen Kinder

1) diejenigen, welche gleich nach geschehener priesterlicher Trauung, oder überhaupt vor dem siebenten Monat, nach geschlossener Ehe gebohren worden, wenn ein solches Kind von dem Ehemanne erzeugt seyn kann o). Dieses wird als richtig angenommen, wenn er es für sein Kind erkennt; vermuthet aber wird es, wenn er dieses zwar nicht thut, aber doch gestehet, daß er vor der Trauung sich mit seiner Frau ehelich vermischt habe. Sollte er dieses leugnen, so muß die Frau beweisen, daß das Kind von ihm ist, und hier ist schon genug, wenn sie darthut, daß er sich vorher mit ihr fleischlich vermischt habe; denn nun wird vermuthet, das Kind sey von ihm. Diesen Beweis muß aber die Frau führen, weil kein Verbrechen vermuthet wird. Allein, obgleich solche Kinder unter den angeführten Umständen für eheliche gehalten werden, so kann man doch, wenn das Kind vor dem siebenten Monat nach geschlossener Ehe gebohren worden, und ein vollkommen ausgewachsenes Kind ist, nicht zugleich annehmen, daß seine Empfängniß in der Ehe selbst erfolgt sey, und eben deswegen bestraft man die Eltern, wegen des vor der Ehe verübten Beyschlafs willkührlich, jedoch nicht so hart als Personen, die gar nicht in der Ehe leben. Es findet aber diese Strafe nicht statt, wenn das Kind noch gar nicht ausgewachsen, sondern unvoll-

o) Hr. RR. Eichmann Thl. 2. S. 251.

vollkommen ist, und man aus der Beschaffenheit desselben den sichern Schluß machen kann, daß es im siebenten Monat der Ehe für vollkommen gehalten werden könnte. Läßt sich dieses nicht mit Gewißheit bestimmen, sondern es bleibt zweifelhaft, so haben die Eltern die Vermuthung für sich, daß das Kind erst in der Ehe empfangen sey [p]), da bey eintretendem Zweifel nicht angenommen werden kann, es habe Jemand ein Verbrechen begangen, und überdieses die Gesetze annehmen, ein Kind sey in der Ehe empfangen worden, wenn es im siebenten Monat nach geschlossener Ehe gebohren wird.

2) Gehören zu den ehelichen Kindern solche, die zu Anfang des siebenten Monats nach geschlossener Ehe gebohren werden [q]). Die Gesetze vermuthen dieses deswegen, weil es doch höchst wahrscheinlich ist, daß die Personen sich gleich nach der Verbindung ehelich vermischt haben, und es Kinder giebt, wie wir im vorigen Paragraphen gesehen haben, die im siebenten Monat ihres Daseyns ihr Leben allerdings fortsetzen können. Es darf daher wider die Eltern nicht darüber der Proceß gemacht werden, ob sie nicht vor geschlossener Ehe sich fleischlich vermischt haben, wenn auch gleich das Kind so stark seyn sollte, wie Kinder von 39 bis 40 Wochen, ja nicht einmal der Reinigungseyd darf ihnen darüber abgefordert werden [r]). Beunruhigt der Richter, er sey der geistliche oder weltliche, die Eltern mit diesen Zumuthungen, so kann eine Injurienklage wider ihn ange-

p) ZANGER de Quaest. cap. 2. n. 117. MASCARD de probat. Concl. 1224. MENOCHIVS de praesumt. Lib. I. Qu. 36. et 92. CARPZOV Resp. Lib. 5. resp. 3. n. 20. HARTVNG Diss. cit. c. 2. thes. 2.

q) L. 3. §. f. D. de suis et legit. haered. L. 12. D. de statu hom. et GLOSSA ad h. l. CVIACIVS ad h. l. et in tract. de diuers. temp. praescr. et term. c. 19.

r) Arg. c. f. X. de praes. L. 51. D. pro socio. HAHN ad WESENB. de statu homin. WERNHER Obs. Vol. I. Obs. 153. IDEM in lect com. h. t. §. 5. HOMMEL Rhapf. Obs. 604. HARTVNG Diss. cit. cap. 2. thes. 5.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0241
DFG

angestellt werden. Bey Berechnung der sechs Monate wird der Monat zu 30 Tagen angenommen. In der L. 12. D. h. t. heißt es: *septimo* mense nasci perfectum partum, iam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri HIPPOCRATIS: et ideo credendum est, eum, qui ex iustis nuptiis *septimo* mense natus est, *iustum* filium esse. Weil Hippocrates die Tage dieser Monate nicht einerley bestimmt, und bald 182, bald 204, bald 210 Tage angenommen hat, so haben die Gesetze, z. B. die L. 3. §. fin. D. de suis et legit. hered. den kleinsten Zeitraum, nämlich 182 Tage für hinreichend erklärt, um die Rechtmäßigkeit eines Kindes zu begünstigen; denn in dem angeführten Gesetz heißt es: qui *centesimo octogesimo secundo die* natus est, HIPPOCRATES scripsit, et Diuus Pius pontificibus rescripsit, *iusto* tempore videri natum. Weil aber der Monat sonst nur zu 30 Tagen gerechnet wird, folglich sechs Monate nicht mehr als 180 Tage erfordern, so halten die Rechtslehrer [s]) ein Kind für ehelich, wenn es am 181 Tage gebohren worden, weil die Aerzte behaupten, in dieser Zeit sey es lebensfähig. Der Jurist Paulus sagt nämlich in der L. 101. D. de reg. iur. wenn die Gesetze zwey Monate verlangen, müsse Jemand gehört werden, wenn er nur noch am 61. Tage seine Nothdurft beobachte; folglich geht es auch hier an, nur 30 Tage auf jeden der sechs Monate zu rechnen. Uebrigens muß bey Festsetzung der Frage: ob ein Kind für wirklich ehelich gebohren zu halten sey, immer auf zweyerley Umstände Rücksicht genommen werden, nämlich 1) auf den Zeitpunkt der Geburt, 2) auf die Beschaffenheit des Kindes [t]); und kein Umstand darf von dem andern getrennt werden, wenn nicht gegen den Willen der Gesetze gehandelt, und

s) CARPZOV Resp. Lib. 5. resp. 3. n. 8. 9. WERNHER lect. comment. h. t. §. 5. KALTSCHMIED Diss. cit. § 13.

t) Plouquet über die phys. Erf. der Erbf. eines Kindes, § 31.

und offenbare Ungerechtigkeit begangen werden soll. Wie leicht könnte sonst einem Manne ein unrechtmäßiges Kind aufgedrungen werden, wenn es blos darauf ankäme, ob der 180ste Tag nach der Trauung vergangen sey; denn vollkommen ausgewachsen ist ein Kind in dieser Zeit noch nicht; daher hat man dieses schon in den ältesten Zeiten dafür gehalten und erkannt [u]). Man nehme also den Fall an, eine Witwe habe sich gleich im ersten Monat nach des Mannes Tode wieder verheyrathet, und nach sieben oder acht Monaten, von dieser zweyten Heyrath an gerechnet, wird sie von einem Kinde entbunden? Hier entsteht die Frage: für wessen Kind ist dieses gegenwärtige zu halten, rührt es von dem vorigen oder dem jetzigen Manne her? Bey Entscheidung dieser Frage haben die Rechtsgelehrten nicht einerley Meynung für richtig erklärt [x]). Einige Rechtslehrer, z. B. Kipping, halten dafür, daß nach der Regel: pater est, quem iustae nuptiae demonstrant, der gegenwärtige Ehemann als Vater dieses Kindes zu betrachten sey. Andere behaupten aber, es komme darauf an, ob das nach sieben oder acht Monaten in der zweyten Ehe gebohrne Kind, völlig ausgewachsen sey, oder nicht, und im ersten Falle müsse man den ersten Mann für den Vater halten, im zweyten aber gehöre es dem jetzigen Manne [y]).

Die Gesetze nehmen deswegen eine so kurze Zeit von sechs Monaten für hinreichend an, dafür zu halten, ein Kind sey wirklich ein eheliches, weil es doch physisch möglich ist, daß dieses Kind binnen der Zeit, von dem Ehemanne,

u) Hippocrates de partu septimestri, cap. 5. Fabrottus de iusto partu, in Otton. thes. Tom. III. Pag. 1162. Cocceii Ius controu. Lib. 1. tit. 6. Qu. 3. Pag. 79. Behrmann D. de termino nascendi naturali vnico filiationis et paternitatis fundamento, Götting. 1784.

x) Io. Wolfg. Kipping D. de partu dubio quem scilicet vidua intra dies lugubres enixa est, Helmst. 1744.

y) Plouquet a. a. O. S. 98. Herr HR Glück a. a. O. S. 100.

manne, der für den Vater desselben gehalten wird, durch ehelichen Beyschlaf habe gezeugt werden können. Eine solche Frucht kann zwar die Kräfte haben, fortzuleben, aber völlig ausgewachsen ist sie niemals, weil eine Mutter erst nach 38, 39, 40 Wochen von einem völlig reifen und ausgewachsenen Kinde entbunden wird, wie die größten Aerzte [z]) behaupten. Röderer schreibt: hunc terminum, finem nempe trigesimae nonae, et nonnunquam quadragesimae hebdomadis, partui *maturo* natura, vti accuratior obseruatio docet, constituit. — Ante *nonum* etiam mensem foetus maturus censendus non est. *Vitalis* quidem septimo mense esse potest, recte tamen a maturo distinguitur. Vagitum enim infantibus solemnem immaturus puer non edit, sed similem fere sonum suspiriis adultorum obtusis. Continuo somno indulget; vix, nisi a cruciatu moueatur, vagit, nisique excitetur, euigilatur, cibumque appetit. Multum vagiunt, quibus intestina (doloribus colicis) dolent. Frigoris adeo impatiens est, vt manus mox pedesque frigeant, nisi externo calore foueantur. Debilis etiam, et conuulsionibus aptus, ni omni cura et blandissime nutriatur. Die Zeichen einer unreifen Geburt sind folgende, heißt es ferner: 1) tota cutis, in extremis maxime artubus et facie, rubet vel purpurea est, quin quandoque liuet. Sanguis per tenerrimam epidermiam pellucet. Manuum palmae pedumque plantae purpureo vel liuido calore splendent. 2) Mollis et longa lanugo corpusculo instrata est, partibus praecipue faciei lateralibus et dorso. 3) Corpusculum plerisque in casibus macilentum, minus torosum; artus graciles, tenuesque; mobilis contracta et arida cutis, quae vix aliquid, quin nihil pinguedinis, sed nudos musculos velat. 4) Magnus fons pulsatilis, et cranii ossa ex facili mobilia. 5) Facies

2) Roederer Elem. art. obstet. §. 217. 219. 220.

cies deformis, senilis quasi, cum conspicuis lineamentis et rictu oris magno latoque. Totius embryonis ingratus aspectus et odor. Labia et aures tenerrima epidermide tectae, colore rubrae; obscurae vel roseae: aures pertenues membranis similes, cum exigua auricula pendente. Ex mente et nasi bulbo tubercula sebacea, velut colliculi albicantes, prominent. Lingua intensa rubet. 6) Oculi clausi, palpebrae conniuentes, quae haud multum aperiuntur, cum auerso a lumine infante tenebrae fiunt. Immaturi embryones circumspicere viuide, velut alii infantes, non solent. 7) Capitis capilli albicantes vel flauescentes et nitentes: vngues etiam manuumque pedumque breues, teneri, molles, facile plicandi, velut tenuis chartae folia, vltra digitos non prominentes, vix lineam longi. Cilia et supercilia tenerrima et laeuissima. 8) Scrotum rubicundum et tumens, testiculis vacuum esse solet, qui nonnunquam supra pubis ossa in inguinibus reperiuntur, raro vnus vel alter in scroto. 9) Pondus immaturi foetus ad sex libras non ascendit, saepe infra quintam libram subsistit, alias inter quintam sextamque libram medium est.

3) Gehören zu den ehelich gebohrnen Kindern auch diejenigen, welche im zehnten Monat nach dem Tode, oder der Entfernung des Mannes, oder nach Trennung der Ehe gebohren worden. Die Gesetze [a]) gründen sich hier ebenfalls theils auf die Vermuthung, daß der Mann kurz vor seinem Absterben, oder vor seiner Entfernung, oder Trennung, sich noch fleischlich vermischt habe, theils darauf, weil man glaubte, daß durch besondere Umstände das Kind länger als gewöhnlich, in Mutterleibe aufgehalten werden könnte. Aus jener Voraussetzung folgt nun wieder ganz unleugbar, daß,

a) L. 3. §. 11. D. de suis et legit. hered. L. 29. pr. de liber. et post. L. 4. C. de posth. hered. instit. vel exhered. Hofmann Hist. iur. Part II. Pag. 186.

daß, wenn besondere Umstände vorhanden sind, welche es wahrscheinlich machen, daß die Frau, nach dem Tode, der Entfernung, der Ehescheidung, mit einer andern Mannsperson zur Zeit der eigentlich anzunehmenden Empfängniß sich fleischlich vermischt habe, und folglich nicht der Mann als der Vater des Kindes zu betrachten sey, ihr hierüber der Reinigungseyd zuerkannt werden könne. Diese Wahrscheinlichkeit hätte alles für sich, wenn z. B. der Mann um diese Zeit eine schwere Krankheit gehabt hätte, die ihn zu allem Beyschlafe untüchtig machen mußte. Dieses darf aber nicht geschehen, wenn kein Grund dieses Verdachts wahrscheinlich gemacht werden kann. Daß hingegen ein Kind beynahe zehen ganzer Monate, sich in Mutterleibe aufhalten könne, wenn gleich die mehresten Mütter nach neun Monaten entbunden werden, behaupten alle einsichtsvolle neuern Aerzte [b]). Sollte aber ein solches im zehnten Monate gebohrnes Kind noch unreif und unausgewachsen seyn, so hat sie den Verdacht der Hurerey wider sich, und hier kann ihr ebenfalls der Reinigungseyd zugesprochen werden [c]).

Wie ist denn aber ein im eilften Monate, oder noch später gebohrnes Kind anzusehen, für ehelich oder unrechtmäßig? Ueber diese Frage haben Rechtsgelehrte und Aerzte sehr gestritten [d]). Herr RR. Eichmann schreibt: keineswe-

b) Roederer Elem. art. obst. §. 223. Idem in Diss. de temporum in grauiditate et partu aestimatione, Götting. 1757.

c) Hofacker Princ. iur. roman. Tom. I. Pag. 428. Strubens Bedenken, Thl. 5. S. 179. Plouquet a. a. O. §. 38. 39.

d) Illustr. Püttmann D. de partu vndecimestri, Lips. 1779. Leyser D. de postumo anniculo seu duodecimestri, in Med. ad Pand. Spec. 15. med. 1. Harpprecht Consil. 51. Sande Dec. IV. 8. Def. 10. Wernher Obs. Tom. III. Part. 3. Obs. 36. Heister D. qua partus tredecimestris

nesweges sind diejenigen für eheliche Kinder zu halten, welche erst nach dem zehnten Monate zur Welt kommen; denn α) sind schon Geburten gegen das Ende des zehnten Monats sehr selten. β) Ist es auch nach den Grundsätzen der Entbindungskunst [e]) nicht zu behaupten, daß ein Kind, wenn es nicht etwa verfault, oder ausgetrocknet ist, erst im eilften Monate nach der Empfängniß sollte gebohren werden. γ) Haben auch geschickte Aerzte gezeugt, daß weder durch Krankheit, noch Schwächlichkeit, noch Traurigkeit und andere Umstände, ein Kind bis zum eilften Monate und noch länger im Mutterleibe zurück gehalten werden könne. Röderer schreibt: nihil hic valet energia seminis deficiens, morbosa, vel debilis patris constitutio, matris dispositio physica, hectica, qua foetus sufficienti alimento priuatur, nihil status matris cachecticus, fluxus menstruus, tempore gestationis contingens, diarrhoea aliusue morbus, nihil nimia vteri amplitudo, nihil adfectus matris vehementior, qualis tristitia, nihil diaeta extraordinaria; nihil foetus debilitas et dispositio morbosa; nihil plures foetus in vtero detenti. Tantum enim abest, vt hae caussae foetus moram in vtero retardent, vt potius accelerent. δ) Die Beyspiele, welche man von Geburten des eilften Monats anführt, haben keine Wahrscheinlichkeit, und ganz unglaublich sind die noch spätern Geburten [f]). Es haben sich die Aerzte und andere Beobachter, die dieses erzählen, hintergehen oder wenigstens täuschen lassen. ε) Wenn daher Justinian in der 39 Novelle, Cap. 2. §. 1. sagt, daß ohne allen Zweifel ein Kind nicht aus der vorigen Ehe sey,

stris pro legitimo habitus proponitur, Helmst. 1777. in Schlegel. Collect. Vol. II. nr. 8. Nebel D. de partu vndecimestri legitimo, Heidelb. 1771.

e) Roederer Elem. art. obst. §. 217. 218. 223. et in Diss. cit. van Swieten ad Boerh. Tom. 4. §. 1297.

f) Detharding. Diss. de foetus immaturi excluſ. Rost. 1748. §. 6. Rickmann Diss. cit. §. 43.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701684888/phys_0247 DFG

wenn es um das Ende des Jahres, nach dem Tode des Mannes gebohren sey, so muß man dieses allerdings von dem eilften und zwölften Monate verstehen [g]), weil man nicht annehmen kann, daß Justinian diejenigen für eheliche Kinder habe erklären wollen, die es der Natur nach nicht seyn könen. ζ) Schließt auch Ulpian in der L. 3. §. 11. D. de suis et legit. hered. diejenigen von der Intestaterbfolge aus, welche nach dem zehnten Monate, vom Tode des Mannes an gerechnet, gebohren worden. Daher mußten auch η) die Weiber ihre Männer zehen Monate betrauren, und durften sich während dieser Zeit nicht wieder verheyrathen, indem man glaubte, daß sonst eine Vermischung des Blutes, oder wie Harmenopulus sagt, eine Vermischung des Nahmens entstehen könne [h]). Und aus eben dem Grunde ϑ) läßt auch Aquilius Gallus in der L. 29. D. de suis et legit. hered. den Enkel, welcher im zehnten Monate nach des Vaters Tode gebohren wird, zu der Erbschaft des Großvaters. Nach den Grundsätzen der Arzeneygelahrheit [i]) also, und nach den Gesetzen, sind zwar Kinder, welche im zehenten Monat nach der Trennung der Ehe, oder nach Entfernung des Mannes, oder nach dem Tode desselben, gebohren worden; keinesweges aber die spätern Kinder, für rechtmäßige und eheliche zu halten. Ganz falsch ist die Behauptung, daß man die zehen Monate von der Zeit der vorher einzugestehenden Empfängniß an rechnen müs-

g) Cocceii in iure contr. Lib. I. tit. 6. Pag. 83. Schaumburg Comp. Dig. h. t. §. 3. Wernher lect. comment. h. t. §. 5. Pag. 34.

h) L. 11. D. §. 1. de his qui not. inf. Cviac. Obs. Lib. 6, c. 32. Noodt ad Dig. Lib. III. tit. 2. Tom. II. Opp. Pag. 86. Harmenop. IV, 6. 16.

i) Vogel D. de partu serotino valde dubio. Schnobel D. de partu serotino in medicina forensi temere nec affirmando nec negando, Ien. 1786. Plouquet a. a. O. §. 40.

müsse [k]); denn die Gesetze bestimmen zu Vermeidung vieler Streitigkeiten eine solche Zeit deswegen, weil zu vermuthen ist, daß noch am Ende der Ehe, oder kurz vor der Entfernung, der Mann seiner Frau ehelich beygewohnt habe, und weil man glaubte, daß sich ein Kind zehen Monate bey der Mutter aufhalten könne. Es werden also die zehen Monate von dem Tode, der Trennung, oder Entfernung an, gerechnet, weil zu der Zeit, die Empfängniß in den Gesetzen vermuthet wird [l]). Wenn daher gezeigt werden kann, daß der Mann zur Zeit dieser zu vermuthenden Schwängerung, seiner Frau die eheliche Pflicht nicht geleistet habe, so kann auch ein Kind, das im zehenten Monate gebohren worden, für kein eheliches gehalten werden. Und ob wohl viele Rechtsgelehrte annehmen, daß nach dem Gerichtsgebrauche, ein Kind vom eilften Monate, für ehelich gebohren gehalten werde [m]), ja es bey ausserordentlichen Fällen gar vom zwölften Monate behauptet werden müsse, so kann doch dieses um so weniger in Betrachtung kommen, da der Gerichtsgebrauch hierin nicht sich gleich geblieben, er sich auch auf die, von verschiednen ältern Aerzten angeführten Beyspiele solcher Geburten gründet, diese aber nach den richtigern Einsichten neuerer Aerzte für falsch gehalten

k) MENOCH. de arb. iud. quaest. Lib. 2. Cas. 89. n. 44. CARPZOV. Iurispr. eccles. Lib. 2. Def. 225. n. 14. IDEM Part. IV. Const 29. Def. 15. n. 3. HARTVNG Diss. cit. c. 3. thes. 13.

l) STRYCK de cautel. testam. c. 17. mbr. 1. §. 5. BERGER Oecon. iur. Lib. 1. tit. 2. thes. 2.

m) CVIACIVS ad PAVLI rec. sent. IV, 9. FABROTTI Exercit. cit. I. Pag. 38. RAGVEL ad L. vlt. C. de posth. CARPZOV. Iurispr. forens. Part. 4. Const. 27. Def. 15. IDEM in Iurispr. eccles. Lib. 2. Def. 225. n. 12. IDEM in Resp. Lib. 5. Resp. III. n. 11. STRYCK de caut. testam. cap. 17. mbr. 1. §. 5. STRVV Exerc. 3. thes. 4. BERGER Oecon. iur. Lib. 1. tit. 2. thes. 2. n. 5. de GAERTNER Medit. ad Pand. Fasc. 1. Pag. 91. Obs. 61. WERNHER lect. comm. h. t. §. 5. WERNHER Obs. Tom. III. Part. 3. Obs. 36. LEYSER Spec. 16. med. 1.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701684888/phys_0249 DFG

werden müssen. Sollte aber eine Frau im eilften Monate, oder auch wohl noch später, mit einem ausgetrockneten oder verfaulten Kinde nieder kommen, so sind entweder Gutachten der Aerzte vorhanden, daß das Kind noch von einer ehelichen Beywohnung des Mannes herrühre oder nicht. Im letzten Falle muß die Frau schwören, daß sie seit dem Tode des Mannes mit keinem andern Unzucht getrieben habe; im ersten Falle aber kann ihr dieser Eyd nicht aufgelegt werden, wenn sie nicht sonst der Hurerey verdächtig seyn sollte. Ist aber von solchen Weibern die Rede, deren Männer abwesend sind, so kann der Richter von Amtswegen, wenn die Person nicht sonst des Ehebruchs verdächtig ist, nicht wider sie verfahren, weil die Frau vorgeben kann, daß sie bey dem Manne, oder der Mann bey ihr gewesen sey, und man ihr dieses, wenn sie nur sonst nichts wider sich hat, glauben muß [n]).

Die eheliche Geburt eines Menschen muß sehr oft bewiesen werden, und dazu bedient man sich verschiedner Beweismittel, wozu vorzüglich die Geburtsbriefe [o]) gehören. Man versteht darunter eine schriftliche Erklärung des Richters, daß die angeführte Person ehelich gebohren sey. Wenn keine solchen Geburtsbriefe beygebracht werden können, so muß bewiesen werden, daß die Eltern des Kindes in einer rechtmäßigen Ehe gelebt, und solches zu der Zeit gebohren sey, von welcher eben gehandelt worden. Als Beweismittel bedient man sich dabey der Taufmatrikeln, welche alsdenn öffentlichen Glauben haben, wenn sie von einer dazu verpflichteten öffentlichen Person geführt worden sind [p]). Außer diesem Beweismittel können Zeugen gebraucht werden, die von der Geburt des Kindes die erforderliche

n) Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 2. S. 261.

o) Henr. Linck D. de litteris natalit. Ien. 1732. Herr HR. Claproth von freywill. Gerichtshandl. S. 149. Hr. Canzl. von Trützschler zu Altenburg in der Anweisung zur Abfassung rechtlicher Aufsätze, Thl. 1. §. 53.

p) Hommel Rhapf. Obf. Vol. II. Obf. 364.

derliche Wissenschaft haben, und dazu gehören Wehemütter, Gevattern, Nachbarn, Anverwandte, Hausbediente q). Man ist auch nicht selten schon damit zufrieden, wenn nur so viel wahrscheinlich gemacht worden, daß das Kind von demjenigen, der für den rechtmäßigen Vater gehalten wird, als sein eheliches Kind erzogen worden sey; denn dieser Umstand begründet wenigstens eine rechtliche Vermuthung, die so lange gilt, bis das Gegentheil deutlich dargethan worden r). Ausführlich wird diese Materie an einem andern Orte vorkommen.

Wir haben zeither gesehen, welche Kinder nach Vorschrift der Gesetze für ehelich gebohrne und rechtmäßige Kinder gehalten werden müssen; nunmehr werden die Grundsätze von unehelichen oder unrechtmäßigen Kindern desto leichter aus einander gesetzt werden können. Uneheliche, unrechtmäßige Kinder heißen überhaupt diejenigen, welche von einer Mutter gebohren worden, die nicht in der Ehe lebte, oder die wenigstens in einer solchen Verbindung erzeugt worden sind, welcher die Gesetze die Kraft einer rechtmäßigen Ehe nicht beylegen s). Im römischen Rechte heißen solche Kinder spurii, und sie werden auch ἀπατορες genannt, quasi sine patre filii t). Hierdurch soll das lateinische Wort *spurius* entstanden seyn; denn man führte dergleichen uneheliche Kinder mit den Buchstaben S. P. an, welches so viel heißen sollte, als sine patre. Eben so wurde auch der Vornahme Spurius abgekürzt SP.

q) cap. 3. X. qui matr. accus. poss. Leyser Spec. 326. med. 7.

r) Novella 117. cap. 2. c. 10. X. de probat. Stock D. de probatione filiationis, Ien. 1702. cap. 3. th. 2. Hofacker Tom. I. S. 431.

s) Gabr. Palaeoti tract. de nothis spuriisque filiis, Hag. Comit. 1655. 8.

t) §. 12. Inst. de nupt. L. 23. D. de statu homin. L. 25. D. de captiu. et postl. reuers. Caii Instit. I, 4. §. 8. Ed. Chaldera var. lection. IV, 3. in Meermann. thes. Tom. III. Pag. 663.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701684888/phys_0251 DFG

geschrieben. Endlich bediente man sich des Worts spurius von allen unehelichen Kindern [u]). Daß diese unehelichen Kinder sine patre filii genennt wurden, kam daher, weil man die Regel annahm: pater est, quem iustae nuptiae demonstrant, und über uneheliche Kinder Niemand die väterliche Gewalt hatte [x]). Uebrigens heißen dergleichen Kinder in Gesetzen [y]) auch nothi und manzeres.

Da die **unrechtmäßigen** Kinder auf verschiedne Weise erzeugt werden können, so haben die Gesetze diese Fälle genau bemerkt, und man unterscheidet sie durch eigene Benennungen. Sie sind, schreibt der Herr GTR. **Höpfner**, S. 157 entweder 1) aus einer **Blutschande** erzeugt, oder 2) aus einem **Ehebruch**; oder 3) von einer **Hure**; oder 4) von einer **Geschwächten**; oder 5) von einer **Concubine**. Uneheliche Kinder der **ersten** Art, heißen incestuosi; der **andern**, adulterini; der **dritten**, vulgo quaesiti, Hurenkinder; der **vierten**, spurii, im eigentlichen Verstande [z]), Jungfernkinder; der **fünften**, naturales, welches Wort hier wieder im engern Sinne genommen wird.

Wie wir gesehen haben, heißen auch solche Kinder **unrechtmäßige**, deren Eltern in einer ehelichen Verbindung lebten, die von den Gesetzen für keine rechtmäßige Ehe erkannt wird. Bey den Römern gab es viel Fälle, wo eine solche Verbindung statt hatte; denn

1) rechneten sie alle Kinder hierher, welche von Eltern erzeugt worden, die keine **römische** Ehe eingehen konnten, welche zum Unterschiede von ehelichen Verbindungen

u) PLVTARCH. in Quaest. Rom. Pag. 288.

x) L. 5. D. de in ius voc. §. 12. Inst. de nupt. L. 3. D. de his qui sui vel alieni iur. sunt.

y) NOVELL. 74. 89. c. 10. §. 6. X. de renunc.

z) G. L. BOEHMER Diss. de necessit. par. cons. in nupt. lib. cap. 1. §. 3. PÜTTMANN D. de querela inoff. test. fratr. atque sororib. contra *spurios* haud competente, in *Eius* Opusc. Lipsi. 1786. 8. Pag. 217.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0252
DFG

gen der Ausländer und der Sclaven, connubium genennt wurde. Es waren folglich Kinder solcher Eltern **unrechtmäßige**, liberi illegitimi, die zwar für freye Menschen gehalten wurden, die aber doch keine römischen Bürger waren [a]); desgleichen die Kinder der römischen Sclaven [b]), deren Ehe contubernium hieß, und endlich Kinder, die von römischen Bürgern während ihrer Gefangenschaft gebohren worden [c]).

2) Hielt man auch diejenigen Kinder bey den Römern für **unrechtmäßige**, wenn der Vater in die Ehe des Sohns, oder der Tochter, seine Einwilligung nicht gegeben hatte [d]).

3) Auch solche Kinder sind **unrechtmäßige**, wenn die Eltern die eheliche Verbindung, gegen die Vorschrift der Gesetze eingegangen. Im Princ. und im §. 12. Inst. de nupt. heißt es: *iustas* autem nuptias inter se ciues Romani contrahunt, qui *secundum praecepta legum* coeunt. — Si aduersus ea, quae diximus, aliqui coierint: nec vir, nec vxor, nec nuptiae, nec matrimonium, nec dos intelligitur. Itaque ii, qui ex eo coitu nascuntur, in potestate patris non sunt; sed tales sunt, (quantum ad patriam potestatem pertinet) quales sunt ii, quos mater vulgo concepit. Nam nec hi patrem habere intelliguntur, vnde solent *spurii* appellari. Man kann dieses bey uns auf die so genannten, unter **Privatpersonen** geschlossenen, **Gewissensehen** anwenden, von welchen bey der Lehre von der **Ehe** das Nöthige vorkommen wird.

In Rücksicht auf diese verschiednen Arten **unrechtmäßiger** sowohl als **unehelicher** Kinder, treten nun mancherley Rechte ein, dabey vor allen Dingen wieder unter-

 schieden

a) VLPIAN. Fragm. V, 4. SIGONIVS de ant. iur. ciuium roman. I, 9 SPANHEIM in Orbe Rom. Exerc. II. cap. 22.
b) L. 4. C. de interd. matr. L. 3. C. soluto matr.
c) L. 25. D. de capt. et postl. reu.
d) L. 11 D. h. t. APVLEIVS VI.

schieden werden muß, zwischen solchen Rechten, die dergleichen Kinder im Verhältniß gegen den ganzen Staat haben, und denjenigen, die im Verhältniß gegen ihre Eltern betrachtet, statt haben [e]). In Rücksicht der erstern Rechte ist zu merken, daß die uneheliche Geburt, für diese Kinder keinen Nachtheil in Rücksicht der öffentlichen Achtung und der Fähigkeit zu öffentlichen Aemtern, hervorbrachte. Sie waren ebenfalls freye Menschen und römische Bürger, wenn ihre Mutter das römische Bürgerrecht hatte, da sie den Stand derselben erlangten [f]). Es waren solche Kinder, wenn sie auch in einer Blutschande erzeugt worden, zu Annahme der wichtigsten Staatsbedienungen fähig, und nur alsdenn mußte ein solcher Competent nachstehen, wenn ein rechtmäßig Erzeugter um eben dieses Amt angehalten hatte [g]). Wie es nach heutigen Rechten gehalten wird, kommt in der Folge vor.

Betrachtet man die Rechte unehelicher Kinder im Verhältniß gegen ihre Eltern, so kommt es auf die verschiednen Arten derselben an. Aus einer blutschänderischen Ehe erzeugte Kinder durften bey den Römern auf die Rechte ehelicher Kinder gar keinen Anspruch machen, und sie erbten von ihren Eltern weder etwas, noch durften sie Alimente von ihnen fordern [h]). Nach dem canonischen Rechte, z. B. dem c. 4. X. de eo qui duxit etc. muß ihnen wenigstens der nothdürftigste Lebensunterhalt von den Eltern gegeben werden. Bey andern Arten unrechtmäßiger Kinder, wurde bey den Römern ein Unterschied in Rücksicht auf den Vater derselben, und auf ihre Mutter gemacht.

e) Herr HR. Glück, Thl. 2. S. 85.

f) L. 3. C. soluto matrim. L. 19. L. 24. D. h. t. Vlpian. Fragm. V, 8. Hotomann de spuriis et legit. cap. 3. Heineccius ad Leg. Pap. Popp. Pag. 169. Chesius in Interpr. iur. I, 27. 10. in Iurispr. Rom. et Attic. Tom. II.

g) L. 6. pr. D. de decur. L. 2. §. 7. eod. L. 3. §. 2. D. eod.

h) L. 6. C. de incest. nupt. Nov. 12. c. 3. Nov. 89. c. 15.

gemacht. In Rücksicht auf den Vater wurden sie nicht zu seiner Familie gerechnet, führten daher auch seine Namen nicht, sondern den ihrer Mutter, daher auch der Vater keine väterliche Gewalt über sie hatte [i]). Daher durfte sie auch der Vater nach Gefallen in seinem Testament übergehen, und enterben [k]). Starb der Vater ohne Testament, so erbten blos die im Concubinat erzeugten Kinder, einen Sextans, andere aber gar nichts. Den nothdürftigen Lebensunterhalt mußte der Vater allen solchen Kindern geben.

Auf Seiten der Mutter fand zwischen ehelichen und unehelichen Kindern, nach dem römischen Rechte, gar kein Unterschied der Rechte statt. Eine Mutter durfte auch ihre unehelichen Kinder, in ihrem Testamente nicht ohne eine rechtmäßige Ursache weder enterben noch präteriren, oder ihr letzter Wille wurde von den Kindern als pflichtwidrig angefochten [l]). Starb die Mutter ohne Testamene, so erbten sie eben so gut von ihr, als ihre rechtmäßigen und ehelichen Kinder.

Endlich komme ich auch noch zur Beantwortung der Frage: ob Kinder, die von verlobten Personen gezeugt worden, oder so genannte Brautkinder, für ehelich gebohrne und rechtmäßige Kinder zu halten sind? Darüber ist viel gestritten worden. Es kann der Fall vorkommen, daß von gesetzmäßig verlobten Personen, der Bräutigam gleich vor der Trauung stirbt, und seine Braut ist schwanger von ihm, oder er verläßt sie, und will sich nicht mit ihr trauen lassen. Hier fragt sichs, ob das Kind für ehelich gehalten werden muß, und also die Rechte anderer ehelicher Kinder in Rücksicht auf den Vater hat, folglich auch von ihm erbt, wie andere eheliche Kinder? Sehr viele Rechtsleh-

i) L. 3. D. de his qui sui etc. Heinecc. ad Leg. Pap. Popp. S. 169.

k) Novella 89. cap. 12. §. 3. Westenb. de port. legitima, Diss. II. §. 26.

l) Boehmer Ius Prot. Tom. 5. Lib. 5. tit. 16. §. 14. L. 29. §. 1. D. de inoffic. testam.

lehrer [m]) behaupten dieses; weil es höchst unbillig seyn würde, dem Kinde die Folgen davon empfinden zu lassen, daß die Trauung der Mutter mit dem Vater durch einen Unglücksfall unmöglich gemacht worden. Man würde hierdurch **Brautkinder** den aus einem **Stuprum** erzeugten Kindern gleich machen, und dieses ist allen Gründen nach wider die Absicht der Gesetze, welche annehmen, der Eheconsens sey durch den Beyschlaf hinlänglich erklärt worden [n]). Man findet daher diese Meynung nicht nur durch den Gerichtsgebrauch [o]), sondern selbst in einigen teutschen Landesgesetzen ausdrücklich bestätigt, z. B. im Preussischen [p]) vermöge eines Rescripts vom 22. Febr. des Jahrs 1768.; im Sächsischen nach der 49sten Decision [q]); im Würtenbergischen nach einem Rescript vom Jahr 1695. und in andern Ländern [r]). Andere Rechtslehrer halten diese Meynung für ungegründet, weil das Verlöbniß noch keine Ehe ist, und folglich auch kein Recht zum Beyschlaf giebt,

m) HARPPRECHT Diss. de iure liberorum a desponsatis ante benedictionem sacerdotalem — procreatorum. IDEM in D. de probat. filiationis ex concubitu consponsorum etc. in *Eius* Diss. Vol. I. Diss. 33. 34. EISENHART D. de nato ex sponsa, Helmst. 1750. ZELLER D. de partu sponsae legitimo, Gött. 1785. de CRAMER Obs. Tom. II. Obs. 515. LEYSER Spec. 298. med. 4. BOEHMER Princ. iur. can. §. 352. HOFACKER Princ. iur. Tom. I. Pag. 429. Strubens Bedenk. Thl. 3 Bd. 131. S. 456. Schotts Eherecht, §. 150.

n) L. 22. C. de nupt. cap. 12. X. qui filii sint legit. c. 30. X. de sponsal.

o) CONSIL. MARBURG Voll. III, 34. HERT. Resp. Vol. I. Resp. 209. 456. MEVIUS Dec. Part. II. Dec. 81. STRYCK de Succ. ab intest. I. 2. 1. de GAERTNER Med. ad Dig. Spec. 1. med. 55. Pag. 83.

p) Allgemeines Landrecht für die Preuss. Staaten, 2te Aufl. Berl. 1794. Thl. 1. S. 216. der lateinisch gedruckten Ausgabe. WOLTAER Observat. Fasc. I. Obs. 10.

q) WERNHER Obs. Tom. I. Part. III. Obs. 41. n. 5. CARPZOV Const. II, 14. Def. 12.

r) HARPPRECHT D. de probat. filiat. cap. 2. thes. 11.

giebt, mithin ist der von verlobten Personen anticipirte Concubitus eine eben so leichtfertige Beywohnung, wie jedes andere Stuprum. Rechtmäßige und eheliche Kinder sind nur diejenigen, welche aus einer wirklichen rechtmäßigen Ehe abstammen; diese ist aber bey den Protestanten ohne priesterliche Trauung, und bey den Catholiken ohne die Erklärung des Eheconsenses vor dem ordentlichen Pfarrer und zwey Zeugen, nicht vorhanden. Ohne diese Form hat nach unsern Kirchengesetzen keine Ehe bürgerliche Würkungen, sie ist vielmehr null und nichtig, und folglich kann auch keine Rechtmäßigkeit der Geburt der Kinder darauf gegründet werden [s]). Wenn es auch im römischen Rechte, z. B. in der L. 30. D. de reg. iur. heißt: consensus facit nuptias, so kann hiervon so wenig der Schluß auf eine dadurch gesetzmäßig geschlossene Ehe gemacht werden, als man dieses wegen der Erklärung der Decretalen, z. B. des c. 15. 30. 32. X. de sponsal., daß ein Eheverlöbniß durch die darauf erfolgte fleischliche Vermischung, auch ohne Trauung in eine wahre Ehe verwandelt werde, behaupten darf [t]). Man kann daher Stellen des römischen und kanonischen Rechts, die sich auf jene Meynung zu beziehen scheinen, gar nicht bey uns zu der nämlichen Absicht anwenden; überdieses beweisen sie auch gar das nicht, was man behauptet; denn z. B. in dem c. 12. X. qui filii sint legit. und in der L. 22. C. de nupt. wird vorausgesetzt, daß rechtmäßige Kinder nur in einer wahren gültigen Ehe erzeugt werden können. In beyden Stellen ist von keinen Brautkindern die Rede, sondern von der Rechtmäßigkeit der Geburt eines

s) Voët ad Dig. Lib. 1. tit. 6. n. 10. Boehmer Ius Protest. Lib. IV. tit. 3. §. 50. Lavterbach Lib. 23. tit. 2. §. 4. Reinh. ad Christ. Vol. 6. Obs. 10. Bünemann D. de sponsae partu dubio, Gött. 1753. Besold Cons. 247. n. 1. Hagemanns und Günthers Archiv, Thl. 4. S. 177.

t) G. L. Boehmer Princ. iur. can. §. 362. not. d. Berardi Comment. Diss. II. c. 4. qu. 1. Hofmanns Handb. des Eherechts, Jena 1789. S. 233.

eines Kindes; diese gründet sich auf die Rechtmäßigkeit der Ehe, welche die Eltern geschlossen hatten, und weil solche durch Zeugen bestätigt worden, so mußte für das Kind gesprochen werden. In der L. 22. C. de nupt. heißt es: nullus existimet, ob id deesse *recte alias inito matrimonio* firmitatem, vel *ex eo natis liberis* iura posse legitimorum auferri. Im c. 12. X. qui filii sint legit. wird gesagt: receptis testibus a filio eiusdem R. productis, quibus legitime comprobauit, praedictum R. matrem suam in capella S. Sergii *adfidasse*. Dieses letzte Wort heißt, sich durch eine Zusage verbindlich machen, und adfidare feminam in vxorem ist nichts anders, als einer Frauensperson die Ehe versprechen [u]). Nach den Worten des Capitels ist ferner gewiß, daß das Eheversprechen in einer Capelle geschehen war, folglich höchst wahrscheinlich in Gegenwart des Pfarrers, und darauf gründete sich folglich die rechtmäßige Geburt des Kindes [x]). So wichtig die Gründe für die angeführte Meynung sind, daß Brautkinder nach den Gesetzen für keine ehelichen Kinder gehalten werden können, so wenig läßt sichs jedoch bezweifeln, daß in dem Falle, wenn der Bräutigam rechtskräftig verurtheilt gewesen, die verlobte und geschwächte Person zu heyrathen, und er stirbt vor der Trauung, das von der Braut erzeugte Kind als erbschaftsfähig und ächt betrachtet werden müsse, weil rechtskräftige Aussprüche auch in Angelegenheiten, die den Zustand der Person betreffen, für Wahrheit zu halten sind [y]).

Herr RR. Eichmann trägt S. 265 des zweyten Theils seiner Erklärungen des bürgerlichen Rechts folgende Gründe zu Behauptung des Satzes vor: diejenigen Kinder, welche nicht in der Ehe empfangen, auch nicht darin

u) Lindemborg Glossar. hac voce. Gonzalz ad c. 2. X. de consang.

x) Gonzalz ad c. 12. X. qui filii sint legit.

y) L. 25. D. h. t. de Pufendorf Obs. Tom. IV. Obs. 245. Boehmer Ius Protest. Lib. IV. tit. 3. §. 49.

darin gebohren worden sind, gehören alle zu den unehelichen Kindern, mithin auch diejenigen, welche von gesetzmäßig verlobten Personen gebohren worden sind. Einige [z]) behaupten, daß sie zu den ehelichen gerechnet werden müßten. Andere nehmen dieses nicht so schlechterdings, sondern nur in einigen Fällen an. Verschiedne machen einen Unterschied unter dem römischen und kanonischen Rechte; nach jenem, sagen sie, gehören sie zwar nicht mit zu den ehelichen, aber wohl nach dem letztern. Endlich fehlt es auch nicht an solchen, die meiner Meynung sind [a]), zu deren Unterstützung ich folgende Gründe habe:

α) Setzen Rechte, die als Würkungen einer Ehe angesehen werden können, eine Ehe zum voraus, und fallen weg, wo eine solche nicht ist. Da nun eheliche Kinder eben deswegen, weil sie in der Ehe empfangen oder gebohren worden sind, viele Rechte haben, wodurch sie sich von andern unterscheiden, und eine besondere Art von Kindern ausmachen, so können zu denselben diejenigen nicht gerechnet werden, welche von Verlobten, es mag das Verlöbniß gesetzmäßig gewesen seyn, oder nicht, gebohren worden sind. Dieses muß man um so mehr annehmen, da

β) kein gemeines teutsches ausdrückliches Gesetz, auch keine solche Gewohnheit vorhanden ist, welche solchen Kindern die Rechte der ehelichen giebt. Auch läßt sich nicht einmal behaupten, daß die alten Teutschen entgegen gesetzte Gewohnheiten gehabt haben; vielmehr stimmt unsere Meynung damit überein. Wahrscheinlich hat man anfangs in Teutschland, nichts von der Eintheilung der Kinder in eheliche und uneheliche gewußt, sondern sie blos in solche, die

z) Fr. Chr. HARPPRECHT tract. iurid. de iure liberorum a desponsatis ante benedictionem sacerdotalem, nec ex post subsecutam, procreatorum, Tub. 1696. recusa, Hal. 1730. Io. Fr. EISENHARDT D. de nato ex sponsa, Helmst. 1750. rec. Helmst. 1750. et in *Eius* Opusc. n. 3.

a) BÜNEMANN D. de sponsae partu dubio, Gött. 1753.

die aus einer erlaubten, und solche, die aus einer verbotenen Ehe erzeugt worden, eingetheilt; denn da die ältesten Gesetze von keinem andern weiblichen Umgange, als von blutschänderischen und sonst verbotenen Ehen handeln, so sind vielleicht damals solche Ehen am häufigsten, hingegen andere dergleichen außer der Ehe geschehene Vergehungen seltener gewesen. Nach dem Alemannischen Gesetz Tit. 51. §. 2. Tit. 54. §. 3. waren nur diejenigen Kinder rechtmäßige, deren Vater an der Mutter das so genannte Mundium erhalten hatte, und dieses konnte nur über eine wirkliche Ehefrau erlangt werden. Da nun die Ertheilung dieses Mundiums, die eigentliche Bestimmung der Ehe mit ausmachte, und wo dieses fehlte, eine Verbindung ungültig war; so waren auch alle aus dergleichen Verbindungen erzeugte Kinder uneheliche. Erst mit der Einführung der priesterlichen Trauung in Teutschland, entstand die Eintheilung der Kinder in eheliche und uneheliche. Von dieser Zeit an, die sich aber nicht genau bestimmen läßt, geschieht der letztern mehr Meldung in den Gesetzen. Schon hieraus kann man erkennen, daß ohne Ehe sich keine ehelichen Kinder haben denken lassen. Ueberdieses beweiset auch folgende Stelle des Sachsenspiegels [b]): wenn ein Weib einen Mann nimmpt, gewinnt sie Kinder, ehe die rechte Zeit kommt, da das Kind gebohren werden mag, man mag es beschelten an seinem Rechte, womit verschiedne Stellen des Schwabenspiegels übereinstimmen, daß in dem mittlern Zeitalter Kinder, die von verlobten Personen gebohren worden, nicht zu den ehelichen gehört haben, indem nach dieser Stelle so gar Kinder, die in der Ehe, aber zu frühe gebohren werden, sollen an ihren Rechten, wie der Sachsenspiegler sagt, bescholten seyn. Wenn also nicht einmal das in der Ehe, und nur zu früh gebohrne Kind, ehelich wird, sondern bescholtenen Rechts bleibt, so müssen die Sachsen noch viel weniger den von Verlobten gebohrnen Kindern, die Rechte der ehelichen gegeben haben. Lächerlich

b) Sachsensp. 1. B. 36. Art.

lich ist es, wenn einige behaupten, daß solche zu früh gebohrne Kinder in diesem Texte gemeynt wären, welche der Vater nicht erkannt habe; denn hier trägt man offenbar wider die hermeneutischen Regeln etwas in den Text hinein. In den neuern Zeiten aber ist eben so wenig ein Gesetz gemacht worden, das unserer Meynung entgegen ist.

γ) Auch selbst nach dem römischen Rechte können dergleichen Kinder nicht zu den ehelichen gerechnet werden, und es lassen sich ohne Ehe keine solchen denken. Bis auf die Zeiten Constantins erlangten auch nicht einmal die Kinder die Rechte der ehelichen Geburt, wenn gleich die Eltern in der Folge einander heyratheten. Constantin führte erst die Legitimation durch die erfolgte Ehe ein, und gab den in Unehren gebohrnen Kindern, wenn der Vater die Mutter heyrathete, alle Rechte der ehelich gebohrnen. Die Absicht bey dieser rechtlichen Verordnung war, den Concubinat abzuschaffen. Hatten nun aber die Kinder, welche im Concubinat, der doch erlaubt und der Ehe nicht unähnlich war, erzeugt waren, die Rechte der ehelichen Kinder nicht, so können von Verlobten gebohrne Kinder, auf keine Weise zu den ehelichen gehört haben, da unter ihnen der Beyschlaf gar nicht für erlaubt gehalten wurde. Schon hieraus sieht man, daß alle die Stellen, welche man aus den Schriften alter römischer Rechtsgelehrten, und aus den Verordnungen der Kaiser, welche in unser Corpus Iuris getragen worden sind, anführt, um darzuthun, daß mit dem Beyschlaf verlobter Personen, die Folgen einer rechtmäßigen Ehe verbunden sind, auffallend seyn müssen, und schwerlich dasjenige enthalten können, was man darin zu finden sucht. So ist in der L. 24. D. de ritu nupt. c), worauf die Gegner sich mit beziehen, nicht das Geringste zur Unterstützung ihrer Meynung zu finden; denn Modestinus sagt hier blos, daß man bey einem zweifelhaften Falle mehr eine Ehe, als einen

c) L. 24. D. de ritu nupt. — in liberae mulieris consuetudine non concubinatum, sed nuptias intelligendas esse.

einen Concubinat vermuthen müsse. Eben so wenig steht uns der L. 27. C. de nupt. entgegen [d]); denn hier reden Theodosius und Valentinian von Kindern, die in einer auf eine, zu den damaligen Zeiten gültige Art geschlossenen Ehe, aber nicht von solchen, die von blos verlobten Personen gebohren worden sind. Und daß auch hieran Theodosius und Valentinian nicht gedacht haben können, ist schon aus dem Vorhergehenden wahrscheinlich.

δ) Kann auch nicht durch das kanonische Recht unsere Meynung untergraben werden. Zwar beruft man sich auf das c. 12. X. qui filii sint legitimi, wo es heißt: per tuas litteras intimasti quod R. ex muliere quam secundum opinionem maioris partis viciniae in concubinam habebat, prole susceptа, quandam post et aliam ea defuncta duxit in vxorem et ea de qua prolem susceperat, virum sibi alium copulauit, processu vero temporis idem R. in praesentia multorum *proprio firmauit iuramento, quod eam, quam habere visus fuerat concubinam prius adfidauerat in vxorem*, quam ex ea filium genuisset, et postea cum ageret in extremis, eum, quem ex ea susceperat, in testamento haeredem instituens legitimum filium appellauit. Cum autem tuae inquisitioni fuisset commissum, an filius sic susceptus, legitimus esset heres ipsius R. et ad eius patrimonium admittendus, tu praeter id, quod ex quadam decretali bonae memoriae Alex. Papae praedecessoris nostri standum esse super hoc verbo viri et mulieris credebas: *receptis testibus a filio eiusdem R. productis, quibus legitime comprobauit, praedictum R. matrem suam in*

d) L. 22. C. de nupt. — Si donatio ante nuptias; vel dotis instrumenta defuerint, pompa etiam aliaque nuptiarum celebritas omittatur; nullus existimet, ob id deesse recte; alias *inito matrimonio* firmitatem vel ex eo natis liberis iura posse legitimorum auferri, inter pares honestate personas nulla lege impediente consortium, quod ipsorum consensu atque amicorum fide firmatur.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0262
DFG

in Capella Sancti Sergii adfidaſſe, eum ipſius R. legitimum heredem eſſe iudicaſti. Nos autem attendentes, *quod plus eſt, quod in veritate agitur, quam quod ſimulate concipitur:* licet dictus R. cum ea dimiſſa, quam vt concubinam habuerat, ad alia vota tranſiuerit, *videntur ipſo facto matrimonium, quod inter eos celebratum fuerat, denegaſſe*, quia tamen deſponſatio per teſtes legitimos comprobata, eos matrimonialiter fuiſſe coniunctos oſtendit, ſiue deſponſatio ipſa fuerit de praeſenti, vt per conſenſum legitimum per verba de praeſenti expreſſum, copula matrimonii inter eos fuerit celebrata: ſiue per verba de futuro carnali copula ſubſecuta: non tam decretali dicti praedeceſſoris noſtri, quae in caſu diſſimili loquitur, quam *inductis probationibus innitentes*, te proceſſiſſe legitime reſpondemus, ſententiam tuam auctoritate apoſtolica confirmantes. Es iſt wohl nicht zu bezweifeln, daß hier von einem Kinde, das in einer wirklichen Ehe gebohren worden, die Rede ſey; denn 1) zeigen dieſes die Worte an: proprio firmauit iuramento — genuiſſet; und nicht weniger erhellet dieſes 2) aus den Worten: receptis teſtibus — iudicaſti. 3) Gründet der Pabſt Innocentius ſeine Entſcheidung auf den von dem Kinde geführten Beweis, daß ſeine Mutter ſolches als Ehefrau gebohren habe, und nimmt ſelbſt an, daß es nur ſcheine, als wenn ſie eine ſolche nicht geweſen ſey. Daß der von dem Kinde geführte Beweis dahin muß gerichtet geweſen ſeyn, ſieht man aus den Ausdrücken: *prius adfidauerat in vxorem — praedictum R. matrem ſuam in Capella ſancti Sergii adfidaſſe.* Das Wort, *adfidare* gehört für das mittlere Zeitalter, und hieß ſo viel, als ſich verloben; *feminam adfidare in vxorem* aber hieß ſo viel, als die eheliche Treue verſprechen. Ueberdieß pflegte man auch keine Verlöbniſſe in Kirchen, wenn es auch kleinere waren, die Capellen genennt wurden, zu ſchließen; wohl aber beſtätigte man daſelbſt das eheliche Band. 3) Wird auch dieſes durch folgenden Umſtand noch unterſtützt, daß das angeführte Reſcript Innocenz des Dritten, blos das von

einem Richter gefällte Urthel bestätigt. Hätte also dieser ein blos von einer verlobten Person gebohrnes Kind für ein eheliches erklären wollen; so müßte ein anderes Gesetz deshalb schon vorhanden gewesen seyn: wo ist aber dieses? 4) Hat Pabst Innocenz in dieser Verordnung, weil sie ein Rescript ist, kein neues Recht einführen können, und hat dieses auch nicht beabsichtigt. 5) Aus allen diesen Gründen läßt sich nun leicht schließen, wie die Worte: quia tamen etc. welche den Entscheidungsgrund mit enthalten, müssen verstanden werden. Es redet also diese Stelle des kanonischen Rechts von einem Kinde, welches schien von einer Concubine gebohren zu seyn, in der That aber das Kind einer wirklichen Ehefrau war.

2) Kann man auch gar nicht als einen Zweifel anführen, daß die priesterliche Trauung kein wesentliches Stück der Ehe sey, und daß daher Verlobte, welche bereits ehelich mit einander gelebt haben, als Eheleute betrachtet werden müßten; denn obwohl nach der heiligen Schrift und dem Rechte der Natur eben so wenig eine priesterliche Trauung zur Ehe erfordert wird, als sie bey den ersten Christen nöthig war, so ist doch ausgemacht und richtig, daß heutiges Tages in den meisten christlichen Reichen, eine Ehe ohne solche nicht geschlossen werden kann. Ueberdieses aber habe ich auch nicht einmal behauptet, daß Kinder, wenn sie ehelich seyn wollten, nach der priesterlichen Trauung gebohren seyn müßten, sondern ich setze nur eine gültige Ehe zum voraus, das ist, eine solche, bey welcher das, was die Gesetze des Landes verlangen, ist beobachtet worden. Und da auch

3) kein Gesetz vorhanden, nach welchem in den Fällen Kinder sollen für eheliche gehalten werden, wenn durch einen bloßen Zufall, als z. B. durch den Tod, oder durch Bosheit der Eltern, die Vollziehung der Ehe verhindert worden ist, so haben auch die Richter kein Recht, in Ansehung solcher eine Ausnahme zu machen. Ich erkenne zwar die Billigkeit hierbey ebenfalls; nur finde ich kein Gesetz, worin sie ebenfalls bestätigt würde. So viel ist aber

nicht

nicht zu leugnen, daß ein Kind für ein eheliches zu halten sey, wenn der Richter darauf erkannt hat, daß der Verlobte, mittelst der priesterlichen Trauung, die Ehe zu vollziehen schuldig sey, und weil er entwichen ist, die Verlobte für eine rechtmäßige Frau desselben, in einem richterlichen Ausspruche erklärt hat [e]). Ist dieser richterliche rechtskräftige Ausspruch vor der Geburt des Kindes erfolgt, so ist dasselbe als ein eheliches zu betrachten; sonst aber ist es einem, durch erfolgte Ehe ehelich gemachten Kinde (legitimat. per subsequens matrimonium) gleich zu achten.

Bey dieser Materie kann endlich auch die Frage beantwortet werden: ist ein ausgesetztes und lebendig gefundenes Kind für ein eheliches oder uneheliches zu halten? Verschiedne glauben, daß man es in einem zweifelhaften Falle mehr für ein uneheliches als eheliches halten müsse, weil Ehegatten doch nicht leicht sich einer solchen strafbaren Handlung schuldig machten, und also die Regel: man muß dasjenige in einem zweifelhaften Falle vermuthen, was meistentheils geschieht, hier ebenfalls anwendbar sey [f]). Diese Meynung scheint aber nicht gegründet zu seyn [g]); denn α) wird kein Verbrechen vermuthet, und β) hier um so weniger, da man von dem Kinde anjetzt noch keine unerlaubte Handlungen denken kann. Daher γ) kann auch nicht die Vermuthung entstehen, daß das Kind einer strafbaren Handlung seinen Ursprung zu danken habe. Und obwohl sonst δ) im gemeinen Leben, man dasjenige in einem zweifelhaften Falle ohne Ueberzeugung für wahr hält, was gemeiniglich geschieht, so kann doch dieses alsdenn nicht

e) Boehmer Ius eccles. Lib. 4. tit. 3. §. 49. de Pufendorf Obs. Tom. 4. Obs. 245.

f) Boehmer Ius Protest. tom. 5. tit. 2. §. 2. de Boehmer ad Carpz. Qu. 10. Obs. 4.

g) Menoch de praes. Lib. 6. praes. 54. n. 20. Classen et Kress ad Art. 132. C. C. C. Leyser Spec. 613. med. 9. Koch Inst. iur. crim. §. 480. Herr von Quistorp, §. 285.

statt finden, wenn es gewissen Rechtsgrundsätzen, dergleichen hier die vorher angeführten Umstände enthalten, zuwider seyn würde; besonders da auch so gar aus dem, was ich im Vorhergehenden von den ehelichen Kindern gesagt habe, erhellet, daß die Gesetze bey einem zweifelhaften Falle ein Kind mehr für ein eheliches als uneheliches gehalten wissen wollen. Hierzu kommt, s) daß es Niemanden Schaden verursacht, ein solches Kind bey vorhandenem Zweifel, für ein eheliches zu halten, und daher man um so mehr glauben kann, daß die Gesetze hierin dem Kinde eine solche Gunst wiederfahren lassen wollen, da sie sonst auch so gar mit dem Schaden Anderer den Kindern günstig sind. Keinesweges aber kann vermuthet werden, daß das Kind von Adel sey; denn hier fallen die Gründe weg, die eine Vermuthung der adelichen Geburt wirken. Aus einer sonderbaren Gewohnheit werden in Spanien die Findelkinder für Hidalgos gehalten; es heißen nämlich Personen des niedern Adels in Spanien Hidalgos, und dazu gehören auch die Cavalleros und Escuderos. Zur Ursache dieser Gewohnheit führen die Spanier an, daß es in zweifelhaften Fällen besser sey, den Adel Jemanden zu geben, der ihn nicht habe, als ihn einem, dem er wirklich zukomme, zu nehmen h).

§. 117.

Wir kommen zu denjenigen Rechten, die sich auf die Eintheilung der Menschen in Mannspersonen und Weibspersonen gründen. Von der Natur sind alle Menschen in das männliche und weibliche Geschlecht eingetheilt worden, und dieses natürliche Verhältniß nennt man den status sexus. Ob es noch eine dritte Menschengattung gebe, nämlich so genannte Zwitter oder Hermaphro-

h) Memoires instructives pour un voyages, Tom. II. Pag. 72. Tozens Statistik, S. 360.

phroditten, oder solche Menschen, welche beyderley Geschlechts zugleich sind, darüber hat man besonders ehedem sehr gestritten. Man theilte sie sogar in vollkommne und unvollkommne Hermaphroditten oder Zwitter, wenn sie vollkommene männliche und weibliche Geburtsglieder zugleich hätten, oder nicht [i]). Die alten Aerzte führen zwar viele Beyspiele von Hermaphroditen der ersten Art an, ja selbst der Herr v. Haller hielt die Sache für glaubwürdig [k]); allein die neuern Aerzte und Rechtsgelehrten halten die ganze Sache für unmöglich [l]), und daher kann es auch keine besondern Rechte derselben geben. Die unvollkommnen Hermaphroditen werden wiederum in solche eingetheilt, bey denen entweder nur die männlichen oder blos die weiblichen Geburtsglieder vollkommen sind, und in solche, welche man weder zu dem männlichen noch zum weiblichen Geschlecht rechnen kann. Diese letztern verwerfen die neuern Aerzte ebenfalls als nicht vorhanden. Sollte es ja dergleichen geben, so müsse man sie zu demjenigen Geschlecht rechnen, dem sie am ähnlichsten sind, und wenn die Aehnlichkeit hier nichts entschiede, sie als Weibspersonen be-

i) Felz D. de iure androgynorum, Argent. 1717. Casp. Bavhinvs de hermaphroditorum monstrosorumque partuum natura, Openh. 1614. Ambr. Paraevs in Oper. Lib. 24. c. 4. de Cramer Probl. de praestantia systematis harmoniae praestabilitae in materia iuris de hermaphroditis, qui vtroque sexu potentes dicuntur, in *Eius* Opusc. Tom. IV, n. 8. Gvyot Repertoire de la Iurisprud. art. Hermaphrodit. Petr. Franc. Monet D. de iure circa hermaphroditos, Argent. 1788.

k) Teichmeyer Med. legalis Pag. 98. Haller in Oper. minor. Tom. II. Pag. 9. Zachias Quaest. med. for. Lib. VII, Pag. 597.

l) Teichmeyer Med. legal. Pag. 99. Faselii Med. forens. §. 40. Berger Oecon. iur. Lib. I. tit. 2. §. 3. Stryck tr. de iure sens. Diss. 1. cap. 1. Pag. 48. Wernher lect. comment. Lib. I. tit. 5. §. 3. Hr. RR. Eichmann, Thl. 2. S. 277.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0267
DFG

trachten [m]), weil oft bey Weibspersonen die Schamruthe (clitoris) etwas zu groß sey, und daher der Fall öfterer vorkomme, daß eine Weibsperson zugleich eine Mannsperson zu seyn scheine, als der, wo eine Mannsperson etwas Aehnliches mit einer Weibsperson hat. Einige Rechtsgelehrte sind jedoch der Meynung, daß eine solche Person ihr Geschlecht selbst wählen und bestimmen könne, ob sie zum männlichen oder weiblichen gerechnet seyn wolle [n]). Diejenigen Hermaphroditten, bey denen nur die einen Geburtstheile vollkommen sind, müssen zu demjenigen Geschlecht gerechnet werden, zu dem sie wirklich gehören, und wenn dieses zweifelhaft seyn sollte, müssen Aerzte darüber entscheiden. In der L. 10. D. h. t. heißt es: quaeritur, *hermaphroditum* cui comparamus, et magis puto, *eius sexus* aestimandum, *qui in eo praeualet*. Nach Maaßgabe dieser Grundsätze entscheiden die Gesetze alle hierher gehörende Rechtsfragen, wobey es auf den Unterschied des Geschlechts ankommt, z. B. ob ein Zwitter als Testamentszeuge gebraucht werden könne. Die neuern Aerzte läugnen es jedoch gänzlich, daß es wahre Zwitter giebt [o]).

Was nun die Rechte betrifft, die sich auf die Eintheilung der Menschen in Mannspersonen und Frauenspersonen bezieht, so ist es eine allgemeine Regel: daß ordentlicher Weise Manns- und Frauenspersonen gleiche Rechte zu genießen haben, wenn die Gesetze nicht ausdrücklich dem einen Geschlecht vor dem andern Vorzüge und besondere Rechte ertheilt haben, weil besondere Rechte Ausnahmen von der Regel sind, diese aber nicht vermuthet werden. Da also die Frauenspersonen nach dem Rechte der Vernunft gleiche Rechte haben, so muß man auch

m) BERGER Oecon. iur. l. c. WERNHER l. c.

n) STRYCK tr. de iure sensuum, Diss. I. cap. I. Pag. 48.

o) TISSOT Onanisme, Pag. 66. DUVERNEY Oeuvres anatomiques, Tom. II. Pag. 369. Valm. de BOMARE Diction. d' histoire natur. art. *hermaphrod.* TEICHMEYER med. leg. Pag. 99. FASELIVS Elem. med. legal. §. 40. Arnaud über die Hermaphroditten.

auch im zweifelhaften Falle dafür halten, daß der menschliche Gesetzgeber, der gleiche Fürsorge gegen alle seine Unterthanen beweisen soll, es bey dieser Gleichheit habe lassen wollen. Hieraus folgt, wenn ein Gesetz etwas verordnet, ohne die Frauenspersonen auszunehmen, diese Verordnung auch auf solche ebenfalls angewendet werden muß, daher es z. B. in der L. 1. D. verb. signif. heißt: verbum hoc: *si quis, tam masculos* quam *feminas* complectitur. Daher können auch Frauenzimmer von der Verordnung des Falcidischen Gesetzes Gebrauch machen, weil sie als Erben gleiche Rechte mit den Mannspersonen haben. Sollte daher in einem Gesetz nur der Mannspersonen ausdrücklich gedacht seyn, so darf man schon deswegen die Frauenzimmer nicht für ausgeschlossen halten, es müßte denn aus dem Gegenstande des Gesetzes oder aus andern Gesetzen dieses deutlich geschlossen werden können. In der L. 195. D. de verb. signif. wird gesagt: pronunciatio sermonis in *sexu masculino* ad *utrumque sexum plerumque* porrigitur. Beyspiele kommen in mehrern Gesetzen vor [p]). Wenn daher z. B. durch ein Gesetz der zwölf Tafeln verordnet wurde, daß der Hausvater einen letzten Willen errichten könne, so wurde die Hausmutter [q]) dadurch gewiß so wenig von diesem Rechte ausgeschlossen, als die Absicht der Römer dahin gieng, die Frauenspersonen von der Intestaterbfolge auszuschließen [r]), und der Schluß von den Worten suus heres agnatus proximus gilt nicht; denn daß in den Gesetzen der zwölf Tafeln bey der Erbfolge kein Unterschied des Geschlechts statt finden solle, sieht man aus mehrern

p) L. 116. L. 163. §. 1. L. 172. L. 201. D. de verb. signif. L. 62. D. de legat. III.

q) Cicero pro Caecinna cap. 6. Vlpian. Fragm. XX, 15. Treckel de orig. testament. Pag. 60.

r) Dvisburg D. de principio successf. gentilitiae apud vet. Rom. Hal. 1788. §. 2. Hugo Comment. de fund. successf. ab int. Gött. 1785. §. 4.

Stellen s). Eine wunderbare Meynung war es unstreitig, daß man nicht auch Mannspersonen darunter verstehen solle, wenn blos das weibliche Geschlecht genannt worden t); denn der Jurist Pomponius sagt: exemplo pessimum est, feminino vocabulo etiam masculos contineri. Wenn daher die Sclavinnen Jemanden waren vermacht worden, so soll er nach der L. 81. pr. D. de legat. III. die männlichen Sclaven nicht auch bekommen. Der Hr. v. Leyser behauptet, dieser Satz sey nicht allgemein anzunehmen, sondern wenn man aus der Absicht eines Gesetzes, eines Erblassers, oder der Contrahenten, mit Recht vermuthen könne, daß unter dem weiblichen Geschlecht das männliche ebenfalls gemeynt sey, so müsse man dieses auch so halten. Diese Behauptung widerlegt Röslin u) im 1sten Thle. S. 17. folgendermaßen: — unter dem weiblichen Geschlechte ist niemals das männliche zu verstehen. Pomponius in der L. 2. D. de legat. II. hält es für eine Sache von schlimmen Folgen, wenn man dieses annehmen wollte. Julianus und Paulus entscheiden in der L. 62. und L. 81. pr. D. de legat. III. auf gleiche Weise. Die Fälle, so der Herr von Leyser Spec. 13. med. 4. von Hühnern, Mauleselinnen, und einer Heerde Schaafe anführt, widerlegen diese Wahrheit nicht; denn hauptsächlich verstehe ich diesen Grundsatz hier von Menschen, weil von den Rechten des weiblichen Geschlechts die Rede ist; und dann können zwar unter einer Heerde von Schaafen auch die Böcke nach der Sprache des gemeinen Lebens verstanden werden, aber nicht deswegen, weil das Wort Schaafe auch die Böcke unter sich begreife, sondern weil die Heerde ein

s) PAVLI recept. sent. IV, 8. 23. §. 3. Inst. de legit. agnator. succeſſ.

t) L. 81. pr. D. de legat. III. L. 45. in fin. pr. D. de legat. II. LEYSER Spec. 13. med. 4.

u) C. L. C. Röslins Herz. Wirt. Canzl. Ad. Abhandlung von besondern weiblichen Rechten, 2 Thle. Stuttgard und Mannheim, 1775. 1779. 4.

ein Ganzes ist, welches den Namen von der größten Anzahl ihrer Theile, woraus sie besteht, den Schaafen, bekommt. Das Fannische Gesetz von dem Hühnerverbote, und das Vermächtniß der Mauleselinnen beweisen nichts dagegen, so wie auch die Meynung eines Rechtsgelehrten gegen die klare Entscheidung der Gesetze keine Aufmerksamkeit verdient, da es nicht zu vermuthen ist, daß Jemand, der Maulesel im Stalle hat, sie in einem Vermächtnisse Mauleselinnen nennen sollte. Herr HR. Hartleben x) wendet gegen diese Gründe ein; so wenig es zu leugnen sey, daß Leysers Gründe die Wahrheit des Satzes nicht bewiesen, unter dem Ausdruck des weiblichen Geschlechts müsse auch sehr oft das männliche mit verstanden werden; so sicher könne man gleichwohl annehmen, daß bisweilen nach der wahren Absicht des Gesetzgebers, des Erblassers, der Contrahenten behauptet werden müsse, unter dem ausdrücklich genannten weiblichen Geschlecht sey das männliche ebenfalls mit zu verstehen; denn so werde in der Leipziger Wechselordnung vom Jahr 1682. §. 2. gesagt: es sollen Frauen, so daß ein und zwanzigste Jahr ihres Alters noch nicht erfüllet, wenn sie eigene Handlung treiben, und sich darinnen zu etwas verbinden, dasselbe allerdings zu halten schuldig, und dagegen mit der Restitution in integrum nicht zu hören seyn. Wer wollte zweifeln, daß die Worte dieses Gesetzes auf minderjährige Mannspersonen nicht ebenfalls angewendet werden könne, oder es müßte gar kein Schluß von der Gleichheit des Grundes gelten. Der Satz des Pomponius ist freylich als eine Regel zu betrachten; aber dagegen sind, wie gegen alle Regeln, Ausnahmen vorhanden. Uebrigens ist zu merken, daß die Worte mulier und femina von allen Frauenspersonen ohne Unterschied gebraucht werden, sie mögen verheyrathet oder unverheyrathet seyn, so wie auch das Wort vir von verheyratheten und ledigen Mannspersonen auf die nämliche Art gebraucht

x) Hartleben l. c. Pag. 23.

braucht wird [y]). Im engern Verstande heißt aber mulier in Gesetzen eine Frauensperson, welche bereits gebohren hat, und sie setzen ihr das Wort virgo entgegen [z]). Durch einen unrechten Verstand der L. 38. §. 5. D. de poenis sind einige Rechtsgelehrte [a]) verleitet worden, zu behaupten, die römischen Rechtsgelehrten hätten Frauenspersonen nicht zu den Menschen gerechnet, und folglich sie nicht dafür gehalten. Die Erklärung dieses angeführten Gesetzes ist aber ganz dem Sinne anderer Gesetze, z. B. der L. 152. D. de verb. signif. der L. 3. §. 1. D. de lib. hom. exhib. entgegen [b]).

Als eine gegründete Rechtsregel ist es also anzunehmen, daß Personen des weiblichen Geschlechts gleiche Rechte und Pflichten mit den Mannspersonen haben. Wenn beyde Personen gut erzogen, und ihnen die Geschäfte des bürgerlichen Lebens gehörig bekannt gemacht werden, so wäre es unrecht, den Frauenspersonen die Freyheit ihrer Handlungen zu rauben, schreibt der Herr Präsident von Tevenar [c]). Es fehlt nicht an Beyspielen, daß Frauenspersonen die Geschäfte, die eigentlich nur für den Mann gehören, mit vieler Klugheit und Geschicklichkeit geführt haben. Eine Kaufmannsfrau, die sich im Handel durch Erfahrung gebildet hat, handelt mehrentheils so vorsichtig, daß es oft eher nothwendig wäre, der Mannsperson, die sich mit ihr in Geschäfte einläßt, als ihr einen Vormund zu bestellen. Da also beyde Geschlechter nach dem Recht der Vernunft gleiche Rechte haben, so ist in zweifelhaften Fällen zu vermuthen, daß auch der Gesetzgeber, der für alle seine Unterthanen

y) L. 2. D. ad Sctm. Vellei. L. 25. §. 9. D. de auro arg. legat. L. 81. §. 1. D. de legat. III.

z) L. 11. §. 5. D. de act. emt. vend. L. 11. §. 1. D. de contr. emt. vendit. L. 13. D. de manum. vind.

a) Cviacivs in Obseruat. VI, 21. Wesenbec. ad tit. D. ad L. Cornel. de sicar. n. 5.

b) Walch Introd. in cont. iur. Pag. 28. edit. tert.

c) von Tevenar Versuch über die Rechtsgel. S. 47.

nen eine gleiche Vorsorge beweisen soll, diese Gleichheit nicht habe aus den Augen setzen wollen. Wenn daher ein Gesetz etwas in Ansehung der Mannspersonen festsetzt, ohne die Weibspersonen ausdrücklich auszunehmen, so erstreckt sich dieses Gesetz auch auf die Weibspersonen. Wir finden aber dennoch, sowohl römische als teutsche Gesetze, wodurch verschiedne besondere Rechte der Weibspersonen eingeführt worden sind, wodurch sie theils Vorzüge vor den Mannspersonen erlangt haben, theils ihnen aber auch nachgesetzt worden sind, welche besondern Rechte daher von mehrern Schriftstellern [d]) weitläuftig erklärt worden sind, worunter Röslin 2 Bände in Quart stark ist. Einige Rechtslehrer nehmen die Regel an: daß in öffentlichen und Familiensachen das männliche, in Privatsachen hingegen, wo es auf die Schwäche des Geschlechts ankommt, das weibliche Geschlecht mehr Vortheile zu genießen habe [e]). So werden Frauenzimmer zur Uebernahme der Geschäfte eines Advocaten für unfähig erklärt; sie können nicht zu öffentlichen Aemtern genommen werden; man läßt sie in allen solchen Fällen nicht als Zeugen auftreten, wo die Gesetze zur Feyerlichkeit bey dem vorzunehmenden Geschäfte mehr als zwey Zeugen erfordern; sie können nicht zu Vormünderinnen unmündiger Kinder bestellt werden, und blos bey der Großmutter und Mutter findet eine Ausnahme statt; sie sind der Gewalt ihrer Ehemänner unterworfen; sie erlangen keine väterliche Gewalt, wie sie bey den Römern eingeführt worden;

d) Carpzov D. de iuribus feminarum singularibus, Lipſ. 1615. Henr. Balemann tr. de femina ex antiquit. et Leg. Rom. Germ. et praeſ. Lub. Alt. 1756. Emminghavs de praecip. femin. in Germ. iuribus, Ien. 1757. 4. Bechmann D. de priuil. mulierum, Ien. 1720. Leyser Spec. 13. Hr. von Quistorp von den Gerechtsamen des schönen Geschlechts, in Dessen kl. Schriften, S. 69. Röslin von weiblichen Rechten, Stuttg. und Manheim, Thl. 1. 1775. Thl. 2. Manh. 1779.

e) Boehmer Comp. Dig. h. t. §. 3. Hartleben l. c. med. 4. Pag. 23.

den; bey der Erbfolge in Fideicommissen werden sie nicht zu den männlichen Nachkommen des Stifters gerechnet, und daher schließt sie der Mannsstamm aus; anderer Fälle nicht zu gedenken. In allen diesen Fällen hat also das männliche Geschlecht Vorzüge vor dem weiblichen. Vorzüge der Frauenzimmer dagegen sind, daß sie eher mündig werden als Mannspersonen, folglich eher heyrathen und testiren können; es wird ihnen die Unwissenheit in Rechtssachen nicht so scharf angerechnet, hauptsächlich alsdenn, wenn sie sich damit entschuldigen, um einen Schaden oder eine Strafe von sich abzuwenden; daß ihnen die Gesetze zur Sicherheit ihres Brautschatzes ein privilegirtes Unterpfand an dem Vermögen ihrer Ehemänner ertheilt haben; daß sie durch eine geleistete Bürgschaft der Regel nach nicht verbindlich werden, daß sie bey Verbrechen gelinder behandelt werden [f]; anderer Vorrechte nicht zu gedenken.

Da jede gesetzliche Verordnung durch vernünftige Gründe unterstützt werden muß, so fragt sichs: was die Ursache dieser besondern Rechte des weiblichen Geschlechts sey [g]? Daß die Rechtslehrer hierüber verschiedner Meynung seyn werden, läßt sich gleich daraus abnehmen, weil die Gesetze nichts Allgemeines davon sagen. Einige Rechtslehrer, z. B. der Herr v. Leyser und Herr D. Sammet, glauben, die Eifersucht der Römer habe diese besondern Rechte veranlaßt. Der Herr von Quistorp war der Meynung, man müsse die Hochachtung gegen das weibliche Geschlecht als die Quelle ihrer Vorzüge betrachten [h]. Nach einiger Rechtslehrer Behauptung soll bloßes Vorurtheil der Römer; nach andern die Schwachheit des weiblichen Geschlechts,

f) L. 2. D. de reg. iur. tit. D. et C. ad SC. Velleianum, L. 15. §. 4. 5. D. ad L. Corn. de falsis.

g) Schelhafer Medit. de origine ac fonte iuris circa mulieres diuersi, von den eigentlichen Gründen des verschiednen Rechts der Weiber, Lipſ. 1738.

h) Leyser Spec. 13. med. 1. Herr von Quistorp a. a. O. S. 70.

schlechts, als die eigentliche Quelle zu betrachten seyn, und wieder andere halten die zu große Liebe des Justinians zu seiner Gemahlin, für die Haupturſache. Bey genauer Prüfung dieſer verſchiednen Meynungen, iſt von andern ohne große Schwierigkeit entdeckt worden, daß ſich die beſondern Vorrechte der Frauensperſonen nicht aus einerley Quelle herleiten laſſen i). Herr von Quiſtorp trägt folgende Gedanken vor: ob die Zärtlichkeit oder Eiferſucht mehr Antheil an den Gerechtſamen des ſchönen Geſchlechts habe? Dieſe Frage wird von den Rechtslehrern nicht übereinſtimmend beantwortet. Leyſer ſchreibt den Urſprung der mehreſten vorzüglichſten Rechte des ſchönen Geſchlechts der Eiferſucht zu, und er bringt verſchiedne Gründe vor, die ſeine Meynung höchſtens wahrſcheinlich zu machen ſcheinen. So war z. B. in Rom der Gebrauch, daß die Gerichtsbedienten vor den Magiſtratsperſonen voraus gehen mußten, um ihnen Platz zu machen, welches ſie jedoch bey Frauensperſonen nicht thun durften. Man konnte einen Jeden durch die bekannte Formel: veni mecum in ius, auch allenfalls obtorto collo, vor Gericht ziehen; allein bey Frauenzimmern litte dieſes eine Ausnahme, indem ſo gar die Todesſtrafe ſtatt fand, wenn man eines römiſchen Bürgers Frau mit Gewalt vor Gericht gezogen hatte. Nach dem dürren Buchſtaben der römiſchen Geſetze, konnten ſo gar die Frauensperſonen, ſelbſt begangener Verbrechen wegen, nicht in das Gefängniß geſetzt werden. Die angezogene Leyſeriſche Meynung läßt ſich vertheidigen, wenn man auf die Gerechtſame des ſchönen Geſchlechts zur Zeit der freyen Republik ſein Augenmerk richtet; ſie kann jedoch alsdenn nicht für gegründet angenommen werden, wenn man den Urſprung der weiblichen Gerechtſame in dem monarchiſchen Zuſtande von Rom ſuchet; denn es iſt vielmehr, nach den Aus-

i) Hartleben Spec. 17. med. 1. Röslin a. a. O. 1ſter Thl. S. 11. Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 2. S. 281.

Aussprüchen klarer Gesetze, eine ausgemachte Sache, daß die vorzüglichsten Gerechtsamen des schönen Geschlechts nicht in der Eifersucht, sondern vielmehr in einer besondern Zärtlichkeit und Hochachtung der Männer ihren Grund haben. Ich berufe mich zu dessen Beweis auf den L. 12. §. 1. C. qui pot. in pign. worin es heißt: quis mulierum non misereatur propter obsequia, quae maritis praestant, propter partus periculum et ipsam liberorum procreationem, pro quibus multa in legibus nostris inventa sunt priuilegia. — Herr HR. Hartleben antwortet auf diese Gründe des Herrn von Quistorps, sie könnten die Leyserische Meynung nicht völlig widerlegen; denn in der 134. Nov. Cap. 9. werde befohlen, kein Frauenzimmer, dürfe aus irgend einem Grunde, sie möge dem Fiscus etwas schuldig seyn, oder ein Verbrechen begangen haben, ins Gefängniß eingeführt, noch von Mannspersonen bewacht werden; dieses Gesetz sey folglich unter einer monarchischen Regierung abgefaßt, und dennoch gründe es sich auf die Eifersucht, wie der angeführte Grund desselben deutlich zeige, indem es heiße: vt non per huiusmodi occasiones inueniantur circa castitatem iniuriatae. Gleiche Gedanken, welche aus der Eifersucht entstehen, enthalte die L. 1. C. de offic. diuers. iudic. die L. 2. C. ne fideiuss. vel mandat. dot. dentur.

Für gegründeter ist also die Meynung zu halten, daß sich die besondern Rechte des weiblichen Geschlechts nicht aus einer einzigen Quelle herleiten lassen, weil in den Gesetzen verschiedne Ursachen derselben deutlich angeführt werden. Dieses soll durch einige der vornehmsten besondern weiblichen Rechte bewiesen werden, da es nicht angeht, sie alle hier anzuführen und zu erklären, weil sie in der Folge am gehörigen Orte vorkommen. Herr Röslin schreibt S. 16: eine Quelle der besondern Rechte der Frauenzimmer ist es

1) daß

1) daß sowohl Römer als Teutsche annahmen, das männliche Geschlecht sey edler als das weibliche [k]). Daraus folgt, wenn die Gesetze nur von dem männlichen Geschlechte reden, auch das weibliche gemeynt ist, wenn anders der Fall zweifelhaft ist, und das Gegentheil aus dem Gesetz und seinem Gegenstande, oder aus andern Gesetzen nicht deutlich erhellet [l]). Eben diese Folge kann auch auf Verträge, Testamente u. s. f. angewendet werden [m]). So ist auch unter dem Worte Mannrecht, das weibliche Geschlecht mit verstanden, daher eine Frauensperson ebenfalls ihre freye Geburt erweisen muß, wenn sie das Bürgerrecht an einem Orte gewinnen will [n]). Selbst der Ausdruck Kunkellehn faßt bisweilen Mannlehn unter sich [o]). Daß hingegen unter dem weiblichen Geschlechte, das männliche niemals zugleich mit verstanden werde, haben wir bereits S. 202 gesehen. In der L. 62. D. de legat. III. trägt der Jurist Julianus folgende Behauptung vor: qui duos mulos habebat, ita legauit: *mulos duos, qui mei erunt, cum moriar, heres dato.* Idem nullos mulos, sed duas mulas reliquerat. Respondit *Seruius*, deberi legatum, quia mulorum appellatione etiam *mulae* continentur, quemadmodum appellatione seruorum, etiam *seruae* plerumque continentur. *Id autem eo veniet, quod semper sexus masculinus femininum continet.* Wenn Julian sagt, daß, wenn einer seine zwey Maulesel im Testamente Jemandem vermache, und nur zwey Mauleselinnen hinterlasse, das Vermächtniß von diesen zu verstehen sey,

k) Lyncker D. de praecellentia masculini sexus prae feminino.

l) L. 1. L. 84. L. 116. L. 122. L. 163. §. 1. L. 172. L. 195. pr. L. 201. D. de verb. signif.

m) Klein D. de innox. mulier. ignor. cap. 1. nr. 7. seq.

n) Schotel. de iurib. sing. ant. c. 4. §. 12. Pag. 136.

o) Byder Progr. de formula feudali zu Mannlehen, und zu rechten Mannlehen, feminis quandoque fauorabili.

sey, so kann dieser Satz um so weniger dahin ausdehnend erklärt werden, daß, wenn einer seine zwey Mauleselinnen vermacht, und blos zwey Maulesel hinterläßt, das Vermächtniß auch diese enthalte, weil der hinzugesetzte Grund, nämlich, daß das weibliche Geschlecht unter dem männlichen mit begriffen sey, eine solche Auslegung nicht zuläßt. Es ist auch überhaupt nicht zu vermuthen, daß Jemand, der Maulesel im Stalle hat, sie Mauleselinnen nennen sollte; allein umgekehrt geschieht es in diesen und ähnlichen Fällen öfters. Auf den Adel des männlichen Geschlechts soll sich auch der Umstand gründen, daß Weibspersonen den Namen der Familie nicht fortpflanzen, folglich durch sie die Familie nicht erhalten werde.

2) Als eine andere Quelle der besondern Rechte des weiblichen Geschlechts, ist der innere Character derselben zu betrachten, worauf sich die vorige Quelle ebenfalls mit gründet. Wegen dieses Characters wird ihnen Leichtsinn, Unvorsichtigkeit, Schwäche der Einsichten, Furchtsamkeit und Unbeständigkeit zugeschrieben p). Dieser Leichtsinn soll die Ursache seyn, daß, wenn Manns- und Weibspersonen zu gleicher Zeit einen Eyd schwören sollen, man die Mannsperson zuerst schwören läßt, um dadurch einen stärkern Eindruck auf die letztere zu veranlassen. Daher haben sie α) in vielen Teutschen Provinzen, z. B. in Sachsen, Würtenberg, Baden, Hohenlohe, den Beystand eines Geschlechtsvormundes nöthig, wovon im römischen Rechte nichts enthalten ist. Daher schadet ihnen β) die Unwissenheit, was die Gesetze über diesen oder jenen Fall verordnen, nichts. Als die Ursache dieses Vorrechts, soll die Einrichtung der römischen Gesetzabfassung zu betrachten seyn, weil Gesetze auf den Volksversammlungen gegeben wurden, und auf diesen kein Frauenzimmer mit erscheinen durfte. Man hielt es daher für unbillig und ungerecht, sie nach Gesetzen zu richten,

p) Röslin a. a. O. S. 12. Wibel de contract. mulier. c. I. nr. 17—23.

richten, von deren Inhalt sie nichts erfahren hatten. In spätern Zeiten wurden zwar die Gesetze auf eine andere Art abgefaßt; man behielt aber dennoch das alte Vorrecht bey, weil dieses die Schwäche des weiblichen Geschlechts ebenfalls verlange, aber eben deswegen schränkte man es auch sehr ein, wie wir in der Folge sehen werden. Unter jener Schwäche, imbecillitas sexus, infirmitas foeminarum, wie sie in Gesetzen q) heißt, wird übrigens kein Mangel des Verstandes, der ihnen vielmehr ausdrücklich beygelegt wird, z. B. in der L. 12. §. 2. D. de iudic. verstanden, auch keine natürliche Schwäche des Körpers, sondern vielmehr eine gewisse gutmüthige Neigung, sich andern gefällig zu beweisen, eine ihnen überhaupt natürliche Güte des Herzens, vermöge welcher sie sich im Vertrauen auf die Redlichkeit des Schuldners, nur gar zu leicht bewegen lassen, eine Bürgschaft zu übernehmen, wie Hr. Prof. Weber r) sich ausdrückt, wobey aber nur die gute Absicht obwaltet, Jemandem durch ein gegebenes Wort zu dienen, wovon sie aber keinen wirklichen Schaden befürchten. Ueberdieses verstehet man in der Rechtsgelehrsamkeit unter der Schwäche des weiblichen Geschlechts, eine von ihrer Erziehung sowohl, als der ihnen eigenen Bestimmung zum Kindergebähren herrührende Unfähigkeit, männliche Arbeiten zu thun, welche eine anhaltende Anstrengung des Körpers zu übernehmen, und öffentliche Aemter zu verwalten, wozu Einsichten und Gelehrsamkeit nöthig sind. Hierauf soll sich auch der Gerichtsgebrauch hauptsächlich gründen, nach welchen dem Zeugnisse der Frauenspersonen in peinlichen Fällen keine völlige Beweiskraft beygelegt werde s); da ihnen durch das

q) L. 2. §. 2. 3. D. ad Sctm. Vell.

r) Beyträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden, von D. Ad. Dietr. Weber, der Rechtsgelahrheit ordentlichem öffentlichen Lehrer zu Rostock, 1stes Stück, 2te Aufl. Schwerin 1795. S 23.

s) Mascard de probat. Concl. 363. n. 3. Harpprecht Dec. 75. n. 26. Quistorps peinl. Recht, Thl. 2. §. 696. S. 270.

kanonische Recht gar alle Glaubwürdigkeit abgesprochen wird [t]). So vermuthet man auch von Frauenspersonen nicht, daß sie durch gefährliche Anfälle, eine rechtmäßige Nothwehr haben veranlassen können [u]).

3) Eine andere Art besonderer Rechte der Frauenspersonen gründet sich auf die Einrichtung in unsern bürgerlichen Staaten, daß nur Mannspersonen die Waffen ergreifen, hohe Schulen besuchen, Künste und Wissenschaften lernen, und auf die Wanderschaft ziehen müssen [x]). Eine Folge hiervon ist es, daß die Regierung eines Landes sehr selten einem Frauenzimmer überlassen wird, ob es gleich nicht an Beyspielen fehlt, wo dieses geschehen ist. Dieser Umstand ist die Ursache, daß sie der Regel nach von öffentlichen, weltlichen und geistlichen Aemtern und Würden, ausgeschlossen sind [y]). In der L. 2. D. de reg. iur. heißt es: foeminae ab omnibus officiis ciuilibus vel publicis remotae sunt; et ideo nec iudices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratorem existere. Der Herr von Leyser [z]) sucht das Gegentheil zu beweisen, und glaubt, sie dürften nur keine solchen Aemter annehmen, welche für ihr Vermögen gefährlich werden könnten. Er führt für sich an, daß bey den Römern die Frauenspersonen nicht wegen einer Unfähigkeit, sondern um ihres eigenen Vortheils willen, von Ehrenstellen ausgeschlossen worden, wie man aus der L. vn. C. de mulierib. sehe. Darauf antwortet der Herr RR. Eichmann: α) giebt man sehr gerne zu, daß das schöne Geschlecht eine natürliche Fähigkeit haben könne, Ehrenämter zu verwalten; allein die angeführte dritte Quelle der besondern Rechte der Frauenzimmer macht sie dazu unfähig.

t) c. 17. C. 33. Qu. 5. c. 10. X. de verb. signif.
u) Art. 145. C. C. C.
x) de IANVAR. Respubl Ictorum, edit. Mencken. Pag. 16. Röslin a. a. O. S. 13.
y) c. 13. X. de poenit. et remiss. L. 2. D. de reg. iur.
z) LEYSER Spec. 13. med. 5. et Cor. 2.

fähig. Daher sagt Paulus in der L. 12. §. 2. D. de iud. daß das schöne Geschlecht nicht aus Mangel der Vernunft, sondern nach einer alten Gewohnheit von allen Aemtern ausgeschlossen werde. β) Weder Paulus in dem angeführten Gesetz, noch Ulpian in der L. 2. D. de reg. iur., legen nicht einmal nur die Vermuthung und Verhütung des Verlusts zum Grunde, noch machen sie bey Aemtern, die mit keiner Gefahr verknüpft sind, eine Ausnahme. Wenn aber das Gesetz nicht unterscheidet, so darf auch von den Auslegern kein Unterschied gemacht werden. γ) Kann man auch auf keinen Fall behaupten, daß Weibspersonen um ihres eigenen Vortheils willen, bey den Römern von öffentlichen Aemtern ausgeschlossen worden; auch ist die angeführte L. vn. C. de mul. nicht entgegen; denn das Gesetz handelt von persönlichen öffentlichen Pflichten, und dem dafür zu entrichtenden Honorarium; aber keinesweges von öffentlichen Aemtern, wie Herr von Leyser behauptet. Die Worte dieses Gesetzes sind folgende: — cum, quae aliunde oriunda, alibi nupta esset, si non in vrbe Roma maritus eius consistat, non apud originem suam, sed apud incolatum mariti *ad honores seu munera, quae personis inhaerent*, quorumque is sexus capax esse potest, compelli posse saepe rescriptum est. Patrimonii vero munera nec esse mulieris in his locis, in quibus possident, sustinere. Nicht blos in diesem Gesetz, sondern auch in andern [a]) wird bisweilen *honor* pro honorario genommen. δ) Uebrigens leugne ich gar nicht, daß Weibspersonen sonst Ehre, Würde und Rang erlangen können. Schon bey den Römern hatten sie einen gewissen Rang und verschiedne Vorzüge, und auch bey uns ist es nichts seltenes, daß Damen in den Fürsten Stand erhoben werden, auch Aebtissinnen werden [b]). Endlich ε) gebe ich

a) L. 1. §. 5. D. de extraord. cognit.

b) Glafey D. de iure praecedentiae foeminarum ad L. 8. D. de seruit. Röslin S. 32.

auch zu, daß der angeführte Satz bisweilen eine Ausnahme leide, wie der Fall beweist, daß Frauenspersonen Wehemütter werden können [c]). Daß Frauenspersonen aus eben dieser Ursache, von Lehnen ausgeschlossen werden, ist eine bekannte Sache.

4) Für eine andere Quelle der besondern Rechte der Frauenspersonen ist unstreitig die Eifersucht zu halten, welche man aber die Schamhaftigkeit nennte. So erklärte der Prätor in seinem Edicte [d]), wenn er den Frauenspersonen untersagte, als Fürsprecher im Gericht zu erscheinen, daß es wider die Schamhaftigkeit anstoßen würde: ne, *contra pudicitiam sexui congruentem*, alienis caussis se immisceant. Gleichen Grund führt Justinian in der 134. Nov. Cap. 9. an, wo er verordnete, daß keine Frauensperson, wie Mannspersonen in das öffentliche Gefängniß gebracht, sondern vielmehr in einem Kloster gefangen gehalten, oder von andern Frauenspersonen in Aufsicht genommen werden solle, vt non per huiusmodi occasiones inveniantur circa *castitatem* iniuriatae. Ob wir gleich heutiges Tages Frauenspersonen ebenfalls in ein öffentliches Gefängniß legen, und sie bestrafen, wie Mannspersonen bestraft werden, so ist es doch Pflicht des Richters, Frauenspersonen und Mannspersonen von einander abgesondert gefangen zu halten [e]). Auf die Eifersucht gründet sich die alte teutsche Sitte, daß der Mann seiner Frau nach seinem Tode so viel auszusetzen schuldig war, als sie zum nöthigsten Lebensunterhalte brauchte, anderer rechtlicher Verhältnisse nicht zu gedenken.

5) Gehört unter die wichtigsten Quellen der besondern Rechte der Frauenspersonen die Keuschheit und die Jungfrau-

c) Simon D. de iure obstetricum, Ien. 1671. Emminghavs de praec. femin. iur spec. 11. Pag. 82. seq. Zobels besonderes Recht der Hebammen, Regensp. 1737.

d) L. 1. §. 5. D. de postul.

e) Herr von Quistorp im peinlichen Rechte, Thl. 2. S. 186.

frauschaft [f]). Hierauf gründet sich 1) das Recht, einen Brautkranz zu tragen, schreibt der Herr RR. Eichmann, S. 291 seines Commentars. Verschiedne Rechtsgelehrte glauben zwar, daß er ein Zeichen der Jungfrauschaft sey, und eben deswegen von einer mit Gewalt geschwächten Person nicht getragen werden dürfe. Es ist aber die Meynung, daß der Kranz ein Zeichen der Jungfrauschaft sey, a) irrig, sondern er muß vielmehr als ein Zeichen der überwundenen Begierde angesehen werden [g]). Von derjenigen Person aber, bey der Gewalt hat gebraucht werden müssen, ehe sie sich hat schwächen lassen, kann wohl mit vieler Wahrscheinlichkeit behauptet werden, daß sie eine keusche Person sey, indem sie sich sonst nicht so sehr würde widersetzt haben, wie es im C. 32. Qu. 5. heißt. b) Macht nicht ein Unglücksfall, wofür die Nothzucht zu halten, sondern die Neigung und das Gemüth unkeusch [h]). Es sind auch c) keine Gesetze vorhanden, die einer solchen Person den Gebrauch des Kranzes an ihrem Hochzeittage untersagen; denn von dem Brautkranze, der an diesem Tage getragen wird, muß man den Jungfernkranz, der bey einer Gevatterschaft und bey mehrern Feyerlichkeiten getragen wird, wohl unterscheiden. d) Ist es zwar wahr, daß Witwen keinen Brautkranz tragen dürfen; dieses gründet sich aber darauf, daß sie ihrer Jungfrauschaft freywillig entsagt, und ihre Begierden nicht länger unterdrückt haben, welches aber von genothzüchtigten Personen nicht behauptet werden kann. Aus diesen Ursachen folgt es ganz sicher, daß das Recht, einen Brautkranz zu tragen, auf der Keuschheit beruhe [i]), obgleich einige

f) Donat. D. de virginum iure, Alt. 1690. Schwendendoerfer D. de priuilegiis virginum, Hal. 1750. Pagenstecher Ecloga de iure virginum et virginis Florentinae, Brem. 1709. Montani D. de iure virginum, Hammon. 1705.

g) Chrysostomvs Homil. X. c. 3. ep. 1.

h) Lactantivs VI, 23.

i) Ill. Püttmann. D. de corona nuptiali vi compressae haud deneganda, Lipf. 1774. Schotts Eherecht, S. 352.

nige Rechtslehrer es nicht zugeben wollen, daß eine genothzüchtigte Person einen Brautkranz bey ihrer Verheyrathung trage [k]). In der Keuschheit hat 2) das besondere Recht seinen Grund, daß, wenn eine Mannsperson und eine Weibsperson wegen eines begangenen Ehebruchs in Untersuchung gezogen worden, die Mannsperson zuerst vorgenommen werden, er auch zuerst peinlich befragt werden soll, und wenn er für unschuldig erklärt werden müssen, sey die Frauensperson ebenfalls ohne alle weitere Untersuchung frey zu sprechen; wurde er aber schuldig befunden, so schade ihr dieses nichts [l]). Von diesem besondern Rechte wird aber freylich heutiges Tages an den Orten, wo der Ehebruch nicht peinlich behandelt wird, wenig Gebrauch gemacht werden können. 3) Weil von einem Frauenzimmer mehr Keuschheit gefordert wird, als von einer Mannsperson, so kann nach der Behauptung der Rechtslehrer [m]) von dem Manne auf die Trennung der Ehe als nichtig geklagt werden, wenn es bewiesen ist, daß sich die Frau vorher bereits hat schwängern lassen. Sollte aber die eine von den verlobten Personen, nach geschlossenem Eheverlöbnisse, mit einer andern Person Unzucht getrieben haben, so konnte zwar nach dem römischen Rechte, nur der Bräutigam deswegen die Treue als verletzt betrachten, die Braut mußte sich aber ein solches schlechtes Betragen des Bräutigams gefallen lassen; diese ungerechte Meynung befolgen wir jedoch in unsern Gerichten nicht, sondern es wird wechselseitige Keuschheit der verlobten Personen erfordert, wie wir bey der Lehre von den Verlöbnissen sehen werden. 4) Kann man nicht ganz unschicklich das besondere Recht einer Jungfrau hierher rechnen,

k) Ill. WIESAND D. de nonnullis coronae nuptialis iuribus, Lipſ. 1761.

l) L. 17. §. 6. D. ad Leg. Iul. de adult. LEYSER Spec. 633.

m) LEYSER Spec. 315. med. 11. 12. G. L. BOEHMER Princ. Iur. Can. S. 312. BERGER Oecon. iur. Lib. I. tit. 3. theſ. 6. n. 3. BRVNNQVELL hiſt. iur. S. 315.

nen, daß, wenn sie unter der Bedingung zum Erben eingesetzt worden, nicht zu heyrathen, diese Bedingung nicht gilt, und sie doch die Erbschaft und das Legat bekömmt, wenn sie auch heyrathet. Dergleichen Bedingungen sind der Wohlfahrt des Staats nachtheilig, und sie würden auch Gelegenheit geben, daß Personen zwar nicht heyratheten, aber nun desto unkeuscher lebten. 5) Behauptet eine Frauensperson, daß sie noch Jungfrau, und keine Witwe oder verehelichte Person sey, so verdient sie so lange Glauben, bis das Gegentheil allgemein bekannt, oder bewiesen ist. Diese Vermuthung gründet sich auf den Rechtssatz: daß ein solches Verhältniß als eine Art adventizischer Zustand zu betrachten ist, und dieser daher nicht vermuthet wird. Für kein besonderes Recht des weiblichen Geschlechts, welches sich auf die Keuschheit gründet, darf aber die Freyheit gehalten werden, daß sie diejenige Mannsperson umbringen könne, welche sie nothzüchtigen will, und sie habe sonst kein Mittel zur Rettung; denn eine Mannsperson kann das nämliche gegen eine Weibsperson thun, wenn sie ihn zur Unzucht zwingen wollte.

6) Eine sehr reichhaltige Quelle besonderer Rechte der Frauenspersonen ist auch die gesetzliche Oberherrschaft des Ehemannes über seine Frau, und die genaue Verbindung, worin sie gegen einander stehen [n]). Diese kann aber nicht nur auf ihre Person, sondern auch auf ihr Vermögen, einen so wichtigen Einfluß haben, daß die Gesetze schlechterdings dafür sorgen mußten, die Ehefrau sicher zu stellen, wenn ihr die Oberherrschaft des Mannes schädlich werden muß. Es ist zwar mehrentheils vortheilhaft für die Frau, daß sie an der Würde und dem Stande ihres Mannes, auf mancherley Weise Antheil nimmt; es treffen sie aber dafür auch mancherley Beschwerden. Weil sie der Gewalt des Mannes unterworfen ist, steht ihr über die Kinder und das Hauswesen keine solche Gewalt zu, als dem Hausherrn.

n) Rösslin, Thl. 1. §. 5. S. 14.

Sie muß dem Manne an seinen Wohnort folgen, und bekommt dadurch mit ihm einerley Gerichtsstand. Wenn der Mann in Wirthschaftssachen eine andere Meynung hat, als seine Frau, so muß sie nachgeben. Wegen dieser Unterwürfigkeit haben die Gesetze hauptsächlich alle Arten der Bürgschaft für den Mann untersagt.

7) Endlich muß man auch die Billigkeit, und mehrere besondere Verhältnisse, in welche eine Frauensperson kommen kann, als eigene Quellen der besondern Rechte des weiblichen Geschlechts betrachten. Man kann es auch nicht leugnen, daß zu einigen besondern Rechten die Gemahlin des Justinians Gelegenheit gegeben habe o); denn nicht nur die Schriftsteller der damaligen Zeit bezeugen es, daß sie sehr herrschsüchtig gewesen sey, und Justinian sich viel von ihr habe gefallen lassen; sondern der Kaiser gesteht es selbst p), daß er seine Gemahlin bey Gebung seiner Gesetze zu Rathe gezogen habe. — Dieses wird hinreichend seyn, sich zu überzeugen, die zeither erläuterte Materie von den besondern Rechten des weiblichen Geschlechts, sey kein unbedeutender Gegenstand. Will man sich über alle Fälle ausbreiten, wo diese Grundsätze anwendbar sind, so kann man leicht ein Werk von vielen Bänden darüber schreiben, wie Hr. Reg. Adv. Röslin gethan hat, dessen zwey mäßige Quartbände doch noch nicht alles enthalten.

Ich komme auf die Grundsätze, welche sich auf den statum naturalem *integritatis* gründen. Wie wir S. 118 gesehen haben, sind die Menschen im Naturzustande entweder gebrechliche Personen oder solche, die einen vollkommnen Körper haben, Gesunde oder Kranke, Vernünftige oder solche, denen der Gebrauch ihrer Verstandeskräfte

o) Leyser Spec. 13. med. 1. 2. Röslin Thl. 1. S. 14. Thl. 2. S. 55.

p) Novella VIII, c. 1.

kräfte fehlt q). Die vollkommnen Menschen sind entweder vollkommen in Rücksicht auf die Eigenschaften des Körpers, oder in Rücksicht auf die Kräfte der Seele. In der ersten Betrachtung heißen sie gesunde Menschen; in der andern aber nennt man sie vernünftige Menschen, und dazu rechnet man alle diejenigen, welche den völligen Gebrauch ihres Verstandes und ihrer Vernunft haben, homines sanae mentis, wie es in der L. 2. §. 16. D. pro emto heißt. In Gesetzen, z. B. in der L. 2. D. qui testam. fac. poss. L. 20. D. de iniust. rupt. et irr. test. wird dieses letzte integritas mentis, und jenes corporis sanitas genennt.

Die unvollkommnen Menschen haben entweder an der Seele einen Fehler, oder an ihrem Körper, und dieser körperliche Fehler ist entweder anhaltend und beständig, oder er äußert sich nur eine gewisse Zeit. Personen, die mit einem anhaltenden Gebrechen des Körpers behaftet sind, nennt man gebrechliche Personen, und dazu gehören Krüppel, Taube, Stumme, Blinde, Lahme. Personen, deren Fehler des Körpers nur eine kürzere Zeit anhält, heißen Kranke r). In der L. 101. §. 2. D. de verb. signif. wird morbus und vitium auf die Art unterschieden, daß ersteres temporalis corporis imbecillitas, letzteres aber perpetuum corporis impedimentum genennt wird; dann und wann brauchten aber die Römer das Wort morbus in einer so weitläuftigen Bedeutung, daß sie auch das Wort vitium darunter verstanden s).

Menschen mit einer Unvollkommenheit an ihrer Seele, die keines völligen Gebrauchs ihres Verstandes und ihrer Vernunft fähig sind, nennt man dementes in der weitläuf-

q) Falckenhagen D. de habitu *status integritatis* ad statum familiae in re tutelari spectato, Gött. 1753.

r) Berger D. de priuilegiis aegrotorum, in *Eius* Diss. n. 16.

s) L. 1. §. 7. D. de aedilit. edicto. Gellii Noct. Attic. IV, 2.

läufigsten Bedeutung des Wortes, und es sind ihrer eine große Anzahl von verschiedner Art [t]). Gewöhnlich werden sie in solche eingetheilt, denen die Vernunft völlig fehlt, und in andere, welche nur einen geringen Gebrauch der Vernunft machen können. Menschen der ersten Art kommen unter der Benennung, Sinnlose, Wahnsinnige, mente capti, insani, fatui vor [u]). Sie bestehen wieder entweder aus Rasenden, Unsinnigen, Tollen (furiosi), oder aus Wahnwitzigen, Albernen, dementes in der engern Bedeutung, mente capti. Diese letztern haben so wie die Rasenden gar keinen Verstand; sie verhalten sich aber doch stille und ruhig; da Rasende ihre Wuth auf mancherley Weise zeigen [x]). Personen, welche nur einen geringen Gebrauch von ihrem Verstande machen können, heißen einfältige, desgleichen kindische Personen. Die Einfältigen besitzen zwar Vernunft und Beurtheilungskraft, jedoch nur in einem geringern Grade, als Personen, die diesen Fehler nicht haben; sie haben Begriffe von den Gegenständen, die in die Sinne fallen, von guten und bösen Handlungen, daher sie sich auch durch Furcht für Strafe von unerlaubten Handlungen abhalten lassen. Kindische Personen besitzen nicht mehr Einsicht als Kinder, und unterscheiden sich von solchen blos durch ihr Alter, die Größe, und

t) Stryck D. de dementia et melancholia. Frommann D. de iure furiosorum singulari, Tub. 1655. Menoch de praesumt. IV, 45. Thomas D. de praesumtione furoris et dementiae in Coll. Diss. Tom. IV. Pag. 352. Crell D. de probatione sanae mentis.

u) L. 9. C. de imp. et aliis substit. L. 25. C. de nupt. L. 7. §. 3. D. ad L. Iul. Maiest. L. 1. C. si quis imp. maled. L. 2. D. de postul. L. 21. D. de reb. auct. iud. poss.

x) L. 8. §. 1. D. de tutor. et curat. dat. L. 27. §. 5. D. de recept. §. 3. 4. Inst. de curat. L. 25. C. de nupt. Cicero Quaest. Tusc. III, 5. Raevard Coniect. III, 17. Hvber Digr. III, 18. Zachias Quaest. med. legal. Lib. II. Tit. I. Qu. 9. n. 3. 15. 16. Beckmann D. de acquisit. heredit. dementi delatae, Gött. 1772. §. 2. 3. 4.

und den Gebrauch der Sprache. An der Beurtheilungskraft der Folgen der Handlungen fehlt es ihnen fast gänzlich, daher sie auch ihre Handlungen gewöhnlich ganz unvernünftig einrichten. Man setzt daher solche Personen mit den Sinnlosen in eine Classe.

Die gesetzlichen Würkungen in Rücksicht aller dieser einzelnen Personen äußern sich auf verschiedene Weise.

Kranke bekommen auf ihr Gesuch einen Curator; sie dürfen keine Vormundschaft übernehmen, wenn sie nicht wollen; wenn sie einen gerichtlichen Termin versäumen, so trifft sie die Strafe des Ungehorsams nicht so gleich; die Tortur kann entweder gar nicht, oder nur unter gewissen Umständen bey ihnen gebraucht werden [y]). Wenn die Krankheit anhaltend ist, so werden sie unter die Mitleid verdienenden Personen gerechnet, wodurch sie die Wohlthat eines befreyten Gerichtsstandes erhalten; anderer Vortheile nicht zu gedenken, welche in der Folge vorkommen werden.

Gebrechliche Personen haben ebenfalls in einigen Fällen andere Rechte, als Personen mit einem völlig gesunden Körper [z]). Man hält sie für unfähig bey einer Belehnung; sie sollen kein geistliches Amt erhalten. Daß Blinde, Taube und Stumme bey verschiednen bürgerlichen Geschäften andere Rechte und Verbindlichkeiten haben, als Gesunde, ist eine bekannte Sache, und wird in der Folge vorkommen [a]).

Rasende, wahnwitzige und kindische Personen dürfen keine rechtlichen Geschäfte unternehmen, welche man ohne

y) Herr von Quistorp im peinlichen Rechte, Thl. 2. S. 319.

z) Crell D. de corporis integri robusti et proceri priuilegio, Viteb. 1746.

a) Stryck tr. de iure sensuum, Frf. 1701. 4. Kersten D. de visu priuatis eorumque iuribus, Lipſ. 1773. Kreß vom Recht der Tauben und Stummen, Helmſt. 1765. 4.

ohne den Gebrauch des Verstandes nicht vornehmen kann [b]); sie müßten denn bisweilen eine völlig vernünftige Stunde haben, und in dieser muß die ganze Handlung völlig beendigt seyn. Daher kann ein Närrischer während der Aeußerung seiner Narrheit keinen Vertrag schließen, kein Testament machen. Oeffentliche Aemter können sie gar nicht annehmen, ob sie gleich vernünftige Zwischenräume haben. Eben so können sie auch keine Rechte erwerben, wobey es auf eine Ueberlegung und vernünftige Willenserklärung ankommt [c]). Man hält ihre Handlungen nicht für aus bösen Vorsatz unternommene, welches hauptsächlich bey Verbrechen in Erwägung gezogen wird. Die Obrigkeit muß für ihr Bestes eben so besorgt seyn, wie für Minderjährige, sie mögen noch so alt seyn, und daher bekommen sie einen Curator.

Einfältige Personen können solche rechtliche Handlungen vornehmen, die ihren Einsichten gemäß sind, z. B. ein Testament machen, einen Contract schließen. Weil es aber doch allemal bedenklich bleibt, wie weit ihre Einsichten gegangen sind, so wird die Einrede der listigen Ueberredung und des Betrugs, des Irrthums, weit leichter angenommen, als bey Personen, die ihren vollen Verstand haben. Die Obrigkeit darf ihnen auch nicht eher einen Curator aufdringen, als wenn sie so einfältig sind, daß sie wirklich ihr Vermögen nicht selbst verwalten können [d]).

