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

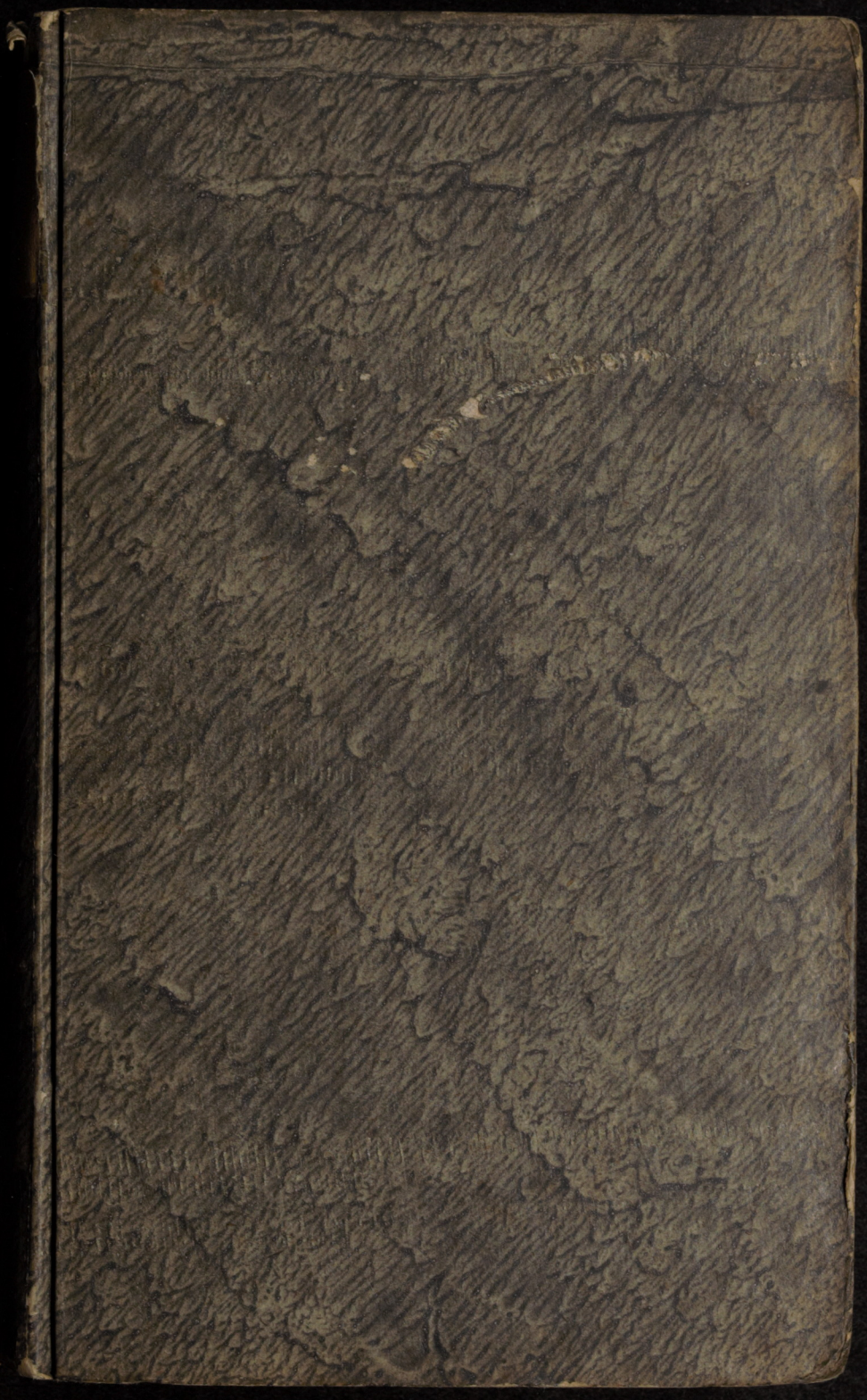
Dritter Theil : Welcher den Beschluß des siebenten, den achten und neunten bis zum zwey und zwanzigsten Titel des ersten Buchs der Pandekten, und den Anfang des ersten Titels vom zweyten Buch enthält

Leipzig: bey Adam Friedrich Böhme, 1797

http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684934

Band (Druck) Freier Zugang





Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684934/phys_0001
DFG

K. f. – 653 (3.)
K. f. – 653 (3.)

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de
/rosdok/ppn1701684934/phys_0002
DFG

Praktischer

Commentar

über

die Pandekten

nach dem Lehrbuch

des Herrn GRR. Hellfeld.

Dritter Theil,

welcher den Beschluß des siebenten, den achten und neunten bis zum zwey und zwanzigsten Titel des ersten Buchs der Pandekten, und den Anfang des ersten Titels vom zweyten Buch enthält.

Leipzig,
bey Adam Friedrich Böhme.
1797.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684934/phys_0005
DFG

Ex
Bibliotheca
Academiae
Rostochiensis

Vorrede.

Einsichtsvolle Rechtsgelehrte werden es bald bemerken, daß dieser dritte Band meines praktischen Commentars über die Pandekten, eine große Anzahl der interessantesten Rechtswahrheiten in sich faßt. Man braucht nur die Inhaltsanzeige flüchtig zu durchlaufen, so wird man die Beweise hiervon ohne Mühe entdecken. So werden auch gründliche Kenner der Rechtsgelehrsamkeit, bey Durchblätterung dieses Theils die Wahrheit häufig bestätigt finden, worauf ich meine Leser bereits in den vorigen Vorreden aufmerksam gemacht habe, daß bey Erklärung wichtiger Rechtsgrundsätze, andere zu Hülfe genommen worden sind, die aus den folgenden Titeln der Pandekten genommen worden, und daß folglich diese Titel künftig bey gebrauchter

Zurückweisung auf solche Stellen, nicht so weitläuftig erklärt zu werden brauchen, als es ohne diese Behandlungsart geschehen müßte, wodurch mithin das ganze Werk an Kürze viel gewinnen wird. Diesen Gedanken bitte ich besonders diejenigen Herren Besitzer meines Commentars zu beherzigen, welche etwa in den Gedanken stehen, das Werk werde zu einer zu großen Anzahl von Bänden anwachsen, oder denen man diese Behauptung in der Absicht vorgebracht hat, um sie gegen das Werk einzunehmen, oder sie gar vom Ankauf desselben abzuhalten.

Da ich am Schluß der vorigen Vorrede erklärt habe, ich würde in der Vorrede zu diesem Bande, über die mir bekannt gewordenen Beurtheilungen meiner Arbeit, das Nöthige bemerken, so halte ich es für Pflicht, diese Sache nicht ganz mit Stillschweigen zu übergehen. Unpartheyische Rechtsgelehrte, besonders solche, die selbst Schriftsteller sind, werden es aber wohl nicht wünschen, noch erwarten, daß ich mich in eine weitläuftige Widerlegung alles dessen einlassen soll, was gegen meine Arbeit vorgebracht worden ist. Wer mit dem Geiste solcher gelehrten Fehden hinlänglich bekannt ist, weiß es, daß dadurch wenig gewonnen wird, und daß wenig dritte Personen das Vorgebrachte lesen, da bekannte Dinge bey dergleichen Gelegenheiten vor-

vorkommen. Ein wichtiges Beyspiel hiervon, haben wir in dem Civilistischen Magazin des Herrn Prof. Hugo, der bald von seinem anfangs erklärten Plan, weitläuftige Widerlegungen der gegen seine Schriften gerichteten Recensionen in sein Magazin einzurücken, abgieng.

Man müßte wenig gelernt haben, wenn man nicht im Stande seyn sollte, für und wider eine Sache so viel zu sagen, daß Gelehrte, denen es an Büchern fehlt, welche bey ausführlicher Prüfung des Streits nachgelesen werden müssen, dadurch zweifelhaft werden, welcher Theil Recht habe. Ich bitte alle meine Leser, vor der Entscheidung über Recensionen, worin meine Arbeit ganz verworfen, oder worin gar nachtheilige Dinge behauptet worden sind, beständig auf folgende Wahrheit, an deren Gewißheit kein unpartheyischer Schriftsteller zweifeln wird, Rücksicht zu nehmen. Es ist weder so außerordentlich schwer, noch auch eine völlig leichte Sache, Bücher zu schreiben. Jenes glauben einige Recensenten, daher sprechen sie über die mehresten Schriften ihr Verdammungsurthel, und nur ihre eigene Arbeit halten sie für unverbesserlich. Nichts kann ihre Galle so sehr reitzen, als wenn sie den Verdruß haben, Schriften zu lesen, worin Dinge stehen, die man in andern Büchern auch findet, wo sie denn sogleich veranlaßt werden, alle ei-

gene Bearbeitung des Verfassers zu übersehen, und nur auf Ausdrücke zu denken, wie sie den Compilator recht verächtlich schildern, und das Publikum vor seinem Buche warnen wollen.

Diese Denkungsart wird nun zwar jeder Rechtschaffne, der die Sache zu beurtheilen im Stande ist, und besonders jeder Schriftsteller, misbilligen, und solche Recensionen keiner Aufmerksamkeit würdigen. Je mehr Bücher man gelesen hat, desto fester ist man überzeugt, daß es mit den Wissenschaften schlecht stehen würde, zu deren Ausbreitung doch gewiß nicht etwa nur eine kleine Anzahl von Büchern hinreichend ist, wenn es weiter keine Bücher gäbe, als solche, worin lauter Gedanken vorgetragen würden, die man in keinem andern Buche findet, und daß, bey Befolgung dieser schriftstellerischen Regel, unsere Bibliotheken und Buchladen sehr leer seyn würden. Gründlich gelehrte Männer werden mir Recht geben, daß wichtige Wahrheiten nicht anders auf das vollkommenste aus einander gesetzt und beleuchtet werden können, als wenn viele Gelehrten darüber nachgedacht und ihre Gedanken einander öffentlich mitgetheilt haben. Aber nicht alle Personen, die sich mit den Wissenschaften beschäftigen, und folglich auch über das Bücherschreiben sprechen, wissen dieses, und daher werden sie leicht stutzig, wenn ihnen von einem

Buche

Buche gesagt wird, es stehe nichts Neues darin, und man brauche es daher nicht zu lesen, noch weniger Geld auszugeben, um es zu kaufen. Auf diese Weise ist schon Mancher vom Lesen dieses oder jenes nützlichen Buches abgehalten, und wohl gar verleitet worden, Andere zu bewegen, das Buch auch nicht zu lesen.

Jeder Freund nützlicher Schriften und Kenntnisse, kann sich von der Unrichtigkeit einer solchen Denkungsart schon dadurch überzeugen, wenn er bedenkt, daß doch gewiß nicht von Zeit zu Zeit so viel neue Schriften herausgekommen seyn würden, und gekauft worden wären, wenn man keine anderen Bücher für nützlich halten könnte, als solche, worin lauter neue, noch nie gesagte Dinge stehen. Wo wollte denn alles Neue herkommen? und wie sehr überzeugt nicht die Erfahrung jeden aufmerksamen Beobachter beständig, daß die Menschen nur nach langem und fortgesetztem Bestreben, die Wahrheit zu entdecken, das Vergnügen haben, solche wirklich zu entdecken.

Edeldenkende Rechtsgelehrte, die meinen Commentar entweder gar noch nicht gesehen, oder doch nur flüchtig durchgeblättert haben, werden sich also gegen meine Arbeit nicht einnehmen lassen, wenn sie hören oder lesen, man habe solchen dadurch verächt-

lich machen wollen, daß man anführt, es stehe nichts Neues darin. Sie wissen es, daß wir kein Buch haben, worin gar nichts stehen sollte, das nicht einige Aufmerksamkeit verdient; sie wissen es, daß in jedem lateinischen und teutschen Commentar über die Pandekten, sehr viel steht, was in allen übrigen auch vorkommt, und daß es darin stehen muß, wenn ein zusammenhängender Vortrag des ganzen Privatrechts nach Anleitung der Pandekten geschrieben werden soll; sie wissen es, daß in dem neuesten Werke dieser Art, alles Gute stehen muß, was man in den ältern Werken findet, oder die Käufer, denen es darum zu thun ist, nicht viel Bücher nachzuschlagen, könnten sich beschweren, daß ihnen das nicht geleistet worden, was ihnen der Verfasser in der Ankündigung seiner Arbeit versprochen habe. Mit diesen Bemerkungen empfehle ich mich dem fernern Wohlwollen der achtungswürdigsten Gelehrten.

Inhalt.

Inhalt.

Lib. I. Tit. VII.

de

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

§. 151. 152.