Uebrigens ist von allen diesen Personen noch zu bemerken:

1) daß im Zweifel immer vermuthet wird, jeder Mensch habe den vollen Gebrauch seines Verstandes, und diese Vermuthung zeigt so lange ihre Kraft, bis das Gegentheil bewiesen ist. Wer also aus dieser Ursache die Gül-

b) Frommann summaria delineatio iuris furiosorum singularis, Arg. 1656.

c) L. 63. D. de aquir. vel omitt. hered.

d) Strubens Bed. 1. Thl. S. 373. Hommel Rhapf. Obf. Vol. II. Obf. 283.

gültigkeit eines Geschäfts behauptet, muß den Mangel des Verstandes von Seiten des andern Contrahenten beweisen [e]). So gewiß ferner die Albernheit aus den Handlungen und den äußerlichen Kennzeichen beurtheilt und bewiesen werden muß, so können dennoch alberne Verordnungen eines Erblassers nicht allemal für hinreichend gehalten werden, denselben für wahnsinnig zu halten, und daher erklären die Gesetze aus Gunst gegen die Aufrechthaltung der Testamente und anderer letzten Willensverordnungen, solche Stellen, welche Albernheit anzeigen, für nicht geschrieben [f]).

2) Sobald es jedoch völlig gewiß ist, daß Jemand wirklich verrückt ist, so wird so lange vermuthet, er sey es zu aller Zeit, bis dargethan worden, daß er vernünftige Zwischenräume habe, in denen er seines Verstandes völlig mächtig ist. Dieser Beweis wird durch ein Zeugniß des Richters oder Notarius alsdenn geführt, wenn der Blödsinnige vor ihm ein Geschäfte zur Zeit dieses vernünftigen Zwischenraums vorgenommen hat. Außer diesen Fällen muß es durch den Arzt bezeugt werden, und dieser ist schuldig die körperliche Beschaffenheit ausführlich anzuführen, und die Reden und Handlungen, woraus der hinlängliche Verstand geschlossen werden kann. Der Beweis, welcher sich auf die Aussagen anderer gemeiner Zeugen gründet, ist sehr selten zuverläßig [g]).

3) In den Gesetzen werden die **Verschwender** den Verrückten gleich gehalten; doch muß ihnen die Verwaltung ihres Vermögens erst vom Gericht untersagt, und sie für

e) L. 5. C. de codicill.

f) L. 45. D. de hered. instit. L. 113. §. 6. D. de legat. I. L. 40. §. 2. D. de auro arg. mundo leg. Freheri Verisim. I, 26. in Otton. Thes. I, 898. Püttmann D. de ineptis morientium voluntatibus, Lips. 1774.

g) Platner Pr. medicos de insanis et furiosis audiendos esse, in Schlegel Opusc. Vol. II. nr. 19. Herr HR. Claproth von Verträgen, Thl. 1. S. 12.

für Verschwender erklärt worden seyn [h]). Es zeigt aber diese Gleichstellung nur bey der Verwaltung ihres Vermögens ihre Würkung, und nicht bey Bestrafung der Verbrechen [i]); denn hier ist der Verschwender oft noch straffälliger als andere vernünftige Personen.

4) Verliert Jemand zufälliger Weise seinen Verstand, so zieht dieses weder den Verlust seines Standes und seiner Würde nach sich, noch kann ihm dieses zum Nachtheil in Rücksicht auf sein Vermögen gereichen [k]). Noch weniger verlieren gültig geschlossene rechtliche Geschäfte dadurch ihre Kraft und Würkung, weil derjenige, der die Handlung vorgenommen hat, nach der Zeit den Gebrauch seines Verstandes verloren hat [l]). So viel vom statu naturali integritatis. Nunmehr sollte auch noch die Eintheilung der Menschen in Rücksicht ihres Alters erläutert werden, da sie auch ein natürliches Verhältniß ausmacht (S. 118). Es wird davon aber erst im folgenden Titel gehandelt werden können, weil der Hr. GRR. Hellfeld diese Materie erst dort vorgetragen hat.

§. 118. 119.

Von dem natürlichen Zustande kommen wir zu den Grundsätzen von den drey bürgerlichen Hauptständen, und es sollen nunmehr die Menschen nach einem jeden derselben betrachtet werden. Daß der wichtigste bürgerliche Stand, der Stand der Freyheit (status libertatis) sey, haben wir bereits S. 110 gesehen. Man versteht dasjenige Ver-

h) L. 6. D. de verb. oblig. L. 40. D. de reg. iur. L. 12. §. 2. D. de curat. et tut. dat. §. 1. 2. Inst. quib. non est perm. fac. test. Hertel D. de iure circa prodigos, Erf. 1737.

i) Hommel D. de temper. poen. ob imbecillit. intellectus, Lipſ. 1755. §. 14.

k) L. 20. D. h. t. L. 31. §. 4. D. de vsurp. et vsucap.

l) §. 1. Inst. quib. non est permiss. fac. test. L. 20. §. 4. D. qui test. fac. poss.

Verhältniß eines Menschen darunter, nach welchem er weder als das Eigenthum eines andern betrachtet werden kann, noch auch der Herrschaft desselben unterworfen ist. In Rücksicht auf den Freyheitszustand werden die Menschen nach den Grundsätzen des römischen Rechts in Freye (liberi) und Sclaven (serui) eingetheilt [m]). Derjenige, welcher rechtmäßiger Weise als ein Eigenthum seines Herrn betrachtet werden konnte, und seiner Gewalt mit Recht unterworfen war, wurde sein Sclave genannt. Es kommt hier hauptsächlich auf den Begriff an, der mit dem Wort Gewalt verbunden werden muß. Die Römer unterschieden nämlich *potestas* und *imperium*. Es besteht die Gewalt, schreibt der Herr GTR. Höpfner S. 84., welche ich über einen andern Menschen habe, entweder in dem Rechte, über diesen Menschen und seine Kräfte, zu meinem Nutzen nach Gefallen zu disponiren, oder sie faßt blos das Recht in sich, seine Handlungen zu einem gewissen Zwecke zu lenken. Im ersten Falle heißt sie *potestas* im eigentlichen Verstande, im letztern aber *imperium* im eigentlichen Sinne. Als Gattungen dieser potestatis bey den Römern betrachtete man die Gewalt eines Herrn über seine Sclaven (potestas dominica), die väterliche Gewalt (patria potestas), und die Gewalt des Ehemannes über seine Ehefrau, wenn sie sich derselben unterwerfen wollen, oder wie die Römer sagten: si vxor in manum mariti conuenerat. Gattungen des imperii hingegen sind, das imperium ciuile, oder die Gewalt des Landesherrn über seine Unterthanen, die Gewalt des Vormundes über seine Pflegbefohlne, die heutige Gewalt eines Hausherrn über sein Gesinde, und des Ehemannes über seine Frau. Diese beyden Begriffe von potestas und imperium sind bey den schwersten Materien die sichersten Hülfsmittel, sich vor falschen Vorstellungen zu verwahren, wie wir bey der Lehre von der römischen Gerichtsbarkeit, z. B. sehen werden.

Nun

m) L. 3. D. de statu homin. Pr. Inst. de iure pers.

Nun kann der Begriff des römischen Sclaven leicht verstanden werden: seruus est, qui alterius potestati dominicae subiectus est. Im §. 2. Inst. de iure person. wird gesagt: seruitus est constitutio iuris gentium, quo quis dominio alieno contra naturam subiicitur. Sclaverey ist eine Einrichtung, die bey allen Nationen vorkommt; sie ist aber keine natürliche, sondern blos eine zufällige Eigenschaft des Menschen, der in der Sclaverey lebt, da von Natur alle Menschen frey sind n). Das Wort *seruus* kommt von seruare her, weil man die gefangenen Feinde nicht tödtete, sondern beym Leben erhielt, und mancipia wurden sie genennt, weil sie als Feinde mit der Hand gefangen genommen wurden o). Freye heißen diejenigen Menschen, welche entweder gar nicht in der Gewalt eines Herrn sind, oder doch mit Unrecht sich diese Gewalt gefallen lassen müssen. Daher ist es etwas anders liber esse, und wieder etwas anders in libertate viuere. Jemand kann frey seyn, ob er gleich die Gewalt eines Herrn respectiren muß, und also die Ausübung der Freyheit nicht besitzt. Werde ich also z. B. von Seeräubern gefangen genommen, und als Sclave verkauft, so bleibe ich doch frey, ob ich gleich nicht davon Gebrauch machen kann. So ist auch ein Unterschied zwischen seruire, in seruitute esse, seruus esse, seruitutem seruire. Wer sich in einer unrechtmäßigen Sclaverey befindet, seruit, est in seruitute; er ist aber deswegen kein wirklicher seruus, non seruit seruitutem p). Besitze ich einen Menschen als Sclaven, der doch wirklich frey ist, der sich aber in einer unrechtmäßigen Sclaverey befindet, welches ich jedoch nicht weiß, sondern glaube, er sey mit Recht mein Sclave, so sagt man: homo mihi bona fide seruit.

Nach-

n) L. 1. §. 1. D. de his, qui sui vel alieni iuris sunt. §. 2. Inst. de iure nat. gent. et ciuili.

o) §. 3. Inst. de iure person. MENAG. Amoen. c. 39.

p) QVINCTIL. Instit. orat. VII, 4.

Nachdem wir wissen, wer nach den Grundsätzen des römischen Rechts als ein Sclave betrachtet wurde [q]), so wollen wir die wichtigsten Grundsätze von ihren Rechten betrachten. Aus der römischen Geschichte ist es bekannt, wie sich die Schicksale der Sclaven bey den Römern, von Zeit zu Zeit geändert haben, worüber in der Abhandlung der Herren Appellationsräthe Wiesand und Meisner schöne synchronistische Tabellen aufgestellt worden, und wie sehr die Rechte der Herren in spätern Zeiten, von denjenigen abwichen, welche sie anfangs hatten. Ueber den Satz gieng man aber niemals hinaus, daß Sclaven zwar als Menschen, aber dennoch als keine Personen betrachtet werden dürften, und folglich keinen von den drey wichtigsten bürgerlichen Ständen hätten. Man sagte von ihnen, sie wären sine capite [r]), das heißt, sie hätten keine bürgerlichen Rechte im Staate [s]), und müßten daher als bürgerlich todt betrachtet werden. In der L. 209. D. de reg. iur. heißt es eben deswegen: seruitutem mortalitati fere comparamus. Eben deswegen sagte man, bey Sclaven fände keine poena capitalis statt [t]), weil man darunter nicht blos Todesstrafen verstand, sondern auch jede andere, welche den Verlust der bürgerlichen Rechte nach sich zog [u]). Quod attinet ad ius ciuile, sagt Ulpian

q) Ant. Fabri Iurisprud. Papiniani, Lib. I. tit. 1—7. Ge. d'Arnavd Diss. duae de iure seruorum et de his qui pretii participandi causa sese venumdari patiuntur, Leouard. 1744. 4. Laur. Pignorii Comment. de seruis et eorum apud veteres ministeriis, Amst. 1674. 12. Wiesand c. Resp. Meisner D. de ortu et progressu seruitutis sec. ius naturae et ciuile, Lips. 1762.

r) Gundlings Gedanken über die Worte: seruus non habet caput, in seinen kl. Schriften, Halle 1737. Nr. 24. S. 465.

s) §. 4. Inst. de capit. minut.

t) L. 12. §. 4. D. de accusat. Mvreti Obseruat. c. 2. in Ottonis Thes. Tom. IV. Pag. 143. Marckart in Probabil. P. 2. Pag. 17.

u) L. 14. §. 3. D. de bon. libert. L. 2. pr. L. 28. pr. D. de poen. §. 2. Inst. de publ. iud.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0295
DFG

pian in der L. 32. D. de reg. iur. ſerui pro nullis habentur. Sie konnten daher kein öffentliches Amt verwalten, und hatte etwa ein Sclave durch Irrthum oder Betrug, wie der Barbarius Philippus, der ſeinem Herrn entlaufen war, ein öffentliches Amt erſchlichen, ſo blieb er dennoch ein Sclave, obgleich diejenigen Handlungen, die er als öffentlicher Beamter vorgenommen hatte, bey ihrer Gültigkeit gelaſſen wurden, um des gemeinen Beſten willen [x]). Weil man ſie als bürgerlich todt betrachtete, ſo rechnete man ſie auch unter die Sachen, woran ein römiſcher Bürger ein Eigenthumsrecht erwerben könne. Die Sclaven ſelbſt waren nicht im Stande, etwas für ſich eigenthümlich zu erwerben. Setzte ſie Jemand zum Erben ein, ſo bekamen ihre Herren die Erbſchaft; denn ſie hatten kein ius teſtamenti factionis. Nur muß hierbey der Unterſchied zwiſchen öffentlichen oder ſolchen Sclaven, die dem ganzen Staate gehörten, und Privatſclaven, die als Eigenthum einer Privatperſon betrachtet wurden, nicht aus den Augen geſetzt werden [y]); denn jene durften nicht nur ein Eigenthum erwerben, ſondern ſie waren auch befugt, ein Teſtament darüber zu machen, und ſie konnten wenigſtens über die Hälfte ihres Eigenthums auf den Todesfall diſponiren. In den Fragmenten des Ulpians XX, 16. heißt es: ſeruus publicus populi Romani, pro parte dimidia teſtamenti faciendi ius habet.

Aller dieſer Beraubung bürgerlicher Rechte ungeachtet, hielten die Römer ihre Sclaven gleichwohl für Menſchen, und man ließ ſie deswegen alle die Rechte genießen, welche das Naturrecht unter Menſchen eingeführt hat [z]). Es durfte daher Niemand einen fremden Sclaven ermorden; war es von Jemanden aus Fahrläßigkeit oder durch ein

x) L. 3. D. de offic. Praet. L. 11. C. de lib. cauſſa, L. 2. C. de ſent. et interl. CAMPIANI de offic. et poteſt. magiſtrat. roman. Aug. Treu. 1774. 4. Pag. 225.

y) d'ARNAVD l. c. c. 14.

z) L. 32. D. de reg. iur. d'ARNAVD l. c. c. 4. 5.

ein grobes Versehen geschehen, so wurde der Mörder nach dem Aquilischen Gesetz bestraft [a]). War der Mord des fremden Sclaven aus Vorsatz geschehen, so wurde der Mörder eben so gut nach dem Cornelischen Gesetz von Entleibungen bestraft, als wenn ein freyer Mensch ermordet worden war; ja diese Strafe des Cornelischen Gesetzes hatte selbst alsdenn noch statt, wenn gleich der Mörder bereits nach dem Aquilischen Gesetz bestraft worden [b]). Wer einen fremden Sclaven blos injurirte, mußte sich die darauf gesetzte Strafe gefallen lassen; denn wenn es gleich nach dem strengen Civilrechte hieß: seruis ipsis nullam fieri iniuriam, so erkannte der Prätor gleichwohl nicht darnach [c]). In Rücksicht der erlaubten Sclavenehen, wurde ebenfalls, wie bey der Eingehung der Ehe unter Bürgern, auf die Blutsfreundschaft und Schwägerschaft Rücksicht genommen [d]). Fehlte es an andern Beweismitteln, so konnte man selbst Sclaven als Zeugen brauchen, jedoch bediente man sich hier der Tortur, wo bey freyen Menschen der Eyd gebraucht wurde [e]). Erlaubt war es jedoch, dem Sclaven den Eyd zu deferiren, und wenn er nun schwur, daß sein Herr nichts schuldig sey, so hatte dieser das Recht, sich mit der Einrede des von dem Sclaven geleisteten Eydes zu vertheidigen [f]). Aus dem Rechtssatze, daß Sclaven Menschenrechte hätten, folgerte man ferner, daß sie durch ihre bösen Handlungen andern verbindlich würden; ja es entstand so gar eine natürliche Verbindlichkeit, wenn sie mit Jemanden einen Contract geschlossen hatten [g]). Eben deswegen durfte sich so gar ein römischer Bürger für diese Verbindlichkeit gültiger Weise

a) L. 2. pr. D. ad L. Aquil.

b) L. 1. §. 2. D. ad Leg. Corn. de sicar. L. 23. §. 9. D. ad Leg. Aquil. §. 11. Inst. eod.

c) L. 15. §. 35. D. de iniur. §. 3. et 7. Inst. eod.

d) L. 14. §. 2. 3. D. de ritu nupt.

e) L. 7. D. de testib. L. 9. D. de quaest. Noodt in Probab. I, 13. 15.

f) L. 23. L. 25. D. de iureiur.

g) L. 14. D. de obligat. et action.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0297
DFG

verbürgen, und wenn er für den Sclaven bezahlt hatte, so konnte er das Bezahlte nicht wieder zurück fordern [h]). Noch weniger durfte der Sclave dasjenige zurück fordern, was er nach der Freygebung bezahlt hatte, um seine während der Sclaverey durch einen Contract errichtete natürliche Verbindlichkeit zu erfüllen. Eine Klage auf die Bezahlung hatte aber wider ihn nicht statt, selbst nicht einmal nach erlangter Freyheit, weil dieses das Rechtssystem nicht verstattete, nach welchem nur wegen einer Civilobligation geklagt werden sollte [i]).

So groß diese Vorzüge waren, die man den römischen Sclaven, als Menschen betrachtet, nicht absprach, so drückend waren die Lasten, die sie sich von ihren Herren gefallen lassen mußten. Wie wir gesehen haben, bestand die herrschaftliche Gewalt des Herrn über seine Sclaven, in der Herrschaft und in dem Eigenthumsrechte. Vermöge der erstern hatte der Herr das Recht, die Handlungen seines Sclaven ganz nach seinem Willen zu leiten, und er konnte ihn wegen der Nichtbefolgung seiner Befehle bestrafen. Ob der römische Herr gleich anfangs seinen Sclaven am Leben strafen können, ist nicht bewiesen, sondern es ist vielmehr wahrscheinlich, daß es nicht geschehen sey, weil die Herren noch wenig Sclaven hatten, und sie folglich zu erhalten suchten [k]). Nachdem aber die Anzahl der Sclaven beständig größer wurde, überließ der Staat den Herren das Recht, ihre Sclaven auf alle Art und Weise zu ihrem Gehorsam anzuhalten, und sie selbst am Leben bestrafen zu können, wenn es nöthig war. Hierzu hatte man mehr als eine Ursache; denn 1) war es höchst unwahrscheinlich, daß ein Herr einen so üblen Gebrauch von seinen Sachen, die großen Werth hatten, wie dieses der Fall bey Sclaven war, machen werde, daß er sie ohne alle gegründete Ursache hinrichten lassen würde. Es schien 2) nicht schicklich und thunlich

h) L. 13. D. de condict. indeb. §. 1. Inst. de fideiuss.
i) Pauli recept. sent. II, 13. 9.
k) Herr RR. Eichmann, Thl. 2. S. 306.

lich zu seyn, die Consuls und Prätoren alle Hausangelegenheiten der Herren mit ihren Sclaven untersuchen zu lassen, da sie hierzu nicht einmal die Zeit hätten. 3) Sollte es auch nicht das Ansehen haben, als ob die Rechte der Familienväter, die sie vorher im natürlichen Zustande über ihre Sclaven hatten, durch Eintritt in die bürgerliche Gesellschaft verloren gegangen wären. Auf diese vernünftigen Ursachen, gründete sich das Recht des Römers über Leben und Tod seiner Sclaven. Es war aber dieses Recht kein willkührliches Recht, da nicht einmal die höchsten Richter in der Republik nach Willkühr strafen durften. Wenn ein Sclave etwas strafbares begangen hatte, so zog der Herr wegen der Strafe, einige Verwandte, Bekannte und Nachbarn zu Rathe, ja bisweilen mußten so gar die übrigen Sclaven über die Strafwürdigkeit ihr Urtheil sagen, um sie zu überzeugen, daß ein guter Herr nach billigen Gründen mit ihnen verfahre [l]). Nachdem schlechte Herren ihr großes Vorrecht mißbrauchten, und ihre Sclaven nicht nur tyrannisch behandelten, sondern auch wüthend mordeten, verachteten sie alle rechtschaffnen Bürger [m]), und es wurden Gesetze gegeben, dieser Barbarey Einhalt zu thun. Durch die Lex *Petronia*, welche der Tribun Petronius in Vorschlag gebracht haben soll, untersagte man es den Herren, ihre Sclaven nach Willkühr zu Thiergefechten zu überlassen [n]). Schon unter dem August und Claudius, wurden bittere Klagen über die Grausamkeit der Herren gegen ihre Sclaven geführt, welcher Umstand die Abfassung der Lex Petronia beschleunigte [o]). Der Kaiser Hadrian untersagte

l) Ge. d'Arnavd l. c. cap. 6. Pag. 26. Gebauer Diss. II. de patria potestate, c. 2. §. 6. de Selchow Elem. iur. rom. anteiust. §. 544. Seneca de clement. I, 15. Val. Maxim. V, 8. 2. Plvtarch. Cato Maior, Pag. 349.

m) Horat. Sat. I, 3. 80. Ivvenal. V, 219.

n) L. II. §. 1. 2. D. ad Leg. Corn. de sicar. Noordkerk ad Leg. Petron. Amst. 1731. 8. d'Arnavd l. c. cap. 7.

o) Sveton. Claudius, c. 25. Seneca de ira, III, 40.

endlich den Herren die eigenmächtige Ermordung ihrer Sclaven p), der Richter solle sie zum Tode verurtheilen, wenn es nach den Gesetzen geschehen müsse, und Antonin der Fromme gab das Gesetz, der Herr, welcher seinen Sclaven ohne Ursache ermorden würde, sollte eben so bestraft werden, als wenn er den Sclaven eines andern Römers ermordet hätte. Wenn der Herr seinen Sclaven blos barbarisch gemishandelt haben würde, sollte ihn der Richter nöthig, denselben zu verkaufen q). Constantin der Große verordnete, daß ein Herr, der seinen Sclaven vorsätzlich, oder durch die Marter der Tortur umbringen würde, als ein Todtschläger bestraft werden solle. Durch das Cornelische Gesetz vom J. 621. n. E. d. St. de sicariis, veneficis et parricidis war die Strafe des Exiliums auf einen vorsätzlichen Mord gesetzt worden; und in den folgenden Zeiten bediente man sich der wirklichen Todesstrafe, wenn der Thäter von gemeinem Stande war; die Deportation hingegen, das heißt, die Verweisung auf eine Insel, hatte statt, wenn der Mörder von höherm Stande war. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß in solchen Fällen, wo man einen freyen Menschen ungestraft tödten darf, dieses auch bey den Sclaven erlaubt war. Dieses gieng an, wenn der Sclave seinen Herrn anfiel, um ihn zu ermorden, oder der Herr traf ihn im Ehebruch mit seiner Frau. Sclaven, welche davon liefen, wenn ihr Herr angefallen worden, da sie ihn doch hätten retten können, wurden mit dem Tode bestraft r). Das Recht, den Sclaven mäßig zu züchtigen, nahmen die römischen Kaiser den Herren nicht; übertrieben sie es aber, so konnte sich der Sclave bey der Obrig-

p) Spartian. Hadrian. c. 18. Hofacker Princ. Iur. Rom. Tom. I. Pag 232.

q) L. vn. C. de emend. seru. L. 1. §. 2. L. 2. D. de his qui sui, §. 2. Inst. eod. Forner rer. quotid. II, 29. in Otton. Thes. Tom. II. Pag. 9[illegible].

r) L. 3. §. 4. D. de Scto Silan. Pavli recept. sent. III, 5. 8. Westphal von Testamenten, S. 886.

Obrigkeit beschweren, und zur Strafe wurde ihnen befohlen, den Sclaven zu verkaufen [s]).

Das Eigenthumsrecht des römischen Herrn an seinem Sclaven, hatte die wichtigsten Folgen; denn vermöge desselben konnte ihn der Herr veräußern, wie seine übrigen Sachen; er konnte ihn eben so wohl vindiciren wie anderes Eigenthum; alles, was der Sclave erwarb, war ein Eigenthum seines Herrn. Die Sclaven waren eine Waare, man konnte sie verkaufen, verschenken, vertauschen, verpfänden, vermachen. Die Sclaven hatten nichts Eigenes, sondern alles, was einem Sclaven geschenkt, oder vermacht wurde; alles, was er durch irgend eine Beschäftigung, durch Handlung, durch einen Glücksfall erworben hatte, gehörte dem Herrn [t]).

Die Rechte der römischen Sclaven waren alle von gleicher Beschaffenheit, man mochte sie in Rücksicht auf den Staat, oder in Rücksicht auf ihre Herren betrachten. Kein Sclave konnte Ansprüche auf bürgerliche Rechte machen, keiner war eine Person, sie waren alle bürgerlich todt. Es hatte auch jeder Herr über seine sämmtlichen Sclaven ein gleiches Recht, keiner durfte sich wider Willen des Herrn Vorzüge anmaßen, die ein anderer Mitsclave nicht genoß [u]). So ist der Gedanke im §. fin. Inst. de iure pers. zu verstehen, wo es heißt: in seruorum conditione nulla est differentia. Man würde aber diese Behauptung ganz falsch verstehen, wenn man glauben wollte, der Herr habe den einen Sclaven in jeder Rücksicht eben so behandelt, wie alle übrigen, und die persönlichen Eigenschaften der Sclaven hätten ihre Herren nicht zu einer verschiednen Behandlungsart derselben veranlaßt. Ein geschickter Sclave wurde doch wohl von einem verständigen Herrn besser behandelt und gehalten, als ein ungeschickter, der nur zu gro-

s) L. vn. C. de emend. seruor.

t) L. 215. D. de verb. signif. L. 1. D. de his qui sui v. al. iur.

u) L. 5. D. de statu homin.

ben Handarbeiten gebraucht werden konnte? Einer, der sich durch Fleiß und Treue beliebt machte, wurde doch wohl werther geachtet, als der Faule und der Betrüger [x]). Unter die sehr beliebten Sclaven gehörten diejenigen, die ihrem Herrn bey seinen gelehrten Arbeiten die nützlichen Dienste leisteten, durch Vorlesen, Nachschreiben, Abschreiben, Aufsätze machen [y]). Einige Sclaven meldeten alle Personen an, die ihren Herrn sprechen wollten, und diese gehörten wieder unter die beliebtesten und geschätztesten [z]). Manche Sclaven machten den Arzt bey ihrem Herrn; andere führten die Rechnung über die Casse des Herrn, zahlten Gelder aus, und nahmen welche in Empfang; andere besorgten die Erziehung der Kinder des Herrn; andere verwahrten die Kostbarkeiten desselben; andere waren Gärtner; andere verfertigten die Handwerksarbeiten. Daß diese Sclaven nicht eine gleiche Behandlung erdulden mußten, daran läßt sich nicht zweifeln. Derjenige Sclave, welcher an den Eingang des Hauses gestellt wurde, um daselbst Wache zu halten, hieß der Pförtner, seruus ianitor, und diesen schloß man bisweilen an, wenn er der Flucht verdächtig war.

Für keine wahren Sclaven sind zu halten, die statu liberi und die coloni. Ersterer war ein solcher Sclave, dem die Freyheit nach einer gewissen Zeit oder unter einer Bedingung, z. B. wenn er dem Herrn eine gewisse Summe erlegen würde, versprochen worden [a]). Ein solcher Sclave wurde, wenn er ein Verbrechen begangen hatte, nicht als Sclave, sondern als ein freyer Mensch bestraft. Einen freyen Menschen kreuzigte man nicht, sondern nur die Sclaven. In der L. 15. D. de statu lib. welches Gesetz mit dem Wort Arescusa anfängt, kommt ein Beyspiel von einer

x) POPMAE de operis seruorum liber, Amst. 1672. 12. RAEVARD var. V, 20.

y) SVETON. in Claudio, 28. Corn. NEPOS, in Attico, 14. CICERO ad Attic. I, 12.

z) MARTIAL. Epigr. IV, 38. LIVIVS III, 57.

a) L. 9. D. de statu liberis.

einer Sclavin vor, die als ſtatu libera betrachtet werden mußte. Es wird nämlich in dieſem Geſetz geſagt, daß der Herr der Areſcuſa in ſeinem Teſtament geſagt habe, ſie ſolle die Freyheit haben, wenn ſie würde drey Kinder gebohren haben. Nun kam die Sclavin das erſtemal mit einem Kinde nieder, und das anderemal wurde ſie von drey Kindern entbunden. Das letzte dieſer drey Kinder war ein freyer Menſch, weil die Mutter ſelbſt frey geworden war, ſo bald das zweyte Kind von den dreyen, welche ſie jetzt gebahr, zur Welt gekommen war. Der Juriſt Claudius Tryphoninus ſagt: nec enim natura permiſit, ſimul vno impetu duos infantes de vtero matris excedere, vt ordine incerto naſcentium non adpareat, vter in ſeruitute libertateue naſcatur. Wenn es möglich wäre, will der Juriſt ſagen, daß zwey Kinder auf einmal aus Mutterleibe kämen, und die zwey letzten Kinder der Areſcuſa wirklich auf dieſe Weiſe in einem Schuſſe (ordine incerto) herausgekommen wären, ſo würde es zweifelhaft ſeyn, welches Kind von beyden frey ſey [b]).

Mit dem ſeruo colono hatte es folgende Bewandniß. Die Römer ließen ihre Ländereyen durch ihre Sclaven bauen; dieſe blieben nun entweder wahre Sclaven, und hießen glebae adſcripti, ſerui adſcriptitii, oder der Herr gab ihnen eine Art unvollkommner Freyheit, in welchem Falle man einen ſolchen Sclaven colonus nannte. Dieſe Menſchen hatten das ius connubii, und konnten etwas Eigenes beſitzen. Wenn ſie nämlich ihrem Herrn die ſchuldigen Abgaben entrichtet hatten, ſo war der übrige Erwerb ihr Eigenthum. Man kann ſie gewiſſermaßen mit unſern Leibeigenen vergleichen; doch ſind ſie einander nicht völlig gleich, wie der Herr von Leyſer behauptet [c]).

Wir

b) ALTESERRAE Recitat. in Claud. Tryph. disput. libr. 21. Pag. 73. Schotts Critik, 1ſter Band, S. 668. Höpfners Comment. S. 89.

c) MERILLI Obſ. III, 5. Iac. GOTHOFREDVS ad tit. 9. Lib. 5. Cod. Theod. de fugit. colon. et ſeruis. G. L. BOEH-

Wir haben zeither gesehen, was die Römer von den Rechten ihrer Sclaven für Grundsätze billigten; nunmehr soll von der Art und Weise etwas gesagt werden, wie Jemand ein Sclave bey den Römern wurde. Es geschahe dieses

1) durch die Gefangenschaft. In den ersten Zeiten des römischen Staats wurden viele überwundene Völker zu Sclaven gemacht, und als man in der Folge zwar den freyen Leuten, welche in die Gefangenschaft geriethen, ihre Freyheit ließ, so blieben doch ihre Sclaven das was sie waren, und dadurch vermehrte sich die Zahl der römischen Sclaven sehr.

2) Wurden die Kinder der Sclaven wieder Sclaven; denn das von der Sclavin gebohrne Kind gehörte dem Herrn derselben, nach dem Rechtssatze: partus sequitur ventrem.

3) Auch durch den Kauf und den Sclavenhandel konnte ein Römer viele Sclaven bekommen. Es kamen nicht nur aus Griechenland und Asien, ganze Schiffe mit Sclaven zum Verkauf nach Rom, sondern es reisten auch Römer in die entlegensten Länder, um Sclaven aufzukaufen, die sie sodann oft mit großer Lebensgefahr nach Rom zum Verkauf brachten [d]).

Aus freyen Menschen wurden bey den Römern ebenfalls Sclaven, und zwar in mehrern Fällen. Hr. GR. Höpfner schreibt: wenn ein freyer Mensch in die Sclaverey geräth, so geschieht dieses entweder nach dem Naturrechte, oder nach dem römischen Rechte, das heißt, entweder wird er schon vermöge des Naturrechts ein Sclave, oder blos das römische Recht erklärt ihn dafür. Das Naturrecht erklärt 1) die Kriegsgefangenen zu Sclaven. So glaubten wenigstens die römischen Gesetzgeber. Sie sagen,

Boehmer in Praef. ad Tom. I. Exerc. ad Pand. Pag. 18. Leyser Spec. 16. med. 2. Müller ad Leyser. Obs. 35.

d) Persius Satyr. V, 75.

sagen, ich kann meinen Feind im Kriege tödten; bediene ich mich also dieses Rechts nicht, schenke ich meinem Feinde das Leben, so bin ich befugt, ihn zum Sclaven zu machen. Aber wie wenig gründlich diese Argumentation sey, haben große Philosophen e) gezeigt. Das Recht, meinen Feind zu tödten, habe ich nur alsdenn, wenn ich schlechterdings meines Lebens, meiner Gesundheit, oder meines Vermögens nicht sicher bin, so lange er lebt. Mache ich ihn zum Sclaven, so gebe ich zu erkennen, daß ich auch bey seinem Leben sicher seyn könne. Ich habe also kein Recht, ihn zu tödten.

Zur Strafe wurde 2) nach dem römischen Rechte derjenige ein Sclave, der bereits 20 Jahr alt war, und sich freywillig zum Sclaven verkaufen lassen, in der Absicht, den Käufer um das Kaufgeld zu betrügen. Es kam nämlich bisweilen der Fall vor, daß ein freyer Mensch mit einem andern Betrüger die Abrede nahm, er solle ihn für seinen Sclaven ausgeben, und zum Verkauf ausbieten. Wenn ihn nun Jemand kaufen wolle, so solle er ihn nur verkaufen, und sich das Kaufgeld auszahlen lassen. Nach der Uebergabe zum Sclaven, berief sich dieser freye Mensch auf seine Freyheit und gab vor, der Verkäufer habe ihn in einer unrechtmäßigen Sclaverey gehalten. Da nun kein freyer Mensch nach dem römischen Rechte in der unrechtmäßigen Sclaverey gelassen wurde, so bald er seine wirkliche Freyheit dargethan hatte, so mußte dieser durch Betrug zum Sclaven Verkaufte, wegen seiner habenden und bewiesenen Freyheit vom Prätor für frey erklärt werden, und der Käufer wurde angehalten, ihn auf freyen Fuß zu stellen. Das Kaufgeld hatte der Verkäufer mit dem jetzt als frey Erklärten getheilt, und oft verthan, daß also der Käufer nichts wieder bekommen konnte. Diesen Betrügereyen Einhalt zu thun, wurde unter dem Kaiser **Claudius** ein Rathsschluß

e) MONTESQVIEV Esprit des loix, Livre 15. chap. 2. ROVSSEAV Contract social, Livre 1. chap. 4.

schluß abgefaßt, und darin verordnet, ein solcher boshafter Weise verkaufter freyer Mensch, solle zur Strafe ein Sclave bleiben; doch müsse er diesen Betrug gespielt haben, da er bereits 20 Jahr alt gewesen; denn sonst entschuldigt seine Jugend diesen Betrug. Diese Verordnung nennte man das Sctum Claudianum, de his qui pretii participandi caussa sese venundari passi sint; es scheint aber eine solche Strafe schon vorher auf diese Bosheit gesetzt gewesen zu seyn, welche aber nicht gehörig vollstreckt wurde, daher man sie unter dem **Claudius** bestätigte und wiederholte [f]). Nach einem **Claudianischen** Rathsschlusse wurde eine freye Weibsperson, die mit einem Sclaven Hurerey trieb, nachdem ihr der Herr des Sclaven diesen Umgang dreymal verboten hatte, zur Strafe seine Sclavin, welche Verordnung aber **Justinian** nach dem Titel der Institutionen de succeff. sublat. quae fiebant per bonor. vendit. et ex Scto Claudiano aufgehoben hat [g]). Daß sich Jemand freywillig, aus Noth, öffentlich dem andern zum Sclaven übergab, welches wir seruitutem pacticiam nennen, durfte bey den Römern nicht geschehen [h]).

3) Wenn ein Freygelassener sich undankbar gegen seinen Patron betrug, so wurde er zur Strafe aufs neue sein Sclave [i]).

4) Nach

f) Ge. d'Arnavd D. de his, qui pretii, in *Eius* D. de iure seruor. Ramos del Manzano de venditione liberi hominis ad L. 23. D. de lib. cauf. in Meerm. Thef. Tom. VII. Pag. 201.

g) d' Arnavd Var. coniect. I, 20. Cramer D. de Scto. Clavdiano ad Tacit. Annal. XII, 53. fub Praef. Trendelenb. Kil. 1782. Mercer. Opin. et Obferuat. I, 9. Bvrgii Electa c. 8. in Ottonis thef. Tom. I. Pag. 322.

h) L. 37. D. de liber. cauf. L. 10. C. eod.

i) Born D. de poenis ingratorum libertorum, Lipf. 1738. Schlitte D. de eo quod iuftum eft circa ingratitudinem, c. 2. §. 1.

4) Nach dem ältern römischen Rechte konnte Jemand, außer den angeführten, noch in verschiednen Fällen ein Sclave werden, und zwar hauptsächlich, wenn Jemand seruus poenae wurde. Es sollte nach dem alten römischen Rechte kein Bürger am Leben gestraft werden; weil aber die Wohlfahrt des Staats Todesstrafen zu erfordern schien, so erklärte man, nachdem endlich Todesstrafen eingeführt worden, die Verbrecher vor der Hinrichtung zuvor für Sclaven, damit doch kein freyer Römer am Leben gestraft würde. Diese Strafe hieß seruitus poenae, und der zum Tode verurtheilte Verbrecher wurde seruus poenae genannt [k]). Eine Folge davon war auch die Confiscation des Vermögens, da ein Sclave kein Vermögen besitzen durfte. Der Kaiser Justinian hob aber nicht nur in der Nouella 22. c. 8. die seruitus poenae völlig auf [l]), sondern auch die Confiscation des Vermögens schaffte er zum Besten der nächsten Verwandten ab. Er befahl nämlich in dem letzten Capitel der 134. Novelle: wenn ein zum Tode verurtheilter Missethäter, Descendenten, das heißt, Kinder, Enkel, Urenkel u. s. f. hinterlasse, oder Ascendenten bis auf den dritten Grad, das heißt, Eltern, Großeltern oder Urgroßeltern, so solle sein Vermögen an diese fallen, und nicht confiscirt werden. Sind aber dergleichen Verwandte nicht vorhanden, so hat die Confiscation statt.

Noch ist zu bemerken, daß seruitus iusta, und seruitus iniusta wohl unterschieden werden muß, um das römische Recht richtig zu verstehen. Die Sclaverey wurde iusta genennt, wenn Jemand auf die Art in die Sclaverey gerieth, wie eben angeführt worden; außerdem hieß sie iniusta. Wenn also Jemand

k) Noodt Probab. III, 12. Walch D. de donatione capite damnati, Ien. 1766. §. 2. Finestres ad Hermogen. Tom. II. Pag. 691. Richey Vindic. Praet. rom. §. 14. Luzac Obseruat. apolog. pro ICtis rom. c. 4. §. 9.

l) Pagenstecher Inner. iniur. vapul. coit. 43. Pag. 621.

Jemand von Straßenräubern gefangen genommen und verkauft wurde, so war er in seruitute iniusta. Es darf aber auch eine iusta seruitus nicht mit einer erlaubten, und eine seruitus iniusta nicht mit einer unerlaubten Sclaverey verwechselt werden. Eine Sclaverey kann gesetzmäßig und folglich erlaubt seyn, und ist doch iniusta. Wenn z. B. ein römischer Bürger so viel schuldig war, daß er nicht bezahlen konnte, so wurde er nach dem alten römischen Rechte seinem Gläubiger als Sclave zugesprochen und überlassen. Dieses war eine gesetzmäßige Sclaverey und doch zugleich seruitus iniusta. Das nämliche muß man behaupten, wenn der Vater seinen Sohn verkaufte, welches ihm nach dem alten römischen Rechte erlaubt war; oder wenn der Sohn ein Verbrechen, z. B. einen Diebstahl begangen hatte, und der Vater ihn zum Ersatz des Schadens dem Beleidigten überließ (noxae dabat), welches er auch zu thun berechtigt war, so war der Sohn in beyden Fällen in einer erlaubten, von den Gesetzen gebilligten Sclaverey, aber für eine iusta seruitus konnte man sie nicht halten. Wenn also der Schuldner, oder der Sohn aus dieser Sclaverey wieder frey gelassen wurde, so war er nicht ein libertus, sondern blieb ein ingenuus [m]). So viel von den römischen Sclaven.

Es ist nöthig, darüber etwas zu sagen, ob diese Grundsätze in Teutschland völlig unanwendbar sind, oder nicht? Der Hr. GTR. Höpfner ist nebst mehrern Rechtslehrern [n]) der letzten Meynung; denn es könne auch bey uns Jemand einen wahren Sclaven haben, und für solche müsse man die im Kriege gefangenen Türken und die Negersclaven halten. Da die Türken unsere Kriegsgefangenen zu Sclaven machen, so verfahren wir mit ihnen auf gleiche Weise.

m) PAVLI recept. sentent. V, 1. 1. L. 2. C. de patrib. qui filios suos distrax.

n) Höpfners Comment. S. 90. Schmidts Lehrb. v. Klagen, §. 254. S. 165. der vierten Ausg. BOEHMER de actionib. Sect. II. c. 1. §. 10. et not. p.

Weise. Negersclaven werden bisweilen aus Holland und aus andern Reichen nach Teutschland gebracht. Beyde Arten von Sclaven sind daher nach dem römischen Rechte zu beurtheilen, da es sich ganz wohl anwenden lässet o), und ich bin nicht der Meynung, daß die Sclaverey bey uns ganz abgeschafft sey, wie dieses in den königlich preussischen Staaten durch das neue Gesetzbuch p) geschehen ist, folglich kann auch ein Sclave, sobald er den teutschen Boden betritt, dadurch noch nicht so gleich frey, und dem Herrn sein rechtmäßiges Eigenthum genommen werden.

§. 120.

Wenn man die Grundsätze des römischen Rechts von freyen Bürgern und von Sclaven hinlänglich kennt, so lassen sich die Rechtswahrheiten, welche in den eigentlich teutschen Gesetzen, von freyen und nichtfreyen Menschen enthalten sind, leichter fassen. Auch in Teutschland hat man die Einwohner bereits in den ältesten Zeiten, in freye und unfreye Menschen eingetheilt; daher die Glosse zum Sachsenspiegel, Buch 1. Art. 51. sehr nachdrücklich erklärt: es sind sonst keine andern Leute in der Welt als eigen und freye q). Menschen, welche den Freyen in der dritten Bedeutung des Worts entgegen gesetzt wurden, nennte man in Teutschland bereits in den ältesten Zeiten, Knechte, Leibeigene, weil sie mit ihrem Körper und Leibe andern eigen waren, Eigenbehörige, Halseigene, homines

o) Summermann ad Prota Digest. I, 5. 60.

p) Allgemeines Landrecht für die Preuss. Staaten, Thl. 2. S. 297.

q) Christ. Wolf in horis subseciu. Marpurg. trimest. vern. an. 1730. Spec. 2. Thomasius D. de hominibus propriis et liberis Germanorum, Hal. 170 . *Eiusdem* Diss. de vsu practico distinctionis hominum in liberos et seruos, Hal. 1711. Herr HR. Runde im teutschen Privatrechte, S. 426. der 2ten Ausg.

nes proprii, serui [r]). Es sind Menschen, die mit ihrer Person dem Eigenthumsherrn Dienste leisten, Abgaben entrichten, und ihre zur Bearbeitung erhaltene Grundstücke ohne Bewilligung des Leibherrn nicht verlassen dürfen. Tacitus de morib. German. c. 24. 25. macht uns mit zweyerley Arten der Knechte bey den alten Teutschen bekannt, davon die einen sich in einer ganz vollkommnen Dienstbarkeit und Sclaverey befanden, daher ihr Herr von ihnen verlangen konnte, was er wollte. Dieses harte Schicksal zogen sich manche durchs Spiel zu, indem es angieng, seine Freyheit zu verspielen [s]). Diese Knechte waren den römischen Sclaven fast ganz ähnlich; es gab ihrer jedoch nur wenige; denn es war schimpflich, unter seinen Landsleuten in dieser Lage zu leben, daher dergleichen vorher freye Leute auswärts veräußert wurden [t]). Eine zweyte Classe der vom Tacitus angeführten teutschen Knechte waren arme freye Personen, die sich bey den Reichen verbindlich machten, ihre Aecker zu bestellen, wofür ihnen die Benutzung von einigen Grundstücken zu ihrem Unterhalte überlassen wurde. Von diesen Ackerbauern sind nun größtentheils unsere heutigen Bauern entstanden; denn da ihre freyen Vorfahren mehrentheils in Armuth starben, und ihre Kinder daher die Beschäftigung ihrer Eltern gern fortsetzten, so sind stillschweigend dadurch dienstbare Verhältnisse mit den Eigenthümern der Dörfer und Länderbesitzer entstanden, die bis auf unsere Zeiten ihre Folgen erstrecken. Leibeigene sind aus diesen Personen aller Wahrscheinlichkeit nach sehr wenige geworden, sondern die vom Herzog Heinrich dem Löwen, und dem Markgraf Albrecht von Brandenburg, nach vielen blutigen Kriegen überwundenen Slaven hat man

r) Pfeffinger ad Vitriar. Tom. II. Pag. 962. Gruben Obseruat. Pag. 1015.

s) Gebauer Diss. de alea et fide.

t) de Selchow Comment. de matrimonio nobilis cum vili et turpi persona, praesertim rustica, §. 9.

man zu wirklichen Leibeigenen gemacht u). Die Slaven waren ein kriegerisches aber unruhiges Volk, welches mit allen andern teutschen Völkern Streit anfieng, und überall Beweise der grausamsten Denkungsart hinterließ. Daher wurden die übrigen teutschen Völker so gegen sie erbittert, daß sie den Entschluß faßten, diese Nation ganz zu unterjochen, welches denn auch geschehen ist, wie wir aus der Geschichte wissen. Es ist also gewiß eine unrichtige Meynung, wenn einige annehmen, die Teutschen hätten alle und jede Kriegsgefangene zu Knechten gemacht, und daraus wären sehr viele so genannte Leibeigene entstanden. Mit den römischen Sclaven haben unsere Leibeigene in folgenden Stücken eine Aehnlichkeit: daß sie ebenfalls ein Eigenthum ihres Leibherrn sind, wie die römischen Sclaven, und daher von ihm veräußert werden können, in einigen Gegenden ohne das Bauergrundstück, das sie besitzen, in andern aber kann es nur zugleich mit Grund und Boden geschehen. Auch die Leibeigenen müssen ihrem Herrn alle Arten der Dienste leisten, und ihm durch ihre Arbeit Gewinn verschaffen. Was die heutigen Rechte der Leibeigenen betrifft, wodurch sich der Unterschied derselben von den römischen Sclaven recht deutlich zeigt, so ist ihr Zustand in Teutschland nicht überall von gleicher Beschaffenheit. Am härtesten ist derselbe in Böhmen, wiewohl er hier durch den Kaiser Joseph sehr verbessert worden, in Mähren, der Lausitz, Pommern und im Meklenburgischen; etwas besser ist er in Schwaben x).

u) Herr HR. Runde, a. a. O. S. 429.

x) Ioach. POTTGIESSER Comm. iur. germ. de statu servorum, Lemg. 1736. HERT. D. de hominibus propriis, in *Eius* Opusc. Vol. I. Tom. II. Iust. Hen. BOEHMER D. de iure et statu hominum propriorum a seruis German. non Roman. deriuando, in *Eius* Exerc. ad Dig. Tom. I. de BALTHASAR D. de hominibus propriis eorumque origine, natura et iure in Pomerania et Rug. Grifisw. 1779. (Joh. Chr. Palm's) Entwurf des Leibeigenthumsrechts, Hannov. 1746. Strubens Beden-

Herr HR. Runde schreibt S. 426 seines teutschen Privatrechts: die ursprünglich [y]) teutsche Leibeigenschaft in der Gestalt, wie sie sich noch heut zu Tage in mehrern teutschen Provinzen zeigt [z]), ist weder mit der römischen Knechtschaft [a]), noch mit der in beyden Indien üblichen Sclaverey von einerley Natur; — ja sie darf auch nicht einmal mit

Bedenken, Thl. 4. Nr. 15. von Cramers Nebenst. Thl. 102. Nr. 6. Thl 117. Nr. 9. Estors kleine Schriften, 5tes Stück, Nr. 5. Westphals Privatrecht, 1ter Thl. 32. Abh. S. 37. Herr von Benekendorf in der Oecon. forens. Thl. 5. Hptst. 8. §. 196.

y) Die alte teutsche Verfassung in Ansehung der Leibeigenschaft haben untersucht: Ge. Chr. Gebauer Pr. de dominica veterum germanorum poreſtate, Götting. 1757. Derselbe Diss de libertinitate veterum Germanorum, ibid. 1759. in seinen Vestigiis iuris german. antiquissimi, nr. 15. 17. de Gourcy Abhandlung über Freyheit und Leibeigenschaft; über den Adel, den geistlichen und den dritten Stand; und über die Beneficien und Lehen unter den Merovingern und Carolingern; übersetzt von G. H. Osterley, Götting. 1788. 8. Justus Fontanini Gedanken von denen Masnaden oder Leibeigenen und andern Knechten, nach den Gebräuchen der Longobarden, in italiänischer Sprache, nebst teutscher Uebersetzung bey Estor in den kleinen Schriften, Stück 2. S. 294—419.

z) Von den Schriften, welche diesen Gegenstand im Allgemeinen betrachten, sind folgende die merkwürdigsten: Ioh. Nic. Hertius de hominibus propriis, in seinen Opuscul, Tom. I. Vol. 2. Pag. 108—127. Io. Herm. Stamm tr. de seruitute personali — editio tertia infinitis locis aucta — vna cum tractatu elegantissimo trium ICtorum F. *Husani*, *Hippol. Bonacossae*, et *Ion. Euch. Erhardt* de seruis, hominibus propriis, et famulis, Ffrti 1699. 4. Ch. Thomasius de hominibus propriis et liberis Germanorum, Hal. 1701. Idem de vsu practico distinctionis hominum in liberos et seruos, ibid. 1711. Io. Pottgiesser comment. de statu seruorum veteri perinde ac nouo, Lemg. 1736. 4. Henr. Chr. de Senckenberg de conditione seruorum, Giessae 1743. Westphals teutsches Privatrecht, Thl. 1. Abh. 37. S. 410.

a) I. H. Boehmer D. de iure et statu hom. propr. a seru. Germ. non roman. deriuando, et de vsu huius doctrinae, Hal. 1716. in Exerc. ad Pand. Tom. I. Exerc. 18. Pag. 736.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0312
DFG

mit dem Zustande der Leibeigenen in den östlichen europäischen Staaten verglichen werden [b]); denn sie giebt dem Leibherrn keine Befugniß, alle die Rechte über die Person und das Vermögen eines Leibeigenen auszuüben, welche als wesentliche Bestandtheile eines völligen und uneingeschränkten Eigenthums anzusehen sind (s. §. 101. b. u. §. 262. f. d. Lehrb.). Da man aber nach teutschem Sprachgebrauche gewohnt ist, auch jede Art eines auf der Sache oder Person haftenden dinglichen Rechts zu dem Seinigen oder Eigenen zu zählen; und auch darauf den Begriff der Eigenthumsrechte auszudehnen; so hat solches sehr natürlich auch bey den Rechten der teutschen Leibeigenschaft geschehen können, deren wesentliche Eigenschaft doch nur in einer strengern Verbindlichkeit zu Diensten und Zinsen bestehet, welche auf der Person des Leibeigenen, ohne Rücksicht auf den Besitz eines Gutes dergestalt haftet, daß derselbe ohne freyen Willen des Leibherrn sich davon nicht losmachen kann, die auch mit den aus diesem Verhältniß erworbenen Rechte auf seine Nachkommen forterbt [c]). Dabey ist übrigens der Unfreye so gut Unterthan und Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft, wie der Freye.

Vom Ursprunge derselben heißt es: — daß dieses die ursprüngliche Natur ächter teutscher Leibeigenschaft sey,

b) Siehe z. B. Beschreibung der Leibeigenschaft, wie sie in Liefland über die Bauern hergebracht ist; in G. F. Müllers russischen Samml. Thl. 9. (Petersb. 1764. 8.) S. 491. f. Mehrere Beobachtungen über andere Staaten hat von Aichlburg über die Knechtschaft, Wien, 1773. 8.

c) Westphal a. a. O. S. 421. will darin das vornehmste Kennzeichen der Leibeigenschaft finden, daß der Leibeigene nie Eigenthümer seines Guts; sondern nur Wirth sey. — Ein sehr trügliches Merkmahl. S. auch C. A. Schlocwerder Obs. iur. rom. et germ. in doctrina de seruis, praeprimis eorum definitione, Lipf. 1765. Nicol. Binder D. de statu rusticorum seruili eiusque probatione, Gieſſae 1765. von Cramers Wetzl. Nebenst. Thl. 3. Nr. 19.

lehrt schon Tacitus [d]), welcher zwischen teutschen und römischen Knechten einen sehr wesentlichen Unterschied macht; wenn er gleich von beyden, aus Armuth seiner Sprache einerley Namen gebraucht [e]). Ein solches Verhältniß kann nicht das Werk kriegerischer oder tyrannischer Unterdrückungen seyn; sondern es entstand Vertragsweise zwischen dem Begüterten, welcher Grund und Boden zur Cultur verleihen, und das Gut mit allen zur Landwirthschaft erforderlichen Geräthschaften versehen konnte, und zwischen dem Unbemittelten, der zur Sicherheit dessen, was man ihm anvertrauet, und von ihm für die Benutzung zu fordern hatte, nichts als seine Person und seiner Kinder Person verbürgen konnte. Auch dieses letzte konnte nicht unbillig scheinen, weil die Kinder nicht nur auf dem Gute erzogen, sondern ihnen auch dadurch ein Recht auf das Colonat erworben wurde, ja selbst der Adel vergab auf ähnliche Art die Freyheit seiner Kinder. Diese Leibeigenschaft war also **natürliche Folge** eines Vertrags [f]). Außer diesen **freywilligen Leibeigenen** gab es auch einige gezwungene Knechte, — denen der Bemittelte außer dem Hause nichts anvertraute, sondern wenn er sie in demselben nicht brauchen konnte, verhandelte [g]). So verfuhr man ohne Zweifel in ältern

d) de Moribus Germanorum, cap. 25. — „Seruis non in nostrum morem descriptis per familiam ministeriis vtuntur. *Suam quisque sedem, suos penates regit.* Frumenti modum dominus, aut pecoris, aut vestis *vt colono* iniungit: et seruus *hactenus* paret. — Verberare seruum ac vinculis et opere coercere, rarum. Occidere solent, *non disciplina ac seruitute*, sed impetu et ira *vt inimicum*, nisi quod impune.

e) Von den alten, unter den Teutschen üblichen Benennungen der Leibeigenen handeln Pfeffinger in Vitriario illustrato, Tom. II. Pag. 962. seq. Gryven in Discept. forens. cum Obseruat. Pag. 1015.

f) Mösers patriot. Phantasien, Thl. 4. S 311.

g) Von dieser Art waren auch die Knechte, welche ihre Freyheit verspielt hatten, von denen Tacitus a. a. O. Cap. 24. sagt: seruos *conditionis huius* per commercia tradunt.

ältern Zeiten auch mit den Kriegsgefangenen; und wo man späterhin auch diese zum Ackerbau gezwungen hatte; — welches am Ende der fürchterlichen Kriege zwischen den Sachsen und Wenden der Fall war; — da wird auch der Leibeigene noch jetzt viel willkührlicher behandelt h). Selbst der Volksname Slave, der vorhin so ehrenvoll, als Franke und Sachse war, ist seitdem der Character der allerniedrigsten Knechtschaft geworden.

Hieraus erklärt sich nun von selbst die so sehr verschiedne heutige Gestalt der Leibeigenschaft in den ehemaligen Wendischen und Slavischen Ländern; nämlich in der Lausitz, Pommern, Mecklenburg, wie auch größtentheils im Hollsteinischen, und derjenigen, welche in den übrigen teutschen Provinzen angetroffen wird. Jene hat zum Hauptcharacter, daß der Leibeigene der Regel nach kein Eigenthum und Erbrecht, oder irgend eine Art eines dinglichen Colonatrechts, an dem ihm von dem Gutsherrn anvertrauten Gute erlangt; er ist nicht einmal Pachter, sondern bloßer Wirth. Dagegen haben die Leibeigenen in den übrigen teutschen Provinzen Colonatrechte aller Gattungen, welche von ihnen zwar wohl freywillig aufgegeben, aber ihnen eben so wenig wider ihren Willen und ganz willkührlich entzogen werden dürfen, als einem persönlichen freyen Manne. Indessen hat doch wiederum die Leibeigenschaft in den mittäglichen Provinzen Teutschlands, nämlich in Oberhessen, in der Grafschaft Catzenellenbogen, im Pfälzischen, Franken, Bayern und Schwaben, wenn gleich in einigen dieser Gegenden so gar die Luft eigen macht, eine in manchem Betracht mildere Gestalt, als die Westphälische Leibeigenschaft, welche in den Hochstiftern Osnabrück, Münster, Paderborn, desgleichen im Fürstenthum Minden, und in den Grafschaften Ravens-

h) C. L. Eggers über die gegenwärtige Beschaffenheit und mögliche Aufhebung der Leibeigenschaft in den Cammergütern des Herz. Mecklenburg-Schwerin, (Bützow 1784. 8.) S. 27. ff.

berg, Bentheim, Lippe, Wittgenstein und Hoya üblich ist. Die Schriftsteller von allen diesen Gegenden, hat der Hr. HR. Runde in den Noten vollständig angeführt. Man kann hiernach drey unterschiedne Arten der heutigen teutschen Leibeigenschaft bestimmen: die strenge, mittlere und gelinde; welche auch wohl, durch die dreyerley Ausdrücke Leib- oder Halseigen, Eigenbehörig, und Eigene oder Eigenarme pflegen unterschieden zu werden. Von den Eigenbehörigen in Westphalen müssen übrigens noch die dortigen Hörigen, Liti, Litones, wohl unterschieden werden i). Die Hauptquellen der Rechte der Eingehörigen, sind, nächst den zwischen ihnen und dem Leib- und Gutsherrn geschlossenen Verträgen, die Eigenthumsordnungen und das Herkommen. Die Hörigen hingegen haben die hofhörigen Rechte, ius curiale litonicum. So viel zur Erläuterung des Begriffs, der mit dem Worte Leibeigene zu verbinden ist.

Die Leibeigenschaft kann nach heutigen, in Teutschland geltenden Gesetzen auf verschiedne Weise gesetzmäßig erworben werden, und dahin gehört

1) die eheliche und uneheliche Geburt von einer leibeigenen Mutter k); denn alle die, welche leibeigene Eltern

i) Justus Möser von dem wichtigen Unterschiede zwischen Hörigkeit und Knechtschaft, in seinen patr. Phantas. Thl. 3. S. 187. Derselbe in der Osnabrückischen Geschichte, S. 66. f. I. C. STRODTMANN de iure ciuili litonico, oder von hofhörigen Rechten, mit einer Vorrede v. G. L. Böhmer, Götting. 1754. 8. STRVBEN Comm. de officio Litonico, in Parerg. Götting. Lib. 2. Pag. 8. seq. Desselben rechtl. Bedenken, Thl. 4. Bd. 90. §. 2. POTTGIESSER de statu seruorum apud Germanos, Lib. I. c. 4. §. 68. von Selchow neue Rechtsfälle, Bd. 1. S. 145. f.

k) Minden-Ravensbergische Eigenthumsordnung, Cap. 1. §. 2. Münsterische E. O. Tit. 2. §. 6. Osnabrük. E. O. Cap. 2. § 2. Spieß Archivische Nebenarbeiten, Thl. 1. S. 55. Röslin von weibl. Rechten, Bd. 1. S. 239. Eggers a. a. O. S. 48.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0316
DFG

tern haben, gerathen durch die Geburt selbst in die Leibeigenschaft, und hierauf beziehet sich die Parömie: das Kind folgt dem Busen. In den vorigen Zeiten war es einerley, ob beyde Eltern eines Kindes Leibeigene waren, oder nur Eins von ihnen, und darauf gründete sich die Parömie: das Kind gehört zur ärgern Hand. Da es im Schwäbischen Landrechte, Cap. 322. und auch im Sächsischen, B. 1. Art. 51. vorkommt, so ist es glaublich, daß diese Gewohnheit allgemein gewesen. Unter der ärgern Hand verstand man denjenigen Ehegatten der Eltern dieses Kindes, welcher von ungleichem Stande mit dem andern war. Es zeigte übrigens diese Parömie an, daß Kinder, deren Eltern in einer ungleichen Ehe lebten, allemal nur den Stand desjenigen ihrer Eltern erlangten, der zu der niedern Classe gehörte [1]). Dieser Grundsatz scheint jedoch nur so lange Regel gewesen zu seyn, als der Haß gegen wahre ungleiche Heyrathen noch wirksamer war, als er jetzt ist; oder die Anwendung des römischen Rechts, wo es heißt: partus sequitur ventrem, hat in neuern Zeiten andere Bestimmungen veranlaßt. Heutiges Tages sieht man daher blos auf die Mutter, mithin sind die Kinder nur sodann für Leibeigene zu halten, wenn ihre Mutter dazu gehört. Dieses gilt auch in dem Falle, wenn ein Freyer eine Leibeigene zu Falle bringt, wo der Vater dem Eigenthumsherrn etwas als Genugthuung zu erlegen hat, welches Geld ebenfalls Bedemund heißt. Daß aber dieser Bedemund nicht als ein Send oder Hurenbruch, das heißt, als eine Strafe wegen der geschehenen Schändung angesehen werden könne, folgt ganz sicher daraus, weil der Eigenthumsherr kein Recht zu strafen hat, und er diesen Bedemund dennoch fordern kann, wenn ihm auch die Gerichtsbarkeit nicht zusteht, da

1) Eisenharts Grundsätze des teutschen Rechts in Sprüchwörtern, S. 152. der 2ten Auflage. G. L. Boehmer de impari matrimonio, §. 10. Hommel D. de recto sensu et vsu paroemiae germanicae: das Kind gehört der ärgern Hand, Lipsi. 1767.

er als eine Entschädigung zu betrachten ist, weil die zu Falle gebrachte Person nun nicht so leicht von einer andern Mannsperson geheyrathet werden wird [m]). Uebrigens kann weder für die Erstgeburt, noch für eine Zwillingsgeburt einer leibeigenen Mutter die Freyheit gefordert werden, wenn sie nicht von dem Leibherrn ausbedungen worden [n]).

2) Wird Jemand ein Leibeigener durch die Verheyrathung, wenn nämlich eine freye Person, sich mit einer leibeigenen Person verheyrathet, nach der Regel: die unfreye Hand zieht die freye nach sich; trittst du mein Huhn, so wirst du mein Hahn. Es wird jedoch nur eine solche freye Person durch eine Heyrath leibeigen, welche sich wissentlich zu einer Unfreyen auf ein eigenbehöriges Gut begiebt, und mit ihr, unter ausdrücklicher oder stillschweigender Genehmigung des Leib- und Gutsherrn in ihren Stand tritt [o]). Nur unter diesen Bestimmungen hat auch insonderheit bey Mannspersonen die angeführte Regel: trittst du mein Huhn, so wirst du mein Hahn, einen vernünftigen Grund und Anwendung [p]). Diese Leibeigenschaft fällt jedoch weg, wenn die freye Person die Leibeigene loskauft; denn schon in den ältesten Zeiten wurde aus Hochachtung gegen den Ehestand die Freylassung allemal zugestanden, und geschahe durch einen besondern Freyheitsbrief [q]). Uebrigens begründen zwar Verführungen zu unehelichen Beywohnungen, wie auch Entführungen einer Leibeigenen, und alle ohne des Leibherrn Einwilligung geschlossene Ehen, auf Seiten des Letztern eine Klage auf eine von der ordentlichen Hurenbuße unterschiedene Genugthuung, welche Bedemund

m) G. L. Boehmer D. de mulctis stuprorum, §. 10.

n) Osnabrück. E. O. Cap. 2. §. 2. Cap. 4. §. 17. Mind. Ravensb. E. O. Cap. 2. §. 5.

o) Münsterische E. O. Thl. 1. Tit. 2. §. 7.

p) Eisenhart a. a. O. S. 75. Mevius von Abf. der Bauern, Stralsund 1656. 4. S. 35. Eggers a. a. O. S. 51. Pfeffinger Vitriar. illustr. Tom. III. Pag. 898.

q) Marculph. de formulis, Lib. II. form. 19.

mund r) genennt zu werden pflegt, oder auch als ein Laßgeld bedungen werden kann; sie geben ihm aber kein Recht, den Verführer seiner Henne für seinen Hahn zu erklären.

3) Kann auch ein freyer Mensch ein Leibeigener werden, wenn er sich freywillig und ausdrücklich zum Leibeigenen überläßt s). Bey den Franken durfte eine solche freywillige Ergebung nicht geschehen t); aber unter andern teutschen Völkern war sie erlaubt. Sie konnte geschehen α) dergestalt, daß ein solcher Mensch sogleich ein Leibeigener wurde; und β) auch auf die Art, daß sie erst alsdenn für wirklich geschehen gehalten werden sollte, wenn von ihm dasjenige nicht geleistet worden, wozu er sich verbindlich gemacht hatte u). Damit über diesen Vertrag der Ergebung kein Streit entstehen könne, so wurde mehrentheils eine Urkunde darüber aufgesetzt, welche der Ergebebrief hieß x). Auch vor Zeugen, oder an Gerichtsstelle kann man sich zum Leibeigenen ergeben. Ehedem ergaben sich ganze Dörfer den Klöstern zu eigen. Diese Ergebung kann umsonst oder gegen Geld geschehen. Man kann sich auch stillschweigend Jemanden zu eigen ergeben, und zwar 1) wenn man ein Gut oder Erbe nach Eigenthumsrecht antritt y), oder ein solches Grundstück wissentlich erwirbt, dessen Besitz die Leibeigenschaft nach sich zieht. 2) Wenn man sich Jahr und Tag in einer

r) Osnabrück. E. O. Cap. 16. G. L. Boehmer de mulctis stuprorum, c. 1. § 10. in *Eius* Elect. iur. ciuil. Tom. III. Pag. 251. F. G. Pipers Gedanken von Bedemuths oder Bette-Munds-Recht in Westphalen, Halle 1764. 4.

s) F. A. Hommel D. de seruitutis per pactum constitutione, Lipſ. 1736. §. 16. seq. Io. Phil. Carrach D. de addictione in seruitutem spontanea, Hal. 1753. Mevii Decis. VI, 335.

t) Capit. Carol. M. tit. 36. §. 34.

u) Riccivs Probl. de pacto commissorio circa pignora, §. 28. Pag. 57.

x) Leyseri Ius Georg. Lib. II. c. 7. §. 35. Pag. 303.

y) Münster. Eigenth. Ordn. Thl. 1. Tit. 2. §. 9.

einer Gegend aufhält, in welcher die Luft eigen macht z). Auch wird 3) bisweilen zwischen dem Gutsherrn und seinen freyen Gutsunterthanen die Leibeigenschaft als eine Zinsbuße bedungen a). In allen diesen Ergebungsfällen wird jedoch vorausgesetzt, daß der, welcher sich als Leibeigenen überlassen will, das Recht habe, über seine Person zu disponiren b). Eine besondere Art in die Leibeigenschaft zu gerathen, besteht in dem so genannten Wildfangsrechte, welches dem Churfürsten von der Pfalz, nach einem alten, durch kaiserliche Privilegien bestätigtem Herkommen, nicht nur in den eigenen pfälzischen Churlanden, sondern auch in mehrern benachbarten Rheingegenden zukommt, und darin besteht, daß alle herrenlose Personen, welche sich Jahr und Tag in dieser Gegend aufhalten, von dem dazu bestellten Ausfauthe als Wildfänge in Anspruch genommen, und zu alle dem angehalten werden, wozu andere Leibeigene in diesen Gegenden verpflichtet sind c). Bey den darüber entstandenen Streitigkeiten mit benachbarten Landesregenten, wird die Sache vorzüglich nach dem zu Heilbron im Jahr 1667. abgefaßten schiedsrichterlichen Ausspruch entschieden. Der Verfasser war der berühmte David Mevius d). Die darüber gewechselten Streitschriften findet man in der Lippenischen Bibliothek, und den Zusätzen des Herrn Oberhofg. Ass. Schotts und Frhrn. von Senkenberg angeführt. Etwas

z) Hert, de paroem. iur. germ. L. 2. Nr. 12. in Opusc. Vol. II. Tom. III. Pag. 401. Eisenhart Sprüchwörter, S. 73.

a) Riccius l. c. §. 28. Pag. 57.

b) Osnabr. E. O. Cap. 2. §. 3. Mind. Ravensb. E. O. Cap. 1. §. 3. Münster. E. O. Thl. 1. Tit. 2. §. 8. 9.

c) Hildebrand D. de iure Wildfangiatus etc. Alt. 1717. de Ludewig D. de Wildfangiatu, Hal. 1735. Mosers Pfälzisches Staatsrecht, S. 236.

d) Laudum in causa Wildfangiatus — An. 1667. fol. lateinisch und teutsch. Es steht auch in Lünigs R. A. Part. spec. unter Chur-Maynz, S. 424. und im du Mont Corps diplomat. Tom. VII. Pag. 10.

was diesem Wildfangsrecht ähnliches, wenn gleich nicht unter diesem Namen, beobachtet man überall, wo die Luft eigen macht, z. B. in Pommern, in einigen Aemtern in Oberhessen ꝛc.[e]). In den vorigen Zeiten nennte man Fremde, Wild. Solchen Personen wird es vorher bekannt gemacht, daß sie nach Jahr und Tag für Leibeigene würden gehalten werden. Halten sie sich dennoch diese Zeit über an dem Orte auf, so werden sie mit besondern Feyerlichkeiten, durch den so genannten Fahevogt eingefangen, und von diesen Feyerlichkeiten ist die Benennung Wildfang entstanden[f]). Uebrigens ist die bloße Annehmung eines der Leibeigenschaft unterworfenen Hofes wenigstens nicht überall, für eine stillschweigende Ergebung in die Leibeigenschaft zu halten; wenn nicht entweder besondere Gesetze, oder der Gutsherr selbst bey Annehmung des Gutes es zur Bedingung gemacht, daß der Besitzer sich der Leibeigenschaft unterwerfen müsse[g]). Daß aber die vor der Uebergebung der Eltern in die Leibeigenschaft gebohrnen Kinder, durch diese Handlung ihres Vaters, ihre angebohrne Freyheit nicht verlieren, versteht sich von selbst[h]); denn sollen sie auch als Leibeigene zu betrachten seyn, so wird schlechterdings erfordert, daß sie zu der Handlung ihres Vaters ihre Einwilligung ebenfalls gegeben haben; dieses kann jedoch nicht eher geschehen, als nachdem sie bereits majorenn waren.

4) Die Verjährung kann ebenfalls Jemandem die Leibeigenschaft zuziehen. Nach dem römischen Rechte konnte zwar kein Freyer dadurch in die Sclaverey gerathen, daß er

e) Dähnerts Pomm. Bibl. Thl. 2. S. 110. de GAERTNER Med. pract. sec. ord. Pand. h. t. med. 45. Spec. 1. Pag. 70. HOFACKER Princ. Tom. I. Pag. 273. WALDSCHMIDT de homin. propr. c. 2. §. 2. ESTOR de minister. Pag. 124.

f) Eisenharts Recht der Sprüchwörter, S. 73. RICCIVS de praescr. German. c. 16. §. 3. Pag. 139. KEMMERICH Accessi. iur. ciuil. L. I. Sect. 4. tit. 53. §. 10.

g) v. Benekendorf Oecon. forens. Tom. V. §. 415.

h) MEVIVS Dec. Part. VI. Dec. 335.

er eine lange Zeit dafür gehalten und so behandelt worden war *): in Teutschland geht es aber allerdings an, wenn von solchen Gegenden die Rede ist, wo es Leibeigene giebt, und es hat Jemand 30 Jahre die Pflichten eines Leibeigenen ohne Widerrede erfüllt; oder man suchte zum Studiren, zur Erlernung eines Handwerks, zum Verreisen ausser Landes, oder zum Eintritt in fremde Kriegsdienste die Erlaubniß eines Leibherrn. Dadurch ist das Eigenthum an der Person durch die **Verjährung** gewonnen worden i). Der Schluß von der Verordnung des römischen Rechts, wo es verboten war, gilt hier nicht. Die alten Teutschen hielten es beständig für erlaubt, daß ein freyer Mensch sich seiner Freyheit begeben könne k). Daß es bey den Teutschen üblich gewesen, sieht man aus der kurzen Zeit, wie durch das Wildfangsrecht die Freyheit verloren geht, und daß die Verjährung auch in andern Gegenden Teutschlands, besonders den Grenzprovinzen erlaubt gewesen l). Soll aber die Verjährung als rechtmäßig betrachtet werden können, so wird erfordert, 1) daß ein freyer Mensch ein Grundstück, welches zeither von Leibeigenen besessen worden, dergestalt in seinem Besitz gehabt, daß er die gewöhnlichen Leibdienste und Zinsen davon geleistet; 2) daß der Leibherr die Dienste und Zinsen von ihm, als einem Leibeigenen gefordert, und also nicht bittweise, oder gegen eine Vergütung; 3) daß der Besitzer alle diese Beschwerden ohne Widerspruch sich gefallen lassen; 4) daß sich der Leibherr die zur Verjährung erforderliche Zeit über in der Fortsetzung des Besitzes erhalten habe. Ob 10 Jahre oder 30 Jahre, für die hier nöthige Verjährungszeit gehalten werden müsse, darüber streiten die Rechtslehrer. Einige halten deswegen den Ablauf von zehen Jahren für hinreichend, weil die Analogie der Verjährung

*) L. 3. C. de longi temp. praescr.

i) Münster. E. O. Thl. 1. Tit. 2. §. 12. Eggers a. a. O. S. 58. Mevius a. a. O. Qu. 2. Nr. 104—140.

k) Heineccii Elem. iur. Germ. Lib. I. §. 34. seq.

l) Estor de ministerialibus, c. 11. §. 82. Pag. 115.

jährung des Eigenthums, die Lehre von der constitutivischen Verjährung, und die L. 20. C. de agric. et censit. dafür angeführt werden könne. Sicherer sey es blos, wenn eine Zeit von 30 Jahren verflossen, weil die alten Teutschen diesen Termin bey allen Verjährungen für hinlänglich gehalten [m]).

5) Auch zur Strafe konnte man ehedem ein Leibeigener werden, die hauptsächlich an bösen Schuldnern vollstreckt wurde, und dieses nennte man die Uebergabe zu Hand und Halfter [n]). Vermittelst Urthels und Rechts wurde ein böser Schuldner, der seinen Gläubiger nicht befriedigen konnte, diesem auf Verlangen zugesprochen, daß er ihm die Schuld durch Handarbeiten bezahlen, oder sie durch ein leidliches Gefängniß absitzen solle. Hand heißt so viel als Gewalt, weil der böse Schuldner der Gewalt seines Gläubigers überlassen wurde. Halfter nennte man ein Band, womit das Vieh angebunden wurde; denn es war dem Gläubiger erlaubt, seinen Schuldner, wenn er sich der Flucht verdächtig gemacht hatte, zu binden. Ein böser Schuldner war derjenige, der durch seine Verschwendung und Bosheit in Unzahlfähigkeit gerathen war. Um den öffentlichen Credit zu erhalten, hat man diesen alten Gebrauch in vielen Gegenden dergestalt umgeändert, daß an den Orten, wo noch heutiges Tages diese Uebergebung an Hand und Halfter üblich ist, der Schuldner blos zu billigen Diensten angehalten wird, oder die Schuld absitzen muß, wenn er seinen Schuldner zu befriedigen nicht im Stande ist [o]).

Sie

m) Mevius Dec. VI, 336. Rave de praescr. §. 65. Pag. 128. Herr RR. Eichmann im Commentar, Thl. 2. S. 349.

n) Vogt D. de addictione ad manus praesertim Saxonica, Franc. 1737. Engav D. de addictione debitoris in manum creditoris, Ien. 1746.

o) Engav Diss. cit. §. 30. de Pufendorf Observat. Tom. I. Obs. 120. Mevius ad Ius Lubecense, Lib. I. tit. 3. art.

Sie hat aber blos an denjenigen Orten statt, wo sie durch ausdrückliche Gesetze genehmigt, oder durch eine gesetzliche Gewohnheit, die erwiesen werden kann, gebilligt worden ist. Wenn nun ein Gläubiger an diesen Orten darauf klagt, und die Einreden des Schuldners nicht so beschaffen sind, daß ihn der Richter davon lossprechen kann, so ist der Gläubiger Folgendes zu thun schuldig. Er muß nämlich 1) dem Schuldner den nöthigen Unterhalt geben. Will er sich dazu nicht verstehen, so wird der Schuldner gegen Sicherheitsbestellung, auch allenfalls blos gegen eydliche Versicherung, wovon Formulare in mehrern Büchern [p]) abgedruckt stehen, daß er die Schuld bezahlen wolle, wenn er in bessere Vermögensumstände kommen werde, von der Uebergebung frey gesprochen [q]). Der Gläubiger muß 2) dem Schuldner, er mag seine Schuld absitzen [r]), oder abarbeiten, einen von dem Richter zu bestimmenden Lohn geben, oder solchen von der Forderung abrechnen [s]). Ist der Gläubiger auf irgend eine Art, von dem Schuldner wegen seiner Forderung befriedigt worden, so hören auch alle Verbindlichkeiten auf, welche mit einer solchen Uebergabe verknüpft sind.

Außer diesem Falle, wurde ehedem Jemand zur Strafe ein Leibeigener, so lange die Duelle in Teutschland noch für Ordalien und Gottesurtheile gehalten wurden, wenn er darin war überwunden worden [t]); dennn nun war Knechtschaft

art. 1. Büneckav Biblioth. iuris Lubec. Pag. 51. Steins Einleit. zum Lübischen Rechte, §. 58. Estors bürg. Rechtsgelehrs. Thl. 2. S. 383

p) Hvsanvs de hominibus propriis, cap. 9. n. 31. Zeidler de carcere debitorum, Pag. 32.

q) Engav l. c. §. 34. Berlich Concl. Part. II. Concl. 28. n. 64.

r) Coler de proc. execut. Part. I. c. 6. n. 104. Berlich l. c. n. 70.

s) Engav l. c. §. 35.

t) Gerhard D. de iudicio duellico, c. 3. de Selchow Progr. de reuocat. nobilit. §. 3. in *Eius* Elect. iur. germ. Pag. 258.

schaft das gewöhnliche Loos des überwundenen Theils. Dafür sind, die hernach auch in öffentlichen Kriegen üblich gebliebenen Ranzionen, eingetreten. Die Hagestolzen fielen ehedem auch in die Leibeigenschaft, und werden in der Pfalz und Würtenberg noch als Wildfänge behandelt [u]). Nach den ältesten teutschen Gesetzen hielt man so gar die Kinder der Freygelassenen, die ausgesetzten Kinder und die unehelichen Kinder für Leibeigene [x]).

Was nun die Rechte anbetrifft, welche der Eigenthumsherr gegen seine Leibeigenen auszuüben berechtigt ist, so sind solche freylich nach Verschiedenheit der Gegenden in einigen Stücken verschieden; an den meisten Orten hat aber der Eigenthumsherr dennoch gewöhnlich folgende Rechte, wovon aber solche Verbindlichkeiten des Leibeigenen, wozu er schon als Bauer oder Unterthan verpflichtet ist, unterschieden werden müssen.

1) Darf der Leibeigene das Grundstück, welches ihm vom Leibherrn überlassen worden, nur so lange besitzen, als der Herr will, und er muß solches sogleich verlassen, wenn es ihm der Herr nicht länger lassen will, er mag ihn nun auf ein ander Gut setzen, oder zu andern Geschäften bestimmen. Dazu ist jeder Leibeigene deswegen verpflichtet, weil er blos als Bearbeiter betrachtet wird, und das Eigenthum der Gutsherrschaft gehört, folglich kann sie das Gut zurückfordern, wenn sie will, und der Leibeigene ist verbunden, seine Person zu jeder andern Beschäftigung brauchen zu lassen. Weil dem Leibeigenen keine Art des Rechts an dem zeither bearbeiteten Gute zusteht, so kann er solches auch weder verpfänden, noch auf irgend eine Art veräußern; in

258. Dreyers Samml. vermischter Abhandl. Thl. 1. S. 139. Fischers Gebräuche und Sitten der Europäer im 5ten und 6ten Jahrhunderte, Halle 1784. 8. S. 137.

u) Churpfälz. Landesord. Tit. 5. S. 57. Breyer Elem. iuris publ. Wirtembergici, edit. II. Tub. 1787. Pag. 584.

x) Pottgiesser Comm. de statu seruor. c. I. 1. §. 12. seq.

in einigen Ländern hat man jedoch heut zu Tage den Leibeigenen eine Art des Erbrechts zugestanden, damit sie ihr Gut besser bearbeiten sollen [y]); der Gutsherr behält aber dennoch in diesen Gegenden das Recht, die Grundstücke zu verpfänden und zu veräußern, weil sie sein Eigenthum sind.

2) Kein Leibeigner ist befugt, den von seinem Leibherrn zur Bewirthschaftung erhaltenen Hof eher zu verlassen, als bis es der Herr zufrieden ist. Der Herr muß ihm aber so viel zu seinem Unterhalte davon zukommen lassen, als er mit den Seinigen schlechterdings braucht. In Westphalen nennt man dieses, hörig und hofhörig, glebae adscriptus, obgleich übrigens nicht alle Hörige und Hofhörige daselbst für Leibeigene zu halten sind [z]). Diese Hofhörigkeit ist aber nicht blos als Verbindlichkeit der hörigen Person anzusehen; sondern sie enthält zugleich das Erbrecht, welches der Familie an der vom Leib- und Gutsherrn ihr überlassenen Stätte zu Theil worden ist. Zum Beweise dieses aus der Hörigkeit entstehenden Erbrechts, wird auch der Stätte oder dem Hofe der Familienname des ersten Erwerbers beygelegt, welchen alle künftige Nachfolger oder Anerben, wie sie heißen, annehmen, wenn sie gleich nicht von der männlichen Nachkommenschaft sind. Die Erbfolgsordnung hängt von den besondern Gesetzen und Herkommen ab. Nach dem Ravensbergischen und Osnabrückischen Eigenthumsrechte, hat der jüngste Sohn, und wenn kein Sohn vorhanden, die jüngste Tochter [a]); nach dem Herkommen in der Grafschaft Hoya aber der älteste den Vorzug [b]); und nach der Münsterischen Eigen-

y) Palms Entwurf des Leibeigenthumsrechts, Cap. 9. §. 98.

z) Lodtmann in Actis Osnabrugens. Tom. I. Pag. 13. seq.

a) Minden-Ravensb. E. O. Cap. 11. Osnabr. E. O. Cap. 4. §. 1. Pottgiesser l. c. Lib. 5. c. 2. §. 56.

b) Palm a. a. O. Cap. 9. §. 68.

Eigenthumsordnung hängt die Bestimmung des Anerben unter mehrern Kindern, allein von der Wahl des Leib- und Gutsherrn ab [c]).

3) Nach dem Verhältniß, worin der Leibeigene gegen seinen Erbeigenthumsherrn steht, ist er ferner nicht berechtigt, ohne Bewilligung desselben mit seiner Person etwas vorzunehmen, wodurch seine Dienst- und Zinspflicht auf irgend eine Weise geschmälert werden könnte. Er darf daher nicht, wie freye Personen, seinen Aufenthalt verändern, und sich wo anderswhin nach seinem Gefallen begeben; er ist nicht befugt, das Bürgerrecht in einer Stadt wider Willen seines Leibherrn zu gewinnen; er darf kein Handwerk lernen, ohne die Erlaubniß dazu erlangt zu haben; nicht studiren; nicht in Kriegsdienste gehen. Wäre etwas solches ohne Bewilligung des Erbherrn gleichwohl geschehen, so wird deshalb das Satzrecht, oder Besatzungsrecht, durch gerichtliche Abforderung seiner Person — quasi vindicatio hominis proprii — ausgeübt; auch allenfalls gegen ihn selbst die confessorische Klage gebraucht [d]). Zu mehrerer Sicherheit des Leibherrn, muß der Leibeigene demselben die Erfüllung aller seiner Pflichten, durch einen so genannten Erbeyd, Erbunterthaneneyd — iuramentum assecurationis — angeloben [e]). Auch die Kinder des Leibeigenen, dürfen ohne ausdrückliche Einwilligung des Leibeigenthumsherrn nicht einmal studiren, noch weniger eine andere Beschäftigung treiben, oder er vindicirt sie. Wenn ein solcher gebohrner Leibeigener bereits ausstudirt hat, so

c) Münst. E. O. Thl. 2. Tit. 9. §. 1. Vergl. mit Tit. 5. §. 1.

d) Mevius von dem Zustande, Abforderung und verweigerter Abfolge der Bauersleute, Stettin 1737. Linde D. de vindicatione hominum propriorum, eiusque praescriptione, Ged. 1698. in *Eius* Diss. Daries D. de iure vindicandi seruos fugitiuos, Frf. 1764.

e) Hert, de subiect. territoriali, §. 15. Pestel de homagio, §. 5.

kann ihn zwar, wegen des Vorrechts der höhern Wissenschaften, der Erbeigenthumsherr nicht in die Leibeigenschaft zurück ziehen; zu einem billigen Laßgelde ist er aber allerdings verbunden.

4) Kein leibeigener Unterthan, er sey männlichen oder weiblichen Geschlechts, darf sich ohne Bewilligung seines Erbherrn verheyrathen. Für die Einwilligung muß er zur Recognition der Leibeigenschaft eine gewisse Abgabe entrichten, welche Bedemund, Bettmund, Bauermiethe, Brautlauf, Frauenzins, Hemdschilling, Hemdlacken, Mannthaler, Klauenthaler, Cardiestelgeld, maritagium, marchetta, cunnagium u. s. f. genennt wird [f]). Das Recht des Leibherrn, diese Entrichtung zu fordern, heißt das **Bedemundsrecht**; es liegt aber gleichwohl keine Befugniß darin, die Heyrath seiner Leibeigenen ohne gegründete Ursache zu hindern, oder nach Gefallen anzubefehlen [g]). Zur Erklärung dieser Benennung muß man wissen, daß die Gewalt, welche der Mann über seine Frau hatte, bey den Teutschen **Mund** genennt wurde. Da nun der Leibeigene um die Erlaubniß zu heyrathen, und folglich dadurch die Gewalt über die Frau, welche **Mund** hieß, zu bekommen, bitten und etwas dafür bezahlen mußte, so nannte man dieses **Bedemund, Bedemundsrecht.**

5) Hat der Leibherr das Recht, von seinem Leibeigenen gewisse **Leibdienste** zu fordern. So werden die Dienste genennt, welche ein Leibeigener seinem Herrn thun muß, weil er sie für seine **Person**, oder für seinen Körper leistet. Daher sind sie auch merklich von den Diensten, die ein Bauer

f) HOFFMANN Obseruat. iuris german. Lib. I. c. 8. Pag. 84. GRVPEN in vxore teotisca, c. I. Pag. I. CARPENTIER Tom. I. Pag. 1224. Tom. II. Pag. 1174 KESTNER D. de iure connubii, Rint. 1726. de PVFENDORF Obs. Tom. II. Obs. 66. Tom. III. Obs. 28.

g) **Mevius** a. a. O. Qu. 2. n. 159. S. 5. **Strubens Bed.** Thl. 2. S. 498. Thl. 5. S. 80. **Derselbe** de iure villic. c. 3. §. 17.

Bauer zu thun schuldig ist, und welche Frohnen genennt werden, unterschieden; da diese auf dem Bauergute haften, jene aber auf der Person des Leibeigenen. Diese Leibdienste können bestimmt werden a) durch ausdrückliche Gesetze; b) durch ein Herkommen und Gewohnheitsrecht; c) durch Verträge, und d) durch die Verjährung, indem nämlich der Herr ehemals ungemessene Dienste gefordert, der Leibeigene aber widersprochen hat, und nun war der Herr von dieser Zeit des Widerspruchs an, außer Sachsen, zehen Jahre lang mit den gemessenen Diensten zufrieden. Sollten die Leibdienste nicht auf die eine oder andere Weise bestimmt worden seyn, so wird vermuthet, der Leibeigene sey ungemessene Dienste zu thun schuldig [h]), weil er seinem Herrn mit seinem ganzen Leibe eigen ist; jedoch muß dabey auch eine vernünftige Mäßigung gebraucht werden, und es beziehen sich über dieses dergleichen ungemessene Dienste nur auf das Gut, wozu der Leibeigene gehört. Zu ordentlicher Erfüllung dieser Dienstpflicht, kann der Leibeigene durch einen so genannten Dienstzwang angehalten werden, welcher aber eben die Grenzen hat, wie bey freyen Bauern. Es kann nämlich der Dienstpflichtige, zur Erfüllung seiner Dienstpflicht, durch gerichtliche und außergerichtliche Mittel und Wege angehalten werden. Letztere hat man mit dem allgemeinen Namen Dienstzwang belegt, welcher hin und wieder zwar bis zur Selbsthülfe ausgedehnt werden darf; für sich aber doch nicht die Natur einer wahren Gerichtsbarkeit hat, und folglich auch keine Hülfsmittel begreift, welche nur, vermöge der letztern, angewendet werden können; der Dienstzwang muß vielmehr in den Schranken bleiben, die allenfalls mit dem Verhältnisse eines Hausvaters und seiner Hausgenossen bestehen. Wo dieses unzureichend ist, da muß der Beystand des ordentlichen Rich-

h) Boehmer D. de iure et statu homin. propr. Sect. III. §. 13. Leyser Spec. 416. med. 1. Pertsch D. de operis determin. et indeterm. §. 54. Stryck Vsus mod. tit. de oper. libert. Mevius Part. IV. Dec. 131.

ters gegen den Dienstpflichtigen gesucht werden i). Es giebt aber außerdem noch eine besondere aus der Leibeigenschaft entstehende Art des Dienstzwanges, welcher darin besteht, daß die Kinder der Leibeigenen, ohne Erlaubniß des Eigenthumsherrn, sich bey andern Personen nicht in Dienste begeben, oder als Gesinde vermiethen dürfen; und daß ihr Leibherr den Vorzug vor andern Personen hat, bey denen sie sich vermiethen wollen. Dieser Dienstzwang hat sich in einigen Gegenden, so gar noch bey den freygewordenen dienstpflichtigen Bauern erhalten k).

6) Ist der Leibherr befugt, nicht nur jährlich von seinen Leibeigenen gewisse Abgaben, unter dem Namen Leibzinsen zu fordern, welche in Hühnern und andern Dingen bestehen, überhaupt aber sehr verschieden sind l), wie wir bey der Materie von Bauergütern sehen werden; sondern es steht ihm auch das Recht zu, von der Verlassenschaft des Leibeigenen einen großen Antheil verlangen zu können. Man nennt dieses den Haupt- und Sterbefall, oder das Mortuarium m). Es wird dieses Recht sehr verschieden benennt, welche Benennungen am vollständigsten Harpprecht

i) von Buri von Bauergütern, S. 57. Strubens Bed. Thl 2. Nr. 50 Untersuchung der Frage: ob wider ungehorsamlich ausbleibende Unterthanen in Frohndiensten mit der Auspfändung verfahren werden könne, in Hrn. D. und Prof. Günthers Mag. für Rechtsg. 1 Bd. 2tes Stück, S. 97.

k) Reinhardt de iure protimiseos et retractus circa seruitia et operas liberorum subditorum in Elect. Saxon. dominis competente, Erf. 1726. Brevning D. de gasindis hodiernis necessariis ex iure des Dienstzwanges, Lipſ. 1757.

l) Hert. de homin. propr. Sect. 3 §. 6.

m) Schottel. de sing Germ. iurib. c. 2. Pag. 33. Gericken in Schottel. illustr. Pag. 7. Harpprecht tr. de iure mortuarii in bonis defuncti hominis proprii, Tub. 1686. et in Parte IIda tractatuum *Eius* succeſſ. capita illustrant. Vlm. 1698. 4. Pag. 921. Pottgiesser l. c. Lib. 2. cap. 11. Pag. 540. Westphals Privatr. Thl. 1. S. 44. Bodmann hist. juriſt. Abh. von dem Besthaupte, nach gem. Teutsch. und besond. Mainz. Rechte und Herkommen, Mainz 1794. 8.

precht a. a. O. Cap. 1. gesammelt und nachgewiesen hat. Diese Namen sind theils von dem Falle selbst hergenommen, wo dieses Recht ausgeübt wird, wohin das Wort Trauerrecht, Verstarb, Geläß, Todtenzoll, Waidmahl, Erbfall, Erbrecht, Fallrecht [n]), Todtfall, todte Hand [o]), Exuuiae, Manus mortua, Main morte, vltimus Census, Ius Caduci, Caduca mortis, Ius luctuosum, gehören; theils beziehen sie sich auf die Sache, die der Leibherr nach diesem Rechte bekommen muß, wie folgende Worte beweisen, als Erbgeld, Leibgeld, Leibpfennig, Gewandtheil, Gewandfall, Besthaupt, Bestheil oder Buttheil [p]), Bettgewand, Curmede oder Köhrrecht, Köhrpferd [q]), Beutelrecht, Ius capitale, caput optimum, heroitum, Bitellae ius. Es giebt auch Benennungen dieses Rechts, von denen sichs nicht deutlich bestimmen läßt, wie sie entstanden sind, und dieses muß selbst von dem so sehr gewöhnlichen Worte Baulebung gesagt werden, ob es gleich nicht an Vermuthungen fehlt [r]), welches Wort übrigens mit Bauling einerley zu seyn scheint. Gleiche Ungewißheit in Ansehung der Abstammung, findet sich auch bey dem Worte Frohnlosin. Alle Güter und Sachen, wovon Sterbefälle gegeben werden müssen, haben die allgemeine Benennung Curmedgüter, Curmedlehn, fallbare Güter erhalten, und diese Last kann so gar auch auf Rittergütern haften [s]);

n) Dreyers Miscell. S. 65. und 125. not. 8.

o) Knorrs rechtl. Anmerk. Halle 1752. 8. S. 344. Dreyers Nebenst. S. 89. Miscell. a. a. O.

p) Emminghaus Abh. von dem Todfallsrechte, und dem Unterschiede zwischen dem Hauptrechte und Buttheil, in Schotts Wochenbl.

q) Roßmann vom Freudenpferde, Haupt- und Gewandsfall, in Schotts Wochenbl. Thl. 3. S. 256.

r) Schottel l. c. §. 19. Hellfeld Repert. iur. priu. Art. Baulebung.

s) Meinders de iur. colon. Pag. 112. de Lvdolf de qualit. bonor. curmed. in *Eius* Obs. Part. III. Obs. 283. Pag. 291.

denn nach der gegenwärtigen Beschaffenheit der Sache kann das Mortuarium um so weniger für ein sicheres Merkmahl der Leibeigenschaft gehalten werden, weil es Leibeigene giebt, von denen solches nicht gefordert werden darf [t]; hingegen nicht nur in mehrern Gegenden persönlich freye Bauern, sondern auch Vasallen und Edelleute, als Besitzer solcher Curmedgüter, demselben unterworfen sind [u]. Die erste Veranlassung zu diesem Rechte, ist keinesweges in einem wahren Eigenthumsrechte an der Person des Verstorbenen, als dem Hauptkennzeichen der Leibeigenschaft, sondern unstreitig darin zu suchen, daß alles, was der Leibeigene hinterläßt, als Gewinn und Nutzen von dem zur Bewirthschaftung erhaltenen Gute, betrachtet wurde, welcher nicht als Erbgut betrachtet, und von seinen Erben ebenfalls verlangt werden könnte, sondern zum Besten des Guts, wo derselbe gewonnen worden, wieder angewendet werden müßte, oder an den Gutsherrn als ein Zubehör des Guts zurück fiel. Eben dieser Umstand hat auch zwischen dem Gutsherrn und dem Allodialerben des Verstorbenen mehrentheils eine Theilung des vorhandenen Allodiums veranlaßt, wodurch letzterer zugleich bey Uebernahme des Gutes das deutlichste Geständniß seiner Leibeigenschaft ablegte. Aus dem nämlichen Grunde folgt aber auch: 1) daß das Mortuarium, wenn es gleich seinem Ursprunge nach eine persönliche Last war, doch jetzt, hauptsächlich bey freyen Personen, als eine Realbeschwerde zu betrachten sey [x]; daß es

291. Buri von Bauerg. S. 134. de Cramer de mortuario pro feudo soluendo, in *Eius* Obs. T. I. Obs. 233. Pag. 530. Desselben Nebenst. Thl. 4. S. 36.

t) Eggers a. a. O. S. 201.

u) Schottel. l. c. §. 3. Struben de bon. meierd. §. 12. Pag. 584. Lennep a. a. O. S. 507. Ledderhose kl. Schriften, Thl. 1. S. 229.

x) Struben de mortuario onere reali, in *Eius* Obs. iur. et hist. germ. nr. 8. Pag. 262. Lennep a. a. O. S. 507. Riccius Spicil. iur. germ. Pag. 103. de Selchow de statu ingen. c. 1. §. 11.

es 2) in zweifelhaften Fällen, nicht an den Gerichtsherrn, sondern an den Gutsherrn oder Obereigenthümer entrichtet werden müsse y); und daß 3) bey Abtretung und Veräußerungen des Curmedgutes unter den Lebendigen, kein Erbfall oder Mortuarium verlangt werden dürfe, so wenig wie 4) von einem Besitzer zweyer solcher Güter, ein doppeltes Mortuarium gefordert werden kann z). Eine alberne Behauptung ist es, daß der Leibherr anfangs das Recht gehabt, dem gestorbenen Leibeigenen die Hand abzuhacken; damit nun dieses nicht geschehen solle, wäre ihm von den Verwandten etwas aus der Verlassenschaft überlassen worden, und daher sey der Name die todte Hand entstanden. Der Name kommt vielmehr daher, weil dieses die letzte Abgabe des Leibeigenen ist, die gleichsam mit der todten Hand gegeben wird. So heißt sie mortuarium, weil sie nach dem Tode erst entrichtet wird, Trauerrecht, Todenzoll, Weidmal, Baulebung a).

Die Größe des Sterbefalls oder Mortuariums bestimmen, wenn keine mit dem Eigenthumsherrn darüber geschlossene Verträge vorhanden sind, die besondern Gesetze und das Herkommen eines jeden Landes. In Westphalen erbtheilt der Leibherr gewöhnlich den ganzen beweglichen Nachlaß des Eigenbehörigen, mit dessen nächsten Verwandten b). Was im Fürstenthum Minden und der Grafschaft Ravensberg zu den unter der Beerbtheilung begriffenen Mobilien und Moventien gehören solle, hat die Königl. Preussische Gesetzcommission durch ein Conclusum vom 5ten Februar 1785. genauer bestimmt, welches bey Holschen S. 338 zu finden ist. Es wird darin zum

y) de Pufendorf Obs. Tom. III. Obs. 29.
z) Strubens Bed. Thl. 4. Bd. 59. S. 138.
a) Gedanken von dem Ursprunge des Rechts der Bauleve; in den Braunschweig. Anzeigen v. J. 1757. S. 1069.
b) Osnabr. E. O. Cap. 6. Mind. Rav. E. O. Cap. 8. Palm's Entw. der Eigenthumsrechte in der Gr. Hoya, S. 115. Moeckert D. de mortuario ex iure Osnabr. Rint. 1779.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0333
DFG

Grunde gelegt, daß der Leibherr diese Güter nicht als Erbe, sondern iure dominii in Anspruch nimmt; daß folglich auch der Rechtssatz: bona non intelliguntur, nisi deducto aere alieno dabey nicht angewendet werden könne. — Damit wird der Leibeigene, schreibt Hr. HR. Runde, S. 446 selbst gegen die Minden-Ravensbergische Eigenthumsordnung, in der Wahrheit den römischen Sclaven gleich gemacht. Nach der Münsterischen Eigenthumsordnung, Thl. 2. Tit. 8. §. 1 — 3. sind blos die Kinder und der überlebende Ehegatte zu dieser Erbtheilung berechtigt; und die entfernten Verwandten schließt der Leibherr ganz aus. In andern Gegenden des südlichen Teutschlands ist das Mortuarium überhaupt geringer; aber nach eines jeden Landes Gebrauch sehr verschieden. Sehr oft hat der Leibherr das Recht, die beste Sache aus der Verlassenschaft zu wählen, welches zu eigenen Benennungen Anlaß gegeben; und daher rühren die Namen, Besthaupt, wo das beste Stück Vieh, ein Köhrpferd; das beste Gewandt, wo das beste Kleidungsstück gegeben werden muß. Es ist auch gewöhnlich, einen halben Ohmen Wein, desgleichen gewisse Procente des ganzen Nachlasses zu geben; und sehr oft wird dieses Mortuarium nicht in Natur abgeliefert, sondern der Erbe und der Leibherr vergleichen sich über eine Summe Geld, die dafür bezahlt werden soll, welches man die Besthauptheidigung zu nennen pflegt. Wenn dieses Mortuarium vor Ablauf von fünf Jahren nicht gefordert worden, so ist die Verjährung eingetreten c).

Da wir die Verbindlichkeiten der Leibeigenen gegen ihren Herrn kennen, so soll nunmehr auch noch von ihren Rechten, als Mitgliedern des Staats, etwas gesagt werden. Es gilt hier folgende Regel: — Alle gemeinen persönlichen und dinglichen Rechte freyer Menschen und Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft, welche mit den zeither angeführ-

c) Harpprecht de mortuar. c. 9. n. 96. seq. Hopacker Princ. iur. Rom. Tom. I. Pag. 239.

geführten, aus der Dienst- und Zinspflicht entstehenden besondern Rechten des Leibherrn in keinem Widerspruch stehen, haben die Leibeigenen eben so gut zu genießen, wie andere freye Einwohner ihres Vaterlandes. Man sieht dieses daraus, daß ihre Ehen eben die Würkungen haben, wie andere Ehen; daß ihnen die väterliche Gewalt zusteht, wie andern Vätern, daß bey ihren Vormundschaften nichts anders Rechtens ist; daß sie auf mancherley gesetzliche Art eigenthümliches Vermögen erwerben können; daß sie so gar berechtigt sind, darüber zu disponiren, so wie über ihre Handlungen, in so fern nur die Rechte ihres Leibherrn nicht gekränkt werden. Insonderheit hindert den Leibeigenen auch keine, aus seinem persönlichen Zustande entstehende Unfähigkeit, defectus in statu personali, an der Befugniß über sein rechtmäßig erworbenes, keiner Gutsherrschaft unterworfenes Vermögen, auf den Todesfall zu disponiren [d]). Nur wegen des weit ausgedehnten Mortuariums, ist einigen Leibeigenen die Errichtung eines Testaments, und die Schenkung auf den Todesfall, oder von Todeswegen untersagt worden [e]). In der Minden-Ravensbergischen Eig. Ord. Cap. 8. wird dieser Umstand ausdrücklich als die Ursache angeführt; und daher werden zugleich die Schenkungen unter den Lebendigen des keinen gutsherrlichen Rechten unterworfenen Vermögens erlaubt. Wenn gleichwohl in der Notariatsordnung, Tit. von Testam. §. 7. untersagt worden, Leibeigene als Testamentszeugen zu brauchen, so sieht man leicht, daß unschicklicher Weise etwas von der römischen Sclaverey eingeschaltet worden; und die Vorschrift selbst ist daher bey der Anwendung so viel werth [f]), als die kurz vorher befindliche Aeußerung, daß heut zu Tage nicht viel Testamente in Schriften

d) Stryck Vsus modern. Lib. 28. tit. 1. §. 9.
e) Osnabr. E. O. Cap. 6. §. 9. Cap. 15. §. 1. Münsterische E. O. Thl. 1. Tit. 7. §. 1. Thl. 3. Tit. 4. §. 1—3.
f) Stryck l. c. Lib. 28. tit. 1. §. 17. von Cramers Nebenst. Thl. 2. S. 21.

ten gemacht würden. Eins verräth so wenig Sachkenntniß, als das andere; und die Praxis hat aus eben dieser Ursache das Gesetz nie befolgt [g]).

Die Leibeigenschaft kann aus verschiednen Ursachen aufhören, und zwar: 1) wenn eine allgemeine gesetzliche Aufhebung derselben geschehen seyn sollte. Nachdem es bereits in Frankreich geschehen war [h]), gab in unsern Tagen, Kaiser Joseph II. in Böhmen und den übrigen teutschen österreichischen Staaten [i]) das erste Beyspiel, welchem

g) Boehmer de iurib. et statu homin. propr. Sect. 3. §. 9. Herr RR. Eichmann, a. a. O. Thl. 2. S. 336.

h) Edit du Roi, portant suppression du Droit de Main-Morte et de Servitude, dans les Domaines du Roi, et dans tous ceux tenus par engagement; et abolition générale du Droit de Suite sur les Serfs et Mains-Mortables. Versailles, au Mois d'Aout 1779. Enregistré le 4. Septembre suivant. A Colmar de l'Imprimerie de Jean Henri Decker. Die Leibeigenen heißen darin: Homes du corps; des Serfs; Mains Mortables, Mortaillables, de Taillables. Zugleich ist darin allen Seigneurs und geistlichen Corporibus die Befugniß ertheilt, auf ihren Gütern, auch ohne besondere königliche Bewilligung ein Gleiches zu thun. S. auch Schlözers Staats-Anzeigen, Heft 30. S. 133.

i) Durch ein Patent von 1781. den 14. November wurde zuerst in Böhmen und Mähren die Leibeigenschaft ganz aufgehoben. S. die Gesetze für das Königreich Böhmen unter Joseph II. S. 78. Durch ein zweytes Patent vom 20. December 1782. ist diese Aufhebung der Leibeigenschaft auf die sämmtlichen teutschen Oesterreichischen Staaten ausgedehnt worden. S. Reuß Staatskanzley, Thl. 2. S. 379. f. und Thl. 7. S. 164. Einen früher in Böhmen gewagten ähnlichen Versuch hat Ohlenschlager in der Geschichte des Interregni nach Absterben K. Carl VI. Thl. 3. S. 37. bemerkt; der aber, vermuthlich wegen vieler Widersprüche des Adels nach veränderten Zeitumständen, nicht zur Ausführung hat gebracht werden können. Daß auch die neue Unternehmung nicht ohne Widerspruch geblieben ist, beweist folgende Schrift: Ueber Eigenthumsrecht der böhmischen Obrigkeiten auf die Gründe ihrer Unterthanen, und über die Gerechtigkeit der hieraus entstehenden Frohn- oder Robotschuldigkeit, Teutschland 1788. 8.

welchem bald nachher der jetzt regierende Herr Markgraf von Baden, auf die aller uneigennützigste Weise so gefolgt ist, daß damit, seinen Unterthanen, ohne Jemandes Rechte zu schmälern, eine wahre Wohlthat ertheilt ist [k]). Was den Rechtspunct solcher Aufhebungen betrifft, so kommt es dabey zunächst auf den Willen der Leibeigenen selbst an; da es sich schon zugetragen hat, daß ihnen die Freyheit unter Bedingungen angeboten worden, die drückender waren, als die Leibeigenschaft selbst [l]). Nächstdem kann auch den Privat-Leib- und Gutsherren, ohne, oder wider ihre Beystimmung ihr Eigenthumsrecht durch keinen despotischen Machtspruch genommen werden.

Die Leibeigenschaft hört 2) auf, nach geschehener Freylassung [m]), welche theils durch eine stillschweigende, theils durch eine ausdrückliche Willenserklärung des Eigenthumsherrn vorgenommen werden kann. Beyde werden entweder umsonst, oder für ein zu bezahlendes Laßgeld, Manumissionsgeld, Lytrum ertheilt, und eine Urkunde darüber ausgestellt, welche man den Freybrief, den Laßbrief zu nennen pflegt [n]). Die Summe des Laßgeldes pflegt dar-

k) Die deshalb publicirte merkwürdige Verordnung vom 7. Aug. 1783. steht in Schlözers Staatsanzeigen, Heft 17. Nr. 4. S. 39. und des Herrn Markgrafen Antwort auf die deshalb erfolgte Danksagung und Erbiethen der Unterthanen, ebendaselbst, Heft 19. Nr. 10. Beydes findet sich auch in Joh. Beckmanns Sammlung der Policey- und Cameralgesetze (1785.) Thl. 3. Ein richtiger Abdruck aller hierher gehörigen Rescripte nebst Erläuterungen steht in Reuß Staatskanzley, Thl. 4. S. 1. f.

l) S. die Königl. Preuss. Verordn. vom 5ten März 1705. bey Meinders de iurisdict. colonaria, Pag. 175. seq.

m) Was hierbey in ältern Zeiten beobachtet worden, haben gezeigt, Boehmer D. de iure et statu hominum propr. Sect. I. §. 9. Heineccius Elem. iur. Germ. Lib. 1. tit. 2. §. 48.

n) Beyspiele solcher Laßbriefe aus den mittlern Zeiten findet man beym Hofmann in Collect. Script. et monum. Tom. I. Pag. 45. Meinders de iurisd. colonaria, Pag. 135. Formulare neuerer Zeiten stehen bey Meinders a. a. O. S. 129.

Buri

darnach bestimmt zu werden, was dem Eigenthumsherrn durch die geschehene Freylassung, an Zinsen, Diensten und den Sterbefällen entgeht o). Wird die Freylassung aus erheblichen Gründen gesucht, und unbillig verweigert, oder der Herr verlangt zu viel dafür, so kann der Leibeigene heut zu Tage richterliche Hülfe suchen p). Uebrigens steht es den Eigenthumsherren in Teutschland frey, so viel Leibeigene frey zu lassen, als sie wollen, es müßten denn Lehnsverhältnisse dagegen seyn q).

Stillschweigende Freylassungen können auf verschiedne Weise vorgenommen werden, und sie sind geschehen, so bald es der Leibeigenthumsherr zugiebt, daß sein Leibeigener sich aller persönlichen Zins- und Dienstpflicht entzieht, und eine solche Lebensart treibt, womit die Leibeigenschaft nicht bestehen kann r). Hauptsächlich gehört der Fall hierher, wenn Jemand die Leibeigenschaft durch Verjährung seiner Freyheit getilgt hat, wovon aber freylich kein Entlaufener mit Recht Gebrauch machen kann; sondern allen-

Buri von Bauergütern, Thl. 2. S. 425. Palm a. a. O. S. 118. Lennep a. a O. S. 361. Mösers Phantasien, Thl. 4. Nr. 65. S. 347.

o) Aus einem beym Hofmann a. a. O. befindlichen Laßbriefe vom Jahr 1261. ergiebt sich, daß der dritte Theil des Vermögens ausbedungen worden. Wie viel auf den Mecklenburg. Camm. Gütern gegeben wird, zeigt Eggers a. a. O. S. 64. von Hessen, Lederhose in s. kl. Schriften, Thl. 2. S. 321. de BALTHASAR de manumissionibus, Gryph. 1743.

p) Münst. E. O. Thl. 4. Tit. 1. §. 4. Mind. Ravensb. E. O. Cap. 14. §. 2. Osnabr. E O. Cap. 8.

q) Rechtl. Gutachten über die Frage: Kann ein Lehnmann ohne Wissen und Willen des Lehnherrn die Leibeigenschaft seiner lehnbaren Unterthanen aufheben? Wien 1785. 8.

r) Mevius vom Zustande und Abf. der Bauersl. Qu. 3. n. 228. BASTINELLER Pr. de tacitae manumissionis priuilegio hominis proprii liberis sciente domino opificium quoddam eligentibus aut artes liberales discentibus, competente, Vit. 1739. WALCH D. de homine proprio ciuitatis experte, §. 10.

allenfalls nur derjenige, 1) welcher den Laßbrief von einem vermeyntlichen Eigenthumsherrn (dominus putativus) erhielt; oder 2) welcher eine förmliche Verjährung der Freyheit für sich anzuführen im Stande ist; oder 3) welcher zwar als Leibeigener gebohren worden, aber doch 30 Jahr als ein Freyer gelebt, ohne es zu wissen, daß er ein gebohrner Leibeigner sey, und der Eigenthumsherr sich auch nicht dagegen gesetzt hat [s]). Man würde zu weit gehen, wenn man glaubte, auch die geschehene Abmeyerung oder Abäußerung, machten aus einem zeitherigen Leibeigenen, einen freyen Menschen.

Die Leibeigenschaft fällt 3) weg, durch Urthel und Recht. Fängt der Eigenthumsherr an, einen groben Mißbrauch von seiner Gewalt zu machen, so kann der Leibeigene deswegen Beschwerde führen; denn, schreibt Herr HR. Runde, die strengste Leibeigenschaft in Teutschland, berechtigt den Leibherrn nicht, seine Leibeigenen wie römische Sclaven zu behandeln, oder wie der Westindische Zuckerbauer sein menschliches Schwarzvieh zu mißhandeln pflegt, ohne sich einer gerichtlichen Injurienklage auszusetzen, und daher bestimmen gut abgefaßte Eigenthumsordnungen deutlich, wie weit die Kraft der gutsherrlichen Gewalt über die Person des Eigenbehörigen sich erstrecke [t]).

4) Hört die Leibeigenschaft auf, wenn der Herr seinen Leibeigenen fortjagt (derelictione), oder der Leibeigene ist der Religion wegen auszuwandern berechtigt gewesen [u]). Daß endlich 5) auch der Tod den Leibeigenen, aus seiner drücken.

s) Osnabr. E. O. Cap. 10. §. 1. Münst. E. O. Thl. 4. Tit. 2. §. 2. f. Mevius a. a. O. Qu. 3. §. 11. Eggers a. a. O. S. 70. Riccius de praescr. German. Pag. 142. Rave de praescr. Pag. 196. de Balthasar l. c. Part. 2. §. 16. n. 8.

t) Boehmer c. l. Sect. 3. §. 1. Eggers a. a. O. S. 74. Münst. E. O. Thl. 1. Tit. 5.

u) Stryck Vsus mod. Lib. 40. §. 6. I. P. O. Art. V. §. 37.

drückenden Last, in eine über alle Beschreibung glückliche Lage versetzt, wenn er als tugendhafter Christ stirbt, wird kein Weiser bezweifeln [x]).