Von den rechtlichen Würkungen der geschehenen Arrogation, S. 1. Aus der Arrogation entspringt ein Agnationsrecht, aber keine Blutsfreundschaft, 1. Auf welche Art wird dieses Verhältniß in den Gesetzen ausgedrückt? 1. Zwischen dem arrogirten Kinde und den leiblichen Kindern des Arrogators nehmen die Gesetze eine Consanguinität an, 2. Wenn wirkt die geschehene Arrogation als Enkel zwischen dem leiblichen Enkel des Arrogators die Rechte der Consanguinität? 2. Zwischen dem arrogirten Kinde und den Agnaten des Arrogators bewirkt die Arrogation eine Agnation, 2. Durch die geschehene Arrogation entsteht ein gegenseitiges Erbrecht unter allen den Personen, die dadurch Agnaten geworden sind, 2. Der Arrogator erlangt über das arrogirte Kind die väterliche Gewalt, 2. Die Kinder des arrogirten Sohnes werden Enkel des Arrogators, 3. Das arrogirte Kind verliert durch die Arrogation seine zeither gehabte bürgerliche Würde nicht, 3. Das arrogirte Kind bekommt alle Familienrechte des Wahlvaters, wenn sie sich nicht auf die Blutsfreundschaft grün-

den, 3. Das arrogirte Kind bekommt nicht nur den Namen des Arrogators, sondern auch den Stand und die Würde desselben, 3. Von den Würkungen der Adoption, 3. Nach Justinians Verordnung kommt es bey den Würkungen der Adoption darauf an, ob der Adoptivvater ein Ascendent des adoptirten Kindes ist, oder nicht, sondern eine fremde Person, 3. Wenn bekommt der Adoptivvater über die Kinder des adoptirten Sohnes die großväterliche Gewalt nicht? 4. Wenn der Großvater seinen Enkel adoptirt, so erlangt er nach Justinians Verordnung die väterliche Gewalt, und in diesem Falle entsteht nunmehr eine doppelte Verwandtschaft, 4. Die von einem Ascendenten geschehene Adoption verschafft dem Adoptivkinde das ius sui heredis, 4. Ist die Adoption von einem Fremden geschehen, so bekommt er nach Justinians Verordnung weder die väterliche Gewalt, noch das Adoptivkind die Familienrechte, 4. Die von einem Fremden geschehene Adoption verschafft ihm kein Erbrecht an dem Vermögen des Adoptivkindes, 4. Warum hat Justinian das alte Recht über diesen Gegenstand abgeändert? 5. Die römischen Rechtsgelehrten stritten mit einander darüber, ob ein adoptirtes Kind sich gegen das Testament seines leiblichen Vaters, darin selbiges von diesem präterirt worden, der Inofficiositätsklage bedienen könne, wenn das präterirte Kind zu der Zeit, da der leibliche Vater starb, sich noch in der Gewalt und Familie des Adoptivvaters befunden? 6. Justinian verordnete, daß nur in dem Fall, wenn die Adoption von einem Ascendenten geschehen sey, die Verbindung mit dem leiblichen Vater, so lange nämlich das Kind in der Gewalt und Familie des Adoptivvaters bleibt, aufhöre, und solches auf dessen Erbschaft allein seine Hoffnung richten solle, 7. Was versteht man unter der vollkommnen und unvollkommnen Adoption? 8. Von den Würkungen einer Adoption, die von einer Frauensperson hat geschehen dürfen, 9. Was für Rechte erlangen Adoptivkinder nicht? 10. Erlangt ein Adoptivkind den Adel seines Adoptivvaters? 10. Wer nicht durch die Geburt den Adel hat, muß ihn in Teutschland vom Kaiser erlangen, 11. Auch die Ehe verschafft keinen Adel, 12. Wenn der Kaiser Jemandem den Adel

Adel für alle seine Kinder ertheilt hat, werden nun seine Adoptivkinder ebenfalls adelich? 13. Adoptirt ein Reichsstand Jemanden, so erlangt dieser nicht allemal zugleich auch den Namen, das Wappen und den Stand des Wahlvaters, 13. Erlangte das adoptirte Kind bey den Römern den Geschlechtsadel des Vaters? 14. In Teutschland haben Adoptivkinder kein Recht zur Erbfolge in Fideicommißgüter, 14. Was giebt es für Ausnahmen von dieser Regel? 15. Wenn ein Adoptivkind schon vermöge seiner Geburt zur Familie gehört, so hat es auch ein Recht zum Fideicommiß, 16. Adoptivkinder haben der Regel nach kein Recht zur Lehnsfolge, 17. Ausnahmen von dieser Regel, 17. Dürfen Adoptivkinder von der so genannten Erblosung Gebrauch machen? 18. Adoptivkinder dürfen auf solche Rechte keine Ansprüche machen, die nach den Innungsartikeln nur den Kindern der Herren oder Meister zustehen, 20. Wer eine Adoptivtochter eines Meisters heyrathet, genießt die Vorrechte nicht, die derjenige verlangen kann, der eine leibliche Tochter geheyrathet hat, 20. Werden die Adoptivkinder von der Erbfolge in Zinsgüter ausgeschlossen? 20. Dürfen Adoptivkinder auf einen Platz in dem Familienbegräbniß Ansprüche machen? 21.

§. 153.

Wenn die Arrogation für gültig gehalten werden soll, so muß sie mit Bewilligung des Regenten geschehen, 22. Nach den römischen Gesetzen mußte die Arrogation mit Bewilligung der Nation geschehen, 23. Auf Befehl des Diocletian durfte keine Arrogation anders vorgenommen werden als durch ein Reskript des Kaisers, 23. Wer muß in Teutschland die Einwilligung zu der vorzunehmenden Arrogation ertheilen? 23. Nicht nur der Arrogator muß deutlich erklären, daß er die genannte Person arrogiren wolle, sondern auch diese muß deutlich darein willigen, 24. Wie wurde diese wechselseitige Einwilligung anfangs nach dem römischen Rechte ertheilt? 25. Können heutiges Tages beyde Theile ihre Einwilligung zu der vorzunehmenden Arrogation schriftlich erklären? 25. Wie wurde

nach dem alten römischen Rechte die Einwilligung der römischen Bürger zu der vorzunehmenden Arrogation gesucht? 25. Woher ist der Name Arrogation entstanden? 26. Wie muß die Adoption im engern Verstande geschehen, wenn sie gültig seyn soll? 26. Der Adoptivvater muß seine Einwilligung zu der vorzunehmenden Adoption deutlich erklären, 27. Auch der leibliche Vater des Adoptivkindes muß damit zufrieden seyn, 27. Auf welche Weise willigt das zu adoptirende Kind in die Adoption? 27. Wenn Jemand ein fremdes Kind als Enkel adoptiren will, da er doch einen Sohn hat, so muß dieser darein willigen, 28. Die Adoptionen müssen vor der Obrigkeit vorgenommen werden, 28. Die Feyerlichkeiten, welche bey den Römern vorgenommen wurden, waren die Feyerlichkeiten der Emancipation, 28. Es geschahe ein dreymaliger Verkauf des Kindes, welches adoptirt werden sollte, 28. Was erklärte der leibliche Vater bey dem dritten Verkauf? 29. Wenn eine Tochter oder der Enkel adoptirt werden sollte, so geschahe der Verkauf nur einmal, 29. Es ist wahrscheinlich, daß dieser Verkauf erst nach dem Kaiser Theodosius II. aufgehört habe, 29. Warum wird gleichwohl in den Pandekten noch desselben gedacht? 30. Mit welchen Feyerlichkeiten wird heut zu Tage eine Adoption vorgenommen? 30. Die Personen, welche bey der Adoption vorkommen, übergeben dem Richter entweder eine Adoptionsurkunde zur Bestätigung, oder sie bringen ihr Verlangen mündlich vor, damit solches protocollirt werde, 30. Muß die Bestätigung der Adoption vor dem competenten Richter geschehen, oder ist jedes andere Gericht dazu befugt? 30. Unmittelbare Personen in Teutschland müssen heutiges Tages die Bestätigung der Adoption beym Reichshofrath oder Reichskammergericht suchen, 31. Pfalzgrafen haben dieses Bestätigungsrecht nicht, 31. Was hat jeder Richter vor der Bestätigung der Adoption zu untersuchen? 32. Waren die Adoptionen schon bey den alten Teutschen gewöhnlich? 32. Mit welchen Feyerlichkeiten geschahe bey den alten Teutschen die Annahme an Kindesstatt? 33.

§. 154.

Von der Arrogation eines Unmündigen, 34. Warum konnte sich kein Unmündiger nach dem alten römischen Rechte arrogiren lassen? 34. Kaiser Antonin der Fromme verstattete die Arrogation der Unmündigen durch ein Rescript, 35. Nach Antonins Verordnung sollte die Arrogation eines Unmündigen nicht anders geschehen, als wenn die Obrigkeit vorher untersucht habe, ob solche dem Unmündigen wirklich vortheilhaft sey, 35. Von der Sicherheitsbestellung des Arrogators, 36. Bey den Römern mußte diese Sicherheitsbestellung einem tabellio geschehen, 36. Heut zu Tage wird über die Bürgschaftsbestellung eine Registratur abgefaßt, 36. Verliert die geschehene Pupillarsubstitution wegen vorgenommener Arrogation des Unmündigen ihre Kraft? 37. Ist der Arrogator schuldig, Sicherheit wegen des Vermögens des arrogirten Unmündigen zu bestellen, wenn zu befürchten ist, er werde dasselbe durchbringen? 38 und 39. Unter welchen Umständen zeigt die bestellte Sicherheit ihre Würkung? 38. Was versteht man unter der Quarta diui Pii? 40. Von der Arrogation eines Unmündigen ist die Arrogation eines Minderjährigen unterschieden, 41.

§. 155.

Die Rechtslehrer sind verschiedner Meynung darüber, ob die römischen Grundsätze von der Arrogation und Adoption heut zu Tage für anwendbar gehalten werden können, 42. Nach der Behauptung einiger Rechtslehrer hat man deswegen nicht nöthig, diese römische Einrichtung nachzumachen, weil man bey uns das Erbrecht durch bloße Verträge erlangen und geben könne, 42. Die römische Lehre von der Adoption beruht nicht auf Grundsätzen, die man in Teutschland nicht angenommen hat, 43. Man kann nicht sagen, daß bey uns die Ursachen wegfallen, warum die Adoptionen bey den Römern so oft vorgekommen, 43. Die Gültigkeit der römischen Grundsätze von der Adoption läßt sich auch dadurch beweisen, daß sie durch Statuten und Landesgesetze bestätigt worden, 44. Den Gebrauch

Gebrauch der Adoptionen in Teutschland beweisen viele Fälle, 45. Was ist von einer Adoption zu halten, wenn nicht alles beobachtet worden ist, was nach den Gesetzen hat geschehen sollen? 45. Kann der Regent wegen gewisser Mängel bey der Adoption dispensiren? 46. Wenn muß die landesherrliche Bestätigung der Adoption für erschlichen gehalten werden? 46. Kann man das Alter der Adoptionen schon aus der Bibel beweisen? 47. Was für Feyerlichkeiten müssen heut zu Tage die Juden bey ihren Adoptionen beobachten? 47.

§. 156.

Wie kann die gesetzmäßig erlangte väterliche Gewalt nach der Vorschrift der Gesetze wieder verloren gehen? 49. Die väterliche Gewalt hört auf, wenn der Vater oder das Kind stirbt, 49. Bey dem Tode desjenigen, der die väterliche Gewalt hatte, kommt es darauf an, ob sie dem Großvater oder dem Vater zustand, 49. Wegen eintretender Capitisdeminution hört die väterliche Gewalt ebenfalls auf, 50. Die bloße Relegation verursachte bey den Römern den Verlust der väterlichen Gewalt nicht, 50. Hebt die teutsche Leibeigenschaft die väterliche Gewalt auf? 51. Wie steht es mit der väterlichen Gewalt, wenn der Vater oder der Sohn in die Kriegsgefangenschaft gerathen sind? 51. Zieht die ewige Landesverweisung und die Reichsacht in Teutschland den Verlust der väterlichen Gewalt nach sich? 52. Vom Verlust der väterlichen Gewalt wegen geschehener Arrogation oder Adoption, 52. Welche Würden des Sohnes zogen bey den Römern den Verlust der väterlichen Gewalt nach sich? 52. Warum hat Justinian das vorige römische Recht in diesem Stück abgeändert? 53. Was verstand man unter der Patriciatswürde? 53. Nach Justinians Befehl sollte jede Würde des Sohnes die väterliche Gewalt aufheben, die von der Verbindlichkeit, Decurio zu werden, befreyte, 54. Die Consulwürde, die Bischofswürde, die Würde des Praefectus vrbi et praetorio hob die väterliche Gewalt auf, 55. Eben dieses war bey der Würde des Magistri militum und des Aduocatus fisci Rechtens, 56.