Der Vollständigkeit wegen, muß nun auch von den **Würkungen** der Freylassung eines zeitherigen Leibeigenen etwas gesagt werden, so viel der Raum verstattet. Aus dem Tacitus [y]) kann man sich überzeugen, was die Freylassung ihrer Knechte bey den alten Teutschen für Folgen gehabt habe. Von diesen Grundsätzen läßt sich aber auf unsere heutigen Freylassungen so wenig schließen, als das römische Patronatrecht auf irgend eine Weise dabey angewendet werden darf [z]). Unsere heutigen freygelassenen Leibeigenen werden eben der Vortheile theilhaftig, welche andere frey gebohrne Unterthanen zu genießen haben, deren Rechte ich gleich kürzlich anführen werde. In Rücksicht auf den zeitherigen Eigenthumsherrn, kommt alles darauf an, ob die Freyheit mit der Bedingung ertheilt worden, daß sich der Freygelassene hinbegeben kann, wohin er will, und dieses heißt: manumissio plena; oder ob die Absicht blos dahin gegangen ist, daß er auf dem zeither bearbeiteten Grundstücke bleiben, und es als ein persönlich freyer Ackerbauer bewirthschaften und benutzen soll; in welchem Falle eine manumissio minus plena vorhanden ist. Im ersten Falle zieht die erlangte **Freyheit** den Verlust seines zeither bewirthschafteten Gutes nach sich; und war gar das Erbrecht damit verknüpft, so erbt er nichts, er müßte sich denn wieder unterthänig machen [a]); im andern Falle aber bekommt er das Grundstück gewöhnlich in **Erbpacht**, wo die zeitherige persönliche Zins- und Dienstpflicht in eine Real-

x) Hofacker Princ. Iur. Rom. Tom. I. Pag. 240.

y) Tacitvs de morib. German. c. 25. Gebauer de libertinitate veterum Germanorum, in *Eius* Vestig. iur. Germ. nr. 17.

z) Schilter Prax. iur. Rom. Exerc. 41. §. 41. Struben de iure villicorum, c. 5. §. 19.

a) Osnabr. E. O. Cap. 8. §. 2.

Reallast verwandelt wird. Wo die Hörigkeit eingeführt ist, pflegt solche bisweilen beybehalten zu werden [b]).

Es lassen sich weder die zeither vorgetragenen Grundsätze von den Leibeigenen in Teutschland, noch die Rechtswahrheiten vom Bauerstande, welche wir bald betrachten werden, gehörig aus einander setzen, wenn man nicht die Materie von denjenigen Personen damit verbindet, welche man in den vorigen Zeiten und gegenwärtig freye Menschen nennt; daher will ich nach dem Beyspiel anderer Rechtslehrer, z. B. des Herrn HR. Glücks und des Herrn RR. Eichmanns in ihren Commentaren, ebenfalls das Wichtigste davon anführen. Das Wort frey, wenn es von Menschen gebraucht wird, kommt in unsern teutschen Gesetzen hauptsächlich in doppelter Rücksicht vor [c]); denn 1) heißen, in der eigentlichen Bedeutung, alle Menschen freye Personen, die keinen Leibherrn anzuerkennen brauchen. Im weitläuftigern Verstande versteht man 2) solche Menschen darunter, die in keiner Dienstpflicht stehen; und nach diesem Sinne des Worts gab es sonst selbst unter dem Adel Unfreye, wozu man ehedem alle diejenigen rechnete, die nach Lehnrecht oder nach Hofrecht dienten, oder bey einem Ritter als Knechte und Knappen die Aufwartung hatten. Eben deswegen hießen nun diejenigen, welche Niemanden zu dienen schuldig waren, in der wichtigern Bedeutung des Wortes, Freye oder Freyherren, woraus denn von selbst folgt, daß man nach dem Sinne der teutschen Staatsverfassung, Leibesfrey seyn könne, ohne auf die angeführten vorzüglichen Grade der Freyheit Ansprüche machen zu dürfen.

Bey

b) Meinders de iurisd. colonaria, Pag. 142. Mösers Abhandl. über die Frage: was ist bey Verwandlung der bisherigen Erbesbesetzung mit Leibeigenen in freye Erbpacht zu beobachten? In den patr. Phantas. Thl. 4. S. 321.

c) Chr. Wolf horae subseciuae Marp. anni 1730. trimestri vernali, Nr. 2. §. 9—14. Pag. 464.

Bey den Freyen in der ersten und eigentlichen Bedeutung des Worts, machte man den wichtigen Unterschied zwischen Freygebohrnen, und Freygelassenen. Nach den ältesten Sitten und Gesetzen der Teutschen war nur derjenige ein Freygebohrner, ingenuus, der durch eine eheliche Geburt von solchen Eltern und Großeltern abstammte, welche niemals Leibeigene gewesen waren. Freygelassene hingegen, liberti, libertini, nennte man alle diejenigen, die entweder selbst erst aus Leibeigenen, Freygelassene geworden; oder deren Eltern oder Großeltern doch wenigstens auf diese Art die Freyheit erlangt hatten. Diese letztern nennte man unterscheidungsweise auch mittelfreye, mediocriter liberi. Im Schwabenspiegel [d]) heißt es davon: ingenuus, das spricht in Latein der höchstfrey, und libertinus mittelfrey. Aus diesen Umständen läßt sichs leicht entdecken, daß man in Rom weit eher ein ingenuus seyn konnte, als ehedem in Teutschland ein Freygebohrner. Heut zu Tage wird aber die Ingenuität mehr nach römischen Grundsätzen beurtheilt, als nach ursprünglichen teutschen Begriffen; wiewohl sich noch hin und wieder Folgen der alten Vorstellungsart von der wahren freyen Geburt zeigen [e]). So lange noch allgemeine Volksfreyheit zur teutschen Verfassung gehörte, waren nur solche Freygebohrne die ordentlichen Mitglieder des Staats, und hatten bey allen Volksversammlungen Sitz und Stimme. Aus ihnen wurden also auch nur die Scheffen und Beysitzer der Sendgerichte erwählt, und daher ist der Ausdruck Scheffenbarfreye, Sendbarfreye entstanden, welches durch Unverstand in Semperfreye verändert worden. Durfte Jemand auf dem teutschen Reichs-

d) Ius Prou. Alem. cap. 49. Pag. 115. edit. BERGERI. Cap. 50. §. 2. edit LAHR.

e) Chr. THOMASIVS D. de vsu pract. distinctionis hominum in ingenuos et libertinos, Hal. 1711. IDEM D. de vsu pract. distinct. hominum in liberos et seruos, ibid. 1711. Polizeyordnung der Stadt Münster, Cap. 4.

Reichsend erscheinen, so hieß er des heil. Röm. Reichs Semperfrey, wie eine Stelle des Schwäbischen Landrechts, Cap. 49. nach der Lahrischen Ausgabe beweist, wo es heißt: Hie soll man hören dreyerley Freyerleut, welche Recht die haben. Es heissent eins Semperfreyen, das seynd die freyen Herren, als Fürsten und die andern Freyen ze man habent. Das andere seynd mittelfreyen. Das seynd die, die der hohen freyen Mann seynd. Das dritte seynd Gebauern, die frey sind, die heissend frey Landsassen. In einigen Handschriften des Schwäbischen Landrechts, steht nicht Gebauern, sondern Freygebohren. Uebrigens wurden auch bisweilen unter des heil. R. R. Semperfreyen solche Personen verstanden, welche vom Grafensend, oder den Sendgerichten eximirt worden waren [f]).

Hieraus ergiebt sich schon, wie groß die Anzahl der Freyen und Freygebohrnen in Teutschland, im Mittelalter gewesen seyn müsse, indem alle Einwohner der Städte, und eine große Anzahl der Einwohner auf dem Lande dazu gehörten. Eben deswegen kann auch die Behauptung derjenigen Rechtslehrer und Schriftsteller, keinen Glauben verdienen, welche behaupten [g]) daß alle Freye den damaligen Adel ausgemacht, und alle übrigen Bewohner der Städte und Dörfer Unfreye gewesen wären [h]).

Was nun die Rechte der Freygebohrnen in den ältern Zeiten betrifft, so gehört darunter

f) G. L. Boehmer D. de mulct. stupror. §. 15. in *Eius* Elect. iur. ciuil. Tom. III. Pag. 365. Preschers Geschichte der Reichsgrafschaft Limpurg, Thl. 1. S. 115.

g) Cramer tr. de nobilitate auita. de Bvat l'origine ou l'ancien gouvernement de la France et de la Germanie.

h) G. L. Boehmer D. de probat. ingen. natal. §. 7. in Elect. iur. ciuil. Tom. II. Pag. 689. de Selchow de iuribus ex statu ingenuorum pendentibus, §. 5—24. in Elect. iur. germ. Pag. 132. (von Horix) die Ehre des Bürgerstandes nach den Reichsrechten, 1791. 8.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701684888/phys_0343 DFG

1) der Vorzug, worauf sich zugleich alle übrigen Vorrechte derselben gründeten, daß sie allein in Krieg zogen, und milites, Vertheidiger des Vaterlandes, waren; denn wenn ein Freygebohrner so viel Vermögen hatte, daß er und seine Nachkommen den Kriegsdienst zu Pferde thun, und eine fortwährende kriegerische Lebensart führen konnte, so war er von Ritterart, und erlangte dadurch für sich und seine Nachkommen alle die Vorzüge, welche heut zu Tage den niedern Geschlechtsadel ausmachen. Der arme Freygebohrne hingegen, welcher nur zu Fuße und hinter den Schanzen fochte, begab sich nach hergestelltem Frieden wieder an sein Gewerbe, oder zum Ackerbaue, und blieb mit seinen Kindern in dem Stande, welchen wir heut zu Tage den Bürgerstand oder den dritten Stand nennen. Von der alten Beschaffenheit dieser Kriegsdienste haben mehrere berühmte Schriftsteller i) ausführlich gehandelt.

Eine natürliche Folge von dem eben erwähnten militärischen Vorzuge war auch dieser, daß, so lange Lehn als ordentliche Vergütung der Kriegsdienste betrachtet wurden, auch nur die Freygebohrnen solche erwerben konnten k). Der hernachmalige Unterschied zwischen Ritterlehn und Burglehn, feudum equestre et castrense, war eine Folge

i) METTINGH D. de statu militiae Germanorum principali et accessoriae veteris et medii aevi, Altona 1742. HANF D. de vario apud Germanos militiae statu, Altorf. 1748. G. L. BOEHMER de iuribus ex statu militari Germanorum pendentibus, Gött. 1749. Strubens Abh. vom Unterschiede zwischen den ehemaligen Lehndiensten und heutigen Reuterdiensten, in Dessen Nebenst. Thl. 1. S. 335. Ebendesselben Abh. von der richtigen Bedeutung der Worte miles und famulus; in Zepernicks Samml. von Abh. über das Lehnrecht, Thl. 2. S. 24. Grupen von den edlen Gleven als dem Fuß des Ansatzes in den Reichsmatrikeln, in Seinen Obs. rer. et ant. germ. Tom. I. Pag. 335.

k) LEDDERHOSE Comm. de iure ingenuor. adquirendi feuda; in ZEPERNICK Analect. iur. feud. Tom. II. Pag. 176.

Folge der weitern Ausbildung des Lehnssystems, die sich erst nach festgesetzter Scheidewand zwischen Ritterart und Freygebohrenheit äußerte; so wie auch die gemeinen Zinslehen eine spätere Erweiterung des Lehnwesens ausmachen.

2) Auch das Recht der Selbsthülfe durch Privatkriege oder Fehden, gehörte bis zu eingeführtem Landfrieden zu den Vorrechten der Freygebohrnen; daher derjenige, welcher den Andern zum Kampf ansprach, zuvor seine vier Ahnen, und sein Handmahl beweisen mußte, oder es ließ sich kein anderer Freygebohrner mit ihm ein [l]).

3) Nur Freygebohrne waren fähig in der bürgerlichen Gesellschaft zu öffentlichen Ehrenämtern [m]), und vornehmlich zur Richter- und Schöffenwürde [n]) zu gelangen, wie wohl bey Kirchenstellen nicht sehr darauf gesehen wurde [o]). Es konnten ferner nur Freygebohrne als Zeugen gegen einen andern Freygebohrnen auftreten, weil ihre Aussage in der That dem Urtheiler zur Vorschrift diente [p]). Endlich ist auch bey Erlangung des Bürgerrechts, und der Aufnahme in Gilden und Zünfte, seit der Zeit, da die Verfassung der Städte auf Zunftrecht gegründet wurde, anfänglich die Freygebohrenheit, und späterhin wenigstens persönliche Freyheit, als eine nothwendige Eigenschaft betrachtet worden. Wären andere als Freygebohrne in die

l) II. Feud. 7. §. 3. Sachsensp. Buch 1. Art. 51. Buch 3. Art. 29. Dreyers Abhandl. Thl. 3. S. 1256. de Selchow Exerc. de reliqu. iur. man. §. 3. in *Eius* Elect. Pag. 292.

m) Tacitus de morib. German. c. 25. Bremisches Stadtrecht in Pufendorfs Obs. Tom. II. Adp. Pag. 35. Münsterische Policeyordn. Cap. 4.

n) Strubens Nebenst. Thl. 1. S. 334. Thl. 3. S. 125. 206. Hauschilds Gerichtsverf. S. 101.

o) Scheid vom Adel, S. 287. Theganus de gestis Ludou. pii, c. 44. Bvat a. a. O. ch. 9.

p) Capitulare an. 744. in Georgisch Pag. 496. C. Fr. Walch D. de testis reo paris praestantia in iure germ. Ien. 1756. 8. et in *Eius* Opusc. Tom. II. Pag. 329.

Innungen, Gilden und Zünfte aufgenommen worden, so hätte man nicht von den ältesten Zeiten an, bis auf den heutigen Tag, die Geburtsbriefe bey den Handwerkern nöthig gehabt; denn nicht blos der ehelichen und unehelichen Geburt wegen, hat man dieselben eingeführt. Man darf nur Geburtsbriefe nachsehen, um sich hiervon zu überzeugen. Es muß schlechterdings darin heißen: daß N. aus einem untadelhaften Ehebette recht und ehelich, teutscher Nation und redlichen Herkommens, auch Niemanden mit einiger Leibeigenschaft verbunden noch verpflichtet, erzeugt und gebohren. Wenn gleich die Handwerker bisweilen servi genennt werden, so folgt hieraus dennoch nicht, daß sie keine Freygebohrne gewesen; denn dieses Wort war mit der lateinischen Sprache in Teutschland so beliebt worden, daß man es sehr oft unschicklich brauchte. Man verstand aber in diesen Fällen mehrentheils nur Dienste darunter, und dieser Verstand schickt sich auch auf die Handwerker, da sie ihren Mitbürgern durch ihre Arbeiten zu dienen bereit sind. Es ist zwar wahr, daß das Wort Knecht, Knappe, von Handwerkern gebraucht wird; allein dieses beweist noch gar keine Leibeigenschaft. Ueberhaupt findet man, daß Knechte, Knappen, einen jungen Menschen männlichen Geschlechts anzeigen, und daher in den alten Gesetzen q) den jungen Mädchen entgegen gesetzt werden; besonders aber nennte man die Handwerker, welche ausgelernt hatten, und nun andern um einen Lohn dienen konnten, Knappen oder Knechte. Sie bekamen also diesen Namen wegen des Dienstes, den sie leisteten, und die Lehrjungen, weil sie doch noch keine rechten Dienste leisten konnten, wurden nicht so genannt. Zwar kann es wohl seyn, daß solche, die nicht frey gebohren waren, auch Handwerksarbeiten verrichtet haben; allein sie wurden doch nicht in die Handwerke aufgenommen; sie wurden auch um so mehr

q) de Pufendorf Obs. in Adp. Tom. II. Pag. 40. 42. 60. Westphalen Tom. III. Pag. 653. Dreyers vermischte Abhandl. Anh. zum 1sten Th. S. 493.

mehr verachtet, da man ihnen das Handwerk nicht ordentlich gelernt hatte.

Die zeither angeführten Vorrechte waren ehedem allen Freygebohrnen gemein; in unsern Zeiten haben die verschiednen Classen derselben besondere Rechte. Einige derselben genießen nur allein die Vorzüge der Ritterart, und diese nennt man den hohen und niedern Adel; der weit größere Theil derselben gehört hingegen entweder zu den Bürgern oder freyen Bauern.

Was die ehemaligen Mittelfreyen betrifft, so hatten solche freylich keinen glänzenden Zustand, indem sie, weil es ihnen nach geschehener Freylassung am Vermögen fehlte, eine eigene Haushaltung zu führen, sich oft verbindlich machten, die Feldarbeit ihrer ehemaligen Eigenthumsherren noch ferner zu übernehmen. Man hielt sie jedoch immer werther als die Unfreyen, und besonders vortheilhaft war die Lage derjenigen, die von der Geistlichkeit die Freyheit erhalten hatten [r]).

§. 121.

Wir haben zeither die Grundsätze von den Rechten und Verbindlichkeiten der römischen Sclaven und der teutschen Leibeigenen, betrachtet. Wegen Aehnlichkeit der Sache, kann hier nunmehr auch über die Rechte und Pflichten unsers heutigen so genannten Miethgesindes verschiednes Wichtige bemerkt werden [s]). Man darf unser heutiges Miethgesinde, weder mit den römischen Sclaven, noch mit unsern Leibeignen für einerley halten; denn alle unter diesem

r) Capitul. III. Carol. M. an. 813. I. 511. Cap. Carol. M. an. 971. I. 278. THOMASIVS de iure dandi ciuitatem, §. 19. 20. HERT. de homin. propr. Sect. I. §. 7.

s) Herr HR. Glück a. a. O. Thl. 2. S. 144. Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 2. S. 353. Io. Volk. BECHMANN D. de iure famulorum hodierno, quatenus veteri seruorum iuri conuenit, aut ab eo discrepat, Ien. 1672.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0347
DFG

Namen begriffene Personen sind freye Leute, die sich durch einen Miethcontract verbindlich machen, bestimmte Hausarbeiten zu leisten, wofür sie Lohn und Kost erhalten sollen. Ihre Rechte und Pflichten müssen ganz allein nach dem geschlossenen Miethcontracte beurtheilt werden. Ein Irrthum würde es ferner seyn, wenn man den Ausdruck domestici mit unserm Miethgesinde für einerley halten wollte. Die Römer rechneten unter die domesticos alle diejenigen, welche zu dem Hause eines Paterfamilias gerechnet wurden, und in dieser Rücksicht auf irgend eine Art mit demselben in Verbindung standen. Es gehörten dazu nicht nur alle Sclaven, Freygelassene, Clienten, sondern der Hausvater selbst, die Hausmutter, die Haussöhne und Haustöchter, Brüder und Schwestern t).

Bey den Grundsätzen, die hierher gehören, ist ein Unterschied zu machen, zwischen denjenigen Rechten, welche der Dienstherr hat, und dahin gehört

1) das Recht, daß er von seinem Domestiquen diejenigen Dienste verlangen kann, wozu er nach der Natur der vermietheten Arbeiten verpflichtet ist. Da es nicht allezeit möglich, und auch nicht üblich ist, die häuslichen Arbeiten bey Schließung des Miethcontracts genau zu bestimmen, welche die gemiethete Person leisten soll, so kommt es bey Streitigkeiten darüber darauf an, was für Arbeiten Miethgesinde von der Art, wozu die gemiethete Person gerechnet werden kann, an diesem Orte gewöhnlich leistet. Daher kann z. B. eine Magd, die sich als Köchin vermiethet hat, nicht zur Besorgung der Viehwirthschaft gebraucht werden.

2) Kann die Miethherrschaft verlangen, daß bey Verrichtung der zu leisten schuldigen Arbeiten, ein solcher Fleiß bewiesen werde, den man bey solchen Dienstboten dieser Art findet, welche zu dieser Classe gehören. Geschieht dieses nicht, so muß der Schade ersetzt werden, der durch Nichterfüllung dieser Verbindlichkeit veranlaßt worden

t) Langlaei Semestr. III, 2.

den ist. Für Schäden, die auf andere Art entstehen, braucht das Gesinde nicht zu haften. Z. B. der Knecht bindet die Pferde gehörig an; eines davon zerreißt gleichwohl die Halfter, und schlägt nunmehr dem andern ein Bein entzwey. Hier steht der Knecht keinesweges für den Schaden, wenn ihm nicht bewiesen werden kann, daß die Halfter so schadhaft gewesen, daß er, als ein ordentlicher Knecht, sich von dem Herrn eine bessere hätte geben lassen sollen.

3) Ist die Miethsherrschaft befugt darauf zu dringen, daß die Miethzeit ausgehalten werde; es müßten denn solche Umstände eintreten, wo ein Miethcontract seine Gültigkeit verliert. Ein solcher Fall würde seyn, wenn a) die Herrschaft nicht im Stande ist, die versprochene Kost und Bezahlung anzuschaffen; oder b) das Gesinde wird durch anhaltende Krankheit verhindert, die Dienstzeit auszuhalten; oder c) die Herrschaft zieht an einen andern Ort.

4) Ueber das Recht des Dienstherrn, Zwangsmittel gegen das Gesinde anzuwenden, wenn es seine Pflicht nicht erfüllt, haben die Rechtslehrer verschiedne Meynungen. Der Herr RR. Eichmann schreibt: Man giebt der Herrschaft das Recht, ihr Gesinde, wenn es die Dienste nicht gehörig verrichtet, mäßig zu züchtigen; aber ohne Grund. Es ist wider die Natur des Vertrags, der Herrschaft ein solches Recht zu verstatten; vielmehr muß nach derselben die Herrschaft ihr Gesinde durch obrigkeitliche Hülfe zur Erfüllung ihrer Pflicht anhalten. Es ist auch kein Gesetz vorhanden, woraus ein solches Recht für die Herrschaft hergeleitet werden kann; denn weder von den Leibeigenen, noch von den römischen Knechten kann, wegen der gar zu großen Verschiedenheit, auf das Miethgesinde ein richtiger Schluß gemacht werden, und die Lex vnica Cod. de emendat. propinquorum, worauf man sich gemeiniglich beruft, redet weder von Knechten, noch vom Miethgesinde, sondern von minderjährigen Verwandten, welche unartig leben. Sollte aber, vermittelst eines ausdrücklichen Gesetzes, oder einer gesetzlichen Gewohnheit, der Herrschaft dieses Recht zustehen, so muß sie doch desselben sich dergestalt bedienen, daß

dadurch das Gesinde in keinen üblen Ruf kommt, und demselben an der Gesundheit kein Schaden zugefügt werde. Geschieht das erstere, indem z. B. die Frau der Magd vorwirft, daß sie mit ihrem Manne Hurerey treibe, so findet wider die Herrschaft eine Injurienklage statt [u]); erfolgt aber das letztere, so kann vermittelst der Mieth- oder Pachtklage aller Aufwand und Ersatz des Schadens gefordert werden [x]).

Ueberschreitet die Herrschaft die Gränzen der mäßigen Züchtigung so weit, daß ein Dienstbote ums Leben kommt, so ist dieses ohne Zweifel als ein Todtschlag anzusehen; und zwar ist es ein fürsetzlicher Todtschlag, der die ordentliche Strafe nach sich zieht, wenn man α) eine directe Absicht zu tödten gehabt, das heißt: eine Handlung in der Gesinnung zu tödten, unternommen hat; β) auch wenn man nur eine solche indirecte Absicht gehabt, das heißt: eine Handlung zwar nicht in der Gesinnung zu tödten, aber doch so unternommen hat, daß eben so leicht der Tod, als dasjenige, was man eigentlich beabsichtigt, hat erfolgen können. Ein Herr stößt z. B. seinem Bedienten das Messer in den Leib, ohne daß er sich vorgenommen hat, ihn umzubringen. Ein blos verschuldeter Todtschlag ist es, wenn zwar weder eine directe noch indirecte Absicht zu tödten, vorhanden gewesen ist, aber doch der Herrschaft einige Schuld zur Last gelegt werden kann. Ein Knecht hat z. B. durch seine Nachlässigkeit verursacht, daß ein Pferd dem andern ein Bein zerschlagen hat. Sein Herr erfährt es, und giebt in der Hitze dem Knechte, jedoch, ohne ihn tödten zu wollen, mit seinem Stocke einen solchen Hieb über den Kopf, daß er todt zur Erde fällt. Das ist ein blos verschuldeter Todtschlag, der nicht mit der ordentlichen, sondern mit einer außerordent-

u) Mevius ad Ius Lubec. Part. III. tit. 8. art. 10. n. 16.

x) L. 13. §. 4. D. loc. cond. Leyser Spec. 16. med. 4.

ordentlichen Strafe, die sich nach den Graden der Schuld richtet, belegt werden muß.

Auf diese Gründe antworten die Gegner y): aus der Natur des Miethcontracts läßt sich freylich kein Züchtigungsrecht herleiten, und auch keine Gesetze begründen solches. Die L. vn. C. de emend. seruor. gehört so wenig, als die L. vn. C. de emend. propinqu. hierher; denn das erste Gesetz redet von Sclaven, und letzteres von minderjährigen Verwandten, welche sich unartig betragen; die L. 13. §. 4. D. locat. aber erlaubt blos einem Lehrmeister, den ihm anvertrauten Lehrpurschen, durch vernünftige Züchtigung, zum Fleiß und Ordnung anz halten, redet also nicht vom Miethgesinde. Da aber doch bey manchen rohen Personen der Endzweck des Miethcontracts unmöglich zu erreichen wäre, wenn nur der Richter alle Uebertretungen der Befehle des Herrn ahnden dürfte, so kann dem Herrn eine mäßige Züchtigung nicht abgesprochen werden z). Mishandelt aber die Dienstherrschaft das Gesinde ohne Ursache, so ist es keinem Zweifel unterworfen, daß die Injurienklage wider die Herrschaft statt hat, und sie zu aller rechtlichen Genugthuung angehalten werden muß a).

Die Rechte der Dienstboten (S. 280) bestehen darin:

1) daß

y) Herr HR. Glück a. a O. Thl. 2. S. 145. Herr GTR. Höpfner über die Instit. §. 70. S. 91. Strubens Bed. Thl. 3. S. 153. LEYSER Spec. 16. med. 4. MÜLLER ad LEYSER. Obs. 86. BECHMANN Diss. cit. c. 4. §. 51. SCHEFFER Diss. de iure famulorum, c. 3. §. 3.

z) MEVIUS ad Ius Lub. Part. III. Art. 10. n. 13. 15. Glafeys Vernunft- und Völkerr. S. 920. Strubens Bed. Thl. 3. Bd. 39. S. 153.

a) LEYSER Spec. 546. med. 13. 14. 15. Traug. THOMASIUS D. an serui et ancillae actionem iniuriarum habeant. HOMMEL Rhapf. Obs. Vol. II. Obs. 269. Pag. 71. MEVIUS Part. IV. Dec. 19. Fischers Cameralr. 1ster Band. §. 1343. Quistorps peinl. Recht, Thl. 1. S. 461. Dorns peinl. Recht, Thl. 1. S. 345.

1) daß jeder Dienstbote den versprochenen Lohn erhalten muß. Ist es ausgemacht, wenn, und in was für Münze er ausgezahlt werden soll, so geht es darnach; ausserdem aber wird er verhältnißmäßig nach der Zeit bezahlt, die einer gedient hat. Hat sich also ein Domestique 30 Rthlr. Lohn auf ein ganzes Jahr ausbedungen, so kann er nach Verlauf eines Vierteljahrs 7 rthlr. 12 gr. verlangen. Nach altem gemeinen Herkommen haben Dienstboten, welches auch durch viele besondere Gesetze bestätigt ist, wegen ihres rückständigen Lohns, bey entstehendem Concurse ein absolutes Vorzugsrecht [b]); wiewohl solches hin und wieder neuerlich auf den Rückstand von den letzten zwey oder drey Jahren eingeschränkt worden [c]).

2) Ein Dienstbote hat ferner das Recht, alles zu verlangen, was ihm an Essen, Trinken und Geschenken versprochen worden. Diese beyden Arten der Rechte gründen sich auf den geschlossenen Miethcontract.

3) Behält ein Domestique alle Rechte, die er vorher bereits hatte, ehe er sich vermiethete, und welche unbeschadet seines Dienstes ausgeübt werden können. Daher kann er Erbschaften thun, Verträge mit andern Personen schließen, und Arbeiten verrichten, die ohne Vernachläßigung des Dienstes geschehen können.

Endlich muß ich noch bemerken, daß der Contract zwischen der Herrschaft und den Dienstboten, seiner Natur nach nichts anders ist, als die bey den Römern so genannte locatio operarum; da aber dennoch bey ihnen diese für Geld dienende Menschenclasse nicht gewöhnlich war, so müssen die Rechte und Verbindlichkeiten der Herrschaft und des Gesindes, so weit sich solche nicht auf Zusagen beyder Theile

b) Sachsenſp. Buch 1. Art. 22. MEVIVS ad Ius Lub. Part. III. tit. 1. Art. 11. n. 56. de PVFENDORF Obſ. Tom. I. Obſ. 104. 205. G. L. BOEHMER D. de iure merced. opif. in conc. credit. §. 15. in *Eius* Elect. Tom. I. Pag. 399. Gmelins Ord. der Gläub. Cap. 2. §. 7.

c) Estors bürg. Rechtsgel. Thl. 1. §. 496.

Theile gründen, mehr aus den besondern Dienstboten- oder Gesindeordnungen hergeleitet, oder der localen Observanz gemäß beurtheilt werden [d]).

§. 122.

Von den römischen Sclaven, unsern Leibeigenen und Miethgesinde müssen endlich auch noch unsere so genannten Bauern unterschieden werden. Der Ausdruck Bauer wird in sehr verschiedner Bedeutung genommen, aus deren Vermischung große Irrthümer entstehen können, daher ganze Abhandlungen [e]) über den Begriff geschrieben worden.

1) Werden bisweilen alle Personen, die auf Dörfern leben, Bauern genennt, welcher Ausdruck aber mehr in der lateinischen Sprache vorkommt. Dörfer in politischer Bedeutung sind Gemeinheiten oder Gesellschaften, deren Absicht der Ackerbau und die Viehzucht ist; im geographischen Verstande aber versteht man den Ort darunter, wo eine solche Gesellschaft wohnt [f]). Diese Dörfer sind entweder unmittelbare Dörfer, die man gewöhnlich Reichsdörfer [g]) nennt, und mittelbare Dörfer, wovon

d) Hevmann Initia iuris politiae Germanor. c. 21. §. 185. Pag. 228. Illust. I. G. Baver D. de admittendo famulitii hodierni in fauorem domini testimonio, in *Eius* Opusc. Tom. I. n. 42. de Pvfendorf Obs. Tom. II. Obs. 14. Strubens Bedenk. Thl. 3. Nr. 96. und 107. Thl. 5. Nr. 99. Joh. Lor. Dorn ausführl. Abhandl. des Gesinderechts, Erl. 1794. 8.

e) Wolfg. Fr. Schroedter D. de notione rusticorum in Germania, Götting. 1743.

f) Ah. Fritsch D. de statu et iure pagorum Germ. in *Eius* Opusc. Nr. 19.

g) Lvnz D. de Pagis Imperii immediatis, Arg. 1738. Jenichen von Reichsdörfern; steht vor Lünigs wohlstilisirtem Schreiben, Leipz. 1746. 8. und ist auch besonders abgedruckt zu Leipzig 1747. 8. 1768. 4. Moser von teutsch. Reichsst. S. 1507. ff. v. Dachröden Versuch eines Staatsrechts, Gesch. und Statistik der freyen Reichsd. in Teutschl. Thl. 1. Leipz. 1755. 8.

von jene den höchsten Reichsgerichten unmittelbar unterworfen sind, diese aber die Landeshoheit eines teutschen Reichsstandes anerkennen müssen. Die mittelbaren Dörfer heißen auch Landdörfer, und man theilt sie in Amtsdörfer und Gerichtsdörfer, wovon die ersten unter einem landesfürstlichen Beamten stehen, diese aber der Erbgerichtsbarkeit einer Gutsherrschaft unterworfen sind. In diesen Dörfern hat man Personen, welche gewissermaßen als Vorgesetzte der Gemeinde zu betrachten sind. Ihr Name ist nach dem Unterschiede der teutschen Provinzen verschieden, indem sie Dorfschulzen, Gräben, Heimbürgen, Bauermeister, Richter genennt werden h). Dieser Mann ist gewissermaßen Director der Bauergemeinde. Er ruft dieselbe zusammen, macht ihr die Rescripte und Befehle des Gerichtsherrn oder landesfürstlichen Beamten bekannt; er sorgt für die öffentliche Sicherheit und die Erhaltung der Dorfsgewohnheiten, zeigt der Obrigkeit die Laster an, und macht im Fall der Noth selbst Anstalten, sie abzuschaffen; er sagt die Gemeindeabgaben an, und nimmt sie in Empfang zur Ablieferung; in Sachen, die den Ackerbau und die Viehzucht betreffen, kann er Zeugnisse ausstellen. Ihm sind gewisse Schöppen an die Seite gesetzt, welche er zu Rathe ziehen muß, und deren er sich bedient, um seinen Attestaten Glaubwürdigkeit zu verschaffen. Daß er keine Gerichtsbarkeit habe, versteht sich von selbst.

2) Im juristischen Verstande heißt Bauer eine solche Person, die auf dem Lande lebt, und sich mit dem Ackerbau beschäftigt. In dieser Bedeutung des Worts gehören selbst die Leibeigenen dazu; denn das Wort kommt von bauen her, daher sie Ackerleute, Landleute genennt werden i). In der Glosse des Sächsischen Weichbildes Nr. 3. §. 3. und des Sachsenspiegels Buch 3. Art. 42.

h) Westphals Privatrecht, Thl. 1. S. 243. Strubens Thl. 5. Bed. 23.

i) Gryphen Discept. forens. Pag. 1062. Riccii Spicil. iur. germ. Pag. 131.

42. heißt es: Zu einer Auflösung sollt ihr wissen, daß etlicher Dienst liegt auf dem Manne, etliche auf dem Gute. Der Dienst, der auf dem Manne liegt, der macht ihn eigen, darum muß aber der Mann dienen, dem das Gut ist, darum, daß er das Gut halten will [k]).

3) In der dritten und im teutschen Rechte üblichen Bedeutung ist blos derjenige ein Bauer zu nennen, der ein Bauergut, oder wenigstens Bauerländerey besitzt. Man unterscheide also einen Bauer von solchen Personen, die zwar auf dem Lande wohnen, aber doch eigentlich keine Bauern sind. Auf die Wohnung und Beschäftigung allein kommt es nicht an; so wie denn auch das Leben auf dem Dorfe zum Begriff des Bauern nicht wesentlich nothwendig ist. Der Bauer würde, schreibt der Herr GJR. Westphal, nicht aufhören ein Bauer zu seyn, wenn er auch in die Stadt zöge, dabey aber seine Bauerwirthschaft noch fortsetzte [l]). Wenn man, wie Schröter in der angeführten Abhandlung sagt: rustici sunt illi homines, qui in iure viuunt, ruraque colunt, so werden der Bauerknecht, der Dorfedelmann, der Landpächter, der Priester und vielerley andere Personen zu Bauern gemacht, die doch keine sind. Es kommt nicht darauf an, wie viel Bauerländerey Jemand besitzt, obgleich der so zwey oder vier Pferde halten kann, im vornehmern Verstande, Bauer heißt. Ein Bauergut aber ist, ein zur Landwirthschaft, das heißt, zum Ackerbau und zur Viehzucht bestimmtes Grundstück, welches den gemeinen Steuern und bäuerlichen Lasten unterworfen ist. Diese bäuerlichen Lasten bestehen im Grundzins und Frohndiensten. Diese Bauern sind in Teutschland, wie in allen europäischen Staaten, die unterste aber zugleich die zahlreichste und nützlichste Volksclasse. Ihre eigenthümlichen Rechte grün-

k) Gottl. Struvius D. de rusticis neque seruis romanis, neque rusticis, Viteb. 1732. Hennanns Geist der Gesetze, Cap. 13. §. 2. S. 19.

l) Westphals Privatrecht, Thl. 1. S. 241.

gründen sich alle auf ursprünglich teutsches Herkommen; wogegen auch der subsidiarische Gebrauch des römischen Rechts wenig vermocht hat, weil die Römer diese Art Bauern gar nicht hatten [m]). Die Rechte, welche ihren heutigen Zustand betreffen, sind zwar nach den verschiednen Arten ihrer Güter, und der Contracte, wodurch ihnen die Bewirthschaftung derselben überlassen worden, in den teutschen Provinzen sehr verschieden; es können aber gleichwohl, nicht nur die beyden Hauptklassen, Leibeigene und freye Bauern, in eine allgemeine Betrachtung gezogen werden; sondern es lassen sich auch aus der Natur des Erbrechts und des Eigenthums, welches die Bauern an ihren Gütern haben, desgleichen aus der Natur ihrer Dienst- und Zinspflicht allgemeine Rechtsgrundsätze ableiten, daher wir viele Schriften [n]) über das allgemeine Bauerrecht haben, mit deren Hülfe man sich mit den besondern Abweichungen der Provinzialbauerrechte leicht bekannt machen kann.

Nachdem vom Begriff der Bauern das Wichtigste bemerkt worden, so muß über ihren Unterschied und Ursprung das Nöthige gesagt werden. In Rücksicht auf ihren persönlichen Zustand findet ein doppelter Unterschied statt; denn eine große Anzahl derselben sind für ihre Person

m) Leyser Spec. 416. med. 1. Spec. 417. med. 5. I. H. Boehmer D. de iure et statu hominum propr. etc. in Exerc. ad Pand. Tom. I. Exerc. 18. Pag. 736. Seip D. de statu rusticorum ex medii aeui rationibus caute diiudicando, Gött. 1749.

n) G. W. Leiser Ius georgicum, Lipſ. 1698. 1713. 1741. fol. de Lvdewig de iure client. Hal. 1714. 4. Sect. 2. 3. Pag. 75. de Goebel de iure et iudicio rusticorum, Helmſt. 1742. 4. Deneckens Dorf- und Landrecht, Frankf. 1739. 4. Rohrs Haushaltungsrecht, Leipz. 1716 4. Buri von Bauergütern, Gieſſen 1783. 4. Klingners Sammlungen zum Dorf- und Bauernrechte, 4 Thle. in 4. Leipzig 1749. v. Beneckendorf Oeconomia forenſis, 8 Bände, in 4. Berlin 1775 — 1784. Deſſelben Auszug aus der Oecon. forenſ. 3 Bde. in 4. Berlin 1783.

Person freye Leute, und nur wegen des Besitzes ihrer Güter müssen sie gewisse, ihnen ganz eigene Lasten tragen; eine andere Classe dieser Bauern hingegen, ist diese Pflichten nicht blos als Gutsbesitzer zu erfüllen schuldig, sondern weil sie für ihre Person dem Eigenthumsrechte des Leibherrn unterworfen sind. Jene Bayern heißen freye; diese aber nennt man leibeigene Bauern. So wenig nun die Freyheit der erstern, nach dem Stande der freyen römischen Landleute beurtheilt werden darf, wie außer den S. 288 angeführten Schriften, auch vom Mevius o) gezeigt worden; eben so wenig sind die unfreyen teutschen Bauern als römische Sclaven, oder gar als Sclaven des heutigen Völkerrechts zu betrachten; vielmehr müssen sie als wahre Mitglieder der bürgerlichen Gesellschaft, zu der sie gehören, betrachtet werden, wie wir bereits S. 266 gesehen haben. Sehr bestimmt characterisirt die Glosse zum Sachsenspiegel Buch 3. Art. 42. §. 5. S. 374 der Zobelschen Ausgabe, Leipzig 1682. in Folio, die teutsche Leibeigenschaft in der gegenwärtigen Rücksicht, indem es daselbst heißt: Es folgt nicht, daß alle Diener eigen sind. Diß löß also. Etliche Dienstbarkeit lieget auff eim manne also, daß er dienen muß, und diese sind eigen. Etlicher Leut Dienstbarkeit aber liegt allein auff ihrem gut, also das wer dasselbig Gut hat, muß davon dienen. Darumb ist ein Unterschiedt zu halten zwischen den eigenen und dienstmannen.

Herr RR. Eichmann schreibt S. 362 des 2ten Theils seiner Erklärungen: Man versteht heutiges Tages eigentlich unter den Bauern solche freye Leute in den Dörfern, welche den Acker bauen, und wegen der Grundstücke, die sie besitzen, größtentheils gewisse Dienste und Zinsen leisten müssen p). Alle Bauern in diesem Verstande sind zwar

o) Mevius vom Zustand der Bauern, S. 3.

p) I. H. Boehmer D. de imperfecta rusticorum libertate, Hal. 1732. de Goebel de iure et iudicio rusticorum fori german. Helmst. 1742.

zwar freye Leute, weil sie für ihre Person keine Dienste leisten, es müßten denn solche seyn, die ihnen als Unterthanen obliegen; hingegen Leibeigene müssen für ihre Person Dienste thun; mithin ist der Unterschied unter den Bauern in dieser Bedeutung, und den Leibeigenen ganz klar; so wie auch daraus erhellet, daß der Bauer, wenn er seine Grundstücke nicht mehr hat, sich nach Gefallen wegbegeben kann, und keine Dienste mehr zu leisten braucht, hingegen ein Leibeigener auch ohne Hinsicht auf die Grundstücke, welche ihm der Eigenthumsherr gegeben hat, seine Dienste verrichten muß (S. 260). Da nun aber Leibeigene ebenfalls Bauern genennt werden, so muß man, wenn das Wort Bauer vorkommt, aus den Umständen beurtheilen, was für eine Art Bauern gemeynt sind. Kann hieraus kein richtiger Schluß gemacht werden, so muß man vermuthen, daß freye Bauern verstanden werden; denn von Natur ist kein Mensch leibeigen, sondern ein solches Verhältniß setzt Handlungen zum Voraus, welche nicht vermuthet werden können, sondern zu beweisen sind. Diese allgemeine Vermuthung kann aber alsdenn nicht statt finden, wenn von einem Lande oder Gute die Rede ist, in welchem zeither blos Leibeigene die Güter bearbeitet haben q). Da nun bey Bestimmung der Rechte und Verbindlichkeiten der Bauern, auf ihren Zustand im Mittelalter Rücksicht genommen werden muß r), so kommt es auf die historische Untersuchung an, was es ehedem mit der Freyheit der Bauern für eine Beschaffenheit gehabt habe. Viele Rechtsgelehrte glauben zwar, daß dieselben ehemals alle Leibeigene gewesen. Diese Hypothese hat insonderheit Estor in die teutsche Jurisprudenz gebracht, und darauf viele den Bauerstand drückende

q) Riccivs Spicil. iur. germ. Pag. 132.

r) Seip D. de statu rustic. ex medii aeui rationibus caute iudicando, Gött. 1748.

ckende rechtliche Folgen gebauet [s]); allein andere leugnen dieses nicht ohne Grund. Man kann vielmehr behaupten, daß unsere Bauern von Freygebohrnen abstammen, und nur ein kleiner Theil ehedem Leibeigene gewesen sind. Wir erkennen dieses α) aus den Umständen der alten Teutschen vor Erbauung der Städte. So lange man in Teutschland noch keine Städte hatte, lebten alle Teutsche auf dem Lande, Freye und Knechte, und nährten sich vom Ackerbau. Da nun nicht jeder Freye so viel Grundstücke hatte, daß er nebst den Seinigen davon leben können, kein Handel getrieben wurde, und von Handwerkern auch keine Kenntniß da war, so mußten diese andere Landsleute, die viel Aecker hatten, zu bewegen suchen, daß sie ihnen gegen Uebernahme gewisser Dienste und Zinsen, eine Anzahl Länderey überließen. Erhielten sie auf diese Art Grundstücke, so waren sie darauf bedacht, solche bey ihrer Familie zu erhalten; wodurch denn diejenige Classe der Teutschen entstand, welche wir Bauern nennen. Durch einen solchen adventizischen Zustand litt aber ihre freye Geburt gar nichts; daher werden sie β) in den Gesetzen und Urkunden, Freygebohrne genennt, und von den Unfreyen genau unterschieden; sie heißen freye

s) S. dessen Abh. de praesumtione contra rusticos in causis operarum harumque redemtione. Sie steht als Vorrede vor Melch. Deth. GROLLMANN Diss. triga de operarum debitarum mutatione, Giessae 1734. Dawider schrieb Io. Leonh. HAVSCHILD Opusc. hist. iurid. de praesumtione pro libertate naturali in causis rusticorum, Lipsi. 1738. Hierauf wurde jene Estorische Vorrede zu Jena 1742. als eine besondere Schrift umgearbeitet abgedruckt, worin der Verfasser etwas mildere Grundsätze aufstellte. Darauf gab Hauschild, Beyschriften von Bauern und Frohnen heraus, Dresden 1744. 8. Nun fand Estor einen Vertheidiger an Ioach. Iac. REINECCIVS Comm. de rustico quondam seruo, Ien. 1745. 4. Dawider ist gerichtet A. Rud. Ios. BÜNEMANN Adsertio de rusticorum libertate et operis contra REINECCIVM, Han. 1750. Zuletzt beschloß diesen Streit Hauschild in den juristischen Abh. von Bauern und Frohndiensten, Dresd. 1771. 4. worin man alles antrifft, was diesen historischen Streit mit seinen juristischen Folgen betrifft.

Menschen, die nichts Eigenes haben, und schlecht leben müssen t). Diese Beschaffenheit blieb auch, γ) nachdem Städte erbaut worden waren, indem sowohl diejenigen, welchen der Ackerbau, woran sie bereits gewohnt waren, besser gefiel, als die Arbeiten in den Städten; als auch die, welche sich vermittelst eines beständigen Vertrags zu dieser Lebensart verbindlich gemacht hatten, dieselbe fortsetzten. Dergleichen freye Leute mußten sich zwar bisweilen sehr harten Bedingungen unterwerfen, weil es viele gab, die gern Grundstücke auf die Art übernahmen; sie blieben aber dennoch Freygebohrne, und werden in Urkunden unter verschiednen Benennungen beständig von Unfreyen unterschieden u). In solchen Provinzen, wo die Ueberwinder der Slaven sich niedergelassen, oder wohin Slaven versetzt worden waren, wurden viele vorher freye Bauern durch die Vermischung mit den Leibeigenen ebenfalls dazu gemacht. Von andern Ländern kann man dieses aber nicht sagen, weil die Bauern daselbst noch immer als Freye und Freygebohrne angesehen worden x). δ) Wären alle unsere Bauern Leibeigene gewesen, so hätten sie die Rechte der Freygebohrnen nicht gehabt, wie bereits bewiesen worden. ε) Kann man den ehemaligen unfreyen Zustand derselben keinesweges daraus beweisen, weil sie Abzugsgeld erlegen, und Zinsen und Frohnen leisten müssen. Das Recht, Abzugsgeld zu fordern, hat einen ganz andern Grund, und

t) Capitul. Ludouici Pii de anno 836. in BALVZ. I, 864. Capitul. Carol. M. in ECKHARDT Franc. orient. Pag. 915. Charta Hartuichii de anno 804. in HONTHEIM. I, 154. Charta in SCHANNAT Vindem. litt. T. I. n. 55.

u) Praeceptum Ludou. Pii de confirm. priuil. eccles. apud BALVZ. II, 1405. §. 10. 11. 12. Codicillum Frider. I. in SCHANNAT Coll. sec. vind. litt. GRVPEN Obseruat. Pag. 1057. de SELCHOW de statu ingen. §. 20.

x) Charta de ann. 1339. apud SCHEID. Pag. 485. in GOEBEL tr. de iure et iud. rust. c. 1. §. 27. Pag. 50. MARTENE Collect. Diplom. Tom. I. Pag. 41. DVELLII Miscell. Lib. II. Pag. 162.

und wird noch heut zu Tage von freyen Personen gefordert. Eben so kann auch von der Leistung gewisser Zinsen und Dienste, auf keinen unfreyen Zustand geschlossen werden. Zwar ist nicht zu leugnen, daß Adeliche, welche Bauergüter erwarben, nicht nur die Entrichtung der Zinsen, und die Leistung der vorher damit verknüpften Dienste verweigert, ja sich auch nicht einmal zu Erlegung öffentlicher Abgaben verstanden haben; woher das Sprüchwort entstanden: frey Mann, frey Gut; diese Befreyung liegt aber in der Verbindlichkeit des Adels zu Kriegsdiensten, daher er mit allen andern Lasten verschont bleiben mußte. In der Folge mußten sich aber die Adelichen ebenfalls zu Uebernehmung der auf einem Bauergute liegenden Beschwerden verstehen, wenn sie solche an sich bringen wollten, welches auch heutiges Tages der Fall ist y). ζ) So wenig man also im Stande ist, zu beweisen, daß alle Bauern ehemals Leibeigene gewesen, eben so wenig läßt sichs behaupten, daß mit ihnen eine allgemeine Freylassung vorgenommen worden, wodurch sie die Bauerrechte erlangt hätten. Hierzu kommt, η) daß man bey einem zweifelhaften Falle aus eben dem Grunde, worauf die Vermuthung für die Freyheit überhaupt beruht, annehmen muß, daß ein Mensch ein Freygebohrner sey, bis das Gegentheil erwiesen werden kann. Der Zustand unserer Bauern wurde im 15ten und 16ten Jahrhundert sehr verbessert, nachdem die Fürsten sie mit vielen Abgaben beschwerten. Obwohl anfangs nur die Bauern auf ihren Cammergütern, zu Entrichtung der so genannten Steuern angehalten werden durften, so fiel diese Last doch gar bald auch auf die andern Bauern, ja so gar die Hintersassen der Geistlichkeit wurden nicht verschont z). Dieses machte nicht nur die Ausgabe bey Kriegszeiten nothwendig, sondern oft andere Lasten, die den Cammergütern

y) Dreyers Abh. von den adelichen Hintersassen, in seinen verm. Schriften, Thl. 1. S. 360.

z) Strubens Nebenst. Thl. 2. S. 284.

zu schwer fielen, gaben dazu Gelegenheit. Es wurden zu dem Ende so genannte Landbeeden ausgeschrieben [a]). Nicht selten verweigerten die Landstände ihre Bewilligung, weil ihre Bauern ihnen schon so viel Dienste und Zinsen leisten mußten; allein in einem solchen Falle suchten sich die Landesherren mit kaiserlichen Verordnungen zu helfen. Als in der Folge der Hussiten Krieg veranlaßte, daß in Teutschland das Kriegswesen ordentlich eingerichtet, und anstatt der alten Heersfolge Regimenter besoldeter Soldaten aufgerichtet wurden, auch man nicht nur bey Gelegenheit des Krieges wider die Türken, welche ganz Teutschland in Gefahr setzten, nachdem sie dem griechischen Kaiserthume ein Ende gemacht hatten, sondern auch bey den nachher entstandenen Kriegen gefunden hatte, daß es nothwendig sey, beständig eine Anzahl Regimenter Soldaten zu unterhalten, gleichwohl die Landesherren nicht im Stande waren, von ihren Einkünften einen solchen Aufwand zu bestreiten; so sahen sich die Landstände genöthigt, zuzugeben, daß auch ihre Bauern mit ordentlichen Abgaben von den Landesherren beschwert wurden. Weil aber nunmehr die Bauern anfiengen, sich über ihren elenden Zustand zu beklagen, und die Unmöglichkeit vorschützten, ihren Herrschaften die vielen Frohnen und Zinsen, und dem Landesherrn seine verlangten Abgaben zu entrichten, so wurde in den mehresten Provinzen, der Zustand der Bauern, in Rücksicht auf ihre Herrschaften, unter dem Vorwande der Nothwendigkeit etwas verbessert; nachdem bereits lange vorher der Zustand der landesherrlichen Bauern, etwas genauer bestimmt worden war. Daher findet man auch, daß die Erbbücher, die Erbregister der Cammerbauern größtentheils viel älter sind, als die auf den Edelmannsdörfern.

Der Hr. HR. Runde trägt S. 375 folgende Grundsätze vom Zustande der teutschen Bauern in den ältern Zeiten,

a) Chronic. Mellicense in Pez Rer. Austr. Tom. I. Pag. 246.

ten, und der damit geschehenen hernachmaligen Veränderung, vor, indem es daselbst heißt: der Unterschied zwischen freyen und leibeigenen Bauern, hat in Teutschland von den frühesten Zeiten an, statt gefunden; und es ist eine ganz irrige Vorstellung, wenn man sich den ursprünglichen Zustand der teutschen Bauern als durchweg sclavisch gedenkt, welche Hypothese insonderheit Estor (S. 291) in die teutsche Jurisprudenz gebracht, und darauf viele dem Bauerstand drückende rechtliche Folgen gebauet hat. Völlig ungerecht wird aber die Behauptung, wenn man aus einer so unsicheren Voraussetzung Schlüsse zieht, nach welchen der Bauer in Ansehung seiner heutigen Verbindlichkeiten sich richten lassen soll. Wiewohl übrigens nicht zu leugnen ist, daß Leibeigenschaft unter den teutschen Bauern in den ältern Zeiten viel gemeiner und drückender war, als heut zu Tage; und daß auch in den meisten Provinzen, worin nunmehr der Bauer nach der Regel persönlich frey ist, der größere Theil ehedem leibeigen gewesen sey [b]).

Die in dem Zustande teutscher Bauern erfolgte große Veränderung, ist nicht das Werk einer plötzlich über ganz Teutschland ergangenen Revolution; sondern mehrere nicht überall in gleichem Grade wirksame Ereignisse verschiedner Zeiten, haben in dem größern Theile von Teutschland den Grad der Freyheit bewirkt, welchen der Bauer nunmehr genießt [c]). Insonderheit verdienen in diesem Betracht erwogen

b) Anwendungen dieser gemeinen Beobachtung auf besondere Lande, s. z. B. in (von Kleinmayern) Nachrichten von Juvavia, S. 555. Spittlers Gesch. des Fürstenth. Hannover, Thl. 1. S. 105—115. und bey Struben de iure villicorum, cap. 8. §. 8. 11. cap. 5. 7. 8.

c) I. H. Boehmer D. de libert. imperfecta rusticorum in Germania, §. 17—20. in *Eius* Exercit. ad Pand. Tom. I. Pag. 845. Herr HR. Runde in der Abhandl. Vergleichung des ehemaligen und heutigen Zustandes der teutschen Bauern und Untersuchung der Mittel, wodurch die erfolgten Veränderungen in dem

wogen zu werden; 1) die mehrere Ausbreitung des Christenthums, welche eine große Menge Bauern unter den Krumstab brachte, von dem sie sanfter behandelt wurden [d]). Was für Mittel sich die Geistlichkeit bisweilen erlaubte, die Predigt des Christenthums zu einer Freyheitspredigt zu machen, ist durch Beyspiele bewiesen worden [e]). Es gehören 2) hierher die Creutzzüge [f]), und die daher und aus mehr andern Ursachen 3) erfolgte Nothwendigkeit, verlassene Bauergüter an fremde Colonisten zu überlassen, welche sich nur auf freyen Leuten anständige Bedingungen ansiedelten [g]); 4) der zunehmende Flor der Städte, welcher so manchem entlaufenen Bauer eine Freystadt darbot; 5) die Anlegung der Universitäten in Teutschland, und der damit beförderte Gebrauch des römischen Rechts; endlich 6) hat aber ohne Zweifel der Bauernkrieg den vielen kleinen Tyrannen zur nachdrücklichsten Warnung gedient, auch Bauern nicht zu Entschlüssen der Verzweiflung zu bringen;

dem teutschen Bauernstande bewirkt sind, in den Memoires de la Societé des Antiquités de Cassel, Tom. I. (à Cassel 1780. 4.) S. 252 — 272.

d) KRESS de paroemia unter Krumstab ist gut wohnen, §. 8. Chr. Lud. CRELL D. de rusticorum dotalium immunitate a iurisdictione et oneribus publicis, Vireb. 1755.

e) Historische Abhandl. von der Unterthänigkeit und Leibeigenschaft im Königreich Böhmen, Prag 1775. 8.

f) I. H. BOEHMER D. de varia iurium innouatione per expeditionem cruce signatorum, c. 2. §. 9. in Exerc. ad Pand. Tom. I. Pag. 325.

g) SCHOTTELIVS de singul. in Germ. iurib. c. 2. §. 13. Pag. 48. J. Ch. Lesser von den Flämischen Rechten und Gütern in der güldenen Aue, ohnweit Nordhausen, Nordhausen 1755. Ioh. EELKING (eigentlich C. Cas. WVND) D. de Belgis seculo XII. in Germania aduenis variisque institutis, atque iuribus ex eorum aduentu ortis, Gött. 1770. J. G. Hoche hist. Untersuchung über die niederl. Colonien in Niederteutschland, Halle 1791. 8.

gen [h]); wenigstens sind seitdem die Landesordnungen voller Vorschriften wegen glimpflicher Behandlung derselben.

So begreiflich diese Thatsachen, den großen Abstand der ehemaligen und heutigen Lage der teutschen Bauern machen; so richtig ist die daraus entstehende Folge, daß bey Beurtheilung der rechtlichen Verhältnisse nicht mehr auf die alte Verfassung, sondern allein auf die gegenwärtigen Umstände Rücksicht zu nehmen sey; und daß der Bauer so gut, wie jeder andere Unterthan, bey dem Grade von Freyheit und Eigenthum geschätzt werden müsse, zu dessen Besitz er wirklich gelangt ist. Da aber über dieses die angeführten großen Begebenheiten, nicht in allen Provinzen zu gleicher Zeit und gleich stark gewirkt haben, so erklärt sich hieraus zugleich die große Mannigfaltigkeit der Bauerrechte, welche keinen sichern Schluß von einer Provinz auf die andere, ja oft nicht einmal von einem Amte und von einem Dorfe auf das andere erlaubt. In allen Fällen muß man vielmehr zunächst den Besitzstand, und die Localverfassung vor Augen behalten; alsdenn aber die Entscheidungsgründe aus den gewöhnlichen Quellen des Dorf- und Bauernrechts hernehmen [i]).

Die Rechte und Verbindlichkeiten der Bewohner der mittelbaren Dörfer werden beurtheilt, 1) nach den Verträgen, welche ganze Gemeinden, oder einzelne Mitglieder derselben mit ihrem Guts- und Gerichtsherrn geschlossen haben; 2) nach den hierauf sich gründenden Lagerbüchern, Erbbüchern, Flurbüchern, Heberegistern [k]); 3) nach den

h) G. Sartorius Geschichte des teutschen Bauernkriegs, oder der Empörung in Teutschland zu Anfang des 16ten Jahrhunderts, Berlin 1795. 8.

i) de Ludolf de iuris colonarii in Germania diuersitate, eiusque adminiculis generatim; in *Eins* Obseruat. for. Tom. II. Obs. 148. Pag. 145. Struben de iure villicorum, cap. 2. §. 1. Pag. 35. Desselben rechtl. Bed. Thl. 3. S. 435.

k) Engau de librorum quos Grenz-Lager-Bücher, Fluhrläufer, Erbbücher und Heberegister dicere solemus, forma, continuatione, renouatione fideque varia, Frf. 1756. 4.

Dorfstatuten; 4) nach den Eigenthumsordnungen und Eigenbüchern, wenn der Bauer der Leibeigenschaft unterworfen ist; 5) nach den allgemeinen Dorfordnungen, Grebenordnungeu, Schulzenordnungen, Ackerordnungen [l]) eines jeden Landes; oder 6) nach dem, was in den allgemeinen Landesordnungen den Zustand der Bauern Bestimmendes anzutreffen ist. Bey alle dem bleibt noch 7) das Herkommen oder eine große Menge Gewohnheitsrechte, samt der rechtlichen Natur der Bauergüter und des Verhältnisses, worin der Bauer gegen seinen Gutsherrn steht, die Hauptquelle der Dorf- und Bauernrechte.

Die unter den Quellen des besondern Dorf- und Bauernrechts so eben erwähnten Dorfstatuten, finden sich in den Dörfern bey weitem so häufig nicht, als diese Art der Entscheidungsnormen in den Städten anzutreffen ist [m]). Die Ursachen hiervon bestehen darin: daß 1) der größte Theil der Bauern ehedem leibeigen war (S. 295), und in diesem Zustande von keiner Autonomie Gebrauch machen konnte; 2) die wenigen ursprünglich freyen Gemeinden sind in neuern Zeiten meistens Flecken oder Städte geworden; und nachdem 3) die Bauern mehr zur persönlichen Freyheit gelangt sind, war es gewöhnlicher, neue Rechte durch die gesetzgebende Gewalt, als durch Autonomie zu bestimmen.

Die so genannten Bauerköhre, rechnet man ebenfalls unter die besondern Quellen des teutschen Bauernrechts. Darunter versteht man Schlüsse, welche die Gemeinden in den

l) Zu einem vorzüglichen Muster dient hier die Hessen-Casselische Grebenordnung vom 6. Nov. 1739. in der Samml. der Hessischen Landesordnungen, Thl. 4. S. 608. ff. Eine im Thüringischen gebräuchliche Dorfordnung siehe in Rohrs Haushaltungsrechte, S. 378. Mehre stehen in Klingners Bauernrechte. Von der Abfassung handelt, Chladenius Versuch über die Einrichtung einer Dorfordnung, Leipzig 1791. 8.

m) Riccius von Stadtges. S. 20. f. Eisenharts Grundsätze Iste Abtheil. Nr. 2. NOLTENIVS de iurib. et consuetud. circa villicos, Pag. 84. 134.

den niedersächsischen Dörfern, unter der Autorität ihres vorgesetzten Beamten oder Gerichtsherrn, über die öffentlichen Angelegenheiten der Gemeinde und die Verwaltung ihrer Güter fassen; und wodurch auch allenfalls Strafen für die Uebertreter solcher Schlüsse festgesetzt werden; in welcher Betrachtung sie also mehr die Polizeyverfassung eines jeden Dorfs, als die Privatrechte und Verbindlichkeiten seiner Einwohner zum Gegenstande haben. Eben diese Bewandniß hat es mit den, unter den Leibeigenen in den Westphälischen Dorfschaften vorkommenden Hofrechten, Hausgenossenrechten und Hofsprachen, welche in eben der Absicht und auf eben die Art errichtet werden, wie die Bauerköhre in Niedersachsen: indessen werden dadurch doch auch noch die besondern hofhörigen Rechte der Leibeigenen bestimmt n).

Es giebt verschiedne Eintheilungen der Bauern, von denen jetzt gehandelt werden soll. Die Bauern sind zwar freye Leute, weil sie für ihre Person keine Dienste leisten, welches das Hauptmerkmal der Leibeigenschaft ist, wenn man diejenigen Dienste ausnimmt, welche sie als Unterthanen zu leisten schuldig sind; da sie aber doch wegen des Besitzes ihrer Güter zu Dienstleistungen verpflichtet sind, so theilt man sie in dieser Rücksicht

1) in freye Bauern und nicht ganz freye Bauern ein. Letztere sind solche, welche die ordentlichen Bauerverbindlichkeiten, die in Zinsen und Frohnen bestehen, erfüllen müssen; zu jenen gehören aber alle diejenigen, welche entweder ganz oder doch größtentheils davon frey sind. Von dieser Gattung freyer Bauern kommen in Teutschland folgende Beyspiele vor, und zwar 1) die reichsfreyen Leute in den unmittelbaren Reichsdörfern; 2) die Eigenthümer der sattelfreyen Güter; 3) die Besitzer der in mehrern Gegenden des nördlichen Teutschlands befindlichen Holländ-

n) Joh. Chstph. Strodtmanns Abh. von hofhörigen Rechten, Götting. 1754. 8.

Holländereyen und Flämischen Güter; 4) die Wetter-freyen Leute, desgleichen die Ravensbergischen Freyen und die Peterlinge in Westphalen [o]); 5) die so genannten sieben freyen Meyer in der Grafschaft Hoya [p]); 6) die Freymänner im Amte Wolfenbüttel und den beyden Dörfern Sickte [q]); 7) viele Freybauern im Hildesheimischen, z. B. die Freydingshöfe im Amte Steuerwaldt [r]); 8) die Besitzer der Freygüter im Erfurtischen [s]); 9) die Freylansten und Adelbonden im Hollsteinischen [t]); und 10) die Bauern in Ostfriesland, die daselbst unter der Benennung Hausmänner eine eigene Classe der Landstände ausmachen [u]). Außer diesen Beyspielen von freyen Eigenthümern ihrer Bauergüter, die unter besondern Namen, auch wohl als ganze Gemeinden hin und wieder vorkommen, finden sich noch unter den unfreyen Bauern, in vielen Gegenden, einzelne freye Güterbesitzer, die entweder ein ursprünglich freyes Eigenthum inne haben, oder solches auf eine gute Art und bey günstigen Zeitumständen erworben haben.

II) Sind die Bauern entweder ursprünglich teutsche Bauern, oder nicht. Zu diesen letztern gehören diejenigen, welche aus den Niederlanden, Flandern, u. s. f. nach Teutsch-

o) de Lvdolf Obs. Part. II. Obs. 152. 155. Buri von Bauerg. S. 610.

p) de Pvfend. Obs. Tom. II. Obs. 84. Boehmer Consult. Tom. I. Part. II. nr. 73.

q) Herr von Selchow im Braunschw. Lüneb. Privatrecht, §. 207.

r) von Buri von Bauerg. S. 282.

s) Churf. Maynz. ern. Freyzinsordn. für die Stadt Erfurt vom 13. Apr. 1718. in den Maynz. Verordn. für Erfurt, S. 177—184. Gvdenvs hist. Erf. Pag. 30. Falkensteins Hist. von Erf. S. 56. Fabers Abh. von Freygütern und Freyzinsen im Erf., Erf. 1793. 4.

t) Dreyers Abhandl. Thl. 1. S. 396.

u) Vb. Emmivs de Frisiorum republica, Lugd. Bat. 1616. fol. Pag. 9. Brenneisens Ostfr. Hist. Thl. 1. S. 170. Herr HR. Runde in der Vertheid. der Hildesh. Landesv. §. 86.

Teutschland gezogen sind, und durch Krieg verheerte Grundstücke mit guten Bedingungen zur Bewirthschaftung erhalten haben [x]). Was ähnliches haben damit die Salzburgischen und Pfälzischen Emigranten, denen man hier und da Feldgüter überlassen hat.

III) Lassen sich die Bauern nach Beschaffenheit ihres Gutsherrn eintheilen, dem sie Dienste und Zinsen leisten müssen, nachdem dieses dem Landesherrn, oder einer Privatperson geschehen muß. Im ersten Falle heißen sie herrschaftliche Bauern, Immediatbauern, Cammerbauern, Amtsbauern; im zweyten Falle aber nennt man sie Gutsbauern, adeliche Hintersassen, Junkermayer, Mediatbauern, Gerichtsbauern, wenn ihre Gutsherren entweder Edelleute, oder andere weltliche Personen sind. Gehört das gutsherrliche Recht einer geistlichen Person, so bekommen die Bauern nach Verschiedenheit dieser Personen besondere Benennungen. Diejenigen, welche Kirchen, Capitel, Stifter, Klöster, für ihre Gutsherrschaft anerkennen müssen, heißen, Stiftsbauern, Capitelsbauern, Dotalbauern, Wiedemutsbauern [y]), Gotteshausleute [z]), Heiligenkreutzleute. Bisweilen nennt man sie nach dem Namen des Heiligen, dem die Kirche oder das Kloster gewidmet ist, wozu sie gehören, wie die Benennungen Peterlinge [a]), Petersleute, Pirmannskinder [b]), Mar-

x) Herr von Selchows Abh. von Holländereyen und Flämischem Rechte, in den Hannöv. Beyträg. des J. 1761. S. 649.

y) Heineccius von Dotal- Wiedemuts- oder Pfarrbauern, in s. verm. Anm. und Gutacht. Berlin 1742. 8. S. 74—99.

z) Herr GJR. Böhmers Vorrede zu Strodtmanns Abh. de iure curiali litonico.

a) Kopps Nachr. von Peterlingen in Hessen, der Wetterau und auf dem Vogtsberge, in Kuchenb. Annal. Coll. IX. S. 65—106.

b) de Cramer Obs. Tom. II. Obs. 689. §. 35—39.

Martensmänner c), Ulrichsleute, u. s. f. beweisen. Der geistliche Schutz hat diesen Bauern manche Freyheit erhalten, darauf andere Patrimonialbauern keine Ansprüche machen dürfen. Der Unterschied zwischen herrschaftlichen und Patrimonialbauern ist sehr wichtig; denn die erstern haben nicht nur alles, was sie als Unterthanen zu leisten schuldig sind, sondern auch ihre Bauerbeschwerden, der landesherrlichen Cammer zu leisten, und die Würkung ihres unmittelbaren Verhältnisses zeigt sich ferner auch in Ansehung ihres Gerichtsstandes, der landesherrlichen Verordnungen und der so genannten Cammerausschreiben. Die mittelbaren oder Patrimonialbauern haben außer den landesfürstlichen Steuern, nur ihrem Gutsherrn Abgaben zu entrichten. Diese Bauerbeschwerden werden, außer den mit den Gutsherrn geschlossenen Contracten, blos durch allgemeine Landesgesetze und erwiesenes Herkommen bestimmt. Der Landesherr kann in Ansehung der letztern, ohne Einwilligung der Landstände, wenn sie auch gleich an der Ausübung der gesetzgebenden Gewalt keinen Antheil haben sollten, dennoch nichts verordnen, wodurch die Bauern in solche Umstände gerathen, daß sie entweder so gleich, oder doch künftig, ihre Verbindlichkeiten gegen den Gutsherrn nicht weiter zu erfüllen im Stande sind; denn wohlerworbene Rechte darf kein gerechter Landesfürst nehmen. Außer diesem Falle, sind dem Regenten bey Abfassung der Gesetze, welche die Bauern betreffen, keine andern Regeln vorgeschrieben, als die sind, welche er bey Gesetzen für andere Personen beobachten muß. Braucht er die Landstände gar nicht zu fragen, so wird dieses auch deswegen nicht nöthig, weil das gegenwärtige Gesetz sich zugleich über die Bauern oder Vasallen erstreckt. An sich scheint dieses gar keine Schwierigkeiten zu haben; allein vorkommende einzelne Fälle selbst sind zuweilen allerdings mit anscheinenden Schwierigkeiten verbunden.

IV) Wer-

c) Treuers Unters. des Urspr. und der Bedeutung des Martensmannes, Helmst. 1733.

IV) Werden die Bauern, in Rücksicht des Verhältnisses, worin sie gegen das Dorf stehen, dessen Mitglieder sie sind, in solche eingetheilt, die das Nachbarrecht haben, die nur Grundstücke daselbst besitzen, und welche blos daselbst wohnen. Die von der ersten Art haben alle Rechte und Verbindlichkeiten, die sich sowohl auf ihre Güter beziehen, als von der Wohnung abhängen; die von der zweyten Art genießen nur solche Rechte, welche sich auf den Besitz eines Bauergrundstücks beziehen, und sind auch nur die hierher gehörenden Verbindlichkeiten zu erfüllen schuldig; die leztern endlich genießen nur solche Rechte, und erfüllen auch nur diejenigen Verbindlichkeiten, welche sich auf die Wohnung gründen.

V) In Ansehung der Güter und Ländereyen, welche die Bauern im Besitz haben, theilt man sie in große und kleine Bauern, und zu jener Classe gehören alle, welche nach der Beschaffenheit ihrer Landwirthschaft Pferde halten müssen, wovon sie die Benennung Anspänner, Ackerleute, Fuhrleute erhalten haben. Man macht unter ihnen nochmals einen Unterschied, nach der Größe ihrer Güter, und der Anzahl von Pferden, die zur Bewirthschaftung erfordert werden. Ihre Benennungen sind von der Art des besitzenden Bauerguts, oder des darüber geschlossenen Contracts hergenommen, oder ob sie ein ganzes Gut oder nur ein halbes besitzen; daher die Namen, Vollmeyer, Vollspänner, Ganzspänner, Fuhrleute, Ackerleute, Großbauer, Vollhübner, Halbmeyer, Halbspänner, Halbhübner. Wie viel Bauerländereyen zu jedem dieser Bauergüter erfordert werden, kommt auf die Landesverfassung an. Die kleinen Bauern, führt man unter der allgemeinen Benennung, Köter, an, und sie besitzen zwar etwas Bauerländerey, aber doch nicht so viel, daß sie zwey Pferde auszufüttern vermögend wären. Man theilt sie nach der Größe ihrer Länderey, in Groß- und Kleinköter, oder Cossathen [d]). Davon sind die Besitzer eines Hau-

d) Westphals Privatrecht, Thl. 1. S. 256.

Hauses, oder die Brinckſitzer, und die Häuslinge, Einläuflinge, Hausgenoſſen, und alle unbehovede Lüde zu unterſcheiden. In den Urkunden heißen ſie Gaſindi, wovon das Wort Geſinde entſtanden iſt [e]).

VI) Auch nach dem Vertrage, durch welchen die Bauern ihr Bauergut erlangt haben, werden ſie benennt; und deswegen heißen ſie Meyer, Meyerdingsleute, Landſiedler, Schillingshauer, Hayerleute, Laſſen, Probſtdingsleute, Zeidler, Hübner.

§. 123. 124.

Die Pflichten der Bauern gegen ihren Gutsherrn beſtehen in Abgaben und Frohnen. Von erſtern wird in der Folge gehandelt werden; und unter den Frohnen, Herrendienſten, Scharwerk, Robboten, Robwold u. ſ. f. verſteht man Arbeiten, welche der Bauer zum Nutzen der Gutsherrſchaft verrichten muß [f]). Was nun die Dienſtpflicht der Bauern anbetrifft, ſo hat dieſe überhaupt mit der Lehnsdienſtpflicht einerley Urſprung und Grund. Ueberfluß an Ländereyen, welche man gern andern, mit der Bedingung ſie anzubauen, überließ; Mangel an baarem Gelde, wogegen die Benutzung hätte pachtweiſe überlaſſen werden können; ſodann eigenes Bedürfniß ſolcher

e) Bignon in Notis ad formulas incerti auctoris ad calcem formul. Marculphi, Pag. 580. G. L. Boehmer in Praef. ad Strodtm. Jus curiale litonicum.

f) Engelbrecht de operis ruſticorum, Helmſt. 1675. Leyser Spec. 416—420. de Berger de iure ordinum Imperii territoriali circa operas ſubditorum, Ien. 1724. Gruben Diſc. forenſ. Pag. 1005 — 1072. Struben de iure villic. cap. 5. de Pufend. Tom. I. Obſ. 121. Repert. Iur. priuat. Art. Bauerdienſte, Denekens Landrecht, Thl. 2. S. 120—189. Buri von Bauerg. S. 40—77. Hauſchild von Bauern und deren Frohndienſten, Dresd. 1771. Lauhns Abh. von den Frohndienſten, Weiſenf. und Leipzig 1785. von Benekendorf Oecon. for. 5. Thl. 8. Hptſt. 8. Abſchn.

solcher Dienste bey der gutsherrlichen Landwirthschaft, und die noch sehr geringe Anzahl einer für Geld dienenden Menschenclasse, welche unser heutiges Miethgesinde ausmachen; alle diese Umstände führen ganz natürlich auf den ursprünglichen Dienstcontract, welcher also auch den einzigen wahren und gerechten Grund der Dienstpflicht der Bauern enthält. Was nach selbigem als ausdrücklich oder stillschweigend bedungen, mit Sicherheit angesehen werden kann, muß nebst dem Herkommen und den Dienstordnungen eines Landes, als die Entscheidungsnorm bey darüber entstandenen Streitigkeiten betrachtet und befolgt werden.

Außer dieser ursprünglichen Dienstpflicht, welche der Bauer gegen seinen Gutsherrn zu erfüllen hat, kann auch der Landesherr, vermöge der Landeshoheit, gewisse Dienste fordern, welche die Bauern, als Unterthanen, zum Besten des Staats leisten müssen. Man nennt sie Landfolge (sequela territorialis), Landfrohnen, Landhude, Herrendienst, im Gegensatz von Frohndiensten [g]). Dazu gehören 1) die Kriegsfuhren [h]), Schanzarbeiten und alle Arbeiten, welche die Landessicherheit nöthig macht; 2) die Burg- oder Hofdienste bey der Hofhaltung, wie auch die Hoffolge bey Veränderung des Hoflagers; 3) die Dienste beym öffentlichen Straßenbau [i]); 4) die Amts- oder Gerichtsfolge [k]). Dagegen werden sowohl die so genannten Burgfesten [l]), oder Baufrohnen,

g) Hert. de super. territ. §. 57. Cocceii de iure sequelae, Heid. 1678. Hahn D. de iure sequelae, Mog. 1744. et in Hartleb. Thes. Diss Mogunt. Vol. I Part. II. Pag. 55. Strubens Bedenk 2. Thl. 8. Bd.

h) de Pvfend. Obs. Tom. III. Obs. 190. Struben a. a. O. 2. Thl. 9. Bd.

i) v. Cramers Nebenst. Thl. 5. S. 66.

k) Schröters Abhandl. zur Erl. der teutsch. Rechte, Bd. 1. S. 341.

l) Struben, Thl. 4. Bed. 71. de iure villic. c. 5. §. 6. Pag. 191.

frohnen, als auch die Jagdfolge m) ohne rechtliche Gründe zu dieser Art der Dienste gerechnet. Da übrigens der Bauer bey der Landfolge als Unterthan dient, so nimmt man ihn, wie er bespannt ist, ohne darauf zu sehen, wie er nach der Beschaffenheit seines Gutes bespannt seyn sollte; oder man repartirt auch die Dienste nach dem Steuerfuße; so wie es auch bey dieser Art Dienste nicht darauf ankommt, ob der Dienstpflichtige ein Cammerbauer oder Privatbauer ist.

Von den angeführten beyden Arten der Dienste, sind endlich auch die Gemeinde- und Reihendienste unterschieden, wozu Jemand als Mitglied des Orts verpflichtet ist, er mag daselbst Güter haben, oder wohnen. Diese Dienste kommen bey Besserung der Gemeindewege, der Gemeindebrücken vor, oder es muß etwas deswegen geschehen, weil man in die Kirche des Orts eingepfarrt ist, welches der Fall bey dem Bau der Kirche, der Pfarr- oder Schulmeisterwohnung ist, bey Kirchenvisitationen, Besetzung der Prediger- oder Schulmeisterstelle. Sie werden alle nach der Mannzahl, oder der Zahl der Häuser verrichtet n).

Die Frohndienste der Bauern sind nun von verschiedner Art. Man theilt sie nämlich

a) in Spann- oder Zugdienste, und in Hand- und Fußdienste, je nachdem sie entweder mit Zugviehe, oder ohne solches; entweder mit der Hand, wie z. B. das Schneiden oder Hauen des Getreides, das Ausdreschen desselben geschieht, oder blos zu Fuße, wie z. B. das Botenlaufen, verrichtet werden. Diejenigen Bauern, die zu Spanndiensten oder auch zu Hand- und Spanndiensten zugleich verpflichtet sind, werden Anspänner oder schlechtweg Spänner genennt, und an einigen Orten blos Bauern.

Nach

m) Struben, Thl. 2. Bed. 140. Thl. 3. Bed. 143. de iure villic. c. 5. §. 7. Pag. 196.

n) Leyser Spec. 416. med. 3.

Nach der allgemeinen Regel, vermöge deren die Dienste der Bauern nach der Größe ihres Ackerwerks, und nach dem Verhältniß ihrer Güter oder Nahrungen, wie sie in der Oberlausitz heißen, eingerichtet seyn müssen, theilt man die Anspänner wieder in Vollspänner, Halbspänner und Viertelsspänner, oder welches einerley ist, in Vollbauern, Halbbauern und Viertelsbauern ein; weil die Größe der Aecker, welche ein Bauer oder Spänner besitzen kann, oft sehr verschieden ist. Der eine besitzt vier, der andere drey, noch andere zwey, und einige wohl gar nur eine Hufe. An einigen Orten, wo die Dienste der Bauern nicht nach Tagen, sondern nach gewissen Arbeiten und Ackergeschäften bestimmt sind, trifft man noch eine andere Verschiedenheit und Benennung der zu Spanndiensten verpflichteten Bauern an. Man theilt sie daselbst in Fuhrspänner, welche alles zu dem herrschaftlichen Ackerbaue benöthigte Fuhrwerk verrichten müssen; Pflugspänner, welche alle Pflugarbeit auf dem herrschaftlichen Acker zu verrichten schuldig sind, und Eggspänner, welche alles Eggen, was zur Bestellung der herrschaftlichen Felder erfordert wird, verrichten müssen. An einigen Orten müssen die Bauern mit vier Pferden Herrendienste thun, an andern mit drey Pferden, und an vielen nur mit zwey Pferden, worauf sich der Unterschied in vierspännige, dreyspännige und zweyspännige Bauern gründet.

Solche Bauern, die nicht so viel Ländereyen besitzen, daß sie Zugvieh darauf halten können, und welche Cossäthen, Kätner, Hintersassen, Gärtner u. s. f. genennt werden, leisten die schuldigen Dienste mit der Hand oder zu Fuße, und daher kommt die Benennung Hand- und Fußdienste.

b) Sind die Frohnen entweder Männer- oder Weiberdienste, oder solche, welche eben so gut durch Frauens- als Mannspersonen verrichtet werden können. In die erste Classe gehört z. B. das Holzfällen, Holzhauen, Siede- oder Hexelschneiden, Getreide hauen,

oder einfahren, u. d. m.; zu der andern Art von Hofedienſten hingegen rechnet man alle Arten des Unkraut Ausgätens, ſämmtliche zur Erzeugung und Zubereitung des Flachſes erforderliche Arbeiten, das Garn- und Wollespinnen u. ſ. f.; zu der dritten Claſſe gehört das Schneiden des Getreides, das Nachrechen beym Garbenbinden, das Ausdreſchen der Früchte u. dergl. Uebrigens werden Männerhofedienſte allemal höher im Werthe berechnet, als die Weiberarbeiten, und daher kann der Gutsherr nicht genöthigt werden, ſtatt jenen mit dieſen zufrieden zu ſeyn.

c) Man theilt ferner die Frohnen in ordentliche und außerordentliche ein o). Die Dienſte der Bauern ſind nämlich entweder ſo beſchaffen, daß ſie beſtändig des Jahres, zu einer beſtimmten Zeit, und für gewöhnliche Bedürfniſſe verrichtet werden müſſen, welche daher ordentliche heißen; zum Theil werden ſie nur bey ungewöhnlichen Vorfällen nothwendig, wo ſie außerordentliche Frohnen genennt werden. Die ordentlichen Frohnen werden hauptſächlich zur Landwirthſchaft gebraucht; daher müſſen die Anſpänner pflügen, eggen, Getreide und Heu einfahren, Dünger auf die Felder herausfahren, Getreide- und Holzfuhren thun; die Handfröhner aber müſſen Getreide hauen oder ſchneiden, dreſchen, graben, behacken, Heu und Grummet machen, Miſt breiten, pflanzen, Holz ſchlagen und hacken, Hexel ſchneiden, Boten laufen, und dergl. Zu den außerordentlichen Frohnen rechnet man die Baufrohnen p), die Jagddienſte q), von denen in der Folge mehr geſagt werden ſoll. Es gehören ferner alle zur Landfolge gehörigen Dienſte und viele Gemeindedienſte hierher.

d) End-

o) Weſtphals Privatrecht, Thl. 1. S. 353.

p) Elſäſſers und Gmelins Rechtsf. 5ter Bd. S. 22. Fr. Bemmer nou. ius contr. Tom. II. Obſ. 130.

q) Seuffert Comm. operae venatoriae ad territoriales quatenus referendae ſint, Wirceb. 1790. 8.

d) Endlich theilt man die Dienste der Bauern in gemessene Dienste und in ungemessene, (operae determinatae et indeterminatae [r]). Diese Eintheilung paßt aber nur auf die Frohnen, welche von den Bauern als Bauern geleistet werden, und nicht auf solche, die sie als Landesunterthanen zu thun schuldig sind. Hr. HR. Runde schreibt: wenn durch Dienstverträge, Dienstordnungen, oder Herkommen, die Zeit, der Ort, die Zahl, und die Art der Dienste bestimmt ist, so gehören sie zu den gemessenen; wenn aber diese Bestimmung fehlt, zu den ungemessenen Diensten. Man pflegt auch schon solche Dienste ungemessene zu nennen, bey denen nur die Anzahl der jährlich zu leistenden Dienste nicht festgesetzt ist. Herr HR. Glück behauptet, ungemessene Dienste nenne man diejenigen, wo die Besitzer der Bauerhöfe zu allen Zeiten, wenn sie von der Herrschaft gefordert werden, zum Dienst erscheinen, und alles, was zur Bestellung und dem Nutzen des herrschaftlichen Guts erforderlich ist, verrichten müssen, von welchen Diensten der Herr von Benekendorf [s]) ausführlich gehandelt hat. Wenn hingegen die Dienste der Bauern entweder nach Tagen, oder nach gewissen Arbeiten und Verrichtungen bestimmt sind, so werden sie gesetzte Dienste, oder gemessene Frohnen genennt. Nach der Behauptung des Herrn RR. Eichmanns sind die ungemessenen Dienste entweder ganz ungemessene, wo gar nichts bestimmt ist, oder zum Theil ungemessene, wo entweder die Quantität oder Qualität festgesetzt ist.

Die erste wichtige Frage, welche hier beantwortet werden muß, betrifft den Umstand, wie die Frohnen bestimmt

r) Streit D. de operis rusticorum determinatis et indeterminatis, Erf. 1709. Pertsch D. de diuis. oper. in det. et inder. earumque exactione, Ien. 1731. 1748. Hoeckner D. de operarum indeterminatarum determinatione, Lipſ. 1720. von Cramers Wetzlar. Nebenst. Thl. 10. S. 147.

s) von Benekendorf Oec. for. Thl. 5. Hptst. 8. Abschn. 9.

stimmt werden können? Herr RR. Eichmann behauptet, es könne geschehen

α) durch ein ausdrückliches Gesetz [t]); denn der Landesherr ist schuldig, für das Wohl der Bauern eben so wohl zu sorgen, als für das Beste seiner andern Unterthanen. Was nun die Bauern betrifft, welche ihm unmittelbar unterworfen sind, so kann zwar nicht der Richter vermittelst einer Anordnung, wohl aber er selbst die Frohnen derselben in einem Gesetz nach seinem Wohlgefallen vermindern; auch kann er sie, wenn sie bisher nach keiner Richtschnur geleistet worden sind, genauer, jedoch ohne Erschwerung bestimmen; vermehren aber darf er sie nicht, wenn die Umstände es nicht nothwendig machen. In Ansehung der Frohnen, welche die mittelbaren Bauern ihrem Herrn zu leisten haben, kann ein Landesherr durch Gesetze keine Aenderungen machen, wenn die Herren schon ein Recht haben, gewisse Frohnen auf eine gewisse Art zu fordern, ausgenommen wenn wegen der nöthigen öffentlichen Abgaben, oder des elenden Zustandes, in welchen die Bauern gekommen sind, das Beste des Landes erfordert, eine Aenderung vorzunehmen. Hier kann auch so gar der Richter, im Namen des Landesherrn die Frohnen mäßigen [u]). Haben zwar die Herrschaften, ein bereits rechtmäßig erworbenes Recht, gewisse Frohnen zu verlangen, es ist aber doch noch nicht ganz deutlich festgesetzt, wie sie gefordert werden können, so kann der Landesherr diesen Umstand durch ein Gesetz bestimmen; so wie es ihm frey steht, die Leistung der Frohnen zu bestimmen, wenn selbst die Art der Frohnen, oder beydes, nämlich die Art der Frohnen, und wie sie zu leisten sind, noch zweifelhaft ist. Daher sind an sehr vielen Orten, auf Befehl des Landesregenten, Erbregister, Erbbücher, Dienstbücher gemacht worden.

β) Kön-

t) de Berger D. de iure ordinum Imperii territoriali circa operas rusticorum, Ien. 1724.

u) Leyser Spec. 418. med. 3.

β) Können auch die Frohnen durch gesetzliche Gewohnheiten bestimmt werden, und hier wird alles erfordert, was zu Einführung einer gesetzlichen Gewohnheit geschehen muß. Weil aber der Landesherr nicht berechtigt ist, durch ein Gesetz Aenderungen in der Leistung der Frohnen zu machen, wie er nur will, so gilt dieses auch bey Bestimmung der Frohnen durch eine Gewohnheit.

γ) Durch Verträge werden Frohnen ebenfalls bestimmt, und auf diese Art sind die Frohnen, vieler Landesfürstlichen sowohl, als Patrimonialbauern bestimmt worden. Oft sind dergleichen Verträge bey Abfassung der Erbbücher, Erbregister, oder wie sie Namen haben, geschlossen worden, folglich braucht man sie zur Entscheidung dieser Frage. Bisweilen sind aber auch besondere Recesse und Vergleiche, zwischen dem Herrn und seinen Bauern geschlossen worden. Die Cammer des Fürsten thut dieses oft für sich; wenn sie aber vom Regenten dazu das Recht nicht erhalten hat, es mag ausdrücklich oder stillschweigend geschehen seyn, so sind die Bauern bey solchen Recessen und Vergleichen nicht ganz gesichert.

δ) Endlich werden die Frohnen auch durch eine verjährte Gewohnheit bestimmt[x]). Der Unterschied zwischen einer gesetzlichen und verjährten Gewohnheit, ist bereits im 1sten Theile dieses Commentars S. 342 angeführt worden. Letztere hat nur eine verbindliche Kraft zwischen denjenigen, unter welchen die Handlungen, welche den zur Verjährung erforderlichen Besitz ausmachen, vorgefallen sind, und denjenigen, die an dasjenige gebunden sind, was sie gethan haben; eine gesetzliche Gewohnheit hingegen gilt in der ganzen Gegend, wo sie eingeführt worden, es sey Stadt, Dorf oder Provinz. Daß aber ungewisse Frohnen, auf eine solche Art bestimmt werden können, ist um so weniger zu bezweifeln, da auch selbst neue

x) Abr. KAESTNER Progr. de operis rusticorum, earumque adquisitione per praescriptionem, Lipſ. 1735.

Frohnen, durch eine Verjährung von 10 Jahren y) unter Gegenwärtigen, und 20 Jahren unter Abwesenden; in Sachsen aber binnen 31 Jahren, 6 Wochen und 3 Tagen, der Regel nach erworben, und auf diese nämliche Weise auch die Verbindlichkeit zu Frohndiensten vernichtet werden kann; jedoch müssen die Frohnen nicht aus Freundschaft oder bittweise geleistet worden seyn; denn solche Handlungen beweisen keine Verjährung z). Behaupten aber die Bauern, daß sie bittweise, oder aus Freundschaft die Frohndienste geleistet haben, so müssen sie dieses eben sowohl beweisen, als wenn sie anführen, daß sie zu Frohnarbeiten gezwungen worden a). Es ist nun aber nicht nothwendig, daß auch die letztere Zeit mit gerechnet werde, sondern schon genug, wenn nur bewiesen wird, daß die Frohnen schon vor vielen Jahren, durch eine Verjährung bestimmt gewesen sind, und daß keine sie wieder aufhebende Verjährung entgegen stehet. Wenn ich z. B. beweise, daß durch einen verjährten Besitz von 1740 bis 1771 die Frohnen bestimmt worden, so macht es nichts aus, wenn von 1772 bis 1781 diese Frohnen entweder gar nicht, oder doch nicht auf die bestimmte Weise geleistet und gefordert worden sind; denn der bloße Besitz kann zwar die Würkung haben, daß ich einstweilen geschützt werde; allein er ist doch keine Art, ein Recht selbst zu erwerben.

Was für Frohnen kann nun der Dienstherr verlangen, und wenn kann er sie fordern? — Man muß hier mehrere Fälle von einander unterscheiden; denn

I. Kann durch Verträge, ausdrückliche Gesetze, gesetzliche oder verjährte Gewohnheiten bestimmt seyn, daß der Bauer alle Frohnen, die der Herr nöthig hat, und auch so leisten soll, wie es der Herr verlangt. Hier muß der Bauer diese Pflichten erfüllen, jedoch ist der Dienstherr schuldig,

y) Wernher Obs. Part. X. Obs. 492.

z) Hommel Rhapf. Obs. 212. Carpzov Part. II. Const. IV. Def. 1.

a) Carpzov Part. II. Const. IV. Def. 3.

schuldig, ihm so viel Zeit zu lassen, daß er α) sich seinen Lebensunterhalt erwerben, sein Feld bearbeiten, und β) seine Abgaben aufbringen kann. Das erste bringt nicht nur der Ursprung der meisten Bauern mit sich, sondern man schließt es auch aus der jetzigen Bestimmung derselben, da sie ihre Dienste für ihren Lebensunterhalt leisten; das letzte aber verlangt die **Wohlfahrt** des Staats. Auch muß man γ) dieses, wenn etwas anders nicht deutlich bestimmt worden, nur von solchen Frohnen verstehen, die zum Nutzen des Guts, wozu sie gehören, gereichen, also eine solche Bestimmung immer nach der Strenge auslegen, oder mit andern Worten, nur für die **gewöhnlichen** Frohnen vermuthen [b]), weil die Bauern ihre Aecker deswegen erhielten, um das Gut des Dienstherrn zu bearbeiten und ihm Nutzen zu schaffen. δ) Dürfen auch keine andern Frohnen gefordert werden, als die der Bauer seinen Umständen nach leisten kann. So braucht z. B. ein Bauer, der nicht so viel Grundstücke hat, daß er einen Zug Vieh halten kann, keine **Zugfrohnen** zu thun, wenn es gleich heißt, daß die Bauern alle Dienste thun müssen; denn ihr Ursprung beweist deutlich, daß sie die Bauerländerey nur deswegen bekommen haben, solche Dienste zu leisten, die sie davon leisten können.

II. Kann durch **Verträge**, ausdrückliche Gesetze, gesetzliche oder verjährte Gewohnheiten festgesetzt seyn, daß alle Arten von Frohnen, die der Herr nöthig hat, geleistet werden müssen, ohne daß zugleich bestimmt ist, wenn und wie sie sollen verlangt werden können. Hier können ebenfalls alle Frohnen verlangt werden; jedoch α) nur mit den bey dem vorhergehenden Falle gemachten Einschränkungen, und

b) Berlich Dec. 281. Nr. 50. Gail Obs. Lib. I. Obs. 17. n. 7. Mynsinger Obs. V, 8. 7. Carpzov Resp. Lib. I. Resp. 54. n. 13. Harpprecht Vol. nou. Cons. 4. n. 474. Vulteius Cons. Marb. Vol. II. Cons. 30. n. 312. de Lyncker Decis. 608. Wernher Obs. Part. VIII. Obs. 333.

β) nur zu der Zeit, da es die natürliche Beschaffenheit der Frohnarbeit mit sich bringt; denn man muß bey einem zweifelhaften Falle dafür halten, daß man sich zu dem verbindlich gemacht habe, was die Natur der Sache mit sich bringt, und zwar hier um so viel mehr, da von den alten guten und ehrlichen Teutschen gar nicht zu vermuthen ist, daß, wenn sie andern Verbindlichkeiten aufgelegt, sie mehr haben verlangen wollen, als die Natur der Sache mit sich bringt. Einer und der andere Rechtsgelehrte könnte wohl hierwider einwenden, daß, wenn der Herr einmal gewisse Arten von Frohnen zu fordern befugt wäre, sie um deswillen zu einer jeden Zeit könnten verlangt werden, weil der Umstand der Zeit, wenn und wie oft sie zu leisten wären, als eine Bestimmung der Frohnarbeiten nicht vermuthet werden könne, sondern einen Beweis verlange. Allein ohne große Einsichten kann man schon aus dem Vorhergehenden schließen und abnehmen, daß dieser Einwurf unsere Meynung nicht ändern kann; denn wenn Jemand eine Verbindlichkeit übernimmt, gewisse Handlungen zu verrichten, so giebt schon die gesunde Vernunft der Verbindlichkeit die Bestimmung, die Handlung so zu verrichten, wie es ihre Natur mit sich bringt, wenn nicht etwas anders ausgemacht worden, und hier läßt sich die Philosophie von nicht zu vermuthenden Bestimmungen nicht anwenden. Es folgt nun aber auch hieraus, daß der Bauer, welcher behauptet, daß er die auf solche Art bestimmten Frohnen, nur an gewissen Tagen zu thun schuldig sey, die Vermuthung wider sich habe, und er muß daher beweisen, α) daß binnen einer rechtsverjährten Zeit, die Frohnen nur an gewissen Tagen geleistet worden, und daß man sie, β) wenn sie auch an andern Tagen gefordert worden, nicht geleistet habe. Dieses letztere ist hier schlechterdings nothwendig, und das erstere nicht genug; denn wenn ich mich eines Rechts nur zum Theil bediene, so erhalte ich das Ganze, in so fern der Gebrauch meines Rechts, meiner Willkühr überlassen gewesen ist, und ein anderer mir nicht widersprochen hat.

III. Kann

III. Kann durch Verträge, ausdrückliche Gesetze, gesetzliche und verjährte Gewohnheiten festgesetzt worden seyn, daß nur gewisse Arten der Frohnen geleistet werden sollen. Hier können auch nur solche Dienste gefordert werden, weil diese Sache rechtlich bestimmt ist. Wäre zugleich ausgemacht, wenn und wie sie den Bauern sollen angesagt werden können, so dient diese Vorschrift auch hierin zur Regel; ist aber deshalb nichts festgesetzt, so kann nach dem, was bey dem zweyten Falle gesagt worden, der Herr sie nur so oft verlangen, als es die natürliche Beschaffenheit derselben mit sich bringt. Behauptet der Bauer, daß die Frohnen nur an gewissen Tagen, oder zu einer gewissen Zeit verrichtet werden dürfen, so muß er eine Verjährung, auf die bereits beschriebene Art, für sich ausführen.

IV. Kann durch Verträge, ausdrückliche Gesetze, gesetzliche oder verjährte Gewohnheiten, die Quantität der Frohnen, das heißt, wenn und wie die Frohnen sollen gefordert werden können, bestimmt seyn, ohne daß aber die Arten der Frohnen selbst festgesetzt worden. Hier kann der Dienstherr auch nur zu dieser Zeit, und so oft, als es bestimmt ist, Frohnen verlangen, aber dennoch alle Arten von Frohnen, die er bey seinem Gute hat; denn α) ist die Dienstzeit allgemein festgesetzt, folglich wäre jede Einschränkung eine willkührliche Bestimmung der Verbindlichkeit, diese darf aber von demjenigen, der seine Verbindlichkeit zu etwas nicht leugnet, nicht hinzugefügt werden, und zwar β) hier um so weniger, da es dem Bauer, wenn man nicht darauf sieht, daß eine Frohne zuweilen härter ist, als die andere, gleich viel seyn kann, was er für Frohnen zu der bestimmten Zeit verrichtet; denn er kann ja doch diese Zeit nicht zu seinem Nutzen anwenden. γ) Kommt dem Bauer auch nicht eine Berufung auf seine natürliche Freyheit zu Statten; denn diese wird durch unsern angenommenen Satz nicht weiter eingeschränkt, als ihr schon auf eine rechtliche Art Schranken gesetzt worden.

V. Kann

V. Kann es zweifelhaft seyn, was für Frohndienste, wenn und wie sie geleistet werden müssen. Hier behaupten die meisten Rechtslehrer c), in diesem Falle müsse man ungemessene Dienste vermuthen, folglich könne der Herr alle Arten von Frohnen fordern, und auch, wenn er wolle. Allein ich halte, schreibt Herr RR. Eichmann, diese Meynung für ungegründet, und behaupte vielmehr, daß ein Herr nur diejenigen Frohndienste von seinen Bauern verlangen könne, deren rechtlichen Erwerb er durch Vertrag, ein ausdrückliches Gesetz, oder eine gesetzliche oder verjährte Gewohnheit darthun kann. Der bloße Besitz kann hier in keinen Betracht kommen, wie viele fälschlich annehmen; denn dadurch erwirbt man nichts. Es kann daher zwar der Edelmann wegen seines Besitzes eine Possessorienklage anstellen, um in dem zeitherigen Besitze geschützt zu werden; allein wenn der Bauer dagegen eine Negatorienklage eingereicht hat, so muß der Edelmann beweisen, daß die Frohnen, in deren Besitz er so gar geschützt worden ist, von ihm rechtmäßig erworben worden. Thut er dieses bey seinem Beweise nicht dar, so muß auf die Freyheit des Bauern erkannt werden. Hat nun aber der Dienstherr gewisse Arten der Dienste bewiesen, so gilt in Ansehung der Zeit, wenn sie gefordert werden können, das, was bey dem zweyten und dritten Falle gesagt worden. Beweiset aber der Dienstherr die Quantität, nämlich, wenn und wie oft Frohndienste verlangt werden können, so ist das Rechtens, was bey dem vierten Falle angeführt worden ist.

Die Gründe für die Meynung, daß der Dienstherr bey einem zweifelhaften Falle, keine ungemessenen Frohndienste zu verlangen das Recht habe, sondern nur diejenigen, deren rechtlichen Erwerb er darzuthun im Stande ist, wodurch

c) Leyser Spec. 427. cor. 1. de Lvdolf Obs. Pag. 278. Boehmer D. de imp. rust. libert. §. 22. Mevius Part. IV. Dec. 131. Pertsch Diss. cit. §. 38. Estor de praesumt. contra rustic. §. 16.

wodurch auch zugleich die Gegner widerlegt werden, sind folgende: α) sind die Bauern freye Leute, folglich haben sie auch die Vortheile der Freyheit zu genießen. Frohndienste schränken die Freyheit ein, solche Einschränkungen können aber nicht vermuthet werden, sondern sind von demjenigen zu erweisen, der seinen Vortheil darauf gründet. β) Bringt es die Wohlfahrt des Staats mit sich, daß keine Unterthanen in solche Umstände durch andere versetzt werden, wodurch es ihnen am Ende unmöglich wird, die öffentlichen Staatslasten mit tragen zu helfen. Wenn aber die Bauern ihrer Dienstherrschaft ungemessene Dienste leisten sollen, so werden sie bald gänzlich verarmen, wie die Erfahrung oft bestätigt hat. γ) Kann man nicht einwenden, daß die Bauern ehedem Leibeigene gewesen, diese aber ungemessene Dienste geleistet hätten, und man folglich vermuthen müsse, daß, wenn sie auch freygelassen worden, hierdurch gleichwohl ihre Verbindlichkeit zu Frohndiensten nicht im geringsten vermindert worden sey; denn aus dem, was S. 290 über den Ursprung unserer heutigen Bauern und der Leibeigenen gesagt worden, ist deutlich abzunehmen, daß gewiß wenig Bauern Leibeigene, vielmehr die mehresten freye Leute gewesen. Wer aber von einem freyen Menschen behauptet, daß er ihm Dienste zu leisten schuldig sey, muß dieses beweisen, und daher hat man die Bauern, auch in den ältesten Zeiten, in zweifelhaften Fällen blos zu den rechtmäßig hergebrachten Diensten anhalten dürfen. δ) Wäre es auch nicht ausgemacht, daß die mehresten Bauern ehedem freye Leute gewesen, so würde dennoch bey einem fehlenden Beweise ihrer Leibeigenschaft, vermuthet werden müssen, daß sie keine Leibeigene gewesen, weil die Leibeigenschaft Handlungen voraussetzt, diese aber bewiesen werden müssen. ε) Ein solcher Beweis wäre um so nöthiger, da auf diese Art der jetzige Zustand der Bauern sich auf eine Freylassung gründen müßte, und diese ebenfalls als eine Thatsache, einen hinlänglichen Beweis erfordert. ζ) Gesetzt aber auch, daß die Bauern ihre Freyheit durch eine Freylassung erlangt hätten, so würde gleichwohl daraus nicht

folgen,

folgen, daß sie ungemessene Dienste thun müssen. Das Unfreye der Leibeigenen, bestand darin, daß sie zu Diensten und Zinsen verpflichtet waren. Wenn also die Leibeigenen durch eine Freylassung die Freyheit erlangt haben, so muß man dafür halten, daß sie auch von Zinsen und Frohnen, um deren Leistung willen sie eben vorher Leibeigene und keine freye Leute waren, frey geworden sind; und zwar ν) um so viel mehr, da ein Herr, der seinen Leibeigenen für frey erklärt, sich aber Zinsen und Frohnen vorbehält, etwas thut, was zu seinem Nutzen gereicht, ein solcher aber deutlich reden muß, wenn die Auslegung der Handlung nicht wider ihn ausfallen soll [d]); besonders da man auch ϑ) eine Vorbehaltung eines Rechts, das noch über dieses wider die Natur einer Handlung ist, nicht vermuthen kann. Die Vorbehaltung der Zinsen und Frohnen aber ist ohne Zweifel der Natur der Handlung, wodurch einem die Freyheit ertheilt wird, nicht gemäß, weil, da die Leibeigenschaft in Frohnen und Zinsen bestehet, der entgegengesetzte Zustand, die Freyheit, die einer durch die Freylassung erlangen soll, darin besteht, daß ein freyer Mensch eine solche Verbindlichkeit, Zinsen zu leisten, nicht hat. ι) Haben auch nicht einmal alle Leibeigene ohne Unterschied, ungemessene Dienste geleistet [e]); und κ) ist der Zustand der Bauern, nach der Verschiedenheit der Provinzen und Oerter so sehr verschieden, daß man darüber ohne Unschicklichkeit gar keine allgemeine Regel annehmen darf. Daher muß man λ) um so mehr annehmen, daß der Dienstherr nur diejenigen Frohndienste verlangen könne, deren Erwerb er erwiesen hat, weil überhaupt derjenige, der sich gewisse Rechte wider andere Personen, in Ansehung ihrer Person oder Güter anmaßt, der Regel nach beweisen muß, daß sie ihm zustehen,

d) Boehmer D. de interpr. contra eum, in Ex. ad Dig. T. II. Pag. 365. Leyser Spec. 41. med. 4. de Selchow de statu ingen. c. 1. §. 24.

e) Estor de praesumt. contr. rust. §. 11.

hen, indem die Vermuthung für die Freyheit nicht nur auf die Personen, sondern auch auf Sachen gehet.

Ungemessene Frohnen, schreibt Herr HR. Glück, nennt man diejenigen, wo die Besitzer der Bauerhöfe zu allen Zeiten, wenn sie von der Herrschaft gefordert werden, zum Dienste erscheinen, und alles, was zur Bestellung und Nutzen des herrschaftlichen Guts erforderlich ist, verrichten müssen. Wenn hingegen die Dienste der Bauern entweder nach Tagen, oder nach gewissen Arbeiten und Verrichtungen bestimmt sind, so werden sie gesetzte Dienste, oder gemessene Frohnen genennt [f]). Wo nun gemessene Frohnen sind, da muß es auch bey der einmal gemachten Bestimmung genau bleiben, und kann also den Bauern nichts mehr auferlegt werden [g]). Es kann in Ansehung solcher Dienste nicht einmal der Landesherr durch Gesetze, Aenderungen zum Nachtheil der Gutsherrschaften machen, in so fern dieselben schon ein ius quaesitum haben, gewisse Frohnen auf eine gewisse Art zu fordern; es wäre denn, daß wegen der nöthigen öffentlichen Abgaben, oder des elenden Zustandes, in welchen die Bauern durch übermäßige Dienste gerathen sind, das Beste des Landes erforderte, eine Aenderung in Ansehung der bisherigen Bauerdienste vorzunehmen [h]).

Die Entscheidungsnormen bey Bestimmung der gemessenen Dienste, geben die Dienstregister, desgleichen die Hof- und Annehmungsbriefe der Unterthanen. Diese haben einen unstreitigen Vertrag zwischen der Herrschaft, und ihren dienstpflichtigen Unterthanen zum Grunde. Die Herrschaft eignet dadurch einen ihrer Unterthanen, den Besitz eines unter ihrer Gerichtsbarkeit liegenden Bauer-

f) Herr v. Benekend. Oecon. for. 5ter Thl. 8. Hptst. 9. und 10. Abschn.

g) Grollmann Comm. de operarum debitarum mutatione, P. I. II. III. Giess. 1751. 4. de Selchow Ius germ. §. 351.

h) Eichmann Erkl. des bürg. Rechts, 2. Thl. S. 378.

Bauerguts zu; und dieser macht sich dagegen anheischig, derselben gewisse Dienste und Abgaben richtig zu leisten. Die Dienstregister, oder wie sie auch an manchen Orten genennt werden, die Dienstur barien aber enthalten ein genaues Verzeichniß sowohl der Schuldigkeiten der Unterthanen gegen die Herrschaft, als auch desjenigen, was die letztere den erstern besonders an Deputat und dergleichen, zu entrichten verbunden ist. In Ermangelung derselben, muß auch ein vieljähriges Herkommen und Observanz, hierunter zur Richtschnur dienen. Auch die Verjährung kann zuweilen ungemessene Dienste in gemessene verwandeln, wenn die Erfordernisse derselben vorhanden sind. Hätte freylich eine Bauergemeinde, die sonst zu ungemessenen Diensten verpflichtet war, binnen 30 Jahren wöchentlich nur drey Tage gedient, so würde dieses zu einer Verjährung der ungemessenen Dienste noch nicht genug seyn, wenn nicht auch zugleich erwiesen werden könnte, daß die Herrschaft binnen dieser Zeit zwar mehr Diensttage gefordert, solche aber nicht geleistet worden wären, und dieselbe sich dabey seit rechtsverjährter Zeit beruhigt hätte; denn eine solche Präscription erfordert, a) daß die als verjährt angegebene Schuldigkeit wirklich gefordert, solche aber b) von den Dienstpflichtigen verweigert worden sey, und daß c) die Herrschaft binnen rechtsverjährter Zeit dazu still geschwiegen habe i). Der bloße Besitz kann nur im Possessorio schützen, im Petitorio kommt er nicht mehr in Betracht.

Wie, wenn es aber an den vorhin bemerkten Bestimmungsgründen mangeln sollte, und die Herrschaft deshalb behaupter, daß ihr das Recht, ungemessene Dienste zu fordern, zustehe, die Bauern aber solche Dienste zu leisten verweigern? Hier entsteht sehr oft die Frage: ob in einem solchen zweifelhaften Falle gemessene oder ungemessene Dienste der Bauern zu vermuthen sind? Die Rechtslehrer sind

i) Rave de praesc. §. 117. Grollmann l. c. P. II. c. 4. §. 42. 43.

sind in Entscheidung dieser Frage nicht einig, und wir finden darüber dreyerley Meynungen. Die meisten k) glauben, daß in einem solchen Falle ungemessene Dienste vermuthet würden, da die mehresten Bauern ehemals Leibeigene gewesen, und als solche mußten sie ungemessene Dienste leisten. Durch ihre Loslassung erhielten sie nun zwar ihre natürliche Freyheit; allein in Ansehung ihrer Pflichten und Schuldigkeiten wurde nichts geändert. Die Freygelassenen behielten die vorigen Güter unter der Bedingung, daß sie der Gutsherrschaft ferner dienen, und den bedungenen Zins ferner geben sollten. Unsere heutigen Bauern besitzen diese Güter noch; also liegt ihnen auch die Obliegenheit zu Frohnen ob, weil dieselbe mit dem Besitz ihrer Güter und dem Bauernstand verknüpft ist. Aufhebung oder Einschränkung des Dienstes, ist eine Aenderung und des Bauers Einwendung; er muß sie also auch beweisen. Die Vermuthung streitet folglich immer für die Herrschaft.

Dieß sind die Gründe für die gemeine Meynung; demungeachtet aber behaupten doch viele Rechtsgelehrte l) das Gegentheil, und sie halten dafür, daß ein Herr seinen Bauern nur diejenigen Frohnen ansinnen dürfe, deren rechtlichen Erwerb er darthun könne. Die Vermuthung sey also, im zweifelhaften Fall, nur für gemessene Dienste; denn

k) von Bari im Lehnr. 4te Fortf. S. 44. Cramers Nebenst. Thl. 10. Nr. 11. Estors bürg. Rechtsg. Th. 1. §. 402. Schröter von der ehem. Knechtsch. der Bauern, §. 11. von Benekend. a. a. O. 9ter Abschn. §. 566. Westphals Privatr. 1. Thl. 22. Abh. Leyser Spec. 417. med. 5. Cor. Mevius Part. IV. Dec. 121. Reinh. ad Christ. Vol. II. Obs. 33. Pertsch Diss. cit. §. 38. Estor Diss. cit. §. 16. Hofacker Princ. iur. Rom. Tom. II. Pag. 338. Müller Practica ciuil. March. Ref. 99. §. 70.

l) Schroedter D. de not. rustic. §. 18. Seip D. de statu rustic. c. 3. §. 10. Riccii Spicil. iur. Germ. Pag. 137. Gmelins und Elsässers Rechtsf. 5ter Bd. Nr. 2. §. 24. Eichmann a. a. O. Thl. 2. S. 387.

denn für die natürliche Freyheit streite die Vermuthung, nicht für die Dienstbarkeit m). Nun aber sind die Bauern freye Leute; Frohnen schränken die Freyheit ein; Einschränkungen derselben aber können nicht vermuthet, sondern müssen von dem, der einen Nutzen hieraus zu ziehen glaubt, bewiesen werden. Zudem wären die Bauern ihrem Ursprung nach keinesweges Leibeigene, sondern meist Freye, ja Freygebohrne gewesen. Denn sollte der Zustand der heutigen Bauern, aus einer geschehenen Freylassung herrühren, so müßte dieselbe erst erwiesen werden, welchen Beweis man aber noch bis jetzt vermisse. Gesetzt aber auch, daß durch Freylassung die heutigen Bauern ihre Freyheit erlangt hätten, so würde dennoch daraus nicht folgen, daß sie ungemessene Dienste zu thun schuldig wären, weil nicht einmal alle Leibeigene ohne Unterschied ungemessene Dienste geleistet hätten. Ueberhaupt aber sey der ächte historische Grund der Frohnen vielmehr aus wechselsweisen wirklichen oder stillschweigenden Verträgen des Guts- und Schutzherrn, als aus einer ursprünglichen Leibeigenschaft abzuleiten, wie denn auch an Orten, wo die Leibeigenschaft nie eingeführt gewesen, Frohnleistungen angetroffen würden.