Was

Was für Würden des Sohnes heben heut zu Tage die väterliche Gewalt auf? 57. Die Rechtslehrer stellen hier ganz verschiedne Grundsätze auf, 58. Einige Rechtslehrer behaupten, es sey unnöthig zu untersuchen, welche Würden heut zu Tage die väterliche Gewalt aufheben, 58. Kann die väterliche Gewalt durch eine Usurpation aufgehoben werden? 59. Läßt sich der Ausdruck »eine stillschweigende Emancipation« rechtfertigen? 60 und 65. Es geht nicht an zu behaupten: weil es eine ausdrückliche und eine stillschweigende Manumission bey den Römern gegeben, so könne auch eine ähnliche Eintheilung der Emancipation gemacht werden, 61. Wie geht die väterliche Gewalt durch den Nichtgebrauch verloren? 62. Fällt die väterliche Gewalt weg, wenn ein Judenkind die christliche Religion angenommen hat? 63.

§. 157. 158.

Die väterliche Gewalt hörte bey den Römern auf, wenn eine Emancipation des Kindes vorgenommen worden war, 64. Von der eigentlichen Bedeutung des Wortes Emancipation, 64. Die Emancipation des Kindes bey den Römern konnte nicht anders als mit Einwilligung des Vaters geschehen, 65. Von der so genannten alten Emancipation, 66. War dieselbe schon unter dem Romulus gebräuchlich? 66. Wurde sie durch die zwölf Tafeln eingeführt? 67. Die alte Emancipation ist eine Erfindung der Rechtsgelehrten, 67. Wie wurde der Scheinkauf bey der alten Emancipation ausgeführt? 67. Vom Libripens, 68. Vom Antestatus, 68. Wurde eine besondere Person dazu gebraucht? 68. Mit welchen Worten erklärte der Vater seinen Willen in den Verkauf des Kindes? 69. Wie erklärte der Käufer des Kindes seinen Willen? 69. Wie geschahe die erste Manumission des gekauften Sohnes? 69. Wie geschahe der zweyte und dritte Verkauf? 69. Von welcher Zeit an war der Sohn von der väterlichen Gewalt, wegen geschehener Manumission, frey? 69. Zwischen dem Vater des Sohnes und dem Käufer wurde ein Vertrag geschlossen, welcher pactum fiduciae hieß, 70. Geschahe der dreymalige Verkauf

Verkauf gleich hinter einander? 70. Bey Töchtern und Enkeln geschahe nur ein Verkauf, 71. Von den Würkungen der alten Emancipation, 71. Sie hob die Familien- und Agnationsrechte auf, 71. Warum führte man die alte Emancipation ein? 72. Wie lange hat man dieselbe beybehalten? 72 und 73.

§. 159.

Von der Anastasianischen Emancipation, 72. Ist das Gesetz, worin dieselbe vom Anastasius eingeführt worden, noch vorhanden? 73. Gieng die Absicht des Anastasius dahin, seine Emancipation blos zum Vortheil abwesender Kinder einzuführen? 73. Nach des Anastasius Verordnung gieng es so gar an, Kinder durch ein Rescript zu emancipiren, 74. Wie geschahe die Anastasianische Emancipation? 74. Von den Würkungen derselben, 74. Warum schaffte Justinian die alte Emancipation ab? 75. Die Anastasianische Emancipation ist vom Justinian bestätigt worden, 76. Wie geschahe die Justinianeische Emancipation? 76. Justinian wollte die von ihm eingeführte Emancipation nur in dem Falle verstatten, wenn die Kinder im Gericht zugegen waren, 76. Justinian hat die Anastasianische Emancipation zum Besten abwesender Kinder beybehalten, 77. Von den Würkungen der Justinianeischen Emancipation, 77. War mit solcher eine Capitisdeminution verknüpft? 77.

§. 160.

Außer den angeführten Arten, die väterliche Gewalt durch eine Emancipation zu verlieren, haben die Gesetze noch andere eingeführt, S. 79. Der Vater verliert bisweilen die zeither gehabte väterliche Gewalt zur Strafe, 79. Wenn der Vater sein Kind ausgesetzt hatte, so verlor er dadurch die väterliche Gewalt, 79. Wollte der Vater seine Töchter zur Hurenwirthschaft zwingen, so verlor er die väterliche Gewalt über sie, 79. Wie wird diese Handlung heut zu Tage bestraft? 79. Andere Fälle, wo der Vater die väterliche Gewalt zur Strafe verlor, 80.

80. Es giebt Fälle, wo der Vater die väterliche Gewalt zwar nicht zur Strafe verliert, wo er aber dennoch gezwungen werden kann, sie fahren zu lassen, 80. Wenn der Unmündige die geschehene Arrogation mißbilligt, so muß ihn der Arrogator emancipiren, 80. Ist der Vater schuldig das Kind zu emancipiren, wenn ihm unter dieser Bedingung ein Vermächtniß ausgesetzt worden, und er hat es angenommen? 81. Der Vater kann zur Emancipation gezwungen werden, wenn er ein Geschenk unter dieser Bedingung angenommen hat, 83. Es giebt Fälle, wo sichs die Kinder wider ihren Willen gefallen lassen müssen, daß sie der Vater emancipirt, 83. Wer ein fremdes unmündiges Kind adoptirt hatte, und dieses wurde mündig, so konnte es der Adoptivvater wieder emancipiren, 84. Gilt diese Verordnung auch bey uns noch? 84. Kann der Vater ungerathene Kinder verstoßen? 85. Bey den Römern war die Verstoßung der Kinder bis auf die neuern Zeiten gewöhnlich, 85 und 88. Haben die Kaiser Diocletian und Maximian dieselbe verboten? 85. Wie geschahe die Verstoßung der Kinder bey den Griechen? 86. Sie durfte nicht ohne eine rechtmäßige Ursache vorgenommen werden, 87. Der Sohn wurde dadurch seines Erbrechts beraubt, 87. Wie war die römische und die griechische Verstoßung eines Kindes unterschieden? 89. Die römische Abdication bestand blos in einem Zuchtmittel übelgearteter Kinder, 89. Dürfen Eltern ihre ungerathenen Kinder heut zu Tage verstoßen? 90. Was für Würkungen sind heut zu Tage damit verbunden? 92. Sind Eltern schuldig, ihren verstoßenen Kindern Alimente zu reichen? 93. Muß der Vater dem verstoßnen Kinde sein Vermögen herausgeben? 94.

§. 161.

Nach teutschen Rechten hört die väterliche Gewalt auf, wenn der Sohn eine eigene Haushaltung anstellt, und die Tochter heyrathet, 95. Kann man die Anstellung der eigenen Haushaltung eine Quasiemancipation nennen? 95. Wodurch ist die Benennung „sächsische Emancipation“ veranlaßt worden? 96. Diese Befreyung von der väterlichen Gewalt muß unter

diejenigen teutschen Einrichtungen gerechnet werden, welche aus gesetzlicher Vorschrift, auch wider Willen des Vaters, seine zeither gehabte väterliche Gewalt beendigt, 97. Was für vernünftige Gründe streiten für diesen Gebrauch? 97. Was wird zu Anstellung einer eigenen Haushaltung erfordert? 98. Muß ein Kind volljährig seyn, das seine eigene Haushaltung anstellen will? 99. Zu Anstellung der eigenen Haushaltung ist schlechterdings nöthig, daß ein Kind vom Vater nicht mehr erhalten wird, 99. Der Sohn muß die Absicht haben, bey der angestellten eigenen Haushaltung beständig zu verbleiben, 100. Die Rechtslehrer streiten darüber, ob die Anstellung einer besondern Haushaltung von dem volljährigen Sohne nicht anders geschehen dürfe, als mit Einwilligung des Vaters, 100. So lange die Kinder von dem Vater erhalten werden, bleiben sie seiner väterlichen Gewalt unterworfen, 102. Welche Rechte der Eltern werden durch die erlangte Volljährigkeit ihrer Kinder vermindert? 102. Man kann es für keine Anstellung einer besondern Haushaltung des Sohnes halten, wenn er geheyrathet hat, ohne sich selbst zu erhalten, 103. Es ist keine Anstellung einer besondern Haushaltung, wenn die Kinder von dem Vater nicht mehr erhalten werden, 103. Wenn gleich der Sohn Soldat geworden ist, und Löhnung bekommt, oder er wird als Geselle bezahlt, so ist dieses deswegen für keine Anstellung einer besondern Haushaltung zu halten, 104. Auch ist es nicht hinreichend, daß ein Kind so viel im Vermögen hat, daß es davon leben könnte, 104. Ob die Töchter sich ebenfalls durch Anstellung einer eigenen Haushaltung von der väterlichen Gewalt losmachen können, darüber streiten die Rechtslehrer, 104. Bey Beantwortung der Frage, ob die väterliche Gewalt wegfalle, wenn die Tochter geheyrathet hat, muß zwischen dem römischen und teutschen Rechte unterschieden werden, 106. Nach dem ältern römischen Rechte fiel die väterliche Gewalt weg, wenn die Tochter geheyrathet hatte, 106. Nach neuern römischen Gesetzen wurde angenommen, die väterliche Gewalt sey während der Ehe blos für suspendirt zu halten, 107. Gelten diese römischen Grundsätze auch in Teutschland? 107. Man kann nicht behaupten, daß von der

Anasta-

Anastasianischen Emancipation in Teutschland kein Gebrauch gemacht werden könne, 108. Die heut zu Tage gewöhnlichste Emancipation ist die Justinianeische, 110. Vermöge eines heutigen Gebrauchs kann die väterliche Gewalt nur in Rücksicht auf eine gewisse Handlung aufgehoben werden, 111. Man nennt diese Handlung eine unvollkommne Emancipation, 111. Wodurch ist solche veranlaßt worden? 112. In welchen Fällen kann diese Losgebung aus der väterlichen Gewalt geschehen? 112. Was hat der Richter dabey zu beobachten? 113. Ist die Meynung derjenigen Rechtsgelehrten gegründet, welche die ganze Sache für unerlaubt halten? 113.

§. 162.

Von den rechtlichen Würkungen der aufgehobenen väterlichen Gewalt, 114. Es muß dabey auf sehr verschiedne Fälle Rücksicht genommen werden, 115. Andere Würkungen treten ein, wenn die bürgerliche väterliche Gewalt aufgehört hat, 116. Der Vater darf seinem von der bürgerlichen väterlichen Gewalt befreyten Kinde, in seinem Testamente keinen Vormund bestellen, 116. Das Recht dem Kinde pupillarisch zu substituiren fällt weg, 116. Bey den Römern hörte die so genannte fictio vnitatis personarum auf, sobald die bürgerliche väterliche Gewalt erloschen war, 116. Nach aufgehobener väterlicher Gewalt kann der Sohn Geld borgen, 116. Der zeither gehabte Nießbrauch des Vaters an dem Vermögen der Kinder fällt weg, so bald die bürgerliche väterliche Gewalt aufgehört hat, 117. Ausnahmen von dieser Regel, 117. Hat der Vater sein Kind blos zu einer besondern Handlung emancipirt, so hört sein zeither gehabter Nießbrauch nicht auf, 117. Von dem so genannten praemium emancipationis, 117. Warum hat der Kaiser Constantin der Große diesen Vortheil für den Vater eingeführt? 117. Worin bestand die Abänderung, welche Justinian hierin gemacht hat? 118. Ob dieses Prämium der Emancipation noch heut zu Tage gelte, darüber streiten die Rechtsgelehrten, 118. Die richtigste Meynung behaupten diejenigen, welche wollen, daß solches bey der