Dagegen läßt sich einwenden, schreibt Herr HR. Glück, daß hier von freyen Leuten, die gar keine Frohnen thun, nicht die Rede sey, sondern der Streit ist von Bauern, die sich zu fröhnen nicht weigern, und fragt sich nur, ob sie gemessene oder ungemessene Frohnen thun müssen. Sodann aber betrifft ja die Freyheit der Bauern nur

m) Man beruft sich deshalb auf das Sächsische Landrecht III. Buch, Art. 32. wo es heißt: welch einkommen Mann (advena) sich frey nennt, den soll man für frey halten, man mag ihn denn das mit Gezeugen vorlegen (donec per testimonium hoc reprobetur); wer sich aber frey nennt, und daß ein Andrer spricht, er sey sein eigen, also daß er sich ihm ergeben hab, das mag jener mit seinem Eide wohl unschuldig werden, es sey denn für Gericht geschehen.

nur ihre Person, nicht die Beschwerungen. Es ist richtig, daß nicht alle Bauern von ehemaligen Leibeigenen abstammen; aber doch die meisten. Dieß lehrt uns die teutsche Geschichte. Es ist auch schon von andern gründlich erwiesen worden, daß theils eine ausdrückliche, theils eine stillschweigende Freylassung geschehen sey n). Und wenn gleich ehemals zuweilen Leibeigene gemessene Dienste thaten, so war es doch nur Ausnahme von der Regel; so wie denn daraus, daß gemessene Dienste oft durch Verträge zwischen den Bauern und der Gutsherrschaft bestimmt worden sind, noch nicht folgt, daß aus dieser Quelle alle Verbindlichkeit der heutigen Bauern zu Frohnleistungen nur allein herzuleiten sey. Ueberhaupt hebt die heutige Verschiedenheit der Gewohnheiten nicht auf, daß etwas als die Regel vermuthet werde o).

Nun giebt es zuletzt noch Rechtsgelehrte, welche der Meynung sind, daß in thesi weder die Vermuthung für ungemessene noch für gemessene Dienste der Bauern behauptet werden könne, sondern alles auf die Verschiedenheit der Gegenden und Länder ankomme p). — Allein da es uns eben darum zu thun ist, in einem wirklich zweifelhaften Falle einen sichern Grundsatz zu haben, so sieht ein jeder wohl von selbst ein, daß durch dieses Temperament nichts entschieden werde.

Zur deutlichern Bestimmung seiner Behauptung, daß man ungemessene Dienste vermuthen müsse, fügt Herr HR. Glück folgende Bemerkungen hinzu:

n) von Bari a. a. O. S. 26. flg.

o) Hellfeld Repert. iur. priuati voc. Bauerdienste §. 5. flgg.

p) de Selchow Elem. iur. germ. §. 250. not. 5. von Eichmanns Abh. ob, im Fall es zweifelhaft ist, gemessene, oder ungemessene Dienste der Bauern zu vermuthen? In Desselben Samml. kl. Abh. aus der Rechtsgel. Nr. 12. S. 159. Herr HR. Schnaubert in der jur. Bibl. 2ter Bd. Gießen 1783. S. 591.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701684888/phys_0391 DFG

1) Auch ungemessene Dienste sind nicht der bloßen Willkühr der Herrschaft überlassen. Der Bauer muß so viel Zeit übrig behalten, daß er seine eigene Wirthschaft besorgen, und nicht nur seinen Lebensunterhalt sich erwerben, sondern auch die herrschaftlichen Abgaben entrichten kann [q]).

2) Beschweren sich die Bauern, daß die Herrschaft ihr Recht, ungemessene Dienste zu fordern, mißbrauche, so ist nichts nöthiger und billiger, als daß der Richter dergleichen ungemessene Dienste dergestalt mäßige, daß die Bauern nicht dabey zu Grunde gehen, die Herrschaft aber auch in ihren Gerechtsamen dadurch nicht allzusehr eingeschränkt werde. Die Billigkeit einer solchen richterlichen Ermäßigung, ist von allen Rechtslehrern anerkannt worden [r]); es kommt aber freylich hierbey alles darauf an, was bey der Ermäßigung für Grundsätze anzunehmen sind, wie der Herr von Benekendorf [s]) vortrefflich gezeigt hat. Der Richter hat nämlich hauptsächlich auf zweyerley Rücksicht zu nehmen; a) auf die in der Nachbarschaft eingeführte Gewohnheit, und b) auf die Möglichkeit, die von der Herrschaft verlangten Dienste leisten zu können. Um jedoch diese Möglichkeit der geforderten ungemessenen Dienste auszumitteln, kommt es nicht sowohl auf einen ökonomischen Anschlag der Bauerhöfe, als vielmehr darauf an, daß

α) der Richter untersuche, wie viel ein Bauer, welcher über die Unerträglichkeit der ihm angemutheten ungemessenen Dienste klagt, von der in Besitz habenden Nahrung, sowohl an Gesinde als Gespann wirthschaftlich unterhalten könne; sodann liegt ihm

β) ob,

q) Westphals Privatrecht, 1. Thl. 32. Abhandl. §. 4.

r) Leyser Spec. 418. Hoeckner D. de oper. indet. determ. Lipſ. 1720. Stryck D. de abuſu iuris quaeſiti, c. 1. n. 35.

s) Benekendorf Oecon. for. 5ter Thl. 8. Hptſtk. 9ter Abſchn. § 578. flg.

β) ob, einen Ueberschlag zu machen, wie viele Zeit er mit seinem Gesinde und Gespann, zur Bestreitung seiner eigenen nöthigen Wirthschaftsgeschäfte braucht. — Hat er sich von diesen beyden Stücken vollkommen belehrt, so wird es ihm alsdenn nicht schwer werden, die ungemessenen Dienste, worüber Beschwerde geführt wird, auf eine gerechte und billige Art zu beurtheilen. Er darf nur diejenige Zeit, die der Bauer zur Bestellung seines eigenen Ackers nöthig hat, von den Dienstragen des ganzen Jahres abziehen, so wird sich von demjenigen, was die Herrschaft noch mit Recht an Diensten fordern kann, der Betrag von selbst ergeben. Bey einem Streite über das Botenlaufen der Cossathen, hat das Cammergericht zu Berlin, in Sachen des Rittmeisters von Grothusen gegen seine Unterthanen des Ländchens Bärwalde am 22. Aug. 1764. und 10. April 1765. erkannt: daß ihnen auf einer Reise von einer halben Meile, eine Last von 15 bis 18 Pfunden, auf eine weitere Reise aber nur eine Last von 10 Pfunden aufzubürden [t]).

Ich will nun auch die Grundsätze des Herrn HR. Runde über diese höchst interessante Materie anführen, welcher S. 386 schreibt: Bey der Frage: ob in zweifelhaften Fällen eher für die gemessenen oder ungemessenen Dienste eine Vermuthung zu fassen sey, müssen 1) die ordentlichen von den außerordentlichen Diensten unterschieden werden; da für letztere nur selten eine Zahl festgesetzt zu seyn pflegt, und nach der Natur dieser Dienste (S. 308) oft nicht einmal bestimmt werden kann. Es giebt 2) auch bey den ordentlichen Diensten ein natürliches Maaß der Dienste, welches theils aus den zur Zeit des ursprünglichen Dienstcontracts schon vorhandenen Bedürfnissen des Dienstherrn; theils aus demjenigen nach billigem Ermessen abzunehmen ist, was der Dienstpflichtige nach der ersten Anlage des ihm übergebenen dienstpflichtigen

t) Fr. Behmer nou. ius controu. Tom. II. Obs. 131.

Gutes zu thun vermag, ohne dabey zu Grunde zu gehen u). Woraus denn 3) schon von selbst folgt, daß nur aus Vertrauen auf diese gegenseitige billige Gesinnung des Dienstherrn und dienstpflichtigen Bauern, die ausdrücklichen vertragsmäßigen Bestimmungen der Dienste oft unterblieben sind; zumal da 4) auch Leibeigene in den ältesten Zeiten, nach teutscher Weise, nicht wie römische Sclaven, alles zu geben und zu thun schuldig waren, was die Tyranney ihres Herrn zu fordern beliebte x). Aus dem allen folgt aber, 5) daß in jedem Falle einer, unter dem Vorwande ungemessener Dienste, gemachten unbilligen Anforderung, richterliche Hülfe eintreten; auch zu Abwendung fernerer Streitigkeiten, die bisher ungemessenen Dienste allenfalls in gemessene verwandelt werden können y). Hingegen ist 6) die allgemeine rechtliche Vermuthung für die ungemessenen Dienste auf keinen sichern Grund gebauet z).

Betrachtet man die wahre Natur der wirklich hergebrachten ungemessenen Dienste aus diesem Gesichtspuncte, so zeigt sich bald, daß 1) auch diese Dienstart an sich nichts Verhaßtes und Ungerechtes sey; wenn sie es gleich in

u) Arg. L. 50. D de oper. libert. de Ludolf Obs. P. I. Obs. 105. §. 2 Grollmann Diss. cit. P. I. c. 2. §. 21. Pag. 54. Mevius P. IV. Dec. 133. Leyser Spec. 418. med. 3. de Cramer Opusc. Tom. III. n. 23. §. 1. 2. von Buri Erl. des Lehnr. 4te Forts. S. 61. n. 8.

x) Tacitus de morib. Germ. c. 25. de Pufend. Obs. Tom. I. Obs. 121. §. 4.

y) I. F. Hoeckner D. de oper. indet. determ. Lips. 1720.

z) Der stärkste Vertheidiger der entgegenstehenden Meynung ist Estor in comm. de praesumt. contra rusticos in causis operarum harumque redemtione licita, edit. nou. Marb. 1765. 4. Ihm sind viele andere gefolgt, und darunter auch Westphal im Privatr. Thl. 1. S. 337. Man lese dagegen Hauschilds Abhandl. ꝛc. S. 69. flgg.

in der Ausübung werden kann, wie viele Rechtslehrer [a]) sehr richtig darüber geurtheilt haben. Es folgt auch 2) daraus, daß Vermehrungen und Verminderungen der Bedürfnisse des Dienstherrn, bey solchen ungemessenen Diensten keine Veränderungen gegen das Herkommen begründen, nach welchem sie bisher geleistet worden, oder hätten geleistet werden müssen [b]). So wie auch 3) der Dienstpflichtige, wenn er sein Gut durch eigenen Fleiß verbessert und vergrößert hat, unter dem Vorwande ungemessener Dienste, zu nichts mehr angehalten werden kann, als er zu thun bisher gewohnt war. 4) Auch ungemessene Dienste können weder an beybehaltenen, noch an aufgehobenen Feyertagen gefordert werden [c]). Sie können auch 5) nur zum eigenen Bedürfniß des praedii dominantis verlangt und gebraucht werden [d]); wenigstens darf durch eine Abtretung der Dienste an andere, in der Dienstpflicht nichts erschwert werden [e]).

Da wir die Meynungen der Rechtslehrer über die Frage: ob man ungemessene Dienste vermuthen müsse, haben kennen lernen, so sollen nunmehr einzelne, zu der Lehre von Frohnen gehörende Rechtssätze angeführt werden, und zwar zuerst von der richterlichen Begünstigung in Dienstsachen. — Wenn man nämlich den wahren Grund und Ursprung der eigentlichen Frohndienste aufmerksam betrachtet, so folgt von selbst, daß solche an sich, eben so wenig für verhaßte

a) de Ludolf Symph. Tom. I. Pag. 307. Idem in Obs. T. I. Obs. 105. §. 2. de Cramer Opusc. Tom. III. Pag. 591. Strube ius villic. c. 5. §. 18. Pag. 238. Leyser Spec. 417. med. 5. Frommann de oper. rust. §. 27. sq. v. Buri von Bauerg. S. 44. ff.

b) de Pufend. Obs. Tom. I. Obs. 121. §. 7.

c) de Wernher Obs. Part. VIII. Obs. 333.

d) de Pufendorf l. c. §. 5. 6.

e) de Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 121. §. 12. Berlich Part. I. Dec. 67. Gegen letztern sucht jedoch Struben de iure villicor. c. 5. §. 19. Pag. 239. eine uneingeschränkte Befugniß in Abtretung der Dienste zu behaupten.

haßte und tyrannische Beschränkungen der natürlichen Freyheit aller Bauern zu halten sind, als die ausdehnenden Ansprüche des Dienstherrn richterliche Begünstigung verdienen; denn der Bauer war vor Uebernehmung der eigentlichen Frohndienstpflicht eben so wenig freyer Eigenthümer des Gutes, welches er bauet, als er bey der Uebernahme desselben in eine unbedingte Sclaverey trat; oder vorher nach der uralten Beschaffenheit der teutschen Leibeigenschaft sich in grenzenloser Dienstpflicht befunden hat [f]). Diese Frohndienste entstehen vielmehr aus solchen Verträgen, in welchen beyde Theile Hauptverbindlichkeiten übernehmen; in Ansehung deren folglich auch beyde gleichen Anspruch auf richterliche Hülfe haben. Aus eben dem wahren Grunde der entstandenen Frohndienste läßt sich aber auch sicher schließen, daß der ursprüngliche Dienstcontract nicht mit den Worten geschlossen wurde: sey unser Richter, so wollen wir dienen; sondern es hieß: gieb uns Land und Gut, wogegen wir Dienste versprechen. Daher hat ohne Zweifel auch die Meynung mehr Grund in der Natur der Sache, daß solche Dienste in zweifelhaften Fällen eher dem Gutsherrn als dem Gerichtsherrn zuzusprechen sind [g]), wiewohl es auch hier nach den besondern Provinzialrechten Ausnahmen giebt, wovon Struben in Rücksicht auf das Fürstenthum Calenberg, und Wolfenbüttel, und das Hochstift Hildesheim Beyspiele gesammelt hat [h]). — Bey richtiger Erwägung ihres Grundes, können die Gemeindedienste

f) Tacitvs de morib. Germ. c. 25. Gebaver de domin. potest. vet. Germ. in *Eius* vestig. iur. Germ. nr. 15. Pag. 373. Pottgiesser de statu seruor. Lib. 2. c. 7. §. 14. Pag. 479.

g) Byder c. Resp. Schmid D. de oper. burgens. §. 21. Strvben de iure villicor. c. 5. §. 14. Pag. 225. Buri von Bauerg. S. 40. und die Anmerk. des Herrn HR. Runde dazu Nr. 10. S. 6.

h) Strubens rechtl. Bed. Thl. 1. Bed. 117. Thl. 3. Bed. 138. Derselbe de iure villic. c. 5. §. 14. Pag. 225.

dienste und die Landfolge noch weniger als verhaßte Dienstbarkeiten betrachtet werden, wenn gleich beyde ohne großen Nachtheil des Staats und der Gemeinden, vielleicht gar wohl entbehrlich zu machen wären.

Die Frohndienste sind ihrer rechtlichen Natur nach, und ordentlicher Weise nur an Werkeltagen, von Sonnen Aufgang bis zu Sonnen Untergang zu verrichten, und können in allen solchen Hülfleistungen bestehen, die sich von dem kunstlosen Fleiße des Bauers erwarten, und für die Landwirthschaft nützlich gebrauchen lassen i). Da aber die Dienstpflichtigen zum Theil große, zum Theil kleine Bauergüter zu benutzen haben, so richtet sich auch hiernach die verschiedne Art der Dienste, welche man von ihnen fordert, und Hand- und Spanndienste heißen, wornach sie auch in Pferdefröhner und Handfröhner eingetheilt werden. Ob aber die wirkliche Dienstleistung für einen Männerdienst gehalten werden müsse, oder auch von Weibern verrichtet werden könne, hängt in den Fällen, wo der Dienstvertrag nichts darüber bestimmt, sowohl von der Natur der zu verrichtenden Arbeit selbst, als auch davon ab, ob die Dienstpflicht als eine Real- oder Personallast betrachtet werden muß. In allen Fällen muß jedoch, zu Verrichtung des Dienstes, eine solche Person gestellt werden, die der Arbeit gewachsen ist. Weil die Frohnen nur bey Tage verrichtet werden sollen, selbst alsdenn, wenn die Bauern zu ungemessenen Diensten verpflichtet sind, so muß der Herr sein Recht beweisen, wenn er etwas anders verlangt k). An den Frohntagen müssen die Bauern nicht nur zu rechter Zeit, folglich nicht zu spät erscheinen, sondern

i) Arg. L. 1. §. 4. D. de oper. libert. Engelbrecht de oper. ruft. §. 23. Pottgiesser de statu seruor. Lib. 5. c. 2. §. 40. de Pufendorf Tom. I. Obs. 121. §. 2. Strube de iure villic. Pag. 234. Hommel Obs. 377.

k) Berger Electa disceptt. forens. 1774. not. γ. et in Oecon. forens. Pag. 52. Hommel Rhapf. Obs. 533. Estors Rechtsgel. Thl. 1. §. 410.

sie sind auch verbunden, die Frohntage auszuhalten, weil dem Herrn sowohl in der Rücksicht, daß die Arbeiten zu rechter Zeit verrichtet werden, als auch wegen dessen, was der Bauer für die Frohne bekommt, daran gelegen seyn muß, daß die Frohne nicht zu lange daure. Wenn also zum Beyspiel ein Herr das Recht hat, daß die Bauern den Mist aufs Feld schaffen müssen, so kann, wenn ihnen die Frohne angekündigt worden ist, vom Dienstherrn verlangt werden, daß sie mit Aufgang der Sonne kommen, und mit ihrem Untergange erst wieder aufhören. Die Bauern können nicht einwenden, daß es dem Herrn gleich viel seyn könne, ob mit dieser Arbeit einige Tage länger zugebracht werde; denn es kann ihm, wenn auch kein Essen gegeben werden sollte, allerdings an der geschwinden Beendigung der Frohnarbeit gelegen seyn. Sollte aber wegen Regens oder um eines andern Zufalls willen, die Frohnarbeit eingestellt worden seyn, so muß alsdenn das, was noch an dem Tage fehlt, nachgeholt werden [l]). Wie hält es nun aber, wenn die Bauern weit nach der Frohne gehen müssen? Ist es genug, wenn sie nur zur rechten Frohnzeit ausgehen, oder müssen sie schon zur Stelle seyn? Die Rechtsgelehrten sind darüber nicht einerley Meynung; die billigste Behauptung ist aber gewiß die, wenn man annimmt, es sey schon genug, wenn ein Bauer nur zu rechter Zeit nach der Frohne ausgeht; denn auch die Zeit über, da er nach der Frohne geht, dienet er. Uebrigens muß der Bauer, wenn nichts anders hergebracht oder versprochen worden, die Frohnen umsonst thun, und kann kein Essen verlangen, gleichwie er auch mit seinem eigenen Werkzeuge die Arbeit verrichten, und sich solches auf seine Kosten anschaffen, ja auch den Schaden tragen muß, den er daran leidet [m]). Gemeiniglich ist es hergebracht, daß die Fröhner zu essen bekommen.

Da

l) Wernher Obs. Part. IV. Obs. 95.

m) Carpzov Part. II. Const. 52. Def. 10. n. 6. Hommel Obs. 194. n. 4.

Da die Frohndienste zur Vergütung des Nutzens geleistet werden, den die Bauern von den ihnen ehemals überlassenen Gütern ziehen, so folgt, daß sie ihre Bauerfrohnen ihrem Gutsherrn, oder demjenigen entrichten müssen, zu dessen Gute ihre Grundstücke ehedem gehört haben n); er mag zugleich Gerichtsherr seyn, oder nicht, jedoch kann auch derjenige, der die Gerichtsbarkeit über die Bauern ausübt, entweder α) im Namen des Landesherrn die Frohnen verlangen, welche die Bauern als Unterthanen zu leisten schuldig sind, oder β) auch noch andere Bauerdienste, wenn er deren rechtmäßigen Erwerb zu beweisen im Stande ist o).

Die Herrschaft darf nicht, wider Willen der Bauern, die Dienste in Geld verwandeln; dagegen ist sie aber auch nicht verbunden, von den Bauern statt der Zinsen, Geld anzunehmen p). Dieses beyderseitige Recht gründet sich auf allgemein gültige Verordnungen, welche wollen, daß, so wenig der Schuldner wider Willen des Gläubigers, ihm eine andere Sache statt der schuldigen aufdringen könne, eben so wenig dürfe auch der Gläubiger von dem Schuldner eine andere, als die ihm schuldige Sache fordern; und es sind daher auch hier sowohl auf Seiten des Dienstherrn als der Dienstpflichtigen gleiche Rechte q). Es ist jedoch billig der Fall auszunehmen, wenn Naturalfrohnen z. B. wegen Entlegenheit des Orts von dem Gutsherrn ganz und gar nicht

n) STRVBE de iure villicor. cap. 5. §. 14.

o) BVDER de operis burgenſ. §. 21. POTTGIESSER de ſtatu ſeruor. II, 6. 25.

p) GROLLMANN Diſſert. triga de operarum debitarum mutatione, c. praeſ. ESTOR. Gieſſae 1734. 4. LEYSER Spec. 419. BERGER Oecon. iuris Lib. I. tit. 2. theſ. 8. not. 9. BALTHASAR de operis ruſticorum, c. 16. Pag. 97. Cramers Nebenſt. Thl. 22. Nr. 8. Herr von Buri im Lehnr. 4te Fortſ. S. 63. Die Gebrüder Overbeck in den Meditat. über verſch. Rechtsmat. 3. Thl. 138. Med. S. 119.

q) L. 2. §. 1. D. de reb. credit. L. 74. D. de reg. iur.

nicht gebraucht werden können [r]). Ist nun eine solche Veränderung mit den Diensten gemacht worden, so kann dieses so geschehen, daß das Recht Frohnen zu fordern, eben so wenig als die Verbindlichkeit alternativisch seyn sollen; oder es kann bestimmt worden seyn, daß entweder Frohnen in Natur geleistet, oder das festgesetzte Geld dafür entrichtet werden soll. Ist das erstere, so muß es auch dabey bleiben, bis mit beyderseitiger Einwilligung etwas anders festgesetzt worden. Wäre aber das letztere, so hängt es von dem Bauer ab, was er leisten will, weil jedem Schuldner, der eine alternativische Verbindlichkeit hat, die Wahl gelassen werden muß [s]). Uebrigens braucht es auch hier keiner Ankündigung der Frohnen, sondern es kann das Dienstgeld dennoch gefordert werden, wenn sie gleich nicht angesagt worden [t]). Sollte aber zur Gunst des Herrn die alternativische Verbindlichkeit errichtet worden seyn, oder er hat das Recht, Geld statt der Dienste zu verlangen, durch eine ordentliche Verjährung erworben, so steht es bey dem Dienstherrn, ob er die Frohnen künftig wieder in Natur geleistet haben, oder von den Bauern Geld dafür nehmen will [u]); denn hier ist ebenfalls zu vermuthen, daß sich der Herr um seines Vortheils willen Geld statt der Dienste geben lasse. Es sind jedoch folgende Fälle allerdings anzunehmen, wo es bey dem Dienstgelde bleiben muß; nämlich, a) wenn die Bauern ihrem Gutsherrn,

r) Wernher Obs. Part. V. Obs. 28.

s) Berger Decis. 19. Leyser Spec. 665. med. 28. Hommel Obs. 515.

t) L. 7. D. de vsufr. legato. L. 22. D. de oper. libert. Wernher Part. I. Obs. 76. n. 1. Hommel Rhaps. Obs. 515. n. 2.

u) Leyser Spec. 429. med. 4. Spec. 665. med. 29. de Pvfendorf Obs. Tom. I. Obs. 224. Tom. II. Obs. 71. Wernher Obs. Tom. II. Part. IX. Obs. 64. von Buri Lehnrecht, a. a. O. S. 67. von Cramers Nebenst. Thl. 31. Nr. 8. Westphals Privatr. 1. Thl. S. 366. Overbecks Meditat. 3. Thl. S. 119.

Herrn, da er die Frohnen in natura wieder gefordert hat, dieselbe mit dem Vorgeben, daß sie hierzu nicht verbunden wären, verweigert haben, und der Dienstherr schweigt 30 Jahr dazu stille [x]). b) Wenn die Bauern dem Dienstherrn, die Leistung der Dienste gegen Erlegung eines gewissen jährlichen Geldes auf ewig abgekauft haben [y]). Weil aber dieses so wenig aus der Länge der Zeit, als aus der immer ähnlichen Bezahlung einerley Summe des Dienstgeldes zu schließen, sondern die Vermuthung immer für den Herrn ist, daß er das Geld nicht aus Schuldigkeit, sondern aus eigenem Willkühr genommen; so sind die Bauern schuldig, dieses ihr Vorgeben zu erweisen, oder wenigstens solche Umstände für sich beyzubringen, wodurch die für den Herrn streitende Vermuthung aufgehoben wird, wie beym Herrn von Buri a. a. O. S. 68 mit Recht behauptet wird. Endlich ist c) die letzte Ausnahme, wenn seit undenklichen Zeiten Dienstgeld ist gegeben worden, so daß Niemand weiß, ob jemals Dienste in natura geleistet worden sind [z]). Zum Beschluß bemerke ich noch, daß in unsern Zeiten ausführlich gezeigt worden, wie heilsam die Verwandelungen der Dienste in ein Dienstgeld, oder eine andere Art einer Naturalzinsentrichtung sowohl für den Dienstherrn, als den Dienstpflichtigen seyn könne [a]).

Da von der Verjährung der Frohnen einigemal geredet worden, so will ich das Wichtigste darüber bemerken.

x) de Pufend. Tom. I. Obs. 224. Pag. 553. Baltha. sar de operis subdit. c. 10. Rave de praescr. §. 117. schol. 2. Die Herren Gebr. Overbeck a. a. O. § 2.

y) Müller Pract. ciuil. March. Resol. 99. §. 25.

z) Leyser Spec. 469. med. 5. Spec. 665. med. 30.

a) Ch. F. G. Westfeld über die Abstellung des Herrendienstes, Lemgo 1773. 8. Zwo Abhandl. vom Surrogat der Hand- und Spanndienste, Cassel 1775. 8. Ländliches Denkmahl dem Grafen Joh. Hartw. Ernst von Bernstorf, von seinen Bauern errichtet, Kopenh. 1784. 8. Oeder's Bedenken über die Frage: wie dem Bauernstande Freyheit und Eigenthum in den Ländern, wo ihm beydes fehlt, verschafft werden könne? Altona 1786. 8.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0401
DFG

ken. Man kann sagen: so wie die Dienstpflicht durch eine Verjährung erworben werden kann [b]), so kann sie auch dadurch verloren gehen. Nach der gemeinen Meynung der Rechtslehrer wird erfordert, wenn eine auslöschende Verjährung bey Frohnen eintreten soll, daß α) der Dienstherr die Frohnen verlangt; β) der Fröhner solche mit dem Vorgeben, er sey dieselbe nicht zu leisten schuldig, verweigert, und γ) der Herr dieser Weigerung nicht widersprochen, sondern 30 Jahr außer Sachsen, daselbst aber 31 Jahr 6 Wochen 3 Tage dazu stillegeschwiegen habe [c]). Andere Rechtslehrer hingegen behaupten, daß das Recht, Frohnen zu fordern, durch einen bloßen Nichtgebrauch verloren gehe, und sie berufen sich darauf, daß nach 30 Jahren kein Recht mehr ausgeübt werden dürfe, wenn es so lange nicht geschehen sey, wie die L. 3. C. de praesc. 30. vel 40. annor. deutlich sage [d]). Daß aber der bloße Nichtgebrauch des Rechts, Frohnen zu fordern, dasselbe nicht aufhebe, erhellet aus folgenden Gründen: weil a) es sich zutragen kann, daß der Gutsherr die Dienste lange Zeit über nicht brauchte, und er daher keine Verbindlichkeit hatte, dieselben zu verlangen, mithin auch alsdenn, wenn er dieses

b) Rave Princ. de praescr. Pag. 259. Abr Kaestner Progr. de operis rusticor. earumque per praescript. adquisit. Lipſ. 1735. Seger D. de obligat. rusticorum ad operas per praescr. adquirenda vel tollenda, Lipſ. 1769.

c) Carpzov Iurispr. forenſ. P. II. Conſt. 22. Def. 12. Richter Deciſ. 93. n. 37. Berger Oecon. iur. Lib. I. tit. 2. th. 8. not. 12. Lyncker Vol. II. Reſp. 77. n. 10. Brvnnemann ad L. 1. D. de oper. libert. n. 4. Stryck ad Lavt. Lib. VII. tit. 7. verb. finitur. Horn Claſſ. VI. Reſp. 9. Wernher P. I. Obſ. 76. Schavmb. Comp. Digeſt. Lib. VII. tit. 7. §. 2. Schmidts öffentl. Rechtssprüche, S. 323.

d) Leyser Spec. 420. med. 1. Hommel Rhapſ. Obſ. 33. Rave de praescr. Pag. 256. et 257. not. k. ibique Eichmann. Buri von Bauerg. S. 53. Meisters practische Bemerk. Bnd. 2. Nr. 20. S. 204. ff. und Nr. 24. S. 227.

dieses nicht unterläßt, nicht für nachlässig gehalten werden kann. b) Kann es auch seyn, daß er verhindert worden ist, solche zu fordern, und ihm in dieser Rücksicht noch weniger eine Nachlässigkeit zur Last zu legen, gleichwohl ist doch die Verjährung vorzüglich mit zur Strafe der Nachlässigkeit eingeführt. c) Muß nach der Analogie der Rechte der Servituten, der Dienstpflichtige, den Besitz der Freyheit von Frohnen durch gewisse körperliche Handlungen zu erlangen suchen, wie es bey Servituten [e]) nothwendig ist. d) Verordnen auch die Gesetze [f]) ganz deutlich, daß die Forderungen der Dienste durch den bloßen Nichtgebrauch keinesweges verloren gehen sollen. Keinesweges aber e) kann man für diese Meynung anführen, daß das Recht Frohnen zu fordern, eine blos willkührliche Handlung sey, und die Schuldigkeit Dienste zu leisten nicht eher vorhanden sey, als bis solche angesagt worden; denn die Gesetze verordnen, daß derjenige, dem ein Recht zusteht, dasselbe binnen einer gewissen Zeit bey Verlust desselben ausüben soll, folglich muß der Herr, dem das Recht Frohnen zu fordern zusteht, solches, wenn er sie innerhalb dieser Zeit braucht, auch binnen dieser Verjährungszeit auszuüben suchen, und die Dienste verlangen. Von dem Rechte, Frohndienste zu fordern, kann man aber um so weniger behaupten, daß es etwas blos willkührliches sey, da die Frohnen sich ursprünglich auf Verträge gründen [g]); etwas anders ist es aber, wenn davon die Rede ist, ob man die Frohnen allezeit, wenn sie nöthig sind, oder nur zuweilen fordern will. Dieses ist etwas blos willkührliches. Jede einzelne Dienstleistung hingegen, oder die Forderung einer Vergeltung der nicht geleisteten, kann auch ohne die angeführten vier Stücke (S. 334) verjährt werden; so wie auch bey der Frage: wie fern die Dienste durch Verjährung in ein Dienstgeld recht-

e) L. 18. §. 2. D. quemad. seruit. amitt. L. 6. D. de seruit. praed. vrban.

f) L. 2. D. de vsu et vsufr. legato.

g) Hommel Rhapf. Obs. 33.

rechtlich verwandelt seyn möchten, hierauf keine Rücksicht zu nehmen ist, wenn sonst die rechtlichen Erfordernisse der Verjährung eintreten h).

Wenn der Bauer die schuldigen Dienste nicht leistet, oder doch nicht so, wie er sollte, so muß der Gutsherr ihn bey seinen eigenen Gerichten, wenn er die Gerichtsbarkeit hat, sehlt sie ihm aber, bey dem ordentlichen Richter der dienstpflichtigen Bauern verklagen, und nachdem der Bauer ordentlich gehört worden, kann er zur Strafe des bewiesenen Ungehorsams, nicht nur in alle Kosten, sondern auch dazu verurtheilt werden, daß er seinem Dienstherrn den verursachten Schaden ersetze. Uebrigens können auch hier, der Regel nach, solche Zwangsmittel gebraucht werden, die mit der Gerichtsbarkeit verknüpft sind, den Bauer zu Erfüllung seiner Dienstpflicht zu nöthigen. Da es aber in den vorigen Zeiten erlaubt war, sich der **Auspfändung** gegen die ungehorsamen Bauern zu bedienen, wie man aus dem Sachsenssp. Buch 1. Art. 54. sieht, wo es heißt: der Herr mag wohl selbst pfänden auf seinem Gute um sein Zins oder Geld, das man ihm davor gelobet hat, ohne des Richters Urlaub i); welches Recht sich darauf gründete, weil die Bauern ihre Güter vom Gutsherrn bekommen hatten, folglich man ihm ein Recht zugestehen müsse, sich an diese Grundstücke wegen seiner rechtmäßigen Ansprüche halten zu können, so verstattete man ihnen den so genannten außergerichtlichen **Dienstzwang**. So war es auch teutsche Sitte, daß der **Gläubiger** befugt war, sich eigenmächtig in Besitz der Güter seines Schuldners zu setzen k). Dieser **Dienstzwang** ist noch heutiges Tages bis zur Selbsthülfe erlaubt;

h) RAVE l. c. Pag. 259. de PVFENDORF Tom. I. Obs. 224. Tom II. Obs. 71. WERNHER Tom. II. P. 9. Obs. 64.

i) Statutum Freiberg. in HALTAVSII Glossar. Pag. 1496. RICCII Spicil. Pag. 154. HOMMEL Rhapf. Obs 574. STRVBEN de iure villic. Pag. 293. §. 7.

k) DATT. de pace publ. c. 16. HOMMEL Rhapf. Obs. 574. n. 8.

erlaubt; er muß aber nur in den Schranken bleiben, die allenfalls mit dem Verhältnisse eines Hausvaters und seiner Hausgenossen bestehen. Wo dieses unzureichend ist, da muß der Beystand des ordentlichen Richters, gegen den Dienstpflichtigen gesucht werden [1].

§. 125. 126.

Wir haben uns vom 118. §. an bis jetzt mit Rechtswahrheiten beschäftigt, die sich auf den ersten bürgerlichen Zustand eines Menschen, den Stand der Freyheit gründen, und hauptsächlich von solchen Personen gehandelt, die in Teutschland keine vollkommne Freyheit haben. Nunmehr soll auch von denjenigen Rechten etwas gesagt werden, die sich auf den Bürgerstand eines Menschen beziehen. Man versteht dasjenige Verhältniß eines Menschen darunter, da er als Mitglied eines gewissen Staates betrachtet wird, und deswegen den Namen Bürger bekommt. In Rücksicht auf diesen bürgerlichen Stand, sind die Menschen entweder Bürger eines gewissen Staats, oder so genannte Fremde [m]). Der Natur der Sache gemäß muß ein Bürger des Staats, da er ein Mitglied desselben ist, verschiedne Rechte und Verbindlichkeiten haben, welche solchen Personen nicht zustehen, die nicht als Mitglieder des nämlichen Staats betrachtet werden können. Diese Rechte, welche von dem Verhältnisse zum Staate abhängen, machen das Bürgerrecht aus, und sie sind entweder solche, die schon aus dem Begriffe von Staat und Bürger fließen, und blos durch die Vernunft erkannt werden können, oder solche,

1) Buri von Bauerg. S. 57. Strubens Bed. Thl. 2. Nr. 50. Untersuchung der Frage: ob wider ungehorsamlich ausgebliebene Bauern in Frohndienstsachen mit der Auspfändung verfahren werden könne; in Günthers und Otto's Magazin für Rechtsgel. zweyter Jahrg. Bnd. 1. Stück 2. S. 97 — 109.

m) C. F. Hommel c. Resp. Fr. Platner D. de vsu hodierno diuis. homin. in ciues et peregrinos, Lipſ. 1750.

solche, die nur in der besondern Einrichtung des Staats, dessen Bürger man ist, ihren Grund haben. Die Rechte der ersten Art, von denen im allgemeinen bürgerlichen Rechte ausführlich zu handeln ist, nennt man das allgemeine Bürgerrecht (ius ciuitatis vniuersale); die letztern hingegen machen das besondere Bürgerrecht (ius ciuitatis particulare) aus, wohin das Bürgerrecht des römischen und des teutschen Staats gehört n).

Der Begriff eines römischen Bürgers war nicht beständig einerley; denn etwas anders verstand man nach Entstehung des römischen Staats darunter, und wieder etwas anders in der Folge o). Bis auf den Kaiser Antoninus Caracalla nennte man nur denjenigen freyen Römer, ciuis Romanus, der in Rom selbst wohnte, und entweder durch die Geburt, weil beyde Aeltern schon römische Bürger waren, oder durch die Freylassung nach der alten Art vor der Obrigkeit, oder in einer letzten Willensverordnung, oder durch Einschreibung beym Censor, oder durch die Gnade des Kaisers, das römische Bürgerrecht erlangt hatte. Solche römische Bürger wurden *Quirites* genennt, nicht weil Romulus, Quirinus genennt wurde, wie es §. 2. Inst. de iur. nat. gent. et ciuil. heißt, sondern von der Hauptstadt der Sabiner, Cures p). Aus der Geschichte ist nämlich bekannt, wie Romulus bey der Feyer des Fests, das dem Neptunus zu Ehren gehalten wurde, viele Töchter und Weiber der benachbarten Völker, die nach geschehe-

n) MEISTER, s. HANNESEN de statu ciuitatis, Götting. 1752. 4. God. STOESSER D. de iure ciuitatis, Arg. 1667. Henr. HILDEBRAND D. de iure ciuium originario, Alt. 1724.

o) Car. SIGONIVS de iure ciu. Rom. Hal. 1718. 8. Ezech. SPANHEM. Orbis romanus, Lond. 1703. Hal. 1728. 4.

p) LIVIVS I, 13. DION. HALIC. II, III. PLVTARCH. in *Romulo*, Pag. 30. in *Numa* Pag. 61. OVID. Fasti II, 477.

schehener Einladung als Zuschauerin nach Rom gekommen waren, hatte rauben lassen, so entstand der heftigste Krieg zwischen den Römern und diesen Völkern. Da aber diese Völker nicht gemeinschaftlich wider die Römer zu Felde zogen, sondern einzeln, wurden sie immer geschlagen. Endlich fiengen auch die Sabiner, eine sehr zahlreiche Nation, den Rachkrieg an, schlugen die Römer und drangen bis in die Stadt herein, wo sie eine große Verwüstung angerichtet haben würden, wenn nicht die geraubten Weiber ihre Männer zu besänftigen, und es dahin einzuleiten gewußt hätten, daß zwischen beyden Völkern Friede gemacht, und sie zu einer Nation vereinigt wurden. Eine Hauptbedingung war nun, daß die Nation künftig nicht Römer, sondern *Quirites* heißen sollte, und folglich hieß das Bürgerrecht, *ius Quiritium*. Das ius ciuitatis Romanae, oder das ius Quiritium bestand aus zweyerley Vorrechten, davon die eine Classe *iura publica Quiritium*, und die andere *iura priuata Quiritium* genennt wurde. Die Vorrechte, welche das ius ciuitatis *publicum* ausmachten, waren verschieden, und hierher gehörte das ius census, militiae, tribus, suffragiorum, bonorum; als Vorrechte hingegen, die das ius ciuitatis priuatum ausmachten, wurden betrachtet, das ius sacrorum, agnationis, gentilitatis, vsucapionis, mancipii, connubiorum, patriae potestatis, testamenti factionis activae et passiuae, commerciorum. Jene Vorrechte kann man Vorzüge in Rücksicht auf das Staatsrecht, und diese, Vorrechte in Rücksicht auf das Privatrecht, nennen q). Nachdem der römische Staat sich ansehnlich vergrößert

q) Corn. Val. Vonckii Miscell. Pag. 104. Fr. Car. Conradi D. de iure Quirit. a iure ciuit. rom. non diuerso, Helmst. 1744. Io. Henr. Mylii D. de iure Quirit. in *Eius* Opusc. acad. Treckel select. Antiquit. Part. I. Pag. 111. sq. in Reizii Theoph. Pag. 1090. Püttmann ad Mascov. Opus. Pag. 108. Sigonivs de antiquit. iur. ciuit. roman. Lib.

größert hatte, und nicht blos das Gebiet der Stadt Rom in sich faßte, so entstand ein Unterschied zwischen dem vollen Bürgerrechte des römischen Staats und dem Ius Quiritium. Ersteres nennte man ius ciuitatis optimum maximum. *Quirites* hießen diejenigen, welche nicht das ganze Bürgerrecht hatten; die aber alle Vorrechte genossen, nennte man ciues Romani optima lege; ein unvollkommnes Bürgerrecht hingegen heißt schlechtweg ius Quiritium. Dieser Unterschied zeigte sich noch zu den Zeiten des jüngern Plinius, welcher bey dem Kaiser für seine Freunde, erst um das ius Quiritium bat, und sodann um das ius ciuitatis. Herr D. und Prof. Stockmann schreibt S. 119. in einer Note seiner Ausgabe von Bachs Rechtsgeschichte: Einige Rechtsgelehrte, z. B. Sigonius, Spanheim, Christ, behaupten, das ius ciuitatis Romanae habe alle Rechte eines römischen Bürgers, nämlich sowohl die iura *publica* als die iura *priuata* enthalten, das ius Quiritium habe aber blos die iura *priuata* verschafft; andere hingegen, z. B. Conradi, Gebauer r) sind der Meynung: es sey kein Unterschied zwischen diesen beyden Benennungen gewesen. Für jene Meynung lassen sich freylich einige Stellen aus des jüngern Plinius Briefen, z. B. X, 4. 6. 22. anführen, wo Plinius vom Trajan für einige das ius ciuitatis verlangte, für andere hingegen das ius Quiritium. Herr Prof. Stockmann bemerkt dagegen: Plinius mache keinen so deutlichen Unterschied, daß man offenbar sehe, das ius Quiritium habe nur iura priuata enthalten, das ius ciuitatis aber auch zugleich die iura publica.

Für

Lib. I. cap. 6. Heineccii Antiquit. in Adpend. Lib. I. c. 6. sqq. Io. Fr. Christii de iure Quiritium coniecturae, in *Eius* Noct. Attic. Spec. II. Hal. 1727. 8.

r) Gebauer Excurs. II. ad Inst. Pag. 217. Fr. C. Conradi de veris mancipi et nec mancipi rerum differentiis, lib. sing. Helmst. 1739. 4. Pag. 36.

Für eine gewisse Wahrheit ist es zu halten, daß nach und nach ganzen Ländern, Städten und auch einzelnen Personen, mehr oder weniger Vorrechte der römischen Bürger ertheilt worden, und dieses veranlaßte die Benennungen Ius Latii, Ius Italicum. Politik und Nothwendigkeit veranlaßte nämlich die Römer, Völker, mit denen sie Krieg geführt hatten, dadurch zu gewinnen, daß sie ihnen einzelne Vorrechte überließen, dazu eigentlich nur ein Römer fähig war [s]). Alle Nichtrömer, die in Italien, in den Municipien, und in den römischen Provinzen wohnten, oder zwar in Rom lebten, aber dennoch keine römischen Bürger im ersten Sinne waren, nennte man Peregrini, Fremde [t]) in der engern Bedeutung; im weitläuftigen Verstande hießen aber nur diejenigen, Fremde, welche zu keiner Classe von den angeführten Personen gehörten. Es wurde nämlich unter den Peregrinis ein Unterschied gemacht, ob sie nicht wenigstens Bürger einer unter römischer Oberherrschaft stehenden Stadt waren, oder ob auch dieses nicht der Fall war. Letztere nennte man nullius certae ciuitatis ciues, und dieser ihre Rechtsangelegenheiten entschied der Praetor peregrinus nach der Vernunft und dem allgemeinen Menschenrechte, welches die Römer ius gentium nennten, wie wir im 1sten Theile dieses Commentars S. 66 gesehen haben; jedoch sahe er erst darauf, ob nicht etwa ähnliche rechtskräftig entschiedene Fälle, oder die römischen Gesetze selbst, bey dem vor sich habenden Falle zur Entscheidungsnorm gebraucht werden

s) Sigonivs de iure antiquo Italiae. Spanheim Orbis Roman. Heinecc. Ant. iur. Adp. Lib. I. Christ. Gottl. Schwarzii Specim. iurisprudentiae antiquar. de Iure Italiae, Altorf. 1720. et in *Eius* Exercit. acad. Norimb. 1783. Pag. I. Byncker sh. Obs. VI, 21. Paul van der Heim D. ad L. 19. D. de Offic. Praesid. Lugd. Bat. 1772. 4.

t) van de Hoop D. de iure peregrinorum, Lugd. Bat. 1759. Fr. Car. Conradi Parerga Lib. I. Nr. I. §. 11. sqq. Lib. IV. n. II.

mußten. Solche Peregrinos hingegen, die Bürger einer gewissen Stadt waren, richtete der Praetor peregrinus nach den Gesetzen derjenigen Stadt, deren Bürger sie waren [u]). Von allen Fremden sagte man, sie hätten keine römische väterliche Gewalt über ihre Kinder, sondern blos die natürliche väterliche Gewalt komme ihnen zu; sie lebten in keiner römischen Ehe, sondern blos in einer Ehe, die nach dem Naturrechte ihre Würkungen habe; das Eigenthum, welches ihnen an ihrem Sachen zustehe, sey blos ein natürliches, aber kein römisches.

Nachdem der Kaiser Claudius bereits Willens gewesen war, allen freygebohrnen Einwohnern des römischen Staats das Bürgerrecht zu ertheilen, woran er aber durch seinen Tod verhindert wurde, so erklärte der Kaiser Antoninus Caracalla, wie die mehresten [x]) behaupten, alle Freyen römischen Unterthanen zu Bürgern, weil er als der größte Verschwender, die Staatseinkünfte dadurch zu vermehren suchte, indem diese neuen Bürger nun auch die Lasten der römischen Bürger übernehmen mußten. Der Kaiser Justinian giebt in der 78. Novelle, am Schluß derselben, den Antoninus den Frommen, als den Urheber dieser Verordnung an. Mehrere Rechtsgelehrte [y]) haben zu zeigen gesucht, der menschenfreundliche Kaiser Antonin der Philosoph, sey durch den großen Gedanken eines allgemei-

u) CICERO in epist. ad famil. XIII, 9. IDEM in Orat. in Verrem II, 22. VARRO de Lingua lat. in Exc. vet. Grammat. Dion. GOTHOFR. Pag. 1375. VLPIAN. Fragm. XX, 14. ib. SCHULTING not. 45.

x) L. 17. D. de statu homin. DIO Excerpt. Valef Lib. 77. Pag. 874. SPANNHEIM in Orbe roman. Exerc. II. c. 1. PAGENSTECHER select. iur. quaest. n. 4. BVRMANN de vectig. c. 11. MEISTER Lib. singul. de Antonino Caracalla, vero ciuitatis per orbem romanum propagatore, Vratisl. 1793. 4.

y) GALVAN de vsufr. c. 5. n. 12. Io. Paul MAHNER Comm. de M. Aurel. Antonini constit. de ciuitate vniu. orbi rom. data, Hal. 1772.

gemeinen Bürgerrechts vernünftiger Menschen unter dem Gebiet der Vernunft, zu dieser edlen That veranlaßt worden. Von dieser Zeit an rechnete man Sclaven, Ausländer und Freygelassene, die nicht nach der alten hergebrachten feyerlichen Weise waren manumittirt worden, unter die Fremden, oder Peregrini. Endlich erklärte der Kaiser Justinian, wie man aus der Nov. 88. Cap. 5. sieht, auch die Freygelassenen für römische Bürger, und es wurden nur noch die Sclaven und Ausländer für Peregrini gehalten, auf welche ein Unterschied der Rechte angewendet wurde.

Nach teutschen Rechten, ist der bey den Römern eingeführte Unterschied zwischen Bürgern und Fremden ebenfalls angenommen worden; denn wir theilen in Teutschland in Rücksicht auf die bürgerliche Gesellschaft ebenfalls alle Menschen in Einheimische, oder Fremde [z]). Die Einheimischen werden in ordentliche und außerordentliche Mitglieder des gemeinen Wesens eingetheilt. Jene nennt man Bürger, Nachbarn, Gemeindemänner, ciues im weitläuftigen Sinne des Worts; diese heißen Beysassen, Schutzverwandte, Beywohner, incolae. Der Inbegriff aller Gerechtsamen, welche Einheimische vor Fremden haben, wird das Indigenat [a]) genennt. Im strengen Verstande wird aber Indigenat auch für Eingebohrnheit gebraucht; und darunter das Recht verstanden, nach welchem alle im Auslande

z) HOFACKER Princ. Iur. ciuil. Tom. I. Pag. 244. Io. Andr. HOFFMANN D. de iuribus indigenarum Germaniae, Ien. 1747. IDEM de indigenis eorumque praerogatiuis, Marb. 1758. SCHILTER D. de iure peregrin. in *Eius* Exerc. ad Pand. Pag. 103. Fr. Wilh. PESTEL D. iustitia et benignitas legum germanicarum erga peregrinos examinata, Rint. 1754.

a) STRAVCH D. de indigenatu Germanorum, in *Eius* Opusc. Tom. I. Pag. 1—19. HAHN D. de iure indigenatus singulari, Helmst. 1663. in FRITSCH Exerc. iur. publ. Pag. 3. in Adp. Pag. 51. Conr. Guil. STRECKER de indigenis Germaniae eorumque iuribus, Erf. 1731.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0411
DFG

Gebohrne, auch dann noch von allen Staatsbedienungen ausgeschlossen bleiben, wenn sie gleich das Bürgerrecht durch die geschehene Aufnahme erlangt haben.

Vermöge der teutschen Staatsverfassung giebt es in Teutschland ein dreyfaches verschiedenes Indigenat, nämlich 1) ein Reichsindigenat; 2) ein Territorialindigenat; und 3) ein Gemeinheitsindigenat. Auf das erste bezieht sich der Gebrauch, daß alle diejenigen, welche keine gebohrne Teutsche sind, für unfähig gehalten werden, wichtige Reichsbedienungen zu erhalten, und zu den Präbenden teutscher Stifter oder Ritterorden zu gelangen [b]). Das Territorial- und Gemeinheitsindigenat wird nicht nur durch die Geburt, sondern auch durch die Aufnahme erlangt, und diese Aufnahme geschieht theils ausdrücklich, durch besondere Naturalisationsrescripte, theils auch stillschweigend durch Beförderung zu einer öffentlichen Bedienung; durch Gewinnung des Bürger- oder Meisterrechts; desgleichen durch zugestandene Niederlassung oder Ankauf eines Grundstücks.

Es giebt mehrere Rechte, zu deren Genuß kein Fremder gelassen wird, und dahin gehört 1) der Ankauf der Grundstücke; 2) die Beförderung zu öffentlichen Aemtern, wovon es schon im Sachsenspiegel Buch 3. Art. 61. heißt: Es mag Niemand Schultheiß geseyn, er sey denn frey und in dem Lande gebohren, da das Schultheisthumb oder Gericht inne liegt. Unbillig ist es, 3) daß nach einigen Land- und Stadtrechten, die einheimischen Concursgläubiger bey Vertheilung der Concursmasse eher befriedigt werden, als die auswärtigen; da es doch nur vermöge der Retorsion [c]) geschehen sollte. Die Glaubwürdigkeit eines Zeugen beruht 4) heut zu Tage nicht mehr, wie ehedem, auf dem

b) Camm. Ger. Ordn. Thl. 1. Tit. 3. §. 1. Wahlcapit. Art. 12. und 24. §. 2. Moser von der Ausländer Fähigkeit und Unfähigkeit zu teutschen geistlichen Würden, Frankf. und Leipzig 1783. 4.

c) Ledderhose kleine Schriften, Thl. 1. S. 282.

dem Indigenat, oder dem Besitz von Grundstücken im Lande [d]); und 5) sind Fremde heut zu Tage in ganz Teutschland erbschaftsfähig, wenn nicht das Retorsionsrecht in einem besondern Falle eine Ausnahme veranlaßt.

Da man in den alten teutschen Gesetzen, niemals den menschenfeindlichen Grundsatz befolgte, daß jeder Fremder als ein Feind des Staats zu betrachten sey [e]), so werden Fremde in ihren Rechtshändeln, nach eben den Gesetzen beurtheilt, wornach sich Einheimische richten lassen müssen; ja es sollen ihre Rechtshändel so gar vor andern beschleinigt werden, zu welcher Absicht hier und da so genannte Gastgerichte angeordnet sind, oder doch gestattet werden [f]). Eine Retorsion, Verträge mit den Unterthanen, das Herkommen, oder gar ausdrückliche Gesetze, veranlassen bisweilen von diesen billigen Grundsätzen, eine Ausnahme [g]).

Der Unterschied zwischen Einheimischen und Fremden zeigt sich ferner in einigen besondern Rechten, die als Folgen davon betrachtet werden müssen; und dahin gehört 1) das Wildfangsrecht, wovon S. 252 etwas gesagt worden; 2) das Retorsionsrecht, vermöge desselben die, in einem andern Lande oder Stadt, zum Nachtheil der Fremden eingeführten Rechte, gegen die Unterthanen eben dieses Staats, in vorkommenden gleichen Fällen in Anwendung gebracht werden. Von dieser Materie

d) Dreyer D. de cespit. requisito in testib. habilibus, Frf. 1750.

e) Pestel Diss. de iustitia etc. (S. 343). Schröters Abhandl. 1. Thl. S. 258.

f) R. A. v. 1654. §. 156. Schottel de singul. in Germ. iur. c. 15. Pag. 362. de Balthasar D. de iure peregrinorum singulari circa processum german. vulgo in sensu eminenti Gastrecht appellato, Gryph. 1742. Willenberg D. de iudicio peregrinitatis, vom Gastrecht, in *Eius* Exerc. Sabbath. Part. 2. n. 62.

g) Hommel Diss. cit. de vsu hodiern. (S. 337). Schilter de iure peregr. (S. 343).

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0413
DFG

wird in der Folge gehandelt werden. Auch ist 3) das Heimfalls- oder Fremdlingsrecht, ius albinagii, als eine Folge des Unterschieds in Teutschland zwischen Fremden und Einheimischen zu betrachten; 4) gehört auch das Recht der Nachsteuer, ius detractus, hierher, von welchen rechtlichen Gegenständen ebenfalls g. G. zu seiner Zeit das Wichtigste angeführt werden soll. Aus dem zeither Bemerkten ist der Schluß ganz sicher zu machen, daß heut zu Tage immer noch ein Unterschied zwischen Einheimischen und Fremden, nach teutschen Rechten gemacht werden müsse, und die Verordnung des Kaiser Friedrichs II. in der Auth. omnes peregr. Cod. commun. de succeſſ., wo er den Unterschied unter Fremden und Einheimischen aufgehoben hat, setzt blos die Regel fest: daß außer den angeführten Fällen, die Fremden der Regel nach eben die Rechte zu genießen haben, wovon Einheimische Gebrauch machen dürfen.

Was nun das teutsche Bürgerrecht anbetrifft, so versteht man den Inbegriff derjenigen Vorrechte darunter, welche ein teutscher Reichsgenosse für Ausländern oder Fremden zu genießen hat. Es giebt ein dreyfaches teutsches Bürgerrecht, und zwar

1) ein allgemeines teutsches Bürgerrecht, welches darin besteht, wenn Jemand überhaupt ein Teutscher, oder ein Mitglied des teutschen Reichs ist, und deswegen gewisse Rechte und Vorzüge für Fremden zu genießen hat. Solche Vorrechte sind es z. B. daß nur Teutsche die Reichsämter bekommen; Niemand in teutschen Fürsten- oder Grafenstand erhoben werden soll, als ein teutscher Reichsunterthan; daß die geistlichen Würden und Präbenden nur an Teutsche vergeben würden dürfen [h]). Hier fragt sichs nun: wer ist denn nach den Grundsätzen des teutschen Staatsrechts ein Teutscher? Man sieht dabey blos auf den Besitz unmittelbarer Reichsgüter, und auf den

h) Höpfners Comment. S. 101.

den Ort der Geburt oder des Aufenthaltens wird nicht gesehen. Daher sind für Teutsche zu halten, 1) alle auswärtige Besitzer eines Landes in Teutschland, worauf die Reichsstandschaft ruhet; 2) ihre sämmtlichen Stammsverwandte, welche ein sicheres Erbfolgrecht auf diese Güter haben. Bey andern Personen wird die teutsche Geburt für hinreichend gehalten, und nur bey dem Adel verlangt man auch teutsche Ahnen, wenn sie in Stifter aufgenommen werden wollen.

2) Das teutsche Provinzialbürgerrecht begreift diejenigen Rechte, welche Jemand zu genießen hat, weil er in einer teutschen Provinz wohnt, und als ein Unterthan des Territorialherrn betrachtet werden muß (S. 344). Daher haben die Landeskinder z. B. an den mehresten Orten ein vorzügliches Recht auf Stipendien und öffentliche Aemter. In einigen Provinzen ist das Abtriebsrecht zum Besten der Einheimischen eingeführt worden, das heißt, sie haben bey dem Ankauf liegender Güter den Vorzug vor den Ausländern. So werden hier und da einheimische Concursgläubiger den auswärtigen vorgezogen.

3) Endlich ist davon unterschieden das Stadtbürgerrecht, worunter man diejenigen Vorrechte versteht, welche den Einwohnern der Städte, als Mitgliedern des städtischen gemeinen Wesens zu kommen [i]). Dieses enthält außer den allgemeinen Ansprüchen, die der Bürger auch schon als Unterthan auf obrigkeitlichen Schutz hat, folgende besondere Rechte, und zwar 1) das Recht, bürgerliche Nahrung zu treiben; 2) Grundstücke in der Stadt und ihrer Feldmark zu erwerben; 3) zu öffentlichen Aemtern in der Stadt zu gelangen; 4) an dem Mitgenusse solcher Stadtgüter und Gerechtsamen Theil zu nehmen, deren Benutzung

i) Rhetii D. de ciuitatensibus, in Vol. I. Diss. Frf. Nr. 10. Emminghavs D. de adquisit. et resignat. ciuitat. Ien. 1765. Hommel D. de adquir. vel amitt. iure ciuit. Hamb. Lipſ. 1777. de Pvfendorf Obſ. de adquir. vel omitt. ciuitate, in *Eius* Obſ. Tom. I. Obſ. 80.

nutzung für alle Bürger bestimmt ist. Die bürgerliche Nahrung begreift dreyerley Rechte unter sich, nämlich Handlung, Handwerksrecht und Bierbrauen.

In vielen teutschen Städten, besonders in den Reichsstädten, wird das Bürgerrecht in das große und kleine eingetheilt. Jenes begreift alle angeführten Vorrechte der Bürger unter sich; dagegen das kleine Bürgerrecht, gewöhnlich nur die eingeschränkte Befugniß, zu Betreibung gewisser unzünftigen Gewerbe und Handthierungen zum Gegenstande hat. Von diesen beyden Classen der Bürger sind die bloßen Mundmänner, Schutzverwandte, oder Zettelleute, desgleichen die fremden Einwohner zu unterscheiden. Nur diejenigen, welche das volle Bürgerrecht haben, sind als die ordentlichen Mitglieder des städtischen gemeinen Wesens anzusehen [k]); und auch unter diesen zeichnet sich nach der besondern Verfassung mancher großen Städte, zum Beyspiel zu Hamburg, eine besondere Classe der Erbgesessenen Bürger in Ansehung mancher Vorrechte aus.

Das Recht, Jemanden unter die Bürger aufzunehmen, hat der Regel nach nur der Stadtrath, wenn in den Landstädten nicht etwa der Regent sich die Concurrenz bey Ertheilung des Bürgerrechts vorbehalten, oder solche hergebracht hat, auf welche Weise die so genannten Gnadenbürger entstehen [l]). Der Stadtrath darf aber solches Niemanden verweigern, er müßte denn aus besondern Ursachen dazu unfähig seyn [m]). Ausgeschlossen davon sind nämlich 1) alle Ehrlose; 2) Geächtete [n]); 3) Juden; 4) Leibeige-

k) Emminghavs l. c. §. 10. Pag. 10. Hommel l. c. §. 3. Pag. 8. Normanns Geographie, 1. Bnd. 5. Abth. S. 3037.

l) Hannesen l. c. §. 20. Pag. 36.

m) Strubens Bed. Thl. 3. Bed. 5. S. 55. von Cramers Abh. ob die Aufnahme zum Bürger eine bloße Policeysache sey? In den Wetzl. Nebenst. Thl. 2. S. 152.

n) Landfriede v. 1521. Art. 8.

eigene o), oder Wachszinsige p), welche ihr Mannrecht nicht erweisen können, nach der Parömie: keine Henne fliegt über die Mauer. Da übrigens, aller Vorsicht von Seiten der Städte ungeachtet, ehedem es dennoch nicht ganz verhütet werden konnte, daß mancher auf guten Glauben als freyer Mann aufgenommene Bürger gleichwohl in der Folge seiner Leibeigenschaft wegen in Anspruch genommen wurde; so haben viele Städte durch erlangte kaiserliche Privilegien, wegen eingetretener ein- oder mehrjährigen kurzen Verjährungszeit, die daher zu besorgenden Streitigkeiten abzuwenden gewußt q). Endlich wird 5) nach der Localverfassung einiger Städte auch durch das Religionsbekenntniß die Fähigkeit zum Bürgerrechte bestimmt; und wo deshalb nichts besonders festgesetzt ist, da wird wenigstens zur Regel angenommen: daß man zu einer von den drey in Teutschland eingeführten kirchlichen Gesellschaften gehöre, und sich öffentlich dazu bekenne r).

Bey der Ertheilung des Bürgerrechts, macht man überall einigen Unterschied, zwischen gebohrnen Bürgerskindern und Fremden, und letztere bezahlen ein höheres Bürgergeld, als erstere s). Es wird über dieses bey der Aufnahme zum Bürger auch wohl eine gewisse Vermögenssumme

o) Eisenhart v. Sprüchw. S. 51. Walch D. de homine proprio ciuitatis experte. Ien. 1785. in Opusc. Tom. II. Pag. 95—115. Pottgiesser de statu seruorum, Lib. 3. c. 1. Pag. 587.

p) Pottgiesser l. c. Lib. 1. c. 4. §. 31. Pag. 201. de Ludolf Obs. for. cont. Obs. 167. Bünemanns Nachrichten von den Cerocensualen, in den Hannöv. gel. Anzeig. v. J. 1750. Nr. 32. und in Schotts Wochenbl. Thl. 2. S. 426. Königs Zusätze zu diesen Nachr. a. a. O. Nr. 30. und bey Schott a. a. O. Thl. 3. S. 45. Dreyers Miscellaneen, S. 112.

q) Riccius de praescr. German. c. 17. Pag. 142.

r) Instr. Pac. Osnab. Art. 5. §. 34.

s) Hildebrand D. de iure ciuium originariorum, Alt. 1724. de Pvfend. T. I. Obs. 80. §. 2. von Frankfurt S. Moritz Thl. 1. S. 203. ff. von Quedlinburg Voigts Abh. S. 253.

summe erfordert [t]), und für die fremde Frau, welche ein Bürger heyrathet, oder die mit einem fremden Ehemanne das Bürgerrecht gewinnt, muß an vielen Orten ein besonderes, wiewohl geringeres Bürgergeld entrichtet werden [u]); so wie man im Gegentheile auch an manchen Orten solchen Fremden, die Bürgerswitwen oder Töchter heyrathen, die Gewinnung des Bürgerrechts erleichtert hat [x]).

Der neuaufzunehmende Bürger muß nach bezahltem Bürgergelde, den Bürgereyd ablegen [y]), wodurch er dem Stadtmagistrate Gehorsam, der Stadt, deren Mitglied er werden will, alle ihm mögliche Beförderung der gemeinen Wohlfahrt, und überhaupt treue Erfüllung aller Bürgerpflichten angelobt [z]); so weit solche nicht höhern Verbindlichkeiten widersprechen, oder besondere Exemtionsprivilegia

t) Siebenkees Beyträge zum teutschen Rechte, Thl. 3. S. 213.

u) Moritz S. 204. Policeyv. der Stadt Münster, Cap. 10.

x) Moritz S. 201. Hellfeld im Repert. Thl. 2. S. 1683. Art. Fndbürger.

y) Von den deshalb angeordneten und hin und wieder noch üblichen Eddagen oder Schwörtagen; wie auch von Vorlesung der Eddagsartikel — Schwörungsartikel, s. C. Fr. Walchs Beytr. zum teutschen Rechte, Thl. 3. S. 295. ff. Eben solche Artikel von der Reichsst. Ißney stehen in Jägers juriſt. Magaz. Bd. 2. S. 99. Von Ulm ebend. S. 329. Thl. 3. S. 293.

z) Siehe z. B. den Frankfurter Bürgereyd bey Moritz Thl. 1. S. 204. Wie der Geist des Faustrechts in den alten Eydesformeln der Bürger athmete, zeigt ein Beyspiel von Münzenberg, in Schlözers Staatsanz. Heft 31. S. 296. Von einer durch aristokratische Argliſt über die Formel des Bürgereydes im Jahr 1600. zu Lübeck veranlaßten großen Streitigkeit zwischen Rath- und Bürgerschaft, s. Becker in der Lübeck. Gesch. Thl. 2. S. 263. Lüd. MENCKEN D. de iuramento ciuium s. Bürgereyd, Lipſ. 1687. et in *Eius* Diſſ. Lipſ. 1705. Nr. 6. Pag. 159.

gia ihm zu statten kommen [a]). In dieser Rücksicht geht auch Huldigungseyd über Bürgereyd [b]). Nach der besondern Verfassung einiger Städte, wird Personen von gewissem Stande auch die Bürgerpflicht durch bloßes Handgelöbniß abgenommen [c]).

Das einmal rechtmäßig erlangte Bürgerrecht, kann der Regel nach, wie es in den mehresten Städten gehalten wird, auch noch beybehalten werden, wenn man gleich den Wohnort verändert, und sich in einer andern Stadt hat zum Bürger aufnehmen lassen; woraus eine besondere Classe so genannter Ausbürger, Ausleute, ausgesessenen Leute, vsburgeri [d]) entsteht, denen die Beybehaltung eines solchen auswärtigen Bürgerrechts in manchem Betracht vortheilhaft werden kann; jedoch darf es nicht zum Vorwande gebraucht werden, der ordentlichen Obrigkeit seines Wohnorts den schuldigen Gehorsam zu entziehen. Diejenigen, welche ihr auswärtiges Bürgerrecht hierzu mißbrauchten, nennte man im Mittelalter Pfalbürger [e]). Den Klagen über die vielen, durch diese unruhigen Leute verursachten Fehden, hat zwar der Landfriede ein glückliches Ende

a) Cam. Ger. Ordn. Thl. 1. Tit. 63. R. A. v. 1654. §. 141. Byder c. R. Schmid D. de oper. burgens. Ien. 1748. I. G. Bayer D. de ciue nouo ad collectas ob debitum ciuitatis antiquum soluendum obligato, Lips. 1741. et in *Eius* Opusc. T. I. Nr. 10. Pag. 171.

b) Ayrer D. de abusu iuram. e repbl. proscr. Sect. II. §. 16. Pag. 69.

c) Privileg. der Univers. Göttingen, in Corp. Const. Calemb. Tom. I. Pag. 725. Codex August. Thl. 1. S. 248.

d) Wencker Disq. de Vsburgeris hinter dem Tract. de Pfalburgeris. Schilters Anmerk. zu Königshovens Elsass. Chronik, S. 806.

e) Wencker D. de Pfalburgeris, Arg. 1698. von Ludewigs Erl. der gold. Bulle, S. 148. Orts Anmerk. zur Frk. Ref. 3te Forts. S. 173—182. von Ohlenschlagers Erl. der G. B. S. 316

Ende gemacht [f]); nichts desto weniger haben einige teutsche Stände den, ehedem zur bessern Erhaltung der Ruhe und der Ordnung angenommenen Grundsatz, keinen für einen Bürger zu halten, der nicht in der Stadt oder unter ihrem Gerichtszwange wohnt, beybehalten, und leiden deswegen noch heut zu Tage keine Ausbürger. In den Hamburger Stadtrecessen Art. 57. heißt es z. B. — Welk Mann unser Börger wil werden, schall vor der Hand hawen, dat he sick thör Stede setten will, sonsten schall man ehne vor keinen Börger annehmen und holden, up dat andere unsere Börger, dorch ehren Mißbruck, in Stadt-Privilegien und Gerechtigkeiten unvorkortet blieven. In der Stadt Danzig Rechten oder Willkühr Cap. 2. Art. 1. heißt es: Wer unser Bürger ist, der soll in keiner andern Stadt Bürger seyn; hat er aber anderswo Habe und liegende Gründe, die ihme angestorben, oder Schulden halber oder sonst durch irgend einen Titul angenommen wären, die mag er, ohne Schaden seines Bürgerrechts, wohl haben und ihrer genießen. Auch zu Lübeck kann kein Ausgesessener Bürgerrecht haben [g]). Im Mittelalter war diese altrepublicanische Strenge, in den teutschen Städten aus guten Ursachen gemeiner [h]). Was übrigens solche Ausbürger in andern Städten zur Erhaltung ihres Bürgerrechts leisten müssen, hängt lediglich von der eigenen Verfassung einer jeden Stadt ab, welche nur darin aller Orten übereinstimmt, daß der Ausbürger nicht alle Lasten des an dem Orte wohnhaften Bürgers trägt [i]). Uebrigens gehört zu diesem

f) PFEFFINGER Vitr. illustr. Tom. II. Lib. I. tit. 22. §. 8. not. a. Heberlins Reichsg. Bd. 2. S. 319. ff. Bd. 8. S. 278. Von den ältern Versuchen, die daher entstandenen Unruhen zu dämpfen, zeigt die goldene Bulle Tit. 16. und die Const. *Carol.* IV. de ann. 1361. in GVDENI Cod. dipl. Tom. 5. Pag. 651.

g) Steins Einl. zum Lüb. Rechte, §. 51.

h) KNIPSCHILD de iure et priuil. ciuit. imp. Lib. 2. c. 29. n. 143. de PVFENDORF Obs. Tom. I. Obs. 80. §. 4.

i) Von Frankf. s. Moritz Thl. 1. S. 208.

diesem Gegenstande auch gewissermaßen noch das Ausbürgerrecht der Stifter und Klöster in den teutschen Städten, und dessen Ueberbleibsel, die Freyhöfe, Frohnhöfe, Kellnhöfe, Freyhäuser, wovon Herr Prof. Bodmann k) eine eigene Abhandlung geschrieben hat.

Eben diese Bürger, schreibt Herr HR. Runde S. 343, welche bey geringer Veranlassung so leicht ihren bisherigen Wohnort verließen, wurden im Mittelalter, wenn sie in andern Städten das Bürgerrecht suchten, der von ihnen zu besorgenden Unruhen wegen, nicht gern in die Stadt selbst aufgenommen; sondern man erlaubte ihnen nur, sich allenfalls vor der Stadt, jedoch innerhalb der Landwehr derselben, intra *palum* iurisdictionis vrbanae, anzubauen; woraus denn die bey vielen Städten befindlichen Vorstädte l) entstanden sind. Auch der Name Pfalbürger entstand daher zuerst, und war anfänglich allen Einwohnern der Vorstädte eigen, ohne verächtliche Nebenideen damit zu verbinden m); in der Folge aber wurde dieses die gemeine Benennung, womit man überall die widerspenstigen Bürger bezeichnete (S. 351). Aus eben diesem Grunde hatten auch in den ältesten Zeiten die Einwohner der Vorstädte, mit den Bürgern der innern Stadt gewöhnlich nicht einerley Rechte, und noch weniger gleichen Antheil an den Vortheilen des vollen Bürgerrechts (S. 348), sondern sie wurden gewöhnlich nur als Beysassen, oder gar als Mundmänner aufgenommen n). Hiernach läßt sich aber doch das heutige Verhältniß der Vorstädte nicht mehr bestimmen, indem die Einwohner derselben, wenn sie nicht etwa ein für sich bestehendes Corpus ausmachen, gewöhnlich mit

k) Siebenkees Beytr. Thl. 1. S. 1.

l) Wiesand D. de iuribus suburbiorum, Lipſ. 1756. Eisenhart von Sprüchw. S. 48.

m) Häberlins teutsche Reichshistorie, Thl. 2. S. 310.

n) Schilter Prax. iur. Rom. Exerc. 3. §. 8.

mit den übrigen Einwohnern der Stadt in allem Betrachte einerley Rechte haben o).

Diejenigen Einwohner der Stadt, welche volles Bürgerrecht erlangt haben, nennt man **Bürger** in der höhern oder eigentlichen Bedeutung des Wortes, und im Gegensatze davon, werden solche Einwohner, denen nur das **kleine Bürgerrecht** zugestanden worden, **Beysassen, Einwohner, Medewohner** genannt. Der Inbegriff der diesen zukommenden Rechte, macht das **Beysassenrecht, Incolatrecht** aus. Wie weit sich solches erstrecke, muß aus der besondern Verfassung einer jeden Stadt, und der darin eingeführten **Beysassenordnung** ersehen werden p); wozu aber doch der Regel nach keines von denjenigen Rechten gehört, bey deren Ausübung eigentliches Bürgerrecht vorausgesetzt wird. Die Erfüllung seiner Pflichten muß der **Beysasse**, durch einen so genannten **Beyeyd** versprechen, und für die Gewinnung des Beysassenrechts wird auch gewöhnlich nur ein geringeres Geld bezahlt, als das Bürgergeld sonst beträgt.

So wenig der **Adel** heut zu Tage noch in den Städten diejenigen Veranlassungen findet, welche ihn im Mittelalter oft nöthigten, oder veranlaßten, Bürgerrecht zu gewinnen; so geschieht es doch noch bisweilen, daß selbst Personen von **hohem Adel**, als **Ehrenbürger** aufgenommen werden q). Wenn diese in der Stadt, oder in ihrer Feld-

o) MEVIVS Part. III. Dec. 165. n. 3. 4. de GAERTNER Med. ad Dig. Spec. I. Pag. 81. Voigts gemeinnütz. Abhandl. S. 252. Bodmanns Abh. von dem verschied. Verhältniß der Vorstädte zu den Hauptstädten in Teutschland, u. s. w. in Sievekings Beytr. Thl. 3. Nr. 3. S. 81—127.

p) DIEZ D. de discrimine ciuium et incolarum, praesertim in S. R. I. libera republica Francof. ad Moen. Gött. 1757. Moritz a. a. O. S. 139. und 230.

q) Abhandl von Ehrenbürgern, besonders in Preussen, in (J. M. Hanovs) Preussischer Lieferung alter und neuer Urkunden, Thl. 1. S. 137. ff. C. F. WALCH D. de nobilibus iure ciuitatis donatis, Ien. 1764.

Feldmark, Grundstücke an sich bringen, und keine Exemtion erfolgt, so sind sie zwar die darauf haftenden Reallasten zu entrichten verpflichtet; mit dem persönlichen Bürgerdienste [r]) hingegen pflegen sie verschont zu werden. Manche Städte haben aber dienlicher gefunden, allen Adel schlechterdings vom Bürgerrechte auszuschließen, oder doch in Ansehung desselben gar keine Ausnahme zu gestatten. In dem Hamburger Stadtrechte, Thl. 1. Tit. 2. Art. 2. heißt es: Es soll kein Ritter oder Rittermäßige Person in dieser Stadt oder Weichbilde wohnen. Das Lübische Recht befiehlt so gar, Buch 2. Tit. 3. Art. 2. daß jeder Bürger »seine Lehngüter, er habe sie von Fürsten oder Herren, und wenn er gleich davon Roßdienste leisten müßte, in und außerhalb der Stadt zu verschossen schuldig sey.« Außer dergleichen Fällen, findet die entgegenstehende Regel statt [s]).

Das Bürgerrecht erwirbt man durch die Geburt. In der L. 7. C. de incolis heißt es: *ciues* quidem *origo*, *manumissio*, *allectio* vel *adoptio*: *incolas* vero *domicilium* facit [t]). Bey der Geburt unterscheidet das römische Recht zwischen der wirklichen (vera), und der als geschehen angenommenen (ficta). Für einen gebohrnen Bürger eines Orts wird Jemand gehalten, wenn sein Vater daselbst Bürger war, wenn er auch gleich selbst nicht ebenfalls von diesem Orte gebürtig seyn sollte [u]). Im Rechtsverstande (iuris fictione) erklärt das römische Recht Jemanden für einen gebohrnen Bürger, wenn er von einem Bürger des Orts adoptirt [x]), oder daselbst manu-

r) Byder de operis burgensium, Ien. 1748.

s) Io. Iac. Prehn D. de ciue intuitu bonorum extra vrbis districtum sitorum iuri collectandi magistratus non subiectorum, Götting. 1768.

t) Mevius ad ius Lubec. Lib. I. tit. 2.

u) L. 1. §. 1. 2. L. 6. D. ad munic. L. 19. D. de statu homin.

x) L. 15. §. f. L. 16. D. ad munic.

mittirt (manumissionem) worden [y]). Heut zu Tage kann man zwar noch in einigen Städten durch die Geburt Bürger werden [z]); in den mehresten Städten genießen aber Bürgers Kinder blos einige Vortheile bey Erlangung des Bürgerrechts [a]), und überhaupt wird Niemand anders Bürger, als durch die geschehene Aufnahme unter die Bürger.

Das erworbene Bürgerrecht geht verloren mit dem natürlichen oder bürgerlichen Tode, welcher letztere alsdenn eintritt, wenn Jemand ehrlos, oder mit der Landesverweisung bestraft wird. Man hört ferner auf Bürger zu seyn, wenn man darauf Verzicht leistet, oder renuncirt [b]), welches so wohl ausdrücklich als stillschweigend geschehen kann. Für eine stillschweigende Entsagung auf sein gehabtes Bürgerrecht wird es gehalten, wenn Jemand den größten Theil seines Vermögens aus der Stadt wegbringen lassen, ohne sich sein Bürgerrecht vorzubehalten [c]). Daß Jemand sein Bürgerrecht an manchen Orten dadurch verliert, wenn er sich anderswo zum Bürger aufnehmen lassen, ist bereits S. 352 gesagt worden. Zur Strafe kann Jemand das Bürgerrecht verlieren, wenn Jemand ein solch Verbrechen begangen hat, womit zugleich der Verlust des Bürgerrechts verbunden ist; oder wenn Jemand seine Religion ändert, und wird ein Mitglied derjenigen Kirche, deren Religionsverwandte in dieser Stadt

y) L. 22. L. 27. pr. D. ad munic.

z) COLMAR D. de iure ciuitatis Norimbergensis, Alt. 1781.

a) GYLMANN Symph. Conf. V Relat. 10. f. 47. 50. WEHNER Obs. pract voc. Bürgerrecht. RICCIVS Spicil. iur. german Lib. I. tit. 6. m. 2. Pag. 267. de PVFENDORF Obs. Tom. I. Obs 80.

b) STRYCK D. de resignatione ciuitatis.

c) R. A. v. 1555. § 24. wo aber SCHILTER ad D. Ex. XIII. th. 24. EMMINGHAVS l. c. §. 28. 29. HOMMEL D. de iure ciu. Hamb. §. 20. 21.

Stadt das Bürgerrecht nicht erlangen können [d]). Bisweilen wird Jemanden auferlegt, sein Bürgerrecht nicht weiter zu behalten [e]). Die unterlassene Entrichtung der Bürgerabgaben, zieht der Regel nach heut zu Tage den Verlust des Bürgerrechts nicht nach sich [f]).

Den eben vorgetragenen Grundsätzen gemäß folgt, daß das Bürgerrecht nicht schon deswegen verloren gehe, weil man auf lange Zeit verreist gewesen, oder weil man wo anders gewohnt hat, ohne daß man zugleich deutlich zu verstehen gegeben, man wolle nicht wieder zurück kommen [g]). Daher bleiben Frauenzimmer Bürgerinnen, die sich auswärts verheyrathet haben, und welche nach dem Tode ihrer Männer an dem Ort, wo sie vorher Bürger waren, ihre Wohnung nehmen [h]). Noch weniger verliert Jemand sein Bürgerrecht deswegen, weil er in Amtsgeschäften, oder in Handelsangelegenheiten, oder des Studirens wegen abwesend gewesen ist [i]). Weil aber alle diese Fälle zu Vermuthungen des aufgegebenen Bürgerrechts, Anlaß geben können, so thut man wohl, deutlich zu erklären, daß man ferner Bürger bleiben wolle, und dieses kann ausdrücklich durch Worte geschehen, und stillschweigend durch Handlungen, hauptsächlich durch Bezahlung der Bürgerabgaben und die Erfüllung anderer Bürgerpflichten [k]).

d) I. P. O. Art. V. § 36. 37.

e) Henr. Hildebrand D. de resignatione homagii et inrisdictionis imperata, Alt. 1723.

f) de Pvfendorf Obs. Tom. I. Obs. 80. §. 6.

g) Hildebrand D. de iure ciuium originario, c. 2. §. 4. 5. Gail Obs. II, 35. n. 8. Harpprecht Cons. 39.

h) Schilter Exerc. 50. §. 19. Lyncker Resp. I, 51. n. 20. 21.

i) Carpzov Resp. VI, 38.

k) Harpprecht Cons. 39. nr. 41. seq.

§. 128.

Zu den Grundsätzen von den verschiednen Ständen der Menschen, indem sie nämlich in Gesetzen, theils nach den natürlichen, theils nach den bürgerlichen Ständen betrachtet werden, gehört endlich auch die Lehre von dem Verlust eines jeden einzelnen Standes, welches die Römer capitis deminutio nannten [1]).

Was erstlich den Verlust des natürlichen Zustandes eines Menschen betrifft, so erfolgt dieser dadurch, daß einer die natürliche Eigenschaft verliert, wovon derjenige natürliche Zustand, von dem die Rede ist, abhängt. Ein Mensch, der einen gesunden Menschenverstand hat, genießt deshalb verschiedne Rechte, die diese Eigenschaft, welche einen besondern natürlichen Zustand macht, verschafft (S. 218.). Verliert nun ein solcher Mensch diese natürliche Eigenschaft, und wird närrisch, so ziehet dieses auch den Verlust dieser Art des natürlichen Zustandes, und der damit verbundenen Rechte nach sich. Wenn er also vorher einen Vertrag schließen, ein Testament machen konnte, so kann er nunmehr, wegen Mangel des Verstandes, keines dieser rechtlichen Geschäfte vornehmen. Uebrigens kann

α) der Fall seyn, daß ein Mensch die natürliche Eigenschaft, wodurch der Zustand entsteht, wirklich verloren hat, ohne daß ihm auch noch besonders durch öffentliches Ansehen dieselbe abgesprochen worden. In diesem Falle dauert der Verlust des natürlichen Zustandes, und der damit verbundenen Rechte nur so lange, als diese Eigenschaft wirklich fehlt. Es kann daher seyn, daß ein Mensch bisweilen einen solchen Zustand hat, bisweilen aber nicht, je nachdem nämlich die erforderliche Eigenschaft vorhanden ist, oder nicht. Als ein Beyspiel dieser Art kann man Menschen ansehen, die zu gewissen Zeiten ihren Verstand entweder gar nicht, oder doch nicht gehörig brauchen können;

1) Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 3. S. 13.

können; zu anderer Zeit aber bey vollem Verstande sind. Hier muß man aber wissen, daß, wenn der Verlust des natürlichen Zustandes zugleich den Verlust dieses oder jenes bürgerlichen Zustandes verursacht hat, und es erlangt Jemand seinen natürlichen Zustand völlig wieder, man dennoch nicht allemal zugleich auch behaupten darf, er sey damit auch wieder zum Besitz seines bürgerlichen Zustandes gelangt. Man nehme z. B. den Fall an, es hätte Jemand seinen Dienst verloren, weil er seinen Verstand nicht mehr hatte, und nun wird er wieder so verständig, daß er diesen Dienst versehen könnte; deswegen kann er nicht darauf dringen, daß ihm sein Dienst wieder eingeräumt werde, sondern er muß sich beym Regenten die Verfügung darüber ausbitten.

Entsteht Zweifel darüber, ob ein Mensch einen solchen Zustand und die damit verbundenen Rechte, zu einer gewissen Zeit gehabt habe, so kommt es darauf an, ob bey Menschen von der Art, wozu er gehört, die Eigenschaft, worauf sich der Zustand gründet, gemeiniglich angetroffen wird, oder nicht. Wenn das erstere ist, so streitet die Vermuthung für ihn, und überhaupt für das Daseyn desselben. Man nehme also z. B. an, ein Mensch von einigen zwanzig Jahren schließt einen Vertrag mit einem andern, welcher in der Folge unter dem Vorwande, daß ersterer nicht so viel Verstand gehabt habe, als zu Schließung eines Vertrags erfordert wird, als nichtig und ungültig angefochten wird. Hier hat derjenige, welcher ihn als gültig bestreitet, die Vermuthung wider sich. Darauf wird aber nur so lange Rücksicht genommen, bis der Mangel der Eigenschaft, wovon der Zustand abhängt, völlig, oder doch wenigstens so viel davon erwiesen ist, daß eine stärkere Vermuthung gegen das Daseyn der Eigenschaft entsteht, und nun muß die schwächere Vermuthung der stärkern nachstehen. Man findet z. B. ein Testament eines Menschen, der seit geraumer Zeit den Gebrauch seines Verstandes nicht hatte, und nun wird nach seinem Tode darüber gestritten, ob dieses Testament bestehen könne, und ob von dem einen Theil das

Daseyn des Verstandes zur Zeit der Verfertigung des Testaments, oder von dem andern der Mangel desselben zu jener Zeit zu beweisen sey. Hier halte ich dafür, schreibt Herr RR. Eichmann, daß, wenn der Umstand, daß der Verstorbene schon lange Zeit vor der Errichtung des Testaments nicht bey Verstande gewesen, dargethan wird, die Vermuthung für den Mangel des Verstandes zu jener Zeit stärker sey, als die für das Daseyn desselben. — Sollte aber bey Menschen von der Art, wozu der, von welchem die Rede ist, gehört, die Eigenschaft gewöhnlich nicht angetroffen werden; so streitet die Vermuthung wider das Daseyn der Eigenschaft des davon abhängenden Zustandes, und der damit verbundenen Rechte. Ein junger Mensch z. B., der ohngefähr zehen Jahr alt ist, schließt mit einem andern einen Vertrag. Er stirbt bald darauf, und nun wird der Vertrag, nach seinem Tode, von denjenigen Personen, die solchen gelten lassen müssen, wenn er gültig ist, als ungültig erklärt, weil der junge Mensch noch nicht so viel Einsicht gehabt habe, als zur Schließung des Vertrags schlechterdings erfordert wird. Hier streitet, nach der Meynung des Herrn RR. Eichmanns für dieses Vorgeben die Vermuthung so lange, bis das Gegentheil dargethan worden; jedoch muß in diesen Fällen, nicht etwa durch positive Gesetze, ein gewisses Alter derjenigen Person bestimmt worden seyn, welche dergleichen Verträge schließen wollen.

β) Kann es auch seyn, daß von der Obrigkeit Jemand mit Recht, für einen solchen erklärt worden, der einen gewissen natürlichen Zustand, und folglich auch die davon abhängenden Rechte nicht habe. Vorausgesetzt nun, daß die Obrigkeit richtig entschieden habe (S. 223), kann hier nicht so schlechterdings behauptet werden, daß die Wiedererlangung der Eigenschaft, sogleich auch den natürlichen Zustand, und die damit verknüpften Rechte von selbst veranlasse, vielmehr kommt es hier auf den Inhalt der richterlichen Bestimmung an. Enthält das Decret blos eine Bekanntmachung, daß ein Mensch diese oder jene Eigenschaft nicht habe, und folglich deswegen unfähig sey, dieses

ses oder jenes rechtliche Geschäfte zu unternehmen, so erlangt dieser Mensch, des richterlichen Ausspruchs ungeachtet, mit der wieder besitzenden Eigenschaft zugleich den zeither fehlenden Zustand, der sich darauf gründet, und die damit verknüpften Rechte. Die Geschäfte, welche er also nach wieder erlangter Eigenschaft unternommen, und welche solche voraussetzen, sind zu Recht beständig, wenn auch die Obrigkeit ihr Decret noch nicht zurück genommen; denn es enthält dasselbe weiter nichts als eine Warnung für andere Menschen, die aber unnöthig wird, so bald die Gefahr weggefallen; jedoch muß derjenige, welcher sich mit einem solchen Menschen eingelassen hat, beweisen, daß er die ihm zeither abgesprochene Eigenschaft gehabt habe. Sollte aber das Decret nicht blos eine Bekanntmachung, sondern vielmehr eine unbedingte Verordnung enthalten, daß sich Niemand mit einem solchen Menschen in Geschäfte einlassen solle, wozu die fehlende Eigenschaft erfordert wird, so muß derselbe, wenn ihm die Eigenschaft wieder zugestanden werden kann, bey der Obrigkeit um die Aufhebung des bekannt gemachten Decrets nachsuchen, und erst alsdenn, wenn diese geschehen ist, hat er den Zustand wieder erlangt, worauf sich diese Eigenschaft bezieht, mit den davon abhängenden Rechten. Es sind daher auch die Geschäfte, die er vorher geschlossen hat, und wozu dieser Zustand erfordert wird, ungültig; denn die Absicht der richterlichen Verordnung geht dahin, daß von einem solchen Menschen die Rechte der ihm abgesprochenen Eigenschaften nicht eher wieder ausgeübt werden sollen, als bis die Obrigkeit nach vorher gegangener Untersuchung ihm solche zugesprochen hat. Man kann dagegen nicht einwenden, daß diese Verordnung mit der stillschweigenden Bedingung zu verstehen sey, sie gelte nicht länger, als der Mangel der Eigenschaft wirklich gezeigt werden könne; denn wer sieht nicht ein, daß die Obrigkeit erst selbst darüber zu urtheilen hat, ob die Bedingung noch vorhanden sey, oder nicht, und daß ohne eine solche von ihr vorher angestellte Untersuchung, Niemand anders mit rechtlicher Würkung darüber urtheilen solle. Hat daher z. B.

die Obrigkeit Jemanden für einen Verschwender erklärt, ihm die Verwaltung seines Vermögens genommen, und dabey verordnet, daß ihm Niemand etwas borgen soll; dieser Mensch hat sich aber seit langer Zeit wieder so wirthschaftlich betragen, daß man ihn nicht weiter unter die Verschwender zählen darf, so ist dennoch Niemand befugt, einen gültigen Darlehnsvertrag mit ihm zu schließen, wenn nicht vorher das obrigkeitliche Decret aufgehoben worden. Wenn daher auch der Darleiher beweisen wollte, daß dieser Mensch zur Zeit des geschlossenen Contracts gar kein Verschwender mehr gewesen, so würde er gleichwohl durch diesen Beweis nichts ausrichten, und nicht eher etwas wieder bekommen, als wenn er den Grund seiner Forderung auf eine wirklich geschehene nützliche Verwendung gesetzt hätte, da hierdurch Personen zur Wiedererstattung verbindlich werden, die aus einem bloßen Darlehn nicht belangt werden können. — Diese ausführliche Erläuterung wird aufmerksame Leser gewiß veranlassen, die Anwendung davon auch auf andere natürliche Verhältnisse zu machen.

Was nun den Verlust des bürgerlichen Zustandes betrifft, so ist hierbey vor allen Dingen auf den Unterschied zwischen dem gemeinen und dem eigentlichen dreyfachen bürgerlichen Zustande im engern Verstande, Rücksicht zu nehmen, von welcher wichtigen Verschiedenheit bereits S. 109 gehandelt worden. Der gemeine bürgerliche Zustand geht verloren

α) durch eine freywillige Entsagung desselben, welche sowohl ausdrücklich als stillschweigend geschehen kann, und zwar dadurch, wenn Jemand eine Handlung unternimmt, woraus die Entsagung mit Recht geschlossen werden kann. Man hätte z. B. bey einem Hofgerichte gewisse Advocaten, die alle Doctoren seyn, und an dem Orte leben müssen, wo das Hofgericht gehalten wird; ein solcher zeitheriger Hofgerichtsadvocat nehme nun anderwärts eine Bedienung an, und zöge dahin, so begiebt er sich dadurch seiner Hofgerichtsadvocatur. Eine einmal gültig geschehene Begebung seines Standes, hat die Würkung, daß ein solcher

cher Mensch den gemeinen bürgerlichen Stand wieder erlangen muß, wenn ihn seine Begebung reuen sollte, da man auf entsagte Rechte weiter keinen Anspruch machen darf, sondern sie aufs neue erwerben muß, wenn man sie wieder ausüben will. Es kommt auch nichts darauf an, ob die Entsagung ausdrücklich oder stillschweigend erfolgt ist; denn das, was Handlungen deutlich anzeigen, muß eben so viel Kraft haben, als das, was nach den Worten für gewiß zu halten ist; weil die Worte nur dazu eingeführt worden sind, einander unsere Gedanken auf eine bequemere Art bekannt zu machen, jene Art aber, durch Handlungen seine Gedanken zu erkennen zu geben, nicht hat aufgehoben werden sollen. Es versteht sich aber von selbst, daß Handlungen, die eine bloße Vermuthung hervorbringen, keine stillschweigende Vermuthung allein begründen können, da keine Entsagung vermuthet wird [m]). Wenn daher z. B. Jemand, der ein öffentliches Amt hat, verreiset, bleibt einige Zeit weg, und man weiß nun nicht, wo er sich aufhält, so kann immer noch nicht vermuthet werden, er habe sein Amt aufgegeben, ob ihm gleich angekündigt werden kann, zurück zu kommen, bey Verlust seiner Stelle.

Ferner kann auch β) der gemeine bürgerliche Zustand Jemanden von der Obrigkeit genommen werden, wenn die nöthigen Umstände eintreten. Einige solche Stände sind von der Beschaffenheit, daß der Besitzer ein unbedingtes vollkommnes Recht darauf hat, welches ihm wider seinen Willen nicht entzogen werden darf. Dieses Standes kann Jemand nur zur Strafe für verlustig erklärt werden; z. B. es begeht Jemand Handlungen, worauf der Verlust des Adels gesetzt ist. Andere gemeine bürgerliche Stände sind so beschaffen, daß sie blos ein bedingtes vollkommnes Recht geben, und diese können nicht nur alsdenn durch öffentliches Ansehen genommen werden, wenn der Besitzer dieses Stan-

m) L. 8. D. de vsur. L. 22. D. de probat. c. 5. X. de renunc. MENOCH. de Praes. Lib. 5. Praes. 45. n. 11.

Standes eine Handlung vornimmt, womit der Verlust desselben verknüpft ist, sondern auch, wenn sichs zeigt, daß die Bedingung wegfällt, unter welcher man diesen Stand erlangt hat, es mag solche ausdrücklich bey Ertheilung des Standes bestimmt worden seyn, oder solche stillschweigend zu verstehen gewesen seyn. So versteht sich die Ertheilung der Bedienungen unter der stillschweigenden Bedingung, daß das Subject, dem solche zu Theil worden, auch die Eigenschaften habe, welche die ertheilte Bedienung nothwendig voraussetzt. Eben deswegen kann der Regent ohne Bedenken einen Beamten absetzen, wenn es deutlich bewiesen ist, daß er sein Amt nicht gehörig zu verwalten im Stande ist n). Als zum Hospitalius, welcher Canzler von Frankreich war, einige vom Könige ernannte Räthe kamen, und von ihm verlangten, daß er sie in Besitz ihrer Aemter setzen möchte, legte er ihnen das Gesetzbuch vor, damit sie ihm bey Erklärung verschiedner Stellen desselben, Beweise ihrer Geschicklichkeit geben möchten. Es fielen aber diese Beweise so übel aus, daß Hospitalius etwas unhöflich wurde, und die Candidaten mit der Versicherung fortschickte, daß sie Esel wären, und die ihnen zugedachten Aemter nicht bekommen könnten. Er machte hierauf dem König Vorstellung, und dieser hielt bey diesen Umständen für nöthig, sein Wort zurück zu nehmen. Eine Handlung, die, wenn man die Esel wegnimmt, schreibt Herr RR. Eichmann, dem Hospitalius um so mehr Ehre machte, da die Abgewiesenen mit ihm verwandt waren, und noch in anderer Verbindung standen. Wie gut wäre es, wenn überall der Canzler Hospitalius die Candidaten prüfte!

γ) End-

n) Leyser Spec. 571. med. 8. Boehmer D. de iure Principis circa dimissionem ministrorum, in *Eius* Exerc. ad Pand. Tom. I.I. de Münchhausen D. de iure ministrorum exigendi a Principe dimissionem, Hal. 1716. Rave D. de iure officii imprimis titulo oneroso collato, Ien. 1766. de Cramer D. de different. inter remotionem ab officio et dimissionem, in *Eius* Opusc. Tom. IV. n. 21.

γ) Endlich kann auch der gemeine bürgerliche Zustand verloren werden, wenn Jemand binnen der, in den Gesetzen unter der Bestimmung festgesetzten Zeit, daß er sonst desselben verlustig seyn solle, keinen Gebrauch davon macht, jedoch muß es ihm nicht an Gelegenheit dazu gefehlt haben.

Im römischen Rechte wird blos der Verlust eines der drey Hauptstände des Staats, nämlich des status libertatis, status ciuitatis, status familiae, eine Capitisdeminution genennt o), weil caput denjenigen anzeigte, dessen Name in den Censualtafeln eingetragen stand, dieses aber nur bey denen geschahe, die einen von den drey Ständen hatten. Eben deswegen hieß caput so wohl einsolcher Mensch selbst, wie die Ausdrücke, caput liberum, caput seruile beweisen, als auch sein Stand, indem man von Sclaven sagte, sie wären sine capite p). Es irren daher diejenigen Rechtsgelehrten, schreibt Herr RR. Eichmann, welche eine jede Veränderung des Zustandes eine capitis deminutionem nennen. Es irren auch diejenigen, welche unter der capitis deminutione einen Verlust des bürgerlichen Zustandes überhaupt verstehen, und daher ihren Begriff darnach festsetzen; denn die Römer würdigten den Verlust eines gemeinen bürgerlichen Zustandes gar keines besondern Namens, sondern nur den Verlust eines der bürgerlichen Hauptstände achteten sie eines solchen würdig. Endlich kann Herr RR. Eichmann auch denen nicht

o) Hvber Digreff. Iustin. III, 6—10. Domp. de Ionqvieres spec. de restit. in integr. Lugd. Bat. 1767. 8. tit. 5. Pag. 334. Conradi de minima capit. deminut. in *Eius* Parergis Lib. II. n. 11. Pag. 164 — 193. von Braun von der Eintheil. der capit. deminut. in den Erlanger gelehrt. Anz. auf das Jahr 1721. Nr. 3. und in Schotts Wochenbl. 3ter Jahrg. Nr. 14. Herr Prof. Roberts kleine juristi. Abhandl. Marb. 1789. 8. Nr. 3.

p) L. 1. D. de tutel, L. 3. §. 1. D. de capit. minut. §. 4. Inst. de capit. deminut.

nicht beypflichten, welche darunter eine mutationem prioris status in deterius verstehen, indem eines Theils, nach dem, was ich eben gesagt habe, nicht jede mutatio prioris status, wenn sie auch in deterius geschieht, eine capitis deminutionem ausmacht; andern Theils aber die capitis deminutio minima gemeiniglich in melius, aber nicht in deterius erfolgt.

Gewöhnlich theilt man die Capitisdeminution in capitis deminutionem maximam, mediam und minimam q). Erstere bestand in dem Verlust aller drey Hauptstände, welcher alsdenn eintrat, wenn Jemand seinen Freyheitszustand, oder den statum libertatis, verloren hatte. Eine solche Capitisdeminution litten diejenigen Bürger, welche in die Sclaverey fielen, es mochte nun durch die Gefangenschaft, oder durch eine Strafe geschehen. Die capitis deminutio *media* bestand darin, wenn ein zeitheriger römischer Bürger sein Bürgerrecht verlor, ob er übrigens gleich noch unter die freyen Menschen gehörte. Ein solcher Mensch wurde ein Fremder, hörte auf ein Familienmitglied zu seyn; konnte aber doch in andern Ländern Bürger werden. Wenn einem römischen Bürger der Gebrauch des Wassers und Feuers untersagt wurde, so war die Folge davon der Verlust seines status ciuitatis. Weil nämlich die Römer den Grundsatz angenommen hatten, daß einem römischen Bürger wider seinen Willen sein Bürgerrecht nicht genommen werden könne, so führte man den Gebrauch ein, zeitherigen Bürgern, die mit dem Verlust des Bürgerrechts bestraft werden sollten, den Gebrauch des Feuers und Wassers zu verbieten, wodurch sie genöthigt wurden, Rom zu verlassen, oder elendiglich zu sterben. War das Verbot Feuers und Wassers erfolgt, so wurde er beobachtet, damit er sich dieser Dinge nicht bediente. Gieng er nun aus Noth, um nicht Hungers oder Dursts zu sterben, aus der Stadt,

q) L. f. D. de cap. minut. tit. Inst. de capit. deminut. et a COSTA, MARCILIVS et OTTO ad hunc titul.

Stadt, so hielt man dieses für eine Begebung seines Bürgerrechts. Man rechnete auch darauf, daß ein solcher Verwiesener in einem andern Lande Bürger werden würde, wodurch er ebenfalls sein zeitheriges römisches Bürgerrecht verlor, weil kein römischer Bürger an zwey Orten Bürger seyn durfte, wie man aus dem Cicero weiß [r]). Unter dem August führte man die Deportation ein, wodurch ebenfalls der Verlust des Bürgerzustandes bewirkt wurde. Es konnte nämlich derjenige, dem der Gebrauch von Feuer und Wasser im römischen Staat untersagt war, sich an einen Ort begeben, wohin er wollte, und der ihm anständig war. Da nun Augustus von solchen Verwiesenen Aufruhr befürchtete, so führte er auf Zureden seiner Gemahlin anstatt der bloßen Untersagung des Feuers und Wassers, die Deportation ein, welche mit der Abführung eines solchen Menschen auf eine Insel, und einer Festhaltung daselbst verknüpft war [s]). Von demjenigen, der den Zustand der Freyheit oder des Staats verlor, sagte man, er sey bürgerlich todt, weil er gar keinen Genuß mehr vom Staate hatte, und kein Mitglied desselben mehr war, folglich als todt betrachtet werden konnte. Die capitis deminutio minima bestand blos in dem Verlust der Familienrechte, ohne daß dadurch die Freyheit oder das Bürgerrecht verloren gieng [t]). In den Institutionen §. 3. 4. de capit. deminut. heißt es: die geringste Capitisdeminution besteht darin, wenn das Bürgerrecht und die Freyheit zwar behalten, der Stand eines Menschen aber gleichwohl verändert wird, schreibt Herr RR. Eichmann, S. 34., und fährt fort: dieses wiederfährt einem Menschen, der vorher gewaltfrey (homo sui iuris) war, und nun der Gewalt eines andern unterworfen wird, oder umgekehrt. Wenn z. B. ein Sohn von seinem Vater aus der väterlichen Gewalt losgegeben wurde, erfuhr er eine solche Capitisdeminution. Wurde

r) Heinecc. Antiqu. Lib. I. tit. 16. §. 10.
s) Cannegieter Obs. Lib. I. c. 8. 9.
t) L. fin. D. de capit. minut.

Wurde aber ein Sclave freygelassen, so litt er solche nicht; denn er hatte keinen Stand. So drückt sich Justinian, wiewohl etwas dunkel, darüber aus; der Jurist Paulus hingegen erklärt in der L. 3. §. 1. D. de capit. min. ganz deutlich, daß eine Capitisdeminution erfolge, wenn die Familie verändert werde.

Vergleichen wir diese Stelle, und nehmen dabey auf andere römische Rechtssätze Rücksicht, so läßt sich bald einsehen, was Justinian durch die Worte: vel contra, und umgekehrt, habe sagen wollen, und daß die Ausleger diese Stelle nicht verstanden haben. Hierzu hat aber Paulus selbst Gelegenheit gegeben, weil er an einem andern Orte, wo er sagt, der Sohn leide wegen geschehener Emancipation eine Capitisdeminution, als die Ursache davon angiebt, weil er sich vorher gleichsam in der Sclaverey befunden habe. Nun ist zwar wahr, daß man bey der Losgebung des Sohns aus der väterlichen Gewalt, eine fingirte Sclaverey annahm; aber ganz falsch ist es dennoch, wenn Paulus und einige neuere Rechtsgelehrte, den Grund zu ihrer Behauptung darin finden wollen, daß die Losgebung aus der väterlichen Gewalt eine Capitisdeminution sey. Aber auch der Begriff, den Paulus von der Sache vorträgt, ist nicht ganz richtig, wenn er sich gleich deutlicher ausdrückt als Justinian; denn ein Sclave verändert auch die Familie, wenn er frey gelassen wird, und doch kann man nicht sagen, wie Justinian und Paulus an den angeführten Orten selbst behaupten, daß er eine Capitisdeminution leide, weil er gar keine bürgerliche Zustandsrechte hatte, die er verlieren konnte, diese aber gleichwohl bey jeder Capitisdeminution vorausgesetzt werden.

Man bemerke also, daß zwey Stücke erfordert wurden, wenn eine solche Capitisdeminution eintreten sollte, nämlich es mußte Jemand seine Familie verändern, und dadurch zugleich gewisse Rechte verlieren, denn sonst hatte er keinen Familienzustand. Hierin kommen Paulus und Justinian mit einander überein; denn sie erfordern zu dieser Art des Verlusts seines Standes eine Familienverän-

veränderung, und wenn gleich der Sclave zur Familie gehörte, behaupten sie dennoch, daß er keine solche Capitisdeminution erlitten habe, wenn er freygelassen worden sey. — Wer gehörte denn zur Familie, und wer hatte deswegen gewisse Rechte? Wissen wir dieses, so kennen wir auch diejenigen, welche einen Familienzustand gehabt, und welche folglich durch den Verlust desselben, die geringste Capitisdeminution leiden konnten.

Das Wort Familie hat verschiedene Bedeutungen, wovon aber hier nur eine anwendbar ist. Zuweilen wird Familie für Erbschaft genommen; zuweilen versteht man alle diejenigen darunter, welche von einem gemeinschaftlichen Stammvater abstammen; zuweilen versteht man blos diejenigen Mannspersonen darunter, welche durch Mannspersonen von einem gemeinschaftlichen Stammvater abstammen; in welcher Bedeutung es besonders im Lehnrechte und im Privatrechte erlauchter Personen vorkommt. Hier versteht man die Gesellschaft darunter, welche die eheliche, älterliche und herrschaftliche genennt wird, oder auch nur aus zwey davon, bestehet, und alle diese zusammen nennt man die häusliche Gesellschaft, weil Familie in diesem Verstande ein Haus genennt wird u). Zur Familie in diesem Verstande gehörte also α) derjenige, welcher in verschiedner Beziehung Vater, Mann und Herr genennt wurde; β) die Frau, wenn eine da war; γ) die Kinder, wenn welche vorhanden waren; und endlich δ) die Sclaven, wenn ein Vater, Mann oder Herr, welche hatte. Alle diese Personen hatten deswegen, weil sie zu der Familie gehörten, gewisse Rechte; und nur die Sclaven waren ausgenommen, welche deswegen, daß sie als zur Familie gehörig betrachtet wurden, gar keine besondern Rechte hatten. Da nun die angeführten Personen den so genannten

u) Chr. Besold D. de tribus societatis domesticae speciebus, maritali, filiali et seruili, in *Eius* Oper. polit. Argent. 1641.

ten Familienzustand hatten, so litten sie auch eine Capitisdeminution, wenn sie die Rechte des Familienzustandes verloren.

Eine solche Capitisdeminution erfolgte nun, 1) wenn ein Mann oder Vater, der sonst sein eigener Herr war, sich arrogiren ließ; denn Justinian sagt an dem angeführten Orte, sie wiederfährt dem, der sui iuris war, sich aber der Gewalt eines Andern unterworfen hat. Ein solcher verlor die Rechte des Familienzustandes, oder diejenigen Rechte, die er vorher als Hausvater nach der Beschaffenheit seiner Familie hatte. Weil ein Hausvater unter denen, die zur Familie gehörten, die größten Rechte hatte, so legte man ihm den Familienzustand in einer vorzüglichen Bedeutung bey. Dagegen könnte man vielleicht einwenden, daß ein homo sui iuris, ein gewaltfreyer Mensch, der keine Frau und auch keine Kinder gehabt, durch eine Arrogation keine solche Capitisdeminution habe leiden können, weil keine Familie mehr vorhanden gewesen. Dagegen ist aber zu ermägen, daß ein solcher zeitheriger Hausvater als homo sui iuris, wenigstens das Recht hatte, eine solche Familie zu errichten, wenn er heyrathete und ihm Kinder gebohren wurden. Ließ er nun dieses Recht durch die geschehene Arrogation fahren, so war es so gut, als wenn er seine Familie selbst, die er errichten konnte, veränderte. Diese Art der Capitisdeminution kommt auch bey uns alsdenn vor, wenn sich ein zeitheriger homo sui iuris, der selbst Hausvater war, an Kindes statt hatte annehmen lassen. Nunmehr darf er kein Testament mehr machen, welches er doch vorher thun durfte.

2) Erfolgte eine solche Capitisdeminution, wenn die Frau von ihrem Manne geschieden worden; denn sie machte mit die Familie aus, und war ihres Mannes ehelichen Gewalt unterworfen. Nach der Ehescheidung gehörte sie nun nicht weiter zur Familie, da sie der Gewalt ihres zeitherigen Mannes nicht mehr unterworfen war, folglich hatte sie auch die Rechte nicht mehr, die ihr vorher als Frau zustanden. Dieses wollen die Worte Justinians:

vel

vel contra und umgekehrt sagen. Heut zu Tage wird auf diese Weise ebenfalls, eine solche Capitisdeminution veranlaßt.

3) Kam bey den Römern eine solche Capitisdeminution vor, wenn Kinder durch die Emancipation von der väterlichen Gewalt frey wurden; denn sie gehörten vorher zur Familie, und hatten als Kinder vom Hause gewisse Rechte, die sich hauptsächlich bey der Erbfolge äußerten, folglich hatten sie einen Familienzustand, dessen sie nun verlustig wurden. Dieser Verlust erfolgte deswegen, weil man glaubte, daß durch die Aufgebung der väterlichen Gewalt, die Verbindung des Kindes mit dem Hause oder der Familie aufhöre, und daher auch das Kind die Rechte, welche es vorher wegen einer solchen Verbindung gehabt, verlieren müsse. Wäre daher die Emancipation auch nicht vermittelst einer vorhergegangenen erdichteten Knechtschaft geschehen, sondern ohne diese Voraussetzung, so würde sie gleichwohl einen solchen Verlust des zeitherigen Familienzustandes bewirkt haben. Man darf also die Ursache, warum die Losgebung aus der väterlichen Gewalt einen Verlust des Familienstandes veranlaßte, keinesweges in jener erdichteten Knechtschaft, die bey derselben vorkam, suchen; es hatte vielmehr dieselbe eine ganz andere Absicht. Da nämlich der Vater wichtige Rechte über seine Kinder hatte, so glaubte man, daß es der väterlichen Würde unanständig sey, ein Kind ohne Feyerlichkeiten von sich zu lassen, und ohne auf seine Seele den Eindruck zu machen, daß alles sein Glück und sein ganzer künftiger Wohlstand einzig und allein von des Vaters Güte herrühre, und es alles das blos dem Vater zu verdanken habe. Dieser Eindruck wurde dadurch um so viel mehr befestigt, daß das Kind dreymal verkauft, und endlich vom Vater, als vom letzten Käufer, in Freyheit gesetzt wurde x). Auf den Verlust der Rechte

x) Maternus von Cilano ausführliche Abhandlung der römischen Alterthümer, 4ter Theil, S. 1287.

selbst, hatten daher diese Feyerlichkeiten und Weitläuftigkeiten keinen Einfluß. Nach unsern heutigen Rechten, kann man diese Emancipation der Kinder für keine solche Capitisdeminution mehr halten, da die Kinder ihre vorigen Rechte immer noch behalten, wenn sie auch emancipirt worden, und bey der Erbfolge kein Unterschied zwischen ihnen und nicht emancipirten Kindern gemacht werden darf, wie Justinian in der 118. Novelle Capit. 1. verordnet hat y).

4) Erfolgte auch bey den Römern eine solche Capitisdeminution nach geschehener Ehelichmachung; denn hier wurde ein Mensch, der vorher sein eigner Herr war, nunmehr durch die Heyrath der Mutter der väterlichen Gewalt seines natürlichen Vaters unterworfen, und kam in seine Familie. Justinian sagt ausdrücklich, daß demjenigen diese Art der Capitisdeminution wiederfahre, der vorher homo sui iuris gewesen, und nachher der Gewalt eines Andern, worunter er eben die väterliche Gewalt versteht, unterworfen werde.

Endlich bemerkt Herr RR. Eichmann S. 26. auch noch: wenn wir finden, daß zuweilen in Gesetzen nur zwey Arten der capitis deminutionis angeführt werden, so muß man sich dadurch nicht irre machen lassen, weil die Rechtsgelehrten, aus deren Schriften die Gesetze, worin dieses gesagt werde, genommen worden, dieses aus einem unüberlegten Verbesserungseifer gethan, die capitis deminutionem maximam et mediam, nur als eine Art der capitis deminut. angesehen, und daher dieselbe in magnam et minorem eingetheilt haben. Eben so haben sie sich bey andern Abtheilungen mit drey Gliedern verhalten z).

Herr HR. Glück schreibt S. 171 von der capitis deminutione und deren mancherley Eintheilungen und Wür-

y) Richter Dec. 67. n. 13. Struv Exerc. 38. §. 15. Hellfeld Diss. de transmissione iuris succedendi antecessoris morte non delati, §. 14.

z) Noodt Probabil. I, 12.

Würkungen: die Römer nannten den dreyfachen bürgerlichen Zustand, nämlich den Zustand der Freyheit, des Bürgerrechts und der Familie, *caput*, und den Verlust eines solchen bürgerlichen Zustandes capitis deminutionem. Diese war nun nach der Lehre des römischen Juristen Paulus in der L. vlt. D. de cap. min., welche auch Justinian im Titel der Institutionen de cap. dem. angenommen, dreyerley: maxima, media und minima. Erstere bestand in dem Verlust aller den bürgerlichen Zustand des Römers bestimmender Rechte, also in dem Verlust der Freyheit, des Bürger- und Familienrechts. Eine solche Capitisdeminution erlitten diejenigen Bürger, so in die Sclaverey verfielen, es mochte nun durch die Gefangenschaft oder durch eine Strafe geschehen. Die capitis deminutio *media* aber bestand darin, wenn, der Freyheit unbeschadet, nur das Bürgerrecht verloren wurde. Diese hinderte nicht, daß man in einer andern Republik wiederum ein Bürgerrecht gewinnen konnte. Es war vielmehr ehemals bey der aquae et ignis interdictione darauf gerechnet, daß ein solcher in einer andern Republik das Bürgerrecht suchen, und eben dadurch das römische, indem man nach den Grundsätzen des römischen Staatsrechts nicht in zwey Republiken zugleich Bürger seyn konnte, verlieren sollte [a]). Nach dem neuern Rechte erlitten diese mittlere capitis deminutionem besonders diejenigen, welche ins Exilium geschickt, oder auf eine Insel verbannt wurden, und deportati hießen [b]). Wer eine solche capitis deminutionem maximam oder mediam erlitten hatte, wurde in Absicht auf den Staat für bürgerlich todt gehalten; denn er hörte dadurch auf, eine Person im Staate zu seyn [c]). Endlich

a) Die Beweisstellen aus Cicero findet man beym Heineccius in Syntagm. antiquit. Roman. iurispr. illustr. Lib. I. tit. 16. §. 10.

b) Herm. Cannegieter Obseruat. iur. Rom. Lib. I. cap. 8. 9.

c) Merill. Obs. IV, 21.

lich die capitis deminutio *minima* bestand blos in dem Verlust der Familienrechte, ohne daß dadurch die Freyheit oder das Bürgerrecht verloren gieng. Diese war wieder zweyerley. Entweder man verlor durch die Arrogation, oder die Legitimation das eigene Familienrecht (ius familiae proprium), oder man verlor durch Emancipation oder Adoption das gemeinschaftliche Familienrecht (ius familiae commune). Das eigene Familienrecht hat ein Hausvater, der nebst seiner ehelichen Hausfrau, Kindern, Enkeln und was sonst in der häuslichen Verfassung unter seinen Befehlen steht, eine Familie ausmacht; aber auch demjenigen wird ein eigenes Familienrecht zugeschrieben, ja ihm die Benennung Hausvater beygelegt, der in einer Haushaltung die Herrschaft, d. i. das Recht zu befehlen hat, wenn er auch gleich keine Kinder hätte, ja wohl selbst noch unmündig wäre. Ein gemeinschaftliches Familienrecht aber haben diejenigen, welche von einem gemeinschaftlichen Ahnherrn abstammen, und aus einem Hause sind, oder zu einem Geschlecht gehören, und überhaupt agnati genennt werden *); denn solche werden schon bey Lebzeiten des Hausvaters, unter dessen Gewalt sie stehen, gewissermaßen als Miteigenthümer von dessen Vermögen angesehen, und erlangen daher durch die Erbfolge, welche ihnen auch ohne Testament gebührt, eigentlich kein neues, sondern nur ein freyes Eigenthum an der Verlassenschaft ihres Vaters, nach der L. 11. D. de lib. et post. weshalb sie auch sui, oder domestici heredes genennt werden [d]); und vermöge dieses gemeinschaftlichen Familienrechts beerben sich auch diese Agnaten unter einander selbst [e]). Von den Familienrechten handelt die L. 195. §. 2. D. de verb. signif. sehr ausführlich, wo es

*) Hofacker Princ. iur. Rom. Tom. I. Pag. 212.

d) §. 2. Inst. de hered. qual. Merill. Obs. I, 36. Voorda Interpr. I, 4. Püttmann Probab. VIII. Pag. 66.

e) Bynckersh. Obs. I, 1. Dvisburg D. de principio succeff. gentilit. apud vet. Rom. §. 6.

es heißt: — *familia* refertur ad corporis cuiusdam significationem, quod aut *iure proprio*, aut *communi vniuersae cognationis* continetur. *Iure proprio familiam* dicimus plures personas, quae sunt sub vnius potestate aut natura aut iure subiectae, vtputa patremfamilias, matremfamilias, filiumfamilias, filiamfamilias, quique deinceps vicem eorum sequuntur, vtputa nepotes et neptes, deinceps. *Pater* autem *familias* appellatur, qui in domo dominium habet: recteque hoc nomine appellatur, quamuis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et *ius* demonstramus. Denique et *pupillum* patremfamilias appellamus, et *cum paterfamilias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerunt, singulas familias* incipiunt habere: singuli enim *patrumfamiliarum* nomen subeunt: idemque eueniet et in eo, qui *emancipatus* est, nam et hic sui iuris effectus *propriam familiam* habet. *Communi iure familiam* dicimus *omnium adgnatorum:* nam etsi, patrefamilias mortuo, singuli singulas familias habent; tamen omnes, qui sub vnius potestate fuerunt, recte *eiusdem familiae* appellantur, *qui ex eadem domo et gente proditi sunt.*

Wer sich arrogiren läßt, hört auf sein eigener Herr oder paterfamilias zu seyn, und kommt in eines andern Gewalt, er verliert also dadurch das eigene Familienrecht. Wer hingegen emancipirt wird, verliert hierdurch das gemeinschaftliche Familienrecht, nämlich das ius sui heredis. Ehemals gieng dadurch auch das Agnationsrecht zu Grunde, und der Emancipirte wurde in Ansehung seiner Familie als ein extraneus angesehen. In beyden Fällen also geschahe eine Capitisdeminution; denn nicht zu gedenken, daß ehemals Niemand bey den Römern emancipirt werden konnte, nisi, wie Paulus in der L. 3. §. 1. D. de capite minut. sagt, in imaginariam seruilem causam deductus; denn die Emancipation geschahe durch einen Verkauf; so war ja auch der capite minutus gleichsam ein neuer Mensch geworden; denn durch die

Emancipation ward er selbst paterfamilias, und Haupt einer eigenen Familie; durch Arrogation und Adoption aber Theil und Mitglied einer andern Familie; in Ansehung seines vorigen Familienzustandes war er also gleichsam für bürgerlich todt zu halten [f]). Ein Satz, der für das Rechtssystem der Römer von den wichtigsten Folgen war. Ehe ich jedoch dieses weiter ausführe, muß ich zuförderst noch einer andern Eintheilung der Capitisdeminution gedenken, welche Ulpian [g]) lehret, und mit welcher auch Callistratus übereinstimmt [h]). Jener theilt nämlich die capitis deminutionem ein in *magnam* et *minorem*, und nennt die erstere diejenige, wenn die öffentliche Freyheit und das Bürgerrecht verloren wird, letztere aber diejenige, wenn nur blos die Familienrechte verändert werden. Nach dieser Eintheilung betrachtete man den Zustand des Römers in doppelter Rücksicht: a) in Absicht auf den Staat. In dieser Rücksicht hatte er gleichsam eine doppelte Person, nämlich er war freyer Mensch und zugleich Bürger im Staat; und beydes zusammen machte den statum *publicum*, oder den eigentlichen statum des römischen Bürgers in einem andern Sinn dieses Wortes aus [i]). b) In Absicht auf den Familienzustand betrachtet, war der römische Bürger entweder paterfamilias oder filiusfamilias, und dieß machte seinen statum *priuatum* aus. Der Verlust des status *publici* eines römischen Bürgers war solchemnach capitis deminutio *magna*, die Veränderung des status *priuati* hingegen, welche mit dem Verlust des eigenen oder gemeinschaftlichen Familienrechts verbunden war, wird capitis deminutio *minor* vom Ulpian genennt. Von dieser allein ist auch zu verstehen, wenn eben dieser Ulpian

f) Conf. CONRADI in Parergis, Pag. 178. sqq. et Def. HERALDVS de rerum iudicatar. auctoritate, Lib. II. cap. 14. §. 2.

g) L. 1. §. 4. D. de suis et legit. hered.

h) L. 5. §. vlt. D. de extraord. cognit.

i) L. 1. §. 8. D. ad Sctm. Tertull.

Ulpian in der L. 1. cit. sagt: capitis minutio, saluo statu contingens, liberis nil nocet ad legitimam hereditatem [k]). Denn das Wort status wird hier in einem andern Verstande pro statu ciuitatis genommen [l]).

Die Würkungen der römischen Capitisdeminution bestanden nun in Folgendem.

I. Der Capiteminutus verlor hierdurch alle bürgerliche Klagen und Rechte, die ihm vorher zugestanden, aber auch gegen ihn hatte keine bürgerliche Klage weiter statt. Denn er wurde in Ansehung des durch die Capitisdeminution verlornen vorherigen Zustandes, gleichsam für bürgerlich todt gehalten. Hatte er capitis deminutionem magnam erlitten, so mußten sich die Gläubiger an den Fiscus halten, der das Vermögen des capite minuti eingezogen hatte. Den Gläubigern eines solchen Schuldners hingegen, der nur capitis deminutionem minorem erlitten hatte, restituirte der Prätor ihre Klagen, wenn sie ihn deshalb implorirten [m]). Daher ist nun zu begreifen, warum die Compilatoren der Pandekten den Titel de capite minutis in die Materie von den restitutionibus in integrum gebracht haben.

II. Rechte, die durch den Tod erlöschen, z. B. vsusfructus, giengen auch durch die Capitisdeminution verloren; nach dem ältern römischen Rechte sogar durch die geringste; doch hat dieß Justinian geändert [n]).

k) Denn es war eine Regel: die Successionsrechte, welche erst durch neue Gesetze ertheilt sind, gehen durch die geringste Capitisdeminution nicht zu Grunde. S. Höpfners Commentar über die Institutionen, Lib. III. Tit. IV. §. 64.

l) Es ist nicht nöthig, mit Ger. NOODT in Comment. ad Digesta tit. de cap. minut. Operum Tom. II. Pag. 121. saluo statu ciuili zu lesen, wie schon DOMPIERE in Specim. de restitut. Pag. 336. bemerkt hat.

m) L. 2. pr. et §. 1. D. de capite minut.

n) PAVLI rec. sent. III, 6. 29. L. 1. D. quib. mod. vsusfr. L. penult. §. vlt. C. de vsufr.

III. Die Capitisdeminution vertilgte jedoch nur bürgerliche, nicht die natürlichen Rechte, quia ciuilis ratio naturalia iura corrumpere non potest o). Daher blieben

IV. Capite minuti aus ihrem Verbrechen verpflichtet, die sie vor erlittener Capitisdeminution verübt hatten p). Endlich da

V. Die geringe Capitisdeminution saluo statu publico geschahe, und keine Veränderung des bürgerlichen Zustandes verursachte, so hob dieselbe iura publica nicht auf q). Es gieng daher durch eine solche Capitisdeminution weder das obrigkeitliche Amt verloren, so der capite minutus bekleidete, noch wurde dadurch die Vormundschaft, welche derselbe verwaltete, geendigt. Nur allein die gesetzliche Vormundschaft hörte auf r), weil sich dieselbe auf das Agnationsrecht gründete, so auch dadurch die geringe Capitisdeminution verloren gieng. Dieß ist die Ursache,

o) L. 8. D. de cap. minut.
p) L. 2. §. 3. D. de cap. minut.
q) L. 5. §. 2. L. 6. D. de cap. minut.
r) L. 7. pr. D. de capit. minut. wo es heißt: tutelas etiam non amittit capitis minutio: *exceptis his, quae in iure alieno personis positis deferuntur.* Wie diese Worte zu verstehen sind, ergiebt sich zwar aus den nachfolgenden Worten: sed *legitimae tutelae* ex duodecim tabulis interueniuntur; allein deswegen haben sie doch in der Erklärung selbst den Auslegern viel zu schaffen gemacht, wie man aus folgenden Schriften sieht, als van de WATER Obs. III, 13. NOORDK. Obs. c. 3. WIELING Lect. I, 9. et in *Eius* Omissis, Pag. 279. FABER Semestr. III, 24. Pag. 293. LYCLAMA Membr. I, 21. BALDVIN. Iurispr. Mutiana, Tom. I. Iurispr. Rom. et Atticae, Pag. 507. WALCH ad ECKHARD. Pag. 61. Die beste Erklärung findet man in dem Scholiasten über die Basilika, nach welchem unter personis in alieno iure positis diejenigen zu verstehen sind, quae remanserunt in potestate vsque ad mortem patris; denn daß ius für potestas genommen werde, ist bekannt. Vermöge dieser Erklärung sind also personae in alieno iure positae keine andern, als adgnati proximi non emancipiti, so wie es auch Conradi in Parergis S. 191. versteht.

sache, warum der Titel von der Capitisdeminution in den Institutionen in die Lehre von der Vormundschaft mit eingeschoben worden.

Die zeither vorgetragenen Grundsätze von der **Capitisdeminution** sind zwar hauptsächlich als die Grundlage vieler schweren Rechtssätze des römischen Rechts zu betrachten; man würde aber zu weit gehen, wenn man behaupten wollte, in den teutschen Gerichten lasse sich kein Gebrauch davon machen, ob wir gleich das römische Recht sonst als subsidiarisches befolgen.

Die capitis deminutio *maxima* wird von einigen s) für völlig unanwendbar in Teutschland erklärt, weil wir keine römische Censualtafeln, keine römische Sclaven, und überhaupt keine solchen vorzüglichen Rechte mehr haben, als ein römischer Bürger hatte; und ob wir gleich Sclaven haben, die aus andern Welttheilen zu uns gebracht werden, so giebt es doch keinen Fall, schreibt der Herr GTR. **Höpfner**, wo ein freyer Mensch bey uns zum **Sclaven** würde. Gesetzt auch, Jemand fiele in die türkische, oder algierische Sclaverey, so sehen wir doch diese Sclaverey nicht für rechtmäßig, und ihn nicht als einen Sclaven an. Der Herr RR. **Eichmann** bemerkt S. 27 dagegen: daraus folgt nur so viel, daß heut zu Tage diese capitis deminutio maxima nicht mehr die Würkung habe, welche sie ehemals hatte, keinesweges aber, daß die ganze Sache selbst nicht mehr anwendbar sey. Dem Begriff nach kommt die höchste Capitisdeminution bey uns vor, wenn Jemand seinen **Freyheitszustand** verliert. Dahin gehört nun der Fall, wenn er ein **Leibeigener** wird, an solchen Orten, wo sie am drückendesten ist. Hier wird ein Mensch aus dem Freyheitszustande in den knechtischen versetzt, und eine solche Veränderung nennten ja eben die Römer so. Da es aber mit den römischen Sclaven eine ganz andere Beschaffenheit

s) SCHAVMBVRG ad STRVV. Iurispr. Lib. I. tit. 14. aphor. 2. Höpfners Comment. §. 192. S. 194.

fenheit hatte, als mit unsern Leibeigenen, so sind freylich die Würkungen der höchsten Capitisdeminution bey uns gar nicht die, welche sie bey den Römern hervorbrachte. Es wird daher ein solcher Leibeigener nicht für eine Sache gehalten, sondern so behandelt, wie die Gesetze und Gewohnheiten darüber disponiren. So viel ist doch allemal gewiß, daß ein Leibeigener seine Freyheit verliere, wenn er in die Leibeigenschaft geräth, und diese Aehnlichkeit ist eine hinlängliche Ursache zu der vorgetragenen Behauptung [t]).

Ferner leidet Jemand die höchste Capitisdeminution, wenn er auf Lebenslang zur Zuchthausstrafe oder zum Festungsbaue verurtheilt worden ist; denn auch hier geht die bürgerliche Freyheit verloren, so gewiß es übrigens ist, daß nicht alle Verordnungen des römischen Rechts, auf solche Personen angewendet werden können, sondern es kommt auf die Art des Gefängnisses an. Sollte ein zu ewigem Gefängniß Verurtheilter, seine Freyheit durch eine Begnadigung des Regenten wieder erlangen, so bekommt er damit seinen verlornen Freyheitszustand wieder, und folglich genießt er auch die davon abhängenden Rechte.

Was die mittlere Capitisdeminution betrifft, so ist noch weniger daran zu zweifeln, daß sie in Teutschland vorkommen könne, obwohl Einige [u]) dieses nicht zugeben wollen, welche aber die Würkungen, und die Sache selbst nicht gehörig unterschieden haben. Unleugbar ist es, daß auch bey uns Jemand sein Bürgerrecht verlieren kann, und dieses versteht man doch unter dieser Capitisdeminution. Freylich hatte ein römischer Bürger andere Rechte, als nach dem teutschen dreyfachen Bürgerrechte eintreten, und daher ist die Würkung von beyden verschieden. Man kann sich diese Capitisdeminution, in Rücksicht auf Teutschland, nach zweyerley Gesichtspuncten denken; und zwar

Erstlich,

t) Leyser Spec. 62. med. 2.

u) Pestel Exerc. exhibens vsum practicum capitis deminutionis mediae, Rintel. 1733.

Erstlich, wenn Jemand das gemeine teutsche Bürgerrecht (S. 346) verloren hat. Hier kann der Fall vorkommen, daß Jemand zugleich aus dem teutschen Reiche verwiesen worden, oder dieses ist nicht geschehen. In diesem letzten Falle muß er nun als ein Fremder, der sich im teutschen Reiche aufhält, betrachtet werden. Im ersten Falle aber ist sein Schicksal noch trauriger; denn er soll sich gar nicht weiter in Teutschland aufhalten. Ein solches trauriges Schicksal wiederfährt denjenigen, die in die Reichsacht verfallen sind; denn sie beraubt den Geächteten nicht nur aller bürgerlichen Rechte, sondern er wird zugleich auch vogelfrey, und es kann ihn daher Jedermann ungestraft tödten, folglich ist sie nicht mit der römischen mittlern Capitisdeminution für einerley zu halten x).

Zweytens tritt eine mittlere Capitisdeminution, der Sache nach, ein, wenn Jemand sein zeitheriges teutsches Provinzialbürgerrecht (S. 346) verliert. Auch hier kann der oben angeführte doppelte Unterschied eintreten, daß entweder der Aufenthalt zugleich verboten wird, oder dieses ist nicht geschehen. Wer also auf beständig des Landes verwiesen, oder auf die Galeeren verdammt worden, mit Confiscation seines Vermögens, der hat eine mittlere Capitisdeminution erlitten. Ein solcher Mensch wird jedoch immer noch als ein Fremder betrachtet, der zwar die besondern Rechte des Bürgerstandes verloren hat, aber nicht die natürlichen oder gemeinen bürgerlichen Rechte, wohin z. B. das Recht der Agnation und der Familie, das Erbfolgerecht, das Recht zu contrahiren, ein Testament zu machen, die Rechte der väterlichen Gewalt, u. dgl. gehören, als welche heut zu Tage auch den Fremden zugestanden werden y). Zuweilen kann der Verlust des Bürgerrechts an einem Orte, auch den Verlust des Erbrechts wirken, nämlich alsdenn, wenn es der Erblasser zur Bedingung des Erben gemacht hat,

x) Pestel Exerc. cit. §. 8.

y) Schilter de iure peregr. §. 41. de Boehmer ad Carpz. Pag. 907.

hat, an einem gewissen Orte wohnhaft zu bleiben, und daselbst das Bürgerrecht beyzubehalten z). Weil übrigens die Vorzüge des Bürgerrechts eines jeden besondern teutschen Staats vor Fremden, aus den Landesrecessen, aus den Verträgen der Unterthanen mit dem Landesherrn, aus andern Landesgesetzen und Gewohnheiten, die gar sehr von einander abweichen, indem in einem Lande gewisse Rechte den Fremden zustehen, die sie in einem andern Lande nicht haben, beurtheilt werden müssen, so folgt, daß auch die Würkungen dieser Art der mittlern Capitisdeminution darnach müssen bestimmt werden. Bisweilen versagt man auch Fremden, Rechte, um die Retorsion anzuwenden. — Herr RR. Eichmann behauptet S. 32: da der Zustand des, den einer als Mitglied einer Municipalstadt hat, kein Zustand des Staats, sondern ein gemeiner bürgerlicher Zustand ist, so folgt, daß diejenigen irren, die den Verlust des Zustandes einer Municipalstadt, eine mittlere Capitisdeminution nennen; denn diese hat blos eine Beziehung auf den Staat. Ich gedenke daher von demselben hier weiter nichts, sondern verweise auf das, was ich von dem Verlust des gemeinen bürgerlichen Zustandes gesagt habe (S. 362), und auf das teutsche Privatrecht. Um diese Behauptung zu verstehen, muß ich dasjenige anführen, was der Herr RR. Eichmann S. 11 über die Eintheilung des teutschen Bürgerrechts, wovon ich S. 346 gehandelt habe, für Grundsätze aufgestellt hat. Er schreibt: da das teutsche Reich als ein Staat, und auch in wie fern es aus mehrern Staaten besteht, betrachtet werden kann; so giebt es Mitglieder des teutschen Reichs, als eines Staats, und Mitglieder der einzelnen Staaten, die Teutschland ausmachen. Jene können wir zum Unterschiede allgemeine, diese hingegen besondere teutsche Bürger nennen. Viele Rechtsgelehrte sagen, da wir heutiges Tages eine dreyfache ciuitatem haben, vniuersalem, particu-

z) Fratr. Beckmanni in Conf. 72. Pag. 274.

ticularem, und municipalem, so sind die teutschen Bürger auch von dreyerley Art, nämlich vniuersales, particulares, und municipales [a]). Allein es ist diese Eintheilung seltsam und unschicklich, ob sie wohl, nachdem besonders Leyser derselben seinen Beyfall gegeben, viele Nachschwätzer gefunden hat. Sie ist seltsam und unschicklich, weil man die Menschen nach dem Zustande des Staats eintheilen will, und doch ciuitas municipalis keinen Staat ausmacht. Es werden also die Mitglieder einer solchen Landstadt in einer ganz andern Beziehung Bürger, burgarii, burgenses genennt, und der Zustand, den sie als solche haben, ist keine Art des bürgerlichen Zustandes im engern Verstande, wohin der Zustand des Staats gehört, sondern ein gemeiner bürgerlicher Zustand.

Endlich ist zu bemerken, daß die capitis deminutio minima heut zu Tage in Teutschland noch eben die Würkung hat, welche nach dem neuern römischen Rechte damit verbunden war. Es leiden dieselbe bey uns alle Arrogirten und Legitimirten; denn sie hören auf, sui iuris zu seyn, und stehen nunmehr unter der väterlichen Gewalt; die Emancipirten aber verlieren zwar nach dem neuern römischen Rechte, das Erbrecht nicht, jedoch aber das ius sui heredis, welches also wenigstens zum Theil als eine Folge der capitis deminutionis minimae betrachtet werden kann [b]).

a) Engau D. de iurib. indig. Ien. 1747. §. 3. Hoffmann Diss. cit. §. 1. Leyser Medit. ad Pand. Spec. 62. med. 5. 6. 7.

b) Coccei Ius contr. Lib. IV. tit. 5. Qu. 2. Stryck Vsus mod. eod. tit. §. 5.

Lib. I. Tit. VI.

de

his, qui sui vel alieni iuris sunt.

§. 129.

In diesem und dem folgenden Titel, kommen ebenfalls noch Grundsätze vor, die zum Recht der Personen gehören; es wird nämlich darin von dem dritten bürgerlichen Stande, dem so genannten *status familiae* gehandelt. Was nach dem römischen Rechte unter dem Wort *familia* verstanden worden, sieht man aus der Lex 195. D. de verb. signif. welche bereits S. 375 angeführt worden. Es wurde nämlich dieses Wort gebraucht, theils gewisse Sachen dadurch anzuzeigen, theils auch gewisse Personen [a]). Wenn es von Sachen gebraucht wurde, so verstand man darunter das ganze Vermögen eines römischen Bürgers, hauptsächlich aber seine Erbschaft. Wer erinnert sich nicht an die Verordnung der zwölf Tafeln: pater familias vti legassit super *familia* sua, ita ius esto [b]). Der Käufer einer Erbschaft hieß *familiae* emtor; die Erbschaft theilen hieß *familiam* erciscere.

Von Menschen und Personen wurde das Wort *familia* gebraucht, wenn man die sämmtlichen Sclaven eines römischen Bürgers anführen wollte, wie viele Stellen beweisen [c]). Sehr oft verstand man aber alle diejenigen Personen darunter, welche von einem gemeinschaftlichen Stammvater durch Mannspersonen abstammen, und Agnaten genennt wurden. Davon wurde noch eine dritte Bedeutung des Worts *familia* unterschieden, wenn man

a) PÜTTMANN Interpr. cap. 6. Pag. 20 sqq. IENSEN tract. de patr. potest Pag. 7 sqq.

b) CICERO de inuent. II. AVCTOR ad *Herennium* I.

c) BRISSONIVS de verb. signif. voc. *familia*.

man nämlich eine Haushaltung, oder eine Gesellschaft darunter verstand, die aus der ehelichen, älterlichen und hausherrlichen Verbindung, oder wenigstens aus zweyen davon bestand. Wenn Ehegatten mit Kindern, oder Ehegatten mit Gesinde, oder Aeltern, Kinder, Gesinde zusammen leben, so ist eine Familie vorhanden, und diese Bedeutung muß hauptsächlich bey diesem gegenwärtigen Titel gebraucht werden [d]).

Unter dem *status familiae*, oder dem Familienzustande, verstanden die Römer, den Zustand eines römischen Bürgers, vermöge dessen er entweder ein eigenes, oder ein gemeinschaftliches Familienrecht hatte. Wie dieses zu verstehen sey, ist bereits S. 374 erklärt worden. Auf diesen Familienzustand hat die Eintheilung der Menschen in Gewaltfreye (homines sui iuris), und in Nichtgewaltfreye (homines alieni iuris) Beziehung. Was diese Eintheilung habe sagen wollen, sehen wir sowohl aus dem gegenwärtigen Titel der Pandekten, als aus dem Titel der Institutionen, der ebenfalls die Rubrik unsers Titels hat. In diesem Titel der Institutionen heißt es: nunmehr folgt eine andere Eintheilung der Menschen, worauf bey dem Recht der Personen gesehen werden muß; es giebt nämlich Personen, die unter eines andern Gewalt stehen, bey andern aber ist dieses nicht der Fall, sondern sie sind Gewaltfrey. Diejenigen, welche eines andern Gewalt unterworfen sind, stehen entweder unter der Gewalt der Aeltern, oder unter der Gewalt ihres Herrn. Gewaltfreye (sui iuris) waren daher nach dem römischen Rechte diejenigen, welche weder der herrschaftlichen, noch der väterlichen Gewalt unterworfen waren. Wenn sie Mannspersonen waren, hießen sie Hausväter, ohne Unterschied ihres Alters, und wenn sie auch noch an der Mutter saugen sollten. In guten römischen Schriftstellern kommt

d) Herr GTR. Höpfner im Commentar, S. 102.

kommt sowohl paterfamilias, als paterfamiliae vor [e]). Auch im Pluralis sagte man patresfamilias, und patresfamiliarum, wiewohl das letztere öfter vorkommt [f]). Hausmütter heißen solche Personen, wenn sie Frauenspersonen sind, und zwar ohne auf ihr Alter [g]), oder darauf zu sehen, ob sie verheyrathet sind, oder nicht. Auch heißt materfamilias eine ehrbare Frauensperson, zuweilen so gar, wenn sie eine Freygelassene war [h]), ob man gleich diesen Namen der Regel nach nur Freygebohrnen beylegte [i]). Nichtgewaltfreye (alieni iuris) sind nun diejenigen, welche entweder der väterlichen oder der herrschaftlichen Gewalt unterworfen sind, wovon die erstern, Sclaven, die letztern aber, Kinder vom Hause, filiifamilias, filiaefamilias genennt werden [k]). Sollte in den Gesetzen, Testamenten oder Verträgen nur das männliche Geschlecht angeführt, und also von Söhnen des Hauses die Rede seyn, so müssen gleichwohl auch die Töchter des Hauses in einem zweifelhaften Falle mit verstanden werden [l]), wenn das Gegentheil aus den Gesetzen, oder dem Gegenstande, wovon die Rede ist, nicht deutlich geschlossen werden kann, wie bereits S. 209 gesagt worden. Ist hingegen von Töchtern des Hauses die Rede, so können die Söhne des Hauses nicht mit darunter verstanden werden [m]), man müßte denn deutlich einsehen, daß der Gesetzgeber, Erblasser oder die Contrahen-

e) L. 14. D. qui test. fac. poss. L. 21. D. de regul. iur. PRISCIANVS Lib. 6. Pag. 679.

f) L. 4. D. h. t. L. 2. D. ad Sctm. Maced. L. 3. §. 4. D. de minor. VARRO de lingua lat. Lib. VII.

g) L. 1. L. 4. L. 139. D. de verb. signif. L. 4. D. h. t. TERTVLLIANVS de virgin. veland. c. 11.

h) L. 46. D. de verb. sign. L. 15. §. 15. D. de iniur.

i) L. 13. D. de concub.

k) L. 4. D. h. t. L. 195. §. 1. D. de verb. signif.

l) L. 44. L. 195. pr. D. de verb. signif. L. 16. pr. D. de testam. tutel.

m) L. 45. pr. D. de legat. II. L. 62. L. 81. pr. D. de legat. III.

trahenten, auch die Söhne mit darunter verstanden haben. Der Grund dieser Auslegung liegt darin, daß die Römer und die Teutschen das männliche Geschlecht für edler hielten, als das weibliche.

Uebrigens ist die Eintheilung der Menschen, in sui et alieni iuris, von der, in Freye und Sclaven unterschieden; denn 1) ist zwar jeder homo sui iuris auch frey, und 2) ein jeder Sclave ist homo alieni iuris; aber 3) nicht alle freye Menschen sind sui iuris. Die Haussöhne sind freye Menschen, und dennoch nicht ihre eigene Herren, nicht homines sui iuris. Auch sind 4) nicht alle homines alieni iuris Sclaven; denn die Haussöhne waren alieni iuris, und gleichwohl gehörten sie nicht unter die Sclaven n).

Bey Personen, welche weder der herrschaftlichen noch der väterlichen Gewalt eines Hausvaters unterworfen sind, muß ein Unterschied gemacht werden, indem einige, homines sui iuris *perfecte tales* genannt wurden, nämlich diejenigen, welche dasjenige Alter erreicht hätten, nach welchem sie in den Gesetzen für fähig gehalten wurden, sich und ihrem Vermögen selbst vorzustehen, ohne einen Vormund nöthig zu haben; andere aber hießen homines sui iuris *imperfecte* tales, wenn sie diese Fähigkeit noch nicht hatten. Diese letztern stehen entweder unter der Tutel, oder unter der Curatel; die erstern aber nicht. Daher heißt es von diesen in den Gesetzen, z. B. im Princ. Inst. de tutelis, neutro iure tenentur, sie stehen unter keiner solchen Aufsicht, sondern sind sich selbst überlassen.

§. 130.

Nach Anleitung dieses Paragraphens sollen nunmehr diejenigen Grundsätze vorgetragen werden, wobey hauptsächlich auf das Alter eines Menschen Rücksicht genom-

n) Herr GTR. Höpfner im Comment. S. 103.

men wird o). Eigentlich gehört diese Materie nicht hierher; denn man kann nicht sagen, daß in Rücksicht des Familienzustandes, die Menschen in volljährige und minderjährige eingetheilt werden müssen. Es kann diese Lehre schon bey den Grundsätzen vom natürlichen Zustande abgehandelt werden, wie wir S. 108 gesehen haben. Selbst aus dem Naturrechte läßt sich eine Verschiedenheit der Rechte beweisen, welche sich hauptsächlich auf das Alter eines Menschen gründet; aber von den im bürgerlichen Rechte festgesetzten Jahren der Kindheit, u. s. f. läßt sich aus dem Naturrecht nichts beweisen. So kann nach den Grundsätzen des Naturrechts nicht bewiesen werden, daß nur Personen von 14 Jahren einen gültigen Vertrag zu schließen befugt sind. Nach den Grundsätzen des Naturrechts kann nur so viel als richtig angenommen werden, daß ein Mensch in dem Alter, worin er sich befindet, auch die Eigenschaften und die Fähigkeiten gehabt habe, welche in Rücksicht auf diejenige Handlung, von deren Würkung die Frage ist, nothwendig erfordert werden. Hat er diese gehabt, so ist auch die Handlung diejenige, wofür sie ihrer Natur nach zu halten ist, wenn nicht andere Umstände eine andere Entscheidung erfordern. Wenn daher z. B. ein junger Mensch einen Vertrag geschlossen hat, so ist derselbe nach dem Naturrecht für gültig zu halten, wenn er bey seinem jungen Alter überhaupt eine Kenntniß von Verträgen und ihren Würkungen gehabt hat, und auch im Stande gewesen ist, darüber zu urtheilen, ob ihm dieser Vertrag schädlich oder vortheilhaft sey. Kann dieses als richtig angenommen

o) WILDVOGEL D. de aetate et iuribus circa eam obtinentibus, Ien. 1724. Pet. MÜLLER D. de iusta aetate, Ien. 1690. CRELL D. de iure aetatis, Lipſ. 1724. et in *Eius* Diſſ. Faſc. I. Nr. 4. SCHEINEMANN D. de tempeſtiuitate aetatis humanae, Tub. 1668. Henr. MOLLER D. de eo quod iuſtum eſt circa varias hominum aetates, Trai. ad Rhen. 1732. Helmſt. 1744. CLEMENS D. de aetate et inſignioribus eius in ciuili et eccleſiaſtico iuribus, Erf. 1736.

men werden, so ist der Vertrag gültig, wenn der Paciscent auch erst acht Jahr alt seyn sollte; ungültig ist er hingegen, wenn dieses nicht gesagt werden kann; er mag sechs und zwanzig Jahr alt gewesen seyn. Weil aber doch bey den meisten Menschen, nach einer gewissen Verschiedenheit des Alters, auch eine Verschiedenheit des Gebrauchs des Verstandes und der Vernunft gefunden wird, und man bey denjenigen, welche einerley Alter haben, gemeiniglich einerley Gebrauch des gemeinen Menschenverstandes antrifft, so haben die meisten Gesetzgeber ihre Unterthanen in Rücksicht auf ihr Alter unterschieden, und bestimmt, was dieser Unterschied des Alters für eine Würkung in Ansehung der Rechte und Verbindlichkeiten hervorbringen soll, damit hierüber keine Streitigkeiten entstehen können. Alle diese Verordnungen aber, verstehen sich jedoch mit der vernünftigen Voraussetzung, daß auch bey einzelnen Personen die Eigenschaften angetroffen werden, die man im Allgemeinen als gewöhnlich, folglich auch als nothwendig vorausgesetzt hat. Wenn es also z. B. in den Gesetzen heißt, daß diejenigen, welche 14 Jahr alt sind, gültige Verträge zu schließen befugt seyn sollen, so versteht sich dieses unter der Bedingung, daß ein solcher junger Mensch so viel Einsicht und Gebrauch des Verstandes habe, als zu dem Vertrage, wovon die Rede ist, erfordert wird. Unter dieser Voraussetzung hat die Eintheilung der Menschen nach ihrem verschiednen Alter, einen guten Grund.

Die Römer unterschieden **Volljährige**, maiores, von **Minderjährigen**, minoribus, und rechneten zu jenen alle, welche das 25. Jahr ihres Lebens vollendet hatten. Diese Bestimmung gründete sich auf das bekannte **Lätorische** Gesetz, welches daher auch Lex quinauicennaria genennt wurde p). Es läßt sich nicht sicher bestimmen, von wem dieses Gesetz in Vorschlag gebracht worden, und in

p) L. 2. Cod. Theod. de donat. (VIII, 12.) PLAVTVS in Pseudolo Act. I. Scen. 3. v. 68. 69.

welchem Jahre es geschehen sey; die mehresten Rechtslehrer sind aber der Meynung, daß es auf Vorschlag des Tribuns Marcus Lätorius Plancianus im Jahr 490. nach Erb. Roms, abgefaßt worden, folglich sey es ein Plebiscitum gewesen q). Bey den Römern wurde auf keinen Unterschied des Geschlechts dabey Rücksicht genommen; denn auch Frauenspersonen, wenn man sie gleich eher für mannbar hielt, erkannte man nicht eher als nach überlebtem 25. Jahre für majorenn. Die Ursache, weswegen das 25. Jahr zum Termin der Volljährigkeit angenommen worden, lag darin, daß man das höchste menschliche Alter auf 100 Jahr r) setzte, und diese Zeit wieder in vier Theile theilte, daher 25. Jahr der erste Termin war. Wer also das erste Viertel seines höchsten Lebenszieles erreicht hatte, von dem glaubte man, daß er dasjenige Maaß an Leibes- und Seelenkräften habe, welches nöthig sey, um sich und sein Vermögen selbst dirigiren zu können. Daraus kann man einsehen, warum es in der L. 1. §. 2. D. de minor. heißt: post *hoc tempus* virilem vigorem compleri, und warum in den Gesetzen von denjenigen, welche majorenn geworden, gesagt wird, sie wären ad suam aetatem, ad statum suum gekommen, wie es in der L. 2. D. de negot. gest. in der L. 77. §. 14. D. de legat. II. heißt. Eben deswegen wird auch die Volljährigkeit in Gesetzen, aetas perfecta, plena, robusta genennt s).

Auch die Teutschen nahmen den Unterschied zwischen Volljährigen und Minderjährigen an, und volljährig

q) Cicero de offic. III, 15. Idem de natura deorum, III, 50. Hetzer D. ad Legem Laetoriam, Lipſ. 1749. et in Fellenberg Iurispr. ant. Tom. II. Pag. 591. Guil. de Hertoghe D. Tribonianus circa Legem Laetoriam non errans, Ien. 1720. et in *Eius* Opusc. ab *Wunderlich*, edit. Hamb. 1768. 8. Pag. 1.

r) L. 56. D. de vsufr. Seneca de breuitate vitae c. 3. Censorinvs de die natali, c. 17.

s) Brissonivs de verb. signif. voc. aetas.

rig war bey ihnen derjenige, welcher so alt war, daß er vermöge seiner Jahre, nach den Gesetzen des Ortes, wo er seinen ordentlichen Gerichtsstand hatte, keines **Vormundes** mehr bedurfte. Sie nannten daher die **Volljährigen**, Personen, die zu ihren **vogtbaren** Jahren gekommen wären, oder **Mündige**, weil sie freye Gewalt hatten. Es waren dieses aber solche Personen, welche sich selbst vorstehen konnten. Dieses beurtheilte man aber nicht nach der Anzahl der Jahre, sondern darnach, ob Jemand so stark sey, die Waffen zu führen. Bewieß er diese Geschicklichkeit, so wurden ihm öffentlich die gewöhnlichen Waffen gereicht, und derselbe dadurch für mündig oder volljährig erklärt [t]). Eben dieses geschahe auch dadurch, daß man ihm den öffentlichen Zutritt bey der Nationalversammlung verstattete. Die Wehrhaftmachung der Pagen [u]); die kanonische Emancipation [x]); das Lossprechen der Lehrburschen mögen vielleicht auch daher ihren Ursprung haben; wenn gleich diese Handlungen jetzt von keinem Gewicht mehr sind, wo es auf die Bestimmung des Unterschiedes zwischen Großjährigen und Minderjährigen ankommt. Auf die angeführte Art wurden aber bey den ältesten Teutschen, nur die Mannspersonen und nicht die Frauenspersonen in **Mündige** und **Unmündige** abgetheilt, weil die Absicht, welche man durch die öffentliche Erklärung der Volljährigkeit erreichen wollte, nur bey Mannspersonen anwendbar war. Waren die Frauenspersonen verheyrathet, so standen sie unter der Gewalt der Männer; waren sie aber unverheyrathet, so mußten sie sich der Sorgfalt und Aufsicht des nächsten Verwandten überlassen. Man brauchte also die Weibspersonen nicht für solche zu erklären, die sich selbst

t) TACITVS de moribus Germanor. cap. 13. 20. GEBAVER Vestig. iur. germ. Diss. 5. Pag. 93.

u) **Mosers Hofrecht, Thl. 2. S. 197.** FOERSTER D. de emancipatione equestri, Alt. 1727.

x) BVDER in symmictis obseruat. Lib. I. P. I. sq. Im. WEBER D. de inuestituris ludicris, Sect. I. §. 9.

vorstehen könnten. Wollten sie sich aber verheyrathen, so wurde über ihre Tüchtigkeit zum Ehestande von den nächsten Verwandten geurtheilt; jedoch brauchten sie sich nicht schlechterdings bey ihrem Ausspruche zu beruhigen, sondern konnten sich deshalb an den Richter wenden.

Nach der Zeit beurtheilte man die **Volljährigkeit** der Mannspersonen, aus den äußerlichen Zeichen der Mannbarkeit, welches von der Zeit an gewöhnlich wurde, da die Gemeinschaft der Güter unter den Staatsbürgern abkam, und das Privateigenthum eingeführt wurde. Wenn daher der Vater seinen Sohn, oder nach des Vaters Tode der nächste Anverwandte, der des jungen Menschen Vormund war, denselben nicht für volljährig erklären wollte, so kam die Sache vor den Richter, und dieser entschied nach den äußerlichen Zeichen der Mannbarkeit. Bey den Frauenspersonen gieng in dieser Rücksicht keine Neuerung vor, sondern es blieb beym Alten. Ohngefähr gegen das achte Jahrhundert fieng man an, die Volljährigkeit nach den Jahren zu bestimmen; jedoch wurde alsdenn immer noch auf die äußerlichen Zeichen der Mannbarkeit Rücksicht genommen, wenn man die Jahre eines Menschen nicht wußte. Nunmehr hieß es, wenn ein Mensch ein gewisses Alter erreicht hatte, er sey **volljährig** oder **mündig**, wobey übrigens kein Unterschied des Geschlechts befolgt wurde. Es zeigte sich aber gleichwohl noch eine große Verschiedenheit zwischen der nunmehrigen Volljährigkeit, und der vorigen. Die ehemaligen Mündigen waren ihre eigene Herren, und standen, in Ansehung ihrer eigenen Sachen, unter keiner Gewalt mehr, hingegen die neuen Volljährigen konnten noch immer einer gewissen Gewalt unterworfen seyn, folglich machte es jetzt die Volljährigkeit allein noch nicht, daß Jemand sein eigener Herr, und als ein Mitglied des Staats betrachtet wurde, wie dieses vormals der Fall war. Die Aufnahme der fremden Rechte in Teutschland y), und die

y) Leyser Spec. 327. med. 6.

die nach solchen nothwendig gewordene Bestimmung der Volljährigkeit der Frauenzimmer, hat wahrscheinlich die nächste Veranlassung dazu gegeben, daß man, mit Beyseitesetzung der körperlichen Zeichen der Mannbarkeit, blos auf die Jahre Rücksicht nahm. Im südlichen Teutschland setzte man anfänglich den allgemeinen Zeitpunkt der Volljährigkeit auf achtzehen [z]), in Sachsen aber und dem übrigen nördlichen Teutschland auf ein und zwanzig Jahre [a]). Im Schwabenspiegel Cap. 321. §. 3. heißt es: wenn ein Mann kommt zu achtzehen Jahren, so hat er sein volle Tag, will er, so mag er Vormund nehmen: will er, so mag er sein wohl entbehren. Es scheint zwar das cap. 1. §. 2. entgegen zu seyn, wo es heißt: der 21 Jahr alt ist, der soll das Voigtding suchen, da er gesessen ist; allein dieses Capitel will nur so viel sagen, daß derjenige, welcher 21 Jahr alt, von der Obrigkeit verlangen soll, unter die Anzahl der streitbaren Bürger und Unterthanen aufgenommen zu werden. Diese Handlung war also eben das, was ehemals die Bewaffnung gewesen war, welche anjetzt nicht mehr, wie vormals die Volljährigkeit allein anzeigte. Vermuthlich haben die Sachsen das 21. Jahr deswegen zum Termin der Volljährigkeit gemacht, weil nach sieben Jahren immer eine große Veränderung mit dem Menschen vorgeht, und man glaubt, daß nach dreymal sieben Jahren der Mensch seinen völligen Verstand habe.

Als die Sachsen, und verschiedne Völker außer Sachsen, die Volljährigkeit nach einer gewissen Anzahl der Jahre beurtheilten, folgte ihnen hierin auch der größte Theil der übrigen teutschen Völker nach, jedoch mit dem Unterschiede, daß sie nicht eben diejenigen, die 18 oder 20 Jahr alt waren, für volljährig erklärten, sondern einen andern

z) Schwäb. Landrecht, Cap. 327. §. 2. S. 385. der Lahrischen Ausg.

a) Sachsensp. Buch 1. Art. 42.

Zeitpunct der Volljährigkeit festsetzen, als z. B. das 16te, das 17te oder das 20ste Jahr. In einigen Ländern, überließ man die Bestimmung der Volljährigkeit, der richterlichen Beurtheilung [b]). Nachdem endlich das römische Recht in Teutschland aufgenommen worden, so nahm man in vielen Ländern die römische Volljährigkeit an, und hielt das 25ste Jahr für den Termin, wo Jemand majorenn geworden sey. Hiernach geht es auch noch heutiges Tages, wenn nicht durch ein Landesgesetz, oder eine eingeführte Gewohnheit ein anderer Termin der Volljährigkeit angenommen worden. In Sachsen ist man bey dem 21sten Jahr geblieben; und außer Sachsen hat man hier und da das 16te, 18te, 20ste und 22ste Jahr zum Termin der Volljährigkeit angenommen. Wenn aber in den Landesgesetzen, welche nicht 25 Jahre zur Volljährigkeit erfordern, nicht zugleich ausdrücklich festgesetzt ist, daß auch in peinlichen Fällen die angenommene Volljährigkeit eintreten solle, so muß man in peinlichen Fällen nur diejenigen für volljährig halten, welche 25 Jahr alt sind [c]). Hin und wieder hat man die Frauenzimmer für volljährig erklärt, sobald sie geheyrathet haben [d]). Von Stadtgesetzen, welche die Volljährigkeit vom 18ten Jahre beybehalten haben, ist das Bremische

b) de Ludewig differentiae iurium in aetate puberum et maiorum, Hal. 1725. Kemmerich D. de maiori principum aetate, Lipſ. 1734. Chr. Gottl Hofmann D. de maioris aetatis termino, Frf. 1734. Gerstlacher D. de maiori ſtatuum imperii aetate antiquiſſima, antiqua et hodierna, Frf. et Lipſ. 1755. Dahm D. de maiore perſonarum illuſtrium aetate, Mog. 1757. Leyser Spec. 327.

c) de Boehmer ad Art. 179. §. 4. Conſt. crim. Pufendorf Proc. crim. cap. 25. n. 29. Koch Inſt. iur. crim. §. 39. n. 3. Leyser Spec. 580. med. 54. Herr v. Quiſtorp im peinl. Rechte, Thl. 1. §. 52. S. 61.

d) Mühlhäuſer Stadtrecht, B. 4. Art. 35. Riccius von Stadtgeſ. S. 521. Dossel ad conſuet. Luneb. Art. 1. n. 10. Pag. 153. Dinckler D. de cura aetatis nuptiis feminae minorennis extincta, Lipſ. 1727.

mische besonders merkwürdig, weil die Volljährigkeit der Frauenzimmer auf 15 Jahr gesetzt ist [e]). Nach dem Hamburger Raths- und Bürgerschluß vom 4ten Septbr. 1732. werden die Knaben nach ihrem 22sten Jahre, und die Mädgen nach dem 18ten Jahre für mündig erklärt. Die großen Abweichungen der teutschen Landes- und Stadtgesetze über den Termin der Volljährigkeit, sind ein deutlicher Beweis, wie groß die Autonomie ehedem in Teutschland gewesen sey.

Wir wissen also, welche Personen in Teutschland für volljährig gehalten werden. Diese theilt man aber wieder in Alte und Junge. Wenn das Alter seinen Anfang nehme, darüber sind die Rechtslehrer nicht einerley Meynung [f]). Die Gesetze haben darüber nichts Allgemeines bestimmt, weil es in der That nicht gut angeht, einen allgemeinen Termin für das eintretende Alter festzusetzen, da nicht alle Menschen in dem nämlichen Jahre alt werden. Einige behaupten daher, mit dem 60sten Jahre gehe das Alter an; andere aber wollen erst das 70ste Jahr zum Termin annehmen [g]). Wieder andere wollen schon das 50ste Jahr für den Anfang des Alters halten [h]). Noch andere überlassen alles dem Ermessen des Richters [i]). Herr RR. Eichmann ist S. 57 der Meynung: man könne keiner von diesen verschiednen Behauptungen schlechterdings beypflichten, sondern müsse vielmehr folgenden Unterschied machen. — Entweder ist in den Gesetzen bestimmt, wenn ein Mensch

e) de Pvfendorf Obs. Tom II. Adp. Pag. 42.

f) Struv. D. de iuribus ac priuilegiis senectutis, Ien. 1664. Rivinvs c. Resp. Klügel D. de senectute non honorata, Viteb. 1759. Brevning D. quatenus senectus liberet a contumacia, si citatus non compareat, Lipf. 1772.

g) Glossa ad L. 69. §. 1. D. de legat. III. lit. n.

h) Gail Obs. I, 92. 7. Struv. Diss. cit. c. 2. n. 7. Mvndivs de comit. palat. c. 3. n. 31.

i) Mascard de probat. Vol. 3. Concl. 1302. n. 8. Carpzov Prax. rer. crim. Part. III. Qu. 144. n. 13. Zachias Quaest. med. legal. Lib. I. tit. 1. Qu. 9.

Mensch für alt gehalten werden soll, oder nicht. Ist das erste, so ist die Sache keinem Zweifel unterworfen, sondern wenn nun von alten Personen in andern Gesetzen die Rede ist, so müssen die von jenem Alter darunter verstanden werden, wenn das Alter für den streitigen Fall nicht etwa genau festgesetzt seyn sollte. So ist in Sachsen ein Mensch für alt zu halten, wenn er 60 Jahr alt ist, weil es im Sächs. Landr. B. 1. Art. 48. heißt: über 60 Jahr ist er über seine Tage kommen. Wenn daher in Sachsen von alten Leuten die Rede ist, so muß man, ohne jedoch das Ermessen des Richters gänzlich auszuschließen, diejenigen darunter verstehen, die so alt sind, ausgenommen, wenn in dem gemeinen oder in dem sächs. Rechte, für diesen oder jenen Fall das Alter genau bestimmt ist. So ist nach dem römischen Rechte derjenige, welcher 70 Jahr alt ist, von der Uebernahme der Vormundschaft frey [k]), und dieses muß auch in Sachsen gelten. So z. B. nehmen die römischen Gesetze [l]) an, daß man nach erreichtem 60sten Jahre keine Kinder mehr zeugen könne, und erlauben daher in diesem Alter zu adoptiren. Ist nun aber das letztere, nämlich, daß in Gesetzen im Allgemeinen nichts bestimmt ist, wenn ein Mensch für alt gehalten werden soll, sondern daß sie blos von einzelnen Fällen etwas fest setzen, so geht es in Ansehung dieser Fälle darnach; außerdem aber kommt es auf das Ermessen des Richters an, und dieser hat dabey folgende Puncte zu erwägen; als α) muß er auf das Recht Rücksicht nehmen, welches vom Alter abhängen soll; β) auf die Leibes- und Gemüthskräfte des Menschen; γ) darauf, wer im gemeinen Leben für alt gehalten wird. Was mit dem Alter für besondere Rechte verknüpft sind, kann hier nicht angeführt werden, sondern kommt bey den einzelnen Materien vor, und in einem guten Register müssen

k) §. 13. Inst. de excus. tut. L. 2. §. 1. D. eod. L. vn. C. qui aetate se excus.

l) L. 15. §. 2. D. de adopt.

müssen diese Grundsätze zusammen gestellt werden. Endlich ist noch zu bemerken, daß, wenn gleich die Teutschen Mündigkeit und Volljährigkeit für einerley gehalten haben, dieser letzte Ausdruck dennoch eher gebraucht werden muß, als der erste, weil nach Annahme des römischen Rechts, das Wort Mündigkeit mehr Bedeutungen bekommen hat, und dieses leicht zu Irrthümern Anlaß geben kann, wenn man bald dieses, bald jenes Wort braucht.

Welche Personen volljährig sind, haben wir gesehen, und nunmehr werde ich über die so genannte Minderjährigkeit das Wichtigste bemerken [m]). Die Minderjährigen theilte man bey den Römern in puberes, mündige, und impuberes, unmündige [n]). Man führte diesen Unterschied wegen der Fähigkeit zu Eingehung einer Ehe ein; und in der Folge wurden noch andere Rechte mit diesem Unterschiede verbunden. Die römischen Rechtsgelehrten, welche Cassianer und Proculianer hießen, waren nicht einerley Meynung darüber, wenn ein Mensch für mannbar oder mündig gehalten werden, und folglich in die Ehe treten könnte [o]). Die Cassianer behaupteten, es müsse die Pubertät nach der Beschaffenheit des Körpers beurtheilt, und darüber durch eine Besichtigung geurtheilt werden.

m) L. 21. D. de adquir. rer. dominio, L. 1. D. de minor. de Lyncker D. de iurib. et priuil. minor. Ien. 1693. Leyser Spec. 60. von Cramers Wetzlar. Nebenst. Thl. 114. Nr. 9. von Quistorps Abhandl. In wie fern sind die Handlungen der Minderjährigen rechtsbeständig? In den kleinen Schriften, 1ste Samml. S. 148.

n) Pr. Inst. quib. mod. tut. fin. Falckner D. de iuribus impub. singul. Ien. 1667. Meier D. de iurib. impub. Erf. 1715.

o) de Ludewig Differ. iuris in aetate puberum et maior, Hal. 1725. Merill. Obs. I, 22. V, 16. VIII, 29. Bynck. Obs. III, 24. Huber Digr. III, 13. 14. Mascov. de Sect. Sab. IX, 2.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0465
DFG

den p). Die Proculianer traten auf die Seite des Hippocrates und der Stoiker, welche behaupteten, wenn eine Mannsperson 14 Jahr alt sey, könne sie in die Ehe treten; denn jetzt sey die Fähigkeit dazu vorhanden q). Diejenigen Rechtsgelehrten, welche Herciscundi waren, oder es mit keiner von beyden Secten hielten, behaupteten, daß man auf die Jahre und auf die Beschaffenheit des Körpers Rücksicht nehmen müsse. Diese Meynung scheint Beyfall gefunden zu haben, wie man nach dem Servius über den Virgil, und aus den Institutionen des Justinians schließen kann. Servius über den Virgil zu Eclog. VII. v. 30. 40. wo es heißt: alter ab vndecimo tum me iam ceperat annus, iam fragilis poteram a terra contingere ramos, bemerkt Folgendes: tertius decimus, alter enim de duobus dicimus, et vult significare, iam se vicinum fuisse pubertati, quod de duodecimo anno procedere non potest, bene cum annis iungit habitum corporis: nam *in iure* pubertas ex vtroque colligitur. Justinian drückt sich Pr. Inst. quibus modis tutela finitur folgendermaßen aus: pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis aestimari volebant. Er hat also hier blos die Ictos erciscundos gewürdigt, ihre Meynung anzuführen. Daher hat Byncкershoeck Lib. III. Obs. c. 24. die Lesart gar schicklich auf die Art verbessert, daß er für veteres *quidem*, setzt: veteres *quidam*, weil nicht alle, sondern nur einige der alten Rechtsgelehrten, nach den Jahren und nach der Beschaffenheit des Körpers, die Mündigkeit bestimmt wissen wollten.

Der

p) Vlpiani fragm. tit. 11. §. vlt. Pr. Inst. quib. mod. tut. fin. Qvinctil. Inst. orat. IV, 2. Isidor. Orig. II, 2. Grotivs flor. sparsio ad ius iust. Pag. 30.

q) Hippocr. de carnib. Galen. Comm. in Aphor. Hipp. Lib. III. Aph. 38. Plvtarch. de placit. Phil. V, 24. Macrob. Somn. Scip. I, 6. Tertvll. de anima, c. 38. Schvlt. Iurispr. anteiust. Pag. 33. Brvnqvell de iure conf. ercisc. §. 18.

Der Jurist Priscus, ob es aber Neratius oder Javolenus Priscus gewesen, läßt sich nicht herausbringen [r]), wollte die Behauptung der Proculianer und Sabinianer auf die Art vereinigen, daß er in Ansehung der Fähigkeit zu heyrathen, die Meynung der Cassianer, bey den übrigen Fällen aber, wo es auf die Mündigkeit ankommt, z. B. bey Errichtung eines letzten Willens, die Meynung der Proculianer als richtig annahm. Dieser Gedanke muß vor dem Justinian den mehresten Beyfall gefunden haben, welches daraus geschlossen werden kann, weil in den Gesetzen der Pandekten, wo von der Mündigkeit der Mannspersonen zu Abfassung eines letzten Willens, von der Endigung der Tutel, und in andern bürgerlichen Rechtsangelegenheiten, außer der Ehemündigkeit, die Rede ist, beständig das Alter von 14 Jahren erfordert wird, wie man aus der L. 5. D. qui testam. fac. poss. L. 2. pr. et L. 15. D. de vulg. et pup. substit. L. 11. pr. quod falso tut. L. 3. D. de cens. sieht. Cujacius und Ant. Augustinus erklären zwar diese Gesetze für abgeändert, aber ohne Grund; denn auch der Jurist Paulus, Macrobius und Tertullianus bezeugen die Sache, obgleich so viel gewiß ist, daß bis auf den Justinian, die Jahre der Pubertät bey Mannspersonen nicht gesetzlich bestimmt gewesen, wie Merillius gezeigt hat [s]).

Die Mündigkeit der Frauenspersonen hatte schon die Lex Papia Poppaea bestimmt, und sie mit überlebtem 12ten Jahre für ehemündig erklärt [t]). Eben deswegen stehen so viele Gesetze in den Pandekten, worin dieses

r) Vlpian. Fragm. tit. XI. §. 28. Höpfners Comment. S. 207.

s) Cviac. Obs. XXII, 20. Ant. Avgvstin. Emend. III, 5. Pavli rec. sent. III, 4. 1. Macrob. Somn. Scip. I, 6. Tertvll. de vel. virg. c. 11. Merill. Obs. V, 16. Herr HR. Glück im Comment. Thl. 2. S. 192.

t) Dio Cass. Hist. LIV. Pag. 531. Heinecc. ad Leg. Pap. Popp. Pag. 181. Merill. Obs. V, 17.

dieses deutlich gesagt wird, wie die L. 4. D. de ritu nupt. L. 32. §. 27. D. de donat. int. vir. et vxor. L. 17. §. 1. D. de reb. auct. iud. possid. beweisen. Dieses anfänglich blos wegen Eingehung der Ehen gesetzlich bestimmte Alter der weiblichen Mündigkeit, dehnten die Rechtsgelehrten in der Folge in ihren Gutachten auf andere bürgerliche Rechtsfälle aus, wo es auf die Pubertät der Frauenspersonen ankam, nämlich bey der Abfassung eines letzten Willens, der Pupillarsubstitution, den Vormundschaften, u. dgl., wie man aus der L. 5. D. qui test. facere poss. L. 2. pr. D. de vulg. et pup. substit. L. 11. pr. D. quod falso tut. L. 3. D. de cens. sehen kann.

Der Kaiser Justinian schrieb endlich bey Mannspersonen auch einen Termin der Mündigkeit vor, und billigte dabey die Behauptung der Proculianer, daß eine Mannsperson mit überlebtem 14ten Jahre für mündig gehalten werden solle; bey den Frauenspersonen aber ließ er es bey der Verordnung der Lex Papia Poppaea. Im Princ. Inst. quib. mod. tut. finit. heißt es: *Pubertatem* autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in *masculis* aestimari volebant. *Nostra* autem *maiestas* dignum esse castitate nostrorum temporum existimans, bene putauit, quod in *foeminis* etiam *antiquis* impudicum visum est, id est inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in *masculos* extendere. Et ideo *nostra* sancta constitutione promulgata, *pubertatem in masculis* post *decimum quartum* annum completum illico initium accipere disposuimus: *antiquitatis* normam in *foeminis* bene positam, in suo ordine relinquentes, vt post *duodecim* annos completos viri potentes esse credantur. Damit stimmt auch die L. vlt. C. quando tutor. vel curat. esse desin. überein. Daß bey diesen Jahren der Ehemündigkeit, auf das warme Clima der Römer, Rücksicht genommen worden, versteht sich von selbst; denn die Römer sahen, daß schon in diesen Jahren die Fähigkeit zum Kinderzeugen und Gebähren vor-

vorhanden sey u). Die Sicilianischen Frauenzimmer verheyrathen sich im 13ten oder 14ten Jahre, und sind oft Großmütter ehe sie das 30ste Jahr erreicht haben x).

Die Mündigen werden nach dem römischen Rechte wieder eingetheilt, in völlig Mündige, und nicht völlig Mündige, wie die Ausdrücke pubertas plena et minus plena beweisen. So lange nämlich eine Frauensperson noch nicht 14 Jahr alt ist, eine Mannsperson aber noch nicht das 18te Jahr überlebt hat, wird ihre Mündigkeit pubertas minus plena genennt; haben sie aber jenes Alter erreicht, so heißt ihre Mündigkeit pubertas plena y). Anfangs wußten die Römer von diesem Unterschiede nichts, sondern Mannspersonen wurden nach dem 14ten und Weibspersonen nach dem 12ten Jahre für mündig, das heißt, für fähig zu Schließung einer Ehe angesehen z). In der Folge führte man den angeführten Unterschied zum Vortheil dieser Personen ein, und dieses veranlaßte nun Schwierigkeiten bey der Anwendung der Gesetze; denn nun entstand die Frage: wenn in Gesetzen, Testamenten, Verträgen von Mündigen geredet wird, welche sollen darunter verstanden werden, völlig Mündige, oder nicht völlig Mündige? Die Rechtslehrer nehmen hier den Grundsatz an: weil man anfangs von diesem Unterschiede nichts wußte, sondern Mannspersonen nach dem 14ten, und Weibspersonen nach dem 12ten Jahre für mündig hielt, so ist dieses Alter als die Regel bey allen Personen, wo es auf

u) Iust. Henn. Boehmer D. de iurib. diuers. ex diuersitate climatis ortis, §. 6. in *Eius* Exerc. ad Dig. Tom. I. Pag. 279. Ianus Sylva de Iustiniano et Triboniano, deque iis, quae ad finiendam pubertatem spectant, Ticin. 1782.

x) Brydone's Reise durch Sicilien, 2ter Bnd. S. 58.

y) L. 14. §. 1. D. de aliment. legat. L. f. C. quando tut. vel curat. esse desin. §. 4. Inst. de adopt. ibique Theophil. Pavl. Sent. rec. III, 4. §. 2.

z) Macrob. Sat. 1. 2. 7. Pag. 602. Dio Cass. Lib. 54. 36. Pag. 746. Plvtarch. in Numa, Pag. 77.

auf die Mündigkeit ankommt, zu betrachten, und die völlige Mündigkeit wird nur als eine Ausnahme angesehen. Die Gesetze sehen nämlich in den mehresten Fällen blos auf die gewöhnliche Mündigkeit; daher ist der Rechtsanalogie gemäß, mit diesem Alter zufrieden zu seyn, wenn es zweifelhaft ist, ob die gewöhnliche oder die volle Mündigkeit gemeynt sey, da blos der Ausdruck mündig, Mündigkeit erklärt werden soll.

In folgenden Fällen wird aber die völlige Mündigkeit erfordert, nämlich 1) wenn Jemand den Andern adoptiren will, so muß er 18 Jahr älter seyn, als der zu Adoptirende [a]).

2) Wenn einer Person bis zu ihrer Mündigkeit Alimente versprochen oder vermacht worden, so können solche bis nach erreichter voller Mündigkeit gefordert werden [b]).

3) Wenn aus dem Inhalte der Verordnung, des Vertrags oder Testaments deutlich erhellet, daß unter der Mündigkeit die volle zu verstehen sey.

4) Wenn in teutschen Gesetzen davon die Rede ist, daß zur Ehe die Mündigkeit erfordert werde, weil nach teutschen Sitten keine Ehen unter Personen, wo die Mannsperson 14 Jahr, und die Frauensperson erst 12 Jahr alt war, vorgekommen.

5) Ist von Verbrechen und ihrer Bestrafung die Rede, so findet in Rücksicht auf die Mündigkeit gar kein Unterschied zwischen Manns- und Frauenspersonen statt, sondern letztere werden ebenfalls nicht eher für mündig gehalten, als nach zurückgelegtem 14ten Jahre [c]). Was in

a) §. 4. Inst. de adopt. L. 40. §. 1. D. eod. tit.

b) L. 14. §. 1. D. de aliment. legat. Sibeth D. de alienat. et omissione minorum valida atque inualida, Marb. 1741. Averan. Interpr. Tom. II. Lib. 5. cap. 9. Merill. Obs. III, 29.

c) Const. Crim. Carol. Art. 164. tit. X. de delict. puerorum. de Boehmer ad Art. 164. C. C. C. Idem ad Carpz. P. 3. Qu. 143. Obs. 1. Hommel Rhapf. Obs. 205.

in Ansehung dieser Eigenschaft zum Vortheil der Frauenspersonen eingeführt worden, darf nicht zu ihrem Nachtheil gereichen, welches gleichwohl geschehen würde, wenn man sie schon mit dem 12ten Jahre für mündig halten wollte, da doch Mannspersonen erst mit 14 Jahren als mündig beurtheilt werden. Man berechnet auch dieses Alter nach der natürlichen Zeitrechnung, nämlich von Minute zu Minute.

6) Versteht man auch alsdenn, wenn von Ablegung eines Zeugnisses die Rede ist, unter Mündigen diejenigen, welche bereits 18 Jahr alt sind, sie mögen männlichen oder weiblichen Geschlechts seyn [d]). Bey diesem Alter verdienen sie in bürgerlichen Angelegenheiten, und in peinlichen Fällen alsdenn, wenn ihre Aussage zur Vertheidigung des Verbrechers gereicht, oder blos eine Anzeige dadurch dargethan werden soll, völligen Glauben [e]).

7) Darf keine Mannsperson von weniger als 18 Jahren zum richterlichen Amte gelassen werden, und der Ausspruch eines solchen noch nicht vollkommen mündigen Richters gilt nicht; es wäre denn, daß ihn der Landesherr in das Richteramt eingesetzt hätte, wo gegen seine Fähigkeit nichts eingewendet werden darf [f]).

Von den Mündigen komme ich auf die Unmündigen. Diese werden wiederum auf verschiedne Art eingetheilt, weil in der Unmündigkeit fast mit jedem Jahre merkliche Veränderungen mit einem solchen jungen Menschen, sowohl in Ansehung der Leibes- als Seelenkräfte, vorgehen; denn

1) gehören dazu die Kinder. Anfangs nennten die Römer diejenigen Menschen Kinder, welche noch nicht reden konnten, wie man aus vielen Gesetzen der Pan-

d) Hommel Rhapf. Obf. 211. voc. pub. et in catal. teft. Pag. 99.

e) Hommel Catal. teftium alph. Pag. 99. Idem Rhapf. Obf. 81. Quiftorps peinl. Recht, Thl. 2. S. 264.

f) L. 37. D. de re iudicata.

dekten [g]) sieht, wo gesagt wird: *infans* est is, qui fari non potest. Es kommen zwar einige Stellen in den Pandekten vor, wo gesagt wird, ein Kind werde der Mensch genennt, bis er sieben Jahr alt sey, z. B. die L. 1. §. 2. D. de administr. tut. die L. 14. D. de sponsal., allein diese Stellen enthalten Embleme des Tribonians [h]). Nach dem neuern römischen Rechte heißen Kinder diejenigen, welche noch nicht sieben Jahr alt sind, welchen Zeitpunct der Kaiser Arcadius zuerst festsetzte [i]), und der auch von mehrern folgenden Byzantinischen Kaisern bestätigt worden [k]). Die Behauptungen der alten Philosophen, haben auf die Meynung der Rechtsgelehrten von den Jahren der Kindheit, Einfluß gehabt [l]). Durch teutsche Rechte nahm man diesen Termin ebenfalls an, wie das Sprüchwort beweißt: sieben Jahr ein Kind; da aber selbst die Römer die Jahre der Kindheit, nach dem siebenten Jahre ausdehnten, so ist es höchst wahrscheinlich, daß selbst bey den Teutschen, Personen von acht, neun und zehen Jahren, Kinder genennt worden sind, weil die Parömie aufgekommen: zehen Jahr ein Kind [m]). Da sich bey solchen Kindern kein richtiger Gebrauch des Verstandes und der Vernunft denken läßt, so ist es der Gerechtigkeit gemäß, anzunehmen, daß alle von ihnen unternommene Handlungen, wozu der hinlängliche Gebrauch der Vernunft erfordert wird, von keiner Würkung seyn, folglich auch keine Rechte und Ver-

g) L. 65. §. 3. D. ad Sctm. Trebell. L. 70. D. de verb. oblig. L. 2. D. rem pup. salu. fore. L. 30. §. 2. 4. et 6. D. de fid. libert. L. 1. §. 15. D. de magistr. conu. L. 9. D. de acquir. hered. L. 217. D. de verb. signif. L. 15. D. de R. I.

h) Iac. Gothofredvs ad L. 8. Cod. Theod. de bonis matern. Moller Diss. cit. cap. 1. §. 3.

i) L. 8. C. Theod. de bon. mat.

k) L. 18. pr. et §. 4. C. de iure delib.

l) Macrob. Somn. Scip. Lib. I. c. 6. Isidor. Orig. Lib. 2. c. 2.

m) Gruteri Inscr. Tom. I. Pag. 671. n. 13. Pag. 682. n. 9. Eisenhart von Sprüchwört. S. 28.

Verbindlichkeiten hervorbringen können [n]). Es entspringt also aus den Handlungen solcher Kinder, wenn sie gleich Andern zum Schaden gereichen sollten, weder eine natürliche noch eine bürgerliche Verbindlichkeit [o]). Sie können daher auch wegen solcher Handlungen, die bey ältern Personen ein Verbrechen sind, nicht bestraft werden [p]), besonders da sie selbst so gar den Rasenden und Wahnsinnigen gleich geachtet werden [q]). Inzwischen werden Kinder, harter Vergehungen wegen, um tiefe Eindrücke bey ihnen zu machen, und ihnen die Bosheiten abzugewöhnen, mit Ruthen gezüchtigt [r]). Diese Züchtigung wird jedoch bey geringen Verbrechen lediglich den Aeltern, Vormündern oder Schullehrern überlassen, bey schweren Verbrechen aber im Gericht, oder im Gefängniß von den Gerichtsbedienten vorgenommen; nur ist alles dabey zu vermeiden, was als infamirend angesehen werden könnte [s]).

2) Sind die **Unmündigen** auch solche, welche die **Kinderjahre** bereits überlebt haben, und daher infantia maiores genennt werden. Diese Zeit geht an, nach dem siebenten Jahre bis zu erlangter **Mündigkeit**. Eine **Mannsperson** wird bis nach zurückgelegtem **vierzehenten Jahre unmündig** genennt; eine **Frauensperson** aber vor überlebtem **zwölften Jahre**, ausgenommen in peinlichen Fäl-

n) CRELL Obseruat. de iure infantium, in *Eius* Diss. n. 65.

o) L. 5. D. ad Leg. Aquil. L. 23. D. de furt. L. 84. D. de reg. iur. L. 1. D. de pact. L. 23. §. 2. D. de aedilit. edict. L. 22. ad L. Corn. de falsi. L. 12. D. ad L. Corn. de sicar. STRYCK Vsus mod Lib. 9. tit. 1. §. 3.

p) L. 7. C. de poen. c. 1. X. de delict. puer. SCHULTZ D. de delict. puerorum. Alt. 1683. STRYCK D. de poen. impub. in Tom. IV. Opusc. Vlmens. n. 22.

q) L. 5. D. de reg. iur. §. 9. Inst. de inut. stipul. BECHMANN D. de obligat. impub. cap. 2. thes. 2.

r) CARPZOV. Prax rer. crim. Quaest. 143. n. 20.

s) RICHTER Dec. Part. I. Dec. 1. n. 26. de BOEHMER ad Art. 179. C. C. §. 2. HOMMEL Obs. 205.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0473
DFG

len, wo sie ebenfalls mit 14 Jahren erst mündig werden, wie wir S. 402 gesehen haben. Die Jahre von der erlangten Kindheit an bis zu eingetretener Mündigkeit, theilten die Römer wieder in zwey Theile, und deswegen unterschied man bey diesen Personen, solche die der Kindheit näher als der Mündigkeit sind, infantiae proximi, und andere, die der Mündigkeit näher als der Kindheit sind, pubertati proximi.

Der Unterschied zwischen impuberibus *infantiae* proximis, und impuberibus *pubertati* proximis kommt in Gesetzen, z. B. in der L. 111. D. de reg. iur. L. 13. §. 1. D. de dolo malo, in dem §. 10. Inst. de inutil. stipul. ganz deutlich vor; aber der Zeitpunct, wenn dieses Alter vorhanden sey, ist nirgends deutlich angegeben worden. Die Rechtsgelehrten haben daher nicht einerley Zeitraum für jedes Alter angenommen, um die sich darauf beziehenden Rechtsfragen zu entscheiden, welche verschiedne Meynungen Moller [t]) geprüft hat. Viele Rechtsgelehrte [u]) halten es mit dem Accursius, welcher die ganze Zeit von der zurückgelegten Kindheit an, bis zur Mündigkeit in zwey gleiche Theile abtheilte, und Personen, welche die erste Hälfte dieses Zeitraums überlebt hatten, *pubertati* proximi nannte; war dieses aber noch nicht geschehen, so hießen sie *infantiae* proximi. Nach seiner Behauptung wäre also eine Mannsperson *infantiae* proximus, so lange sie noch nicht zehen und ein halb Jahr alt ist; eine Frauensperson aber müßte für *infantiae* proxima gehalten werden, wenn sie noch nicht neun und ein halb Jahr alt ist. Nach dieser Zeit nannte er sie *pubertati* proximos.

Diese

t) Moller Diss. cit. cap. 2. §. 1. sqq.

u) Donellvs ad L. 127. D. de verb. obl. Vinnivs ad Inst. §. 10. de inut. stipul. Hvber ad Dig. tit. de statu hom. §. 5. Cocceii Ius contr. tit. de pactis, Qu. 29. Ziegler D. de pub. proxim. in Disc. sel. n. 28. Hellfeld Iurispr. for. §. 130. Herr GTR. Höpfner im Comment. S. 79. Herr RR. Eichmann, Thl. 3. S. 70.

Diese Meynung wird aber von andern Rechtsgelehrern verworfen, und Herr HR. Glück schreibt: sie komme mit dem Geiste der Gesetze nicht überein; denn die Gesetze nehmen sehr weislich gar keine gewisse Zahl von Jahren hierbey an, sondern wollen vielmehr alles auf das Maaß der Leibes- und Seelenkräfte ankommen lassen, die sich denn aber freylich bey dem einen jungen Menschen früher, bey dem andern später entwickeln. So lange sich nun also Unmündige noch in dem Zustande der ihrem zarten und jugendlichen Alter natürlichen Einfalt und körperlicher Schwäche befinden, wo man bey ihren Handlungen so wenig eine Ueberlegung und Bosheit, als Kräfte zur Ausführung derselben annehmen kann, vielmehr ihre Handlungen überall noch das Gepräge des jugendlichen Leichtsinns und Unverstandes an sich tragen, so sind sie, ohne daß es dabey auf eine bestimmte Anzahl der Jahre ankommt, *infantiae* proximi; haben aber Unmündige schon ein solches Maaß von Leibes- und Seelenkräften erreicht, daß man bey ihren Handlungen, Einsicht, bedachtsame Ueberlegung, ja Arglist und Bosheit wahr nimmt, so sind sie *pubertati* proximi, welche Meynung von vielen großen Rechtsgelehrten x) gebilligt wird. Der berühmte Averanius schreibt darüber a. a. O. Folgendes: *Infantiae* proximus a proximo *pubertati* distinguitur non tam aetate, quam ingenio, calliditate, malitia. Certissimo argumento esse potest, quod *veteres* in his distinguendis nunquam aetatis, semper intellectus et malitiae meminerint, et *pupillos*, non *infantes*, alios habere intellectum dixerunt, alios non habere: item aut esse doli ac delicti capaces, aut non esse y). Quoniam vero ingenii vis in aliis citius, in aliis serius perficitur; idcirco

x) Corasius in Miscell. VI. c. 23. Goeddeus de contr. stipul. c. 7. n. 204. Roberti rec. lect. II. c. 17. Moller Diss. cit. c. 2. §. 1. Iac. Gothofr. ad L. III. D. de reg. iur. Averan. Int. Lib. II. c. 14. n. 1.

y) L. III. D. de reg. iur. L. 1. §. 15. D. de pos.

a *veteribus* nulla certa aetas est definita. Quamobrem existimauerim, verosimillimam esse sententiam eorum, qui putant, id totum arbitrio iudicis committendum [z]). Diese Behauptung ist dem Geiste der römischen und teutschen Gesetze am meisten gemäß; denn im römischen Rechte wird deutlich unterschieden, zwischen Unmündigen, welche die Kinderjahre bereits zurück gelegt haben, und bereits Einsicht und Verstand zeigen, und andern, wo dieses nicht der Fall ist [a]); ferner zwischen solchen, die einer Bosheit und eines Verbrechens fähig sind, und andern, die es nicht sind [b]). Sie erfordern ferner von einem pubertati proximo, daß er nicht mehr weit von der Pubertät entfernt sey [c]). Damit stimmt auch die Gerichtsordnung Carls des V. überein, Art. 164. welche unter den pubertati proximis solche Personen versteht, die beynahe 14 Jahr alt sind. Herr HR. Meister bemerkt in seinen rechtl. Erkenntnissen, Thl. 1. Dec. 6. n. 18. ebenfalls, daß unter den pubertati proximis, welche die P. G. O. Personen, die nahe bey vierzehen Jahren alt sind, nennt, nicht alle junge Leute, welche von ihrem siebenten Jahre an, die Hälfte zu ihrem 14ten Jahre zurück gelegt haben, als welche Berechnung des Alters ohnehin von den Gesetzen nicht vorgeschrieben sey, sondern, wie der Augenschein lehre, solche Personen, die bereits im 14ten Jahre stehen, aber solches noch nicht zurück gelegt haben, oder höchstens auch die, welche in ihrem 13ten Jahre dem Eintritte des 14ten Jahres nahe sind, zu verstehen sind.

Was die Folgen dieser Eintheilung bey der Anwendung der Gesetze anbetrifft, so werden Unmündige, die zwar über die Jahre der Kindheit hinaus, aber doch der Kind-

z) L. 1. §. f. D. de iur. delib.

a) §. 10. Inst. de inut. stipul. L. 14. D. ad Sctm. Silan. L. 1. §. 3. D. de acquir. vel amitt. poss.

b) L. 13. §. 1. D. de dolo malo, L. 1. §. 15. D. depos. L. 111. pr. D. de reg. iur.

c) L. 14. D. ad Sctm. Silan.

Kindheit näher sind, als der Mündigkeit, oder so genannte *infantiae* proximi, in Ansehung solcher Handlungen, die ihnen schädlich seyn können, z. B. wenn sie unerlaubte Handlungen vorgenommen haben, den Kindern gleich gehalten; ist hingegen von der Fähigkeit, Rechte zu erwerben, und Andere sich zu verbinden, kurz, davon die Rede, was ihnen vortheilhaft seyn könnte, so haben sie eben die Rechte zu genießen, welche von den pubertati proximis handeln [d]).

Unmündige, welche der Mündigkeit nahe sind, oder *pubertati* proximi werden, in Rücksicht auf die Strafbarkeit unerlaubter Handlungen, mehr nach den Rechten der Mündigen, als der Kinder beurtheilt. Daher sind sie nicht nur wegen einer groben Nachlässigkeit verantwortlich, sondern sie werden auch so gar eines bösen Vorsatzes fähig geachtet *); jedoch werden Missethäter von diesen Jahren nicht leicht mit dem Tode bestraft, wenn nicht die Bosheit das Alter erhöht. Nach der richtigen Bemerkung des verstorbenen Herrn HR. Meisters ist eine das Alter erfüllende Bosheit, weder aus der Größe oder Wiederholung des Verbrechens, noch nach dem Betrag des dadurch gestifteten Schadens allein zu beurtheilen, weil auch große Vergehungen leicht aus einem der unbesonnenen Jugend so natürlichen Mangel der Ueberlegung, und aus Leichtsinn begangen werden könnten; sondern es ist vielmehr eine solche Bosheit, die das Alter erfüllt, sodann vorhanden, wenn ein solcher junger Mensch die Größe seiner vorhabenden Missethat, mit ihren Folgen genugsam einzusehen im Stande gewesen, und wirklich eingesehen hat, und dennoch die Bewegungsgründe, welche ihn davon hätten abhalten sollen, muthwillig aus den Augen setzte; imgleichen wenn er das Verbrechen mit einer solchen Arglist und Schlauig-

d) §. 10. Inst. de inut. stipul. L. 9. D. de aquir. vel omitt. hered.

*) L. 13. §. 1. D. de dolo malo. L. 111. D. de diuers. reg. iur.

keit, die einen geübten Verstand, und bedachtsame Ueberlegung voraus setzt, ins Werk gerichtet hat [e]). In Ansehung der erlaubten Handlungen solcher Unmündigen, hat es zwar keinen Zweifel, wenn von ihrer Verbindlichkeit die Rede ist, daß ein solcher Unmündiger, mit Zuziehung seines Vormundes, alle verbindliche rechtliche Geschäfte gültig vornehmen dürfe; stünde er aber noch unter der väterlichen Gewalt, so kann er nach dem römischen Rechte nicht verbindlich gemacht werden, wenn gleich der Vater das Geschäft genehmigt [f]). Bey uns wird aber diese Verordnung nicht mehr befolgt, sondern die Einwilligung des Vaters in das Geschäfte seines unmündigen Kindes macht es eben so stark verbindlich, als wenn es unter dem Vormunde gestanden, und solcher eingewilligt hätte [g]).

Wir haben zeither gesehen, daß die Minderjährigkeit ein dreyfaches Alter in sich fasse, nämlich die Kindheit, die Unmündigkeit, welche auch aetas puerilis genennt wird [h]), und die Mündigkeit; gleichwohl findet man doch, daß die Gesetze die Minderjährigkeit sehr oft auch nur in zwey Theile theilen, und nur das Alter der Mündigkeit von dem Alter der Unmündigkeit unterscheiden. Dieses letztere Alter nennen sie aetas prima, wozu sie die Jahre der Kindheit und der Unmündigkeit rechnen, das andere aber heißt aetas secunda [i]).

Daß

e) Meisters Erkenntn. Thl. 1. Dec. 6. n. 21. de BOEHMER ad CARPZOV. Part. III. Qu. 143. Obs. 2. KRESS ad Art. 164. not. 4. Herr von Quistorps peinl. Recht, Thl. 1. §. 60.

f) §. 10. Inst. de inut. stipulat. L. 141. §. 2. D. de verb. obligat.

g) Arg. L. 18. in f. C. de iure delib. L. fin. §. 4. in f. C. de bon. quae lib. VINNIVS ad Inst. tit. de inut. stip. §. 10. n. 6. ZOESIVS ad h. t. Inst. §. 10. Pag. 519.

h) L. 3. §. 10. D. de Carb. edict. L. f. §. 6. C. de bon. quae lib. HOFACKER l. c. Tom. I. Pag. 194.

i) L. 30. C. de episc. audient. L. 10. C. de impub. et aliis substit. L. 8. §. 3. C. de bon. quae lib. BRISSON. de verb. signif.

Daß durch die sogenannte landesfürstliche Ertheilung der Volljährigkeit, oder die veniam aetatis, viele Rechte erlangt werden, welche volljährige Personen genießen, ist eine bekannte Sache; hiervon wird aber in der Folge das Wichtigste vorkommen.

§. 131. 132.

Die so genannten gewaltfreyen Menschen können, so lange sie noch minorenn sind, sich nicht selbst überlassen werden, daß es ihnen frey stünde, mit ihrer Person und mit ihrem Vermögen vorzunehmen, was sie wollten. Sind sie noch sehr jung, so zeigt ihr Verstand fast noch gar keine Einsicht; entwickeln sich aber ihre Verstandeskräfte etwas mehr, so können sie doch aus Mangel an Erfahrung noch nicht beurtheilen, was ihnen schädlich oder vortheilhaft ist; wenigstens könnten sie bey völliger Freyheit nach Willkühr zu handeln, große Fehler begehen. Der Staat und das gemeine Beste würde sehr leiden, wenn solchen jungen Personen, nicht die nach Verschiedenheit der Umstände nöthigen Kenntnisse beygebracht würden, oder sie sich wohl gar durch ihre Unbesonnenheit einen großen Verlust ihres Vermögens zugezogen hätten. Wie groß müßte nach und nach die Anzahl veramter, und zu Besorgung nützlicher Geschäfte untüchtiger Personen im Staate werden, und doch könnte man solchen Personen keinen Vorwurf machen. Der Regent hat daher die Pflicht, für das Beste solcher Personen auf mancherley Weise zu sorgen. Dieses hat die Gesetzgeber veranlaßt, zum Besten der Unmündigen, welche Pupillen, Mündel und Mündlinge genennt werden, die Tutel oder Vormundschaft einzuführen; zum Vortheil der Mündigen aber, welche jedoch noch nicht volljährig sind, die Pflegschaft oder Curatel anzuordnen; diese sogar auch auf

signif. voc. aetas, Homb. zu Vach D. de diuerso iure patris in pec. aduent. ad L. 8. §. 3. C. de bon. quae lib. Marb. 1753. §. 11. 12.

auf solche volljährige Personen auszudehnen, welche wegen Mangel des Verstandes, oder als Verschwender, ihr Vermögen pflichtmäßig zu verwalten unterlassen. Auf diese Grundsätze gründet sie die so genannte **Vormundschaft** und **Curatel**, wovon in der Folge ausführlich gehandelt werden soll. Hier bemerke ich nur noch, daß es falsch ist, **Pupillen** und **Unmündige** für einerley Personen zu halten. **Pupillen**, **Mündel**, **Mündlinge** sind solche Unmündige, welche weder der **väterlichen**, noch der **herrschaftlichen** Gewalt unterworfen sind [k]). Wenn ihnen **Minderjährige** entgegen gesetzt werden, so versteht man darunter noch nicht **volljährige Mündige**, welche weder der **väterlichen** noch der **herrschaftlichen** Gewalt unterworfen sind. In vielen teutschen Gegenden, macht man zwar freylich keinen Unterschied mehr, unter **Pupillen** und **Minderjährigen** in diesem Verstande, sondern setzt **Vormünder** über sie, von denen man glaubt, ihre Gewalt sey bey beyden eben dieselbe. Allein da das römische Recht einen wichtigen Unterschied unter beyden Personen macht, dieser auch der Natur der Sache sehr angemessen ist, so ist es allerdings zu billigen, wenn viele Rechtslehrer behaupten, dieser Unterschied müsse auch noch bey uns so lange befolgt werden, bis durch Gesetze oder Gewohnheiten etwas anders eingeführt worden.

Was diejenigen Personen anbetrifft, welche bey den Römern die Gewalt des Hausvaters über sich erkennen mußten, homines alieni iuris, so waren solche bey den Römern theils **Kinder vom Hause**, theils **Sclaven** und **Sclavinnen**. Wie verschieden ihre Rechte und Vortheile waren, ist bekannt. **Sclaven** betrachtete man für keine Personen, und sie hatten daher auch keine bürgerlichen Rechte im

k) L. 239. pr. D. de verb. signif. — *Pupillus* est, qui cum *impubes* est, desiit in patris potestate esse aut morte, aut emancipatione.

im römischen Staate [l]); Haussöhne hingegen waren römische Bürger, welche zu Annahme eines öffentlichen Amtes fähig waren; man bestellte sie zu Vormündern unmündiger Personen [m]); und sie konnten so gar, wenn sie das gehörige Alter hatten, mit allen und jeden Personen, die nicht zur Familie gehörten, Contracte schließen, wodurch sie bürgerlich verbindlich wurden [n]). Hatte der Sohn ein obrigkeitliches Amt, so durfte ihm der Vater hier gar nichts vorschreiben, ja der Sohn war vielmehr befugt, dem Vater alles anzubefehlen, was nach den Gesetzen geschehen sollte [o]).

In Verhältniß gegen den Hausvater, hatte bey Kindern und Sclaven eine große Aehnlichkeit statt; wiewohl es kaum zu beweisen ist, daß sie hier völlig einander gleich gewesen seyn sollten. Es ist gewiß, daß der väterlichen Gewalt unterworfene Kinder, innerhalb der Familie ihres Vaters keine Personen waren, sondern so wie die Sclaven gewissermaßen zum Eigenthum des Vaters gehörten; daher er durch diese seine Kinder eben sowohl aquirirte, als durch seine Sclaven, wie man aus dem Pr. et §. 1. Inst. per quas pers. cuiq. acquir. sieht; zwischen dem Vater, und den in seiner Gewalt stehenden Kindern, hatte keine vollkommen gültige bürgerliche Verbindlichkeit statt, sondern die römischen Gesetze erklärten es für eine bloße natürliche Verbindlichkeit [p]); es konnte von dem Vater mit

l) L. 20. §. 7. D. qui test. fac. poss. Finestres in Hermog. Tom. I. Pag. 253.

m) L. 9. D. h. t. Prine. Inst. qui test. tut. dari poss. L. 6. in f. D. quot cuiusque vniu. L. 2. D. de muner.

n) §. 6. Inst. de inut. stipul. L. 39. D. de oblig. et act. L. f. §. 2. D. de verb. oblig. L. 18. D. de castr. pec. L. 6. et vlt. C. de bon. quae lib. §. 4. Inst. et L. 2. D. quod cum eo.

o) L. 13. §. f. L. 14. D. ad Sctm. Trebell.

p) L. 1. §. 2. D. de rei vind. L. 14. §. 13. D. de furt. Cail Inst. 1, 6. 3. Finestres Tom. I. Pag. 533. Herr Prof. Weber von Verbindl. S. 398.

mit diesen seinen Kindern kein Vertrag geschlossen werden, noch weniger konnten sie einander verklagen [q]). Alle diese Rechtssätze mußte man deswegen annehmen, weil Vater und Kinder, die noch in seiner Gewalt standen, für eine Person gehalten wurden [r]). Verschiedne Rechtslehrer [s]) haben zwar diese persönliche Einheit leugnen wollen; die deutlich vorkommenden Würkungen derselben beweisen aber den Ungrund dieser Behauptung deutlich. Eben so falsch ist die Behauptung anderer Rechtslehrer, welche die Würkung dieser Einheit blos darauf einschränken wollen, daß der Sohn alles dem Vater, und nichts für sich erworben habe [t]). Aller dieser Grundsätze ungeachtet, hatten die der väterlichen Gewalt unterworfenen Kinder große Familienrechte, wozu hauptsächlich der Vorzug gehörte, daß die Kinder bereits beym Leben ihres Vaters, als Miteigenthümer seines ganzen Vermögens betrachtet wurden, woraus folgte, daß sie nach seinem Tode ipso iure Erben desselben wurden, ohne sich erst erklären zu dürfen, daß sie Erben seyn wollten [u]). Wie bekannt, waren die zur Familie gehörenden Sachen bey den Römern von zweyerley Art; denn einige bestimmte man zum Hausgottesdienste, und andere zur Hauswirthschaft und Oekonomie. Jede Familie hatte ihre Hausgötter und ihren Hausgottesdienst, welcher von den

q) §. 6. Inst. de inut. stip. L. 4. D. de iudic. L. 7. D. de obl. et act.

r) Merill. Obs. III, 4. Höpfners Commentar, §. 100. S. 107.

s) Rivini Diss de figmento fictionis vnitatis personae inter patrem et filium, Viteb. 1760. Thomasius D. de vsu practico tit. Instit. de patria potestate, c. 1. §. 49. Madihn Princ. Iur. Rom. Part. I. §. 36. Pag. 51.

t) Enenckel de priuil. Priuil. 3. Pag. 179. Cocceii Ius contr. Lib. 1. tit. 6. qu. 19. Heimburg D. difficillima emancipationis capita, §. 53.

u) Averan. Interpr. I, 9. Finestres Prael. ad tit. de lib. et post. Part. I. c. 2. §. 7—11.

den Familiengütern nicht getrennt werden durfte [x]). Es war nicht nur der Hausgottesdienst, sondern auch alles übrige zum Hauswesen gehörige Vermögen, den sämmtlichen eine Familie ausmachenden Personen gemeinschaftlich, wenn gleich dem Hausvater, als dem Haupt der Familie, die Verwaltung und Disposition darüber allein zustand [y]). Der Jurist Ulpian legt ihm daher in der 195. D. de verb. signif. das Familieneigenthum bey, welches sich auch über das eigene Vermögen der zu seiner Familie gehörenden, und unter seiner Gewalt stehenden Personen erstreckte, und weit mehr Rechte enthielt, als der bloße Niesbrauch. Eben deswegen bekam der Vater, seines in der väterlichen Gewalt gewesenen Sohnes Vermögen, iure peculii, und er war nicht sowohl als Erbe, sondern vielmehr als successor ex iure proprio, iure aperturae et consolidationis zu beurtheilen. Es hatte auch kein Unterschied statt, wenn gleich dieses Vermögen nicht vom Vater herrührte, sondern ein peculium castrense war [z]). Hieraus sieht man, wie nöthig richtige Grundsätze von der Beschaffenheit des römischen Familienrechts sind [a]); von dem dominio ex iure familiae competente und dessen Unterschiede von dem gemeinen oder eigentlich so genannten Eigenthumsrechte, welches man dominium ex iure proprietatis nennen kann [b]). Nach dem, was zeither gesagt worden, ist es wohl keinem Zweifel unterworfen, daß der Zustand der Kinder, die noch in der väterlichen Gewalt standen,

x) CICERO de legib. II, 9. et 19. WOOG D. de hereditate sacrorum priuatorum. CONRADI de coemtionibus sacrorum interimendorum causa factis in *Eius* Parerg II, 1.

y) van BASSEN IONGBLOET D. de dominio patrisfamilias, Lugd. Bat. 1785.

z) L. 9. L. 14. pr. et §. 1. L. 17. pr. L. 19. §. 3. D. et L. pen. C. de castrens. pecul.

a) GALVAN de vsufr. c. VIII. n. 8. sqq. van de POLL de exheredat. et praeterit. c. 4. 5. 6. van LOM D. de familia, Lugd. Bat. 1785.

b) PLEVIER D. de duplici dominio, Lugd. Bat. 1785.

den, wenigstens in Rücksicht ihres Familienrechts besser gewesen sey, als der Zustand der Sclaven.

§. 133. 134.

Da die Kinder bey den Römern deswegen als homines alieni iuris betrachtet wurden, weil sie der väterlichen Gewalt unterworfen waren, so ist dieses eine nicht unschickliche Veranlassung, in diesem Titel der Pandekten, den Begriff der väterlichen Gewalt zu erklären. Es hat diese väterliche Gewalt bey den Römern nach und nach viele Abänderungen erfahren, daher muß sie mit Rücksicht auf diese Abänderungen betrachtet werden. Da sich die alten Schriftsteller und die Gesetze nicht ganz deutlich darüber ausdrücken, und die Sache von unsern Gebräuchen und Sitten sehr abweicht, so ist es kein Wunder, daß unsere Rechtsgelehrten über die wahre Beschaffenheit der väterlichen Gewalt in den ältesten Zeiten, nicht gleiche Grundsätze vortragen [c]). Weil die Sache aber dennoch von der größten Wichtigkeit ist, so muß ein gründlicher Rechtsgelehrter die verschiednen Meynungen genau kennen, und daher werde ich solche aus den neuesten Schriften anführen.

Der Herr RR. Eichmann schreibt S. 77 des 3ten Theils seiner Erklärungen des bürgerlichen Rechts: Wir betrachten vor allen Dingen die väterliche Gewalt nach dem ältern römischen Rechte, welche sich vorzüglich auf die Gesetze des Romulus gründet [d]). Byncker shöck [e]) leitet die

c) Petr. Aerodius de iure patrio, in *Eius* Pandect. rer. ab omni antiqu. iud. Genea. 1677. fol. Phil. Paschalis de viribus patriae potestatis, Wratisl. 1672. fol. Abr. a Kerckrad de iure patrio, Vltrai. 1708. 8. Chr. Thomasii D. de vsu pract. tit. Inst. de patria potest.

d) Dion. Halic. Ant. Lib. II. c. 26. 27.

e) Bynck. de iure occidendi, vendendi et exponendi liberos apud veteres Romanos, c. 1. in *Eius* Opusc. Tom. II. Gebauer Diss. duae de patria potestate, Gött. 1750. 1751.

Car.

die väterliche Gewalt der alten Römer in allen Stücken aus dem Rechte des Eigenthums her, welches ein Vater über seine Kinder auf eben die Weise, wie über seine Sclaven und andere Dinge, gehabt habe. Heineccius in seinen Pandekten und Institutionen, und andere mehr, sind ihm hierin nachgefolgt, und behaupten daher, daß die väterliche Gewalt nichts anders, als ein Quiritarisches Eigenthum des Vaters über seine Kinder gewesen sey. Andere f) hingegen halten dafür, daß die väterliche Gewalt aus einem Eigenthum und Herrschaft des Vaters über seine Kinder bestanden habe, und sie leiten aus beyden die väterliche Gewalt her. Allein ich glaube mit Grund denjenigen beytreten zu können, welche von keinem Eigenthum des Vaters über seine Kinder etwas wissen wollen, sondern vielmehr annehmen, daß die väterliche Gewalt in der dem Vater über seine Kinder öffentlich ertheilten Herrschaft bestanden habe. Es folgt also hieraus, daß die Frau keinen Antheil an der väterlichen Gewalt gehabt habe. Hiervon läßt sich ein doppelter Grund denken. Diejenigen Männer, mit welchen Romulus seinen Staat stiftete, hatten vorher, da sie gleichsam in der Wildniß gelebt, den Weibern, mit welchen sie lebten, wenig oder gar keine Rechte über ihre Kinder gelassen. Da dieses Romulus wußte, so ließ er es auch dabey, damit die Männer, welche er nöthig hatte, mit ihrem neuen Zustande sollten zufrieden seyn. Hierzu kam auch noch, daß nach dem Gesetz des Romulus vom Ehestande g), eine Frau des Mannes Gewalt

Car. Guil. Robert de Bynckershoeckii eique contraria Gebaueri doctrina de patria potest. rom. antiqua modestum iudicium, Wezlar 1782. 4. Fr. Christ. Iensen de patria roman. potestate pro Gebauero adu. Robertum Suer. 1784. 8.

f) Herr Prof. F. G. A. Lobethan in systemate elem. iurisprud. priuatae, §. 747.

g) Dion. Halic. Pag. 95. Sylburg übersetzt die Worte des Dionysius: συνελθεῖν ἀνδρὶ nach der bey den Römern üblichen Redensart: in manum viri conuenisser. Eben dieser Redensart haben sich bedient Vlpianvs in fragm. tit. 11. §. 13.

Gewalt unterworfen war, und es daher nicht schicklich würde gewesen seyn, ihr einen Antheil an der väterlichen Gewalt zu verstatten h). Daß aber die väterliche Gewalt der Männer in einer Herrschaft, und nicht zugleich in einem Eigenthum bestanden habe, und daß daher die Kinder nicht als Sachen betrachtet worden, sondern selbst in Ansehung des Vaters, Personen gewesen, machen folgende Umstände nicht unwahrscheinlich, wie in den Gebauerischen Abhandlungen ausführlich bewiesen worden.

1) In der ganzen Rede des Dionysius, auf die wir hierbey vorzüglich Rücksicht nehmen müssen, kommt nichts von einem Eigenthume vor; sondern man folgert es nur aus den Rechten, die nach dem Zeugniß des Dionysius, den Vätern vom Romulus gegeben worden sind. Allein Gesetze, welche einem Menschen Rechte über Andere geben, die wider der letztern ihre natürliche Freyheit sind, können und müssen nur von solchen Rechten verstanden werden, welche deutlich ausgedrückt sind, und man darf nicht noch andere daraus folgern. Seltsam ist es, daß man, wenn einem gewisse Rechte auf eine Person, die eine Aehnlichkeit mit dem Eigenthumsrechte haben, gegeben worden, aus diesen Rechten zusammen ein Eigenthum, und nun, weil kein Eigenthum in Ansehung eines Menschen statt findet, aus dem Menschen eine Sache machen will. Auf diese Art aber haben die Rechtsgelehrten mit den römischen Kindern

und tit. 22. §. 14. CICERO Topic. c. 3. und c. 4. TACITVS in annal. Lib. 4. c. 16. In manu esse, heißt eines andern Gewalt, eines andern Willen unterworfen seyn. GELLIVS in Noct. Attic. lib. 18. c. 6. setzt zu dem Worte, manus, noch mancipium. Hieraus will HEINECCIVS ant. rom. lib. 1. tit. 10. §. 6. ein dominium iuris Quiritarium folgern. Allein es ist dieses eine irrige Folge; denn erstens findet man in der Beschreibung der ehelichen Gewalt, dieses Wort mancipium, nur allein beym Gellius; und zweytens, hat derselbe es auch nicht, in der eigentlichen Bedeutung genommen, und nehmen können, indem eine Frau niemals zu den rebus mancipi ist gerechnet worden.

h) de SELCHOW Ius publ. anteiust. §. 497. edit. sec.

Kindern gespielt, und wie mir dünkt, Geschichte und Absicht der Gesetzgebung gänzlich vernachlässigt. Zwar könnte man einwenden, daß man hier kein Gesetz vor sich habe, sondern einen Schriftsteller, welcher blos erzählet, was für Rechte durch gewisse Gesetze eingeführt worden. Allein dieser Einwurf will nichts sagen; denn, da wir das Gesetz selbst nicht haben, so müssen wir, wenn der Schriftsteller so glaubwürdig ist, wie Dionysius, annehmen, daß dasjenige, was er erzählt, des Gesetzes Inhalt gewesen sey. Ueberdieß aber versteht man die Rechte selbst, nicht mit den Bestimmungen, welche ihnen doch, den Umständen nach, gegeben werden müssen, wie wir nachher hören werden.

2) Dionysius kommt, nach der Erzählung von der Einrichtung des Staats, darauf, wie Romulus den Staat zu vergrößern, und mit mehrern Bürgern zu verstärken bedacht gewesen sey. Hier erwähnt er vor allen Dingen des Gesetzes von der verbotenen Wegwerfung der neu gebohrnen Kinder; sodann der aufgerichteten Freystätte; und endlich der klugen Weise, die er gegen seine überwundenen Feinde gebraucht habe. Nach diesem kommt er auf die Hauptabhandlung der vornehmsten Gesetze des Romulus, wodurch er das Wohl seines Staats zu befestigen, und auf die drey Stützen, die Gewogenheit der Götter, der Bürger Tapferkeit, und ihren ehrbaren und gerechten Lebenswandel zu gründen gesucht habe. In der letzten Classe der Gesetze nun, die auf der einzelnen Bürger ehrbaren und gerechten Lebenswandel gerichtet waren, beschreibt er, nach den Gesetzen vom Ehestande, die Gesetze von der väterlichen Gewalt, oder wie Dionysius gleich anfangs sich ausdrückt, von den Pflichten der Kinder gegen ihre Aeltern. Gab also Romulus den Vätern eine große Gewalt über ihre Kinder, so geschahe es in der Absicht, um dadurch den Gehorsam der Kinder gegen ihre Aeltern zu befestigen, und die Hausväter, durch das ihnen dadurch zu erkennen gegebene Zutrauen, zu einem gerechten und gutem Lebenswandel aufzumuntern. Die Absicht also, die er hatte, erforderte gar nicht, den Vätern ein Eigenthum über ihre Kinder zu

geben, und diese in Sachen zu verwandeln. In der That wollte er auch den Vätern keine neuen Rechte geben; sondern nur die lassen, welche sie vorher, da sie gleichsam im natürlichen Zustande gelebt, über ihre Kinder ausgeübt hatten, damit es nicht scheinen sollte, als wenn sie etwas durch ihre Veränderung verloren hätten. Vorher aber, da sie noch in einer gewissen Wildniß lebten, übten sie die Rechte über ihre Kinder aus, die das Naturrecht giebt; jedoch kann man sich nicht vorstellen, daß sie die Gränzen derselben nicht so genau beobachtet haben, da Niemand vorhanden war, der sie anhielt, sich um die Gränzen, welche selbst die Natur anweißt, zu bekümmern. Demohngeachtet aber findet man nicht die geringste Spur, daß die verschiednen Menschen, aus welchen der neu errichtete römische Staat bestand, eine Art des Eigenthums über ihre Kinder ausgeübt, oder solche als Sachen angesehen hätten.

3) Stunden ja die Kinder mit dem Vater in einer gewissen Gemeinschaft der Güter, gleichwie auch die Mutter [i]), und eben wegen dieses Eigenthums beerbten sie mit ihrer Mutter den Vater, wenn sie nicht bey seinem Leben aus der väterlichen Gewalt losgegeben worden waren. Man kann nicht einmal sagen, daß den Kindern das Eigenthum der Erbschaftssachen nach des Vaters Tode angefallen sey; sondern sie setzten nur das Eigenthum, welches ihnen vorher zustund, fort. So sagt Justinian §. 2. Inst. de hered. qualit. et differ. — *sui* quidem heredes ideo appellantur, quia domestici heredes sunt, et viuo quoque patre quodammodo *domini* existimantur; und §. fin. eod. drückt er sich so aus: veteres enim heredes pro *dominis* appellant. Damit stimmt Festvs Pag. 272 überein, welcher schreibt: heres apud antiquos pro domino ponebatur. In den Gesetzen der zwölf Tafeln, und

i) Dion. Halic. Pag. 95. Gebauer Diss. I. c. 2. §. 10. de Selchow l. c. §. 502.

und zwar auf der fünften Tafel hieß es: aſt SInteſtato moritur, cui ſVs heres nec eſcit, agnatus proximus familiam habeto. Bey dieſer Stelle der Geſetze der zwölf Tafeln bemerkt Gothofredus ganz recht, daß die Verfaſſer der Geſetze die heredes ſuos, wohin die Kinder vom Hauſe gehörten, eben wegen des ihnen zuſtehenden Eigenthums, nicht zur Erbſchaft berufen hätten. Deutlich drückt ſich auch hierüber Paulus in der L. 11. D. de lib. et poſt. hered. inſt. auf folgende Art aus: in ſuis heredibus euidentius apparet, continuationem domini eo rem perducere, vt nulla videatur hereditas fuiſſe: quaſi olim hi domini eſſent, qui etiam viuo patre quodammodo domini exiſtimantur. Hätte der Vater ein Eigenthum über ſeine Kinder gehabt; wären ſie Sachen geweſen; ſo hätten ſie in keiner ſolchen Art der Gemeinſchaft mit dem Vater leben, ſie hätten nicht Miteigenthümer des väterlichen Vermögens ſeyn können.

4) Hierzu kommt, daß die Kinder nirgends zu den Mancipiſchen Sachen gerechnet werden; auch Ulpian ſelbſt thut dieſes an dem Orte nicht, wo er ausführlich von dieſen Sachen redet, nämlich Tit. 19. §. 1. Man könnte zwar dagegen, wie Bynkershöck gethan hat, einwenden, daß dieſes deswegen von ihm nicht geſchehen ſey, weil zu ſeiner Zeit der Verkauf der Kinder nicht mehr vorgekommen. Allein dieſer Einwurf will nichts ſagen; denn nicht nur Ulpian ſagt nichts davon, ſondern es geſchieht auch von noch ältern Rechtsgelehrten nicht. Zwar könnte man, um dieſem vorzubeugen, ſich darauf berufen, daß, wenn ein Vater ſein Kind aus der väterlichen Gewalt losgegeben habe, dieſes vermittelſt eines dreymaligen Verkaufs geſchehen, und daß eben daher, weil dieſes eine Mancipation geweſen, die nur bey rebus mancipi vorgekommen, dieſe Losgebung aus der väterlichen Gewalt, die Emancipation genennt worden ſey. Allein hier macht man aus einem Kinderſpiel eine große Sache, und zieht ſolche Folgen daraus, wovon ſchwerlich ein kluger Römer jemals geträumt hat. Zu Romulus Zeiten, und lange nachher, hat man

aller Vermuthung nach, nichts von einer Emancipation gewußt [k]). Die Väter werden ihre väterliche Gewalt, die so lange, als sie lebten, dauerte, nicht aufgegeben haben, wenn sie wegen gewisser Umstände, durch einen dreymaligen Verkauf, worauf wir bald kommen werden, sich dieselbe zu entziehen, nicht genöthigt gewesen sind. Einige glauben zwar, daß Numa Pompilius eine mit Einwilligung des Vaters geschlossene Heyrath, als eine Art, die väterliche Gewalt aufzuheben, eingeführt habe; allein es ist diese Meynung irrig, indem nach der Verordnung des Numa, dem Vater in einem solchen Fall blos das Recht, sein Kind zu verkaufen, nicht mehr zustehen sollte. In den Gesetzen der zwölf Tafeln finden wir auch nichts hiervon, sondern es heißt, wie ohngefähr in des Romulus Gesetzen, es solle das Kind frey seyn vom Vater, wenn er es verkaufe. Erst in den nachfolgenden Zeiten, als die Patricier die Proceßformeln (actiones legis), und die so genannten feyerlichen Handlungen (actus legitimi) einführten, um dadurch die Plebejer von sich abhängig zu machen, künstelten sie auch die Emancipation, und bey derselben den dreyfachen Verkauf und eine erdichtete Knechtschaft heraus. Daß sie hierauf fielen, war ganz natürlich, weil nach den Gesetzen des Romulus das Kind von der väterlichen Gewalt frey wurde, wenn es wirklich dreymal verkauft worden war. Sie wollten nun auch eine andere, aber doch den Gesetzen und Gewohnheiten gewissermaßen gemäße Art der Losgebung aus der väterlichen Gewalt einführen. Es war also in der That ein Spielwerk, woraus man folglich auf die Rechte und die Beschaffenheit der Kinder keinen Schluß machen kann.

5) Steht dieser Lieblingsmeynung des Bynkershoek und Heineccius offenbar entgegen, daß die Kinder als freye Menschen angesehen wurden; das Characteristische der Scla-

k) Wolfg. Paul Burgermeisters von Dreyßau Anleitung, zu einer gründlichen Gelahrheit in den in Teutschland hergebrachten Rechten zu gelangen, S. 351.

Sclaverey bestund aber darin, daß einer des andern Herrschaft und Eigenthum unterworfen war. Daß die Kinder unter der Herrschaft der Väter gestanden haben, bezweifelt kein Mensch; hätten die Väter aber zugleich auch ein Eigenthum über sie gehabt, so wären sie Sclaven und keine freye Menschen, folglich auch Sachen und keine Personen gewesen. Wenn wir also beweisen, daß die Kinder als freye Menschen angesehen worden sind, so muß auch das Hirngespinnste des Eigenthums der Väter über ihre Kinder wegfallen. Jenen Beweis giebt uns Plutarch im Leben des Numa, wo es heißt: laudatur enim legis correctio ab eo facta, qua patri ius filiorum vendendorum conceditur. Ei enim exemit maritos, qui patrum voluntate et iussu vxores duxissent: indignum ratus, mulierem, quae libero nupsisset, cogi, vt cum feruo viueret. Nachdem Plutarch in dem Leben des Numa Pompilius das Gesetz desselben, daß ein Vater seinen Sohn nicht mehr solle verkaufen können, wenn er ihn habe heyrathen lassen, angeführt hat; so führt er bey seinem Lobe, das er deshalb diesem römischen Könige giebt, unter andern mit an, daß derselbe für unanständig gehalten habe, daß eine Weibsperson, die einen freyen Menschen geheyrathet, mit einem Knechte leben solle. Offenbar spricht also Plutarch den Kindern die Freyheit zu. Mit dem Plutarch stimmt gewissermaßen Ulpian überein, wenn er in der L. 1. §. 7. D. de R. V. so sagt: per hanc actionem (er versteht die rei vindicationem) *liberae personae*, quae sunt sui iuris, vtpote *liberi*, qui sunt in potestate, non petuntur. Auch Paulus unterstützt unsere Meynung, wenn er in der L. 225. D. de V. S. sich so ausdrückt: *potestatis verbo plura significantur:* in persona magistratuum *imperium:* in persona liberorum *patria potestas:* in persona serui *dominium.*

Endlich 6) kann man auch keine Gründe für diese Meynung aus den Rechten selbst nehmen, welche damals

die väterliche Gewalt in sich faßte, welche also einzeln angeführt werden müssen.