Anastasianischen und Justinianeischen Emancipation noch beybehalten werden müsse, 118. Wenn darf der Vater auf das Prämium der Emancipation auch heut zu Tage keinen Anspruch machen? 119. Verlieren die aus der väterlichen Gewalt freygegebenen Kinder heut zu Tage ihr vorher gehabtes Recht eines sui heredis ebenfalls noch? 120. Sehr bestritten ist die Frage: ob ein Kind, welches durch Anstellung einer eigenen Haushaltung oder durch seine Verheyrathung von der väterlichen Gewalt befreyt worden, in Rücksicht auf die väterliche Erbschaft das ius suitatis behalte? 121. Die wahrscheinlichste Meynung geht dahin, daß sie es verlieren, 121. Der Unterschied zwischen den lästigen und vortheilhaften Würkungen der väterlichen Gewalt ist ungegründet, 121. In wie fern gehen mit der verlornen bürgerlichen väterlichen Gewalt zugleich auch die Würkungen der natürlichen väterlichen Gewalt verloren? 122. Was für Rechte gehen nach aufgehobener bürgerlicher väterlicher Gewalt nicht verloren? 123. Die so genannten Familienrechte gehen nach aufgehobener bürgerlicher väterlicher Gewalt nicht verloren, 123. Die Rechte der Ehrerbietung fallen nach aufgehobener väterlicher Gewalt nicht weg, 124. Müssen von der väterlichen Gewalt befreyte Kinder die Einwilligung der Eltern zu ihrer Verheyrathung haben? 125. Alle diejenigen Rechte der Kinder gehen nach aufgehobener väterlicher Gewalt nicht verloren, wobey es gar nicht auf die väterliche Gewalt ankommt, 125. Die Kinder können von den Eltern natürliche Alimente fordern, wenn sie sich gar nicht zu erhalten im Stande sind, 126. Damit bey den Grundsätzen von den Würkungen der aufgehobenen väterlichen Gewalt keine unrichtige Anwendung gemacht werde, ist nöthig, die Würkungen besonders zu betrachten, welche den Vater treffen, 127. Hier muß nochmals unterschieden werden, ob die Rede von Adoptivkindern oder leiblichen Kindern ist, 127. Was für Würkungen treffen den Vater, wenn Adoptivkinder wieder aus der väterlichen Gewalt gehen? 127. Was wirkt die Erlöschung der väterlichen Gewalt auf Seiten des Vaters, wenn seine leiblichen Kinder von der väterlichen Gewalt frey geworden sind? 128. Das Erbrecht des Vaters in

das

das Vermögen der von der väterlichen Gewalt frey gewordenen Kinder geht nicht verloren, 128. Ausnahmen von dieser Regel nach dem alten römischen Rechte, 128. Bey den Würkungen, welche die Befreyung von der väterlichen Gewalt in Rücksicht auf die Kinder hat, muß unterschieden werden zwischen den Folgen in Rücksicht ihres Standes und ihres Erbrechts, 129. Der Stand der Kinder, die von der väterlichen Gewalt frey geworden sind, leidet verschiedene Aenderungen, je nachdem die Aufhebung der väterlichen Gewalt geschehen ist, 129. Ist die väterliche Gewalt durch den Tod des Vaters aufgehoben worden, so werden Söhne und Töchter ihre eigene Herren, die Enkel aber kommen unter die väterliche Gewalt ihres Vaters, wenn er noch lebt, und er nicht schon vorher aus der väterlichen Gewalt herausgegangen war, 129. Es giebt Fälle, wo es scheint, daß die väterliche Gewalt aufhört, und dieses geschieht gleichwohl nicht, 132. Wenn der Vater in eine Raserey verfallen ist, so hört seine väterliche Gewalt nicht eher auf, als bis der Oberrichter seine Kinder für gewaltfrey erklärt hat, 133. Was hat die Obrigkeit zu thun, wenn der Vater für blödsinnig und seines Verstandes völlig beraubt gehalten werden muß? 133. Was ist Rechtens, wenn der Vater, dessen väterliche Gewalt zeither deswegen suspendirt worden, weil er nicht bey Verstande war, den vollen Gebrauch desselben wieder erhalten hat? 133. Geht die väterliche Gewalt verloren, wenn der Vater für einen Verschwender erklärt worden ist? 134. Wie wird es gehalten, wenn der Vater verreist ist, ohne daß man seinen Aufenthalt weiß? 135. Wie stehts mit der väterlichen Gewalt, wenn der Vater in ein ander Land zieht, die Kinder aber ihm nicht folgen wollen? 136. Von der Absonderung oder Abfindung der Kinder, 137. Können Eltern genöthigt werden, ihren Kindern zu Einrichtung ihrer bürgerlichen Geschäffte eine Unterstützung zu reichen? 138. Dürfen die Eltern gar keine Ansprüche auf den Nießbrauch dieser hergegebenen elterlichen Unterstützung machen? 139. Wenn ist der Vater nicht schuldig, nach dem Tode seiner Frau, eine Absonderung des mütterlichen Vermögens seiner Kinder von dem seinigen vorzunehmen? 139. Was

muß nach des Vaters Tode die Mutter in diesem Falle thun? 139. Worinne besteht die Absonderung der Kinder, wenn Eltern zur zweyten Ehe schreiten? 140.

Lib. I. Tit. VIII.

de

rerum diuisione et qualitate.

§. 163. 164.

Was versteht man in der Rechtsgelehrsamkeit unter einer Sache? 142. Wenn die Sachen den Personen entgegen gesetzt werden, so lassen sich solche in zwey Hauptklassen abtheilen, 142. Wie werden die menschlichen Handlungen als Sachen im Rechtsverstande betrachtet? 143. Was nennt man den Werth einer Sache? 143. Sowohl Handlungen als eigentlich so genannte Sachen können der unmittelbare Gegenstand eines Rechts seyn, 143. Diejenigen Rechte, deren unmittelbarer Gegenstand eine Handlung ist, machen das ius ad rem aus, 144. Diejenigen Rechte, deren unmittelbarer Gegenstand eine eigentlich so genannte Sache ist, werden das ius in re genannt, 144. Einige Rechtslehrer führen fünferley Bedeutungen des Worts Sache an, 144. Welche Bedeutung hat das Wort pecunia im weitläuftigsten Verstande? 145. In der engern Bedeutung versteht man unter pecunia nur diejenigen Sachen, welche sonst res fungibiles genennt werden, 146. In der strengsten Bedeutung heißt pecunia eben das, was wir Geld nennen, 146. Bemerkungen über die Art und Weise, die Sachen einzutheilen, 147. Was ist von der in Gesetzen vorkommenden Eintheilung der Sachen in res diuini iuris zu halten? 148. Welche Sachen werden in Gesetzen res sacrae genennt? 148. Von den Gebräuchen, wodurch die Römer eine Sache zur res sacra machten, 149. Ist es zu beweisen, daß die res sacrae nur den Himmelsgöttern geweihet worden? 149. Warum legten die Römer ihren Göt-

Göttern an den ihnen geweihten Sachen ein Eigenthum bey? 150. Was für Sachen nennten die Römer res religiosae? 150. Die Römer waren der Meynung, daß jeder Mensch seine Manes habe, 151. Welche Dinge waren bey den Römern res sanctae? 151. Warum legte man den Stadtthoren nicht die Heiligkeit der Stadtmauern bey? 151. Wie wurde nach dem neuern römischen Rechte der Begriff von res sanctae erweitert? 153. Worauf gründet sich die Eintheilung der Sachen in solche, welche zu einem frommen Gebrauche, und in solche, die zu einem weltlichen Gebrauche bestimmt sind? 153. Welche Sachen werden heut zu Tage res religiosae im weitläuftigen Verstande genennt? 153. Was versteht man unter einer milden Stiftung? 153. Warum verdienen diese Gegenstände besondere Rechtsbegünstigungen? 155. Was für Sachen heißen nach unserm Kirchenrechte res sacrae? 154. Von rebus ecclesiasticis, 154. Welche Sachen werden nach den teutschen Gesetzen res sanctae genennt? 155. Von der Eintheilung der Sachen in res mancipi und res nec mancipi, 155. Ist es der Mühe werth, über den richtigen Verstand dieses Begriffs mühsame Untersuchungen anzustellen? 156. Worauf gründete sich dieser Unterschied der Sachen bey den Römern? 156. Wenn eine res mancipi durch keine feyerliche Uebergabe von Jemandem erworben worden, so erlangte er blos ein natürliches Eigenthum daran, 156. Was für Dinge nennten die Römer res mancipi? 157. An diesen Dingen konnte ein römischer Bürger nur alsdenn ein bürgerliches Eigenthum erwerben, wenn die Uebergabe vermittelst der Mancipation vorgenommen worden war, 157. Welche Sachen hießen res nec mancipi? 157. Die Rechtslehrer sind über die Ursachen, warum dieser Unterschied der Sachen eingeführt worden ist, verschiedner Meynung, 158. Der Behauptung, daß diese Eintheilung um der öffentlichen Abgaben willen eingeführt worden, weil man von rebus mancipi sehr wenig abgegeben habe, steht entgegen, daß sie immer noch beybehalten wurde, nachdem die alte Art des Census lange abgeschafft worden war, 158. Wie viel mußte von einer res mancipi in die Staatscasse bezahlt werden? 158.

§. 165. 166.

Bemerkungen über die Natur der so genannten Sachen göttlichen Rechts, 159. Wie lange blieb nach den Grundsäzen der Römer eine res sacra ein Eigenthum der Götter? 159. Um eine Sache zu einer res religiosa zu machen, war keine besondere Weihung durch den Pontifex nöthig, 159. Warum standen auf manchen Begräbnißplätzen die Worte: aeterna sedes? 160. Wenn die Beysetzung eines Todten an einem fremden Orte geschehen sollte, so mußte es mit Bewilligung des Eigenthümers geschehen, 160. Auch die nach der Beerdigung ertheilte Einwilligung desselben war hinreichend, 160. Wie wurde es mit der Beerdigung an einem Orte gehalten, wovon ein Anderer den Nießbrauch hatte? 161. Wenn wurde der zum Begräbniß gebrauchte Platz locus purus genennt? 161. Nur derjenige Platz wurde locus religiosus, wo der Kopf des Verstorbenen lag, 161. Von Cenotaphiis, 162. Diese Ehrendenkmähler hielten die Römer nicht für res religiosas, 162. Um welche Zeit ist diese Verordnung gegeben worden? 162. Die Begräbnißplätze durften nicht veräußert werden, 163. Wer einen Platz kaufte, wo eine Grabstätte war, bekam solche als ein Pertinenzstück zugleich mit, 164. Der Platz, wo eine Leiche lag, war so lange religiös, bis die Gebeine durch die Pontifices weggenommen worden waren, 164. Unter den Kaisern mußte dieses mit Bewilligung derselben, oder des Statthalters in der Provinz geschehen, 165. Nach dem neuern römischen Rechte hatte der Ausdruck „res sanctae“ einen weitläuftigern und einen engern Verstand, 165. Welche Sachen hielt man für res sanctas im weitläuftigern Verstande? 165. Welche Personen gehörten unter die heiligen Personen? 165. Man hätte die alten Gesetze von der Unverletzlichkeit der Stadtmauern nicht mehr gelten lassen sollen, da die christlichen Kaiser die Gesetzgeber waren, da sich solche auf heidnischen Aberglauben gründeten, 165. Wie ist die Verordnung zu verstehen, daß es wegen der Heiligkeit der Stadtmauern nicht erlaubt sey, solche ohne besondere Erlaubniß des Kaisers oder des Statthalters in der Provinz auszubessern? 166. Bemerkungen über die res sacras,

nach

nach den Verordnungen des kanonischen Rechts, 166. Welche Sachen werden bey den Katholiken durch die feyerliche Consecration zu rebus sacris gemacht? 167. Welche Dinge heißen res benedictae? 167. Die Protestanten legen den Dingen, die zum unmittelbaren Gottesdienst gebraucht werden, keine innere Heiligkeit bey, 168. Die res religiosae werden bey den Katholiken durch die Besprengung mit Weihwasser geweiht, 168. Es ist besser, die Kirchhöfe und Gräber heut zu Tage unter die res sanctas zu rechnen, als sie res religiosas zu nennen, 168. In Teutschland wird auch der Hausfriede unter die res sanctas gerechnet, 168.

§. 167.

Von der Veräußerung derjenigen Sachen, die für res sacrae, religiosae oder sanctae gehalten werden, 169. Die römischen Gesetze untersagten jede Art der Veräußerung dieser Dinge, 169. So bald Sachen zum göttlichen Eigenthum gemacht worden waren, hielt man sie von aller menschlichen Disposition ausgeschlossen, 169. Diese verbreitete Idee der heidnischen Priester hatte ihren Vortheil zum Grunde, 170. Daß die ersten Christen von der Consecration Gebrauch gemacht, und die zum Gottesdienst bestimmten Sachen als ein Eigenthum Gottes betrachtet haben, kann nicht bewiesen werden, 170. Kaiser Leo verordnete, daß von den Kirchengütern der Constantinopolitanischen Kirche nichts veräußert werden sollte, und Anastasius erstreckte dieses Vorrecht auf alle Kirchengüter in der Diöces des Patriarchen von Constantinopel, 170 und 174. Justinian machte ein allgemeines Gesetz über diesen Gegenstand, 171. Unter den Fränkischen Regenten billigte man anfangs diese Grundsätze nicht, 171. In unsern Zeiten verwerfen alle aufgeklärte Männer die alten Grundsätze, 172 und 175. Es ist richtiger, bemerken aufgeklärte Katholiken, wenn ich dasjenige, was zum Dienste Gottes bestimmt worden, vielmehr Gott geweihet, als Gott geschenkt, oder zum Eigenthum überlassen, nenne, 175. Der Mensch kann kein Eigenthumsrecht auf Gott übertragen, sondern nur blos etwas von seinen von

Gott erhaltenen Gütern zum Dienste Gottes weihen und widmen, 175. Wo kommt das Eigenthumsrecht der Sache hin, dessen sich derjenige begeben, der seine Sache zum Gottesdienste gewidmet hat? 176. Von Kirchenstühlen, 178. Es giebt verschiedne Arten derselben, 178. Kirchenstühle gehören zum unbeweglichen Vermögen der Kirche, 178. An gemeinen Kirchenstühlen hat der Besitzer weiter kein Recht, als zum Gebrauch, 179. Wird ein solcher gemeiner Kirchenstuhl vacant, so haben nach Churſächsischen Gesetzen die nächsten Anverwandten des letzten Besitzers das stärkste Recht zur Lösung desselben, 180. Es wird verschiednes von einem solchen Competenten voraus gesetzt, 180. Nach des Vaters Tode haben die Söhne das stärkste Recht zu seiner gemeinen Kirchenstelle, 181. Wenn der Großvater eine gemeine Kirchenstelle hinterläßt, so können sich die Enkel von dem Sohne und der Tochter dazu melden, 181. Was ist Rechtens, wenn die Mutter Töchter hinterläßt, und sie besaß eine gemeine Kirchenstelle? 181. Geschwisterkinder gleicher Seitenlinie haben vor entferntern Seitenverwandten den Vorzug bey Vergebung einer vacanten gemeinen Kirchenstelle, 182. Was ist bey abwesenden Anverwandten Rechtens, wenn eine gemeine Kirchenstelle vacant geworden ist? 182. Die auf einige Zeit zuerkannte Zuchthaus- oder Festungsbaustrafe zieht den völligen Verlust der gemeinen Kirchenstelle nicht nach sich, 183. Wer auf Lebenslang zu einer solchen Strafe verurtheilt worden ist, verliert damit zugleich seine gemeine Kirchenstelle, 183. Wie sollen Religionsverächter, die nicht in die Kirche kommen, nach Churſächsischen Gesetzen behandelt werden, wenn sie eine gemeine Kirchenstelle besitzen? 183. Was ist Rechtens, wenn der Besitzer einer gemeinen Kirchenstelle mit Hinterlassung eines unmündigen Kindes gestorben ist? 183. Wie lange kann von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Gebrauch gemacht werden, wenn die Kirchenstelle während der Minderjährigkeit verloren gegangen? 184. Bey der Verlösung der Kirchenstühle dürfen Mannspersonen keine Frauenzimmerstühle, und diese keine Männerstühle für sich verlangen, 184. Wie lange hat man Zeit, sich zu einer Kirchenstelle zu melden? 184. Wenn ein Adelicher und ein Bürgerlicher um

eine

eine Kirchenstelle ansuchen, welcher von ihnen hat den Vorzug? 185. Was hat der Besitzer einer gemeinen Kirchenstelle zu beobachten, wenn er aus der Parochie wegzieht? 185. Können ein Paar Personen mit ihren gemeinen Kirchenstühlen tauschen? 186. Warum müssen die Besitzer einer Kirchenstelle etwas für die Stelle an die Kirche bezahlen, wenn ganz neue Stühle entstanden sind? 187. Von Erbkirchenstühlen, 187. Was für Personen haben ein Recht an solchen Erbkirchenstellen? 187. Was für Personen sind unter dem Ausdruck „Erben" zu verstehen? 188. Wenn ein Erbstuhl verkauft worden ist, so muß die Bestätigung des Kaufs gesucht, und das Lösegeld bezahlt werden, 188. Wie wird eine Erbkirchenstelle benutzt, wenn sie mehrere Eigenthümer hat? 188. Wie kann das Eigenthumsrecht an diesen Stühlen bewiesen werden? 189. Was hat derjenige in Churſachsen zu beobachten, der einen Erbkirchenstuhl bauen lassen will, 189. Von Kirchenstellen, welche zu einem bestimmten Hause oder Gute gehören, 190. Von Amts- oder Officiantenkirchenstühlen, 191.

§. 168.

Von der Veräußerung der Kirchengüter, 192. Wenn solche gesetzmäßig vorgenommen werden soll, so muß eine rechtmäßige Ursache der Veräußerung vorhanden seyn, 192. Wenn ist eine wahre Nothwendigkeit der Veräußerung einer Kirchensache vorhanden? 192. Was gehört dazu, wenn durch die Veräußerung der Kirchensache ein wahrer Nutzen derselben bewirkt werden soll? 193. Ist eine moralische Nützlichkeit für hinreichend zu halten? 193. Von der Feyerlichkeit, wie Kirchensachen veräußert werden sollen, 194. Wenn die Veräußerung einer Kirchensache gesetzmäßig geschehen soll, so muß die gehörige Untersuchung derselben vorhergehen, 194. Wenn muß die Sache collegialisch untersucht werden? 194. Ist eine Ratihabition der geschehenen Veräußerung hinlänglich? 194. Unter den Protestanten haben mehrentheils die Consistorien das Recht, die Veräußerung der Kirchensachen zu bewilligen, 195. Wie geschieht eine solche Veräußerung bey unmittelbaren protestan-

testantischen Stiftern? 195. Wer muß bey unmittelbaren katholischen Prälaturen in die Veräußerung der Kirchengüter willigen? 196. Bey den Protestanten muß der Regent in die Veräußerung der Kirchensache willigen, wenn er zugleich der Kirchenobere ist, 197. Ist das Veräußerungsdecret für ein nothwendiges Stück bey der Veräußerung einer Kirchensache zu halten? 197. Unter den Protestanten hält man dieses Decret blos um des bessern Beweises der gehörig geschehenen Veräußerung willen für nöthig, 198. Ist bey einem solchen Decret die collectivische Unterschrift des geistlichen Collegiums hinlänglich? 198. Ueber die geschehene Veräußerung einer Kirchensache wird ein Protocoll gehalten, 199. Wird zur Veräußerung einer Kirchensache die Subhastation erfordert? 199. Was versteht man unter der Veräußerung einer Kirchensache? 201. Was für Kirchensachen sollen nach den Gesetzen nicht anders veräußert werden, als mit Beobachtung der vorgeschriebenen Form? 200. Bewegliche Kirchensachen, folglich auch Kirchengelder werden ohne Beobachtung der kanonischen Feyerlichkeit veräußert, 200. Ein eröffnetes Kirchenlehn kann der Bischof für sich aufs neue zu Lehn geben, 201. Ausnahmen von dieser Regel, 201. Muß die kanonische Feyerlichkeit beobachtet werden, wenn eine Kirche an die andere etwas veräußern will? 201. Kann in protestantischen Ländern die Veräußerung der Kirchengüter gültig geschehen, wenn nur der Regent darein gewilligt hat? 202. Lassen sich die Grundsätze von der Veräußerung der Kirchengüter auch auf die Veräußerungen der Bischöflichen Tafelgüter anwenden? 203. Was für Gründe führen diejenigen an, welche die Veräußerung der Bischöflichen Tafelgüter für schlechterdings und in allen Fällen verboten halten? 203. Wie lassen sich diese Gründe widerlegen? 204. Was für Güter heißen eigentlich tituli ecclesiastici? 204. Der Bischöfliche Eid hat blos die Absicht, unerlaubte Veräußerungen an die Familie des Bischofs zu verhindern, 206. Wie sind die Verwünschungen zu erklären, wodurch die Stifter der Kirchengüter ihre Veräußerung verhindern wollen? 206. Es sind viele Beleh-

Belehnungen mit Bischöflichen Tafelgütern vorgenommen worden, 206.

§. 169.

Grundsätze von der Eintheilung der Sachen menschlichen Rechts, 207. Was für Sachen heißen in Gesetzen res nullius? 208. Unter res nullius muß bisweilen eben das verstanden werden, was sonst res iacens genennt wird, 208. Die herrenlosen Sachen sind entweder solche, die ganz herrenlos sind, oder sie können nur gewissermaßen als solche betrachtet werden, 208. Warum gehört eine noch nicht angetretene Erbschaft zu den Dingen, welche in gewisser Rücksicht als herrenlos betrachtet werden? 209. Die Römer betrachteten die Erbschaften bisweilen als ein noch fortdauerndes Eigenthum des Verstorbenen, 209. Sachen des Feindes, gegen welchen die Nation Krieg führt, gehören ebenfalls in die Classe derjenigen Sachen, die gewissermaßen herrenlos sind, 210. Welche Sachen nennt man ganz herrenlose Sachen? 210. Es giebt Sachen, die von Natur ganz herrenlos sind, 210. Was versteht man unter herrenlosen Sachen im strengsten Verstande? 210. In welchem Verstande rechneten die Römer das Meer unter die res communes? 211. Ist das offne Weltmeer ein Gegenstand der Occupation? 211. Wie können kleine Meere, oder Theile des offnen Weltmeeres occupirt werden? 212. Die Ufer des Meeres waren bey den Römern eine res communis, 213. Was wird in Gesetzen unter dem Ufer des Meeres verstanden? 213. Worin bestand bey den Römern der freye Gebrauch des Meerufers? 213. Zu den gemeinen Sachen rechneten die Römer auch die Luft, 214. Es geht an, Theile der Luft als sein Eigenthum zu betrachten, 215. Das fließende Wasser in den Flüssen gehörte bey den Römern unter die gemeinen Sachen, 215. Auch die wilden Thiere hielten die Römer für res communes, 216. Der Ausdruck res communis wird verschieden gebraucht, 216.

§. 170.

§. 170. a.

Was für Sachen nennten die Römer res publicae? 217. Zur Erläuterung des Begriffs dieser Art von Sachen führt man die Vorstellungsart der stoischen Philosophen von der Regierung der Welt an, 217. In den römischen Gesetzen wird der Ausdruck „res publicae“ in der weitläuftigern und in der engern Bedeutung gebraucht, 218. Weil man die Ausdrücke „res communes und res publicae,“ wenn diese Worte im weitläuftigsten Verstande gebraucht werden, für gleich bedeutend brauchte, so lassen sich mehrere Gesetze, die sonst dunkel bleiben, gehörig erklären, 218. Die Römer betrachteten die res publicas, in der engern Bedeutung, nach einer doppelten Rücksicht, 219. Was für Dinge nennten die Römer res publicae in der strengsten Bedeutung? 219. Unter die res publicae in der strengsten Bedeutung gehörten die öffentlichen Flüsse, 219. Was für einen Gebrauch konnte jeder römische Bürger von öffentlichen Flüssen machen? 219. Die Ufer der öffentlichen Flüsse wurden für res publicae in der strengsten Bedeutung gehalten? 220. Worin bestand der allen römischen Bürgern frey stehende Gebrauch des Ufers eines öffentlichen Flusses? 220. Wie viel Land rechneten die Römer zu dem Ufer eines öffentlichen Flusses? 220. Die Häfen waren wegen ihrer Verbindung mit den öffentlichen Flüssen auch res publicae, 221. Warum hielten die Römer die großen Landstraßen für öffentliche Sachen? 221. Man unterschied bey den Römern dreyerley Wege, 221. Warum nennte man die vias vicinales auch vias publicas? 221. Welche Sachen wurden zum Patrimonium des Staats gerechnet? 221. Die aus dem römischen Rechte genommene Erklärung, welche Sachen für öffentliche Sachen zu halten sind, kann in Teutschland nicht völlig angewendet werden, 222. Es kommt dabey auf den Unterschied zwischen Landeshoheit und Eigenthum an, 222 und 225. Was versteht man unter der Landeshoheit in Teutschland? 222. Wofür hat man sich bey Beurtheilung der teutschen Landeshoheit zu hüten? 223. Wie sind wesentliche und zufällige Landeshoheitsrechte unterschieden? 224. Was nennt man ein Land regieren? 225. Wie muß