Auf diese Gründe antwortet der Herr HR. Glück, S. 204 Folgendes: Nach dem ältern römischen Rechte war die väterliche Gewalt ein alleiniges Vorrecht des römischen Hausvaters [l]). Die Hausmutter hatte keinen Antheil daran [m]); denn da der Paterfamilias als das Haupt der Familie angesehen wurde, dessen Herrschaft alle zur Familie gehörige Personen unterworfen waren, so schien es unschicklich zu seyn, der Mutter einen Antheil an der väterlichen Gewalt zu verstatten, da sie selbst durch die Ehe in eine so strenge Gewalt des Mannes gekommen war, daß sie im Verhältniß gegen den Hausvater nur als Tochter des Hauses betrachtet wurde [n]). Diese väterliche Gewalt war nun anfangs nach der Verfügung des Romulus beynahe von gränzenlosem Umfange. Der Vater hatte nicht nur die häusliche Gerichtsbarkeit über seine Kinder, und konnte so gar ein Recht über Leben und Tod derselben ausüben, weshalb mit Recht die väterliche Gewalt eine maiestas patria von den Alten [o]) genennt wurde; sondern auch ein völliges Eigenthumsrecht stund dem Vater über die Person und das Vermögen zu; denn er konnte die Kinder verkaufen, ja den Sohn dreymal verkaufen, weil er das erste und zweytemal wieder in die väterliche Gewalt zurückfiel, wenn ihn der Käufer frey ließ [p]). Ich weiß zwar wohl, daß dieses unter den neuern Rechtsgelehrten controvers ist. Gebauer und mehrere [q]) leugnen, daß die väterliche

l) §. 2. Inst. de patr. potest. et a COSTA ad h. l.
m) VLPIAN. Fragm. VIII, 8. L. 5. C. de adopt.
n) CAII Instit. Lib. II. tit. 8. pr. VLPIAN. Fragm. XXII, 14.
o) VAL. MAXIM. Lib. VII. c. 7. ex 5. LIVIVS Lib. IV. c. 45.
p) DION. HALIC. Lib. II. n. 73. Pag. 97.
q) GEBAVER Diss. I. de patr. pot. c. 2. IENSEN Diss. de patr. pot. etc (S. 417). GÜNTHER D. de patria ver. Roman. potest. ex iure dominii non repetenda, Lips. 1786. Eichmann, Thl. 3. S. 81.

terliche Gewalt nach römischem Rechte ein Eigenthum gewesen sey. Hingegen stimmen andere [r]) mit mir überein, und diese Meynung gründet sich sowohl auf das deutliche Zeugniß des Dionysius [s]), welcher schreibt: apud Romanos filiis nullae sunt possessiones propriae viuis parentibus; sed licet patribus et pecuniis filiorum et corporibus facere, quod lubet; und des Lactantius [t]), als auch darauf, daß Ulpian in der L. 195. §. 2. D. de verb. signif. dem Hausvater überhaupt ein Eigenthum zuschreibt; die Kinder ferner in einem Gesetz der zwölf Tafeln res genennt werden [u]), und ihre Entlassung aus der väterlichen Gewalt ritu mancipationis interueniente geschehen mußte. Nun war ja mancipatio nach der Erklärung Ulpians alienatio rerum mancipi. Ueber alle dem aber waren ja auch die Würkungen des Eigenthums unverkennbar vorhanden. Es gehörte nämlich dem Vater alles, was die Kinder während der väterlichen Gewalt erworben [x]), und sie hatten so wenig als die Sclaven ein Eigenthum. Der Vater konnte das Kind, wenn es durch unerlaubte Handlungen Jemandem Schaden anrichtete, noxae dare, das heißt, er konnte solches dem Beleidigten zum Schadenersatze überlassen [y]); er konnte auch, wenn ein anderer das Kind bey sich hatte, und es dem Vater vorenthielt, dasselbe iure Quiritium vindiciren [z]); oder das interdictum de liberis exhibendis anstellen,

r) Bynckersh. l. c. c. 1. Robert. Diss. cit. (S. 417); Ebenderselbe in der klein. juristl. Abh. Nr. 2.

s) Dion. Halic. Lib. VIII. n. 403. Pag. 546. in fin. edit. Sylb.

t) Lactant. Instit. diuin. IV, 3.

u) Vlpian. Fragm. XI, 14. Iac. Gothofr. ad XII. tab. ad tab. 5.

x) §. 1. Instit. per quas pers.

y) §. 7. Inst. de noxal. action.

z) L. 1. §. 2. D. de rei vindicat. et Noodt ad h. l. in Comment. ad Dig. tit. de rei vind. Tom. II. Oper. Pag. 192.

welches nach dem Ausspruch des Paulus in der L. 2. §. 2. D. de interd. gleichfalls ein Eigenthum voraus setzte; proprietatis causam continet, wie er sagt. Durch die Gesetze der zwölf Tafeln, und die Aussprüche der römischen Rechtsgelehrten, wurden dieser väterlichen Gewalt sogar Würkungen beygelegt, die sich noch nach des Vaters Tode äußerten. Dahin gehört das Recht des Vaters, seinen unmündigen Kindern einen Vormund im Testament zu bestellen, und ihnen pupillariter zu substituiren, das heißt, einen Erben ihres Vermögens zu ernennen, wenn sie in der Unmündigkeit sterben sollten [a]).

Der Herr GTR. Höpfner schreibt S. 105 seines Commentars: Noch muß ich anmerken, daß die Frage: ob die väterliche Gewalt nach römischem Rechte ein Eigenthum gewesen sey, controvers ist. Bynkershöck behauptete es; hingegen Gebauer glaubt, daß der Vater nichts weiter, als magistratus domesticus gewesen sey, und potestatem iudiciariam gehabt habe. Für Gebauers Meynung streitet L. 215. D. de verb. signif. wo es heißt: *potestatis* verbo plura significantur; in persona magistratuum *imperium;* in persona liberorum *patria potestas;* in persona serui *dominium.* Die väterliche Gewalt wird also vom Eigenthum unterschieden. Allein auf der andern Seite lassen sich doch auch die Rechte eines römischen Vaters nicht alle aus einer häuslichen Gerichtsbarkeit herleiten. Der Vater hatte z. B. das Recht, die Kinder zu verkaufen; dieß kann in der Maaße, wie es dem Vater zustand, nicht wohl als ein Ausfluß der Jurisdiction angesehen werden. Auch sagt L. 2. §. 2. D. de interd. — interdictum de liberis exhibendis *proprietatis causam* continet; es setze ein Eigenthum voraus. Also müssen die Kinder wirklich als eine Art von Eigenthum angesehen wor-

a) Ge. Sam. Madihn vicissit. substitut. impub. complexa, Hal. 1769. §. 8. sqq.

worden seyn [b]). Ich glaube daher, daß die Wahrheit in der Mitte liege, und daß die väterliche Gewalt zwar kein wirkliches, förmliches Eigenthumsrecht, aber doch mehr als eine häusliche Jurisdiction, daß sie ein dem Eigenthum sehr nahe kommendes Recht (ius dominio proximum) gewesen sey. Eben daher kommt es denn auch wohl, daß die Kinder, welche noch in der väterlichen Gewalt sind, *sui liberi* heißen, welchen technischen Ausdruck man hier beyzubehalten hat.

Weil sich bey der Anwendung des Satzes: daß der Hausvater (paterfamilias) alles für sein Eigenthum halten könne, was seine Frau, seine Kinder, und Sclaven, an Gütern und Sachen auf irgend eine Weise erworben hätten, große Unbequemlichkeiten äußerten, so mußte man mit der Zeit mildere Grundsätze aufstellen, und dieses hat die Einführung des so genannten Peculiums veranlaßt. Der Hausvater übergab nämlich bisweilen seinem Sohne oder seinen Sclaven, eine Summe Geld, oder eine Sache, womit er wirthschaften und etwas verdienen solle, daran der Hausvater aber das volle Eigenthum behielt. Ein solches Vermögen nun, welches eine Person, die unter der Gewalt des Hausvaters stand, von den Gütern desselben abgesondert, besaß und verwaltete, hieß peculium, ein abgesondertes Gut. Dionysius Gothofredus hält dieses Wort für ein ursprünglich gallisches Wort; Alteserra für ein celtisches; Menagius hingegen für ein lateinisches. Aller Wahrscheinlichkeit nach kommt das Wort von *pecus* her, weil das Vermögen der Römer anfangs hauptsächlich in Vieh bestand. Daher heißt es beym Isidorus: *peculium* a *pecudibus* dictum est, in quibus constabat vniuersa veterum substantia, und Festus sagt: *peculium* seruorum a *pecore* dictum est, vt *pecunia* patrum

b) Was Hr. P. Jensen in seiner sonst sehr empfehlungswerthen Schrift de patria potestate etc. S. 49. gegen dieses Argument einwendet, hat mich noch nicht völlig überzeugt.

trum familiae [c]). In einer andern Bedeutung kommt dieses Wort in der L. 79. §. 1. D. de legat. III. vor, wo es heißt: *peculium* est, quod praesidii causſa seponitur, folglich hieß es hier eben das, was wir im Teutschen einen **Nothpfennig** nennen, und in diesem Verstande kann selbst der Hausvater ein Peculium haben [d]). Das Wort wird zwar verschieden gebraucht [e]), und **Ulpian** z. B. versteht in der L. 5. §. 3. D. de pecul. pusilla pecunia, patrimonium pusillum darunter, wodurch hauptsächlich die ursprüngliche Beschaffenheit desselben angedeutet wird, weil der Hausvater seinen Kindern oder Sclaven gewiß nur wenig zu dieser Absicht übergab; in der eigentlichen Bedeutung werden aber doch immer Güter dadurch angezeigt, welche der Hausvater Personen zur Verwaltung übergeben, die in seiner Gewalt stehen, der Ehefrau, Kindern und Sclaven. Ein Hausvater hatte nach der L. 182. D. de verb. signif. kein peculium; auch emancipirte Kinder nicht, wie die L. vlt. §. 2. C. de inoff. testam. beweißt.

Was die ursprüngliche Beschaffenheit dieses den Kindern vom Hause übergebenen Peculiums betrifft, so hatte das Kind blos die Verwaltung desselben, und vermöge derselben war es zwar befugt, mit andern Personen Verträge darüber einzugehen, woraus die Klage wider den Vater entstand, welche actio de peculio hieß; das Recht dieses Peculiums zu verschenken, hatte also das Kind nicht, es müßte denn der Vater seine Bewilligung dazu gegeben haben [f]). Weil der Vater als Eigenthümer des Peculiums betrachtet wurde, dem eben deswegen aller Gewinn davon gehörte, so konnte er auch das Peculium dem Kinde nach Gefallen wieder

c) Isidori Origin. V, 25. Varro de lingua lat. lib. 4. Pag. 25. Menagius in Amoen. c. 39.

d) Averan. Interpr. Lib. II, c. 28. n. 16. Crell Obs. de peculio personarum sui iuris, Viteb. 1751.

e) Brissonius de verb. signif. voc. pecul.

f) L. 7. pr. et §. 2. D. de donat.

wieder nehmen, und solches mit seinem übrigen Vermögen vereinigen, oder es einem Andern überlassen g). Uebrigens wird dieses Peculium in einigen Gesetzen, quasi et veluti patrimonium genennt, z. B. in der L. 32. pr. L. 39. L. 47. D. de pecul. §. 10. Inst. de act.; in andern, z. B. in der L. 20. §. 10. D. de hered. petit. in der L. 56. D. de rei vind. heißt es: vniuersitas. Es setzten auch die Römer dem peculium das Wort bona entgegen, weil ein Sclave zwar ein peculium haben, aber keine bona besitzen konnte h). Die ausführliche Erklärung der Lehre vom Peculium kommt in der Folge vor.

§. 135.

Wenn man die Wichtigkeit der Grundsätze von der alten römischen väterlichen Gewalt, nach ihrem ganzen Umfange kennen lernen will, muß man die einzelnen Rechte betrachten, welche damit verbunden gewesen. Unter diese Rechte gehörte nun

I. das Recht über Leben und Tod der Kinder. Ueber die Frage: wie das Gesetz des Romulus wegen dieses Rechts sich erhalten habe, ist zwischen dem Noodt und Bynkershöck ein bekannter Streit gewesen. Ersterer handelte diese Frage in der Schrift ab: Iulius Paulus, siue de partus expositione et nece apud veteres i), worauf Bynkershöck in der Abhandlung de iure occidendi etc. handelte (S. 416). Noodt antwortete ihm in seiner amica responsione, welche im 1sten Theile seiner Werke S. 595 eingedruckt steht. Bynkershöck suchte ihn in der Schrift, die er curae secundae de iure occidendi et exponendi liberos überschrieb, zu widerlegen. Dieses Recht des Vaters über Leben und Tod seiner Kinder zu entscheiden, kann man dem ersten Anscheine nach für

g) L. 4. pr. D. de pecul. §. 1. Inst. per quas pers.
h) L. 182. D. de verb. signif.
i) Noodt Opera, Tom. I. Pag. 565.

für ein sehr hartes Recht halten [k]); es war es aber in der That nicht, schreibt Herr RR. Eichmann; denn es bestand blos in dem Befugniß des Vaters über die Handlungen der Kinder, als Richter in seinem Hause zu urtheilen, und sie nach Beschaffenheit der That sogar am Leben zu bestrafen. Also nicht nach Willkühr, wie Bynkershöck an mehrern Orten der angeführten Schrift behauptet, konnte der Vater seine Kinder tödten, nicht wie unvernünftige Thiere konnte er sie umbringen lassen; sondern er war eigentlich nur berechtigt, sie mit Beobachtung einer gewissen Ordnung, wozu jeder Richter verbunden ist, zu strafen; ja ihnen sogar den Tod als eine Strafe zuzuerkennen. Daß dieses die Absicht des Romulus bey den Gesetzen gewesen sey, worin er dem Vater das Recht über Leben und Tod seiner Kinder ertheilte, sehen wir aus folgenden Umständen, und zwar

α) aus der wahrscheinlichen Veranlassung und dem Grunde dieses Gesetzes. Der Vater, wenn er keine Obrigkeit über sich hat, ist selbst die höchste Obrigkeit im Hause; er kann also seine Kinder bestrafen. Ein solches Recht mochten diejenigen, welche den römischen Staat gründeten, vorher auch ausgeübt haben, und zwar ohne Einschränkung. Romulus hätte nun zwar, als höchste Obrigkeit im Staat, dieses Recht der Väter genau bestimmen können; er fand aber rathsam, seinen der Freyheit gewohnten Römern dasselbe vollkommen und uneingeschränkt zu lassen, um dadurch den Gehorsam und die Ehrfurcht der Kinder gegen ihre Aeltern ungeschwächt zu erhalten; er fand es auch den Umständen gemäß, weil nicht gleich von ihm eine solche Einrichtung des Gerichtswesens gemacht werden konnte, die sich auf das erstreckte, was in eines Jeden Hause vorgieng.

Er

k) Bynckersh. l. c. c. 2. Solorzanvs de crimine parricidii II, 7. 8. 9. in Otton. Thes. Tom. V. Dion. Halic. II, 27. 28. Valer. Max. V, 8. Gell. Noct. Attic. V, 19. L. 11. D. de lib. et post. L. f. C. de patr. potest.

Er glaubte übrigens, daß die natürliche Liebe aller vernünftigen Aeltern gegen ihre Kinder ihm Bürge sey, daß die Aeltern keinen Misbrauch von diesem ihnen überlassenen Recht machen würde.

β) Erklärt sich auch Dionysius, auf dessen Nachrichten wir vorzüglich unsere Kenntnisse von dieser Sache gründen müssen, über dieses Gesetz so, daß wir es nicht anders verstehen können. Er hält die Gesetze des Romulus gegen die der Griechen, und ziehet jene, also seine vaterländischen Gesetze, diesen weit vor. Die griechischen Gesetzgeber, sagt er, hätten den Vätern bey Bestrafung ihrer ungehorsamen Kinder, eine viel zu geringe Gewalt gegeben, welche nicht hinreichend gewesen sey, der Jugend wilde Sitten und rohe Denkungsart zu verbessern. Die Väter hätten blos die Kinder verstoßen und enterben können. Hingegen Romulus habe den Vätern alle Gewalt gegeben, die Kinder nicht blos aus dem Hause zu verstoßen, sondern auch mit Peitschen, mit knechtischen Arbeiten, ja so gar mit dem Tode zu bestrafen. Wie also Bynkershöck und andere, bey dieser Nachricht des Dionysius, darauf haben fallen können, zu behaupten, daß Romulus dem Vater habe ein Recht geben wollen, die Kinder nach Gefallen, ohne alle Strafwürdigkeit, und so wie unvernünftige Thiere, umbringen zu können, läßt sich nicht begreifen; denn Dionysius redet von keinem andern Rechte des Vaters über Leben und Tod der Kinder, als welches in Bestrafung strafbarer Kinder bestanden hat. Es scheint also auch jener Alexandrinische Philosoph des 4ten Jahrhunderts, Sopater, die wahre Meynung und Absicht dieses Gesetzes des Romulus eingesehen zu haben [1]), wenn er sagt: licuit ipsi, cum pater esset, filios interficere: nempe si quid peccatum esset. Nam lex id ipsi permisit, ideo quia credidit integrum iudicem fore. Bynkershöck tadelt ihn daher ohne Grund.

γ) Un-

1) Grotius de iure B. et P. Lib. II. c. 5. § 28.

γ) Unterstützen auch römische Schriftsteller die Erklärung des Dionysius dadurch, daß sie den Vater den häuslichen Richter, die häusliche Obrigkeit, den Censor der Kinder [m]), und die väterliche Gewalt die väterliche Majestät nennen [n]). Alle diese Namen und Benennungen würden in der That viel zu milde seyn, wenn von dem Romulus einem Vater das Recht ertheilt war, seine Kinder nach Gefallen, als ihr Eigenthümer, so wie seine andern Sachen und unvernünftigen Thiere, und nicht als ihr Richter zu schlagen, zu peitschen, in Fesseln und Banden zu legen und zu ermorden. Bynkershöck cap. 3. will zwar in diesen Ausdrücken gar nichts finden, was einige Aufmerksamkeit verdiente; allein er ist bey seiner Erklärung hierüber wahrhaftig kein Bynkershöck [o]). Alsdenn würde er mehrere Aufmerksamkeit verdienen, wenn er z. B. gezeigt hätte, daß Majestät auch einem Herrn in Ansehung seiner Knechte sey beygelegt worden; wenigstens würden wir uns derselben zu Unterstützung unserer Meynung nicht haben bedienen können. Allein diejenigen, welche einen vertrauten Umgang mit den römischen Schriftstellern haben, können sich dieses nicht erinnern [p]). Hierzu kommen nun

δ) nicht nur die vielen Beyspiele, wo die Väter dieses Recht auf die Art ausgeübt haben, daß sie eine gewisse Untersuchung angestellt, und dabey sich des Rathes verschiedner

m) Seneca Contr. II. contr. 3. Idem de benef. III, 11. Sveton. Claud. 16.

n) Valer. Max. VII, 7. 3. Vermuthlich legt sie Valerius den Vätern in dem Verstande bey, in welchem sie dem Dictator beym Livius lib. 22. c. 29., dem Consul bey ebendemselben lib. 20. c. 42. dem Prätor in der Lex 11. D. de iust. et iure, den iudicibus beym Cicero in der Rede pro Sext. Roscio c. 19. zugeschrieben wird.

o) Gebauer Diss. I. c. 2. §. 9.

p) Auch Gebauer versichert dieses a. a. O.

schiedner Freunde und Verwandten bedient haben q); sondern auch, daß, wie Bynkershöck selbst zugestehen muß, kein Beyspiel gefunden werden kann, wo die Väter ohne Unterschied und aus bloßem Muthwillen ihre Kinder ums Leben gebracht hätten. Endlich

ε) kann man auch unserer Meynung nicht entgegen setzen, daß, da Romulus dem Gesetze vom Rechte des Vaters über Leben und Tod der Kinder keine genauen Gränzen gesetzt, jener nicht habe gestraft werden können, wenn er den Sinn des Gesetzes überschritten hätte. Wahr ist es zwar, daß ein Vater würde ungestraft geblieben seyn, wenn er den wahren Sinn des Gesetzes überschritten hätte, weil Romulus hierauf keine Strafe gesetzt, sondern geglaubt hatte, daß die natürliche Liebe der Väter zu ihren Kindern die erstern abhalten würde, gegen die letztern die ihnen gestattete Gewalt zu misbrauchen. Allein daraus folgt noch nicht, daß sie auch ein Recht gehabt haben, ihre Kinder nach Willkühr zu tödten; denn die Ueberschreitung der Gränzen eines Rechts zieht keine Strafe nach sich, wenn nicht diese mit jener verbunden ist. Es verhält sich hier bald so, wie mit der bürgerlichen Herrschaft, die ein Landesherr hat. Diese gehet auch so weit, daß letzterer seine Bürger am Leben bestrafen kann; misbraucht er nun aber die in seiner Herrschaft liegende Gewalt, so wird er deshalb nicht gleich gestraft, und seines Thrones entsetzt. Und wenn er auch mehrmal die Gränzen seiner Herrschaft dadurch, daß er einige seiner Unterthanen unrechtmäßiger Weise hat umbringen lassen, sollte ungeahndet überschritten haben, so bleibt er doch blos ein Regent, und ist kein Eigenthümer seiner Unterthanen. Daher wandeln diejenigen Rechtsgelehrten offenbar in der Finsterniß, die aus dem Grunde, weil der Vater, wenn er seine Kinder nach seinem

q) Wir finden dergleichen beym Valer. Maximus Lib. 7. c. 8. n. 2. Livius Lib. 2. c. 21. und Gebauer hat §. 5. viele andere angeführt.

nem Willkühr hätte umbringen lassen, nicht würde gestraft worden seyn, ihn zu einem Eigenthümer seiner Kinder machen wollen. Wir haben also noch keine Ursache, von der Meynung abzugehen, daß ein römischer Vater zwar eine Herrschaft, aber kein Eigenthum über seine Kinder gehabt habe.

Auch diejenigen Rechtsgelehrten sind auf einem Irrwege, welche behaupten, daß das Recht des Vaters über Leben und Tod der Kinder, die Befugniß, die neugebohrnen Kinder auszusetzen, oder wohl gar zu tödten, begriffen, und daß diese Befugniß zu den Rechten der väterlichen Gewalt gehört habe. Zur Erläuterung dieses Rechts ist zu bemerken: daß nach einem Gesetz des Romulus die Aeltern angewiesen wurden, ihre Kinder männlichen Geschlechts schlechterdings, und von denen weiblichen Geschlechts die erstgebohrnen zu erziehen; kein Kind aber, ohne Unterschied des Geschlechts, welches noch nicht drey Jahr wäre, von ihnen umgebracht oder ausgesetzt werden dürfe; ausgenommen, wenn die Kinder Misgeburten, oder mit einem andern merklichen Gebrechen oder Fehler behaftet seyn sollten [r]). Vermuthlich hat Romulus sein Verbot deswegen nur auf die ersten drey Jahre eingeschränkt, weil er glaubte, daß alsdenn die gewöhnlichen Liebkosungen der Kinder mehr als sein Verbot wirken würden [s]). Bynkershöck, welcher die väterliche Gewalt mit allen ihren Rechten, aus einem Eigenthum der Väter über ihre Kinder herleitet, ist nun einer von denjenigen, welche die Aussetzung und Tödtung der neu gebohrnen Kinder, für ein Recht der väterlichen Gewalt halten. Es hat ihm aber besonders das Wörtchen ἐξηγεῖν, dessen sich Dionysius bey Anführung des Gesetzes von dem Recht des Vaters über Leben und Tod der Kinder bedient, und welches nach seiner Meynung so viel als aussetzen heißt, hierzu Gelegenheit gegeben. Er sagt daher so: Romulus habe zuerst, das eben ange-

r) Dion. Halic. Pag. 88.
s) de Selchow Elem. §. 502.

angeführte Gesetz von der Aussetzung der Kinder gegeben, um durch dasselbe die Gewalt der Väter, die sie bey Entstehung des römischen Staats gehabt, einzuschränken. Weil er aber gesehen, daß bey den wilden Römern dieses Gesetz nicht vollkommen anwendbar sey, so habe er es wieder abschaffen, und in dem andern vorhergedachten die väterliche Gewalt uneingeschränkt wieder herstellen müssen, wozu nun auch das Recht, neu gebohrne Kinder auszusetzen oder zu tödten gehört habe. Allein es ist diese Meynung ganz irrig; denn

α) heißt das Wort ἐκτιθέναι nicht, aussetzen, sondern fortjagen, daher es Sylburg durch expellere, domo excludere übersetzt hat; folglich fand Bynkershöck in dem Gesetz des Romulus von der väterlichen Gewalt, etwas, das nicht darin liegt.

β) Kann es zwar seyn, daß Romulus das Gesetz von Aussetzung der Kinder, wovon Dionysius S. 88 redet, eher gegeben hat, als das, von der väterlichen Gewalt, welches Dionysius S. 96 anführt: wir haben aber hiervon keine Gewißheit. Es ist nicht glaublich, daß derselbe bey der Erzählung von den Gesetzen des Romulus die Zeitrechnung beobachtet habe, oder wie hätte er sie auch beobachten können, da er keine genauen und richtigen Annalen vor sich hatte? Und wenn auch

γ) Romulus das Gesetz von Aussetzung der Kinder zuerst, und hernach das von der väterlichen Gewalt gegeben hätte; so würde dennoch hieraus nicht geschlossen werden können, daß er durch das letztere das erstere habe aufheben wollen; denn Dionysius redet davon, als von zwey ganz verschiednen Gesetzen, die mit einander in gar keiner Verbindung gestanden haben, indem durch dieses der Gehorsam der Kinder gegen ihre Aeltern hat befestigt; durch jenes aber eine Hinderniß der Bevölkerung des Staats, die sich auf eine Gewohnheit mehrerer Völker gründete, aus dem Wege geräumt werden sollen [t]. Daher

t) W. P. Burg. von Deyzisau a. a. O. S. 38. 39.

δ) redet auch Romulus in dem Gesetz von der Aussetzung und Bestrafung der Kinder, von den Aeltern überhaupt, nicht aber blos vom Vater.

II. Ein zweytes wichtiges Recht der alten väterlichen Gewalt der Römer bestand in der Befugniß, seine Kinder dreymal zu verkaufen. Wenn nämlich der Vater sein Kind zum erstenmal verkauft hatte, und es wurde wieder freygelassen, so fiel es in seine väterliche Gewalt zurück. Hierauf konnte er es zum zweytenmal verkaufen; und wenn wieder eine Freylassung erfolgte, so war auch damit ein gleicher Rückfall in die väterliche Gewalt verbunden; und nun stund dem Vater zwar noch einmal das Recht zu, sein Kind zu verkaufen; allein wenn er sich dessen bediente, und das Kind wurde freygelassen, so erlangte er die väterliche Gewalt nicht wieder, sondern das Kind war frey davon. Auch dieses Recht gründet sich auf das Gesetz des Romulus von der väterlichen Gewalt, wie man aus dem Dionysius S. 96 sieht. Sehr viele Rechtsgelehrte glauben, daß dieses Recht ein ganz uneingeschränktes gewesen sey, und daß ein Vater seine Kinder nach seinem Gefallen habe verkaufen, und folglich einen Handel damit treiben dürfen. Allein es ist dieses eine ganz offenbar falsche Meynung, und höchst wahrscheinlich hat Romulus nur alsdenn dem Vater dieses Recht ertheilen wollen, sein Kind zu verkaufen, wenn es die Erhaltung seines Hauses, oder das Betragen des Kindes erforderte. Diese Behauptung gründet sich darauf, weil

α) Dionysius an mehr als einem Orte, dem Romulus das Lob eines vernünftigen Gesetzgebers, und zwar mit Recht, giebt. Wie konnte er aber dieses thun, wenn er ein so schändliches Gesetz gegeben hätte.

β) Sagt Dionysius, es möchte dieses Recht demjenigen, der in der Griechen ausgelassenen Sitten erzogen worden, hart und tyrannisch vorkommen, und giebt also damit zu erkennen, daß es seiner Beschaffenheit nach, nicht so gewesen sey. Gleichwohl würde es nicht nur hart und grausam scheinen, sondern in der That seyn, wenn Romulus

mulus dadurch den Vätern einen schändlichen Handel mit seinen Kindern hätte verstatten wollen.

γ) Da es bey verschiednen Völkern üblich gewesen ist, wie selbst Bynkershöck in seinen Abhandlungen über diese Materie bemerkt hat, daß die Väter ihre Kinder im Fall der Noth verkauften, um sich und ihre übrige Familie zu erhalten, so kann es seyn, daß Romulus, welcher bey seinen Verordnungen seine Bürger bey dem Glauben erhalten wollte, daß sie nichts bey ihrer neuen Einrichtung verloren hätten, ihnen gleichergestalt in dem Falle, wenn es die Umstände nothwendig machen würden, das gedachte Recht verstattet hat [u]).

δ) Findet man kein Beyspiel in der römischen Geschichte, daß die Väter einen gewinnsüchtigen Handel mit ihren Kindern getrieben haben, und doch, wenn Romulus ihnen ein solches Recht gegeben hätte, würden gewiß einige sich gefunden haben, die davon Gebrauch gemacht hätten; denn obwohl die natürliche Liebe rechtschaffne Väter abhalten muß, die Kinder aus gewinnsüchtigen Absichten zu verkaufen, so lehrt doch die Geschichte aller Jahrhunderte, daß es zuweilen solche Väter gegeben hat, welche bey der Stimme der Natur taub gewesen sind. Endlich

ε) wird unsere Meynung in Ansehung des letztern Umstandes dadurch unterstützt, daß, wie ich bereits angeführt habe, der Vater Herr in seinem Hause war, und daher auch, wie wir bald sehen werden, sein Kind, wenn es Jemanden Schaden verursacht hatte, ihm solches zur Entschädigung überlassen konnte. Da ein Vater hierzu berechtigt war, so mußte ihm auch das Recht zustehen, zum Besten des Kindes dasselbe auf einige Zeit zu verkaufen, um so viel dafür zu erhalten, daß er die Beleidigten befriedigen, und dadurch die Auslieferung des Kindes zur Entschädigung vermeiden konnte. In Ansehung des letztern Umstandes aber, nämlich, daß, um Lebensmittel zu erhalten, der Va-

u) Gebauer Diss. cit. §. 8.

ter sein Kind habe verkaufen können, werden wir selbst vom Dionysius unterstützt, welcher schreibt: licere illi ter ex filii venditione pecuniam quaerere. Man sehe hierüber sowohl, als auch warum dem Vater ein dreymaliger Verkauf erlaubt worden, Gebauern a. a. O. nach. Es konnte also ein Vater sein Kind nur alsdenn verkaufen, wenn dieses die Erhaltung der Familie verlangte, oder dasselbe Schulden gemacht hatte, und diese bezahlt werden sollten. Jedoch ist so viel gewiß, daß, wenn ein Vater dieses Recht überschritten hätte, er deshalb nicht würde gestraft worden seyn, wovon eben der Grund vorhanden war, den ich bey dem Rechte des Vaters über Leben und Tod der Kinder angeführt habe. Es fällt daher die Ursache weg, warum Gothofredus und andere annehmen, daß Dionysius von keinem wirklichen, sondern nur von einem Scheinkaufe rede. Daß diese Meynung irrig sey, hat Gebauer a. a. O. ebenfalls gezeigt. Dieses Recht des Verkaufs nun scheint vielen Rechtsgelehrten ein sicheres Kennzeichen zu seyn, daß ein Vater nicht blos eine Herrschaft, sondern auch ein Eigenthum über seine Kinder gehabt habe, und daß daher die Rechte der väterlichen Gewalt theils aus dem Eigenthum, theils aus der Herrschaft müsse hergeleitet werden. Allein ich glaube mit Grund denjenigen beypflichten zu können, welche dieses gänzlich leugnen x); denn

α) ist nach dem, was eben gesagt worden, dieses Recht nicht so beschaffen gewesen, wie man sich gemeiniglich vorstellt, nämlich ein Vater durfte sein Kind nicht etwa nach Gutdünken verkaufen.

β) Ist bey den Hebräern, bey den Teutschen, und andern Völkern üblich gewesen, daß freye Leute sich selbst als Sclaven haben verkaufen, oder auf eine andere Art sich freywillig in die Dienstbarkeit begeben können. Gleichwie nun dieses Recht, sich selbst zu verkaufen, aus einem Eigenthum

x) de Selchow l. c. §. 503. Gebauer l. c.

genthum über sich selbst nicht herrührt, indem kein Mensch ein eigentliches Eigenthum über sich hat, so hat man auch nicht nöthig, dem Vater deswegen, weil er seine Kinder hat verkaufen können, ein Eigenthum über dieselben beyzulegen; da er vielmehr als Herr im Hause ein Recht ausübte, welches das Kind selbst, wenn es nicht unter seiner Gewalt gestanden hätte, würde haben ausüben können.

γ) Wenn ein Landesherr Verbrecher, welche die Todesstrafe, oder ein immerwährendes Gefängniß verdient haben, für ein gewisses Geld Andern überläßt, um sie zu einer gewissen Absicht zu gebrauchen, so kann man deswegen noch nicht sagen, daß derselbe Eigenthumsherr von diesen Menschen gewesen sey. Es folgt also schlechterdings nicht, daß ein Vater, weil er sein Kind hat um Geld Andern überlassen können, ein Eigenthum über dieselben gehabt habe.

III. War es auch ein Recht der väterlichen Gewalt, daß die Kinder, so lange sie der väterlichen Gewalt noch unterworfen waren, nichts Eigenes besitzen konnten, sondern alles, was sie auf irgend eine Weise erwarben, der Vater als sein Eigenthum betrachtete [y]). Nach der Behauptung vieler Rechtsgelehrten soll auch dieses Recht aus dem Eigenthum des Vaters über seine Kinder geflossen seyn, und eben deswegen führen sie zur Ursache hiervon den Umstand an, weil die Kinder zu den Sachen des Vaters gehört hätten, und das, was vermittelst gewisser, Jemanden gehörenden, Sachen erworben werde, dem Eigenthümer derselben gehöre. Dieser Grund ist aber deswegen unrichtig, weil bereits gezeigt worden, daß die Kinder keine Sachen gewesen [z]). Die Ursachen, warum dem Vater dieses Recht gegeben worden, waren vielmehr folgende:

α) weil Romulus, von dem dieses Recht eingeführt worden, hierdurch den Gehorsam der Kinder gegen den Vater noch mehr befestigen wollte.

y) §. 1. Inst. per quas pers. cuique adquir.

z) de Selchow l. c. § 505. Gebauer l. c. §. 10.

β) Weil, da die Väter für die Erziehung der Kinder sorgen mußten, es billig war, daß ihnen auch das überlassen wurde, was sie auf irgend eine Weise erwarben; besonders da

γ) die Kinder so schon ein Eigenthum, jedoch ohne Ausübung, an dem väterlichen Vermögen bey Lebzeiten des Vaters hatten, und ihnen der Vater, wenn es die Umstände erforderten, gewisse Geschäfte zu schließen, etwas anvertraute; endlich

δ) wegen der genauen Verbindung, worin der Vater mit seinen Kindern stand, die für eine Person gehalten wurden, und daher dem Vater, gleichsam als der Hauptheil, das vorzüglichste Recht über das, wovon sie zusammen Eigenthümer waren, mußte gelassen werden.

IV. Gehörte auch zu den Rechten der väterlichen Gewalt, daß der Vater sein Kind vindiciren [a]), und, wenn es durch Diebstahl seiner väterlichen Gewalt entzogen worden, vermittelst der Diebstahlsklage wieder fordern konnte [b]). Auch dieses Recht des Vaters soll, nach Vieler Meynung, das Eigenthum des Vaters anzeigen, und als eine Folge desselben zu betrachten seyn. Allein man nimmt dieses ohne Grund an; denn was die Vindication anbetrifft, so hat

α) nach dem, was darüber gesagt worden, kein Vater ein Eigenthum über seine Kinder gehabt, folglich kann man auch die Vindication für keine Würkung des Eigenthums des Vaters über seine Kinder ansehen.

β) In dem Worte selbst liegt es auch schlechterdings nicht, daß man darunter ein Zurückfordern einer Sache, vermöge eines Eigenthums verstehen müsse. Diejenigen, welche dieses behaupten, sind mit dem wahren Verstande dieses Wortes nicht bekannt, indem dieses Wort oft blos nichts weiter hieß, als zurückfordern [c]). Daher kommt das Wort in verschiedner Bedeutung vor, wie die Redensarten

a) L. 1. §. 2. D. de rei vind.
b) L. 14. §. 13. L. 38. D. de furt.
c) Non. MARCELLIN. de ling. lat. lib. III.

arten beweisen: *vindicare* statum, L. 3. D. de statu defunct. *vindicare* sibi libertatem, L. 32. §. f. L. 40. D. de test. milit. *vindicare* in libertatem, L. 12. pr. D. ad exhibend. *vindicare* in ingenuitatem, L. 32. D. de liberali caus. Wenn also gleich dem Vater das Recht zugestanden worden, sein Kind zu vindiciren, so hat man ihm dadurch noch nicht ein Eigenthum desselben zugesprochen, sondern es müßten noch andere Umstände dieses beweisen.

γ) Kann man auch nicht dagegen einwenden, daß, da in der L. 1. §. 2. D. de rei vindicat. von der Vindication, die ein Eigenthum zum Grunde hat, die Rede sey, die Umstände es mit sich brächten, daß man auch die Vindication der Kinder in dieser Bedeutung nehme; denn Ulpian sagt deutlich, daß vermittelst einer solchen Vindicationsklage, freye Menschen, wohin auch Kinder, die in der väterlichen Gewalt stünden, gehörten, nicht gefordert werden könnten. Und wenn er auch gleich hierauf mit dem Pomponius annimmt, daß dem Vater eine Vindicationsklage wegen seines Kindes zustehe, so giebt er doch dadurch, daß er anführt, es müsse sich der Vater deshalb auf das Quirizische Recht berufen, zu erkennen, daß diese Vindication sich auf kein Eigenthum, sondern auf ein besonderes Gesetz gründe, und also von besonderer Art sey [d]). Die Worte des Gesetzes sind folgende: — Per hanc autem actionem *liberae* personae, quae sunt sui iuris, vtputa *liberi*, qui sunt in potestate non petuntur. (Petuntur) igitur, aut praeiudiciis, aut interdictis, aut cognitione praetoria: et ita Pomponivs lib. XXXVII. nisi forte, inquit, adiecta caussa quis vindicet. Si quis ita petit filium suum, (vel) in potestate, ex iure romano: videtur mihi et Pomponius consentire, recte eum egisse: ait enim, adiecta caussa ex lege Quiritium vindicare posse. Was die Dieb-

d) Gebauer l. c. §. 2.

stahlsklage anbetrifft, so ist bekannt, daß diese nicht blos einem Eigenthümer, sondern einem jeden andern, dem daran gelegen ist [e]), zustehe, und daher läßt sich hieraus auch nicht einmal mit einigem Schein ein Eigenthum folgern.

V. Gehörte dahin das Recht, die Kinder, wenn sie durch ein Privatverbrechen Jemandem Schaden zugefügt hatten, zur Entschädigung dem Beleidigten zu übergeben [f]); denn es würde unbillig gewesen seyn, wenn man den Vater für vollkommen verbindlich hätte halten wollen, einen durch seinen Sohn zugefügten Schaden schlechterdings zu ersetzen; gleichwohl konnte man auch nicht verlangen, daß der Beleidigte seine Entschädigung nicht suchen sollte. Daher hatte der Vater, wenn er nicht Theilnehmer des Verbrechens war, die Wahl, ob er den Schaden ersetzen, oder sein Kind dem Beleidigten zur Entschädigung geben wollte.

VI. Muß man auch dahin rechnen, daß der Vater seinen Kindern im Testament einen Vormund hatte bestellen [g]), auch ihnen auf den Fall, wenn sie in der Unmündigkeit versterben würden, einen Erben ernennen können [h]). Obwohl Einige auch sogar diese Rechte aus dem Eigenthum des Vaters über seine Kinder haben herleiten wollen, so ist jedoch diese Meynung so ungegründet, daß sie sich von selbst widerlegt.

VII. Außerdem hatte der Vater noch andere Rechte über seine Kinder, nämlich solche, die sich nach dem Naturrechte beweisen lassen, wohin z. B. das Recht gehört, daß die Kinder ohne des Vaters Bewilligung keine wichtige Handlung vornehmen durften. Verschiedene solche Rechte kommen

e) §. 13. Inst. de oblig. quae ex delict. PAVLI rec. sent. tit. 31. §. 4. BOEHMER de action. Sect. II. c. 11. §. 46. GEBAUER l. c.

f) §. 7. Inst. de noxal. act.

g) §. 3. Inst. de tutor.

h) Pr. Inst. de pupill. substit.

kommen in Gesetzen ausdrücklich vor, andere aber nicht. Daraus aber, daß einige nicht wörtlich in Gesetzen angeführt sind, folgt nicht, daß sie der Vater nicht gehabt habe; denn

α) müssen in einem Staate einem Vater alle Rechte über seine Kinder zustehen, welche aus der Vernunft erkannt werden, und folglich durch das Naturrecht begründet werden, in wie fern die positiven Gesetze dem Vater nicht ein solches Recht genommen haben.

β) Da den Römern durch besondere Gesetze so ansehnliche Rechte über ihre Kinder gegeben worden, so ist auch mit Grund zu vermuthen, daß ihnen jene natürlichen Rechte haben gelassen werden sollen.

Wir kennen also die großen Rechte, welche nach dem alten römischen Rechte die väterliche Gewalt ausmachten. Da viele derselben sich mit den mildern Sitten der Römer, welche sie in der Folge angenommen hatten, nicht vertrugen, so wurden auch die einzelnen Rechte der väterlichen Gewalt theils ganz abgeschafft, theils sehr vermindert.

I. Wurde dem Vater das Recht über Leben und Tod seiner Kinder gänzlich genommen. Wenn diese Einschränkung nach ihrem ganzen Umfange eingeführt worden, ist streitig. Der berühmte Noodt und Bynkershöck haben darüber gestritten. Jener behauptete in seinem Tractat: Iulius Paulus, der in seinen Werken, Tom. I. Pag. 565. u. f. steht, daß es erst von den Kaisern Valentinian, Valens und Gratian in der L. 8. C. ad Leg. Corn. de sicar. (IX, 16.) geschehen sey; hingegen Bynkershöck in seinem Buche de iure occidendi, vendendi et exponendi liberos apud Romanos, welches in der Hallischen Ausgabe seiner kleinen Schriften, Thl. 2. S. 105 flg. steht, behauptet, schon zu Trajans, Hadrians und Antoninus Pius Zeiten, sey dem Vater dieses Recht genommen worden. Noodt vertheidigte sich in seiner amica responsione ad difficultates Iulio Paulo motas, und Bynkershöck duplicirte in seinen curis secundis de iure occidendi et vendendi liberos. Diese beyden Abhandlungen

gen stehen in der Hallischen Ausgabe der kleinen Schriften des Bynkershöck, Thl. 2. S. 305 flgg. Der verstorbene Herr GJR. Gebauer i) zu Göttingen, hat die Gründe beyder Behauptungen sorgfältig geprüft, und der Noodtischen Meynung gewissermaßen seinen Beyfall gegeben. Er zeigt nämlich, daß die Erlaubniß, Kinder, die noch nicht drey Jahr alt waren, zu tödten, oder sie auszusetzen, die zuweilen von den Vätern gemißbraucht wurde, erst unter dem Kaiser Valentinian aufgehoben worden sey; daß hingegen das Recht, über erwachsene Kinder ein peinliches Gericht zu halten, dem Vater schon unter dem Alexander Severus nicht mehr gestattet worden sey; denn Paulus gedenkt desselben in der L. 11. in f. D. de lib. et post. nur als eines alten Rechts; und Alexander Severus verstattete in der L. 3. C. de patr. pot. den Vätern blos das Recht die Kinder zu züchtigen. Sollten aber die väterlichen Züchtigungen bey dem ungerathenen Sohne nichts fruchten, sondern zur Bestrafung und Bändigung desselben schärfere Mittel nöthig seyn, so soll das Kind der Obrigkeit übergeben, und dieser die Bestimmung einer angemessenen Strafe überlassen werden; jedoch ist auch hierbey dem Vater ein gewisses Beystimmungs- und Einwilligungsrecht vorbehalten worden, vermöge dessen er durch seine Vorstellung entweder Milderung oder Schärfung der zuerkannten Strafe bewirken konnte. Der Kaiser rescribirt folgendergestalt in dem angeführten Gesetz: si filius tuus in potestate tua est, res adquisitas tibi alienare non potuit. Quem, si pietatem patri debitam non agnoscit, *castigare iure patriae potestatis* non prohiberis; *acriori* remedio vsurus, si in pari contumacia perseuerauit, eumque Praesidi prouinciae oblaturus, dicturo sententiam, quam tu quoque volueris.

i) Gebauer Diss. II. de patr. pot. c. 2. G. W. ab Oosten de Bryn Discurs. de patr. potest. Harlem 1751. 8. Den Inhalt dieser Schrift findet man in Bachs unp. Critik, Bd. 4. S. 367.

ris. Man sieht leicht, daß in diesem Gesetz nur von einem liederlichen, verschwenderischen, ungehorsamen Sohne die Rede ist, nicht von einem, der ein öffentliches Verbrechen begangen hat. Auch ist nicht zu glauben, daß der Kaiser die Bestimmung der Strafe schlechterdings der Willkühr des Vaters habe überlassen wollen, so, daß der Präses, ohne Rücksicht auf Gesetze und den Grad des Vergehens, den Sohn habe bestrafen sollen, wie es der Vater verlangte. Diese Verordnung wäre im hohen Grade unvernünftig gewesen. Des Gesetzgebers Meynung gieng also ohne Zweifel nur dahin, der Präses solle die Sache untersuchen, und die von dem Vater verlangte Strafe, wenn er sie der Lage der Sache und den Gesetzen angemessen gefunden habe, für statthaft erkennen [k]). Erklärt man das Gesetz auf diese Art, so läßt sich gegen die heutige Anwendbarkeit desselben nichts einwenden [l]).

II. Wurde auch das Recht, die Kinder verkaufen zu können, eingeschränkt; und der dreymalige Verkauf des Sohnes bey der Emancipation, war blos eine Cerimonie, welche die Rechtsgelehrten aufgebracht haben, um Feyerlichkeiten der Emancipation einzuführen. Es kann seyn, daß man durch die Grundsätze der Stoiker von der Würde des Menschen zuerst veranlaßt wurde, den Verkauf der Kinder für unschicklich zu halten. Erst verstattete man dem Vater dieses Recht nur im Fall der Noth, und dabey blieb es bis auf Constantin, welcher blos die neu gebohrnen Kinder zu verkaufen gestattete, wenn die Aeltern in der größten Armuth wären. Dieses sieht man aus der L. 2. C. de patr. qui fil. distrax., wo solche neu gebohrne Kinder libri sanguinolenti genennt werden. Constantin erlaubte den Verkauf solcher Kinder, damit sie nicht ausgesetzt

k) Gebauer l. c. §. 3.

l) Leyser Spec. 17. med. 5. cor. 2. Brunnemann ad h. l. Schoepfer Synopf. iuris priuati, Lib. 1, tit. 6. n. 30. sqq.

setzt werden möchten [m]); seine Hauptabsicht gieng aber wohl dahin, den Verkauf der Kinder überhaupt abzuschaffen, weil sich zu solchen neu gebohrnen Kindern nicht leicht ein Käufer finden würde. Auch wegen Fiscalischer Schulden war, noch nach Constantins des Großen Zeiten, der Verkauf der Kinder erlaubt [n]). Wenn eigentlich dem Vater das Recht genommen worden, seine Kinder, außer im Nothfall, zu verkaufen, läßt sich nicht bestimmen; und nur so viel weiß man, daß der Kaiser **Diocletian** in der L. 1. C. de patr. qui fil. distr. (IV, 34.) sagt, es sey manifestissimi iuris. Der Kaiser **Justinian**, hob endlich auch die Förmlichkeit des Scheinverkaufs bey der **Emancipation** der Kinder auf [o]).

III. Das Recht des Vaters, die Kinder zur Schadloshaltung zu überlassen, ius noxae dandi, wurde, nach neuern Gesetzen, ebenfalls aufgehoben [p]). Vermuthlich ist es zu eben der Zeit untersagt worden, da das Verkaufen der Kinder nicht mehr geschehen sollte. Einige Rechtslehrer haben zwar behauptet, **Justinian** habe diese alte Gewohnheit erst aufgehoben; dawider streitet aber der Inhalt der angeführten Stelle aus den Institutionen; denn der Kaiser sagt: die Alten haben diese Ueberlassung zur Entschädigung zwar bey den Kindern vom Hause beyderley Geschlechts zugelassen; die Lebensart der neuern Zeiten hat aber diese üble Gewohnheit deutlich gemißbilligt, und so ist sie endlich ganz abgekommen. Wer sollte auch wohl zu geben, fährt der Kaiser fort, daß sein Sohn, und daß so gar seine Tochter einem Andern statt des Schadenersatzes überlassen werde, da der Vater bey dem Sohne weit mehr verliert, als dieser; bey Töchtern aber die Sorge für die Bewahrung ihrer Keuschheit dieses schlechterdings nicht gestattet.

IV. Das

m) Hvber in Digress. Lib. 2. c. 5.

n) Scip. Gentilis de bonis matern. Datt de vendi-tione liberorum in Thes. Meerm. Tom. II.

o) L. 6. C. de emancipat. liberor.

p) §. 7. Inst. de noxal. action.

IV. Das Recht, durch die Kinder zu erwerben, ist zwar durch neuere Gesetze nicht ganz aufgehoben worden; es hat aber doch sehr viel verloren durch die eingeführten verschiednen Arten der Peculien, von denen nunmehr gehandelt werden soll.

§. 136.

Was man bey dem Wort *peculium* zu denken habe, ist bereits S. 427 gezeigt worden, und daher komme ich gleich auf die verschiednen Arten desselben. Dazu gehörte

I. das peculium vxorium [q]), oder dasjenige, welches die Eheweiber hatten. So lange als nämlich die Ehen bey den Römern vermittelst der Confarreation oder Coemtion geschlossen wurden, hatte die Frau nichts Eigenes, sondern das, was sie zum Manne brachte und nachher erwarb, wurde mit den Gütern desselben vereinigt, an denen sie jedoch eine Art des Miteigenthums hatte [r]); weil sie als Tochter angesehen wurde, und folglich an dem Miteigenthum der Kinder Theil nahm. Eben deswegen gieng es auch an, daß sie mit Bewilligung des Mannes, wie seine Kinder, ein Peculium erhielt, jedoch durfte dieses weder heimlich, noch wider seinen Willen geschehen [s]). Mit diesem Peculium hatte es aber eben die Bewandniß, wie mit dem der Kinder, folglich blieb der Mann Eigenthümer der solches ausmachenden Sachen, und er konnte der Frau dasselbe nehmen, wenn er wollte. Diese Art der Peculien hörte zu der Zeit auf, da die Eingehung der Ehen durch die Confarreation oder Coemtion abgeschafft worden war; denn von dieser Zeit an verlor der Mann viele Rechte

q) Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 3. S. 120.

r) CICERO Top. IV. DION. HALIC. Lib. 2. Pag. 95.

s) Illust. RAV Diss. hist. iur. ciuil. de peculio, Lipsi. 1770. §. 5. PLAVTVS Cas. 2. v. 25. L. 51. D. de donat. int. vir. et vxor.

te an dem Vermögen seiner Frau, die er sonst gehabt hatte.

II. Gab es auch ein peculium *seruile* [t]), oder dasjenige, welches ein Sclave hatte. Weil ein römischer Herr oft eine Menge Sclaven hatte, worunter auch solche waren, welche die Handlung verstanden, so gab er diesen bisweilen eine Summe Geld oder kaufte Waaren, damit ein solcher Sclave die Handlung damit treiben sollte. Der Herr blieb Eigenthümer dieses Peculiums, wie von seinem übrigen Vermögen, und konnte es ihm nach Gefallen wieder nehmen. Der Sclave hatte blos die Verwaltung desselben, die bald eingeschränkter, bald freyer war, nachdem es dem Herrn gefiel. Damit aber der Sclave bey der Verwaltung des Peculiums desto mehr Fleiß anwenden möchte, gab ihm der Herr bisweilen die Versicherung, daß ihm von dem Gewinnst etwas gehöre, wovon er sich die Freyheit kaufen sollte. Der Sclave bekam auch monatlich etwas Bestimmtes zu seinem Unterhalte, z. B. fünf Scheffel Getreide, und fünf Denarien oder 60 As [u]). Ersparte er sich von diesem Unterhalte etwas, so konnte er diesen Rest mit Einwilligung des Herrn ebenfalls für sich behalten. Daß diese Art der Peculien der Sclaven sehr alt seyn müsse, sieht man aus dem Homer, wo derselben gedacht wird; und daher kommen auch Spuren davon in den Gesetzen der zwölf Tafeln vor [x]), weil viele Verordnungen und Gebräuche der Griechen in solche aufgenommen worden. Diese Art des Peculiums blieb größtentheils unverändert, bis Justinian verordnete, daß auch dasjenige dazu gerechnet werden solle, was der Herr seinem Sclaven im Testamente vermacht habe [y]).

III. Die

t) L. 4. pr. D. de pecul.

u) Seneca Epist. 80.

x) Grotius de iure B. et P. Lib. 3. c. 14. §. 6. n. 2. Rav Diss. cit. §. 4.

y) L. 5. §. 2. C. de necess. seru. hered. Cviac. ad *African.* Lib. 11. Pag. 341.

III. Die dritte Art des Peculiums ist das peculium *filiale*, welches sehr viele Veränderungen erfahren hat, daher die Geschichte desselben von berühmten Rechtslehrern [z]) erläutert worden. Nach dem alten römischen Rechte gehörte dem Vater alles, was die Kinder erwarben; der Vater gab aber seinem Sohne bisweilen ebenfalls, wie es bey Sclaven gewöhnlich war, eine Summe Geld oder gewisse Waaren, womit er wirthschaften und etwas erwerben sollte, und dieses nennt man das peculium des Sohns. Damals kam bey den Kindern nur dieses einzige Peculium vor [a]). Nach neuern römischen Gesetzen hieß peculium alles, was der Sohn oder die Tochter vom Vermögen des Vaters abgesondert besaß; das heißt, was sie entweder dergestalt hatten, daß es ihnen, und nicht dem Vater eigenthümlich gehörte, oder, was sie doch so besaßen, daß es nicht mit dem übrigen Vermögen des Vaters vermischt war, sondern besonders verwaltet wurde. Wie bekannt, führten die Römer nach und nach eine große Verschiedenheit des Rechts bey den Peculien der Kinder ein, und daher rühren die verschiednen Arten des Peculiums her. Es giebt nämlich ein peculium *militare* oder *paganum*; das *militare* ist entweder *castrense* oder *quasi* — castrense; das *paganum* entweder *profectitium* oder *aduentitium*; dieses letztere ist entweder *ordinarium* oder *extraordinarium*. Alle diese Arten der Peculien verdienen große Aufmerksamkeit.

1) Das

z) Illust. Chr. Rau D. Historia iur. ciu. de pecul. Lipsi. 1770. Galvan. de vsufr. c 7. Gothofred ad tit. Cod. Theod. de bon. matern. et de bonis quae filiis famil. (II, 10. 3.) de Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 98. Tom. IV. Obs. 153. Lauterbach D. de peculiis filiorum familias. Carrach D. different. iur. rom. et germ. in peculio imprimis filiorum fam. Hal. 1745. Traug. Thomasius Prog. de vsu peculii practico, Lipsi. 1770. de Selchow Elem. iur. Germ. §. 493.

a) Herr GtR. Höpfner im Comment. S. 388. Herr Prof. Hugo im civil. Magaz. 2ten Bandes 2tes Heft, S. 207.

1) Das Peculium heißt *militare*, wenn es von dem Sohne durch wirkliche Kriegsdienste, oder durch ein öffentliches Amt, oder durch Künste und Wissenschaften erworben worden. Unter dem Wort *militia* verstanden die Römer nicht nur den Soldatenstand, sondern auch öffentliche Aemter und Würden, z. B. die Advocatur. Den Soldatenstand nennten sie militia *sagata*, und diese militia *togata*. Wenn der Sohn das peculium durch den Soldatenstand erworben hatte, so bekam es die Benennung

a) peculium *castrense* [b]). Die Rechtsgelehrten behaupten nicht einerley Meynung, wenn dieses Peculium gewöhnlich geworden. Einige [c]) glauben, unter dem Julius Cäsar sey es entstanden; nach andern [d]) soll es erst unter dem Augustus aufgekommen seyn, und sie berufen sich auf das Pr. Inst. quib. non est permiss. fac. test. wie auch auf eine Stelle des Tacitus im 1sten Buch seiner Annalen. Viel wahrscheinlicher ist aber die Behauptung derjenigen berühmten Rechtslehrer [e]), welche zu beweisen gesucht haben, daß bereits vor dem Cäsar, dieses Sondergut gewöhnlich gewesen; daß er aber die Testamente über dasselbe ohne alle Feyerlichkeiten eingeführt, und die Rechte an diesem Peculium völlig deutlich bestimmt habe.

Zu diesem peculium *castrense* gehört

α) die von dem Feinde gemachte Beute, wenn sie der Soldat behalten darf, und sie nicht an denjenigen Regenten abliefern muß, in dessen Kriegsdiensten er steht.

β) der

b) Maians. Disp. I. 14. Lyncker D. de iurib. peculii militaris, Ien. 1697. de Retes de pecul. castr. in Meerm. Thes. Tom. VI.

c) Heinecc. Ant. Lib. II. tit. 9. §. 2. de Selchow Ius pub. anteiust. §. 381.

d) Galvan. de vsufr. c. 7. n. 8.

e) Illust. Ray Diss. cit. §. 7. Ivvenal. Satyr. vlt. v. 51.

β) der Sold des Soldaten [f]).

γ) Geschenke, welche dem Sohne, weil er Soldat ist, vom Regenten oder jeder andern Person gemacht worden [g]). Das Geschenk muß also dem Sohne blos um seines Soldatenstandes willen gemacht worden seyn; folglich können Geschenke, die er bekommt, ohne daß man auf seinen Soldatenstand Rücksicht nimmt, nicht hierher gerechnet werden; z. B. es schenkte Jemand dem Sohn, der eben Soldat geworden, ein Gut, ohne dabey zu erklären, daß man durch den Soldatenstand desselben dazu veranlaßt worden sey; jedoch wird im zweifelhaften Falle vermuthet, daß ihn um des Soldatenstandes willen etwas geschenkt worden [h]).

δ) Gehört dazu jede Aquisition des Sohnes, die er durch seinen Soldatenstand gemacht hat [i]); z. B. ein Mitsoldat beschenkt ihn, oder setzt ihn gar zum Erben ein, oder er vermacht ihm etwas, und wenn es auch selbst sein Bruder seyn sollte; ja wenn ihn auch seine Frau zu ihrem Erben ernannt haben sollte, so wird dafür gehalten, es sey wegen seines Soldatenstandes geschehen [k]).

ε) Vorzüglich gehört dazu alles, was dem Sohne von der Mutter, von Fremden und selbst von seinem Vater zur Kriegsequipage geschenkt worden [l]).

ζ) Ferner muß dazu gerechnet werden alles, was der Sohn mit dem Gelde, das er in seinem Soldatenstande erworben,

f) L. 11. D. L. 1. C. de castr. pec. Petr. Müller D. de stipendiis militum, Ien. 1662.

g) L. 1. C. de cast. pec. Hofacker Tom. I. Pag. 448.

h) Menoch. de praes. Lib. III. Praes. 68.

i) L. 1. C. de pec. cast. L. 19. D. eod. Enenckel de priuil. milit. L. 2. priuil. 23. n. 22. Brvnnemann ad Cod. Pag. 1340.

k) L. 4. C. de castr. pec. ibiq. Brvnnemann. L. 13. 16. D. eod. Arg. L. 3. §. 1. D. de iure fisci.

l) L. 4. pr. L. 11. D. de pec. castr. L. 1. C. eod. L. 23. §. 4. D. de fideic. libert. L. 3. §. 4. D. de donat. int. vir. et vxor.

worben, gekauft, eingetauscht, verdient hat; denn das peculium ist eine vniuersitas iuris; bey dieser gilt aber die Regel: res succedit in locum pretii, wenn ich mit dem Gelde, welches zur vniuersitas iuris gehörte, etwas kaufe, so wird die gekaufte Sache ein Theil derselben [m]). Keinesweges aber ist die mütterliche Erbschaft, die ihm während seines Soldatenstades angefallen ist, für ein peculium castrense zu halten, und eben dieses wollen auch die Rechte von andern Erbschaften und Legaten, wenn auch gleich der Erblasser ausdrücklich verordnet hätte, daß das Vermächtniß für ein peculium castrense gehalten werden solle [n]).

Nur würkliche Soldaten, wenn sie noch Haussöhne sind, haben ein peculium militare; folglich nicht die Auditeurs, nicht Kriegssecretairs, nicht die Kriegs- und Proviantcommissairs, nicht die Feldprediger, nicht die Feldärzte, noch weniger die Marketender, die Feldkaufleute, Roßtäuscher, die Bedienten der Soldaten [o]).

Was die Rechte anbetrifft, welche der Hausson über sein Soldatenpeculium ausüben darf, so wird solches in Gesetzen für sein freyes Eigenthum erklärt, und er wird in Rücksicht auf dasselbe selbst als Hausvater betrachtet; daher es ihm frey steht, über dasselbe sowohl unter den Lebendigen als auf den Todesfall zu disponiren, wie dieses jeder andere Hausvater zu thun berechtigt ist [p]). Dem Sohne gehören alle Nutzungen desselben [q]); er kann es nach Belieben veräußern; mit dem Vater einen Contract darüber

m) L. 3. D. L. 1. in f. C. de castr. pec. L. 20. §. 10. D. de hered. petit.

n) L. 1. C. L. 16. §. 1. L. 8. D. de castr. pec.

o) L. 11. D. de pecul. castr. Werher lect. Com. ad Dig. Tom. I. Pag. 567. Herr RR. Eichmann, Thl. 3. S. 128.

p) L. 2. D. ad Sctm. Maced. L. 10. L. 15. §. 1. D. de castr. pec. L. 3. C. eod. L. 4. D. de iudic.

q) L. 10. D. de pec. castr.

über schließen [r]); über dasselbe ein Testament machen [s]), wobey er so privilegirt ist, daß gegen dieses Testament keine Klage wegen Pflichtwidrigkeit desselben angenommen wird, wenn er die nächsten Anverwandten präterirt hat [t]); denn die Behauptung, daß durch die Novelle 115. cap. 4. hierin eine Abänderung geschehen, ist falsch [u]). Wenn der Sohn ein Geistlicher ist, so will Justinian in der 123. Novelle Cap. 19., daß er seinen Kindern, und wenn er keine hat, seinen Aeltern, wenigstens den Pflichttheil hinterlasse. Stirbt der Sohn ohne Testament, so darf sich der Vater das peculium castrense desselben nicht mehr, wie es vorher erlaubt war [x]), vermöge der väterlichen Gewalt und iure peculii anmaßen, sondern es fällt an die Intestaterben des Sohnes [y]). Diese Rechte behielt der Sohn alsdenn noch, wenn er nicht mehr Soldat war, oder wenn er sich von Jemandem arrogiren lassen [z]). Begieng der Sohn ein Verbrechen, welches mit der Einziehung der Güter bestraft wurde, so mußte der Vater das peculium castrense bekommen, und es durfte nicht mit eingezogen werden [a]), welches auch heut zu Tage noch Rechtens ist. Einige Rechtslehrer behaupten, der Vater habe wenigstens alsdenn ein Recht der Verwaltung, wenn der Sohn noch nicht volljährig seyn sollte, wo er als sein Curator betrachtet

r) L. 7. §. fin. D. de donat. L. 2. D. de contr. emt. vend. L. 15. D. §. 1. de castr. pecul.

s) Pr. Inst. quib. non est perm. fac. test.

t) L. fin. C. de inoffic test.

u) Gebr. Overbeck in den Meditat. Thl. 2. Med. 85. S. 185.

x) L. 2. L. 19. §. 3. D. L. 5. C. de castr. pec. Herr GJR. Westphal von den Arten der Sachen, §. 860. S. 660.

y) Princ. Inst. quib. non est perm. Nov. 118. c. 2. in fin. VINNIVS ad Inst. l. c. n. 4. RANCHIN. de succ. ab int. c. 11. §. 3. Lipsi. 1771. et in MEERM. Thes. Tom. III. RAV Diss. cit.

z) Princ. Inst. quib. L. 4. §. f. D. de pec. castr.

a) L. 3. C. de bonis proscr.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701684888/phys_0521 DFG

werden müsse; oder es könne ihm auch ein besonderer Güterpfleger gesetzt werden [b]). Hat ihm der Sohn selbst die Verwaltung übertragen, so ist gegen das Recht des Vaters noch weniger einzuwenden.

b) Ich komme zu dem *peculium quasi-castrense* der Söhne, wodurch dasjenige Vermögen verstanden wird, welches der Sohn durch ein öffentliches Amt, oder die Beschäftigung mit Künsten und Wissenschaften erworben hat [c]). Was den Ursprung desselben anbetrifft, so ist gewiß, daß solches nach dem Beyspiel des peculii *militaris* eingeführt worden, wie man aus der Vergleichung der militiae *togatae*, welche CICERO pro Murena cap. 9. *vrbanam* nennt, mit der militia *sagata* sieht. Streitig ist es unter den Rechtslehrern ebenfalls, wenn der erste Anfang dieses Peculiums sicher gezeigt werden könne. Einige Rechtslehrer behaupten, es sey erst unter dem Kaiser Theodosius dem Jüngern aufgekommen; dawider streitet aber der Umstand, daß bereits Ulpian in vielen Stellen der Pandekten [d]) davon redet. Franziscus Balduinus hält zwar diese Stellen für abgeändert, oder Embleme des Tribonians; es ist aber diese Meynung als völlig unrichtig hinlänglich widerlegt worden [e]). Andere Rechtslehrer berufen sich auf den §. 6. Inst. de milit. test. und wollen daraus beweisen, daß schon unter der Republik dieses Peculium vorgekommen. Diese Meynung hat aber alles wider sich, weil sich kein Gesetz

b) Arg. L. 7. C. de curat. furios. L. fin. §. 2. C. de bon. quae lib. HOFACKER Princ. Iur. Rom. Tom. I. Pag. 428. Tr. THOMASIVS Pr. de vsu pecul. pract. Pag. 4.

c) §. fin. Inst. de milit. test. L. vlt. C. de inoff. testam. L. 1. §. 22. D. de collat. bonor. L. 3. §. 5. D. de bonor. poss.

d) L. 3. §. 5. D. de bonor. possess. L. 1. §. 15. D. de collat. bonor. L. 7. §. fin. D. de donat. L. 1. §. 6. D. ad Sctm. Trebell.

e) BALDVIN in Iustiniano, Lib. III. Pag. 298. GOTHOFREDVS ad L. 3. C. *Theod.* de postul. et ad L. 2. de adsess. domest. SCHVLTING Iurispr. Anteiust. Pag. 470. not. 27. FINESTRES ad tit. Dig. de aquir. Part. II. §. 42. Pag. 330.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0522
DFG

setz über diese Sache aufweisen läßt, das so alt wäre, sondern das erste deutliche Gesetz rührt von Constantin dem Großen her, und ist die L. 15. Cod. Theod. de priuil. eor. qui in sacr. palat. milit., welches Gesetz im Justinianischen Codex die L. vn. C. de castr. omn. pal. pecul. (XII, 31.) ist, worin den Hofbedienten unter andern Privilegien auch dieses gegeben worden, daß, was sie bey ihren Bedienungen durch Sparsamkeit erworben, oder vom Kaiser geschenkt bekommen haben würden, ihr ganz freyes Eigenthum seyn solle. Nachher dehnte man dieses Vorrecht auf öffentliche Aemter und Bedienungen aus [f]). Ein deutlicher Beweis, daß dieses Peculium nicht schon zur Zeit der Republik in Gesetzen deutlich bestimmt gewesen, ist der Umstand, daß selbst das Soldatenpeculium erst unter dem Julius Cäsar genauer bestimmt worden, und wir gar erst Gesetze vom Kaiser Titus, Nerva, Domitian und Trajan haben, welche dem Soldaten das Eigenthum des peculii castrensis beylegen, und ihm darüber zu testiren verstatten [g]).

Heut zu Tage rechnen die Rechtslehrer [h]) zu diesem Peculium alles, was in einem öffentlichen Amte, es sey geistlich oder weltlich, erworben worden; folglich alles, was ein Advocat, Magister, Doctor, praktischer Arzt durch seine Wissenschaften erwirbt; was ein Beamter, Secretarius, Archivarius, Regierungsrath, Rentmeister, Cammerrath, Prediger, Professor u. s. f. an Besoldung oder Accidenzien bekommt. Wenn auch das Amt keine gelehrte Kenntnisse erfordert, wie z. B. das Amt eines Stall-, Fecht-, Tanz-, Küchenmeisters u. s. w., so ist dennoch die damit verbundene Einnahme ein peculium quasi-castrense. Endlich, wenn auch ein öffentliches Amt nur Gelegenheit zur Erwerbung einer Sache giebt; so ist es ein hierher gehörendes Peculium. Wenn daher z. B. ein Professor

f) Gothofr. l. c. Illustr. Rav l. c. §. 8.
g) L. 1. D. de testam. milit.
h) Herr GTR. Höpfner a. a. O. S. 390.

aus collegialischer Freundschaft den andern zum Erben einsetzt, so ist diese Erbschaft ein solches Peculium. Auch was ein Vater seinem Sohne, welcher Doctor, Arzt, Advocat, u. s. w. ist, in Rücksicht auf diese Würde schenkt, gehört dahin.

Viele Rechtsgelehrte [i]) behaupten, daß alles, was durch die Wissenschaften, oder wenigstens bey Gelegenheit der Studien erworben worden, ein peculium quasi - castrense sey; folglich gehöre auch z. B. hierher, was ein Student mit Repetition oder Information, was ein Hofmeister auf Akademien erworben hat. Diese Meynung läßt sich aber wenigstens nicht aus dem römischen Recht erweisen, schreibt der Herr GTR. Höpfner; denn die L. 7. C. de assess. (I, 51.), die L. vn. C. de castr. omn. pal. pec. (XII, 31.), die L. vlt. C. de castr. pecul. mil. (XII, 37.), die L. f. C. de inoff. test. (III, 25.) reden alle nur von dem Erwerb, der in öffentlichen Aemtern und Würden gemacht worden [k]). Der verstorbene Herr Ordinarius Bauer führt zwar die L. 1. C. de castr. pec. mil. (XII, 37.) und die L. 4. C. fam. ercisc. (III, 36.) an, woraus erhellen soll, daß einer, der zum Soldaten bestimmt ist, schon als Soldat angesehen werden, und ein peculium castrense haben könne. Es scheint aber doch, daß beyde Gesetze von einem filio *eunti in militiam*, *in castra*, also von wirklichen Soldaten reden, schreibt Herr GTR. Höpfner; und nach seiner Meynung kann man eben so wenig mit einigen Juristen das, was sich ein Student von seinen zum Studiren erhaltenen Geldern erspart, oder eine Biblio-

i) Schoepfer Synopf. Pand. tit. de pecul. n. 15. Stryck de succeff. ab intest. Diff. II. c. 3. §. 7. Idem ad Lavterb. tit. de pecul. voc. studios. Illustr. Io. God. Bayer D. de pecul. quasi - castrensi studios. §. 8. in *Eius* Opusc. Tom. I. Pag. 54.

k) Enenkel de priuil. parent. priuil. 10. n. 38. Pag. 550. Vinnivs de collat. c. 10. §. 11. Beyer ad Pand. tit. de pecul. n. 3. sqq.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0524
DFG

Bibliothek, welche ihm der Vater angeschafft, ein Geschenk, das er des Studirens wegen bekommen, u. dergl. zum peculio quasi-castrensi rechnen [l]).

Viele Rechtsgelehrte halten auch die Geschenke, welche dem Sohne wegen der guten Verwaltung seines öffentlichen Amtes, oder wegen der Beschäftigung mit Wissenschaften und Künsten, gemacht worden, besonders wenn sie von dem Regenten oder seiner Gemahlin herrühren, zu diesem Peculium, und besonders sollen die von dem Fürsten und seiner Gemahlin erhaltenen Geschenke beständig hierher gehören [m]). Andere Rechtsgelehrte [n]) behaupten aber, donata a Principe vel Augusta gehörten nach der L. 7. C. de bon. quae liber. zu dem peculio aduentitio extraordinario. Allein keine von diesen Behauptungen kann für gegründet gehalten werden, schreibt der Herr RR. Eichmann; sondern man muß, wenn man nicht in einen Widerspruch der Gesetze gerathen will, auf die Absicht einer solchen Schenkung sehen, und daher, wenn jene Absicht vorhanden ist, gehört das Geschenk auch zu unserm Peculium [o]).

Nachdem wir gesehen haben, was für Sachen zum peculio quasi-castrensi gehören, so ist die Frage zu beantworten: was für Rechte der Sohn in Ansehung desselben habe? Vor Justinians Zeiten durfte der Sohn über dieses Peculium, wie ein freyer Eigenthümer unter den Lebendigen disponiren, so wie er sich solches auch nach dem Tode des Vaters nicht brauchte anrechnen zu lassen [p]). Es

l) Cocceii in iure contr. tit. de pecul. Qu. 1.

m) Cocceii l. c. Qu. 3. Pag. 751. Vicat in Vocab. voc. pecul. quasi-castrense.

n) Lauterb. D. de pecul. aduent. irreg. §. 14. Heusinger comm. de iure pecul. aduent. extraord. c. 2. Pag. 16. Walch Introd. in contr. Pag. 74. edit. tert.

o) Berger Oec. iur. L. 1. tit. 11. thes. 2. not. 11. Brunnemann ad L. 7. C. de bon. quae lib. Rau Diss. cit. Schilter Exerc. 34. §. 47.

p) L. 1. §. 15. D. de collat. bonor.

war ihm auch erlaubt, dasselbe auf den Todesfall zu verschenken [q]; aber ein Testament durfte er nicht anders darüber machen, als wenn ihm dieses besonders verstattet worden [r]. Der Kaiser Justinian ertheilte aber den Söhnen das Recht, über ihr peculium quasi - castrense zu testiren, ohne eine besondere Erlaubniß dazu nöthig zu haben [s].

In Rücksicht auf die Verwaltung eines solchen Peculiums, und der übrigen rechtlichen Verhältnisse, welche dabey zwischen dem Vater und Sohne eintreten, gelten die nämlichen Grundsätze, welche bey dem Soldatenpeculium angewendet werden müssen [t].

2) Von dem peculio *militari* gehen wir zum peculio *pagano*, oder demjenigen, welches weder zu dem peculio castrensi, noch quasi - castrensi gerechnet werden kann [u]; denn die pagani werden im römischen Rechte den militibus entgegen gesetzt, wie die L. 76. D. de lib. et post. beweißt; und man versteht dasjenige Vermögen darunter, welches der Sohn weder durch die militiam sagatam noch togatam erworben hat. Dieses Peculium ist so wie das militarische verschieden, und dazu gehört

a) das peculium *profectitium*, oder dasjenige, was die Kinder vom Vater selbst bekommen haben, oder welches ihnen ein Fremder blos in Rücksicht auf ihren Vater zugewendet hat [x]. Dieses Peculium ist unstreitig das älteste.

q) L. 7. §. 6. D. de donat.

r) L 3. §. 5. D. de bonor. poss. L. 1. §. 6. D. ad Sctm. Treb. §. 6. Inst. de testam. milit.

s) L. f. C. de inoff. test. L. vlt. C. qui test. fac. poss. §. 6. Inst. de milit. testam.

t) Hofacker Princ. iur. Rom. Tom. I. Pag. 449.

u) L. vlt. C. de inoff. testam.

x) Willenberg D. de iure filii familias in peculio profect. in *Eius* Disc. iur. n. 23. Wieger D. de peculio profect. Arg. 1754.

teste. Mehrere Rechtsgelehrte y) behaupten, schon zu den Zeiten des Spurius Cassius, der nach dem Otto gar schon unter den Königen gelebt haben soll, habe es ein solches Peculium gegeben. Dieser Cassius wurde nämlich 27 Jahr nach Vertreibung des Tarquins, wegen des Verdachts, daß er König werden wollen, hingerichtet, und sein Peculium, wie sich die Schriftsteller ausdrücken, der Göttin Ceres consecrirt. Weil nun nach der Erzählung des Plinius und Valerius Maximus z), der Vater selbst seinen Sohn mit dieser Strafe belegt habe, so veranlaßt dieses jene Schriftsteller, das Vermögen des Sohnes für ein peculium profectitium zu erklären. Diese Behauptung hat aber wider sich: 1) daß nicht überall in den alten Schriftstellern, wo das Wort peculium steht, eben die Art der Güter anzunehmen ist, welche die Rechtsgelehrten darunter verstehen, sondern es kommt noch auf andere Beweise an, weil jede Art von Vermögen peculium genannt wurde, wie man aus dem Isidorus a) sieht, welcher schreibt: apud antiquos omne patrimonium dicebatur peculium. Es erzählt aber 2) Livius und Dionysius ausdrücklich, daß der Spurius Cassius von der Nation sey verurtheilt worden, folglich nicht von seinem Vater b). Man muß 3) behaupten, daß dieser Spurius Cassius gar nicht mehr unter der väterlichen Gewalt gestanden habe, der Vater mag nun gestorben gewesen seyn, oder ihn aus seiner väterlichen Gewalt losgegeben gehabt haben, folglich ist auch das Peculium des Verbrechers sein Eigenthum gewesen c); denn wäre er noch filiusfamilias gewesen, und hätte sein Vermögen als ein wirkliches peculium pro-

y) Otto ad Inst. tit. per quas pers. Brisson. de verb. signif. voc. pecul.

z) Plinius in hist. nat. XXXIV, 4. Val. Maxim. V, 8. exc. 2.

a) Isidori Orig. XVI, 17.

b) Livius II, 40. Dion. Halic. VIII. Pag. 546.

c) Drackenb. ad Livium l. c. Rav Diss. cit. §. 6.

profectitium betrachtet werden müssen, so konnte solches dem Vater nicht genommen, und der Ceres gewidmet werden. Diese Art des Peculiums ist aber demungeachtet sehr alt, und ohnstreitig für die erste Art der Peculien zu halten, weil schon beym Plautus [d]), folgende Stelle davon handelt: Lucrum ingens facio, praeterquam mihi meus pater dedit aestimatas merces, ita *peculium* conficio grande.

Das peculium *profectitium* besteht also aus solchen Sachen, die den Kindern entweder vom Vater selbst gegeben worden, oder die ihnen um des Vaters willen von Andern geschenkt oder zugeflossen sind. Dieses letztere steht zwar in keinem Gesetz ausdrücklich; man schließt es aber [e]) aus der L. 21. 22. D. de vsufr. Wenn also der Vater dem Sohne ein Landgut überläßt, um von den Einkünften zu leben; oder ihm eine Handlung etablirt, um damit zu handeln; oder er setzt für das Kind in die Lotterie, und dadurch wird etwas gewonnen [f]); so gehören alle diese Vortheile zum peculium profectitium. Auch wenn der Vater Jemandem gedient hat, und dieser zur Dankbarkeit, weil der Vater nichts dafür nehmen will, seinen Kindern etwas schenkt, so gehört das Geschenk zum peculium profectitium. In allen Fällen, wo etwas als ein solches peculium betrachtet werden soll, wird jedoch beständig vorausgesetzt, daß die Kinder in der väterlichen Gewalt sind und bleiben; denn sonst wäre das, was ihnen der Vater gegeben, kein peculium.

Ein solches Peculium gehört nun dem Vater eigenthümlich zu, und daher hat er den bürgerlichen Besitz, und kann sich alle Nutzung davon zueignen, so lange die Kinder noch seiner väterlichen Gewalt unterworfen sind. Die

d) Plavt. Mercat. Act. I. Scen. I. v. 59. Galvan. de vsufr. cap. VII. n. 7. Rav Diss. cit. §. 6.

e) Franzk Resolut. Lib. 2. c. 27. Beyer themat. ex var. iur. Ex. 5. th. 4.

f) Fr. Beckm. in Cons. Part. II. Dec. 50. n. 32. Pag. 91.

Die Kinder haben nichts, als den natürlichen Besitz, und besorgen die Verwaltung so lange, als es der Vater zufrieden ist, der sie ihnen zu jeder Zeit nehmen, und das Peculium einer andern Person geben kann [g]). Die Rechte des Kindes hingegen sind folgende, als: α) kann es dasselbe, jedoch nach des Vaters Willen verwalten. Sollte auch der Vater dem Kinde eine freye Verwaltung zugestanden haben, so kann es doch dieselbe nicht bis auf die Verschenkung ausdehnen, denn dieses Recht giebt keine Verwaltung [h]). β) Hat das Kind auch Hoffnung, das Eigenthum desselben zu erwerben, weil ihm solches eigenthümlich zufällt, wenn der Vater eine Emancipation vornimmt, ohne dasselbe zurück zu nehmen, in welchem Falle eine Schenkung vermuthet wird [i]). Stirbt aber der Vater, ohne das Kind emancipirt zu haben, so muß sich das Kind sein peculium profectitium auf seinen Erbtheil anrechnen lassen [k]). γ) Wenn das Vermögen des Vaters confiscirt wird, so kann das Kind nach der Verordnung des Kaiser Claudius verlangen, daß diese Strafe nicht auf sein peculium profectitium ausgedehnt, sondern ihm solches gelassen werde [l]). Dieses Vorrecht des Kindes fällt jedoch alsdenn weg, wenn das väterliche Vermögen deswegen confiscirt wird, weil er einen Hochverrath verübt hat; oder der Vater gab dem Kinde ein solches Peculium, zum Nachtheil anderer Personen, die ein gegründetes Recht auf sein ganzes Vermögen hatten; z. B. der Vater merkt, es werde über sein Vermögen ein Concurs entstehen, und deswegen giebt er seinen Kindern noch vor Ausbruch dessen ein Peculium.

Ob

g) Pr. Inst. quib. non est perm. §. 1. Inst. per quas pers. L. 4 pr. D. de pecul. L. 5. §. 4. D. eod. L. 7. D. de donat. L. fin. pr. D. de nouat.

h) L. 4. D. de donat.

i) L. 31. §. 2. D. de donat. §. 20. Inst. de legat.

k) L. 13. C. famil. erciſc.

l) L. 3. §. 4. D. de minorib.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0529
DFG

Ob es auch ein peculium profectitium giebt, an dem die Mutter das Eigenthum hat, darüber streiten die Rechtslehrer, und einige [m]) behaupten es. Herr HR. Glück antwortet aber darauf: das peculium profectitium ist ja unstreitig eine Würkung der römischen väterlichen Gewalt; an dieser hat aber die Mutter, weder nach römischen, noch nach teutschen Rechten [n]) Antheil. Eine Schenkung, welche die Mutter ihren der väterlichen Gewalt unterworfenen Kindern gemacht hat, ist zwar nach der L. 25. C. de donat. int. vir. et vxor. wiederruflich; aber dieser Umstand macht sie noch nicht zum peculium profectitium.

b) Das peculium *paganum* der Kinder kann auch ein sogenanntes peculium *aduentitium* seyn, worunter dasjenige Vermögen verstanden wird, welches die Kinder weder unmittelbar noch mittelbar vom Vater bekommen haben [o]). Die mehresten Rechtsgelehrten behaupten mit dem Jacobus Gothofredus, dieses Peculium sey erst unter der Regierung Constantins des Großen eingeführt worden; diese Meynung hat aber Galvan de vsufr. c. 7. widerlegt. Zur Zeit der Republik kann zwar kein Beyspiel davon angeführt werden; aber Ulpian, der unter dem Kaiser Severus lebte, gedenkt desselben [p]); und noch mehrere Beyspiele kommen in den Gesetzen [q]) des Hadrians und

m) Archiv für theoret. und prakt. Rechtsgel. Thl. 1. Nr. 6. S. 190.

n) §. 3. Inst. de patr. pot. §. 10. Inst. de adopt. Hommel D. de vsu hod. patr. pot. Lipf. 1732. c. 3. §. 90.

o) Scip. Gentilis tract. de bonis maternis, Hanou. 1606. 8. Ar. Pinelli Comm. ad Constitutiones Cod. de bonis maternis, Frf. 1585. 8. Leyser Spec. 164. 165. Kober D. de peculio aduent. regul. f. ordin. Alt. 1705. Zoller D. an vsusfr. pecul. aduent. liber. si pater bonis cessit, ad eius concursum referri possit, Lipf. 1767.

p) L. 5. D. de iure dot. L. 16. §. 11. D. ad Sctm. Trebell. Vlpian. Fragm. VI, 3.

q) L. 50. D. ad Sctm. Treb. L. 52. D. de adquir. vel omitt. hered. Illustr. Rav Diss. cit. §. 9.

und Antonins des Frommen vor. Der Kaiser Constantin der Große gab die Verordnung, daß der Vater nur den Nießbrauch des mütterlichen Vermögens seiner Kinder haben sollte; er setzte auch ein Drittel des Nießbrauchs als ein praemium emancipationis fest [r]. Endlich, nachdem unter dem Valentinian, Theodosius, Leo und Antoninus, dieses Peculium auf das ganze mütterliche Vermögen ausgedehnt worden war [s], verordnete der Kaiser Justinian in der L. 6. C. de bon. quae lib. (VI, 61.), daß alles, was die Kinder durch Glücksfälle, oder eigene Arbeit erwerben würden, zum peculio aduentitio gehören solle, und er vermehrte zugleich das praemium emancipationis bis auf die Hälfte [t]. Es gehören also zum peculium aduentitium die mütterlichen Geschenke, die mütterliche Erbschaft, was den Kindern von den mütterlichen Aeltern zugefallen, was sie durch ihre Handwerksarbeiten sich verdient, oder durch Glücksspiele u. s. f. erworben haben.

An diesem peculium aduentitium haben die Kinder das Eigenthumsrecht; der Vater hingegen kann es, so lange die Kinder seiner Gewalt unterworfen sind, verwalten, und er hat auch ein gesetzliches Benutzungsrecht, diese Zeit über, ja bisweilen noch länger. Dieses peculium wird peculium aduentitium ordinarium, regulare, minus plenum genennt.

Es giebt Fälle, wo der Vater die angeführten Rechte an dem peculio aduentitio seines Kindes nicht hat, in welchem Falle das peculium zum Unterschiede von jenem genennt wird, peculium aduentitium extraordinarium, irregulare, plenum. Wie viel Arten eines solchen Peculiums es gebe, darüber sind die Rechtslehrer nicht einerley

r) L. 1. et 2. Cod. Theod. de bon. mat.

s) L. 1. L. 5. 6. 7. C. Theod. de bon. mat.

t) Iac. Gothofr. ad tit. Cod. Theod. de bonis mat. et de bonis, quae fil. fam. ex mat. adquir. Rav Diss. cit. §. 9.

nerley Meynung; denn einige [u]) nehmen sieben; andere [x]) viere; und noch andere [y]) sechs Arten desselben an. So viel zur Erläuterung des Begriffs von den verschiednen Arten der Peculien; ausführlicher muß diese Materie in dem Titel der Pandekten de peculio erläutert werden.

§. 137. 138.

Alles, was zeither von der Beschaffenheit der väterlichen Gewalt gesagt worden, gründet sich auf Grundsätze des römischen Rechts, wie solche durch die ältern und neuern römischen Gesetze bestimmt worden. Nunmehr soll gezeigt werden, welche Beschaffenheit die väterliche Gewalt heut zu Tage in Teutschland habe [z]). Diese wichtige Materie hat in unsern Tagen, durch die Bemühungen philosophischer Rechtsgelehrten, sehr viel gewonnen, und ich

u) GALVAN. de vsufr. c. VII.

x) RITTERSHVS. ad NOV. Part. 5. Pag. 287. VINNIVS ad Inst. tit. per quas pers. HEINECC. in Instit. eod. tit.

y) WESTENBERG in Dig. tit. de pecul. MASCOV D. de collat. bonor. §. 29.

z) Ge. Acac. ENENCKEL Baron. HOHENECCII Tr. de priuilegiis parentum et liberorum, Tub. 1618. 4. Chr. THOMASIVS tract. de vsu iuris paterni Romanor. secundum mores Germaniae, Ien. 1744. 4. Ferd. Aug. HOMMEL D. de vsu hodierno patriae potestatis Romanae in foris Germaniae, Lipſ. 1732. Günth. Alb. RENZ D. Mixtura iur. rom. et germ. in materia patriae potestatis, Tub. 1735. Hal. 1759. HOFACKER Princ. Iur. Rom. Tom. I. Pag. 435—462. KRAVSE Progr. de effectibus patriae potestatis hodiernis, Vit. 1733. de SENCKENBERG de potestate parentum germanica ac romana, Gieſſae 1743. Westphals Privatrecht, Thl. 2. S. 95. Ueber die Gründe und Gränzen der väterlichen Gewalt. Beantwortung einer, im Jahr 1786. von der Akademie der Wissenschaften zu Berlin ausgeschriebenen Preisaufgabe, von Hans Ernst von Globig, Churfürstl. Sächsischem Appellations-Rath, Dresd. und Leipzig 1789.

ich muß daher von diesen aufgestellten Grundsätzen, wie man sie in den besten Schriften findet, Gebrauch machen.

Die Römer gaben der Mutter zwar ebenfalls gewisse Rechte über ihre Kinder; aber eine eigentliche Gewalt (S. 385) legten sie ihr nicht bey, und deswegen hatten sie blos eine väterliche Gewalt, aber von der älterlichen Gewalt wollten sie nichts wissen. In der L. 4. D. de cur. furios. wird zwar Folgendes gesagt: furiosae matris curatio ad filium pertinet, pietas enim parentibus, *etsi inaequalis est eorum potestas*, aeque debebitur; womit man noch den §. fin. Inst. de nupt. verbinden kann; allein dieses alles war von keinen rechtlichen Folgen [a]). Unsere Rechtslehrer sind aber mit Recht der Meynung, daß die Rechte, welche eine Mutter über ihre Kinder hat, eine Gewalt ausmachen, und daher behaupten sie, daß in der Rechtsgelehrsamkeit eine älterliche Gewalt anzunehmen sey, und die dem Vater und der Mutter theils gemeinschaftlich, theils besonders zustehenden Rechte, über die Person und das Vermögen ihrer Kinder, darunter verstanden werden müssen.

Die erste Untersuchung, welche hier erörtert werden muß, geht darauf, was nach dem Urtheile der aufgeklärten Vernunft, über die älterliche Gewalt als sicher und ausgemacht angenommen werden könne. Darin stimmen die mehresten Naturrechtslehrer überein, daß die älterliche Gewalt nach dem Naturrechte für gegründet gehalten werden müsse; aber darüber haben sie sich noch nicht vereinigt, was als der Grund und das Fundament derselben anzunehmen sey [b]). Einige, schreibt der Herr RR. Eichmann, sehen die Occupation als das Fundament der älterlichen Gewalt an [c]); einige die Alimentation und den vermuthe-

ten

a) Püttmann Probab. cap. 10.

b) Der Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 3. S. 148.

c) Hobbes de cive, cap. 9. §. 2.

ten Consens [d]); einige den göttlichen Willen [e]); einige die den Aeltern obliegende Verbindlichkeit, ihre Kinder zu erziehen [f]); einige finden es in der Stärke der Aeltern [g]). Mehrere Rechtslehrer sind endlich der Meynung, man müsse die geschehene Erzeugung der Kinder als den wahren Grund der älterlichen Gewalt betrachten [h]). Diese Meynung ist die richtigste, behauptet Herr RR. Eichmann; denn dasjenige, was von der erlaubten Handlung eines Menschen sein Daseyn hat, gehört ihm dergestalt, daß er darüber wichtige Rechte hat, folglich muß man eben dieses von Aeltern sagen, welche ein Kind gezeugt haben. Weil aber diese ihre Kinder Menschen sind, und angebohrne Rechte haben, so dürfen die Aeltern ihre aus der Erzeugung derselben herrührenden Rechte nicht so sehr ausdehnen, daß die angebohrnen Rechte der Kinder dadurch ganz unkräftig würden, und hierzu gehört hauptsächlich das Recht der Kinder, nichts wider die Erhaltung ihres Lebens vorzunehmen. Nimmt man die Erzeugung der Kinder zum Fundament der älterlichen Gewalt an, so muß man auch behaupten, daß beyde Aeltern ein gleiches Recht bey der Ausübung der älterlichen Gewalt haben [i]); folglich irrt Hobbes a. a. O. und der Herr von Leyser Spec. 18. med. 1., welche der Mutter diese Gewalt allein zueignen, so wie auch die Meynung Pufendorfs und Grotius a. a. O. falsch ist, welche dem Vater mehr Rechte geben, als der Mutter. Da es aber angeht, das Naturrecht durch bürgerliche Gesetze abzuändern, wie wir im 1sten Theile dieses Commentars

d) Pvfend. in iure nat. Lib. 6. c. 2. §. 4.

e) Henniges ad Grotivm, Pag. 434.

f) Herr GTR. Höpfner im Naturrechte, §. 160. Ebend. im Comment. über die Instit. S. 105.

g) Gebaver Diss. cit. cap. 1. §. 9.

h) Grotivs de iure B. et P. Lib. 2. c. 5. §. 1. Achenwall in iur. nat. Part. II. §. 53. Meyers gesellsch. Recht, §. 108.

i) Achenw. l. c. Vlrich Init. phil. iusti, § 443. Daegener D. de aequali parent. auxilio, Lipsi. 1723.

mentars S. 88 gesehen haben, so läßt sich auch gegen die Verordnungen der bürgerlichen Gesetze, über die Beschaffenheit der älterlichen Gewalt nichts einwenden, wenn sie mit der Gerechtigkeit übereinstimmen, und dieser Umstand veranlaßt eine Abtheilung der älterlichen Gewalt, in die natürliche und in die bürgerliche väterliche Gewalt [k]).

Die natürliche väterliche Gewalt, worunter man den Inbegriff von Rechten und Verbindlichkeiten der Aeltern gegen ihre Kinder versteht, die selbst nach dem Naturrechte statt finden, welche aber durch positive Gesetze genauer bestimmt oder abgeändert worden sind, haben beyde Aeltern über ihre ehelichen und unehelichen Kinder [l]). In Teutschland haben wir ein doppeltes gemeines bürgerliches Recht, nämlich ein ursprünglich teutsches und ein angenommenes römisches und kanonisches; daher ist die bürgerliche väterliche Gewalt nach diesen Gesetzen zu beurtheilen; denn es zeigen sich bey uns noch gar viele Würkungen der römischen väterlichen Gewalt, obgleich einige Rechtslehrer [m]) dieses leugnen.

Die natürliche Gewalt der Aeltern giebt ihnen sehr wichtige Rechte, und dazu gehört:

I. das Recht, die Kinder zu erziehen, das heißt, ihre Handlungen dergestalt zu lenken, daß ihre zeitliche und ewige Wohlfahrt dadurch befördert werde. Es ist zwar sehr darüber gestritten worden, ob Aeltern schuldig sind,

k) Renz Mixtura etc. S. 464. Hommel D. de vsu patr. etc. S. 464.

l) Aug. Fr. Schott D. de indole potest. patr. ex iur. nat. princip. Lips. 1766. Schmidt Inst. iur. ciuil. §. 664. Hommel Diss. cit. §. 63. Io. Balth. Wernher D. de iure parent. et liber. secund. ius natur. §. 16.

m) Thomasius ad tit. Inst. de patr. potest. Pag. 35. Idem in Diss. de vsu pract. tit. Inst. de patr. pot. c. 2. §. 1. Gyphan. Comment. ad §. 2. Inst. de patr. pot. Gvdelin. de iure nouiss. Lib. 1. c. 13. §. 5. Groenewegen de leg. abrog. ad tit. Inst. de patr. pot. Pag. 35.

ihre Kinder zu erziehen. Sehr viele Naturrechtslehrer erklären die Aeltern für ganz unverbindlich dazu; andere wollen wenigstens keine vollkommne Verbindlichkeit statuiren n), und als Beweis führen sie folgende Gründe an. Sie sagen: so lange zwischen Aeltern und Kindern keine Handlungen vorfallen, wodurch den Aeltern vollkommne Verbindlichkeiten aufgelegt werden, so lange liegen ihnen blos solche ob, die sie gegen andere Menschen haben. Gleich wie nun ein Mensch gegen den andern, wenn nicht Handlungen, als Verträge oder Beleidigungen, dazwischen kommen, nur negativische Verbindlichkeiten hat, das heißt, solche, die dahin gehen, daß etwas unterlassen werden soll; aber keine affirmativischen, das heißt solche, die darin bestehen, daß etwas gethan werden soll; so hat es auch gleiche Beschaffenheit mit den Verbindlichkeiten der Aeltern gegen ihre Kinder; denn der Umstand, daß die Kinder den Aeltern ihr Daseyn zu danken haben, enthält nach der Vernunft keinen Grund zu einer vollkommnen Verbindlichkeit. Diese Argumente haben bey andern Rechtsgelehrten kein Gewicht, und sie halten daher die Aeltern schon nach dem Naturrechte für verbindlich, ihre Kinder zu ernähren o), welcher Meynung ich ebenfalls beystimme, da ich ohne Moral kein Naturrecht anwenden mag. Aus dieser Verbindlichkeit rühren folgende wichtige Rechte und Verbindlichkeiten her, als

1) die Schuldigkeit den Kindern Alimente zu reichen. Was durch bürgerliche Gesetze darüber festgesetzt worden, kann hier nicht vorgetragen werden, sondern gehört in den Titel de agnoscendis et alendis liberis.

2) Das

n) Grotius l. c. Lib. 2. c. 7. §. 4. Achenw. Part. II. §. 57. Ulrich l. c. §. 441. Herr HR. Eichmann a. a. O. Thl. 3. S. 155.

o) Pufendorf l. c. Lib. IV. c. 11. §. 4. Cocceii ad Grotium l. c. Seyffert D. de ordine alimentorum partui maxime ex sponsa nato iure sanguinis praestandorum, Viteb. 1778. Herr HR. Feders prakt. Philos. §. 47. Desselben Naturrecht.

2) Das zweyte wichtige Recht der natürlichen älterlichen Gewalt besteht in dem Rechte, Ehrerbietung von den Kindern verlangen zu können [p]; denn ohne dieses Recht würde es den Aeltern unmöglich werden, ihre Erziehungspflicht vollkommen zu erfüllen. Auf dieses Recht haben die römischen Gesetze wichtige Pflichten der Kinder gegründet. Es durfte nämlich bey den Römern

α) kein Kind seine Aeltern, ohne Erlaubniß des Richters, vor Gericht fordern [q]. Diese Verordnung kann in Teutschland deswegen nicht angewendet werden, weil bey uns die citatio priuata nicht geschehen darf.

β) Die Kinder dürfen nach römischem Rechte, keine solche Klage wider die Aeltern anstellen, welche die Ehrlosigkeit nach sich zieht, oder doch dem guten Ruf schadet, welches der Fall bey der Betrugsklage war, oder bey einer Injurienklage. Auch nicht einmal solche Einreden, wo es auf das nämliche hinauslief, durften von den Kindern wider die Aeltern vorgeschützt werden, sondern in dergleichen Fällen hatte blos eine actio oder exceptio in factum wider die Aeltern statt [r]. Einige Rechtslehrer sind zwar der Meynung, von dieser Verordnung des römischen Rechts lasse sich deswegen heut zu Tage kein Gebrauch machen, weil es nicht gewöhnlich sey, den Namen der Klage anzuführen, folglich es nicht in die Augen falle, ob die Betrugsklage oder die actio in factum angestellt worden sey [s]. Diese Behauptung erklären aber andere Rechtslehrer für falsch, weil die Benennung der Klage auf solche keinen Einfluß habe, und die Klage die nämliche bleibe, man möge sie genannt haben oder nicht; über dieses könne auch der Kläger

p) L. 2. D. de iust. et iure. L. 5. C. de patr. potest.

q) §. 12. Inst. de action. L. 4. §. 1. L. vlt. D. L. 3. C. de in ius voc.

r) L. 11. D. de dolo malo. L. 5. C. eod. L. 4. §. 16. et fin. D. de dol. mal. et met. exc. L. 7. §. 2. D. de obs. par. et patr. praest. L. 2. D. qui et aduers. quos.

s) GROENEW. ad L. 2. D. de dol. mal.

dadurch, daß der Beklagte die Einrede der unstatthaften Klage vorgeschützet, mittelbar genöthigt werden, den Namen der Klage anzugeben [t]). Eben so wenig könne eingewendet werden, daß heut zu Tage weder die Klage aus dem Betruge, noch andere ähnliche Klagen, die Ehrlosigkeit nach sich zögen, welches von einigen [u]) behauptet wird; denn andere Rechtslehrer widerlegen diese Behauptung, und wenn es auch wirklich seyn sollte, so sey doch so viel gewiß, daß die Anstellung solcher Klagen dem guten Ruf schaden, daher müsse man mit Grund behaupten, auch heut zu Tage sey keine solche Klage wider die Aeltern zulässig, sondern es sey des Kindes Pflicht, die actio in factum zu brauchen, zu deren Begründung zwar die ganze vorgegangene Handlung erzählt werden dürfe, nur mit Enthaltung der Worte, Betrug und Ehrlosigkeit [x]). Was von der Betrugsklage Rechtens ist, findet auch bey der Einrede des Betrugs statt, wo ebenfalls die Worte gemäßigt, und die Sache vorgetragen wird, ohne vom Betrug etwas zu sagen [y]). Auch nicht einmal den Eyd für Gefährde, sollen die Kinder in Proceßsachen mit den Aeltern, verlangen [z]).

γ) Die Aeltern können, wegen der ihnen schuldigen Ehrerbietung, von den Kindern verlangen, daß man sie nicht nöthige, wider sie zu zeugen; jedoch nimmt man nach dem Gerichtsgebrauche die Fälle aus, wo die Wahrheit nicht anders herausgebracht werden kann, oder wenn die Aeltern selbst mit einander streiten [a]).

δ) Dür-

t) Hommel Diss. cit. §. 66.

u) Thomas. de vsu act. poenal. §. 15. 16. et ad tit. Dig. de dol. mal.

x) Brvnnemann ad L. 5. de in ius voc. ad L. 11. 12. D. de dolo malo. Cocceii Ius contr. eod. tit. Qu. 9. Stryck Vsus mod. tit. de in ius voc. §. 2. Hommel Diss. cit.

y) L. 4. §. 16. D. de doli mali except. Hommel Diss. cit. §. 67.

z) Lavterbach ad tit. Dig. de iureiur. §. 84.

a) Berger Electa disc. for. tit. 27. Obs. 1. n. 3. Leyser Spec. 283. med. 27. Carpzov. Part. I. Const. 16. Def. 57.

δ) Dürfen sich die Kinder, ohne Einwilligung der Aeltern, nicht verheyrathen, wie wir bey der Lehre von Verlöbnissen g. G. sehen werden.

3) Ein drittes in der natürlichen väterlichen Gewalt liegendes Recht, besteht in der Befugniß der Aeltern, die Kinder zu züchtigen, weil sie sonst nicht im Stande seyn würden, eine gute Erziehung der Kinder zu bewerkstelligen. Hier dürfen die Aeltern aber keine andern als zweckmäßigen Zuchtmittel brauchen, folglich weder die Kinder ungesund schlagen, noch auf die Art züchtigen, daß die Besserung des Kindes dadurch schlechterdings nicht befördert werden kann. Daß dieses Strafrecht bis zum Zuchthause sich erstrecken dürfe, wenn es die Obrigkeit ebenfalls für nöthig erkennt, beweißt die traurige Erfahrung. Ob es aber ohne Vorwissen der Obrigkeit, und blos mit Bewilligung des Vorstehers des Zuchthauses geschehen könne, darüber stritten die Rechtslehrer [b]).

4) Hierher muß ferner das Recht gerechnet werden, die Religion der Kinder zu bestimmen. Bekennen sich beyde Aeltern zu ebenderselben Religion, so wird nicht leicht ein Streit darüber vorfallen, weil sie ihre Kinder nach den nämlichen Religionsgrundsätzen unterrichten lassen werden. Ein Ehegatte darf aber ohne Bewilligung des andern, hierüber nichts für sich allein entscheiden; denn Personen, die einerley Religion haben, geben, wenn sie mit einander in die Ehe treten, und nichts wegen der Religion ihrer Kinder ausmachen, stillschweigend ihre Einwilligung zu erkennen, daß ihre Kinder in eben der Religion erzogen werden sollen, welche sie bekennen. Uebrigens steht es dem Kinde frey, wenn es den nöthigen Verstand dazu hat, die Religion der Aeltern, in der es erzogen worden, zu verlassen. Für fähig zu dieser Beurtheilung, hält man unter den Catholiken die Kinder, wenn sie zum Abendmahle gegangen sind; die Protestanten hingegen verstatten Kindern nach zurückgeleg-

b) Leyser Spec. 17. med. 3.

tem 14ten Jahr diese Wahl. In dem Westphälischen Friedensexecutionsreceß zu Nürnberg, im Jahr 1650. konnte man sich über das Jahr nicht vereinigen [c]). Die mehresten Rechtsgelehrten sagen zwar, durch ein Conclusum des Corporis Euangelicorum vom 22. April 1752. sey das 14te Jahr zum Unterscheidungsjahre (annus discretionis) festgesetzt worden. Andere Rechtslehrer erklären aber diese Meynung für falsch, weil vielmehr das Corpus Euangelicorum zu Regensburg jederzeit den Grundsatz eifrigst vertheidigt habe, daß man bey Kindern, die über wichtige, ihr zeitliches und ewiges Wohl betreffende, Sachen sich entschließen sollen, solche hinlängliche Jahre erfordere, wo sich eine reife Beurtheilungskraft zu äußern pflegt, und wirklich sich äußert, und daß es höchstens möglich sey, bey einem vierzehnjährigen Kinde solche Verstandskräfte, und eine solche Wissenschaft anzutreffen, um von den Gründen urtheilen zu können. Eben deswegen müssen solche Kinder über ihre Religionskenntnisse geprüft werden [d]).

Sollten die Aeltern zweyerley, folglich verschiedner Religion zugethan seyn, so kommt es darauf an, ob die Landesgesetze festsetzen, daß die Söhne in der Religion des Vaters, und die Töchter in der Religion der Mutter erzogen werden sollen, oder ob die Gesetze nichts darüber verordnen [e]). Bey dem ersten Falle ist nochmals darauf Rücksicht zu nehmen, ob dieses Gesetz ein verbietendes ist, worin wohl gar eine Strafe auf die Uebertretung festgesetzt ist, oder ob das Gesetz diese Angelegenheit nur bestimmt,

c) Meiern Acta Pac. execut. Part. II. Pag. 804. 812. 813. 815. 825. 871.

d) Boehmer Ius Protest. Tom. III. Pag. 276. Idem in Resp. Tom. I. Resp. 1. 2. 3. Hofacker Princ. Iur. Rom. Tom. I. Pag. 437. Strubens Bedenk. Thl. 1. S. 336. von Steck Abhandl. aus dem Staats- und Lehnrechte, Halle 1757. S. 1.

e) von Zwierleins Nebenst. Abh. 9. und 10.

stimmt, um Streitigkeiten zu verhüten, welche unter Ehegatten darüber entstehen können, weil nichts darüber festgesetzt worden. Sind Gesetze der ersten Art vorhanden, so geht es darnach, und die Ehegatten dürfen durch Ehestiftungen nichts anders ausbedingen. Bey Gesetzen der letzten Art haben Aeltern allerdings das Recht, über die Religion ihrer Kinder in der Ehestiftung etwas festzusetzen; ist dieses aber nicht geschehen, so geht es nach den darüber vorhandenen Gesetzen. Vernünftig ist es daher auch, wenn weder durch die Gesetze, noch durch Ehestiftung bestimmt worden, in was für einer Religion die Kinder erzogen werden sollen, da der Vater eine andere Religion bekennt, und die Mutter wieder eine andere, daß alsdenn die Söhne zur Religion des Vaters, und die Töchter zur Religion der Mutter angeführt werden [f]).

5) Weiter gehört hierher das Recht, die künftige Lebensart der Kinder zu bestimmen [g]). Können sich die Aeltern über die künftige Lebensart der Söhne nicht vereinigen, so hat des Vaters Meynung hierbey den Vorzug, weil er am besten wissen muß, welche Lebensart den Kräften des Sohnes am angemessensten sey, jedoch kann der Sohn nach erlangter hinlänglicher Einsicht eine andere Lebensart wählen, ohne daß ihn der Vater zu zwingen berechtigt wäre [h]). Hiernach läßt sich die Frage beurtheilen, ob, wenn der Vater sein Kind, zu Erlernung der Handlung oder einer Profession zwingen, solches aber studiren will, der Vater gerichtlich angehalten werden könne, die Kosten zu bezahlen, da er das Vermögen dazu hat, und das Kind wirklich gute Eigenschaften zum Studiren besitzt? Verschiedene Rechtsleh-

f) Baumgartens theolog. Gutachten, 1ste Samml. 9tes Stück, S. 314. Herr von Zwierlein a. a. O. §. 3.

g) Pvfendorf in iure nat. Lib. 6. c. 2. §. 13. Lvdovici D. de iure et iurispr. domest. c. 3. §. 4.

h) Lvdovici l. c. §. 4. Pvfendorf l. c. §. 12. Strvv Decis. Sabb. I, 8.

lehrer [i]) erklären den Vater für verbindlich; andere [k]) aber nicht; und noch andere [l]) überlassen die Sache dem Ermessen des Richters. Die gegründetere Meynung ist es wohl, daß die Aeltern schuldig sind, diejenige Lebensart zu genehmigen, wozu der Sohn Neigung und Geschicklichkeit hat, solche auch seinem moralischen Character nicht nachtheilig werden kann; daher können sie angehalten werden, die Schulden zu bezahlen, die sein Unterhalt nothwendig erforderte. Hätte aber der Sohn schlecht gewählt, so muß der Vater doch wenigstens so viel bezahlen, als seine natürlichen Alimente betragen; denn diese ist er ihm in jedem Falle zu geben schuldig [m]).

6) Außer den angeführten, in der natürlichen väterlichen Gewalt liegenden Rechten, gehört auch die Befugniß der Aeltern hierher, von den Kindern gewisse Dienste und Hülfsleistungen verlangen zu können [n]). Der Herr von Leyser behauptet, blos der Vater sey berechtigt, diese Hülfe zu verlangen; es ist aber diese Meynung unbillig; denn die Erziehung, wozu beyde Aeltern nach dem Naturrechte verpflichtet sind, giebt ihnen auch beyden das Recht, den Kindern vorzuschreiben, was sie thun sollen, damit sie vom Müßiggange abgehalten, und zum Fleiße gewöhnt werden; jedoch kommt es bey den Beschäftigungen des Sohnes vorzüglich auf den Vater an, bey den Arbeiten der Tochter aber, muß der Wille der Mutter vorgehen, wenn nicht besondere Umstände eine Ausnahme nöthig machen.

Die Dienste der Kinder sind verschieden; denn einige derselben erfordern eine erlernte Kunst und Profession, andere

i) Carocivs de remed. contra sent. exc. 57. n. 8.

k) Donellvs ad L. 5. C. ad Sctm. Maced.

l) Lvdovici Diss. cit. §. 5. Lavterb. ad tit. de Scto Maced. in *Eius* Comp.

m) I. B. Wernher D. de libera facultate in eligendo vitae genere liberis permittenda, Vit. 1715.

n) Harpprecht D. de operis liberorum, quas suis parentibus debent ac praestant. in *Eius* Diss. acad. Vol. I. n. 1. Leyser Spec. 17. med. 2.

dere aber können geleistet werden, ohne diese Kenntnisse zu besitzen. Erstere heißen operae artificiales, letztere aber operae inartificiales, und diese theilt man nochmals in operas oeconomicas, häusliche Arbeiten, das heißt, solche, welche bey der Haushaltung nöthig sind, und operas officiales, Liebesdienste, wenn sie von jedem dankbaren Menschen geleistet werden.

Von den Diensten der Kinder, welche operae inartificiales genennt werden, können die Aeltern so viel verlangen, als die Kinder zu leisten im Stande sind, ohne daß sie berechtigt wären, eine Vergütung dafür zu fordern; denn sie sind als eine Vergütung der erhaltenen Alimente zu betrachten. Man nehme also z. B. den Fall an: die Tochter hätte die Wirthschaft geführt, weil die Mutter krank war, oder sie wartete sie in ihrer Krankheit. Dafür kann sie den andern Geschwistern bey der Theilung der Erbschaft nichts ansetzen, und eine Vergütung verlangen.