muß der Begriff der Oberherrschaft im Staate bestimmt werden? 225. In Teutschland giebt es eine große Anzahl so genannter Patrimonialstaaten, 226. Was versteht man unter dem Staatseigenthume? 227. Kann der Regent alles, was ihm Nutzen bringt, und woran Niemand kein Recht hat, vermöge des Staatseigenthums in Anspruch nehmen? 227. Hat der Staat nicht wenigstens an den Gütern der Staatsgesellschaften ein Miteigenthum? 228. Hoheitsrechte und aus dem Privateigenthume fließende Rechte dürfen nicht mit einander verwechselt werden, 229. Unrichtiger Begriff der Regalien, 229. Es sind, ohne allen Grund, Rechte für Regalien ausgegeben worden, welche weder ihrer Natur nach solche sind, noch nach der ältern teutschen Verfassung für solche ausgegeben werden können, 230. Von den Grenzen zwischen Landeshoheit und Privateigenthum, 231. Der Zweck der Landeshoheit ist die Sicherheit und das Glück der Unterthanen, die Absicht des Eigenthümers hingegen geht auf den Nutzen des Eigenthums, 231. Wenn der Staat Privateigenthum an dem Flächeninhalte behauptet, so muß er dieses nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts, wie jede Privatperson beweisen, 231. Was versteht man unter dem Staatsprivateigenthum? 232. Von der Natur und Beschaffenheit der Hoheits- oder Regierungsrechte in den teutschen Territorien, 232. Was für Verschiedenheiten entdeckt man, wenn man die Oberherrschaft des Regenten eines unabhängigen Staats mit der Landeshoheit eines teutschen Landesherrn vergleicht? 233. Was versteht man unter den wesentlichen Landeshoheitsrechten, und was für Rechte gehören dazu? 234. Welche Landeshoheitsrechte werden zufällige genannt? 234. Worauf hat man in jedem einzelnen Falle zu sehen, wenn bestimmt werden soll, welche Rechte zu den wesentlichen Hoheitsrechten gehören? 235. Man kann mit Recht in Teutschland die Regel annehmen: Alle diejenigen Rechte, die ehemals der Kaiser bey der Regierung des teutschen Reichs ausübte, und die ihm nicht noch vorbehalten worden, kann der teutsche Landesherr nunmehr vermöge seiner Landeshoheit ausüben, 235. Welche Einkünfte heißen eigentlich Staatseinkünfte? 236. Wie sind

die

die kleinern teutschen Territorien entstanden? 236. Vom Ursprung der großen teutschen Staaten, 237. Die Herzoge und Grafen konnten nach entstandener Landeshoheit in ihren Territorien nicht so frey handeln, als die ehemaligen Dynasten in ihren jetzigen, mit der Landeshoheit begabten Territorien, 237. Wenn vereinigten die teutschen Territorialherren mit den über ihre in ihren Gebieten liegenden Besitzungen ihnen zustehenden Eigenthumsrechten die Rechte wahrer Regenten? 238. Es ist die unleidlichste Verwirrung der Begriffe, wenn man diejenigen Eigenthumsrechte, die den teutschen Territorialherren in ihren Gebieten zustehen, Regalien nennt, 238. Wie sind verschiedene im Privateigenthum liegende Rechte unter die wirklichen Hoheitsrechte in Teutschland gekommen? 238. Die von den Privatpersonen bey dem Kaiser gesuchte Bestätigung ihrer Privateigenthumsrechte hat Gelegenheit gegeben, dergleichen Rechte deswegen für Regalien zu halten, 239. Da Irrthümer nie Wahrheiten werden können, so muß heut zu Tage jeder Eigenthümer bey dem ganzen Umfange seiner Eigenthumsrechte geschützt werden, 239. Der selbst gefühlte Mangel an Beweisen für die Regalität so vieler von den Regenten an sich gezogenen Eigenthumsrechte, nöthigte die Hofpublicisten, eine allgemeine Quelle der Regalien aufzusuchen, 239. Woher entstand der Satz, daß alle herrenlose Sachen dem Landesherrn gehören? 240. Man gab Luft, Wälder, Flüsse, alle nützliche Stein- und Erdarten für herrenloses Gut aus, 240. Bisweilen wurde so gar die Regalität einer Sache, deren Privateigenthum man sich geradezu anzugreifen nicht getraute, aus der Herrenlosigkeit einer andern Sache deducirt, welches der Fall bey dem Neubruchzehnten war, 240. Wie muß man den Ursprung der herrenlosen Sachen vernünftig darthun? 241. Alles, was sich im Staatsgebiete befindet, ist Staatseigenthum, folglich in Rücksicht aller Auswärtigen, das heißt solcher Personen, die nicht Staatsmitglieder sind, bereits occupirt, 241. Wie sind die Adespota und die Sachen, welche noch keinem Menschen gehören, unterschieden? 241. Was nennt man ruhendes Eigenthum? 241. Auf diejenigen Adespota, die sich der Eigenthümer,

es

es mag dieses der Staat selbst, oder ein Unterthan desselben seyn, als Zuwachs zueignen kann, hat Niemand ein Recht zur Occupation, 241. Von den verschiednen Würkungen des Landeshoheitsrechts, 242. Wie weit erstrecken sich die Vorrechte des Fiskus? 242. Die Landeshoheitsrechte erstrecken sich zwar über das ganze Territorium, doch darf hier kein Mißbrauch davon gemacht werden, 243. Der teutsche Regent darf bey seinem Privateigenthum nie vergessen, daß er jetzt die Pflichten eines Regenten in seiner Person vereinigt, 243. Von den Würkungen des Privateigenthums, das ein teutscher Fürst hat, 243. Entstehen zwischen dem Landesherrn, als Privateigenthümer betrachtet, und zwischen seinen Unterthanen Streitigkeiten, so ist dieses bloße Privatsache, 243. Diejenigen Forderungen, die an den Regenten, als Privateigenthümer gemacht werden, müssen aus seiner Privatcasse bezahlt werden, 244. In einigen Ländern sind eigene Collegien zur Verwaltung des landesherrlichen Privateigenthums angeordnet worden, 244. Es ist unleugbar, daß die teutschen Territorialherren, in Ansehung ihres Privateigenthums, mancher besondern, von dem gemeinen Rechte abweichenden Rechte genießen, wovon die ihnen vorzugsweise zu statten kommende Autonomie als die Ursache betrachtet werden muß, 245. Was für allgemeine Grenzen müssen bey Ausübung der teutschen Landeshoheit respectirt werden? 245. Was kann ein teutscher Regent, vermöge der Oberaufsicht, thun? 245. Jedes Mitglied des gemeinen Wesens muß sich zwar die Aufopferung seiner natürlichen Freyheit gefallen lassen, aber doch nur in der möglichst mindesten Voraussetzung, 246. Auch das Privateigenthum ist der höchsten Machtvollkommenheit unterworfen, 246. Hierauf gründet sich das Besteurungsrecht, 247. In allen Fällen, wo das Eigenthum eines Einzelnen zum gemeinen Besten aufgeopfert worden, muß er entschädigt werden, 247. Die Bequemlichkeit des ganzen gemeinen Wesens hat den Vorzug vor der Bequemlichkeit eines Mitgliedes der bürgerlichen Gesellschaft, 248. Eben diese Grundsätze finden bey wohl erworbenen Gerechtsamen, als Servituten und Privilegien statt, 248. In der Collision mit der gemeinen Wohlfahrt müssen einzelne

Glieder zurückstehen, 249. In der Regel darf Niemandem, der sich auf sein Eigenthumsrecht bey Fällen der gemeinen Wohlfahrt gründet, das rechtliche Gehör versagt werden, 249. Der Ausdruck „Staatsobereigenthum“ sollte nicht gebraucht werden, 250. Wesentliche Hoheitsrechte können von einzelnen Bürgern niemals in Anspruch genommen werden, 251. Wenn der Landesherr Eigenthumsrechte der Privatpersonen in Anspruch nimmt, so streitet die Vermuthung wider ihn, 251.

§. 170. b.

Von den verschiednen Arten der öffentlichen Sachen in Teutschland, 251. Unter die Sachen, bey denen in der Ausübung der darüber zustehenden Gerechtsamen leicht Collisionen zwischen der Landeshoheit und dem Privateigenthum entsteht, gehören vorzüglich die Flüsse, 252. Ströme, Flüsse und Gewässer aller Art, werden als festes Land angesehen, und gehören daher in der Regel demjenigen, auf dessen Grundeigenthume sie hinfließen, 252. Große Flüsse können ihrer Natur nach dem Privateigenthume nicht einverleibet werden, ihr Eigenthum gehört daher der obersten Staatsgewalt, 252. Die teutschen Könige hielten das Eigenthum der Flüsse und alle daraus zu erhebende Nutzungen für ein ihnen zustehendes Hoheitsrecht, 253. Man würde sehr irren, wenn man den Schluß machen wollte, weil die vorigen Kaiser bisweilen Sümpfe und wüste Plätze verschenkt haben, also gehören auch Sümpfe und wüste Plätze unter die Regalien, 253. Wie sind alle ehemalige kaiserliche Rechte an den Flüssen auf die heutigen teutschen Landesherren gekommen? 254. Wenn ein Fluß verschiedne Reichsländer scheidet, so muß, da die Grenze nur eine Linie seyn kann, diese Linie durch die Mitte des Flusses gezogen werden, 255. Was für Rechte sind mit dem Eigenthum des Staats über die öffentlichen Flüsse verbunden? 255. Vom Leinpfade, 256. Die teutschen Reichsstände dürfen keine eigenmächtigen Einschränkungen der Schifffahrt vornehmen, 257. Durch den Mißbrauch der Zölle wurden ehedem der Schifffahrt die größten Hindernisse in den Weg ge-

legt,

legt, 258. Von dem Rechte Wassermühlen anzulegen, 260. Wer das Mühlenrecht ausübt, er sey Territorialherr oder eine Privatperson, muß stets dafür sorgen, daß bey Erbauung, Wiederherstellung, Verlegung einer Mühle, den Besitzern der benachbarten Ländereyen kein Schaden zugefügt werde, 261. Vom Fachbaume und dem Sicherpfahle, 261. Von Windmühlen, 262. Der teutsche Regent kann sich Dinge von einem besondern Werthe, die in öffentlichen Flüssen gefunden werden, anmaßen, 263. Von dem Rechte teutscher Fürsten über die öffentlichen Wege und Heerstraßen, 264. Von den so genannten Domainen, 265. Was für Güter des Regenten nennt man Chatullgüter? 265.

§. 171.

Welche Sachen werden in Gesetzen res vniuersitatis genennt? 267. Was für Sachen gehören zum Patrimonium der Gemeine, und welche Dinge sind res vniuersitatis in specie? 268. Was versteht man unter Allmandengütern? 269. Bey den Römern gehörten die Sclaven der Stadt zu den rebus vniuersitatis? 269. Die Art der Benutzung der Gemeinegüter muß aufs genaueste bestimmt werden, damit kein Streit unter den Mitgliedern darüber entsteht? 270. Worauf geht das Recht der Oberaufsicht des Regenten bey dem Gebrauch der Gemeingüter? 270. Warum haben Gemeinen das Recht der Minderjährigen? 271. Von Sachen, an welchen einzelnen Personen das Eigenthum zusteht, res singulorum, 271. Von dem Unterschiede der Sachen, welche res singulares und res vniuersales in Gesetzen genennt werden, 272. Was für Dinge nennt man res singulares? 272. Welche Sachen heißen res vniuersales, und vniuersitates rerum? 273. Wie ist vniuersitas iuris, und vniuersitas hominis oder facti unterschieden? 273. Was für Dinge rechneten die Römer unter die vniuersitates iuris? 273. Was für Sachen heißen vniuersitates hominis? 274. Wie ist vniuersitas iuris und vniuersitas hominis unterschieden? 274. Wie ist der Satz zu verstehen: in vniuersitatibus

bus iuris surrogatum sapit naturam surrogati? 274. Wenn eine Sache veräußert worden, die zu einer vniuersitas iuris gehörte, so wird das dafür erhaltene Geld, oder die damit erworbene Sache, als die veräußerte Sache betrachtet, 275. Diese Regel läßt sich weder bey einer vniuersitate hominis, noch bey einer rei singulari anwenden, 277. Bey einer Vindication einer vniuersitas hominis darf nur die einzelne dazu gehörende Sache, und nicht das Ganze gefordert werden, hingegen vniuersitates iuris werden mit einer actione in rem singulari abgefordert, 277.

§. 172.

Die einzelnen Sachen werden in Gesetzen in körperliche und unkörperliche eingetheilt, 279. Die stoischen Philosophen brauchten das Wort körperlich und unkörperlich in einem dreyfachen Verstande, 280. In der weitläuftigsten Bedeutung nennten die Stoiker alles körperlich, was wirklich existirt, 280. Von dieser Eintheilung machten die römischen Rechtsgelehrten keinen Gebrauch, 281. In der engern Bedeutung hieß nach der Vorstellungsart der Stoiker alles dasjenige körperlich, was mit den Sinnen empfunden werden kann, 281 und 286. Kann es bewiesen werden, daß die Stoiker nur einen Sinn angenommen haben? 281 und 286. Haben die römischen Rechtsgelehrten von dieser Vorstellung in ihren Schriften einen Gebrauch gemacht? 282. In der engsten Bedeutung hielten die Stoiker diejenigen Sachen für körperlich, die man mit den Händen fühlen und sehen kann, 282 und 287. Ist dieser Begriff in den Gesetzen angewendet worden? 283 und 287. Die römischen Rechtsgelehrten nahmen dreyerley Körper an, 284. Was für Sachen werden in Gesetzen unkörperliche genennt? 284. Eine und ebendieselbe Sache kann in verschiedner Rücksicht zu den körperlichen und unkörperlichen Dingen gerechnet werden, 285. Was verstehen die heutigen Rechtsgelehrten unter den körperlichen und unkörperlichen Dingen? 288. Der Gegenstand eines Rechts oder einer Verbindlichkeit, kann zwar eine körperliche Sache seyn, deswegen gehört das Recht an

der-

derselben dennoch zu den unkörperlichen Dingen, 289. Zu den unkörperlichen Sachen gehören ferner schuldige Quantitäten fungibiler Sachen, 289. Es giebt eine dritte Art von Sachen, welche in verschiedner Rücksicht für zugleich körperlich und unkörperlich gehalten werden müssen? 290. Wenn wird Geld als etwas Körperliches betrachtet? 290. In den mehresten Fällen wird Geld als eine Quantität und folglich als eine unkörperliche Sache betrachtet, 290. Geld als etwas körperliches betrachtet, wird in Gesetzen mit einem vermachten Grundstück verglichen, und deswegen ganz nach der Analogie anderer körperlicher Sachen beurtheilt, 291. Ein Beyspiel wie eine und dieselbe Sache in verschiedner Rücksicht bald als eine körperliche und unkörperliche Sache betrachtet werden kann, ist das Vermächtniß künftiger Früchte, 291. Die unkörperlichen Sachen sind entweder moralische oder physische, 293.

§. 173.

Von der Eintheilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche, 293. Wie lange kann man sagen, daß keine Veränderung mit der Substanz oder dem Wesen einer Sache vorgegangen sey? 294. Was versteht man in Rechten unter einer beweglichen Sache? 294. Was für Sachen heißen Moventien? 294. Welche Dinge heißen bewegliche Sachen im eigentlichen Verstande? 295. Wie ist der Ausdruck „Mobiliarvermögen“ zu erklären? 295. Zu den beweglichen Sachen im eigentlichen Verstande rechneten die Römer die ruta caesa, 296. Beyspiele der in Gesetzen vorkommenden Dinge dieser Art, 297. Was nennten die Teutschen Fahrniß? 297. Welche Dinge heißen unbewegliche Sachen? 298. Bey allen unbeweglichen Sachen ist darauf zu sehen, ob sie von Natur unbeweglich sind, oder ob sie nach den Gesetzen dafür gehalten werden sollen, 298. Die von Natur unbeweglichen Güter heißen liegende Güter, Grundstücke, 298. Wie kann es deutlich festgesetzt werden, welche Dinge für unbewegliche im Rechtsverstande zu halten sind? 298. Gewisse Dinge dieser

Art sind so beschaffen, daß sie nur in Ansehung dieser oder jener rechtlichen Würkung für unbeweglich im Rechtsverstande gehalten werden können, 299. Von beweglichen Dingen, die alle rechtliche Würkungen unbeweglicher Sachen äußern, 299. Wegen der Verbindung einer beweglichen Sache mit einer unbeweglichen, wird erstere für unbeweglich gehalten, 300. Alle durch Würkung der Natur auf einer unbeweglichen Sache feststehende Dinge, Früchte, Bäume, Anwüchse und andere natürliche festsitzende Producte und Anwüchse werden für unbewegliche Dinge gehalten, 301. Gehören die Bäume einer Baumschule den Allodialerben oder den Lehensfolgern? 301. Wenn ist eine Cohäsion einer beweglichen Sache mit einer unbeweglichen vorhanden? 303. Ist etwas nur zur besondern Wirthschaft des Besitzers einer unbeweglichen Sache damit verbunden und an dieselbe befestigt worden, so ist hier keine Cohäsion anzunehmen, 304. Wird eine Schmiede als solche verkauft, so kann der Käufer den befestigten Ambos verlangen, 305. Man hält bisweilen dafür, die Befestigung sey nur um eines kurzen Zwecks des Besitzers willen vorgenommen worden, 305. Statuen, die blos zur Zierde dienen, pflegen gemeiniglich nur deswegen befestigt zu werden, damit sie nicht umfallen, 306. Welches ist der zweyte Grund, warum bewegliche Sachen im Rechtsverstande für unbeweglich gehalten werden? 307. Die Gesetze rechnen alles, was nothwendig bey einer Hauptsache seyn und bleiben muß, wenn der gehörige Gebrauch soll davon gemacht werden können, unter die unbeweglichen Dinge im Rechtsverstande, 307. Wenn sind Pfähle in den Weinbergen für ein Zubehör des Weinbergs zu halten? 308. Röhren zu einem Springbrunnen gehören als Zubehör dazu, 309 und 313. In einem Brauhause werden Braugefäße für Pertinenzien gehalten, 309. Das vorhandene Brenn- und Nutzholz ist bey einem Landgute nicht mit verkauft worden, 310. Wenn sind Betten und Möbeln bey einem Gasthofe für Pertinenzstücke zu halten? 310. Durch Testamente, Verträge und auf andere rechtliche Weise können bewegliche Sachen zu unbeweglichen im Rechtsverstande gemacht werden, 311. Ist die Bestimmung allein hinlänglich oder muß auch der

der Gebrauch dazu kommen? 312. Wie ist die Regel: alles, was Erd-, Band-, Wand-, Hammer-, Klammer-, Mauer-, Nieth- und Nagelfest ist, gehört zu den unbeweglichen Sachen, zu verstehen? 313. Was nannten die Römer fixa vincta? 313. Was versteht man unter Pertinenzstücken? 313. Wie ist die Parömie zu verstehen: was die Fackel verzehrt, ist Fahrniß? 314. Gehören die Apotheker- und Krammaaren unter die beweglichen oder unbeweglichen Sachen? 315. Sind die Windmühlen und die Schiffsmühlen für bewegliche oder unbewegliche Sachen zu halten? 316. Die Rechtslehrer streiten darüber, unter was für Sachen die Fische in den Teichen gehören? 317. Worauf muß man bey Bestimmung der Frage: ob eine Sache für beweglich oder unbeweglich zu halten ist, seine Aufmerksamkeit richten? 319. Haben die Grundsätze von der Eintheilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche ihren praktischen Nutzen? 319.

§. 174.

Es ereignen sich mancherley Fälle, wo unkörperliche Sachen bisweilen als bewegliches Vermögen, bisweilen hingegen als unbewegliches betrachtet werden müssen, 320. Beyspiele solcher Fälle, 320. Die Gesetze betrachten unkörperliche Dinge als eine dritte Art von Sachen, woraus der Schluß folgt, daß unter Mobilien der Regel nach nur körperliche Sachen verstanden werden können, folglich die Verpfändung der Mobilien nicht auch die ausstehenden Schulden unter sich begreife, 321. Ist die Nothwendigkeit vorhanden, daß man die unkörperlichen Dinge zu den beweglichen oder zu den unbeweglichen Sachen rechnen muß, so findet sich entweder schon in den Gesetzen selbst die Bestimmung dieses Umstandes, oder die Gesetze sagen nichts davon, 322. Unkörperliche Sachen, die für ein Pertinenzstück einer körperlichen Sache zu halten sind, gehören in die Classe der beweglichen oder unbeweglichen Dinge, nachdem die Hauptsache beweglich oder unbeweglich ist, 322. Sind Rechte mit einer unbeweglichen Sache verknüpft, so gehören sie ebenfalls unter die unbeweglichen Dinge

und umgekehrt, 322. Besteht der Gegenstand einer Forderung in einer beweglichen Sache, so ist auch das Recht und die Forderung für beweglich zu halten, und umgekehrt, 323. Rechte, nach denen etwas als Nutzen einer unbeweglichen Sache gefordert wird, welche folglich darauf liegen, sind als unbewegliches Gut zu betrachten, 324. Was ist in dieser Rücksicht von Zinsen und andern jährlichen Einkünften zu halten? 324 und 332. Rechte, wodurch man eine bewegliche Sache fordert, müssen als bewegliches Vermögen betrachtet werden, und umgekehrt, 325 und 330. Das Eigenthumsrecht von einer beweglichen Sache, ist bewegliches Vermögen, 325. Wenn das ganze Vermögen eines Menschen nach seinem Tode in bewegliches und unbewegliches Gut eingetheilt werden muß, so fallen diese Arten der Forderungen dem Mobiliarerben zu, 325 und 331. Das Eigenthumsrecht an einer unbeweglichen Sache gehört zum Immobiliarvermögen, 326. Was für eine Bewandniß hat es mit dem Wiederkaufsrechte, das bey diesen Dingen statt hat? 326. Ist das Recht, Erbegelder zu fordern, als bewegliches oder unbewegliches Vermögen zu betrachten? 327. Was verstehen die Rechtslehrer unter Erbegeldern? 327 und 333. Wodurch unterscheidet sich eine solche Schuld von andern Schulden? 333. Im Zweifel ist eine unkörperliche Sache zu dem beweglichen Vermögen zu rechnen, 335.

§. 175. 176. 177.

Die verschiednen Arten der Sachen veranlaßten nothwendig Rechte von ganz verschiedner Art, 336. Wie viel Arten des Sachenrechts giebt es? 336. Die Rechtslehrer weichen bey der Bestimmung des Begriffs von dem ius in re und ius ad rem sehr von einander ab, 337. Was für einen Begriff nehmen die mehresten heutigen Rechtslehrer an? 337. Begriff des dinglichen Rechts oder des iuris in re, 337. Begriff des persönlichen Rechts, 338. Man kann nicht sagen, daß ein persönliches Recht und eine Verbindlichkeit einerley sey, 338 und 344. Die Entstehung der Verbindlichkeit giebt dem persönlichen Rechte sein Daseyn, und daher wirkt die Verbind-

bindlichkeit ein Recht, 338. Die verschiednen Arten, wie eine Verbindlichkeit entstehen kann, sind zugleich die verschiednen Entstehungsarten des persönlichen Rechts, 338. Die römischen Rechtsgelehrten nennten ein dingliches Recht ius in rem und ein persönliches Recht ius in personam, 339. Die Eintheilung des Rechts in dingliches und persönliches kommt in vielen römischen Gesetzen deutlich vor, 339. Die Ausdrücke ius in re und ius ad rem hat man aus dem kanonischen Rechte genommen, 339. Diese Eintheilung ist vom Object hergenommen, 340. Was für Würkungen sind mit einem dinglichen Rechte verbunden? 340. Die Ausdrücke „actio in rem" und „vindicatio" im weitläuftigsten Verstande des Worts, sind gleich bedeutend, 340. Es giebt verschiedne Fälle, wo aus dem dinglichen Rechte nicht gegen jeden Besitzer der Sache geklagt werden kann, 341. In allen Fällen muß die Realklage gegen den Besitzer angestellt werden, ausgenommen in einem Falle kann der Besitzer selbst die Realklage brauchen, 342. Von den Würkungen eines persönlichen Rechts, 343. Es giebt Personalklagen, die gegen jeden Besitzer der Sache angestellt werden können, 343. Wie kann man die Wichtigkeit des dinglichen Rechts recht deutlich zeigen? 345. Wodurch äußert sich der Unterschied zwischen dem dinglichen und persönlichen Rechte recht deutlich? 345. Wenn ich ein dingliches Recht habe, so muß ich mich allein an die Sache halten, 345. Daraus, daß ich ein Recht gegen jeden Besitzer der Sache ausüben kann, folgt noch nicht, daß dasselbe ein dingliches Recht sey, 346. Wegen Wichtigkeit des Unterschiedes zwischen dem dinglichen und persönlichen Rechte muß man vor Anstellung einer Klage allemal genau untersuchen, was für eine Art des Sachenrechts vorhanden sey, 347.

§. 178.

Die römischen Rechtsgelehrten scheinen sich mit der Frage: wie viel Arten des dinglichen Rechts es gebe, gar nicht beschäftigt zu haben, 348. Wenn haben die heutigen Rechtsgelehrten angefangen Untersuchungen darüber anzustellen? 349.