Operae artificiales können nach der Behauptung vieler Rechtslehrer, die Aeltern von ihren Kindern nur alsdenn verlangen, wenn sie bey den Aeltern allen Unterhalt bekommen. Wollen sich aber die Kinder selbst erhalten, so gehört ihnen auch aller Verdienst, der ihnen durch ihre Arbeiten zu Theil geworden. Selbst alsdenn, wenn die Aeltern durch die operae artificiales der Kinder gewinnen, müssen sie ihnen eine verhältnißmäßige Vergütung dafür zugestehen, oder die Kinder können solche bey der Vertheilung der Erbschaft ansetzen; z. B. der Sohn hat dem Vater als Buchhalter bey der Handlung geholfen, da er sonst eine große Summe dem fremden Buchhalter hätte bezahlen müssen o).

7) Endlich gehört auch noch das Recht hierher, die Herausgabe der Kinder von demjenigen zu verlangen, der sie den Aeltern vorenthält.

II) Das

o) HARPPRECHT D. de salario pro operis liberorum praestandis, Strubens Bedenk. Thl. 3. Bedenk. 49.

II) Das zweyte Hauptrecht, welches aus der natürlichen älterlichen Gewalt entspringt, besteht in dem Rechte, die Güter der Kinder gewissermaßen zu benutzen, nämlich

α) In wie fern der Aufwand der Erziehung davon bestritten werden soll p). Ich will hiermit nicht behaupten, schreibt Hr. RR. Eichmann, daß die Rechte der Aeltern in Ansehung der Güter der Kinder bey uns so eingeschränkt wären; sondern damit nur so viel sagen, daß, wenn die positiven Gesetze nichts verordnen, alsdenn den Aeltern ein solches Recht in Ansehung der Güter der Kinder zustehe. Da dieses Recht die natürliche väterliche Gewalt mit sich bringt, so haben es Vater und Mutter zugleich. Es kann also eine Mutter nach dem Tode des Vaters, so viel von den Einkünften der Güter der Kinder verlangen, als die Erziehung der Kinder nothwendig erfordert, wenn ihr gleich in den Landesgesetzen oder Statuten der Nießbrauch nicht ausdrücklich ertheilt seyn sollte; genug, daß ihr jenes Recht der natürlichen älterlichen Gewalt nicht genommen ist; jedoch wird auch vorausgesetzt, daß die Mutter die Erziehung der Kinder besorgt, und ihr solche nicht genommen werden müssen. Nun entsteht die Frage: ob, wenn die Mutter nicht zugleich Vormünderin ihrer Kinder ist, ihr dennoch in jener Absicht, nämlich den Erziehungsaufwand bestreiten zu können, die Verwaltung gewisser Güter der Kinder gelassen werde, oder ob ihr der Vormund so viel geben müsse, als sie nöthig hat? Es geht an, das eine oder das andere zu thun; wird ihr aber das erstere erlaubt, so muß sie, wie andere Verwalter fremder Güter, Rechnung ablegen, und der Ueberschuß gehört den Kindern. Bey solchen Umständen verhält es sich mit der Mutter in Ansehung der Nutzungen des Vermögens der Kinder ganz anders, als wie mit dem Vater, wenn er nach Vorschrift des positiven Rechts den Nießbrauch des Vermögens seiner Kinder hat.

β) Kön-

p) Nettelbladt Iurispr. natur. Part. II. Pag. 552.

β) Können auch die Aeltern die Güter der Kinder benutzen, um sich zu erhalten, wenn sie sich sonst auf keine andere Weise ihren Unterhalt verschaffen können; denn da sie ein Recht haben, für die Erziehung der Kinder zu sorgen, dieses aber nicht möglich seyn würde, wenn sie sich dieses Erhaltungsmittels nicht sollten bedienen können, so kann ihnen auch jenes Recht nicht abgesprochen werden. Aus dem, woher dieses Recht herleitet worden, ergiebt sich zugleich, daß die Aeltern es nur so lange ausüben können, als sie die Erziehung der Kinder dazu berechtigt; die positiven Gesetze aber haben den Kindern überhaupt die Verbindlichkeit aufgelegt, ihre Aeltern im Fall der Noth zu erhalten, ja es wird nicht einmal bey Aeltern, die ein Verbrechen begangen haben, eine Ausnahme verstattet; denn die römischen Gesetze sagen: verachten auch die Aeltern die Gesetze, und werden gottlos, so blieben sie doch immer noch Aeltern [q]).

So groß die Anzahl der angeführten Rechte der Aeltern ist, welche aus dem Naturrecht bewiesen werden können, so giebt es dennoch auch andere, welche zur natürlichen älterlichen Gewalt gehören, weil die positiven Gesetze zwar viele davon, aber doch nicht alle genauer bestimmt haben, folglich zeigen jene nicht berührten unter den vorkommenden Umständen, allemal noch ihre Kraft und Würkung.

Da wir die natürliche älterliche Gewalt kennen lernen, so wird es sehr nützlich seyn, die Bestimmungen kurz anzuführen, welche die positiven, hauptsächlich die römischen Gesetze deswegen gemacht haben, welche Bestimmungen die eigentlich sogenannte bürgerliche väterliche Gewalt ausmachen, und die nur der Vater hat, aber nicht die Mutter [r]). Zu diesen Rechten der bürgerlichen väterlichen Gewalt gehört nun:

1) Das

q) L. 73. §. 1. D. de iure dot. Nov. 12. c. 2.
r) Lib. 1. tit. 9. Inst. de patr. potest. Lib. VIII. tit. 47. Cod. de patr. potest.

1) Das Recht den Kindern, im Testamente einen Vormund zu bestellen, welches Recht der Mutter nicht mit eben der Würkung zusteht [s]). Der Vater kann dieses Recht ausüben, wenn er auch sein Kind in seinem Testamente enterbt hat, weil er dadurch nicht zugleich die väterliche Gewalt verliert [t]). Hat der Vater seinem unmündigen Kinde, im Testament einen Vormund bestellt, und dieses Testament wird umgestoßen, so besteht dennoch die Vormundschaftsbestellung, wenn nur sonst dem ernannten Vormund nichts entgegen steht [u]).

2) Begreift die römische väterliche Gewalt das Recht, den Kindern pupillarisch zu substituiren, das heißt, ihnen auf den Fall einen Erben zu ernennen, wenn sie in der Unmündigkeit sterben sollten [x]).

3) Gehört das Recht hierher, daß der Vater in gewissen Fällen mit seinem Sohn für eine Person gehalten wird. Es genießt deswegen auch heut zu Tage der Vater noch immer gewisse Vorrechte, worauf die Mutter keine Ansprüche machen darf, und dahin gehört:

α) das Recht, daß der Vater durch sein Kind, etwas noch weit kräftiger erwerben kann, als durch eine dritte Person. Bey den Römern war dieses ein sehr wichtiges Vorrecht, weil sie den Satz behaupteten: man könne durch eine dritte Person nicht anders etwas erwerben, als wenn sie unserer väterlichen, oder herrschaftlichen Gewalt unterworfen sind, welcher Grundsatz aber heutzutage nicht mehr befolgt wird [y]).

β) Kön-

s) L. 1. D. de test. tutel.
t) L. 4. D. de test. tutel.
u) L. 3. D. de confirm. tut. vel curat.
x) L. 2. pr. D. de vulg. et pup. substit. Princ. Inst. de pup. subst.
y) Thomas. ad Inst. tit. de inut. stipul. Pag. 220. Brvnnemann ad L. 25. D. de pact. n. 3. Mevivs Part. IV. Dec. 112.

β) Können wir auch dahin rechnen, daß das Kind seinen Vater, so lange es noch seiner väterlichen Gewalt unterworfen war, nicht verklagen durfte, weil überhaupt wegen der Einheit der Personen kein Vertrag zwischen beyden geschlossen werden durfte [z]).

γ) Ist das Recht des Vaters hierher zu rechnen, die Sachen seiner Kinder veräußern zu können, ohne Vollmacht von ihnen dazu nöthig zu haben, welches Recht die Mutter nicht hatte [a]).

δ) Ein hierher gehörendes Recht war es ferner, daß der Vater die ihm angefallne Erbschaft seines Kindes weiter vererbt, wenn er gleich gestorben seyn sollte, ohne die Erbschaft angetreten zu haben [b]).

4) Ein viertes wichtiges Recht der römischen väterlichen Gewalt war es, daß dem Kinde, welches noch in der väterlichen Gewalt stand, ohne des Vaters Einwilligung kein baar Geld geborgt werden durfte, wie der Macedonianische Rathsschluß beweißt.

5) Gehört das Recht des Vaters hierher, das Peculium der Kinder zu benutzen.

Diese kurze Erklärung des Begriffs der älterlichen und väterlichen Gewalt nach dem Naturrecht, und wie sie durch römische Gesetze bestimmt worden, wird bey der Erläuterung mehrerer Materien nützlich seyn; die ausführlichere Erörterung aller angeführten Rechte kann aber freylich nicht anders vorkommen, als bey den Hauptmaterien, wovon diese Rechte Theile sind. Wegen der Wichtigkeit des Gegenstandes finde ich nöthig, auch noch dasjenige auszugsweise vorzutragen, was Hr. HR. Glück und Hr. von Globig darüber gesagt haben.

Unsere heutige väterliche Gewalt, schreibt Hr. HR. Glück, hat durch Vermischung der römischen und teutschen Rechte,

z) L. 4. et 11. D. de iud. L. 2. §. 6. Inst. de inut. stipul. L. 1. §. 1. D. de donat.

a) L. 1. C. de bon. mat.

b) Brvnnemann ad L. 2. D. de castr. pecul. Cocceii in iure contr. Lib. 5. tit. 2. Hommel Diss. cit. §. 84.

Rechte, ihr Daseyn erhalten; sie stehet nicht dem Vater allein zu, sondern die heutigen Rechte und Sitten lassen auch der Mutter, ob zwar nicht gleichen, aber doch gewiß keinen geringen Antheil daran nehmen [c]). Der Inbegriff aller den Aeltern über die Kinder zustehenden, und fürnehmlich auf den Zweck der Erziehung sich beziehenden Rechte, ist demnach die väterliche oder vielmehr älterliche Gewalt nach heutigen Rechten. Bey Zergliederung derselben kommt es auf drey Fragen an: I. welche älterliche Rechte sind gemeinschaftlich? II. Welche stehen dem Vater ausschließlich zu? III. Was nimmt sonst der Gerichtsgebrauch aus dem neuern Rechte in Ansehung dieser Lehre an, und was ist davon in Teutschland nicht mehr zu gebrauchen?

Die erste Frage anlangend, so setzen wir als Grundsatz des heutigen Rechts fest, daß diejenigen Rechte der älterlichen Gewalt, die sich über die Person der Kinder erstrecken, beyden Aeltern gemeinschaftlich zustehen. Dies ist teutschen Rechtens. Denn wenn gleich nach dem neuern römischen Recht [d]) der Mutter einige Gewalt über ihre Kinder beygelegt wird, so war doch diese in der That Schattenwerk [e]). Daher die neuern römischen Gesetze noch überall den Satz einschärfen: daß eheliche Kinder in des Vaters Gewalt seyen, und der Mutter keine väterliche Gewalt über ihre Kinder zustehe [f]). Die nach heutigen Rechten beyden Aeltern über die Person ihrer Kinder zustehenden Rechte und Pflichten beziehen sich nun überhaupt auf alles, was die Sorge für die Glückseligkeit der Kinder erheischt. Beyden Aeltern liegt demnach

1) die

c) Lyncker D. de matris potest. in liberos, Ien. 1688. Rothhan D. de materna potestate in liberos ex Germanor. legib. et more, Götting. 1772.

d) L. 4. D. de curat furios. §. fin. Inst. de nupt.

e) Püttmann Probab. c. 10.

f) §. 3. Inst. de patr. pot. §. 10. Inst. de adopt. L. 5. C. eod. tit.

1) die Pflicht ob, ihre Kinder zu guten Menschen zu erziehen, und sie zum bürgerlichen Leben zu bilden. Beyde Aeltern haben daher auch das Recht, die Handlungen der Kinder zu leiten, in so weit es der Zweck der Erziehung erfordert, und die dazu dienlichen Verfügungen zu machen. Der Gesetzgeber darf, schreibt der Hr. v. Globig S. 98 seiner Preisschrift, in einer sonst wohl organisirten Regierung, wo nicht politischer Despotismus auf die Familienverhältnisse zurück würkt, oder wo die Vielweiberey die zärtlichsten Pflichten der Natur zerrüttet, keinesweges gestatten, daß die Mutter von demjenigen Antheil der Erziehung ihrer Kinder ausgeschlossen werde, worauf sie, nach ihrer natürlichen Bestimmung, Anspruch machen darf. Der Säugling, das noch stammelnde, noch mit ungewissen Schritten folgende Kind, ist wenigstens bis nach zurückgelegtem vierten Jahre ihrer alleinigen Aufsicht und Pflege zu überlassen; weil selbst die Natur diese Gränzlinie bezeichnet, und der Vater nur dann erst seine Erziehung, seinen Unterricht anfangen kann, wenn die Sprachorgane und mit selbigen die Verstandskräfte sich entwickeln. Ihr gebührt auch die Erziehung der Töchter, in so weit solche die besondern weiblichen Geschäfte in sich faßt; und wenn darüber zwischen Vater und Mutter Streit entsteht, so ist die Präsumtion für die Mutter, so lange der Vater nicht darthun kann, daß es ihr an Kräften oder an Willen fehle, ihrer Obliegenheit ein Gnüge zu leisten. — Bey den übrigen Angelegenheiten der Töchter sowohl, als bey der Erziehung der Söhne, und dem wichtigsten Schritt von beyden, wodurch sie das väterliche Haus verlassen, kann die Mutter nur als Rathgeberin auftreten: dem Vater gebührt die Entscheidung; und die Obrigkeit darf den Widerspruch der Mutter nicht achten, so lange das Kind selbst sich dem Willen des Vaters unterwirft: die Mutter darf auch selbiges aus dieser Ursache nicht verstoßen, oder anderer Familienvorzüge berauben. Ist aber das Kind auf Seiten der Mutter, so hat der Widerspruch von beyden

allerdings so viel Gewicht, daß der Richter zwischen selbigen und dem Vater entscheiden muß. — —

Einige Gesetzgeber erstreckten die Theilung der älterlichen Rechte so weit, daß sie annahmen, bey Aeltern verschiedner Religion, müsse der Sohn in der Glaubenslehre des Vaters, die Tochter in der Religion der Mutter erzogen werden. Allein, vorausgesetzt, daß es zur guten Ordnung im Staate gehöre, die Kinder in den besondern Religionsmeynungen der Aeltern zu unterrichten; — ein Unterricht, welcher allemal einen Gewissenszwang enthält, weil er durch persönliche Autoritäten unterstützt wird, und in solchen Jahren geschieht, wo es der Seele noch an ihrer gehörigen Reife fehlt; — so würden doch die Kinder, ohne Ausnahme, der Religion des Vater folgen müssen, weil hier keine Gründe eintreten, weshalb die Mutter eine Theilung verlangen könnte. — Die wichtige Frage, in welcher Religion die Kinder zu unterrichten, wenn die Aeltern verschiedner Religion sind [g]), ist auf dem Westphälischen Friedensexecutionscongreß zu Nürnberg im Jahr 1650, mit beyder, der katholischen und evangelischen Stände Einstimmung dahin entschieden worden [h]), daß die Kinder beyderley Geschlechts in des Vaters Religion erzogen werden sollen, bis sie die Unterscheidungsjahre (S. 472) erreicht haben; jedoch kann durch Eheverträge etwas anders festgesetzt werden, so wie es denn auch in manchen Ländern, z. B. in Hessen, der Pfalz, Oettingen [i]) ꝛc. besondere Verordnungen giebt, vermöge deren der Sohn in der Glaubenslehre des Vaters, die Tochter aber in der Religion der Mutter erzogen werden muß.

Zur

g) Dürr D. de potest. patr. circa relig. liberorum, Mogunt. 1755. in Schmidt thes. Tom. VI Diss. 18. Pag. 674.

h) de Meiern Acta execut. Tom. II. Lib. 12. §. 12. Pag. 681. Lib. 13. §. 3. et 21 Pag. 804. Mosers Reichshofr. Concl. Thl. 7. S. 1037. Estors Proceß, Tit. 135. S. 412.

i) Moser von der Landesh. in geistl. Sachen, S. 485. Hr. RR. Eichmann, Thl. 3. S. 168.

Zur Erziehung der Kinder gehört auch ferner die Bestimmung der künftigen Lebensart derselben (S. 473). Können sich die Aeltern hierüber gütlich nicht vereinigen, schreibt Hr. HR. Glück, so kömmt es vorzüglich auf den Vater an, zu bestimmen, welche Handthierung oder Kunst der Sohn erlernen solle. Denn diesem traut man in einem solchen Fall eine reifere Beurtheilungskraft zu, daß er besser wissen muß, als die Mutter, welches Metier, der Neigung und dem Talent des Sohnes am angemessensten ist. So lange nun Kinder in dem Zustande der Unmündigkeit sich befinden, müssen sie den Unterricht, welchen die Aeltern ihnen geben, das Gewerbe, wozu sie bestimmt werden, ohne Widerrede annehmen, und dürfen sich bey der Obrigkeit deshalb nicht beschweren, weil man ihnen die gehörige Beurtheilungskraft noch nicht zutrauen kann. Allein haben sie die Mündigkeit erreicht, so darf ihr Widerspruch bey der Wahl ihres künftigen Gewerbes nicht ganz aus der Acht gelassen werden, weil darauf das Glück des künftigen Bürgers, und dessen Mitwürkung zum allgemeinen Besten beruhet. Es muß wenigstens in dergleichen Fällen über die Rechtmäßigkeit der Weigerung von dem Richter geurtheilt werden, wie Hr. von Globig a. a. O. S. 113 bemerkt. Wenn Aeltern dem Kinde den Unterricht vorenthalten, dessen es bedarf, um dereinst, nach seinem Stande und sonstigen Verhältnissen, als ein brauchbares Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft zu erscheinen, so kann das Kind darüber bey der Obrigkeit Beschwerde führen, und letztere ist befugt, die Mißbräuche zu ahnden.

2) Beyde Aeltern können gleiche Ehrerbietung von ihren Kindern verlangen [k]). Kinder werden daher so wenig gegen den Vater, als gegen die Mutter, mit solchen Klagen und Rechtsmitteln gehört, welche der schuldigen Ehrerbietung zuwider laufen, wohin z. B. das Gesuch der Wiederherstellung in den vorigen Stand, insonderheit die Klage

k) Hommel Diss. cit. cap. 3. §. 64 — 68.

des Betrugs, ferner der Eyd vor Gefährde und dergleichen zu rechnen sind. Auch dürfen die Kinder so wenig gegen die Mutter, als gegen den Vater, zur Zeugnissesablegung genöthigt werden; und die Mutter ist so gut befugt, das Kind wegen einer ihr zugefügten groben Verbal- oder Realinjurie zu enterben, als der Vater.

3) Beyden Aeltern stehet das Recht zu, die Kinder zu züchtigen l). Diese Züchtigung des ungehorsamen Kindes darf sich jedoch nie so weit erstrecken, daß solches elend und sieg geschlagen, mithin ein unbrauchbares Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft werde. Indeß muß doch allemal präsumirt werden, daß die Aeltern aus Uebereilung und Nachlässigkeit gefehlt haben, wenn sie die Gränzen der kindlichen Züchtigung überschritten haben sollten, indem das Band der Liebe, welches Aeltern und Kinder zusammen knüpft, grobe und anhaltende Mißbräuche nicht vermuthen läßt. Daher darf die Obrigkeit wegen angeblicher Mißbräuche dieser Art nicht von Amtswegen inquiriren, und die Aeltern zur Rechenschaft vorfordern; sie muß erwarten, bis das gemißhandelte Kind, oder dessen Verwandte klagen, und so lange dieß nicht geschieht, sind die Aeltern allemal durch die gegründete Präsumtion geschützt, daß sie aus gerechten Ursachen gestraft haben. Auch die Klage des Kindes ist nicht anders anzuhören, als wenn sie sofort durch sichtbare Merkmale der erlittenen Mißhandlung oder durch Zeugnisse dargethan wird. In keinem Fall kann jedoch den Aeltern erlaubt werden, ordentliche Gefängnisse zur Bestrafung der Kinder anzulegen, und eine richterliche Gewalt über sie auszuüben; denn die Teutschen haben dem Vater nie eine häusliche Gerichtsbarkeit über seine Kinder eingeräumt m). Wenn es demnach auf schärfere Ahndungen ankömmt, so ist die Hülfe bey der Obrigkeit zu suchen. Diese muß

l) Hommel l. c. §. 69. Rothhan D. de mat. pot. §. 46. Hr. von Globig, S. 93. fig.

m) de Selchow Elem. iur. germ. §. 489. Pag. 430. edit. VIII. Reinharth D. de ergastulis eorumque iure.

muß zwar das Urtheil der Aeltern anerkennen, wenn es gelinder ist, als die sonst in den Gesetzen bestimmte Strafe; härtere Urtheile aber sind nach den Gesetzen zu ermäßigen. Dieß setzt jedoch voraus, daß die angezeigte Vergehung erwiesen sey, und die bloße Anzeige der Aeltern, welche zwar eine, dem halben Beweis gleich kommende, Präsumtion wirkt, darf den Richter in so wichtigen Fällen nicht zum alleinigen Anhalt dienen, wie der Hr. von Globig a. a. O. S. 94 sich ausdrückt. Ich kann daher, heißt es daselbst weiter, der Meynung einiger Rechtslehrer [n]) nicht beypflichten, daß die Aeltern befugt wären, die Einsperrung ihres Kindes in ein Zuchthaus, ohne vorherige richterliche Einsicht, zu verlangen (S. 471); welcher Satz auch von andern Rechtslehrern [o]) mit Recht für falsch erklärt wird. Wenn ein dritter beleidigter Bürger, oder der Staat selbst, als Ankläger gegen ein Kind auftritt, welches schon in dem Alter steht, da ihm Verbrechen, wenigstens als Fahrlässigkeiten, zugerechnet und also bestraft werden können, schreibt Hr. von Globig S. 92, so ist selbiges von den Aeltern zur gesetzmäßigen Ahndung auszuliefern. Die Obrigkeit darf ihnen dieses Strafrecht um so weniger einräumen, da es gewissermaaßen ihnen zur Last zu legen ist, wenn das schon zu den Jahren der Vernunft gelangte Kind, welches sie zur Beobachtung selbst der unvollkommnen Pflichten des Bürgers beständig anführen sollten, so gar die heiligen Rechte des Menschen und des Bürgers verletzet; ja die Aeltern verdienen selbst deswegen bestraft zu werden, wenn sie durch Anreitzung oder unverzeihliche Nachsicht, zu solchen unerlaubten Handlungen ihrer Kinder Gelegenheit gegeben haben [p]).

n) Leyser Spec. 17. med. 3.

o) de Selchow l. c. §. 491. Hr. HR. Schott im Eherechte, S. 427. Hr. HR. Runde im teutschen Privatrechte, S. 510.

p) Rothhan Diss. cit. Pag. 111.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701684888/phys_0553 DFG

4) Kinder können ohne der Aeltern Einwilligung, keine verbindliche Handlung vornehmen q). Das zur präsumtiven Reife des Verstandes gelangte Kind, bleibt den Aeltern bey allen Handlungen, welche auf die Erhaltung des Hauswesens, mithin auf die ganze Familie sich beziehen, zu völligem unbedingten Gehorsam verpflichtet, schreibt Hr. von Globig. Alle Handlungen dieser Art, welche ohne Einwilligung der Aeltern unternommen werden, sind null und nichtig, und kein Eyd, noch der dabey eintretende Schaden eines Dritten, kann solchen eine Verbindlichkeit geben. Sie dürfen daher auch um so weniger die beyden wichtigsten Schritte zum bürgerlichen Leben, ohne Vorwissen der Aeltern, thun, nämlich die Heyrath und Wahl eines künftigen Gewerbes.

5) Das Kind ist, so lange es sich in der Kost der Aeltern befindet, zu allen häuslichen Diensten verbunden, welche die Aeltern selbst verrichten r), mithin nicht zu knechtischen oder Gesindediensten, wodurch das Kind unter den Stand, wozu es nach seiner Geburt bestimmt ist, herabgewürdigt werden, und die zu seinem Unterricht und sittlichen Ausbildung erforderliche Zeit verlieren würde. Der Grundsatz, schreibt Hr. von Globig, welchen wir fast in allen Gesetzen und bey allen Rechtsgelehrten antreffen: daß das Kind zu häuslichen Diensten, nicht aber zu künstlichen und handwerksmäßigen Arbeiten gehalten sey, ist demnach viel zu unbestimmt (S. 474). Das Kind ist nicht verbunden, solche häusliche Dienste zu thun, welche die Aeltern sonst durch ihr Gesinde verrichten lassen, dafern nicht ein besonderer Nothfall eine Ausnahme macht: es ist aber dagegen verpflichtet, den Aeltern mit seiner erlernten Profession und Wissenschaft in so weit beyzustehen, als sie dessen zum Unterhalt der Familie bedürfen; denn die natürliche Billigkeit erfordert diese gegenseitige

q) Hr. HR. Schotts Eherecht, §. 189. Hr. v. Globig a. a. O. S. 112.

r) Hr. v. Globig a. a. O. S. 118.

tige Unterstützung, und einigen Ersatz für den Aufwand, welchen die Aeltern bey dem Unterricht des Kindes gewagt hatten, und das, was sie dabey an häuslichen Arbeiten entbehren mußten. Daher kann auch das Kind keine Vergütung fordern, wenn dasselbe seiner Jugend oder anderer Umstände wegen, ein mehreres mit seiner Dienstleistung nicht verdienen können, als den Aeltern die Erziehung und der Unterhalt desselben kostet [s]). Außer diesen Fällen geht es nach den S. 474 vorgetragenen Grundsätzen.

6) Beyde Aeltern haben ferner das Recht, die Herausgabe und ungehinderte Verabfolgung ihres Kindes von demjenigen zu verlangen, der ihnen solches widerrechtlicher Weise vorenthält, wie bey dem Titel de liberis exhibendis ausführlich gezeigt werden soll [t]). Merkwürdige Beyspiele dieser Abforderung findet man beym Hrn. von Moser und Faber [u]). Im Stande der Natur schreibt der Hr. von Globig, S. 95 der mehrmals angeführten Preisschrift, hatten die Aeltern unstreitig das Recht, das ihnen entlaufene, oder von einem Dritten entführte Kind, mit gewaffneter Hand zurückzunehmen. In der bürgerlichen Gesellschaft kommt ihnen zwar auch hier die richterliche Hülfe zu statten; die Obrigkeit muß für Aeltern präsumiren, und sie durch den kürzesten Weg des Processes wieder in den verlornen Besitzstand setzen; aber auch die Selbsthülfe, welche diese in solchem Fall ausüben, ist nicht so zu ahnden, wie die Selbsthülfe zur Wiedererlangung des Eigenthums; da nicht bloße Eigenthumsrechte, sondern selbst Pflichten der Natur, und die im Staate autorisirte häusliche Gerichtsbarkeit,

s) Strubens Bed. 3. Thl. 49. Bed.

t) Hr. HR. Schmidt von Klagen, S. 227 der 4ten Ausg. Hr. D. und Prof. Schmidt im Comment. über diese Stelle. Hofacker Tom. 1. Pag. 436. Cons. Tybing. I, 86.

u) Mosers Reichshofr. Concl. Tom. I. Pag. 747. 755. Tom. III. Pag. 922. Tom. VI. Pag. 2. Fabers Staatscanzley, Thl. 56. Cap. 5. Thl. 57. Cap. 3. Thl. 59. Cap. 2. Thl. 60. Cap. 4.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0555
DFG

barkeit, eine solche Anmaaßung entschuldigen. Es würde daher, wenn dabey die Rechte eines Dritten verletzt worden, eine beträchtliche Milderung der sonst gesetzten Strafen statt finden.

7) Endlich ist nach teutschen Rechten die Mutter eben sowohl befugt, als der Vater, ihren unmündigen Kindern, in ihrem letzten Willen einen Vormund zu bestellen: und es findet auch dabey in Ansehung der obrigkeitlichen Bestätigung kein Unterschied statt x).

Ueber die zweyte Frage: welche älterliche Rechte der Vater heut zu Tage allein und ausschließlich habe, stellt Herr HR. Glück, S. 233 folgenden Grundsatz auf: diejenigen Rechte der väterlichen Gewalt, welche dem Vater nach dem römischen Recht über das den Kindern zustehende besondere Vermögen eingeräumt werden, sind auch noch heutiges Tages besondere und eigene Rechte des Vaters, an denen die Mutter in der Regel keinen Antheil nimmt. Nach diesem Grundsatz hat daher

1) der Vater auch noch nach heutigen Rechten ordentlicher Weise den alleinigen Nießbrauch von den Gütern der Kinder, so lange dieselben in väterlicher Gewalt sind.

2) Auch nur allein der Vater hat heutiges Tages das Recht, den Kindern pupillarisch zu substituiren. — Beyde Rechte sollen zu seiner Zeit erläutert werden.

Ueber die dritte Frage (S. 482) bemerkt Herr HR. Glück: der heutige Gerichtsgebrauch nimmt fast alles an, was das neuere römische Recht von der väterlichen Gewalt verordnet, und nur dasjenige fällt heutiges Tages weg, was aus dem ehemaligen Eigenthum des Vaters über seine Kinder, und der häuslichen Gerichtsbarkeit desselben auch selbst im neuern römischen Rechte noch übrig geblieben; denn in Teutschland hat nie der Vater ein Eigenthum, oder eine

x) Renz D. mixtura etc. thes. 16. Rothhan Diss. cit. §. 44.

eine richterliche Gewalt über seine Kinder gehabt [y]). Also kann

1) der Vater nach heutigen Rechten seine neu gebohrne Kinder auch in der äußersten Noth und Dürftigkeit nicht verkaufen.

2) Eben deswegen kann auch die den Aeltern zustehende Klage, wodurch sie die Verabfolgung ihrer Kinder von demjenigen verlangen, der sie ihnen vorenthält, keine eigentliche Vindicationsklage genennt werden.

3) Auch die erdichtete Einheit zwischen Vater und Kindern, ist in Teutschland nicht zu gebrauchen [z]), und daher gelten Verträge zwischen ihnen [a]). Zwar wollen verschiedne Rechtsgelehrte das Gegentheil deswegen behaupten, weil das römische Recht in diesem Stück durch kein contrai-res teutsches Gesetz sey aufgehoben worden [b]). Allein, wenn gleich das römische Recht allerdings als ein subsidiarisches Gesetzbuch in der Regel eine gültige Richtschnur abgiebt, um vorkommende Fälle darnach zu entscheiden; so kann es doch in solchen Vorschriften, deren wesentlicher Grund bey uns gänzlich wegfällt, nicht füglich zur Anwendung kommen. Daher denn auch die mehresten neuern

y) Heinecc. Ius Germ. Lib. I §. 169. 170. de Pufend. Obs. Tom. I. Obs. 99. §. 8. de Selchow Ius Germ. §. 489. Strubens Bed. Thl. 2. S. 254.

z) Beyer Ius Germ. Lib. I. c. 26. §. 41. Rothhan Diss. cit. §. 9. de Gaertner ad Pand. Spec. 1. med. 75. Pag. 107. Westphals Privatr. Thl. 2. S. 95.

a) Titius D. de contr. patr. et lib. Lips. 1713. Brevning Diss. an fictio vnionis personae hodie noceat pacto inter patrem et filium inito, Lips. 1771. Einert Diss. de valore donat. int. parent. et liberos, Lips. 1773.

b) Leyser Spec. 21. med. 5. Wernher Obs. Tom. I. Part. 5. Obs. 189. Hommel D. de vsu patr. pot. cap. 3. §. 78. Renz Diss. cit. thes. 20. Müller ad Leyser. Tom. I. Obs. 103. Höpfner Comment. über die Instit. §. 736. S. 674. Gebrüd. Overbeck in den Medit. 3ter Bnd. 132. Med.

Rechtslehrer [c]) dieses behaupten. Ein Gleiches gilt auch von den Verträgen, welche Kinder, die noch unter der väterlichen Gewalt stehen, nicht mit dem Vater, sondern unter sich eingehen, in so fern nämlich, wie von selbst vorausgesetzt wird, den väterlichen Rechten dadurch kein Eintrag geschieht. Nach römischen Rechten konnten die Kinder, die noch unter väterlicher Gewalt standen, nicht einmal unter einander bürgerlich gültige Verträge schließen; denn im Grunde war es eben so viel, als ob sie mit dem Vater paciscirten [d]). Allein selbst nach neuern römischen Rechten, seitdem die peculia aduentitia eingeführt wurden, ließ sich dieser Satz nicht mehr ohne Einschränkung behaupten [e]). Aus der eben angeführten Ursache kann auch noch heutiges Tages ein Proceß zwischen Aeltern und Kindern geführt werden, wie die Praxis beweist [f]).

4) Da die Teutschen dem Vater nie eine richterliche Gewalt über seine Kinder eingeräumt haben, so ist die hierauf sich beziehende actio tributoria ganz und gar nicht mehr anwendbar, wie Lib. 16. tit. 4. gezeigt werden soll [g]).

§. 139. 140.

Man kann die väterliche Gewalt heut zu Tage auf dreyerley Art erlangen, nämlich 1) durch die Ehe, 2) die Legitimation, und 3) die Adoption. Am gewöhn-

c) Berger Oecon. iur. Lib. 1. tit. 3. thes. 16. Strubens Bedenk. Thl. 2. Bed. 68. Weber von Verbindl. S. 398. Fischers Cameralr. Thl. 1. §. 163. Die in der Note a und b angeführten Schriftsteller.

d) L. 38 D. de condict. indeb.

e) Höpfners Comment. §. 736. S. 674.

f) Beyer Ius Germ. Lib. I. cap. 26. §. 48. Rothhan Diff. cit. §. 11. Renz Mixtura etc. thes. 22.

g) Stryck Vsus mod. tit. de tribut. act. §. 1. Lauterb. eod. tit. §. 7. Westphal Thl. 2. S. 96. Höpfners Comment. §. 1152. S. 949.

wöhnlichsten geschieht es durch die Ehe; denn die Gesetze [h]) geben dem Vater, über seine in einer rechtmäßigen Ehe erzeugten Kinder die väterliche Gewalt, welches auch schon nach dem Naturrechte zu behaupten ist, wie wir S. 465 gesehen haben. Kinder, welche während einer gesetzmäßig geschlossenen und bestehenden Ehe gezeugt worden, erklären die Gesetze [i]) für eheliche Kinder, und den Ehemann wollen sie als den rechtmäßigen Vater betrachtet wissen, nach der Regel: pater est, quem iustae nuptiae demonstrant. Dieser Satz ist zu einer Rechtsvermuthung gemacht worden [k]), welche so lange ihre Würkung zeigt, bis das Gegentheil erwiesen worden, und sie ist so stark, daß dem Manne die sich darauf gründende väterliche Gewalt nicht entzogen werden kann, wenn auch die Mutter als seine Frau behauptet, daß das Kind nicht von ihm, sondern von einem andern im Ehebruch gezeugt worden sey [l]). Es schadet auch nichts, wenn gleich diese Angabe der Mutter dadurch wahrscheinlich wird, daß sie als eine ausschweifende Person öffentlich bekannt war [m]), oder sie ihre Versicherung eydlich oder unter den Geburtsschmerzen wiederholt hat [n]). Dieser Satz gründet sich auf die Regel: daß ein Geständniß nur demjenigen schade, der es abgelegt hat, aber nicht einem Dritten [o]); so wie auch der Eyd selbst sich nur nach der Gültigkeit der Handlung richtet, welche

h) L. 3. D. de his qui sui etc.

i) L. 6. D. h. t. L. 3. §. 1. D. de agnosc. et alend. lib.

k) L. 5. D. de in ius vocat.

l) L. 29. §. 1. D. de probat. L. 3. §. penult. D. de iniur. c. 9. X. de poenit. Coccei Ius contr. h. t. Qu. 6.

m) L. 11. §. §. 9. D. ad Leg. Iul. de adult. Voet h. t. n. 8.

n) c. 10. X. de probat.

o) L. 74. D. de reg. iur. L. fin. Cod. de accus. c. 1. X. de conf. c. 4. et 10. X. de probat. c. 10. X. de testib.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0559
DFG

che beschworen worden, er auch einem Dritten keinen Nachtheil verursachen kann p).

Wenn die Frau würklich des Ehebruchs überführt worden, so fällt die Rechtsvermuthung, daß ihr Mann Vater des Kindes sey, immer noch nicht von selbst weg, weil die Ueberführung des Ehebruchs nicht zugleich den Beweis erhält, daß der Mann ihr nicht ehelich beygewohnt habe, und folglich das Kind nicht auch von ihm erzeugt seyn könne q).

Wie alle Vermuthungen sich nur auf die höchste Wahrscheinlichkeit gründen, so ist auch dieses bey der gegenwärtigen der Fall. Sie leidet also keine Anwendung, wenn das Gegentheil zu erweisen ist, da sie die Gesetze nicht so sehr begünstigt haben, daß gar kein Beweis des Gegentheils solle geführt werden können. Wenn es daher bewiesen ist, daß der Mann von seiner Frau eine so lange Zeit abwesend gewesen, daß sie gar nicht zusammen kommen können, und gleichwohl fände der Mann nach einiger Zeit ein Kind in seinem Hause, so würde es unvernünftig seyn, wenn die Gesetze auch dieses Kind für ein rechtmäßiges halten wollten. Sie erklären daher mit Recht das Gegentheil, wie man aus der L. 6. D. h. t. sieht, wo es heißt: si fingamus, abfuisse maritum, verbi gratia per decennium, reversum anniculum inueniſſe in domo sua; placet nobis Iuliani sententia, *hunc non esse mariti filium*. Eben dieses wollen die Gesetze, wenn der Mann durch eine langwierige Krankheit schlechterdings unvermögend geworden, seiner Frau ehelich beyzuwohnen. Wie deutlich drückt sich nicht eben die bereits angeführte L. 6. h. t. darüber aus, wo es heißt: sed mihi videtur, quod et *Scaeuola* probat, si constet, maritum aliquamdiu cum vxore non concubuisse *infirmitate* interueniente vel *alia* causa; vel si

p) c. 21. X. de iureiur. Malblanc de iureiur. §. 117. Layterbach h. t. §. 9. Mollenbec h. t. n. 4. Wernher lect. comm. h. t. §. 6.

q) Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 3. S. 201.

si ea *valetudine* paterfamilias fuit, vt generare non possit: hunc qui in domo natus est, licet vicinis scientibus, *filium non esse*.

Die Beweismittel in dergleichen Fällen sind:

1) Zeugen, welche die behauptete Unmöglichkeit bezeugen; sehr oft kommt es aber dabey auf ein medicinisches Gutachten an [r]).

2) Auch Urkunden kann man hierbey als Beweismittel brauchen, wenn der behauptete Umstand deutlich darin enthalten ist.

3) Bedient man sich der Besichtigung, wo es aber nicht genug ist, wenn befunden wird, daß der Mann jetzt zum Kinderzeugen untüchtig sey, sondern es muß dadurch dargethan werden, daß er es schon zur Zeit der ersten Schwangerschaft der Frau gewesen.

4) Auch die Eydeszuschiebung kann als Beweismittel gebraucht werden; denn, wenn gleich dem Manne nicht unbestimmt der Eyd darüber deferirt werden kann, daß er nicht Vater zu einem Kinde sey, welches zu vielen falschen Eyden Anlaß geben würde [s]), so geht es doch an, von ihm über einen der angeführten Umstände den Eyd zu deferiren. Man kann auch nicht einwenden, daß dem Manne die ihm vorgeworfene Untüchtigkeit zur Beschimpfung gereichen würde, weil eines Theils ihm dieses Unvermögen zu keiner wirklichen Schande gereicht, andern Theils aber nichts darauf ankommt [t]), da nur ein Zeuge nicht genöthigt werden kann, etwas auszusagen, was ihm Schande bringt.

Uebrigens bemerkt Herr RR. Eichmann von dieser Beweisführung noch Folgendes: als

α) Es bedarf des Beweises nicht, wenn der Mann seine Untüchtigkeit, oder den Umstand, daß er zur Zeit der entstandenen Schwangerschaft mit seiner Frau nichts zu thun

r) Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 3. S. 203.
s) Hommel Rhapf. Obf. 428.
t) Hommel Rhapf. Obf. 262.

thun gehabt habe, selbst eingesteht; jedoch schadet dieses sein Geständniß weder der Mutter noch dem Kinde.

β) Wenn die Frau dem Manne, daß das in der Ehe erzeugte Kind von ihm sey, streitig gemacht hat; so kann doch der von der Frau geführte Beweis dem Kinde nicht schaden; denn die Entscheidung einer Streitigkeit, wenn sie auch rechtskräftig geworden, bringt einem Dritten keinen Nachtheil, wenn nicht, welches wir hier nicht annehmen, der Fall vorhanden ist, wo ein Dritter die Handlungen eines Andern genehmigen muß. Dieses müssen wir

γ) auch sogar alsdenn behaupten, wenn Mann und Frau sich darüber vereinigt haben sollten, das von ihnen erzeugte Kind für kein eheliches zu halten. Es kann letzteres vielmehr, einer solchen Vereinigung ungeachtet, auf die Rechte Ansprüche machen, die ehelichen Kindern in Ansehung ihrer väterlichen Ascendenten zustehen, und sie können sich auf die Vermuthung der ehelichen Geburt so lange berufen, bis das Gegentheil gewiß ist.

δ) Wenn endlich zwischen dem Kinde und dem Vater über diesen Gegenstand sollte Streit geführt worden seyn, und das Kind hat den Proceß verloren, so kann dieser Umstand gleichwohl der Mutter, und in anderer Rücksicht der Frau nicht nachtheilig seyn, sondern auch sie kann noch immer, weil es ihr zum Nachtheil gereicht, woran wohl Niemand zweifeln wird, von der gegenwärtigen Vermuthung Gebrauch machen.

Endlich bemerke ich noch, daß auf die angeführte Vermuthung, die Verordnung des Scti Planciani gegründet [u]), und verordnet wurde, daß ein Kind, welches eine geschiedene Person gebohren hat, alsdenn für ein rechtmäßiges Kind ihres vorigen Mannes gehalten werden sollte, wenn sie ihre Schwangerschaft dem Manne binnen 30 Tagen nach getrennter Ehe gehörig bekannt gemacht, dieser nichts dagegen eingewendet hatte, und nun die Niederkunft zu einer

u) L. 1. §. 1. D. de agnosc. vel alend. lib.

ner solchen Zeit erfolgte, wo es physisch möglich war, daß das Kind mit dem Manne erzeugt worden. — Alle angeführte und mehrere hierher gehörende Grundsätze, kommen bey andern Rechtsmaterien wieder vor, wo sie ausführlicher erklärt werden können; denn hier hat blos um des Zusammenhanges derselben, mit der väterlichen Gewalt willen, etwas davon gesagt werden müssen.

Auch durch die Legitimation x) kann man die väterliche Gewalt bekommen, wie bereits S. 490 bemerkt worden. Nach dem römischen Rechte war die Legitimation diejenige Handlung, wodurch natürliche Kinder die Rechte der ehelichen erlangten, und der väterlichen Gewalt unterworfen wurden. Nach unsern Sitten und Gebräuchen muß bey der Legitimation ein dreyfacher Unterschied gemacht werden, weil die römische, die teutsche und die heutige Legitimation nicht zu verwechseln sind. In römischen Gesetzen kommt das Wort legitimatio zwar nicht vor, aber im kanonischen Rechte findet man es häufig, z. B. im c. 13. X. qui fil. sint legit. Daß es in der Rubrik der 2ten, 8ten und 9ten Novelle steht, beweist nichts; denn diese Rubriken sind nicht ächt, und daher kommt das Wort im griechischen Text der Novellen nicht vor y). Daß uneheliche Kinder die Rechte der ehelichen nicht haben, ist bereits S. 169 gezeigt worden, und daher legten die Gesetze dem Vater keine väterliche Gewalt über solche bey. Wenn aber eine Handlung vorgeht, vermöge deren diese Kinder als eheliche angesehen werden, die Rechte ehelicher Kinder erhalten, und der väter-

x) IORDENS Dissert. duae de Legitimatione (in FELLENBERG Iurispr. antiq. Tom. 2. n. 17.) HERALDVS rer. et quaest. iur. quotid. L. 1. c. 1. et 4. HOTOMANNVS de spuriis et legitimat. (in Oper. Tom. I. Pag. 519.) THOMASII D. de vsu pract. doctrinae de legitimatione.

y) LAVTERB. Diss. de legit. per subseq. matr. thes. 2. WVNDERLICH D. de legit. per oblat. cur. §. 1. not. 6. NOLTEN, Lexic. linguae antibarb. Pag. 601.

väterlichen Gewalt unterworfen werden, so sagt man, daß sie legitimirt worden.

Ob nun die römische Legitimation durch eine Fiction geschehen sey, oder nicht, darüber ist unter den Rechtslehrern viel gestritten worden. Der Herr GR. Höpfner schreibt: in jeder Legitimation geschieht eine rechtliche Erdichtung, fictio iuris, μηχάνημα, wie es in der Nov. 89. cap. 4. heißt. Die Gesetze fingiren, nehmen an, daß die Kinder ehelich seyen, die doch außer der Ehe gebohren sind. Diese Fiction kann man die einfache (simplicem) nennen, und sie geschieht bey der Legitimation. Von dieser ist die zurückwirkende (fictio retrotractiua) wohl zu unterscheiden. Diese hat nur bey der Legitimation statt, welche durch die Ehe geschieht. Wenn ich nämlich uneheliche Kinder gezeugt habe, und ihre Mutter heyrathe, so werden die Kinder durch die Ehe legitimirt. Bey dieser Legitimation fingirte man, daß zur Zeit der Conception und Geburt der Kinder schon eine rechtmäßige Ehe unter den Aeltern statt gefunden habe; man schob die Ehe zurück, bis auf die Zeit der Conception, daher der Name fictio *retrotractiua*. Aus dieser Fiction folgte, daß Kinder, die ich mit einer Sclavin erzeugt hatte, nicht durch die Ehe legitimirt werden konnten, wenn ich gleich diese Sclavin frey ließ, oder heyrathete; denn zur Zeit der Conception war keine Ehe mit ihr möglich gewesen, und wenn die Gesetzgeber etwas nicht Geschehenes, als geschehen annehmen wollen, so setzen sie doch immer voraus, daß es möglich sey. Justinian hat aber in der angeführten Novelle, die Legitimation der Kinder, die ich mit einer Sclavin gezeugt habe, wenn ich nachher die Sclavin frey lasse und heyrathe, zugelassen, und folglich die zurückwirkende Fiction ihrer Würkungen beraubt. Auf diese Weise ist der Streit über die Fiction bey der Legitimation, der aus Mangel deutlicher Ideen und gehöriger Unterscheidung der Zeiten entstand, zu entscheiden.

Der Herr RR. Eichmann ist anderer Meynung, S. 206 des 3ten Theils seines Commentars, wo es heißt:

nach

nach dem römischen Rechte ist die Legitimation eine Handlung, wodurch uneheliche Kinder die Rechte der ehelichen erhalten, und in die väterliche Gewalt kommen. Sie war keine so genannte feyerliche Handlung im römischen Verstande, indem sie zu einer solchen Zeit eingeführt wurde, da sie nicht mehr üblich waren. Ob aber diese Legitimation vermittelst einer Rechtserdichtung geschehe, ist ein Umstand, worüber viel gestritten wird. Einige [z]) behaupten es; andere, z. B. der Herr GTR. Höpfner, machen einen Unterschied unter einer retrotractivischen und einfachen Rechtserdichtung, und sagen so: Bey einer jeden Legitimation geschieht eine Rechtserdichtung; denn man nimmt an, daß die Kinder ehelich seyn, die doch außer der Ehe gebohren sind, und die Rechtserdichtung besteht eben darin, daß man etwas Mögliches für wahr hält, was doch nicht wahr ist. Diese Fiction kann man eine einfache nennen; denn sie geschieht bey jeder Legitimation. Hiervon aber muß man die retrotractivische unterscheiden, welche bey der Legitimation, die durch die Ehe geschieht, statt findet. Wenn ich nämlich uneheliche Kinder gezeugt habe, und ihre Mutter heyrathe, so werden die Kinder durch die Ehe legitimirt. Hier hatte man die retrotractivische Fiction; denn man fingirte, daß zur Zeit der Conception und Geburt der Kinder schon eine rechtmäßige Ehe unter den Aeltern statt gefunden habe; man schob die Ehe zurück bis auf die Zeit der Conception, und daher bekam sie diesen Namen. Noch andere [a]) nehmen gar keine Fiction bey der Legitimation an, und diesen trete ich bey. Die römischen Rechtsgelehrten, zur Zeit der freyen Republik, hatten oft solche Erdichtungen nöthig, weil sie Sätze annahmen, die den Gesetzen entgegen waren, und gleichwohl es nicht scheinen sollte, als wenn sie von den Gesetzen

z) Hellfeld Iurispr. forens. §. 140. Heinecc. Comp. Dig. Part. I. §. 155.

a) de Selchow Ius publ. rom. §. 519.

setzen abgiengen. Allein nicht von diesen, sondern von den Kaisern wurde die Legitimation eingeführt; diese aber konnten gewissen Kindern Rechte der ehelichen beylegen, ohne anzunehmen, daß sie in der Ehe gebohren worden. Da sie nun dieses gethan haben, ohne zu fingiren, daß solche Kinder in der Ehe gebohren worden, so sehe ich nicht ein, aus welchem Grunde man behaupten will, daß die Legitimation vermittelst einer Fiction geschehe. Es bedarf weder einer einfachen noch einer retrotractivischen b). — Zu diesen Gründen kommt noch folgender hinzu, nämlich, wenn man eine solche retrotractivische Fiction annehmen wollte, so würde hieraus offenbar folgen, daß die aus einem Stuprum herrührenden Kinder (spurii), bey den Römern legitimirt werden können, weil die Aeltern zur Zeit des Concubitus in die Ehe mit einander treten können; gleichwohl war die Legitimation solcher Kinder nicht erlaubt. Ueber dieses hat Justinian in der Nov. 78. cap. 4. die Legitimation durch die nachfolgende Ehe verstattet, wenn gleich die Mutter zur Zeit der Conception oder der Geburt der Kinder noch Sclavin gewesen. Dieser Umstand widerspricht der retrotractivischen Fiction sehr deutlich. Eben deswegen müssen ihre Vertheidiger dazu ihre Zuflucht nehmen, daß sie sagen: Justinian habe sie aufgehoben.

Das Erste, was bey der Legitimation durch die nachfolgende Ehe gesagt werden muß, betrifft die Geschichte derselben, wie sie eingeführt worden. Ein sicheres Kennzeichen von der Unmoralität der Menschen, ist gewiß die so häufig vorkommende Verletzung der Keuschheit, welche durch die Geschichte und Erfahrung aller Zeiten bestätigt wird. So bald die Menschen einiges Gefühl von Recht und Unrecht erlangen, misbilligen sie diese Handlungen. Daher rühren auch unstreitig die rechtlichen Folgen her, welche

b) Volckmann Diss. de legitimat. partus a parentibus sedulo occultati, §. 10. J. J. Prehns Unters. der Frage: ob die Legitimation außer der Ehe erzeugter Kinder sich in einer römischen Erdichtung gründe? Rostock 1777. 4.

welche bey allen gesitteten Nationen, sowohl unkeusche Aeltern, als auch ihre unglücklichen Kinder treffen. Diese üblen Folgen hat man auf verschiedne Art zu verbessern gesucht, und unter diese Mittel gehört besonders die **Legitimation**. Bey den **Römern** ist die Legitimation durch die nachfolgende **Ehe**, weder unter der **Republik**, noch unter den **ersten Kaisern** eingeführt gewesen, sondern erst die christlichen Kaiser, **Constantin** und seine Nachfolger, führten sie ein. Wollte man vor den Zeiten dieser Kaiser über ein Kind die väterliche Gewalt erlangen, so mußte man es entweder **arrogiren**, wie die L. fin. D. de adopt. und ihre **Rubrik** beweiset, oder es mußte eine **Dispensation** geschehen, wie man aus der L. 57. §. 1. D. de ritu nupt. sieht. Dieses konnte nicht nur unter den Kaisern geschehen, behauptet Herr RR. **Eichmann**, sondern auch schon zur Zeit der freyen Republik. Anfangs beobachtete man bey einer solchen Dispensation dasjenige, was bey Abfassung eines Gesetzes geschahe, bis endlich der Senat das Recht, Dispensation ohne Zustimmung des Volks zu ertheilen, an sich brachte [c]). Herr GTR. **Höpfner** antwortet darauf: insgemein heißt es, zu den Zeiten des **Freystaats** hätte zuweilen der Senat, und unter der **Monarchie** der Kaiser, **Dispensationsweise** ein **uneheliches Kind** legitimirt. Man führt Liv. Lib. 38. cap. 36. und die L. 57. §. 1. D. de ritu nupt. an. Allein beyde Stellen sagen das nicht. In der L. 57. redet **Marcian** von Kindern, welche in einer **putativen Ehe** gebohren worden, und diese werden für legitim erklärt [d]). **Livius** redet davon, daß den **Campaniern** das ius connubii mit römischen Bürgern gegeben, und zugleich verordnet worden sey, daß die schon zuvor aus einer Camponisch-Römischen Ehe gebohrnen Kinder, als Kinder aus einem connubio betrachtet werden sollten.

c) Ascon. Paedianvs ad Orat. pro Corn. Pag. 132.

d) Hiller D. qua legit. per reser. Princip. Iustin. Imp. tanquam auctori atque inuentori vindicatur, §. 4. sqq.

Als historisch richtig, kann man annehmen, daß vor Constantins Zeiten kein ordentlicher Weg vorhanden gewesen, uneheliche Kinder zu legitimiren, sondern daß erst dieser Kaiser verordnet habe, daß wenn eine Mannsperson seine Concubine heyrathen würde, die mit ihr erzeugten Kinder, die man natürliche nennte, die Rechte ehelicher Kinder, und der Vater über solche, die väterliche Gewalt bekommen solle. Durch diese Verordnung suchte der erste christliche Kaiser, als Bekenner einer Religion, welche Vergehungen der Unkeuschheit, für das größte Hinderniß einer ächten christlichen Tugend erklärt, den Concubinat abzuschaffen, und die Bürger zu Eingehung der Ehe zu bewegen, weil der Concubinat als ein sicheres Zeichen, des damaligen Sittenverderbnisses überall eingerissen war. Seine Verordnung haben wir zwar im Codex nicht mehr; ihr Inhalt kann aber aus der Verordnung des Kaisers Zeno, in der L. 5. C. de nat. liber. wo ihrer gedacht, und solche erneuert worden ist, ersehen werden. Der Kaiser suchte die Bürger, durch ihnen ausgesetzte Wohlthaten, zu Eingehung rechtmäßiger Ehen mit ihren Concubinen zu bewegen [e]). Damit seine Absicht desto gewisser erreicht würde, schränkte er nicht nur das Recht der natürlichen Kinder, aus dem Testament ihrer Aeltern etwas erben zu können, sehr ein, sondern nach seiner Verordnung sollten auch nur diejenigen Aeltern die Wohlthat der Legitimation genießen, welche bereits im Concubinat lebten, und vor seinem Gesetz bereits darin Kinder erzeugt hatten. Daß vom Constantin das Erbrecht der natürlichen Kinder wirklich in der angeführten Absicht eingeschränkt worden, sieht man aus der Verordnung des Kaisers Valentinian in der L. 1. Cod. Theod. de natur. fil. bey dessen Erklärung Jac. Gothofredus [f]) die Einschränkungen angeführt und erklärt hat. Es muß zwar die Behauptung, daß, nach der Verordnung Constantins,

e) Heinecc. ad Leg. Pap. Popp. Lib. II. c. 4. §. 5.
f) Iac. Gothofredus ad Cod. Theod. Tom. I. Lib. 4. tit. 6. Pag. 393.

tins, die Wohlthat der Legitimation nur solchen Aeltern zu Theil werden solle, die damals bereits im Concubinat lebten, und schon vor der Bekanntmachung des neuen Gesetzes Kinder gezeugt hatten, nur daraus geschlossen werden, weil Zeno in der L. 5. C. de natur. liber. die Würkung der Legitimation durch die nachfolgende Ehe der Aeltern, ebenfalls nur auf die zur Zeit seines neuen Gesetzes schon gebohrnen natürlichen Kinder einschränkte; dieser Schluß ist aber gewiß sicher, weil der Kaiser dabey sagte, daß er Constantins Verordnung damit wiederhohle. Die Worte dieses Gesetzes sind folgende: Diui CONSTANTINI (qui veneranda Christianorum fide Romanum Imperium muniuit) super ingenuis concubinis ducendis vxoribus, filiis, quin etiam ex iisdem vel ante matrimonium, vel postea progenitis, suis ac legitimis habendis, *sacratissimam Constitutionem renouantes*, iubemus eos, qui ante hanc legem, ingenuarum mulierum nuptiis minime intercedentibus, electo contubernio, cuiuslibet sexus filios procreauit. — — Hi vero, qui tempore huius sacratissimae iussionis nec dum prolem aliquam ex ingenuarum concubinarum consortio meruerint, *minime huius legis beneficio perfruantur* etc.

Nach den nämlichen Grundsätzen suchte der Kaiser Anastasius im Jahr 508. wie die L. 6. C. de nat. liberis beweist, den Concubinat abzuschaffen; und alle diese Gesetze bestätigte nicht nur Justinus durch seine Verordnung vom Jahr 519., sondern er verordnete über dieses g), daß es nicht weiter erlaubt seyn sollte, uneheliche Kinder durch die Arrogation in die väterliche Gewalt zu bekommen, und ihnen dadurch die Familienrechte in Ansehung ihres natürlichen Vaters zu verschaffen. In dem Gesetz heißt es: non *arrogationum* vel *adoptionum* praetextus, quae *vlterius* minime ferendae sunt, cum nimis sit indignum, nimis item *impium*, *flagitiis praefidia*

g) L. 7. C. de natur. liberis.

quaerere, vt et petulantiae seruire liceat, et ius nomenque *patris*, quod eis *denegatum* est, id altero *legis colore* praesumant. Es ist ein Irrthum, wenn man dieses Gesetz dem Justinian zuschreibt [h]). Durch jene Verordnung wollte man die Haupthinderniße aus dem Wege räumen, wodurch die Absicht der Kaiser immer war vereitelt worden.

Der Kaiser Justinian handelte nach ganz andern Grundsätzen, und dehnte die Rechte der Legitimation eben so sehr aus, als sie seine Vorfahren zu Aufhebung des Concubinats eingeschränkt hatten. Er glaubte bemerkt zu haben, daß alle Verfügungen seiner Vorfahren fruchtlos gewesen waren, ein Uebel auszurotten, welches zu tiefe Wurzeln geschlagen hatte. Ueber dieses, schreibt Herr HR. Glück, war der Unterschied zwischen einer rechtmäßigen Frau und einer Concubine, seitdem die ehemalige Form und Feyerlichkeit, bey Schließung der römischen Ehe außer Gebrauch gekommen, so unbedeutend geworden, daß es jetzt schwer war, beyde von einander zu unterscheiden [i]). Hierzu kam, daß selbst die Geistlichkeit den Concubinat vertheidigte, und solchen durch Concilienschlüsse erlaubte, ja durch ihr schlechtes Beyspiel beweisen wollte, daß solcher den Grundsätzen der christlichen Religion nicht entgegen sey [k]). Diese und andere Gründe, welche de Rhoer a. a. O. vorträgt, veranlaßten den Kaiser Justinian, daß er nicht nur das Recht, durch eine nachfolgende Ehe, die mit einer Concubine erzeugten Kinder zu legitimiren, als eine beständige, und zu jeder Zeit gültige, folglich eine neue beständige Art zu legitimiren einführte [l]), sondern außerdem noch die Legitimation per rescriptum Princi-

h) Relandi fasti consulares, Pag. 686.

i) de Rhoer Diss. de effectu relig. christ. in iurispr. Roman. Fasc. I. Groening. 1776. 8. Diff. 4. §. 19. Pag. 133.

k) c. 4. D. 34. c. 6. C. XXXII. Qu. 2. Bingham Orig. eccles. XI, 5. 2. du Cange Gloss. voc. concubina.

l) L. 10. Cod. de natur. liber.

Principis erlaubte, wenn die Ehe mit der Concubine nicht mehr möglich war.

§. 141.

Bey der Legitimation überhaupt, ist vor allen Dingen die Frage zu beantworten: welche Kinder nach Vorschrift der Gesetze legitimirt werden können? — Es muß hier das römische und das kanonische Recht unterschieden werden; denn nach dem römischen Rechte konnten blos die im Concubinat erzeugten Kinder legitimirt werden, bey andern unehelichen Kindern war es hingegen nicht erlaubt [m]). Ueber die Ursache dieser Verordnung sind die Rechtslehrer verschiedner Meynung, weil sich dreyerley Gründe, wodurch dieses Gesetz veranlaßt werden konnte, angeben lassen. Erstlich sollte die Legitimation das Mittel seyn, die damals so sehr eingerissene lüderliche Lebensart mit den Concubinen abzuschaffen [n]); denn alle andere Hurerey war schon an sich wider die Gesetze. Sodann sollte solche zugleich eine Wohlthat für den Vater seyn, damit ihm dadurch die väterliche Gewalt über seine unehelichen Kinder zu Theil würde; Wohlthaten sollen aber Verbrecher nicht genießen. Drittens war der Vater bey Kindern, die außer dem Concubinat erzeugt worden, entweder völlig unbekannt, oder eine solche Vermischung hätte gar nicht geschehen sollen. Diesen Grundsätzen gemäß hielt man keinen solchen Vater für fähig, der Legitimation durch die Ehe theilhaftig zu werden, und es war also verboten, Kinder, die aus einer Blutschande herrührten (incestuosi), zu legitimiren; oder die in einem Ehebruch erzeugt worden waren (adulterini), oder auch nur mit einer geschwächten sonst ehrlichen Person (spu-

m) §. fin. Inst. de nupt. tot. tit. Cod. de natur. liber. Nov. 89. cap. vlt.

n) Heinecc. ad Leg. Pap. Popp. Lib. II. c. 4. § 5.

rii), oder deren Mutter eine öffentliche Hure war (vulgo quaesiti).

Durch das kanonische Recht sind andere Grundsätze aufgestellt worden; denn dieses verstattet, alle uneheliche Kinder zu legitimiren, sie mögen Namen haben, wie sie wollen o). Diese Verordnung des päpstlichen Rechts wendet man heut zu Tage ohne Ausnahme bey der Legitimation durch ein Rescript an p); ob es aber auch bey der Legitimation durch die Ehe so gehalten werden könne, darüber streiten die Rechtslehrer sehr. Sehr viele berühmte Rechtslehrer q) behaupten, durch das kanonische Recht, wie das c. 1. et 6. X. qui fil. sint leg. beweise, sey die Wohlthat der Legitimation durch die Ehe blos auf die spurios und vulgo quaesitos ausgedehnt worden; aber die im Ehebruch oder in einer Blutschande erzeugten Kinder schließe es schlechterdings aus, wenn auch die Aeltern die Erlaubniß erhalten, mit einander in die Ehe zu treten. Man beruft sich hauptsächlich auf das capit. 6. X. qui filii sint legit. wo der Papst Alexander III. sagt: tanta est vis matrimonii, vt, qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur. Si autem vir, viuente vxore sua, aliam cognouerit, et ex ea prolem susceperit; *licet post mortem vxoris eandem duxerit; nihilominus* spurius *erit filius*, et ab hereditate repellendus; praesertim si in mortem vxoris prioris alteruter eorum aliquid fuerit machinatus. Diese Sprache änderte sich in der Folge gar sehr. Die Päpste stellten

o) Boehmer Ius Protest. Lib. IV. tit. 17. et in Diss. de legitimat. ex damnato coitu nator. in *Eius* Exerc. ad Dig. Tom. I. nr. 20. de Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 163. Hofacker Tom. I. Pag. 463.

p) c. 13. X. qui fil. sint legit. Berardus in Comment. iur. eccles. vniu. Tom III. Pag. 176.

q) Perez ad Cod. tit. de nat. lib. n. 12. Berardus l. c. Sarmiento Interpr. c. 5. n. 10. Madihn Princ. Iur. Rom. Part. 5. §. 5.

stellten nämlich erst den Satz auf: der Concubinat und das Stuprum könne eben nicht als verschieden betrachtet werden, und die Folge hiervon war, daß man die Verordnungen des römischen Rechts von natürlichen Kindern auf alle solche aus einem Stuprum erzeugte Kinder anwendete. Dieses geschahe zuerst vom Papst Alexander III., welcher Kinder ex stupro et fornicatione, wenn die Aeltern einander geheyrathet hatten, für legitime Kinder erklärte, und diese Würkung sahe er als die Folge davon an, daß die Ehe ein Sacrament sey [r]). Dieser Ausdehnung ungeachtet, mußte gleichwohl behauptet werden, daß diese Würkung der Ehelichmachung nur da eintreten könne, wo die Aeltern einander heyrathen durften. Unter dem Papst Alexander III. war aber sowohl nach den Concilienschlüssen, als auch nach dem römischen Rechte [s]), die Ehe zwischen dem Ehebrecher und der Ehebrecherin schlechterdings verboten; noch weit mehr verabscheute man aber diese Verbindung, wenn der Ehebrecher dem unschuldigen Ehegatten nach dem Leben gestanden hatte, wie das c. 1. X. de eo qui duxit etc. zeigt. In der Originaldecretale beym Harduin a. a. O. schließt sich daher solche mit diesen Worten: quoniam inter se legitimum matrimonium contrahere non potuerunt, welche Ausdrücke aber im c. 6. von den Verfassern weggelassen worden. Von dieser Verordnung der Päbste gieng man in der Folge ab, und verbot die Ehe wegen eines begangenen Ehebruchs nur in zwey Fällen, nämlich a) wenn der ehebrecherische Theil, noch beym Leben seines unschuldigen Ehegatten, dem Mitverbrecher die Ehe versprochen, oder b) wenn er seinem unschuldigen Ehegat-

r) c. 1. X. qui fil. sint legit. Berardus l. c. Pag. 174. c. 6. X. eod. Im Anhange zum 3ten Lateran. Concil. vom Jahr 1179. Part. 39. welches in Hardvin. Concil. Tom. VI. Pag. 1819. steht, woraus das c. 6. X. genommen ist, heißt es: tanta est vis *sacramenti* etc.

s) c. 1. C. XXXI. qu. 1. c. 4. 6. C. XXX. qu. 1. L. 27. C. ad Leg. Iul. de adult. Nov. 134. c. 12.

ten nach dem Leben getrachtet hatte [t]). In allen übrigen Fällen hingegen kann der ehebrecherische Theil, nach neuern päpstlichen Verordnungen, seinen Mitverbrecher heyrathen, und solche Ehen erklärt das c. 6. X. de eo qui duxit etc. für gesetzmäßige. Dieser Beschaffenheit der Sache gemäß, halten nun mehrere Rechtslehrer [u]) die im Ehebruch erzeugten Kinder, wenn die Aeltern in der Folge mit einander in die Ehe getreten, für legitimirt, weil in dem c. 6. X. qui fil. sint legit. die Würkung der Legitimation lediglich als eine Kraft der Ehe angesehen wird, folglich es ungereimt seyn würde, die Ehe selbst den Aeltern erlauben zu wollen, und gleichwohl die Würkungen derselben aufzuheben. Aus eben diesen Gründen behaupten viele Rechtslehrer [x]), daß selbst in der Blutschande erzeugte Kinder bey uns legitimirt werden können, wenn es den Aeltern nur verstattet wird, mit einander in die Ehe zu treten. Eine große Anzahl von Beyspielen, daß uneheliche Kinder aller Art, durch die nachfolgende Ehe, legitimirt worden, hat der Herr Canzler Böhmer in der angeführten Disputation §. 17. angeführt.

§. 142. 143.

Wir wissen, welche Kinder legitimirt werden können, und nun soll gezeigt werden, wie die Legitimation überhaupt gesetzmäßig vorgenommen werden muß. Zu jeder Legitimation wird erfordert 1) die Einwilligung der dabey

t) Eibels Kirchenr. Thl. 4. Bnd. 1. Cap. 13. §. 362. not. e. Schotts Eherecht, §. 99. Glücks Pand. Thl. 2. S. 255.

u) Schotts Eherecht, §. 187. Henne Diss. de legitim. liber. per subsequ. matr. §. 13. Stryck Vsus mod. h. t. §. 12.

x) Boehmer Iur. Prot. Tom. IV. lib. 4. tit. 17. §. 18. Idem Diss. de legit. ex damn. coitu nator. §. 21. Stryck Vsus mod. h. t. §. 13. a Riegger Iurispr. eccles. P. IV. §. 197. Schott a. a. O. S. 415.

bey vorkommenden Personen, und 2) die Beobachtung der vorgeschriebenen Form.

Was die Einwilligung der bey der Legitimation vorkommenden Personen betrifft, so ist dabey hauptsächlich auf den Unterschied zu sehen, welcher nach dem römischen, kanonischen und heutigem Rechte gemacht werden muß. Bey den Römern war die Einwilligung des Vaters und der Kinder in die vorzunehmende Legitimation erforderlich; denn durch die Legitimation bekamen die unehelichen Kinder die Familienrechte der ehelich gebohrnen, folglich auch das Erbrecht in das Vermögen ihres natürlichen Vaters, daher mußte der Vater die Legitimation zufrieden seyn, weil Niemanden wider seinen Willen ein Erbe aufgedrungen werden soll. Aber auch der Zustand der unehelichen Kinder wurde bey den Römern durch die Legitimation verschlimmert, da sie jetzt aufhörten gewaltfreye Personen (homines sui iuris) zu seyn, wozu sie vor der Legitimation gehörten, und nun mußten sie sich die Folgen der römischen väterlichen Gewalt gefallen lassen y). Justinian bemerkt daher in der Novella 89. c. 11. ganz recht: wie es den Vätern nicht erlaubt ist, die Kinder wider ihren Willen aus der väterlichen Gewalt zu entlassen, eben so wenig kann es gerecht seyn, sie wider ihren Willen der väterlichen Gewalt zu unterwerfen. Nicht eben diese Grundsätze kann man nach dem kanonischen und heutigen Rechte annehmen; denn in dieser Rücksicht muß zwischen einer vollkommnen und unvollkommnen Legitimation unterschieden werden. Was darunter zu verstehen sey, werden wir bald sehen. Es wird nun von den Rechtslehrern mit Recht behauptet, daß die Einwilligung des natürlichen Vaters zu der vorzunehmenden Legitimation seiner unehelichen Kinder, nicht erfordert werde, wenn blos eine unvollkommne Legitimation geschehen

y) Iordens Diff. sec. c. 1. Noodt ad h. t. Schulting in annar. h. t. n. 7. Cocceii ius contr. h. t. qu. 9. Mercer. Opin. II, 8.

schehen soll, sondern das bloße Ansuchen der Mutter, des Vormundes, oder des unehelichen Kindes selbst sey dazu hinreichend. Diese Beschaffenheit trete deswegen ein, weil die Legitimation blos darum gesucht wird, im Staate andern ehelichen Kindern zustehende Vortheile bey Eingehung einer Ehe, oder der Erlernung eines Handwerks u. dgl. zu genießen [z]).

Wenn heut zu tage eine vollkommne Legitimation geschehen soll, oder eine solche, wodurch den unehelichen Kindern die völligen Familienrechte der ehelichen zu Theil wird, so kommt es darauf an, ob die Legitimation dadurch geschieht, daß die Aeltern einander heyrathen, oder ob die Legitimation durch ein Rescript des Fürsten vorgenommen werden soll. Im ersten Falle wird nach der Verordnung des kanonischen Rechts, die Einwilligung der Kinder nicht für nöthig gehalten [a]), weil blos die Ehe nach dem c. 6. X. qui filii sint legit. aus zeither unehelichen Kindern eheliche macht, und folglich auch die damit verknüpften Rechte in Rücksicht solcher Kinder eintreten; Kinder aber ihre Aeltern nicht an Schließung einer Ehe hindern dürfen. Die Kinder sind auch für legitimirt zu halten, wenn gleich die Aeltern bey Eingehung der Ehe nichts gesagt haben, daß sie ihre vorher gezeugten Kinder als eheliche betrachteten, und ihnen daher eben die Rechte zu Theil werden sollten. Etwas anders behaupten die Rechtslehrer [b]), wenn die Legitimation durch ein Rescript geschehe; denn hier gehe es nach der Verordnung des römischen Rechts [c]), folglich sey hierzu die Einwilligung der Kinder auch heutiges

z) Schweder D. de iure liber. inscio vel non consent. patre legitim. Tub. 1750.

a) Boehmer diss. cit. de legit. §. 26. Thomasius D. de vsu pract. doctr. de legit. c. 2. §. 3. not. d. de Riegger Iurispr. eccles. Part. IV. §. 198. Eibels kath. Kirchenr. Thl. 4. Bnd. 1. §. 367. not. b. Hr. RR. Eichmann a. a. O. Thl. 3. S. 217. Hr. HR. Glück a. a. O. Thl. 2. S. 258.

b) Hofacker Princ. iur. Rom. Tom. I. Pag. 465.

c) Nov. 74. c. 11. Nov. 89. c. 10.

ges Tages erforderlich, sie möge ausdrücklich oder stillschweigend ertheilt werden, zumal da man Wohlthaten Niemanden aufzudringen pflegt.

Ich habe gesagt, daß die Legitimation in der durch die Gesetze vorgeschriebenen Form vorgenommen werden müsse; diese war aber dreyfach, und die Legitimation geschahe anders, wenn sie durch die nachfolgende Ehe vorgenommen wurde; wieder anders bey der Bestimmung zum Decurio; und wieder anders bey der Ehelichmachung durch ein Landesfürstliches Rescript [d]).

Die Feyerlichkeiten bey der Legitimation durch die Ehe rühren von Constantin dem Großen her, und bestanden darin, wenn ein Römer mit seiner Concubine auf eine gesetzmäßige Weise in die Ehe trat, mit der er vorher außer der Ehe Kinder gezeugt hatte. Hierher gehört vorzüglich, schreibt Hr. HR. Glück, der räthselhafte §. 13. Inst. de nupt. wo Justinian nicht nur seiner eigenen Verordnung zuschreibt, daß natürliche Kinder dadurch, daß ihr Vater die Concubine, mit welcher er sie erzeugt habe, dotalibus instrumentis compositis, heyrathet, in die väterliche Gewalt gebracht würden, sondern auch noch hinzufügt: quod et aliis liberis, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio praebuit. Diese Worte haben den Auslegern beynahe unüberwindliche Schwierigkeiten verursacht; denn es versteht sich ja von selbst, sagen sie, daß Kinder, die ich mit meiner ehemaligen Concubine nun in einer rechtmäßigen Ehe zeuge, in meiner väterlichen Gewalt sind, was brauchte Justinian dieses erst besonders einzuführen? Man suchte also durch Verbesserungen des Textes der Institutionen zu helfen, und Cujaz behauptet, die Worte müßten heißen: quod, si alii liberi ex eodem matrimonio fuerint procreati, similiter nostra constitutio praebuit. Nun sey der Sinn folgender: Es solle keine Aenderung der durch die

d) Gebauer Exc. ad Inst. Pag. 263 — 303.

die Legitimation einmal erworbenen Rechte machen, wenn gleich hernach in derselben Ehe noch mehr Kinder wären gezeugt worden; diese sollten ihrer ehelichen Geburt halber keinen Vorzug vor jenen haben. So verstand auch Bynkershöck [e]) diese Stelle; jedoch billigte er keine so starke Aenderung, sondern bloß folgendermaßen: quod, vt aliis liberis, qui ex eodem matrimonio postea fuerint procreati, similiter nostra constitutio praebuit. Mehrere Verbesserungen stehen beym Gebauer a. a. O. Die neuern Rechtslehrer [f]) erklären, wegen der übereinstimmigen Lesearт aller Handschriften, eine Abänderung des Textes theils für unerlaubt, theils für unnöthig. Hr. HR. Glück bemerkt: wenn es in den Worten der Institutionen statt: fuerint procreati hieße fuerint *editi*, so würde ich geneigt seyn zu glauben, Justinian habe auf seine Verordnung in der L. 11. C. de nat. lib. Rücksicht genommen, wo er die Frage entscheidet: ob ein schon vor der Ehe empfangenes Kind, das aber erst in der Ehe gebohren worden, ebenfalls für rechtmäßig zu halten sey? Es ist daher wohl am sichersten, der Meynung des sel. Hrn. Domherrn Püttmann beyzutreten, welcher a. a. O. S. 70 behauptet, Justinian habe sich hier ebenfalls, wie es anderwärts oft geschehen ist, gerühmt, etwas Neues verordnet zu haben. In der L. 10. C. de nat. liber. auf welche Verordnung Justinian hier unstreitig Rücksicht genommen, wollte er nur die außer der Ehe mit einer Concubine gezeugten Kinder denen nachher noch in der rechtmäßigen Ehe, von ebenderselben gebohrnen Kindern gleich machen, damit sich letztere ihrer ehelichen Geburt halber keinen Vorzug von den erstern anmaßen mochten. — Der Hr. GTR. Höpfner hat sich S. 159. der fünften Ausgabe seines Commentars über die Institutionen, folgender Weise über diese Sache ausgedrückt: — eine der berühmtesten Klippen im Insti-

e) Bynckersh. Obs. Lib. II, cap. 11.
f) Püttmann Interp. cap. 15.

Institutionentexte ist §. 13. de nupt. wo Justinian sagt: wenn Jemand seine Concubine heyrathe, so kämen dadurch seine liberi naturales in die väterliche Gewalt. Quod et aliis liberis, fährt er fort, qui ex eodem matrimonio fuerint procreati similiter *nostra* constitutio praebuit. Einem Jeden muß dabey die Frage einfallen: was braucht Justinian zu verordnen, daß die Kinder, die ich mit meiner vormaligen Concubine, jetzigen Ehefrau, zeuge, in der väterlichen Gewalt seyn sollen; das versteht sich ja von selbst. Die verschiednen Erklärungen und Verbesserungen dieser Stelle führen *Iordens* Diss. 1. de legit. c. 6. §. 17. seqq. *Gebauer* Excurs. 4. ad Inst. an. Ich halte es mit *Püttmann* Interpr. et Obs. c. 15. Justinian rühmt sich mehrmal ohne Grund, etwas Neues verordnet zu haben, und hat in der L. 10. et 11. C. de nat. lib. (V. 27.) wirklich jene, an sich ganz überflüßige Verordnung gemacht [g]).

Die Legitimation durch die nachfolgende Ehe, durfte vor den Zeiten des Justinians nicht anders geschehen, als wenn der Vater noch keine ehelich gebohrne Kinder hatte; dieses erklärte aber der Kaiser Justinian für unbillig, und verstattete diese Handlung, wenn Jemand auch aus einer schon vorhergegangenen rechtmäßigen Ehe Kinder hatte [h]). Streitig ist es unter den Rechtsgelehrten, ob diese Legitimation zu ihrer rechtlichen Form erfordert habe, daß zwischen dem Mann und der Frau schriftliche Eheverträge über die Eingehung ihrer Ehe geschlossen worden. Man findet in den Schriften der Rechtsgelehrten viererley Meynungen darüber, welche Jordens anführt, von denen für die richtigste gehalten wird [i]), daß von des Kaisers Anastasius

g) L. 5. 6. C. de natur. liber.

h) Nov. 12. cap. 4. Nov. 89. c. 8.

i) Iordens Diss. II. de legit. cap. 3. Cuiac. Obs. XIII, 4. Schulting ad Prota h. t. §. 9. Pag. 90. Gebauer Excurs. 4. ad Inst. §. 4. Pag. 287. Gudelin. de iure nouiss. Lib. I. cap. 9. Hr. HR. Glück Thl 2. S. 261. Hr. GtR. Höpfner S. 159. Hr. RR. Eichmann Thl. 3. S. 226.

stasius Zeiten an, solche Eheverträge nöthig gewesen, weil der Concubinat, der Ehe so sehr ähnlich war, daß man ihn schwer von der Ehe unterscheiden konnte. Wollte also Jemand seine Concubine heyrathen, so war es schlechterdings nöthig, sie durch ein sicheres Zeichen für seine Ehegattin zu erklären, und dazu waren die Eheverträge am schicklichsten. Herr HR. Glück behauptet, die Gesetze k) drückten sich über diese Nothwendigkeit sehr deutlich und übereinstimmend aus. Hierbey ist man nun wieder nicht einig, ob in diesen Ehepacten ein Brautschatz habe festgesetzt werden müssen oder nicht. Einige behaupten es, z. B. Schulting, Gebauer und Jordens a. a. O.; andere verneinen es l).

In unsern Zeiten geht man bey der Lehre von der Legitimation durch die Ehe in manchen Stücken vom römischen Rechte ab; denn wir sehen blos darauf, daß die Personen, welche uneheliche Kinder mit einander gezeugt haben, eine rechtmäßige Ehe schließen dürfen, und dieses nunmehr wirklich thun. Man sieht dabey auf keine Zeit, sondern hält es für gültig, wenn die Personen sich noch auf dem Sterbebette des einen Theils haben trauen lassen. In den vorigen Zeiten wollten viele Rechtslehrer eine solche Eingehung der Ehe nicht für erlaubt halten, und sprachen ihr daher die rechtlichen Würkungen ab, weil sie keine wahre Ehe sey, indem bey ihr aller Zweck der Ehe wegfalle, und sie erst zu der Zeit ihren Anfang genommen, wo sie auch wieder aufgehört habe. Die Gründe für diese Meynung hat Sarmiento m) gesammelt und widerlegt. Andere Rechtslehrer behaupten zwar mit Recht das Gegentheil, nur führen sie falsche Gründe an. Sie glauben nämlich, eine Rechts-

k) §. fin. Inst. de nupt. §. 2. Inst. de hered. quae ab intest. L. 5. 6. 10. 11. C. de nat. lib. Nov. 12. c. 4. Nov. 18. cap. 11. Nov. 19. Nov. 74. Praef et. §. 1. 2. Nov. 78. cap. 4. Nov. 89. cap. 1. §. 1.

l) Noodt h. t. Cocceii h. t. qu. 16.

m) Sarmiento Interpr. Lib. I. c. 6. n. 5.

Rechtserdichtung müsse als die Ursache der Gültigkeit dieser Legitimation betrachtet werden, weil die Gesetze annehmen, es sey schon zu der Zeit, wo die Personen mit einander Kinder gezeugt hätten, in der That die Ehe zwischen ihnen vorhanden gewesen. Darauf antwortet Hr. RR. Eichmann: da in Gesetzen von dieser Fiction kein Wort vorkommt, so kann man sie auch nicht statuiren, sondern es treten andere richtigere Gründe ein, und zwar

α) ist es allezeit sehr ungewiß, ob auch der Mensch, welcher dem Anschein nach tödtlich krank ist, sterben werde n). Aerzte irren sich sehr oft, wenn sie hierüber ein Urtheil fällen, und andere, welche keine Kunstverständige sind, noch mehr. Ueber dieses

β) lehrt die Erfahrung, daß oft diejenigen, welche an keinen Abschied aus der Zeitlichkeit in die Ewigkeit denken, dieser Reise näher sind, als solche, welche an einer gefährlichen Krankheit darnieder liegen. Ganz recht bemerkt ein bekannter Schriftsteller o): mortalem vitam, an vitalem dixero mortem, incertum est, cum iam viuimus *et* morimur. Hierzu kommt,

γ) daß in Gemäßheit des kanonischen Rechts, in einem zweifelhaften Falle für die Ehe gesprochen werden soll p), und daß auch selbst mit einer alten Person, die eigentlich, nach dem Urtheil der Aerzte, dem Staate durch Kindererzeugen nicht mehr nützlich seyn kann, die Ehe verstattet werden muß q). Endlich

δ) ist

n) GENTILIS ad L. 1. C. de malef. et math. Pag. 13. sagt ganz recht: tu ne homo adsumes arbitrium Dei tibi. Ille est arbiter vitae et mortis.

o) ZACHIAS Med. legal. Lib. II. tit. 1. Qu. 19. n. 10.

p) c. f. X. de sent. et re iud. c. 3. in f. X. qui matr. c. 4. X. de restit.

q) PHILIPPI Diss. de legitim. per subseq. matr. Lips. 1693. Pos. 17. LAUTERB. de eod. arg. Tub. 1652. §. 19. BÖEHMER Diss. cit. §. 27. Fhr. von Cramers Nebenstunden, Thl. 105. § 95.

δ) ist in keinem Gesetz der Ehe, welche Jemand auf seinem Sterbebette schließt, die Würkung der Legitimation abgesprochen worden. Daher wird von verschiednen behauptet, daß auch sogar alsdenn eine solche Legitimation geschehen könne, wenn eine von den Personen, welche in die Ehe treten wollen, zum Tode verurtheilt worden sey [r]). Soll aber die Ehe eines Sterbenden als gültig angesehen werden können, so wird nothwendig vorausgesetzt, daß ein solcher Mensch bey der Trauung bey vollem Verstande war, und folglich seine würkliche Einwilligung zu Schliessung der Ehe habe geben können [s]).

Wenn die Legitimation durch die Ehe bey uns würklich vorhanden seyn soll, so müssen die Personen, welche außer der Ehe Kinder erzeugt haben, auf die Art in die Ehe treten, wie es nach unsern geistlichen und weltlichen Gesetzen geschehen soll [t]). Hieraus läßt sich daher die Frage beurtheilen: ob blos durch geschlossene Sponsalien die Ehelichmachung der Kinder geschehen könne, da so gar Kinder, die von verlobten Personen erzeugt worden, unter gewissen Umständen für eheliche gehalten werden, wie S. 187 gezeigt worden. Mevius und Hommel [u]) haben es zu behaupten gesucht; und ersterer ist deswegen dieser Meynung, weil die priesterliche Trauung zu Schliessung der Ehe nicht nöthig sey, sondern sponsalia de praesenti als hinreichend betrachtet würden; letzterer aber beruft sich auf den Gerichtsgebrauch. Diese Meynung verwerfen aber berühmtere Rechts-

r) Philippi Diss. cit. Pos. 17. Gema tract. de ad mortem damnatis, qu. 4.

s) Zachias l. c. qu. 19. Ripa tr. de actis in mortis articulo, c. 2. Treutler Vol. II. Disp. 16. thes. 2. lit. A. Gail Obseru. Lib. I. Obs. 141. n. 8. Philippi l. c. Pos. 17. Lauterb. Diss. cit. §. 20.

t) Lauterbach Diss. cit. §. 25. Boehmer Diss. cit. §. 25. Stryck Vsus mod. h. t. §. 10. Hofacker Tom. I. Pag 465.

u) Mevii Decis. Part. II. Dec. 81. Hommel Rhapf. Obs. Vol. VI. Obs. 706.

Rechtslehrer x) mit Recht, weil sie in Gesetzen gar nicht gegründet ist. Die Stellen aus dem päpstlichen Rechte, z. B. das cap. 30. 31. 32. X. de sponsal. c. 12. X. qui fil. sint legit. nach welchen sponsalia de praesenti eine wahre Ehe begründen, finden hier keine Anwendung; denn darin wird vorausgesetzt, daß gültige Sponsalien vorhergegangen, und der Beyschlaf erst nachher geschehen sey. Ueber dieses giebt es nach dem neuern katholischen, und noch weniger nach dem Protestantischen Kirchenrechte, gar keine sponsalia de praesenti y). Der vorgegebene Gerichtsgebrauch läßt sich vollends nicht beweisen.

Zum Beschluß verdient noch darüber etwas bemerkt zu werden: wenn die Legitimation durch die Ehe unter den teutschen Nationen bekannt geworden? Unbestritten ist es, daß die Teutschen von dieser Legitimation gar nichts gewußt, sondern sie erst von den Römern bekommen haben. Nun könnte es zwar scheinen, daß durch die Wanderungen der Teutschen in die römischen Provinzen, unter ihnen ebenfalls eine Kenntniß von dieser Sache gleich nach Constantins Zeiten entstanden sey. Davon findet man aber in den Fragmenten der alten teutschen Gesetze keine Spur. Das Wort, Wiederboran, welches im Longobardischen Lehnrechte Lib. II. tit. 1. §. 8. 9. vorkommt, und von einigen für die Legitimation durch die nachfolgende Ehe erklärt wird, heißt so viel als freylassen, nämlich die Ehe zwischen einem Freyen und einer Leibeigenen war keine Ehe, wenn nicht letztere vorher war wiederboren oder

x) Hofacker Princ. iur. Tom. I. Pag. 465. Püttmann Misc. ad ius pert. Spec. I. c. 4. Lipſ. 1785. de opinata spuriorum legitimatione per subsecuta sponsalia. Hr. HR. Glück, Thl. 2. S. 264.

y) G. L. Boehmer Princ. iur. can. §. 362. Hommel Epitome iur. sacri cap. 35. §. 35. not. a. — rectius dixeris, hodie sponsalia de praesenti nulla superesse, quia ipsum Concilium Tridentinum Sess. 24. de reform. c. 1. matrimonium quodvis irritum habet, absente parocho contractum, nec solus amplius consensus nuptias perficit.

freygelassen worden z). Erst im Mittelalter machte das zunehmende Ansehen des geistlichen Rechts, daß dieselbe eingeführt wurde, und nun fand sie so viel Beyfall, daß man sie faßt überall in Europa annahm, jedoch wurden nach Verschiedenheit der Kinder besondere Feyerlichkeiten dabey beobachtet, wozu in Teutschland der Mantel gehörte; daher diese legitimirten Kinder Mantelkinder a) genennt wurden. So viel ist ausgemacht, daß von dem Gebrauch des Mantels, die legitimirten Kinder diesen Beynamen bekommen haben; darüber ist man aber nicht einig, was dieses für ein Mantel gewesen. Die gemeine Meynung geht dahin, daß solche Kinder bey der Trauung, den Mantel der Mutter angefaßt, oder wohl gar damit bedeckt worden b); allein diese Meynung hat Schwarz bestritten, a. a. O. §. 15. und durch Gemählde bewiesen, §. 7. 8. 9. daß über solche Kinder der Mantel des Altars gehalten worden. Zwar erzählen die Geschichtschreiber von Albrecht dem Unartigen, daß er nach erhaltener Nachricht von dem Tode seiner Gemahlin, sich mit Cunigunden von Eisenberg habe trauen lassen, und daß solche unter der Trauhandlung, ihr mit Albrechten vorher erzeugtes Kind, den bekannten Ludewig Apizius, unter ihren Rock oder Mantel versteckt gehabt habe. Diese Erzählung gründet sich aber auf kein glaubwürdiges Zeugniß, daher es wahrscheinlich ist, daß sie blos deswegen so aufgeschrieben worden, weil es eine damalige Sage gewesen, und weil man den rechten Verstand des Wortes Mantel nicht gewußt hat. Ueber dieses bemerkt Schwarz a. a. O. §. 17. gegen diese gemeine

z) du Fresne Glossar. voc. *Wiederbora.*

a) Riccii Spicil. iur. Germ. Pag. 459. Gruben Vxor theol. Pag. 253. Schwarz D. de antiquo ritu liber. legit. per *pallium*, Alt. 1747. Knorre von Mantelkindern in Dessen Anm. S. 1.

b) Telgmann Comm. iur. feud. c. 3. §. 24. Lauterbach h. t. §. 20. Stryck h. t. §. 10. Richter de succ. ab intest. Sect. 1. mbr. 11. n. 5.

gemeine Meynung, daß die Ceremonie mit der Bedeckung des Mantels, keinesweges von dem bey der Annehmung an Kindesstatt üblichen Gebrauch des Mantels herrühre; sondern von den Geistlichen, welche an Erfindungen, die zu Erreichung ihrer Absichten dienen konnten, reich waren, zu dem Ende erfunden worden sey, um alle Ehesachen und auch die Legitimation an sich zu ziehen. Wir finden nun auch, daß diese Ceremonie in einigen Ländern bis nach Errichtung des Cammergerichts und bis an die Zeiten der Reformation gedauert habe, in diesen Zeiten aber abgekommen sey; jedoch hat man die Benennug Mantelkinder, zum Beweis der alten Gewohnheit beybehalten; denn man hat mehr Beyspiele, daß, obgleich gewisse Gebräuche abgeschafft worden, solche sich dennoch durch die Benennung immer noch erhalten haben [c]). Aus dem vorigen Jahrhundert haben wir z. B. eine Verordnung des Herzogs Heinrich Julius zu Braunschweig und Lüneburg, vom Ehebruch und Hurerey, wie auch von Mantelkindern. Sie ist 1693 abgefaßt, und durch den Gandersheimischen Landtagsabschied vom Jahr 1701 nochmals bestätigt worden [d]). Hr. HR. Glück schreibt: die Mutter pflegte ihre unehelichen Kinder, während der Trauung mit ihrem Mantel zu bedecken, woher die Benennung Mantelkinder, die noch im vorigen Jahrhundert nicht ungewöhnlich war. Es wurde auch wohl das Altartuch, oder eine andere zu den Einsegnungen der Eheleute besonders bestimmte Decke, welche palla, oder pallium geheißen [e]), über sie mit ausgebreitet. Allein dieser alte Gebrauch ist nach und nach abgekommen, daher heutiges Tages [f]) die Gegenwart der Kinder bey der Trauung nicht nothwendig erfordert wird.

c) Hofmann Spec. iurispr. symbol. vet. germ. §. 1.
d) Corp. Const. Lyneb. Part. IV. Cap. 8. Pag. 51.
e) du Fresne Gloss. P. III. voc. Palla, Pallium.
f) Heinecc. Ius Germ. Lib. 1. §. 158. Volckmann Diss. de legit. §. 18.

Man nannte übrigens die Mantelkinder auch Buchkinder g).

Eine zweyte Art der Legitimation bey den Römern, war die bekannte Bestimmung zum Decurio, oder die legitimatio per oblationem curiae, wie sie in Gesetzen heißt h), welche durch eine Verordnung des Kaisers Theodosius des Jüngern eingeführt worden. Sie geschahe dadurch, daß ein Römer seinen mit der Concubine erzeugten Sohn in das Verzeichniß der Decurionen einschreiben ließ, und ihn dadurch zum Decurio bestimmte; oder wenn er seine natürliche Tochter an einen Decurio verheyrathete i). Aus der Geschichte ist bekannt, daß im römischen Reiche mehrere Städte gewisse Rechte und Freyheiten bekommen hatten, die zum römischen Bürgerrechte gehörten. Solche Städte nennte man Municipia; wiewohl diese Benennung nach der Zeit, als alle freye Leute im römischen Staate zu römischen Bürgern erklärt worden waren (S. 338), allen Städten im ganzen römischen Reiche gegeben wurde, da nur die Stadt Rom schlechtweg vrbs hieß k). In diesen Städten waren Collegia zu Besorgung der öffentlichen Angelegenheiten, die wir heut zu Tage den Stadtrath nennen, welche aber nicht der Rath, sondern curiae genennt wurden, da nur der Rath in Rom den Namen Senatus führen sollte. Die Mitglieder dieser Stadträthe hießen daher auch nicht Senatores, weil nur in Rom und Constantinopel Senatoren seyn sollten, sondern man nennte sie Decuriones oder auch Curiales. Von diesem Worte Curiales ist jedoch zu bemerken, daß man in der weitläuftigern Bedeutung sowohl die zu diesem Amte nur

g) HALTAVS in Gloss. Pag. 191. PÜTTMANN Observat iur. feud. Pag. 146.

h) Io. WVNDERLICH de legitim. per oblat. curiae, liber singularis, Ien. 1759. BRISSON. select. Antiqu. IV, 13. ibique TRECKEL in not.

i) L. 3. C. de natur. liber. NOV. 89. c. 2.

k) L. 1. §. 1. D. ad L. munic.

nur bestimmten und zu dessen Uebernahme verpflichteten Personen, als auch diejenigen darunter verstand, welche würklich ein solches Amt bereits verwalteten; im eigentlichen Verstande aber heißen die erstern Curiales und die letztern Decuriones. Wenn gleich die Römer diesen Stadträthen den Namen Senatus nicht geben wollten, weil auf der ganzen Erde nur in Rom ein Senat seyn sollte [l]), so nennten gleichwohl die Einwohner der Municipien ihren Stadtrath den Senat, und die Mitglieder desselben, Senatoren, wie man aus vielen Inschriften beym Gruter und Reinesius sehen kann, und selbst Cicero nennte den Rath zu Syracus aus Achtung, den Senat [m]).

Ein solcher Decurio hatte zwar einige Vorzüge; sein Amt erforderte aber einen großen Aufwand, daher nur reiche Personen dazu fähig waren, die dadurch dennoch oft ganz arm wurden. Ueber dieses hatten diese Decurionen die beschwerlichsten Geschäfte zu besorgen; denn sie hatten die Administration der Stadtcasse, die Aufsicht über die öffentlichen Schauspiele, Wasserleitungen, Straßen und Bäder; sie mußten die Lebensmittel für die Stadt anschaffen; Gesandtschaften übernehmen; die Steuern einheben, und für die Rückstände haften; dem Kaiser Neujahrsgeschenke überschicken. Wenn sie starben, erbte der Stadtrath einen Theil ihres Vermögens [n]). Solche Decurionen wurden wegen der Rückstände kaiserlicher Abgaben, von den Statthaltern oft sehr gemißhandelt. Man warf sie deswegen ins Gefängniß, wo sie grausam behandelt wurden, und Peitschenhiebe mit der sogenannten scutica plumbata, oder flagello plumbato bekamen. Sie hatte fünf Riemen, und war aus einer ungegärbten Ochsenhaut geschnitten. Am Ende eines jeden Riemens war eine Bleykugel befestigt, und folglich war jeder Hieb mit einer solchen Peitsche fast

l) Cicero Orat. pro domo, c. 28.
m) Cicero in Verrem, IV, 62.
n) Wunderlich l. c. §. 6.

eben so empfindlich, als wenn man mit fünf Peitschen geschlagen worden wäre o).

Bey dieser Beschaffenheit der Umstände wollte fast Niemand Decurio werden, und es kam dahin, daß unter den heidnischen Kaisern bisweilen dieser oder jener Christ, zur Strafe die Pflichten eines Decurio erfüllen mußte, welche harte Behandlung Constantin abschaffte, und im Jahr 319 n. Ch. G. befahl, die unbesetzten Stellen mit solchen Personen zu besetzen, die sich die Daumen deswegen abgeschnitten hatten, um nicht Soldaten werden zu dürfen p). Allein weder hierdurch, noch damit, daß man abgedankte Soldaten zu Decurionen machte, wurde die Absicht, erreicht; so wie auch das Verbot des Kaisers Theodosius I., diese Peitsche nicht weiter zu brauchen, nicht die gehörige Würkung hervorbrachte q). Der Kaiser Theodosius II. führte daher zu Erreichung dieser Absicht die Legitimation durch die Bestimmung zum Decurio ein; und eben dieses sollte auch dadurch geschehen, wenn Jemand seine natürliche Tochter an einen Decurio verheyrathete r). Der Vater sollte also durch die Erlangung der väterlichen Gewalt gereitzt werden, den natürlichen Sohn zum Decurio zu bestimmen, indem er ihn in das album curialium eintragen ließ; und der natürliche Sohn sollte durch die Erlangung der ehelichen Geburtsrechte veranlaßt werden, seine Einwilligung zu geben. Eine streitige Frage hierbey ist es: ob der Sohn durch das geschehene Einschreiben in das Verzeichniß der Decurionen, sogleich ein wirklicher Decurio wurde.

o) Cilano römische Alterth. Thl. 4. S. 1313. Herr RR. Eichmann Thl. 3. S. 233.

p) Brisson. l. c. lib. IV. c. 13. Cassiodor. Hist. eccles. Lib. I. c. 9. Pag. 195. Codex Theodos. Lib. VII. tit. 22. L. 1. Tom. II. Pag. 450. Lib. II. tit. 1. L. 5. Pag. 269.

q) Codex Theodos. Lib. XII. tit. 1. L. 5. Tom. IV. Pag. 456.

r) Cod. Iustin. Lib. V. tit. 27. L. 3.

wurde. Einige Rechtslehrer s) behaupten es, und berufen sich auf den Theophilus ad §. 13. Inst. h. t.; andere t) halten das Gegentheil für richtiger.

Was den Gebrauch dieser römischen Art zu legitimiren in Teutschland anbetrifft, so haben einige ältere Rechtslehrer auf eine sehr lächerliche Art die Anwendung davon zu machen gesucht. Die Geistlichkeit der finstern Zeiten suchte die oblatio curiae coelestis dafür einzuführen; denn man sagte, wenn Aeltern ihr uneheliches Kind dem Klosterleben widmeten, so werde es dadurch eben so gut legitimirt, wie es ein Kind bey den Römern per oblationem curiae wurde u). So viel ist aber ausgemacht, daß nach dem katholischen Kirchenrechte eine feyerliche, vom Staate und von der Kirche genehmigte Profeß, alle aus der unehelichen Geburt herrührende Weyhhindernisse wenigstens in so weit hebt, daß der Professus die ordines und Kirchenpfründen, auch ohne weitere Dispensation, nur keine Prälaturen und Domcapitularwürden zu erlangen fähig wird x). Mit Recht behaupten also jetzt alle Rechtslehrer, von der römischen Legitimation per oblationem curiae läßt sich deswegen bey uns keine Anwendung machen, weil wir die Einrichtung mit den Municipien und Decurionen gar nicht haben y). Auch diejenigen irren,

s) Fabrot. ân apol. pro graec. interpr. in Ottonis thes. Tom. III. Pag. 1145. Reiz Excurs. XV. ad Theoph. Wunderlich l. c. §. 20. sqq. Hofacker Tom. I. Pag. 466.

t) Merill. Obs. VIII, 26. Heinecc. ad Vinn. Inst. Pag. 70.

u) Chr. Thomas. D. de vsu pract. doctrinae Instit. de legitimat. Hal. 1713. c. II. §. 7. Schwarz Diss. cit. §. 19. Covarrvvias de matr. Part. II. c. 8. §. 7. n. 6. Hommel Iurisp. numism mon. 87. Knorre a. a. O. §. 19.

x) c. 1. X. de fil. presbyt. de Riegger Inst. iurispr. eccles. P. III. §. 589. Eibels kathol. Kirchenr. §. 334. Herr HR. Glück, Thl. 2. S. 266.

y) Stryck Vsus mod. h. t. §. 19. Herr GtR. Höpfner a. a. O. §. 143. S. 161. Herr HR. Runde a. a. O. S. 515.

schreibt der Herr RR. Eichmann, welche glauben, daß die Stelle dieser Legitimation, das Anbieten der unehelichen Kinder zum Dienst des Kaisers, des Reichs, oder eines Reichslandes vertrete, da dieses durch kein Gesetz bewiesen werden kann. Zwar ist bekannt, daß, wenn ein solcher unehelich Gebohrner, dem Landesherrn oder Staat seine Dienste anbietet, und derselbe zu einer Bedienung gelangt, der Schandfleck, welcher ihm vorher wegen seiner unehelichen Geburt anklebte, wegfalle; gleichwie auch so gar ehrlose Personen, unter die dergleichen unehelich Gebohrne gar nicht gehören, auf diese Weise, die Rechte des guten Rufs erlangen können; allein dieses ist keine Legitimation, welche die Stelle derjenigen vertreten könnte, von der wir reden, weil solche unehelich Gebohrne die Rechte der ehelichen Kinder nicht bekommen.

Die dritte und letzte Art, uneheliche Kinder zu legitimiren, geschieht durch ein landesherrliches Rescript [z]); und sie besteht darin, daß der Landesherr ein außer der Ehe gezeugtes Kind für ehelich erklärt. Verschiedne Rechtslehrer haben zu beweisen gesucht, daß diese Art der Legitimation schon vor den Zeiten des Justinians vorgekommen sey [a]); diese Meynung kann aber nicht bewiesen werden, und daher behaupten alle jetzige Rechtsgelehrte, daß sie vom Kaiser Justinian zuerst gebraucht worden. Er sagt es nicht nur in der Nov. 78. c. 1. Nov. 89. c. 9. ausdrücklich, sondern man kann auch daraus den richtigen Schluß machen, da sie zur Zeit der Abfassung der Institutionen noch nicht einmal gewöhnlich gewesen, weil im

z) Willenberg Disc. de legitimatione per rescriptum Principis, in *Eius* Disc. Nr. 8. Pavli D. de legit. per rescr. Princ. Ged. 1756. Hiller D. qua legit. per rescr. Princ. Iustiniano Imperat. tanquam auctori atque inuentori vindicatur, Tubing. 1727.

a) Bartolvs ad L. Gallus 29. §. 11. D. de lib. et post. hered. n. 6. Griebner Diss. de iure legitim. comit. palat. §. 2.

im §. vlt. Inst. de nupt. wo doch von der Legitimation gehandelt wird, nichts davon vorkommt. Es steht dieser Meynung auch weder die L. 57. D. de ritu nupt. noch die L. fin. D. de adopt. entgegen, weil sich daraus weiter nichts beweisen läßt, als daß bisweilen aus Gnaden, vermittelst einer besondern Dispensation, eine Legitimation geschehen sey, woraus aber gar nicht folgt, daß man seine unehelichen Kinder schon damals auf diese Art legitimiren lassen können [b]). Im §. 8. bis 15. der Hillerischen Abhandlung werden diese beyden Gesetze so erklärt, daß in solchen von der Legitimation gar nichts enthalten sey.

Nach dem Willen des Justinians sollte diese Art zu legitimiren blos eine subsidiarische seyn, das heißt, es sollte nicht anders davon Gebrauch gemacht werden, als wenn es dem Vater des unehelichen Kindes unmöglich war, die Concubine, als die Mutter des Kindes, zu heyrathen, weil sie entweder gestorben, oder ins Kloster gegangen war, oder ihn nicht heyrathen wollte, oder sich schon mit einem Andern verheyrathet hatte [c]). Als die Ursache dieser Verordnung, kann man wohl mit Recht eben die Absicht annehmen, welche die Legitimation durch die Ehe veranlaßt hatte, nämlich den Concubinat in eine würkliche Ehe zu verwandeln. Eben deswegen legitimirte er keine andere Kinder durch ein Rescript, als so genannte natürliche, das heißt, mit einer Concubine erzeugte [d]). Auch durfte der Vater nicht etwa schon eheliche Kinder haben; denn diesen wollte Justinian ihr ausschließendes Recht zur Erbfolge dadurch nicht nehmen, wie es Nov. 89. cap. 9. heißt. Ueber dieses wurde festgesetzt, daß blos der Vater berechtigt seyn sollte, bey dem Regenten um die Legitimation seines unehelichen Kindes durch ein Rescript anzusuchen; nicht die Mutter, auch nicht die natürlichen Kinder, weil diese Wohlthat

b) Noodt h. t. Pag. 41. 42. Schulting h. t. §. 11. Pag. 91. Huber Cas. enucl. qu. 2. c. 3. §. 4. 6.
c) Nov. 47. c. 1. 2.
d) Boehmer Diss. cit. §. 28.

that hauptsächlich zum Vortheil des Vaters eingeführt worden [e]). Alsdenn konnten es jedoch die Kinder thun, wenn es ihnen der Vater in seinem Testamente anbefohlen hatte, um die Legitimation durch ein Rescript beym Kaiser nachzusuchen. Dieß hieß legitimatio per testamentum, und war nichts anders, als eine Art der Legitimation durch ein Rescript des Regenten [f]).

Die Nachfolger des Justinians, befolgten die von ihm festgesetzte Form der Legitimation durch ein Rescript des Kaisers genau [g]); aber die Päpste giengen davon ab, und legitimirten nicht nur alle Arten unehelicher Kinder, sondern sie richteten sich auch nicht nach den übrigen Stücken derselben. In dem c. 13. X. qui fil. sint legit. sagt Innocentius III. ganz deutlich, daß er aus päpstlicher Machtvollkommenheit, auch in Ansehung der Legitimation an keine Gesetze und Vorschriften gebunden sey, womit auch das c. 4. X. de concess. praeb. übereinstimmt [h]). Die Päpste legitimirten Kinder, die im Ehebruch, einer Blutschande, in der Fornication, und im Stuprum erzeugt worden waren, eben so gut, wie natürliche Kinder; auch hielten sie die Einwilligung des Vaters nicht für nothwendig; so wie sie auch darauf keine Rücksicht nahmen, ob die Ehe unter den Personen, von denen das uneheliche Kind erzeugt worden, statt haben könne, oder nicht. Es kam bey ihnen auch darauf nichts an, ob eheliche Kinder bereits vorhanden waren, oder nicht; ja sie giengen so weit, daß sie kein Bedenken trugen, durch diese Legitima-

e) Herold Quaest. I, 1. 5. 5.

f) Iordens Diss. I. de legit. c. 8. Püttmann Miscellan. Spec. II. c. 7. Griebner D. de iure legit. Princ. Imp. in *Eius* Opusc. Tom. I. Sect. 1.

g) Boehmer Diss. cit. l. c.

h) Thomas, Diss. cit. c. 2. §. 4. Boehmer Diss. cit. §. 30. 31.

timation einem Dritten wohl erworbene Rechte zu entziehen [i]).

Diese Grundsätze des kanonischen Rechts haben die teutschen Regenten ebenfalls befolgt, und daher kann die Legitimation durch ein Rescript des Regenten bey uns geschehen, wenn es auch gleich möglich wäre, die Person zu heyrathen, mit der das uneheliche Kind gezeugt worden [k]). Sie wird so gar vom Regenten vorgenommen, wenn der Vater bereits eheliche Kinder hat, wie die eben angeführten Rechtslehrer bezeugen, weil der Vater heut zu Tage berechtigt sey, alle Arten unehelicher Kinder im Testament zu seinen Erben zu ernennen, daher er auch das Recht habe, den ehelichen Kindern ihren Pflichttheil durch die Legitimation der unehelichen zu schmälern, wiewohl der Herr von Pufendorf [l]) dieses nicht zugeben will. Es behaupten jedoch mehrere Rechtslehrer mit Recht, durch diese Legitimation dürfe der Pflichttheil der ehelichen Kinder nicht geschmälert werden; d. h. wenn ein Vater so viele uneheliche Kinder legitimiren lassen wollte, daß den ehelichen ihr Pflichttheil nicht ungeschmälert bliebe, so können diese bey der Erbtheilung den Pflichttheil fordern, und die legitimirten Kinder müssen sich mit dem Reste begnügen [m]). Daß heut zu Tage alle Arten unehelicher Kinder, wie es im kanonischen Rechte verstattet wird, durch ein Rescript legitimirt werden können, beweist die Erfahrung. Verschiedne Rechts-

i) Thomas. Diss. cit. c. 2. §. 4. n. a. et §. 5. Stryck Vsus mod. h. t. §. 17. Tellez ad c. 13. X. qui filii sint legit. n. 21. 22. 23.

k) Thomas. Diss. cit. de vsu pract. c. 2. §. 5. Stryck Vsus mod. h. t. §. 17. Madihn Princ. Iur. Rom. Part. V. §. 7.

l) de Pvfendorf Obs. Tom. I. Obs. 241. §. 6.

m) Stryck de Succ. ab intest. Diss. I. c. 2. §. 74. Gail Obs. II, 142. Carpzov Part. II. Const. 6. Def. 27. Hofacker Tom. I. Pag. 468. Herr Canzler von Trützschler in der Anweis. zur Abf. rechtl. Aufs. 1. Thl. 2. Hptabth. 3 Hptstück, §. 54. Höpfner, S. 163.

Rechtslehrer n) sind der Meynung, heut zu Tage sey die Einwilligung des zu legitimirenden Kindes auch bey dieser Legitimation nicht nöthig, weil sie ihm nicht schade, sondern vielmehr nütze. Diese Behauptung verwerfen aber andere Rechtslehrer, weil nicht einzusehen, warum die Legitimation heut zu Tage den Kindern weniger schädlich oder nützlich seyn solle, als sie es nach dem neuern römischen Rechte war, und folglich die Vorschrift desselben hier nicht bey Seite gesetzt werden dürfe, und keinem Dritten wohl erworbene Rechte genommen werden sollen o).

Die drey angeführten Arten der Legitimation lassen sich durch richtige Gründe beweisen; es nehmen aber einige ältere Rechtslehrer noch mehrere an, nämlich 1) eine Legitimation durch die Arrogation, wenn ein Vater sein natürliches Kind arrogirte; 2) die Legitimation durch ein von dem Landesherrn bestätigtes Testament, und 3) die Legitimation durch die Nennung eines Kindes. Diese Meynung hat aber nichts für sich; denn die legitimatio per arrogationem hat der Kaiser Justinian in der L. 7. C. de nat. lib. (V, 27.) abgeschafft; die legitimatio per testamentum a Principe confirmatum, wovon in der Nov. 74. c. 2. geredet wird, ist im Grunde eine legitimatio per Rescriptum Principis; und die legitimatio per nominationem filii hat gar kein Gesetz für sich. Man beruft sich zwar auf die 117. Novelle c. 2., in der aber nichts steht. Justinian trägt hier den Fall vor, ob ein Sohn ehelich oder unehelich sey, weil ihn der Vater in seinem Testament Sohn genannt hat, und bestimmt ihn dahin, daß man wenigstens die eheliche Geburt desselben vermu-

n) Thomas. ad Strauch Diss. IV. th. 13. Boehmer D. de legit. ex damnato coitu nator. in Exerc. ad Dig. Tom. I. Pag. 904.

o) Stryck Vsus mod. h. t. §. 18. Hofacker Princ. Tom. I. Pag. 466. Herr HR. Glück a. a. O. Thl. 3. S. 268. Herr GR. Höpfner im Comment. S. 163.

vermuthen müsse p). Daß der Vater seinen Willen auch noch heutiges Tages in seinem Testament erklären könne, hat keinen Zweifel; dahingegen ist der Umstand, daß ein Vater, das von ihm außer der Ehe erzeugte Kind, wie ein eheliches im Hause gehalten und erzogen, es auch in seinem Testament zum Erben eingesetzt hat, nach den Gesetzen für keinen modus legitimandi zu halten, wodurch dasselbe, ohne ein landesfürstliches Rescript, die Rechte eines ehelichen Kindes erlangen können q).

§. 144. 145. 146.

Wir haben gesehen, wie die verschiednen Arten der Legitimation nach Vorschrift des römischen und teutschen Rechts beschaffen seyn müssen, wenn sie als gültig betrachtet werden können. Nunmehr muß über die Würkung derselben das Wichtigste gesagt werden, wobey der Natur der Sache nach darauf zu sehen ist, was nach dem römischen Rechte für Folgen damit verbunden waren, und wie es nach teutschen Gesetzen damit steht.

Bey der Erörterung der aus einer gültig geschehenen Legitimation entstehenden Folgen, nach dem römischen Rechte, ist vor allen Dingen ein Unterschied zu machen zwischen den Würkungen, welche die Legitimation nach dem römischen Rechte, in Rücksicht auf den Vater hatte. Die Folgen bestanden

I. auf Seiten des Vaters darin, daß solcher dadurch

a) die väterliche Gewalt nach ihrem ganzen Umfange, über seine legitimirten Kinder bekam. Alle die Rechte, welche die Gesetze dem Vater über seine ehelichen Kinder beylegen, hat er nach dem römischen Rechte auch in Ansehung der legitimirten Kinder.

b) Er-

p) Iordens Diss. I. c. 5. §. 1. sqq. Pagenstecher Interp. iniur. vapul. Pag. 517. Thomas. Diss. cit. c. 1. §. 13.

q) Fr. Beckmanni in Consil. Pag. 403.

b) Erlangt der Vater dadurch ein ganz neues Erbrecht auf das Vermögen seiner legitimirten Kinder. Bey der Lehre von der Intestaterbfolge werden wir hören, daß der Vater nur in gewissen Fällen von seinen natürlichen Kindern, blos den sechsten Theil ihres Vermögens erbte, von seinen andern unehelichen Kindern aber gar nichts; allein nach geschehener Legitimation ist er eben so gut ihr Notherbe, wie das bey wirklich ehelich gebohrnen Kindern der Fall ist, es hat auch dabey kein Unterschied statt, ob die Legitimation durch die nachfolgende Ehe oder ein Rescript des Regenten geschehen sey.

c) Der Vater kann von seinen legitimirten Kindern eben so gut, wie von seinen ehelichen, im Nothfall Alimente fordern, daher ihm auch die Rechtswohlthat der Competenz gegen solche zu Theil werden muß, wenn er ihr Schuldner geworden, und sie auf ihre Bezahlung dringen. Gleiche Rechte hat der Vater bey der Erziehung, und den übrigen Handlungen der Kinder.

II. Auf Seiten der Kinder bestehen die Würkungen der geschehenen Legitimation nach dem römischen Rechte überhaupt darin, daß sie die Rechte ehelicher Kinder erlangen [r]). Eine Folge hiervon war bey den Römern,

a) daß sie der väterlichen Gewalt ihres natürlichen Vaters unterworfen wurden, folglich eine Capitisdeminution litten.

b) Erlangten sie die Familienrechte in Rücksicht auf ihren zeitherigen natürlichen Vater, und diese kommen auch den Enkeln zu statten, wenn nach dem Tode des natürlichen Sohnes, von dem sie in einer gesetzmäßigen Ehe erzeugt worden sind, der Großvater seine Concubine geheyrathet hat [s]). Daß solche legitimirte Kinder bey den Römern zugleich den Adel ihres jetzigen bürgerlichen Vaters

r) Nov. 89. c. 8. 9. 11. L. 10. C. de natur. liber.

s) Schulting ad Prota h. t. §. 10. Cocceii Ius controu. h. t. qu. 13.

ters erlangt haben, ist nach dem römischen Rechte nicht zu bestreiten, weil Justinian schlechterdings wollte, daß die einmal legitimirten Kinder von den ehelichen in gar nichts unterschieden werden sollten; denn in der Nov. 89. c. 9. heißt es: vt sub potestate eius consistant, *nihil a legitimis filiis differentes.*

c) Können legitimirte Kinder eben so gut, wie wirkliche eheliche Kinder von ihrem Vater verlangen, daß er sie standesmäßig erziehen soll; und hieraus folgt, daß ihnen auch die Rechtswohlthat der Competenz gegen den Vater zustehe.

d) Erlangen legitimirte Kinder nach dem römischen Rechte, ein Erbrecht, vermöge dessen sie nicht nur dem Vater, sondern auch den väterlichen Anverwandten, wie eheliche Kinder und rechtmäßige Blutsfreunde succediren [t]; jedoch succedirten die Curiae oblati nur ihrem Vater, von dem sie legitimirt worden waren, nicht aber den übrigen Ascendenten desselben, wie man aus der L. 9. C. de nat. lib. sieht. Aus diesem Erbrechte folgt, daß legitimirte Kinder die Klage wegen eines pflichtwidrigen Testaments anstellen können. Wenn ihr Vater vor der Legitimation ein Testament gemacht, und sie darin übergangen hat, wird dasselbe durch die Legitimation gebrochen, und sie können die Nichtigkeitsquerel anstellen, wenn sie von dem Vater nicht schon wieder aus der väterlichen Gewalt losgegeben worden seyn sollten. In diesem Falle haben sie aber doch die Klage wegen eines pflichtwidrigen Testaments; so wie sie auch die Klage auf die Ergänzung des Pflichttheils anstellen können, wenn ihnen im Testament des Vaters nicht so viel hinterlassen worden, als ihr Pflichttheil beträgt. Alle diese Rechte werden an ihrer Stelle ausführlich erklärt werden.

So viel von den Würkungen der Legitimation nach dem römischen Rechte, und nunmehr soll gezeigt werden, was

t) Nov. XII. c. 4. Nov. 89. c. 8. 9. Sweder Diss. cit. §. 19. 25. Lvdolf Obs. 263.

was durch das teutsche Recht darüber festgesetzt worden. — Weil das römische Recht in Teutschland als ein völlig verbindliches Gesetzbuch angenommen worden, dessen einzelne Verordnungen so lange für gültig zu halten sind, bis die Ausnahme durch teutsche Gesetze bewiesen worden, so muß man auch von den Würkungen der Legitimation, welche solche bey den Römern hatte, behaupten, daß sie in Teutschland eben diese Kräfte zeigen, wenn nicht eine Ausnahme nach teutschen Gesetzen und Gewohnheiten bewiesen werden kann. Nach teutschen Sitten ist aber vor allen Dingen auf den Unterschied zwischen einer vollkommnen Legitimation, und einer unvollkommnen Rücksicht zu nehmen. Die Teutschen haben nämlich, um den Nachtheil der unehelichen Geburt zu heben, welcher in der so genannten Anrüchtigkeit und Geringschätzung besteht, eine eigene Art der Legitimation eingeführt, die dem Kinde sonst weiter keine Rechte giebt, als blos in Absicht auf die Fähigkeit zu Erlernung einer Kunst, oder eines Handwerks, kurz dasselbe zur Theilnahme an gewissen bürgerlichen Rechten fähig macht, sonst aber weder dem Vater die väterliche Gewalt verschafft, noch dem Kinde Familienrechte, am wenigsten das Erbschaftsrecht giebt. Man nennt diese Legitimation die teutsche, oder die unvollkommne, legitimatio minus plena, legitimatio ad honores, zum Unterschiede von der römischen, die man ihrer Würkungen wegen auch die vollkommne nennt, weil sie den legitimirten Kindern alle Rechte der ehelich gebohrnen Kinder verschafft. Eine solche vollkommne Legitimation ist nun heut zu Tage allemal die Legitimation durch die Ehe; hingegen die Legitimation durch ein Rescript des Regenten kann entweder eine vollkommne oder unvollkommne Legitimation seyn, wobey es auf die Umstände ankommt, die wir gleich näher betrachten werden u).

Nach-

u) Ge. Beyer Pr. de doctrina legitimationis ex iure patrio, non romano explicanda, Vit. 1712. Eisenhardt D. de

Nachdem dieses vorausgeschickt worden, so läßt sich die Frage: was für Würkungen sind mit der vollkommnen Legitimation in Teutschland den Rechten nach verbunden, deutlich aus einander setzen. Auch in Teutschland bekommt der Vater durch die vollkommne Legitimation die väterliche Gewalt über seine Kinder, folglich hat er alle damit verbundene Vortheile zu genießen; wogegen er aber die ihm obliegenden Pflichten erfüllen muß, und hier gilt alles, was die römischen Gesetze darüber festgesetzt haben, und S. 527 gezeigt worden ist. Die vollkommen legitimirten Kinder werden in Teutschland der wichtigsten Familienrechte fähig, worunter hauptsächlich das Erbrecht gehört.

Ob durch die Ehe legitimirte Kinder den Adel ihres Vaters bekommen, darüber streiten die Rechtslehrer. Zwar behauptet Riccius, wenn beyde Aeltern von Adel wären, und diese hernach einander ehelichten, so werde das von ihnen außer der Ehe erzeugte Kind ebenfalls für ächt adelich gehalten, und der Herr von Moser x) hat durch Reichshofrathsaussprüche das nämliche zu beweisen gesucht; denn der Reichshofrath hat den durch die nachfolgende Ehe legitimirten Herrn von Künsperg in possessorio für ebenbürtig, und im Lehn- und Stammgut erbfähig erklärt. Andere Rechtsgelehrte erklären diese Behauptung deswegen für falsch, weil der Adel nicht anders erlangt werden könne, als durch die würkliche eheliche Geburt, oder durch den Adelsbrief; denn die Fiction, welche bey den außer der Ehe Gebohrnen gebraucht wird, nachdem die Aeltern getraut worden, kann hier nicht angewendet werden, da teutsche Sitten damit nicht bestehen; wenigstens ist so viel gewiß, daß ein solcher legitimirter Adelicher nicht fortkommt, wenn von solchen adelichen Vorrechten die Rede ist, deren Genuß

de legitimatione liberorum illegitimorum praecipue secundum ius Germanicum hodiernum, Helmst. 1786.

x) Riccius vom Adel, S. 289. Mosers Reichshofr. Proceß, Thl. 3. S. 271.

von einer völlig reinen Ahnenprobe abhängt y). Außer diesem Falle hat die Legitimation auf Seiten der legitimirten Kinder die Folge, daß sie durch die Ehelichmachung, sie geschehe durch die Ehe oder durch ein Rescript, von aller Anrüchrigkeit, mit der sie wegen ihrer unehelichen Geburt nach teutschen Sitten behaftet sind, befreyet werden, und nunmehr der Regel nach auf alle bürgerliche Rechte im Staate Anspruch machen können. Dieser Unterschied hatte bey den Römern deswegen nicht statt, weil uneheliche Kinder der Regel nach zu allen Gesellschaften, Aemtern und Würden fähig waren, wozu eheliche Kinder gelangen konnten z), wie wir S. 183 gesehen haben. Die Teutschen verleitete ihre strenge Keuschheit zu andern Grundsätzen, und sie glaubten, die uneheliche Geburt verursache etwas ehrenrühriges, daher ein uneheliches Kind eine Art der Geringschätzung verdiene, weshalb es unwürdig sey, in Zünfte, Handwerker und öffentliche Gesellschaften aufgenommen zu werden. Nach eingeführter Legitimation, hat sich dieser Grundsatz größtentheils verloren.

Was das Erbrecht der legitimirten Kinder nach teutschen Rechten anbetrifft, so ist vor allen Dingen auf den Unterschied Rücksicht zu nehmen, ob von der Erbfolge durch die nachfolgende Ehe legitimirter Kinder die Rede ist, oder solcher Kinder, die durch ein Rescript des Regenten legitimirt worden sind. Kinder, welche durch die nachfolgende Ehe ihrer Aeltern legitimirt worden sind, erben in Teutschland der Regel nach eben so gut, wie ehelich gebohrne Kin-

y) Pütter Ius priuat. Princ. §. 32. Pag. 55. Illustr. Henr. God. Bayer D. Legitimationem per subsequens matrimonium nobilitatem Germanorum iure non restaurare, Lipſ. 1776. Klüber de nobil. codic. Pag. 11. Cramer de iurib. nobil. cap. 4. §. 2. Hesse D. de liberorum legitimatione an et quatenus nobilitatem conferat, Gött. 1792. Hofacker Tom. I. Pag. 264.

z) Heinecc. ad Leg. Iul. Lib. II. cap. 4. Thomasius D. de vsu pract. doctr. de legit. c. 1. §. 3.

Kinder. Auch ist keinem Zweifel unterworfen, daß diejenigen, welche durch ein Rescript, auf eine unvollkommne Weise legitimirt worden sind, bey der Erbfolge als uneheliche betrachtet werden; hingegen über die Rechte der durch ein Rescript des Regenten vollkommen legitimirten Kinder wird viel gestritten. Einige [a]) behaupten, sie hätten völlig die Rechte, wie ehelich gebohrne Kinder. Andere Rechtslehrer [b]) glauben, daß, wenn ehelich gebohrne Kinder vorhanden, diesen der Pflichttheil zum Voraus gebühre. Noch andere [c]) machen folgenden Unterschied, und sagen: entweder geschieht die Legitimation der unehelichen Kinder, erst nachdem die ehelichen Kinder schon gebohren waren, oder vorher. Im ersten Falle erben die legitimirten Kinder nichts; denn die ehelich gebohrnen Kinder haben schon ein Recht auf die Erbschaft gehabt, das ihnen durch die Legitimation nicht genommen werden konnte; aber im zweyten Falle erben die legitimirten Kinder mit den ehelichen.

Herr RR. Eichmann erklärt S. 250, er könne keine von diesen Meynungen ganz annehmen, sondern seine Behauptung gehe dahin: wenn auf Verlangen oder mit Einwilligung des Vaters die Legitimation durch ein Rescript erfolgt, und die zu legitimirenden Kinder darein willigen, so erlangen die Kinder ein Erbrecht, es mögen eheliche Kinder vorhanden seyn, oder nicht; jedoch müssen letztere durch eine solche Vermehrung der Kinder nicht an ihrem Pflichttheile geschmälert werden. Es kann daher die Legitimation nicht bewirken, daß bey der künftigen Succession die ehelichen Kinder weniger erhalten, als der Pflichttheil ausgemacht

a) Ayrer Diss. de rescr. legit. Principis plenissimum effectum tribuente, legitimi licet liberi extent, Götting. 1748. Koch de success. ab intest. §. 29.

b) Gail Obs. II, 242. Carpzov. Part. II. Const. 6. Def. 27. Madihn Diss. de legitime naturorum portione legitima in successione cum legitimatis, Hal. 1755.

c) Herr GTR Höpfner, §. 688. S. 624.

macht haben würde, wenn die Legitimation nicht erfolgt wäre. Uebrigens kann, wenn eheliche Kinder da sind, nichts darauf ankommen, ob die Legitimation mit der Clausel: ohngeachtet eheliche Kinder vorhanden, gesucht, und auch unter dieser Clausel die Legitimation ertheilet worden, oder nicht. Es ist auch ungegründet, daß die ehelichen Kinder den Pflichttheil bey der Erbtheilung voraus bekommen sollen. Die Gründe für diese Meynung sind folgende:

a) Wenn ein Vater mit Einwilligung seiner unehelichen Kinder um die Legitimation nachsucht, so muß der Landesherr annehmen, daß er eine vollkommne Legitimation verlange, weil die unvollkommne keine wahre Legitimation ist, und auch bey dieser keine besondern Weitläuftigkeiten nöthig sind.

b) Das Daseyn der ehelichen Kinder wirkt keine andere Vermuthung, weil er durch einen Vertrag oder Testament, sein Vermögen bis auf den Pflichttheil, den ehelichen Kindern, ohne ihre Einwilligung, und ohne besondere landesherrliche Erlaubniß entziehen kann.

c) Kann auch der Landesherr ein Legitimationsrescript ertheilen, es mögen eheliche Kinder vorhanden seyn, oder nicht.

d) Muß man unter solchen Umständen, wenn der Vater mit Beystimmung der unehelichen Kinder um die Legitimation nachgesucht hat, und dieselbe auch erfolgt ist, vermuthen, daß sie eine vollkommne seyn solle.

e) Es ist daher die Clausel: ungeachtet eheliche Kinder vorhanden sind, unnütz und überflüssig; weil, da die Umstände schon ergeben, daß, wenn auch eheliche Kinder vorhanden, dennoch die unehelichen vollkommen legitimirt seyn sollen, sie keine rechtliche Würkung hat; dem wohlerworbenen Recht eines Dritten aber die Legitimation nicht schaden kann, sie mag mit oder ohne diese Clausel erfolgt seyn.

f) Man

f) Man kann auch nicht einwenden, daß, wenn eheliche Kinder vorhanden, dieselben schon ein Recht auf die Erbschaft hätten, welches ihnen durch die Legitimation nicht genommen werden könne; denn freylich haben die ehelichen Kinder ein Recht auf die Erbschaft; allein man kann nicht zugeben, daß ihnen solches durch die Legitimation nicht gewissermaßen entzogen werden könne. Seitenverwandte haben auch ein Recht auf ihre wechselseitigen Erbschaften; allein sie können sich dasselbe einander entziehen. Wir müssen daher bestimmter reden. Rechte, die einem so zustehen, daß sie ihm wider seinen Willen nicht entzogen werden dürfen, kann die Legitimation nicht nehmen; für ein solches Recht aber darf man dasjenige, welches die ehelichen Kinder auf die Erbschaft ihres Vaters überhaupt haben, nicht halten, sondern es ist nur von der Art in Rücksicht des Pflichttheils. Daher kann der Vater durch die Legitimation eben sowohl, als durch andere Handlungen, den ehelichen Kindern ihr Recht auf seine Erbschaft bis auf den Pflichttheil entziehen.

g) Hieraus ergiebt sich auch, daß die ehelichen Kinder nicht eben den Pflichttheil bey der Succession voraus erhalten, und in Ansehung des übrigen mit den Legitimirten zu gleichen Theilen gehen müssen; denn die Natur der Legitimation und die Absicht des Vaters bringen mit sich, daß die legitimirten Kinder und die ehelichen gleichen Antheil an der Erbschaft haben sollen, in wie fern nur der Antheil der ehelichen Kinder nicht weniger enthält, als der Pflichttheil ausmacht.

Herr HR. Glück drückt sich S. 272 folgendergestalt über gegenwärtige Sache aus, indem es daselbst heißt: sehr streitig ist die Frage: ob der Regent durch sein Rescript auch ad effectum successionis legitimiren könne, wenn eheliche Kinder zur Zeit der verlangten Legitimation bereits vorhanden sind? Einige bejahen diese Frage, und schreiben einer solchen landesherrlichen Ehelichmachung die vollkommenste Würkung zu [d]). Andere behaupten, daß

d) Ayrer Diss. de rescr. etc. S. 533.

in dem vorliegenden Fall den ehelichen Kindern der Pflichttheil zum voraus gebühre, und dieß ist die gemeine Meynung der Rechtsgelehrten [e]). Noch andere halten zwar diesen Vorzug der ehelichen Kinder für ungegründet, jedoch dürften letztere durch eine solche Vermehrung der Anzahl der Kinder an ihrem Pflichttheile keinen Schaden leiden [f]). Es könne daher, glauben sie, die Legitimation nicht bewirken, daß bey der künftigen Succession die ehelichen Kinder weniger erhalten, als der Pflichttheil ausgemacht haben würde, wenn die Legitimation nicht erfolgt wäre. Endlich giebt es Rechtsgelehrte [g]), welche der Meynung sind, daß die legitimirten Kinder in dem bemerkten Fall, gar kein Erbrecht erhielten, und diese Meynung ist nach römischen Rechten wohl unstreitig die richtigste. Denn einmal soll die Legitimation unehelicher Kinder durch fürstliches Rescript, nach der Absicht des Kaisers Justinian, nach Nov. 89. c. 8. in dem Fall gar nicht statt finden, wenn eheliche Kinder vorhanden sind; gewiß aus keiner andern Ursache, als weil diesen die Legitimation zum Nachtheil gereichen, und ihnen durch Concurrenz der legitimirten Kinder, ihr künftiges Erbrecht geschmälert werden würde. Hieraus folgt von selbst, daß, wenn dergleichen Legitimation demungeachtet geschehen ist, solche den legitimirten Kindern, zum Nachtheil der schon zur Zeit der geschehenen Legitimation vorhanden gewesenen ehelichen Kinder, kein Erbrecht beylegen könne. Zum andern hat Justinian auch dem Vater ausdrücklich untersagt [h]), seinen natürlichen Kindern in dem Fall,

e) Madihn Diss. de legitime nat. etc. S. 533.

f) Eichmann Erklärungen des bürgerl. Rechts, 3ter Thl. S. 250. Hofacker c. l. §. 597. not. 6.

g) de Pufendorf Obs. Tom I. Obs. 241. §. 6. Eisenhart Diss. cit. c. 3. §. 17. Höpfner a. a. O. §. 688.

h) Nov. 89. cap. 12. §. 2. — sancimus, vt, si quidem quispiam habuerit filios legitimos, non possit filiis naturalibus eorumque matri vltra vnam relinquere vnciam, aut donare naturalibus aut concubinae.

Fall, da er zugleich ehelich gebohrne hat, durch Schenkung oder Testament mehr, als ein Zwölftheil zu hinterlassen. Kann also der Vater auch nicht durch Schenkung, Testament, und andere dergleichen Dispositionen, das Erbrecht der ehelich gebohrnen Kinder, zum Vortheil der unehelichen schmälern, so läßt sich daraus schließen, daß er letztere zum Nachtheil der erstern, auch nicht durch ein Rescript legitimiren lassen könne. Allein die Frage ist nur: ob dieß auch bey uns noch statt finden könne?

Man muß, dünkt mich, hier zwey Fragen unterscheiden. Erstlich: was im Zweifel zu vermuthen, daß der Regent gewollt habe? Zweytens: ob sich die Gewalt des Regenten so weit erstrecke, uneheliche Kinder auf des Vaters Verlangen völlig und ad effectum successionis zu legitimiren, ohngeachtet eheliche Kinder vorhanden sind? So viel die erste Frage betrifft, so glaube ich, man müsse im Zweifel immer vermuthen, daß der Regent dasjenige gewollt habe, was dem gemeinen Rechte am gemäßesten ist. Hat daher der Vater den Umstand, daß eheliche Kinder vorhanden sind, in seiner Supplic verschwiegen, so daß die von demselben ausgewürkte Legitimation unter der Clausel: ohngeachtet eheliche Kinder vorhanden (non obstantibus liberis legitimis), nicht ertheilt worden ist, so ist das Rescript für erschlichen zu halten, und kann den ehelichen Kindern um so weniger präjudiciren, je bekannter es ist, daß Privilegien sine praeiudicio et diminutione iuris tertii verstanden werden müssen [i]). Die zweyte Frage anlangend, so lassen sich für die bejahende Meynung, folgende Gründe anführen. Erstens, ist es außer allem Zweifel, daß ein Regent heutiges Tages uneheliche Kinder durch sein Rescript legitimiren könne, es mögen eheliche Kinder vorhanden seyn oder nicht. Warum soll nun der Regent seinem Rescript nicht eben die Würkung beylegen können, die Justinian der Ehe beygelegt hat [k])?

i) Gail. Obs. II, 142. 10. Stryck h. t. §. 16.

k) Nov. 12. c. 4. Nov. 89. c. 8. Madihn Diss. cit. §. 11. Idem in Princ. iur. Rom. Part. 5. §. 5. not. a.

Man wende nicht ein, daß nach dem Gesetz des Justinians der landesherrlichen Ehelichmachung keine vollkommne Würkung zugeschrieben werden dürfe, wenn zur Zeit der verlangten Legitimation schon eheliche Kinder vorhanden gewesen sind; denn wie konnte Justinian der gesetzgebenden Gewalt seiner Nachfolger Schranken setzen? Zweytens haben eheliche Kinder eigentlich nur ein ius quaesitum auf den Pflichttheil; dieser darf ihnen weder entzogen noch geschmälert werden. Das übrige Vermögen kann der Vater zuwenden, wem er will. Hat nun gleich Justinian dem Vater, wenn er zugleich ehelich gebohrne Kinder hat, seinen natürlichen Kindern, mehr, als ein Zwölftheil, zu hinterlassen nicht erlaubt, so bindet doch diese gesetzliche Vorschrift keinesweges unsere Landesherren, daß sie nun eben deswegen solche uneheliche Kinder auch nicht vollkommen legitimiren dürften, zumal heutige Rechtsgelehrte [1]) überhaupt noch daran zweifeln, ob jene Vorschrift bey uns, selbst auf Seiten des Vaters, annoch gelten könne.

Wenn es gleich die Regel ist: daß die Legitimation durch die nachfolgende Ehe und die vollkommne Legitimation durch ein Rescript alle Rechte verschafft, worauf ein Kind, wegen seiner ehelichen Geburt, Anspruch machen kann, so hat doch diese Regel, wie alle Regeln, mehrere Ausnahmen, und diese Ausnahmen gründen sich theils darauf, weil die Reichsverfassung, die Landesverfassung, oder die Gesetze den Legitimirten gewisse Rechte versagen, oder es dem Rechte eines Dritten nachtheilig seyn würde, wenn ein legitimirtes Kind dieses oder jenes Recht verlangen wollte. Die erste Einschränkung ergiebt sich daraus, weil Legitimirte nicht anders als durch die Vorschrift der Gesetze, die Rechte ehelicher Kinder genießen; die zweyte Ausnahme hingegen rechtfertigt die bekannte Rechtswahrheit, daß nicht einmal der Regent wohlerworbene Rechte nehmen könne, wenn es

1) Hommel Rhapf. Obf. Vol. II. Obf. 373. Wiesand n Opusc. Pag. 274. not. m.

es nicht die Wohlfahrt des Staats erfordert. Die Ausnahmen von der angeführten Regel zeigen sich in folgenden Fällen.

1) Können legitimirte Kinder das Recht der Erstgeburt nicht erlangen, wenn ihr Vater bereits eheliche Kinder hatte, da er sie legitimiren ließ [m]); sonst sind sie dazu fähig.

2) Sind legitimirte Kinder unfähig, im Lehne ihres Vaters zu succediren; denn II. Feud. 26. §. 11. heißt es: *naturales* filii, *licet postea fiant legitimi*, ad successionem feudi nec soli, nec cum aliis admittuntur. Die Rechtsgelehrten haben zwar diese Stelle sehr verschieden erklärt; indem einige solche von Kindern verstehen, die erst nach dem Anfall der Succession legitimirt worden; andere hingegen einen Unterschied machen zwischen unehelich Gebohrnen, welche durch die nachfolgende Ehe legitimirt worden, und solchen, wo es durch ein Rescript geschehen ist, daher sie denn behaupten, diese letztern könnten zwar nicht das Lehn bekommen, aber wohl die erstern [n]). Alle diese Einschränkungen streiten aber wider den Zusammenhang des Textes, die Allgemeinheit der darin gebrauchten Ausdrücke, und die Natur der Lehne, nach welcher nur diejenigen erbfähig sind, die vom ersten Erwerber des Lehns durch Mannspersonen abstammen, wie die größten Lehnsrechtsgelehrten ausführlich gezeigt haben [o]).

3) Wer-

m) Gail Obs. Lib. II. Obs. 141. Leyser Spec. 19. med. 3. Wernher lect. comment. h. t. §. 11. de Gaertner Med. ad Pand. Spec. 1. Pag. 94. Foerster de succ. ab intest. c. 24.

n) Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 3. S. 260—281. Herr HR. Schnaubert in der Erläut. des Lehnrechts, 2te Fortsetz. S. 382—387.

o) Illustr. Io. God. Bayer D. de success. legitimatorum per nuptias exule in feudis, Lips. 1734. Ayrer Pr. de exclusione legitimatorum a successione feudali, Gött. 1755. Estor D. de generato extra nuptias etc. Marb. 1770. Illustr. Pütt-

3) Werden legitimirte Kinder von Familienfideicommissen ausgeschlossen, weil denjenigen, die zur Familie gehören, gleich mit ihrer Geburt ein Recht, das ihnen nicht entzogen werden kann, auf Fideicommisse zusteht, und da dieses Recht nur durch die eheliche Geburt erworben werden muß, kann die Legitimationshandlung den legitimirten Personen ein solches Recht nicht verschaffen [p]). Aber auch hier kommen Ausnahmen vor, und zwar a) können solche legitimirte Kinder succediren, wenn das Familienfideicommiß aufgehört hat, weil alle dazu berechtigte Personen abgestorben sind; b) wenn diejenigen, denen das nähere Erbrecht zusteht, ihre Einwilligung dazu geben; c) wenn die legitimirten Kinder vermöge eines Gesetzes oder anderer rechtlichen Verordnung zur Erbfolge berechtigt sind.

Nach der Behauptung einiger Rechtsgelehrten [q]) sollen legitimirte Kinder und ihre Nachkommen kein Recht zur Perception eines Familienstipendiums haben, so lange ehelich gebohrne Agnaten, welche zugleich genußfähig sind, sich dazu gemeldet haben sollten; es wäre denn, daß diese, ein Vorrecht habenden, Personen bewilligten, daß jenen das Stipendium gegeben werde. Diese Behauptung hat aber alles wider sich; denn Stipendien gehören zu den milden Stiftungen [r]), da sie zum Besten der Studirenden gestiftet worden, um ihnen die Kosten zu erleichtern; alle milde Stiftungen müssen aber so erklärt werden, daß Niemand ohne wichtige Gründe davon ausgeschlossen wird [s]), folg-

Püttmann Obs. feudal. cap. 22. et in Elem. §. 315. de Pufendorf Observ. Tom. I. Obs. 90. Strubens Bedenk. Thl. 3. Bed. 53. Schorcht von der Unfähigkeit der Mantelkinder zur Lehnfolge, Jena 1780.

p) Knipschild de fideicommiss. familiae, c. 8. n. 350. sq.

q) Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 3. S. 282.

r) Klügel Diss. de extensis piarum caus. priuil. Viteb. 1761. §. 12.

s) Arg. L. 12. D. de reg. iur. Siebenkees von Stipendien, Nürnb. 1786. §. 7. S. 11.

folglich ist jedes Mitglied der Familie berechtigt, auf ein Stipendium, welches zum Besten der dazu gehörenden Personen gestiftet worden, Anspruch zu machen. Vollkommen legitimirte Kinder gehören aber ebenfalls zur Familie; zumal hier das Wort Familie so weitläuftig gebraucht wird, daß auch Verwandte, welche durch die Töchter herstammen, dazu gerechnet werden [t]). Es haben also Agnaten bey Stipendien keinen Vorzug; folglich können sie auch die legitimirten Kinder nicht von dem Genuß derselben ausschliessen, da sichs nicht beweisen läßt, daß das Recht zum Genuß des Familienstipendiums sich auf die rechtmäßige eheliche Geburt gründe [u]). Endlich behaupten die Rechtsgelehrten, daß, wenn einmal einer aus der Familie, auf eine rechtmäßige Weise zum Genuß eines Familienstipendiums gelangt sey, ihm solches bis nach Ablauf der bey der Stiftung festgesetzten Zeit gelassen werden muß, wenn gleich ein näherer Anverwandte um dasselbe nachgesucht hat [x]).

§. 147.

Bey der Lehre von der Legitimation durch ein Rescript, ist es eine Hauptfrage: wer das Recht durch ein Rescript zu legitimiren habe? Obgleich der Name schon zu erkennen giebt, daß es nur von dem Regenten geschehen könne, so kommen dennoch bey der würklichen Ausübung dieses Rechts die mannichfaltigsten Fälle in Betrachtung, besonders wenn man diese Sache in Rücksicht auf Teutschland betrachtet. Ueberhaupt genommen, muß also die Regel angenommen werden, daß nur der Regent befugt

t) Cocceii Consil. Tom. II. Resp. 444. n. 1. Boehmer Consult. Tom. I. Resp. 196. Herr Prof. Siebenkees von Stipendien, §. 56. S. 83.

u) Io. Chr. Claproth Diatr de stipendiis familiae, Giessae 1770. §. 46. 49. Herr Prof. Siebenkees, §. 57.

x) Stryck Vsus mod. tit. de legat. §. 28. Horn Resp. Class. I. Resp. 16. n. 7.

befugt sey, eine Legitimation durch ein Rescript vorzunehmen. Die Ursache liegt darin, daß vermöge dieser Legitimation etwas geschehen soll, was wider das gemeine Recht anstößt, daß folglich eine Ausnahme von der Verordnung desselben eingeführt wird. Dieses kann aber nur von dem Gesetzgeber geschehen, folglich ist das Recht, durch ein Rescript zu legitimiren, ein Theil der gesetzgebenden Gewalt, wo also die darüber vorhandenen Grundsätze ebenfalls größtentheils angewendet werden können. Ueber dieses muß die Ertheilung der Legitimation durch ein Rescript für ein Privilegium gehalten werden, daher dabey auch die Rechtswahrheiten von der Ertheilung der Privilegien ihre Anwendung finden.

Ein Rechtsgelehrter mag sowohl die gesetzgebende Gewalt überhaupt, als auch das Recht Privilegien zu ertheilen, besonders betrachten, so muß in Rücksicht auf Teutschland ein doppelter wichtiger Unterschied gemacht werden; es ist nämlich 1) darauf zu sehen, was bey diesem Gegenstande in Rücksicht auf ganz Teutschland Rechtens ist; und 2) was in den einzelnen teutschen Territorien darüber als gesetzmäßig angenommen werden muß. Wir haben über die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt und das Recht, Privilegien zu ertheilen, sowohl in Rücksicht auf ganz Teutschland, als in Ansehung der teutschen besondern Länder bereits die wichtigsten Grundsätze kennen lernen (Thl. 1. S. 128 und 538), und dieser Unterschied tritt auch bey dem Rechte, durch ein Rescript zu legitimiren, ein.

I. Hat der Kaiser im teutschen Reiche das Recht, durch ein Rescript zu legitimiren; davon sie auch bereits im 13ten Jahrhundert Gebrauch machten, weil es die ersten römischen Kaiser gethan, und sogar die Päpste sich dieses Recht zugeeignet hatten; indem der Papst Innocenz III. sich das Recht zu legitimiren in spiritualibus et secularibus zuschrieb y). Das älteste bis jetzt bekannte Beyspiel,

y) c. 13. X. qui filii sint legit.

spiel, von einer unmittelbar vom Kaiser selbst vorgenommenen Legitimation durch ein Rescript, ist der Fall, da der Kaiser Friedrich II. die beyden Söhne der Gräfin Margaretha von Flandern, Johann und Balduin, die sie mit dem Canonikus Burchard von Avesnis gezeugt hatte, im Jahr 1243 durch ein Rescript legitimirte z). Der Kaiser kann dieses Recht auch noch heut zu Tage in eigener Person ausüben, ohne Consens der Churfürsten und Reichsstände; jedoch darf keines Reichsstandes bereits habenden Rechten dadurch zu nahe getreten werden. Es wird auch am kaiserlichen Hofe davon Gebrauch gemacht, wenn uneheliche Kinder dieses oder jenen Reichsunmittelbaren durch ein Rescript legitimirt werden sollen, davon die neueste kaiserliche Wahlcapitulation Art. 22. handelt. An Beyspielen aus ältern a) und neuern Zeiten fehlt es nicht, dahin z. B. der Fall gehört, da Kaiser Ferdinand III. den vom Grafen Anton von Oldenburg, mit der Fräulein von Ungnad erzeugten Sohn im Jahr 1654 legitimirte, und ihm zum Grafen von Oldenburg erklärte, wie die Urkunde beym Cramer b) beweist. Fälle kaiserlicher Legitimationen vom Jahr 1715. 1716. 1718, wo die Herren von Küngsberg, von Groß, und der Graf von Sayn und Witgenstein auf diese Art legitimirt worden, führt Herr von Moser c) an. Daß der Kaiser diese Gnadensache, heutiges Tages sowohl durch die Reichscanzley, als den Reichshofrath besorgen läßt, und das Reichskammergericht keinen Antheil an der Ausübung dieses kaiserlichen Reservats habe, ist eine bekannte Sache.

Die

z) Martene et Durandi thes. anecdot. Tom. I. Pag. 1021. Riccii Spicil. iur. Germ. Pag. 464.

a) Pfeffinger Vitriar. illustr. Tom. III. Pag. 110.

b) Cramer de nobilit. Pag. 197. Pfeffinger l. c.

c) Mosers Reichsh. Concl. Thl. 1. S. 286. Thl. 2. S. 714. Thl. 4. S. 426.

Die teutschen Kaiser bedienten sich bald nachher, da sie angefangen hatten, durch Rescripte zu legitimiren, der sogenannten Hofpfalzgrafen bey der Ausübung dieses ihres wichtigen Majestätsrechts. Die Hofpfalzgrafen sind öffentliche Personen, denen vermöge ausdrücklicher Erklärung des Kaisers, oder der Reichsvicarien, das Recht zusteht, gewisse in dem ihnen ausgefertigten Diplom benannte kaiserliche Regierungsrechte auszuüben. Nicht nur einzelne Personen, sondern auch Collegien, z. B. eine Juristenfacultät, ein Stadtrath, erhalten die Rechte eines solchen Pfalzgrafen. Man hat diese Pfalzgrafen schon unter den ersten römischen Kaisern finden wollen [d]); diese Meynung ist aber falsch; denn die Rubrik des Titels im Coder de officio comitis sacri palatii (I, 34) ist falsch, weil die daselbst stehenden Gesetze noch zum Titel de officio comitis rerum priuatarum gehören, wie man aus der Ausgabe des Haloanders sehen kann. Sie sind bey den Franken entstanden, und stellten die obersten Beamten in den königlichen Palatiis vor, daher sie Palatini hießen. Die folgenden Kaiser in Teutschland behielten diese Einrichtung bey, und so entstand der Name Comes Palatinus, kaiserlicher Hof- und Pfalzgraf [e]). Nachdem die Reichsstände ihre Würde erblich gemacht, und die Landeshoheit erlangt hatten, hörten sie auf; die Kaiser suchten aber gewissermaßen ihr altes Recht dadurch zu erhalten, daß sie diesen neuen Pfalzgrafen die Ausübung gewisser ihnen zustehenden Rechte übertrugen [f]).

Von dem Rechte eines kaiserlichen Pfalzgrafens, die Legitimation vorzunehmen, führt Hr. RR. Eichmann folgende Grundsätze an.

1) Ein solcher kaiserlicher Pfalzgraf darf blos die Reservatrechte des Kaisers ausüben, welche in seinem Diplom ihm

d) Mvndivs in tract. de comit. palat. c. 1. n. 8.
e) Griebner D. de iure legit. Comit. Palat. §. 3.
f) Crvsii Proleg. de antiquit. comit. palat. in *Eius* Opusc.
a Klotzio edit. Altenb. 1765. nr. 12.

ihm übertragen worden; er kann folglich auch nur alsdenn legitimiren, wenn ihm dieses Recht ebenfalls ertheilt worden.

2) Damit kein Streit darüber entstehe, ob auch der kaiserliche Pfalzgraf ein Recht zu legitimiren gehabt habe, ist es rathsam, daß er den Inhalt seines Diploms oder der Comitiv, wie es heißt, in die ausgestellte Legitimationsurkunde hereinrückt [g]), weil die geschehene Legitimation sonst angefochten werden kann; dieses auch sogar zu geschehen pflegt, wenn gleich der Pfalzgraf sich das Recht zu legitimiren, in der Legitimationsurkunde zugeschrieben hat [h]).

3) Wenn es auch richtig ist, daß dem Pfalzgrafen das Recht zu legitimiren ertheilt worden, so muß gleichwohl solches in einem zweifelhaften Falle eingeschränkt ausgelegt werden; denn die Ertheilung des Rechts, eine solche landesherrliche Befugniß auszuüben, erfordert eine solche einschränkende Erklärung, da alle Hoheitsrechte der Regel nach nicht leicht an Privatpersonen überlassen werden (Thl. 1. S. 506). Er kann daher nur eine unvollkommne Legitimation ertheilen, wenn nicht deutlich aus der Comitiv erhellet, daß ihm das Recht gegeben sey, vollkommen legitimiren zu können. Ich kann aber denjenigen Rechtsgelehrten nicht beytreten, welche behaupten, daß, obwohl der Kaiser und die Reichsstände alle uneheliche Kinder legitimiren könnten, ein Pfalzgraf doch nur die mit einer Concubine oder im Stuprum erzeugten Kinder zu legitimiren berechtigt sey. Denn hat er einmal ein solches Recht unbestimmt erhalten, so muß es sich auch, da er es im Namen des Kaisers ausübt, auf alle uneheliche Kinder erstrecken; jedoch gebe ich gerne zu, daß, wenn die Comitiv nur auf die Legitimation gewisser Arten unehelicher Kinder geht, das Recht zu legitimiren nicht auf andere Arten

g) Pacianvs de probat. c. 36. n. 8. Stryck de suspicione, c. 2. n. 50.

h) Mevius Part 9. Dec. 127. Menoch Cons. Lib. 8. Cons. 732. n. 44. Gribner Diss. cit. §. 23.

ten derselben ausgedehnt werden dürfe i), wie aus dem bereits Bemerkten erhellet.

4) Darf der kaiserliche Pfalzgraf, sein Recht zu legitimiren keinem andern auftragen. Einige Rechtslehrer behaupten es zwar, und schließen von der Gerichtsbarkeit, welche Jemandem vom Regenten aufgetragen worden, auf diesen gegenwärtigen Fall k). Die Ertheilung der Legitimation ist aber keine Handlung der Gerichtsbarkeit, sondern gründet sich vielmehr auf die Befugniß, eine Ausnahme von den Gesetzen zu machen, folglich kann hierron auf die Gerichtsbarkeit nicht geschlossen werden, besonders darum, weil der Kaiser dadurch, daß er Jemandem die Pfalzgrafenwürde ertheilt hat, auf seinen Charakter, und Geschicklichkeit Rücksicht genommen; in dergleichen Fällen geht es aber selten an, daß ein Anderer substituirt werden darf l); jedoch findet alsdenn eine Ausnahme statt, wenn, wie es bisweilen geschieht, der Kaiser in dem Comitiv ausdrücklich diese Gewalt ertheilt hat m).

5) Kann auch ein kaiserlicher Pfalzgraf seine eigenen unehelichen Kinder nicht legitimiren. Einige *) behaupten es zwar, und führen an, daß die Legitimation eine Handlung der willkührlichen Gerichtsbarkeit sey, überdieß auch ein

i) Alciatvs ad L. 2. D. de verb. oblig. Pag. 209. Moser von kaiserl. Regierr. Thl. 1. S. 470.

k) L. 5. C. de iud. c. f. X. de offic. iud. deleg. Schilter Exerc. 17. thes. 8.

l) Manz ad Instit. Lib. III. tit. 10. §. 2. n. 82. Sagittarivs de comit. palat. th. 31. Schneider D. de succ. legit. Hal. 1701. c. 2. §. 10. Hilliger ad Donell. Lib. 17. c. 24. lit. L. Rhetivs in medit. ad Inst. Lib. 1. tit. 10. §. 18. Gribner Diss. cit. §. 25.

m) Limnaevs in Iur. publ. Lib. 4. c. 4. n. 48. Carpzov ad Leg. reg. Sect. 10. c. 10. n. 8. Gribner l. c.

*) Schweder Part. spec. Sect. I. cap. 7. §. 14. Carpzov de regal. Lib. 2. Pag. 10. Mvndivs l. c. c. 3. n. 102. Stravch Diss. 4. aphor. 11. Eckhold ad tit. D. de his, §. 23.

ein Fürst seine eigenen unehelichen Kinder legitimiren könne; allein die entgegen gesetzte Meynung scheint gegründeter zu seyn n), denn

α) muß die einem Pfalzgrafen ertheilte Gewalt eingeschränkt verstanden werden. Da nun nicht zu vermuthen, daß der Kaiser bey Ertheilung des Comitivs, an uneheliche Kinder des Pfalzgrafen gedacht habe, so kann auch nicht angenommen werden, daß der Kaiser dem Pfalzgrafen das Recht, seine unehelichen Kinder zu legitimiren, habe ertheilen wollen.

β) Könnte auch ein Pfalzgraf, wenn man ihm ein solches Recht zugestehen wollte, dadurch veranlaßt werden, Hurerey zu treiben. Daß aber der Kaiser die Gelegenheit dazu, durch das Comitiv habe ertheilen wollen, ist strafbar nur zu vermuthen;

γ) Von dem Recht des Fürsten darf man nicht auf den Pfalzgrafen schließen; denn das Recht zu legitimiren, das dem Regenten zusteht, rührt von der ihm zustehenden Landeshoheit her, und von keiner Concession. Man kann also auch nicht sagen, daß das Recht des Regenten zu legitimiren, eingeschränkt auszulegen sey; vielmehr ist derselbe berechtigt, als öffentliche Person seine unehelichen Kinder, welche Privatpersonen sind, zu legitimiren o). Die ganze Sache wird aber nicht vorkommen.

δ) Daß die Legitimation eine Handlung der willkührlichen Gerichtsbarkeit sey, ist irrig. Alsdenn kann es freylich der Pfalzgraf thun, wenn der Kaiser ihm dieses Recht ausdrücklich

n) MVLTZ l. c. P. 2. c. 3. n. 29. Pag. 275. MANZIVS l. c. n. 88. ZIEGLER de iurib. maiest. Lib. I. c. 10. §. 12. LYNCKER ad SCHWEDER. Spec. Sect. I. n. 7. §. 14. COVARRVVIAS de matrim. P. 2. c. 8. §. 8. n. 50. LVDWEL Exerc. 2. Dec. 7. THOMAS. ad STRAVCH. Pag. 57. GRIEBNER Diss. cit. §. 26.

o) LYNCKER de his quae libert. Princ. §. 42. GRIEBNER Diss. cit. §. 26. Augsp. Monathspiegel vom Jahr 1700. S. 97.

drücklich verliehen hat, welches aber wohl kein Mensch verlangen wird.

6) Viele behaupten, daß die Pfalzgrafen uneheliche Kinder, deren Aeltern zum hohen oder niedern Adel gehörten, nicht legitimiren dürfen p); allein ich finde dieses nicht, schreibt Hr. RR. Eichmann S. 291 wenn dieselben vom Kaiser das Recht, uneheliche Kinder zu legitimiren, ohne Einschränkung erhalten haben. Da dem Kaiser selbst dieses Recht, welches sich auf ein Reichsherkommen gründet, nicht streitig gemacht werden kann, und derselbe daher durch Pfalzgrafen es auszuüben berechtigt ist, so ist kein tüchtiger Grund vorhanden, warum letztere, wenn ihnen das Recht zu legitimiren uneingeschränkt ertheilt worden ist, dasselbe nicht auch auf uneheliche Kinder derer vom hohen und niedern Adel sollten erstrecken können. Es ergiebt sich aber schon aus dem, was von der Legitimation gesagt worden, daß sie den wohlerworbenen Rechten eines Dritten nicht nachtheilig seyn dürfe, und daß solche uneheliche Kinder nicht mehr Rechte erlangen können, als sie würden erhalten haben, wenn sie von ihren Aeltern wären in der Ehe gezeugt worden. Wenn daher die Kinder, wenn sie auch ihre Aeltern in der Ehe erzeugt hätten, den Stand und die Würde des Vaters, z. B. wegen der Ungleichheit des Standes nicht würden erhalten haben, so kann ihnen auch die Legitimation hierzu nicht behülflich seyn. Man wird aber nicht leicht finden, daß der Kaiser ein so uneingeschränktes Recht zu legitimiren einem Pfalzgrafen ertheilen sollte; vielmehr pflegt man die unehelichen Kinder der Fürsten, Grafen und Freyherren auszunehmen q).

7) Weil diejenigen Legitimationen, welche bey der Reichscanzley, oder auch bey einem Pfalzgrafen geschehen sind, eben die Würkung haben, als wenn sie von dem Reichshofrath bewilligt worden, und es auch hier mehr Weitläuf-

p) Mvndivs a Rhodach de comit. palat. c. 3. n. 65. Griebner l. c. Europ. Herold, Thl. 1. S. 645.

q) Moser von kais. Reg. Rechte, Thl 1. S. 608.

läufigkeiten macht, so werden sie eher dort, als hier gesucht r).

8) Die von einem Pfalzgrafen geschehene Legitimation äußert ihre Würkung in ganz Teutschland; denn da sie aus kaiserlicher Macht legitimiren s), so muß ihre Legitimation eben so kräftig seyn, als diejenige, welche vom Kaiser selbst geschehen ist, indem sonst das kaiserliche Reservatrecht zu legitimiren, angegriffen würde. Es ist also eigentlich nicht nöthig, daß die Pfalzgrafen sich erst von dem Reichsstande, in dessen Ländern sie legitimiren wollen, brauchen bestätigen zu lassen, sondern diese sollten billig die Legitimation eines Pfalzgrafen für gültig erkennen t), wenn auch gleich derselbe vorher von ihnen nicht geprüft und bestätigt worden ist. Viele Reichsstände behaupten aber das Gegentheil, und haben daher Verordnungen, welche den von den Pfalzgrafen geschehenen Legitimationen die Würkung unter jener Bestimmung absprechen, erlassen. So wurde im Jahr 1711 den 6ten Julius von Churſachsen an die Universität rescribirt: Nachdem D. J. F. S. in W. sich unternommen, A. M. K. außer der Ehe erzeugten Sohn zu legitimiren, und das in Abschrift eingelegte Document darüber zu fertigen: als begehren wir hiermit, ihr wollet Euch, ermeldte K. oder deren Sohn das Diplom ohngesäumt in originali ausantworten, auch sodann D. S. solches recognosciren lassen, sowohl, wie er es zu verantworten sich getraue, vernehmen, und darauf Euren Bericht mit Einsendung der Acten, anher erstatten u. s. f. Allein es ist zu erwarten, daß, wenn einmal die Sache an einem der höchsten Reichsgerichte zur Contradiction kommen sollte, man dagegen einwenden werde, daß der kaiserliche Hof von dergleichen Verordnungen nichts erfahren habe, also auch nicht vorgegeben werden könne, daß derselbe sich dabey beruhigt,

r) Hr. v. Moser a. a. O. S. 607.
s) Arg. Concl. Imp. vom Jahr 1731. §. 11.
t) Carpzov Part. II. Const. 6. Def. 16. Voet ad tit. de concub. §. fin.

und sich dadurch seines Besitzes habe entsetzen lassen. Noch vielweniger kann ein anderer Reichsstand sich auf das beziehen, was allenfalls solche Häuser für sich hergebracht haben u); jedoch kann man mit Grund behaupten, daß die Reichsstände darauf zu sehen ein Recht haben, daß die Pfalzgrafen ihr Recht nicht misbrauchen. Hr. von Moser schreibt S. 471 a. a. O. — es wäre gut, wenn deutlicher bestimmt wäre, was hierunter verstanden werden soll; ich glaube aber, daß Mißbrauch nichts anders anzeigt, als wenn der Pfalzgraf die Gränzen seiner Comitiv überschreitet, oder sein Recht anders ausübt, als es selbst vom Kaiser dem Reichsherkommen gemäß ausgeübt werden kann. In solchen Fällen können die Reichsstände Verfügungen treffen, daß dergleichen Mißbräuche keine Würkungen erlangen, auch dem Kaiser es anzeigen, damit Derselbe einen solchen Pfalzgrafen, der Wahlcapitulation Art. 22. §. 7. gemäß, empfindlich bestrafe. So ergieng den 13ten May 1703. ein kaiserliches Decret an den Cammergerichtspräsidenten, Freyherrn von Ingelheim: — Weilen Ihro Majestät vorkommen, wie daß derselbe sich des ihme verliehenen großen Comitivs sehr mißbrauche; so befehlen Sie demselben, daß er solches Comitiv in debita forma an Ihro Majestät in termino duorum mensium a dato dieses einschicken, was für Privilegien und Freyheiten, auch welchen Personen er indessen, Kraft dieses Comitivs, ausgetheilt hätte, specificiren, und im übrigen bis zu ihrer Majestät anderwärtiger Resolution, damit einhalten solle. — Auch ist verschiednen Pfalzgrafen begegnet, daß am Reichshofrath wegen verletzter kaiserlicher Reservate, fiscalische Prozesse gegen sie angestellt worden, wie Hr. v. Moser a. a. O. anführt. Uebrigens trete ich zwar denjenigen Rechtsgelehrten bey, welche behaupten, daß die Reichsstände in ihren Landen eine gewisse Form der Legitimation bestimmen könnten, welche auch von den kaiserlichen Pfalzgrafen

u) Hr. v. Moser a. a. O. S. 609.

grafen müßte beobachtet werden; allein man muß doch dabey bemerken, daß durch diese Bestimmung das kaiserliche Reservatrecht, selbst in Ansehung der Legitimation, nicht leiden und geschmälert werden darf. Bey allen diesen Umständen ist es allezeit rathsam, daß ein von einem Pfalzgrafen Legitimirter die Bestätigung bey dem Reichsstande suche, in dessen Lande die Legitimation von Würkung seyn soll. Es geschieht ja Vieles, was die Nothwendigkeit nicht erfordert, blos deswegen, weil es, um Weitläuftigkeiten und Streitigkeiten zu vermeiden, rathsam ist.

Diese angeführte Meynung wird von andern Rechtsgelehrten folgendermaßen widerlegt, und Hr. HR. Glück schreibt: — bey den kaiserlichen Pfalzgrafen kommt alles auf ihre Comitiv an. Diese bestimmt den Umfang ihrer Befugnisse, auch in Ansehung ihrer Legitimation unehelicher Kinder. Da nun hier von der Ausübung eines Hoheitsrechts die Rede ist, so kann in einem zweifelhaften Falle, keine andere als eine einschränkende Erklärung statt finden. Daher geben die hofpfalzgräflichen Legitimationen der Regel nach, nur bürgerliche, nicht aber Familien- oder Erbfolgsrechte; wenn nicht das Recht vollkommen zu legitimiren, aus der Comitiv deutlich erhellet [x]). Allein auch in diesem Fall wird man den hofpfalzgräflichen Legitimationen, die Würkung der Erbfolge ohne landesherrliche Einwilligung nicht beylegen können [y]); denn die Landesherren können unmöglich Eingriffe der Pfalzgrafen in ihre Rechte zugeben, woraus nicht nur vielfältiger Nachtheil für andere Personen, sondern auch für die Landesherren selbst entsteht [z]). Kein Wunder, wenn daher in einigen Ländern,

x) Gail Obs. II, 142. Berger Oecon. iur. Lib. I. tit. 3. th. 13.

y) de Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 241. §. 12. Woltaer Obs. iur. ciu. et Brand. Fasc. I. Obs. 11.

z) Püttmann Progr. de potestate comitum palatinor. valde restricta, Lipsi. 1784 et in *Eius* Adversar. Lib. III. Nr. 4. Pag. 52. de Selchow Iur. Germ. §. 497.

den Pfalzgrafen das Recht vollkommen zu legitimiren, gar nicht gestattet wird. Hieraus folgt aber weiter, daß, wenn auch in einem Lande die hofpfalzgräflichen Legitimationen zugelassen werden, dieselben dennoch, da ihr Endzweck ohnehin nur der bürgerliche Ruf ist, den Rechten des Landesherrn als eines Dritten, nicht nachtheilig seyn, mithin auch einen Landesherrn an der Ausübung des Rechts, die Verlassenschaft der Unehelichen an sich zu ziehen, sofern nämlich ein solches in einem Lande eingeführt seyn sollte, nicht hindern können [a]).

II. Wir haben gesehen, was nach den Gesetzen von dem kaiserlichen Rechte zu legitimiren behauptet werden muß (S. 542), und nun soll auch das Recht der teutschen Reichsstände, uneheliche Kinder durch ein Rescript legitimiren zu können, betrachtet werden. Die Rechtslehrer behaupten, jeder Reichsstand könne vermöge der ihm zustehenden Landeshoheit in seinem Lande legitimiren, ohne erst die Bewilligung der Landstände dazu nöthig zu haben, es müßte denn dieses nach dem Herkommen oder wegen eines geschlossenen Vertrages nöthig seyn [b]). Griebner hat zwar zu behaupten gesucht, die Reichsstädte dürften es nur alsdenn thun, wenn sie das Recht dazu durch eine kaiserliche Concession oder die unerdenkliche Verjährung erlangt hätten [c]). Diese Behauptung ist aber eine Folge unrichtiger Begriffe von den kaiserlichen Reservatrechten; denn wenn gleich einige derselben so beschaffen sind, daß Niemand weiter ein solches Recht ausüben kann, so ist das doch nur bey wenigen der Fall, sondern die Reichsstände haben vermöge ihrer Landeshoheit eben die Rechte, welche der Kaiser iure imperii ausübt, die Reichsstände hingegen iure territorii. Das Recht

a) Hr. v. Günderode über das Recht einiger teutschen Stände, die in ihren Ländern sterbenden unehelichen Kinder zu beerben, §. 12. in Dessen Schriften. Thl. 2. S. 184.

b) Herr von Moser von der Landeshoheit in Gnadens. Cap. 2. S. 6.

c) Griebner D. de iure legit. com. palat. §. 6.

Recht zu legitimiren fließt aus dem Rechte Privilegien zu ertheilen her; dieses Recht gehört aber zur gesetzgebenden Gewalt, und diese hat selbst jede Reichsstadt, nach der ihnen allen durch den Westphälischen Frieden zugesprochenen Landeshoheit. Ein Beyspiel von Hamburg beweist die Ausübung dieses Rechts [d]). Eben so wenig kann dieses Recht, der unmittelbaren Reichsritterschaft abgesprochen werden, da solches durch die Aussprüche der höchsten Reichsgerichte ebenfalls anerkannt worden, und ihnen die Reichsgrundsätze landesherrliche Rechte beylegen [e]).

Eine falsche Behauptung ist es daher, wenn einige ältere Rechtsgelehrte [f]), das Recht zu legitimiren blos den Churfürsten als ein ausschließendes Recht zugesprochen haben. Ein merkwürdiges Beyspiel, wie die Churfürsten dieses Recht ausgeübt, ist der Fall unter dem Churfürsten Georg Ludewig zu Braunschweig Lüneburg, im Jahr 1711. den 20. März, wo er vermöge landesherrlicher Macht und Gewalt, alle Findlinge und Zigeunerkinder legitimirte, ihnen Unterhalt reichen ließ, und dabey befahl, solche in Handwerkersinnungen ohne Weigerung aufzunehmen. Eben dieser Herr legitimirte am 23. Decbr. 1711. aus landesherrlicher Macht und Gewalt, alle und jede, welche sich damals in den Waisenhäusern befanden, mit dem Befehl, daß sie ohne Erforderung eines Geburtsbriefes, nicht allein Amts- und Güldenfähig, sondern auch sonst für ächt und recht Gebohrne gehalten werden sollten. Da also

d) Inst. Pac. Osnab. Art. V. §. 29. Art. VIII. §. 4. Wildvogel D. de superiorit. territoriali ciuitatum imperialium. Anckelmann D. de succeff. ab intestat. liber. natur. et spurior. in bona matris, Cap. I. Sect. 1. §. 4.

e) Inst. Pac. Osnabr. Art. V. §. 28. Wahlcapit. Art. 15. §. 8. Mosers Geschichte der Reichsritterschaft. Thl. 2. S. 103. Eisenhart D. de legitimat. liberor. illegitim. cap. 2. §. 12.

f) Thvlemaier D. de octouir. c. 19. §. 5. Knipschild de ciuit. Imp. lib. 2. c. 4. n. 100.

die Landesherrn in Teutschland, vermöge ihrer habenden Landeshoheit, uneheliche Kinder legitimiren können, so ist es auch nicht zu leugnen, daß ihnen erlaubt sey, selbst uneheliche Kinder landsässiger Grafen und Edelleute zu legitimiren, weil diese Ausnahme nicht vermuthet werden kann [g]).

Bey Beurtheilung der **Würkungen**, welche mit einer durch einen teutschen Reichsstand geschehenen Legitimation verbunden sind, kommt die wichtige Frage in Erwägung: ob diese Legitimation, welche in dem Lande des Reichsstandes ihre volle Kraft zeigt, ihre Würkung auch bis in die Gebiete anderer Reichsstände erstrecken könne? Man wird sogleich darauf fallen, daß hier von der Kraft eines Gesetzes, außerhalb den Gränzen des Landes, wo das Gesetz gegeben worden, die Rede sey, und folglich auch die über diese Materie vorhandenen Grundsätze ihre Anwendung finden. Da nun die Rechtslehrer über diese Sache nicht einerley Meynung hatten, wie im 1sten Theile S. 293 gezeigt worden, so findet man auch über diesen Punct verschiedne Behauptungen in ihren Schriften vorgetragen. Die mehresten Rechtsgelehrten [h]) wollen die Würkung, der durch einen teutschen Reichsstand in seinem Lande geschehenen Legitimation, außer den Gränzen seines Landes nicht gelten lassen, weil selbst Gesetze außer Landes nicht verbinden. Herr RR. **Eichmann** führt folgende Gründe an: α) bedürfte es in diesem Falle keiner kaiserlichen Legitimation, und doch ist der Kaiser von jeher im Besitz dieses Rechts; β) kann nicht erwiesen werden, daß die Reichsstände behauptet hätten, ihre Legitimationen müßten auch außer ihrem Gebiet respectirt werden; γ) ist es ein Grundsatz

g) Eisenhart Diss. de legit. §. 112.

h) Voet ad tit. de concub. §. 16. Idem de statut. Sect. IV. cap. 3. §. 15. Stryck Vsus mod. h. t. §. 14. Boehmer Comp. Digest. h. t. §. 15. Anckelm. l. c. Pag. 6. Mosers nachbarl. Staatsr. Buch 4. Cap. 8. §. 6. Herr RR. Eichmann, Thl. 3. S. 299.

saß des allgemeinen Staatsrechts, des Europäischen Völkerrechts und des teutschen Staatsrechts, daß die gesetzgebende Gewalt ihre Würkungen nicht außer dem Territorium des Gesetzgebers äußere, und daß keine Handlung eines Regenten in Ansehung seiner Unterthanen, einen andern Regenten nothwendig verbinde.

Diese Behauptung hat aber einige Ausnahmen, und die Legitimation gilt außer Landes, a) wenn der Reichsstand, von dem die Legitimation ertheilt worden, eine Comitiv vom Kaiser erhalten hat, und blos in Kraft derselben, oder vermöge der Landeshoheit und der Comitiv zugleich, die Legitimation vorgenommen hat; b) wenn der Kaiser die von einem Reichsstande geschehene Legitimation bestätigt hat; c) wenn Verträge, welche Reichsstände mit einander geschlossen, dieses festsetzen. Endlich erkennen d) bisweilen Reichsstände, die von einem andern Mitstande geschehene Legitimation aus Gefälligkeit, und um Retorsionen zu vermeiden, besonders wenn selbst derjenige Reichsstand die Legitimation vorgenommen, dessen Unterthanen sowohl die Aeltern des unehelichen Kindes sind, als auch das legitimirte Kind selbst.

Andere Rechtslehrer i) halten alle diese Ausnahmen für unnöthig, und behaupten, es gelte die im Lande geschehene Legitimation auch außerhalb des Landes, weil es hier auf den Stand des Menschen ankomme, und hierbey auf die Gesetze des Wohnorts Rücksicht genommen werden müsse, wie Thl. 1. S. 294, und Thl. 2. S. 36 dieses Commentars gezeugt worden. Der Herr Hartleben k) hat diese Frage, nachdem er von der Gültigkeit der Gesetze außer dem Lande des Gesetzgebers ausführlich gehandelt, ebenfalls entschieden, indem er sich folgendergestalt ausdrückt: in

i) Hert. Diss. de collis. legum Sect. IV. §. 14. Griebner D. de iure leg. Princ. Imp. § 12—21. Myler ab Ehrenbach de Princ. et Stat. Part. II. cap. 54. §. 10. Mascov Princ. iur. publ. Pag. 773. edit. nouiss.

k) Hartleben Med. ad Dig. Part. I. Pag. 157.

in der ersten und dritten Meditation ist bewiesen worden, die Oberherrschaft des Regenten über zeitige Unterthanen, gründe sich auf ihre stillschweigend geschehene, durch den Aufenthalt in einem fremden Lande zu erkennen gebende Einwilligung, daß sie sich als zeitige Unterthanen wollen behandeln lassen, und daß diese Verbindlichkeit zu Anerkennung des Regenten, als Folge der Wohlfahrt jedes Staats betrachtet werden müsse; daß hieraus aber auch eben so gewiß folge, der Regent handele ungerecht gegen solche zeitige Unterthanen, wenn er etwas verlange, was diesem stillschweigenden Vertrage zuwider sey. Eine andere gegründete Würkung dieses Grundsatzes ist es nun ferner, daß, wenn es die Wohlfahrt des Staats, wo sich der zeitige Unterthan jetzt aufhält, nicht nothwendig erfordert, auf den Stand und die Eigenschaften desselben, welche er in seinem Vaterlande hat, keine Rücksicht zu nehmen, folglich auch auf die damit verbundenen Rechte nicht zu achten, einem solchen zeitigen Unterthanen seine an seinem Wohnorte habende Rechte gelassen, und er darnach behandelt werden müsse. Wollte man diese Sätze nicht gelten lassen, sondern auswärtige, sich bey uns aufhaltende Unterthanen, ganz und gar nicht, ohne alle Ursache, nach dem Stande und den Rechten betrachten, die sie zu Hause haben, so würde hieraus eine Verletzung aller gesellschaftlichen Bande entstehen, und eine beständige Retorsion zu befürchten seyn. Nimmt man aber jene Sätze als gültig an, so lassen sich viele Fälle mit Billigkeit bestimmen und entscheiden. Regenten werden daher Personen, die von einem andern Regenten in den Adelstand erhoben worden, als solche in ihren Staaten ebenfalls anerkennen, weil es keinen vernünftigen Grund giebt, der von der Wohlfahrt des Staats hergenommen werden könnte, solchen zeitigen Unterthanen zuzumuthen, daß sie sich bey uns nicht die Vorzüge des Adels beylegen sollen. Freylich würde es nicht angehen, dieses oder jenes Vorrecht eines solchen auswärtigen Adelichen anzuerkennen, wenn dadurch ein anderer Unterthan des Landes Schaden litte; z. B. er verlangte nicht mit Wechselarrest belegt

belegt zu werden, weil er zu Hause davon frey sey. Diesen Grundsätzen gemäß, ist also auch derjenige, der von dem Regenten des Landes A legitimirt worden, überall für ehelich gebohren zu halten, wenn er in andere Länder kommt, so lange nicht die Wohlfahrt des Staates B, wo er ein Recht zum Nachtheil der Landeseinwohner ausüben will, das Gegentheil verlangt, welcher Fall z. B. alsdenn vorhanden seyn würde, wenn er eine Erbschaft suchte, und Erben, die im Lande sind, dadurch ausgeschlossen werden müssen. Wer im Lande A für ehrlos erklärt worden, ist überall dafür zu halten, theils weil dieses die Folge des rechtskräftigen Urthels mit sich bringt, theils, weil es die Wohlfahrt eines jeden Landes erfordert, daß Verbrecher die bösen Folgen ihrer Handlungen empfinden, sie mögen hinkommen, wohin sie wollen, und folglich Andere dadurch abgehalten werden, ebenfalls Verbrechen zu begehen. Wer im Lande A für einen Verschwender erklärt worden, kann nichts desto weniger im Lande B seine bey sich habenden beweglichen Sachen gültig veräußern, weil sonst die Einwohner dieses Landes leicht betrogen werden könnten, wenn man ihm diese Befugniß hier nicht zugestehen wollte. Wer in Sachsen mit zurückgelegtem 21. Jahre majorenn geworden, kann in einem Lande als solcher handeln, in einem andern hingegen nicht, sondern hier rechnet man ihn noch unter die minderjährigen Personen. So würde er z. B. nicht für majorenn gehalten werden, wenn er eine ihm durch das Testament ausgesetzte Vormundschaft verlangte, weil hierdurch der Pupill leicht Schaden leiden könnte. Hätte er aber auswärts mit Jemandem einen Contract geschlossen, weil er es zu Hause ebenfalls thun durfte, so muß er ihn halten, und kann sich nicht durch die verlangte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, von der Erfüllung der ihm nach dem Contract obliegenden Verbindlichkeit entziehen, weil es die Wohlfahrt des Staats nicht erfordert, seine Volljährigkeit, die er nach den Gesetzen seines Vaterlandes hat, bey uns nicht anzuerkennen. Das nämliche muß auch bey Personen Rechtens seyn, welche an ihrem Wohnorte

für

für volljährig erklärt worden sind, das heißt, veniam aetatis erlangt haben; denn wenn diese auswärts Verträge schließen, so müssen sie solche halten, und können sich nicht durch die gesuchte Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, von ihrer Verbindlichkeit unter dem Vorgeben losmachen, sie wären nach den hiesigen Landesgesetzen nicht als volljährig zu betrachten; denn das Beste des Staats erfordert diese Behauptung nicht, vielmehr will es die Wohlfahrt desselben, ihre Geschäfte für gültig zu halten, damit nicht etwa Landeseinwohner durch solche Verträge Schaden leiden.

Noch gehört die Frage zu dieser Materie: ob der Regent auch solche uneheliche Kinder, die im Ehebruch oder in der Blutschande erzeugt worden, durch sein Rescript vollkommen legitimiren könne? Einige berühmte Rechtsgelehrte [l]) leugnen es; darauf antwortet aber Herr HR. Glück, dieses scheine ohne hinlänglichen Grund zu geschehen. Man habe hier auch vergessen die Frage, was zu vermuthen sey, daß der Regent gewollt habe, von der, wie weit sich seine Gewalt erstrecke, zu unterscheiden. Wenn nun gleich im Zweifel nicht leicht zu vermuthen sey, daß der Landesherr solchen Kindern, die im Ehebruch oder in einer Blutschande gezeugt worden, durch seine Legitimation auch ein Erbrecht habe ertheilen wollen, weil solche Kinder gemeiniglich nur **unvollkommen** legitimirt werden [m]), so läßt sich doch kein richtiger Grund angeben, warum der Landesherr nicht befugt seyn solle, solche Kinder, wenn ihr Vater ausdrücklich darum gebeten hat, **vollkommen** zu legitimiren, da sie ihr Vater in seinem Testament zum Erben einsetzen darf [n]).

Zum Beschluß dieses Titels verdient noch bemerkt zu werden, wer nicht berechtigt sey, uneheliche Kinder zu legiti-

l) Madihn Princ. Iur. Rom. Part. 5. §. 5. in f. Herr v. Trützschler a. a. O. 1. Thl. 2. Hptabth. 3. Hptstck. §. 55. not. a.

m) Thomas. Diss. cit. c. 2. §. 6.

n) Herr GR. Höpfner im Comment. §. 487. S. 463.

gitimiren. Diese Frage ist nach dem, was darüber gesagt worden, leicht zu beantworten: es darf sich nämlich dieses Vorrecht Niemand anmaßen, der nicht das Recht dazu von der gesetzgebenden Gewalt rechtmäßig erworben hat. Daher steht dieses Recht 1) den höchsten Justitzcollegien in einem Lande nicht zu, wenn ihnen solches nicht vom Regenten verstattet worden. 2) Der Nachfolger in der Regierung darf es ebenfalls nicht thun, weil er noch kein Recht hat, Privilegien zu ertheilen. Hätte sich aber der Nachfolger in der Regierung, durch einen Vertrag, zu einer Legitimation verbindlich gemacht, so ist dieses zwar für jetzt von keiner Würkung; allein er ist dennoch, wenn er zur Regierung kommt, verbindlich, die bereits versprochene Legitimation auf Verlangen würklich vorzunehmen. Eine zurückwürkende Kraft kann man ihr aber wohl nicht zuschreiben, weil sie vorher in der That noch nicht existirte; denn wenn der Nachfolger stirbt, ehe er zur Regierung kommt, so fällt alles weg. Herr RR. Eichmann schreibt: man nehme an, der Vater läßt sein uneheliches Kind, dessen Mutter bereits gestorben ist, durch den Erbprinzen für ehelich erklären; hierauf verheyrathet er sich, und mit dieser Frau bekommt er einen oder mehrere Söhne. Nicht lange nachher, wenigstens vor Antritt der Regierung des Erbprinzen, stirbt er. Man schließt daher das von demselben legitimirte Kind von aller Erbschaft aus, und blos die ehelichen Kinder bekommen das väterliche Vermögen. Nach dieser Vertheilung kommt der Erbprinz selbst zur Regierung, und bestätigt die bereits ertheilte Legitimation nochmals; dieses legitimirte Kind klagt also gegen die ehelichen Kinder auf die Herausgabe seines Antheils von der väterlichen Erbschaft. Diese Klage muß abgewiesen werden, weil hier die Legitimation keine zurückwürkende Kraft hat. 3) Daß die so genannten apanagirten Prinzen nicht legitimiren können, versteht sich von selbst, da sie gar kein Recht zur Nachfolge haben, so lange die erstgebohrne Linie vorhanden ist. 4) Eben so wenig dürfen unmittelbare Reichsunterthanen legitimiren, da sie keine Reichsstände sind, und folglich we-

der die gesetzgebende Gewalt haben, noch Privilegien zu ertheilen befugt sind. — Die zur Erklärung dieses Titels angeführten Wahrheiten, werden bey vielen Fällen zur Basis dienen, und es wird darauf oft bey andern Materien Rücksicht genommen werden müssen.

Lib. I. Tit. VII.

de

adoptionibus, emancipationibus, et aliis modis, quibus patria potestas soluitur.

§. 148. 149. 150.

Auch durch die Adoption [a]) oder die Annahme an Kindesstatt, erlangte man bey den Römern die Rechte der väterlichen Gewalt. In der weitläuftigen Bedeutung des Worts versteht man unter der Adoption diejenige öffentliche Handlung, wodurch Jemand als Kind oder Enkel angenommen wird, der vorher die Rechte eines Kindes oder Enkels, in Rücksicht auf denjenigen, der ihn adoptirte, nicht hatte. Jede Adoption muß durch eine öffentliche Handlung vorgenommen werden, das heißt, sie muß mit Wissen und Bewilligung des Staats geschehen. Wenn daher Jemand ohne öffentliche Auctorität, oder priuatim einen Menschen für sein Kind oder Enkel erklärte, so hatte diese Handlung die Folgen nicht, welche mit der

a) Ant. Faber in Iurisprud. Papin. tit. X. Chr. Thomasii D. de vsu practico tit. Inst. de adopt. Hofacker Princ. Iur. Rom. Tom. I. Pag. 468.

der Adoption verbunden waren. Nahm also ein Römer ein fremdes Kind zu sich, ließ es erziehen, hielt es wie sein leibliches Kind, ja erklärte er sogar in Gegenwart von Zeugen, daß er dieses Kind als das seine betrachte, und dafür angenommen habe, so war diese Handlung immer noch keine Adoption oder Annahme an Kindesstatt; denn dieses Kind wurde blos alumnus genennt, aber nicht filius adoptiuus; es konnte daher auch auf keine Rechte Anspruch machen, welche adoptirte Kinder haben, es erbte z. B. von seinem Pflegevater nichts, und er hatte auch die väterliche Gewalt nicht über dasselbe [b]). Ein Pflegekind darf nicht einmal nach Absterben seines Pflegevaters die fernere Erziehung fordern, wenn es nicht im Testament steht [c]). Selbst nicht jede Adoption bewürkte die väterliche Gewalt; denn wenn z. B. der Herr seinen Sclaven an Kindesstatt annahm, das heißt, wenn er ihn an Gerichtsstelle für seinen Sohn erklärte, so wurde nach dem §. 12. Inst. de adopt. ein solcher Sclave zwar ein freyer Mensch, allein die Rechte eines Sohnes bekam er dadurch nicht. Erhielt die Mutter vom Kaiser die Erlaubniß, um sich über den Verlust ihrer Kinder zu beruhigen, ein fremdes Kind zu adoptiren, so verschaffte diese Handlung ihr ebenfalls die Rechte der väterlichen Gewalt nicht, da sie auch derselben nicht fähig war. Diese Beschaffenheit hatte es in der Folge auch alsdenn, wenn Jemand eine fremde Person, das heißt, eine solche, die nicht unter seine Descendenten gehörte, an Kindesstatt angenommen hatte.

Die Ursachen, welche die Adoptionen bey den Römern veranlaßt haben, waren verschieden [d]), und zwar gehört

b) Struve D. de iure alumnorum, Ien. 1716. Wernher lect. comment. h. t. §. 3.

c) Arg. L. 14. §. 2. D. de alim. vel cib. relict. Leyser Spec. 20. med. 4.

d) Carpzov D. de praecip. adoptandi causis apud veteres Romanos Lipſ. 1646. Grosser D. de eod. arg. Lipſ. 1774. Mat. von Cilano römische Alterthümer, Thl. 4. S. 1398.

hört 1) der Umstand hierher, daß die Sacra priuata einer Familie erhalten würden [e]; 2) weil man der Strafe ausweichen wollte, welche denjenigen Römer trafen, der sich nicht verheyrathet hatte. Da mehrmals der Fall vorkam, daß dergleichen Personen, um die Gesetze zu hintergehen, solche Personen an Kindesstatt annahmen, die keine Aeltern hatten, diese sich auch gerne dazu verstanden, und jene nun behaupteten, sie hätten nicht wider die Gesetze gehandelt, so wurde verordnet, daß solche Adoptionen ihnen nichts helfen sollten [f]. 3) Geschahen solche Adoptionen deswegen, weil Patricier gern Volkstribune werden wollten, und um dieses werden zu können, ließen sie sich von einem Plebejer adoptiren [g]. Endlich gab es 4) viele Römer, die würklich zur Gesellschaft, und zum Vergnügen Kinder zu haben wünschten, und daher von der Adoption Gebrauch machten. Uebrigens war die im Testament geschehene Adoption, keine solche Adoption, von welcher hier die Rede ist [h], sondern diese Handlung bestand blos in der Erbeseinsetzung mit der Bedingung, des Erblassers Namen zu führen. In den Gesetzen kommt die Sache nicht vor, sondern blos die römischen Geschichtschreiber führen Beyspiele an. So wurde Atticus auf diese Weise von dem Cäcilius im Testament eingesetzt [i]. Der Cäsar setzte seinen Enkel Octavius mit der Bedingung im Testament zum Erben ein, daß er Cajus Julius Cäsar Octavius heißen sollte [k]. Augustus verordnete in seinem Testament, daß Tiberius und Livia seinen Namen führen sollten, nämlich erstever

e) Macrob. I, 16.

f) Tacit. Ann. XV, 19. L. 2. §. 2. D. de vacat.

g) Spanheim de vsu et praest. numism. Tom. II Pag. 77.

h) Cviac. Obs. VII, 7. Brisson. de formul. VII, 27. Vlr. Hvber Digress. Iustin. Part. I. Lib. II. c. 23. §. 2. Zach. Hvber D. de testam. Caesar. cap. 2. §. 3. in *Eius* Diss. Part. I. Pag. 136. Trotz Memor. propag. cap. 4. §. 1. Cannegieter Obs. II, 20.

i) Cornelivs in vita Attici c. 5.

k) Dio Cass. I, 45. 1. Pag. 419. Sveton. Caesar. c. 73.

rer Tiberius Augustus, und letztere Livia Augusta heißen solle; andere Beyspiele nicht zu gedenken l).

Auch in Teutschland haben Manche, Personen auf diese Art zu ihren Erben ernannt m). So hat der Hr. von F. seinen Verwandten V. von M. auf folgende Art zum Erben ernannt n): so setzen wir hiermit wissentlich und wohlbedächtig, willkührlich und aus bewegenden guten Ursachen, zu unserm rechten wahren und ohnzweifentlichen Universalerben aller unserer Verlassenschaft, so wir in diesem Testament oder hernach nicht verschafft haben, ein, des wohlgebornen V. von M. Freyherrn zu W. unsers freundlichen lieben Vettern, ältern Sohn V. von M. Freyherrn zu W. — — Daß auch erstgemeldeter V. von M. für sich, seine nachkommende eheliche Leibeserben und Erbensnehmer, für und für unsern Namen, benamlich V. von F. Freyherr zu M. und unser Wappen mit Schild und Helm, wie wir uns dieser Zeit gebrauchen, führen solle, dazu wir ihn denn in bester Form Rechtens, auch mit gutem Wissen und Willen obgemeldten seines Herrn Vaters, und sein selbst, an unsers eignen eheleiblichen Sohnes statt, adoptirt und angenommen haben wollen. Daß aber diese testamentarische Anordnung wegen des Wappens mit Schild und Helm nach dem Willen des Testators, von keiner Gültigkeit habe seyn können, beweist die dem Testament angehängte Clausel: auch vorhabens sind, eine solche Adoption neben ihm selber und seinem Herrn Vater am kaiserlichen Cammergericht, als unserm ordentlichen ungemittelten Richter, wie es die ergangene beschriebene kaiserliche Rechte erfordern, mit erster Gelegenheit nothdürftiglich confirmiren lassen.

l) SVETON. Octau. c. 102. Tiberius c. 6. Galba. c. 17.

m) KVLPIS D. de adopt. et emanc. Princ. STRYCK Vsus mod. h. t. LEYSER Spec. 20 med. 2. de PVFENDORF Obs. III, 46. de CRAMER Obs. I, 26. Desselben Nebenstunden Thl. 59. Nr. 8. Strubens Bed. Thl. 2. Bed. 62.

n) CONS. MARBVRG. Vol. I Cons. 20. Vol. II, Cons. 21. n. 55.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701684888/phys_0631 DFG

Diese Adoption durch ein Testament ist also, wie bereits gesagt worden, nicht so würksam, die väterliche Gewalt zu verschaffen; denn auf Seiten des Testators war sie von keiner rechtlichen Würkung, weil sie als eine testamentarische Anordung erst nach dem Tode desselben würksam wurde. Dem sogenannten adoptirten Kinde verschaffte sie auch keine andern Rechte und Verbindlichkeiten, als die jeder Erblasser seinen Erben bedingungsweise geben und auflegen kann. Wenn daher bey den Teutschen der Testator etwas von Wappen mit Schild und Helm gedachte, so war dieses an sich als testamentarische Verordnung von keiner Gültigkeit o).

Eben so wenig kann die sogenannte Adoption durch die Taufe hierher gerechnet werden p), davon im römischen Recht nichts vorkommt, obgleich Giphanius sich auf die L. 26. C. de nupt. beruft, in welchem Gesetze aber das Wort adoptio gar nicht einmal steht. Die Mönche haben die Sache aufgebracht, welche den Taufzeugen den Wahlvater, und das Kind das adoptirte Kind nennten, zu welcher Grille sie dadurch veranlaßt wurden, weil die Taufzeugen dem Getauften nach der Taufe, ansehnliche Geschenke zu machen pflegten, welche oft in dem größten Theil ihres Vermögens bestunden. Die Sache kommt vor beym Simon Dvnelmensis de gestis Anglorum ad ann. 994. wo es heißt: quem Rex honorifice susceptit, confirmari ab episcopo facit, sibi in filium *adoptauit*, regiaque munera donauit. Das nämliche erzählt Adem. Cabvnensis in chron. ad ann. 826 von des Königs Haralds Taufe, indem er schreibt: Eraldus cum vxore sua et magna Danorum multitudine veniens ad Imperatorem Moguntiam et apud S. Albanum cum his, quos secum adduxit, baptizatus est, fuitque *filiolus* Imperatoris de fontibus et multis muneribus ab eo donatus per Frisiam, qua venerat, reuersus est, in qua

o) Hr. RR. Eichmann a. a. O. Thl. 3. S. 309. Hr. HR. Glück a. a. O. Thl. 2. S. 293.

p) Giphan. ad Inst. h. t. in Pr.

qua provincia dedit ei Imperator in filiolatu vnum comitatum, qui *Triuſti* vocatur. Ein ähnliches Beyſpiel führt Beda q) an. Daß dieſe Sache bey uns keinen rechtlichen Gebrauch habe, braucht nicht bewieſen zu werden; denn wir haben kein Geſetz, worin der Taufhandlung eine ähnliche Kraft mit der Adoption beygelegt wird r); und die geiſtliche Verwandtſchaft, die nach dem kanoniſchen Rechte zwiſchen dem Getauften und ſeinen Taufzeugen entſteht, und welche als eine Art von Ehehinderniß betrachtet wird, kann dieſe Benennung ebenfalls nicht rechtfertigen.

Die Adoption im weitläuftigen Verſtande iſt zweyerley; denn man rechnet die Arrogation und die Adoption in der engern Bedeutung des Wortes dazu s). Was man unter jeder Art dieſer Annehmung an Kindesſtatt verſteht, und wie ſie in Rückſicht auf ihre Form und Würkung unterſchieden ſind, werden wir ſehen, nachdem wir zuerſt die nöthigen allgemeinen Wahrheiten von der Beſchaffenheit der Adoption überhaupt, das heißt, der Annahme an Kindesſtatt betrachtet haben. Folgende drey Hauptgrundſätze darf man bey der Adoption im weitläuftigen Verſtande niemals aus der Acht laſſen, wenn man nicht zu den ſchädlichſten Fehlern veranlaßt werden will.

I. Als der erſte Hauptgrundſatz iſt folgende Wahrheit zu betrachten: die Adoption iſt nur ein ſubſidiariſches Mittel die väterliche Gewalt zu erlangen, und blos zum Beſten ſolcher Perſonen eingeführt worden, die gar keine Hoffnung haben, leibliche Kinder bekommen zu können t).

II. Der zweyte Hauptgrundſatz iſt: die Adoption ahmt die Natur nach; das heißt, es darf bey der Annahme an Kindes ſtatt nichts vorgehen, was mit der Natur der Sache ſtreitet.

q) Beda in hiſt. eccleſ. Angl. Lib. 4. c. 13.
r) Thomas. Diſſ. cit. c. 1. §. 29.
s) L. 1. §. 1. D. §. 1. Inſt. de adopt.
t) Theophil. Pr. Inſt. de adopt.

III. Drittens darf die Adoption weder dem anzunehmenden Kinde, noch einem Dritten zum Nachtheil gereichen. Die Wichtigkeit dieser drey Hauptwahrheiten kann man nicht besser einsehen lernen, als wenn man die einzelnen Sätze kennt, die daraus hergeleitet werden müssen, und bey der Anwendung der Gesetze beständig brauchbar sind.

Aus dem ersten Hauptgrundsatze: die Adoption ist nur ein subsidiarisches Hülfsmittel, die väterliche Gewalt zu bekommen, folgt,

1) daß es solchen Personen der Regel nach nicht verstattet werden kann, Jemanden an Kindesstatt anzunehmen, welche selbst noch Kinder haben, die ihrer väterlichen Gewalt unterworfen sind [u]). Die Gesetze führen zur Ursache dieser Verordnung an: ne aut illorum, quos iustis nuptiis procreauit, deminuatur spes, quem vnusquisque liberorum obsequio parat sibi, aut qui adoptatus fuit, minus percipiat, quam dignum erit eum consequi. Die Hauptabsicht bey dieser Verordnung geht also doch nur dahin, daß der Regel nach Niemand, ohne durch wichtige Ursachen zu etwas anders bestimmt zu werden, fremde Kinder adoptire, da er doch selbst leibliche Kinder hat, folglich kann die Adoption nach dem Willen der Gesetze nicht verboten seyn, wenn den leiblichen Kindern in der That kein Nachtheil dadurch verursacht wird [x]). Die Rechtslehrer haben daher folgende Ausnahmen, als gesetzmäßig zu beweisen gesucht, und behaupten, ein Vater könne fremde Kinder adoptiren wenn er gleich leibliche Kinder habe, erstlich: wenn diese leiblichen Kinder, entweder ganz ohne Verstand, oder doch sehr einfältig, oder unfähig zum Kinderzeugen, oder ganz ausgeartet sind; oder der Vater hat nur eine einzige Tochter, wodurch folglich sein Name nicht fortgepflanzt wird, wenn sie auch heyrathet und Kinder zeugen sollte. Daß in diesem letzten Falle bey den Römern, Adoptionen vorgekommen seyn müssen, sieht man daraus, daß es nach der L. 17. pr. D. de ritu nupt. verboten war, der

u) L. 15. §. 2. I. 17. §. 3. D. L. 3. C. h. t.
x) REINHOLD in Variis, cap. 42. in *Eius* Opusc. Pag. 230.

der Adoptivsohn solle seines Adoptivvaters leibliche Tochter nicht heyrathen. Daher sagt auch der Jurist Paulus in der L. 23. in f. D. h. t. filiae meae is, quem adoptaui, frater fit: quoniam in familia mea est filia: nuptiis tamen etiam eorum prohibitis. Ferner geht es an in dem Falle eine Adoption vorzunehmen, wenn ein Kind an Enkelsstatt angenommen werden soll; oder der Landesherr bewilligt die Annehmung an Kindesstatt; jedoch dürfen in diesem Falle die ehelichen Kinder nicht an ihrem Pflichtheil geschmälert, und in jenem Falle den ehelichen Kindern keine Erben wider ihren Willen aufgedrungen werden. Wegen Wichtigkeit der Sache, haben mehrere Rechtslehrer y) diese Ausnahmen zu erläutern gesucht.

2) Eine andere Folge aus diesem ersten Hauptgrundsatze ist es: daß diejenigen Mannspersonen nicht adoptiren dürfen, welche selbst noch in den Umständen sind, daß sie leibliche Kinder bekommen können, wenn sie auch jetzt keine Kinder haben, die ihrer väterlichen Gewalt unterworfen sind. Die römischen Gesetze verbieten es daher, vor zurückgelegtem sechzigsten Jahre zu adoptiren, weil es nach ihrem Clima nicht leicht Fälle gab, wo Jemand später leibliche Kinder zeugte z). Auch hier fanden wieder Ausnahmen statt; denn es wurde einer Mannsperson von der Obrigkeit zu adoptiren verstattet, wenn wegen Kränklichkeit des Körpers keine Hoffnung war, daß sie leibliche Kinder bekommen werde; oder wenn man einen Verwandten an Kindesstatt annehmen wollte a). Hr. HR. Glück behauptet: da es ganz wider die Denkungsart der Römer war, Jemanden zu Eingehung der Ehe zu zwingen; da es z. B. in

y) Lavterbach ad Dig. h. t. §. 7. Hahn ad Wesenb. h. t. verb. praeterea videndum. Franzk h. t. n. 12 Stryck ad Lavterbach. Comp. Pag. 35. Wernher in lect. comment. h. t. §. 5. Richter Select. Iur. Princ. Lipsi. 1747. Diss. II. §. 2.

z) L. 15. §. 2. D. h. t. Hr. Prof. Hugo in Civilist. Magaz. Thl. 2. S. 218.

a) L. 15. §. 9. D. h. t. Lavterbach h. t. §. 7. Wernher lect. comment. h. t. §. 5.

der L. 5. C. de sponsal. heißt: — in contrahendis nuptiis libera potestas esse debet, so schränken die Gesetze der Pandekten das sechzigjährige Alter nur auf die Arrogationen ein, weil bey diesen der Staat freylich immer eher gefährdet ist, als bey bloßen Adoptionen [b]). Daher sagt Ulpian in der L. 15. D. h. t. in dieser Rücksicht: in *adrogationibus* cognitio vertitur, num forte *minor sexaginta* annis sit, qui adrogat; quia magis liberorum creationi studere debet; jedoch berührt er nun auch die Ausnahmen, wenn es heißt: nisi forte morbus aut valetudo in causa sit, aut alia iusta causa adrogandi; veluti si coniunctam sibi personam velit adoptare.

3) Folgt aus obigem Grundsatz weiter, daß alle Personen, welche bey den Römern die väterliche Gewalt nicht bekommen konnten, auch für unfähig zum Adoptiren erklärt werden mußten. Man schloß daher alle Weibspersonen von dem Rechte zu adoptiren aus, weil sie unfähig waren die väterliche Gewalt auszuüben, und bey Arrogationen kam noch der Umstand dazu, weil sie auf den Volksversammlungen nicht mit erscheinen durften, wo die Arrogationen vorgenommen wurden, wie wir bald sehen werden [c]). Unter den Kaisern wurde es Frauenzimmern, deren leibliche Kinder wieder gestorben waren, verstattet, also in andern Fällen nicht [d]), bey dem Kaiser um die Erlaubniß zu bitten, zu ihrem Troste für den Verlust der gehabten Kinder, fremde Kinder adoptiren zu können. Dadurch bekam sie aber keine väterliche Gewalt, noch ein Erbrecht auf das Vermögen des adoptirten Kindes, sondern dieses erbte blos von ihr. Die Rechtslehrer haben sich noch nicht darüber vereinigt, ob die Kaiser Diocletian und Maximian für die Urheber dieser Wohlthat zu halten sind, welches z. B. Noodt und Gundling behaupten [e]), oder ob die Sache

b) Faber in Rat. ad Pand. ad L. 15. §. 2. D. h. t.

c) §. 10. Inst. h. t. L. 5. pr. C. eod. tit. Brevning D. de adopt. feminarum, Lipſ. 1773. Schavmburg ad Struv. h. t. aph. 1. Thomasius Diss cit. §. 5.

d) Harmenop. II, 9. Höpfner a. a. O. S. 165.

e) Noodt Comment. ad h. t. Gundling h. t. §. 17.

Sache schon früher eingeführt worden. Dieses behauptet Hr. HR. Glück, weil schon Ulpian in der L. 29. D. §. 3. de inoff. test. dieser Adoption durch ein Rescript Erwähnung thut, und zwar auf solche Art, daß man sieht, die Sache müsse zu seinen Zeiten etwas ganz Bekanntes gewesen seyn. Ulpian lebte aber lange vor diesen Kaisern. Ueberdieß ist das Rescript in der L. 5. C. h. t. gar nicht in dem Ton abgefaßt, als ob dadurch ein neues Recht habe eingeführt werden sollen, da dieses auch überhaupt durch Rescripte nicht geschahe. Vielleicht ist die Sache schon unter Antonin dem Frommen eingeführt worden, welcher der Urheber der Adoptionen durch ein kaiserliches Rescript seyn soll [f]).

Wichtig ist die Frage: ob auch bey uns von dieser Verordnung des römischen Rechts Gebrauch gemacht werden müsse? Einige Rechtslehrer, z. B. der verst. Hr. GRR. Hellfeld, und der Hr. RR. Eichmann, Th. 3. S. 316 sind der Meynung: daß bey uns den Frauenspersonen das Recht zu adoptiren deswegen nicht abgesprochen werden dürfe, weil Frauenspersonen nach teutschen Sitten an der älterlichen Gewalt großen Antheil haben. Der Herr RR. Eichmann schreibt: da heutiges Tages eine Frau eine natürliche väterliche Gewalt haben kann, die auch gewisse ansehnliche Rechte begreift, so glaube ich, daß, obwohl eine Weibsperson in Gemäßheit des römischen Rechts nicht anders, als mit Erlaubniß des Landesherrn adoptiren kann, dieselbe doch, wenn sie jene erlangt, und die Adoption erfolgt, die natürliche väterliche Gewalt erlange. Uebrigens kann auch die Confirmation die Stelle der Erlaubniß vertreten. Andere Rechtslehrer [g]) gehen noch weiter, und behaupten, daß heut zu Tage Frauenzimmer auf jeden Fall gültig adoptiren könnten, und daß dieses Recht nicht mehr auf den Fall einzuschränken sey, da sie bereits Kinder gehabt, solche aber wieder gestorben sind.

f) van de Water Obs. Lib. III. cap. 16.

g) Hr. von Trützschler a. a. O. Thl. 1. 2. Hptabth. 3tes Hptstck. §. 60.

Endlich glauben gar mehrere Rechtslehrer [h]), daß bey uns ein Frauenzimmer nicht erst nöthig habe, um die landesherrliche Erlaubniß oder Bestätigung der vorzunehmenden Adoption zu bitten. Alle drey Meynungen erklärt Hr. HR. Glück für unrichtig; denn die erste streite mit den Grundsätzen von dem heutigen Gebrauch der römischen väterlichen Gewalt. Bey der andern komme alles darauf an, ob der Landesherr die Adoption bestätigt, und Niemand könne bezweifeln, daß die Gewalt desselben sich so weit erstrecke, in einem solchen Falle Gnade für Recht ergehen zu lassen, nach der L. 38. D. h. t. Der dritten Meynung aber stehe entgegen, daß das römische Recht keinesweges durch den bloßen Gebrauch, sondern durch ausdrückliche Verordnungen teutscher Reichsgesetze angenommen worden sey, daher auch in jedem einzelnen Fall, demselben gemäß, erkannt werden muß, wenn man nicht darthut, daß etwas darin Enthaltenes sich auf unsere Verfassung gar nicht schickt, oder durch einen widrigen Gebrauch abgeschafft worden ist, welches keinesweges zu vermuthen. Zwar will sich Beck auf die 27ste Novelle des Kaisers Leo des Philosophen berufen, in welcher allen und jeden Weibspersonen das Recht, auch ohne landesherrliche Genehmigung zu adoptiren, verstattet worden; allein da die Leonischen Novellen bey uns in Teutschland nicht eingeführt sind (S. 56), so kann hieraus ein heutiger Nichtgebrauch des römischen Rechts unmöglich hergeleitet werden [i]). Aus diesem Grunde stimme ich lieber der Meynung des Vicecanzler Strubens [k]) bey, welcher bey der Adoption der Weibspersonen auch noch heut zu Tage die landesherrliche Bestätigung für nöthig hält.

4) Als die vierte Folge des zeither erläuterten Satzes ist auch der Satz zu betrachten: daß ein Sohn, der selbst

h) Franzk. Ex. 2. qu. 10. Beck de Nouell. Leonis, Pag. 198. Brevning Diss. cit. §. 9.

i) Zepernick Comment. cit. c. 1. §. 15.

k) Strubens Bedenk. Thl. 2. Bed. 62. Schmidts öffentl. Rechtsp. Nr. 25. S. 171.

selbst noch der väterlichen Gewalt unterworfen war, nicht das Recht hatte, zu adoptiren, weil er keine väterliche Gewalt besitzen konnte l).

Der zweyte Hauptgrundsatz von der Annahme an Kindesstatt ist die Wahrheit: die Adoption ahmt die Natur nach m), das heißt, wenn es der Natur nach allerdings unmöglich ist, daß Jemand mein Kind oder Enkel seyn könnte, oder ich habe keine ernstliche Absicht, das Wahlkind wie mein leibliches Kind zu behandeln, so hat auch keine Adoption statt, und folglich äußert sich auch keine von den damit verbundenen Würkungen. Der Jurist Cajus n) erklärte sich in seinen Institutionen Lib. 1. tit. 5. pr. folgendergestalt darüber: adoptio naturae similitudo est, vt aliquis filium habere possit, quem non genera uit; und in der L. 16. D. h. t. sagt Javolenus: adoptio in his personis locum habet, in quibus etiam natura potest habere. In der L. 23. D. de lib. et post. nennt Papinian die Adoption imaginem naturae. Schon Cannegieter o), bemerkte gegen Huber, daß der angeführte Grundsatz nicht überall, sondern nur hauptsächlich in den im §. 4. und 5. Inst. h. t. bestimmten Fällen seine Anwendung finde, im übrigen aber nichts so Ungereimtes oder Unnatürliches gedacht werden könne, was nicht durch die Adoption zu bewerkstelligen sey p). So z. B. ist es ein der Natur nach unauflösliches Räthsel, daß ein Großvater einen Enkel haben könne, der ihm von zwey Söhnen ist erzeugt worden, und daß demungeachtet dieses durch die Adoption möglich gemacht werden könne, lehrt Ulpian q). Ferner, daß auch diejenigen, welche sich gar nicht verheyrathet gehabt, adoptiren können, sagt Paulus in der L. 30. D. h. t., und eben derselbe hält es für erlaubt,

l) L. 21. D. ad Leg. Iul. de adult.
m) §. 4. Inst. de adopt.
n) Schulting Iurispr. Anteiust. Pag. 42.
o) Canneg Obs. II, 20.
p) Hr. HR. Glück, Thl. 2. S. 300.
q) L. 15. §. 1. D. h. t. L. 55. in f. D. de rit. nupt. L. 41. D. h. t.

laubt, wie die L. 37. pr. D. h. t. beweist, an Enkelsstatt zu adoptiren, wenn man gleich keinen Sohn hat. Es kommen auch Beyspiele vor, daß dergleichen ungereimte Adoptionen geschehen sind; denn so nahm Caligula seinen Bruder Tiberius an Kindesstatt an [r]). Diese Fälle beweisen, daß die Nachahmung der Natur bey der Adoption nicht so zu erklären sey, als ob alles dasjenige zunächst und unmittelbar bey dem Adoptirenden vorhanden seyn, und angetroffen werden müsse, was der Natur nach erfordert wird, wenn der an Kindesstatt Anzunehmende den Grad der Anverwandtschaft wirklich erlangen sollte, wozu er durch die Adoption gelangen soll. Nein, es sollen nur nicht solche Verhältnisse zwischen dem Adoptirenden und demjenigen, welchen er an Sohns oder Enkels Statt annehmen will, vorhanden seyn, bey denen die bey der Adoption zum Grunde liegende Fiction, daß erster den letztern gezeugt habe, oder letzter durch einen Descendenten des erstern sey gezeugt worden, schlechterdings nicht statt finden könnte, sondern ein offenbarer Widerspruch eintreten müßte, welche Meynung auch Hr. HR. Crell [s]) zu beweisen gesucht hat. Diesem angeführten Hauptgrundsatze gemäß, müssen folgende Wahrheiten als richtig anerkannt werden, und zwar

1) daß diejenigen nicht adoptiren können, welche ganz untüchtig sind, Kinder zu zeugen, und dazu gehören α) Castraten [t]); denn obgleich der Kaiser Leo in seiner 26 Novelle ihnen das Recht dazu ertheilte, so läßt sich davon dennoch kein Gebrauch machen, weil diese Novellen in Teutschland nicht gelten [u]). Daß aber der Regent dem Castraten die Erlaubniß zum Adoptiren durch ein Rescript ertheilen könne, ist eine bekannte Sache. β) Gehören auch hierher Spadonen, wenn man darunter solche Mannspersonen

r) Sveton. Calig. cap. 15.

s) Crell. Obs. de adopt. in locum fratr. non monstrosa, Vit. 1748. Obs. 7. Pag. 42.

t) Schröters vermischte Abhandl. Band 2. S. 230.

u) Zepernick l. c. Pag. 492. Hvber Eunom. ad L. 2. D. h. t. Pag. 65.

personen versteht, die von Natur gänzlich und auf immer zum Kinderzeugen unfähig sind [x]). Nach einigen Gesetzen, z. B. dem §. 9. Inst. de adopt. der L. 2. §. 1. der L. 40. §. 2. D. h. t. wird zwar den Spadonen die Adoption verstattet; da aber das Wort Spado mehrere Bedeutungen hat, ja die Worte Castraten und Spadonen sogar verwechselt werden [y]), indem bisweilen diejenigen, welche zwar die Zeugungsglieder auf die gehörige Art haben, aber wegen Schwachheit des Körpers eine Zeitlang Kinder zu zeugen, unfähig sind [z]), zuweilen alle diejenigen darunter verstanden werden, die von Natur zum Kinderzeugen ganz untüchtig sind, so müssen wir jene Gesetze, wo es ihnen erlaubt wird, zu adoptiren, von solchen Personen verstehen, die nur auf einige Zeit zum Kinderzeugen unfähig sind, um eine Uebereinstimmung der Gesetze heraus zu bringen. Da die Gesetze den Castraten die Adoption verbieten, warum sollten sie bey solchen Spadonen, wo das nämliche Unvermögen eintritt, eine Ausnahme machen [a])?

2) Wer den Andern an Kindesstatt annehmen will, muß seinem Alter nach, Vater von dem Wahlkinde seyn können, oder gar das Alter des Großvaters haben, wenn er Jemanden als seinen Enkel annehmen will; denn die Adoption ahmt die Natur nach, und die Gesetze [b]) verbieten daher schlechterdings, Jemanden zu adoptiren, der älter ist, als ich. Eben deswegen setzten die römischen Gesetze fest: wer Jemanden als Sohn oder Tochter annehmen wolle, müsse wenigstens 18 Jahr älter seyn, als das zu adoptirende Kind; und wer den Andern an Enkelsstatt annehmen wolle, müsse wenigstens 36 Jahr älter seyn [c]). Warum

x) Lavterb. h. t. §. 6. Hahn ad Wesenb. h. t. n. 4. Pag. 77. Höpfner §. 146. S. 166.

y) Avgvstini Emend. Lib. III. c. 5. Cvrtivs Εικασων Lib. I. c. 27. Merill. Obs. I. c. 23. Kirchm. de Latin. Dig. Pag. 242.

z) L. 6. De. de iure dot.

a) Harmenop. II, 8.

b) L. 15. §. 3. D. h. t.

c) L. 40. §. 1. D. h. t. §. 4. Inst. de adopt.

um die Gesetze 18 Jahr, folglich die volle Mündigkeit verlangen, und nicht das zurückgelegte 14te Jahr für hinlänglich erklärt haben, da doch mit diesem Jahre die Eingehung der Ehe verstattet wurde, läßt sich nicht gewiß herausbringen, da die Ursache nirgends angeführt worden ist. Einsichtsvolle Rechtslehrer [d]) behaupten, obgleich ein Mensch von 14 Jahren Kinder zeugen könne, so habe er doch selten vor dem 18ten Jahre Kinder; es sey daher der Natur nicht völlig gemäß, wenn er Jemanden adoptire, der nicht wenigstens 18 Jahr jünger sey, als er. Der bekannte Anton Faber [e]) schreibt: vel ipso naturae exemplo inducí neceſſe fuit, vt non tam cito, nec ante plenam pubertatem filium per adoptionem habuiſſe quis videretur, ſiquidem in eo plus poteſt adoptio, quam matrimonium, quod filium certo et indubitato facit, qui ex matrimonio cum contrahitur, tantum ſperatur. Atqui certum eſt, ſaltem poſt plenam pubertatem eſſe quemlibet capacem generandi. Der Herr von Pufendorf [f]) hat die sonderbare Meynung, daß heutiges Tages auf jenes gesetzlich vorgeschriebene Alter nicht mehr so genau geachtet, sondern für hinreichend gehalten werde, wenn nur der Adoptivvater Alters halber das angenommene Kind zu erziehen, im Stande sey.

3) Die Adoption muß auf beständig, und nicht nur auf einige Zeit geschehen, weil derjenige, der eheliche Kinder hat, beständig ihr Vater bleibt [g]). So wie aber ein natürlicher Vater sein Kind emancipiren darf, so ist es auch dem Adoptivvater erlaubt; nur kann er dieses Kind nicht zum zweytenmale adoptiren, weil es auf Kinderey hinauslaufen würde [h]). Hat aber der Vater sein leibliches Kind

d) Donell. Comment. iur. ciuil. Lib. 2. c. 22. Nispen ad Modeſt. c. 2. in Oelrich Theſ. Tom. I. Part. 1. Pag. 13. Faber Rat. ad L. 40. §. 1. D. h. t.

e) Faber in Iurispr. Papin. tit. 10. Princ. II illat. 2.

f) de Pvfendorf Obſ. Tom. IV. Obſ 63. §. 5.

g) L. 34. D. h. t.

h) L. 37. §. 1. D. h. t. Lavterb. h. t. §. 7. Wernher lect. comm. h. t. §. 5.

Kind emancipirt, so kann er dasselbe wieder adoptiren, und es bleibt auch sodann ein leibliches Kind desselben i).

4) Kann man Niemanden an Bruders- oder Vatersstatt adoptiren k). Zwar behaupten einige l), wenn die Landesherrliche Bestätigung hinzukomme, sey diese Adoption gültig. Crell führt auch an: es könnten ja zwey Freunde den Vertrag mit einander schließen, daß einer bey dem Andern Bruders Stelle vertreten solle, und zwar so, als wenn sie beyde von einem Vater und von einer Mutter wären erzeugt worden. Allein, wenn man dieses auch zugeben wollte, so würde doch dieser Vertrag für keine wirkliche Adoption zu halten seyn; es können auch dadurch weder Familien- noch Successionsrechte erlangt werden, wenn nicht dieses ausdrücklich versprochen worden, und die Landesherrliche Bestätigung nebst der Einwilligung derjenigen dazu gekommen, die ein Interesse dabey haben. Crell muß daher das Wort Adoption in ganz uneigentlicher Bedeutung nehmen m).

III. Was den Satz betrifft, daß die Adoption weder dem an Kindesstatt Angenommenen, noch einem Dritten nachtheilig seyn dürfe, so ist derselbe wichtig; denn vermöge desselben darf

1) Kein Vormund seinen Mündel vor abgelegter Rechnung an Kindesstatt annehmen n). Er hat die Vermuthung wider sich, daß er es aus keiner guten Absicht thun werde, sondern blos deswegen, sich der Rechnungsablegung zu entziehen. Da dieses die eigentliche Ursache des Verbots ist, so läßt sich wohl behaupten, daß der Landesherr eine solche Adoption durch ein Rescript verstatten könne, wenn Rechnung abgelegt worden, und die Adoption für den zu Adoptirenden vortheilhaft ist o). Es behaupten

i) L. 12. L. 41. D. h. t. L. 23. pr. D. de lib. et post.
k) L. 7. C. de hered. instit.
l) Leyser Med. ad Pand. Vol. I. Pag. 206. Crell. Diss. cit.
m) Hr. RR. Eichmann, Thl. 3. S. 322.
n) L. 17. pr. D. h. t.
o) L. 17. §. 1. D. h. t. L. 32. §. 1. eod.

haupten zwar einige Rechtslehrer [p]), daß diese Adoption schlechterdings in folgenden zwey Fällen gelte, nämlich [q]) wenn sich bey angestellter Untersuchung gefunden, daß eine gegründete Ursache dazu vorhanden sey, z. B. Verwandtschaft, Schwägerschaft, und auch Rechnung abgelegt worden; b) wenn der Regent diese Adoption durch sein Rescript genehmigt hat. Hr. RR. Eichmann antwortet darauf: da diese Art der Adoption eine wahre Arrogation ist, so machen diese zwey Fälle in der That nur einen aus.

2) Soll auch aus dem angeführten Grunde, kein Armer einen Reichen an Kindesstatt annehmen, weil dieses nicht aus Liebe, sondern aus Geitz herzurühren scheint. Wenn aber des Wahlvaters guter Lebenswandel, und seine bekannte redliche Absichten zum Besten des Wahlkin. des sprechen, so würde es unwillig seyn, die Adoption zu hindern [q]).

3) Ist es verboten, einen Fremden an Enkelsstatt anzunehmen, zum Nachtheil seines Sohnes, weil man ihm dadurch wider seinen Willen einen Erben aufdringen würde, dieses aber verboten ist [r]). Soll diese Adoption ihre Kraft zeigen, so muß der Sohn darein willligen, weil sonst der adoptirte Enkel nach dem Tode des Großvaters nicht in die Gewalt des Sohnes kommt, und folglich auch sein Erbe nicht wird [s]).

4) Darf die Annahme eines Unmündigen an Kindesstatt, nicht zum Nachtheil des von dem leiblichen Vater bestimmten Erben geschehen [t]).

5) Endlich darf der Regent eine ungültige Adoption, nicht ohne Bewilligung derjenigen bestätigen, welche dadurch Nachtheil leiden [u]).

p) Wernher lect. comm. h. t. §. 6.
q) L. 17. §. 4. D. h. t.
r) §. 7. Inst. de adopt.
s) L. 6. L. 11. D. h. t.
t) L. 17. §. 1. D. h. t.
u) L. 38. 39. D. h. t.

Ende des zweyten Theils.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684888/phys_0644
DFG

e Frage ist nach dem, was darüber gesagt
beantworten: es darf sich nämlich dieses
d anmaßen, der nicht das Recht dazu von
Gewalt rechtmäßig erworben hat. Da-
echt 1) den höchsten Justizcollegien in ei-
u, wenn ihnen solches nicht vom Regen-
den. 2) Der Nachfolger in der Regie-
falls nicht thun, weil er noch kein Recht
zu ertheilen. Hätte sich aber der Nach-
erung, durch einen Vertrag, zu einer Le-
lich gemacht, so ist dieses zwar für jetzt
ung; allein er ist dennoch, wenn er zur
, verbindlich, die bereits versprochene Le-
rlangen wirklich vorzunehmen. Eine zu-
t kann man ihr aber wohl nicht zuschrei-
er in der That noch nicht existirte; denn
er stirbt, ehe er zur Regierung kommt, so
Herr RR. Eichmann schreibt: man neh-
läßt sein uneheliches Kind, dessen Mut-
n ist, durch den Erbprinzen für ehelich
verheyrathet er sich, und mit dieser Frau
der mehrere Söhne. Nicht lange nach-
r Antritt der Regierung des Erbprinzen,
schließt daher das von demselben legiti-
er Erbschaft aus, und blos die ehelichen
das väterliche Vermögen. Nach dieser
t der Erbprinz selbst zur Regierung, und
ertheilte Legitimation nochmals; dieses
lagt also gegen die ehelichen Kinder auf
nes Antheils von der väterlichen Erb-
ge muß abgewiesen werden, weil hier die
zurückwürkende Kraft hat. 3) Daß die
girten Prinzen nicht legitimiren können,
st, da sie gar kein Recht zur Nachfol-
ge die erstgebohrne Linie vorhanden ist.
dürfen unmittelbare Reichsunterthanen
keine Reichsstände sind, und folglich we-

der