Wie hat Born zu beweisen gesucht, daß nur das Eigenthum als die einzige Gattung des dinglichen Rechts angenommen werden könne? 349. Diejenigen Rechtsgelehrten, welche zwey Gattungen des dinglichen Rechts annehmen, sind nicht darüber einig, welche als solche anzunehmen sind, 349. Eben so uneins sind diejenigen Rechtsgelehrten, welche drey Gattungen des dinglichen Rechts statuiren, 349. Auch diejenigen Rechtsgelehrten, welche vier Gattungen des dinglichen Rechts annehmen, sind darüber verschiedner Meynung, 350. Verschiedne Rechtslehrer nehmen fünf, andere sechs, andere sieben, andere acht Gattungen des dinglichen Rechts an, 350. Am wahrscheinlichsten ist die Behauptung derjenigen Rechtslehrer, welche vier Gattungen des dinglichen Rechts annehmen, 351. Wie läßt sichs beweisen, daß die gegenwärtige Frage von würklichem theoretischen und praktischen Nutzen sey? 351. Die vier Gattungen des dinglichen Rechts haben so eine deutliche Verschiedenheit an sich, daß sie nicht für Gattungen des Eigenthums gehalten werden können, 352. Daher kann kein Argument gegen diese Behauptung genommen werden, daß es gewisse dingliche Klagen gebe, die nicht wider jeden Besitzer angestellt werden können, 352. Das Eigenthum ist die erste Gattung des dinglichen Rechts, 353. Das Pfandrecht ist ebenfalls ein dingliches Recht, 353. Vom Erbrechte, als einer Gattung des dinglichen Rechts, 354. Von Servituten im eigentlichen und uneigentlichen Verstande als einer Gattung des dinglichen Rechts, 354. Ist das Recht herrenlose Sache zu occupiren, für eine besondere Gattung des dinglichen Rechts zu halten? 356. Diese Meynung widerlegen andere Rechtslehrer, 357.

§. 179.

Von der ursprünglichen Bedeutung des Worts possessio, 359. Was für eine Derivation dieses Ausdrucks ist in Gesetzen angeführt worden? 359. Was versteht man unter dem Wort possidere im grammatischen Verstande, 360. Was nennt man die Detention einer Sache? 360. Die Gesetze

setze erlauben dem bloßen Detentor sich bey seinem Besitze eigenmächtig zu vertheidigen, 360. Der weitläuftige Verstand des Worts Besitz, da es so viel heißt, als die Detention kommt in mehrern Gesetzen vor, 361. Wie ist die bloße Detention und der Besitz im eigentlichen juristischen Verstande unterschieden? 361. Warum kann weder ein Kind, noch ein Sinnloser den Besitz im Rechtsverstande ergreifen? 362. Zum bürgerlichen Besitze wird nicht erfordert, daß man Willens ist, die Sache als Eigenthümer zu besitzen, 362. Wenn man die eigentliche Natur des Besitzes gehörig kennen lernen will, muß man die Eigenschaften desselben betrachten, 363. Zu jedem Besitze wird das physische Vermögen erfordert, an einer Sache körperliche Gewalt ausüben zu können, daher es heißt: possessio est facti, 364. Wenn hat man den Besitz einer Sache nicht erlangt? 364. Bey der bloßen Bestimmung der Frage: ob Jemand den Besitz einer Sache habe, sehen die Gesetze nicht darauf, ob der Besitz fehlerhaft sey oder nicht, 364. Nur körperliche Sachen sind ein Gegenstand des Besitzes, 364. Besitzt Jemand eine Heerde, so ist solche nicht als ein Ganzes der Gegenstand seines Besitzes, sondern er hat nur den Besitz der einzelnen Thiere, welche zur Heerde gehören, 365. Bey zusammengesetzten Körpern, z. B. bey Gebäuden hat ein Besitz des Ganzen statt, 365. Was für ein Unterschied muß dieser Beschaffenheit der Sache wegen bey der Verjährung dieser Dinge gemacht werden? 365. Damit man durch das Wort corpus in diesen Fällen nicht irre geführt werde, muß man wissen, daß es drey Arten von Körpern giebt, 365. Nach den Grundsätzen der römischen Rechtsgelehrten gieng es nicht an, daß mehrere Menschen eben dieselbe Sache auf gleiche Weise im Besitz haben konnten, 367. Wenn von verschiednen Besitzarten die Rede war, so konnten bey den Römern Mehrere einerley Sache im Besitz haben, 367. Zum Besitz im engern Verstande wird die Absicht und der Wille erfordert, die Sache zu einem gewissen Endzweck im Besitz zu haben, 368. Niemand kann eine Sache besitzen, von der er nicht weiß, daß sie ihm gehöre, 369. Es kommt bey dem Besitze nicht auf die ehemalige, sondern auf die gegenwärtige Gesinnung an, 369.

369. Nach der Vorstellung der römischen Rechtsgelehrten konnte man einen ungewissen Theil einer Sache, wovon man nicht wußte, wie groß er sey, nicht besitzen, 369. Warum bekommt der Erbe den Besitz der Erbschaft nicht eher, als bis er solchen ergriffen hat? 370. Warum kann der Besitz durch Andere fortgesetzt werden? 370.

§. 180.

Die Grundsätze von der Eintheilung des Besitzes gehören unter die schwersten in dieser Materie, 371. Die Rechtsgelehrten weichen in den Grundsätzen von der richtigen Bestimmung des Unterschieds zwischen natürlichem und bürgerlichem Besitz sehr von einander ab, 372. Verschiedne Rechtslehrer sehen bey Bestimmung des Unterschieds zwischen natürlichem und bürgerlichem Besitz blos auf die Absicht des Besitzers, 372. Andere Rechtslehrer nennen den Civilbesitz nur denjenigen, welcher eine Usucapion verschafft, 373. Einen solchen Civilbesitz hat der wahre Eigenthümer und der redliche Besitzer, 373. Welche Besitzer sind nach dieser Lehrart für bloße natürliche Besitzer zu halten? 374. Was nennten die römischen Juristen natürlich und bürgerlich? 375. Nach der Behauptung des Cupers muß unter dem natürlichen Besitze die körperliche Detention einer Sache selbst verstanden werden, 375. Civilbesitz ist nach Cupers Meynung nichts anders, als die körperliche Detention einer Sache, welche mit der Absicht, dieselbe für sich zu behalten, verbunden, jedoch von der Proprietät verschieden ist, 376. Welche Gesetze kann man zum Beweise dieser Behauptung anführen, 376. Wenn die Rechtsgelehrten bey den nach der Natur der Sache gemachten Begriffen stehen geblieben wären, so könnten sich keine große Schwierigkeiten bey den Kennzeichen des Unterschiedes zwischen possessio ciuilis et naturalis finden, 377. Man legte dem Besitze, der seiner Natur nach blos factisch ist, vieles Rechtliche bey, 378. Nach den römischen Gesetzen wird zum bürgerlichen Besitz nicht nur erfordert, daß man die Absicht habe, die Sache für sich zu behalten, sondern es darf auch diese Absicht und

und der ganze Besitz von den Gesetzen nicht verworfen seyn, 378. Eben so wurde nun auch natürlicher Besitz derjenige genennt, dem die Gesetze den affectum sibi habendi gleichsam entziehen, und einer bloßen Detention gleich halten, wenn auch gleich der Besitzer wirklich die Absicht haben sollte, die Sache als die seinige zu behalten, 378. Der Ausdruck „natürlicher Besitz“ wird nach Cupers Erklärung auf dreyerley Art in Gesetzen gebraucht, 379. In einigen Gesetzen heißt natürlicher Besitz derjenige, bey dem vermöge der Gesetze, blos physische Detention angenommen wird, 379. Es giebt mehrere Gesetze, wo das Wort naturalis possessio so allgemein gebraucht wird, daß sowohl derjenige Besitz darunter verstanden werden kann, der in der physischen Detention besteht, als auch der, bey welchem die Gesetze nur die physische Detention annehmen, 381. Was für Argumente stehen nach Cupers Behauptung der gewöhnlichen Meynung entgegen, daß unter possessio ciuilis kein anderer Besitz verstanden werden könne, als derjenige, der die Usucapion bewirke? 382. Die Worte ius und corpus werden in mehrern Gesetzen von den Gegenständen des Besitzes gebraucht, 382. Auch ein ungerechter Besitz kann ein Civilbesitz seyn, 383. Es ist nicht schlechterdings nöthig in den Gedanken zu stehen, man sey Eigenthümer der Sache, um einen Civilbesitz auszuüben, 383. Nach Cupers Behauptung muß der Ausdruck „possessio ciuilis“ in einer dreyfachen Bedeutung genommen werden, 385. Was heißt in Gesetzen possessio pro suo? 386. Der Civilbesitz bekommt nach Verschiedenheit des Rechtstitels, wodurch die Sache die Meinige wird, seine verschiednen Benennungen, 387. Die Gesetze sagen von einer Person, die keinen hinlänglichen Rechtstitel hat: sie besitze pro possessore, 387. Es ist nicht wohl gethan, die nudam detentionem auch possessionem naturalem zu nennen, 387. In Gesetzen werden anstatt des Ausdrucks „possessio naturalis“ oft andere Redensarten gebraucht, welche das nämliche anzeigen sollen, 387. Wie ist possessio bonae fidei und malae fidei unterschieden? 388. Ein Civilbesitzer kann mehrere Rechtstitel haben, worauf sich sein Besitz gründet, 389. Was heißt rechtmäßi-

ger und unrechtmäßiger Besitz? 390. Vom heimlichen Besitz, 390. Vom gewaltsamen Besitz, 390. Vom precarischen Besitz, 391. Allgemeine Bemerkungen über die verschiednen Arten des fehlerhaften Besitzes, 391. Kann der Eigenthümer einer Sache ebenfalls als ein heimlicher Besitzer betrachtet werden? 393.

§. 181.

Wie ist es zu verstehen, wenn gesagt wird: der Besitz sey seiner Natur nach zwar eigentlich blos factisch, er nehme aber dabey viel von der Natur des Rechts an? 393. Wenn besteht der Besitz in facto? 394. Wenn besteht der Besitz in iure? 394. Wie haben die Gesetze ihre Würkungen auf den Besitz, als eine factische Sache ausdehnen können? 395. Der Gesetzgeber ist allerdings berechtigt, zur Hervorbringung rechtlicher Würkungen Jemanden für den Besitzer zu erklären, der es in der That nicht ist, 395. Was für Gründe lassen sich angeben, warum im römischen Rechte dem Besitz so viel vom Rechte beygelegt worden? 396. Das gemeine Beste war die erste Ursache davon, 396. In welchen Fällen liegt diese Ursache zum Grunde? 396. Der Ausdruck „iurisprudentia" heißt bisweilen in Gesetzen so viel als Rechtsanalogie, 396. Wenn Jemand Geld in die Erde vergraben hat, um es sicher aufzubewahren, und in der Folge vergißt er den Ort, so bleibt er gleichwohl im Besitz des Geldes, 397. Der zweyte Grund, warum im römischen Rechte dem Besitz so viel vom Rechte ertheilt worden, liegt in dem Zusammenhange der einzelnen Grundsätze dieser Lehre mit andern damit in Verbindung stehenden Wahrheiten, oder in der Rechtsanalogie, 398. Auf diese Rechtsanalogie gründen sich viele gesetzliche Verordnungen in der Lehre vom Besitz, 398. Warum erwarb ein gemeinschaftlicher Sclave jedem seiner Herren den Besitz nur zu demjenigen Antheil, den der Herr an ihm hatte? 399. Warum konnte der Gläubiger durch einen bey ihm verpfändeten Sclaven keinen Besitz erwerben? 399. Warum konnte ein Blödsinniger gar nicht, ein Pupill aber nicht ohne Einwilligung des Vormun-

des

des den Besitz aufgeben? 400. Was ist unter der Contrectation des Depositums zu verstehen? 400. Der dritte Grund, weswegen die Gesetze dem Besitze manche Eigenschaften des Rechts beylegen, besteht darin, damit unter den einzelnen Grundsätzen dieser Materie kein Widerspruch oder Ungereimtheiten entstehen sollten, 401. Warum konnte der blödsinnige Vater vermittelst des Peculiums durch den Sohn einen Besitz erwerben? 401. Warum nahm man an, daß Sclaven und filiifamilias dem Hausvater, in dessen Gewalt sie standen, seinen Besitz nicht einmal durch begangene Gewaltthätigkeiten rauben könnten? 402. Warum haben die Gesetze mit dem Besitze so viele vortheilhafte Würkungen vereinigt? 403. Worin bestanden diese Vortheile? 403 und 409. Warum mußte der Prätor Interdicte einführen, die sich auf den Besitz beziehen? 404. Warum ist der Besitz keine Gattung des dinglichen Rechts? 404. Man kann nicht einwenden, weil der bonae fidei poſſeſſor, des verlornen Besitzes wegen, die Publicianische Klage anstellen könne, diese aber eine dingliche Klage sey, so sey auch der Besitz eine Art des dinglichen Rechts, 405. Wie ist der Einwurf, den die Vertheidiger dieser Meynung aus der L. vn. C. de alienat. iud. cauſa facta hernehmen, zu beantworten? 405. Läßt sich nicht wenigstens aus dem kanonischen Rechte beweisen, daß der Besitz für eine Gattung des dinglichen Rechts gehalten werden müsse? 407. Im kanonischen Rechte ist nicht die geringste Abänderung des römischen Rechts enthalten, 408. Was versteht man unter dem Besitzungsrechte? 409. Wenn man die Frage aufwirft, ob der Besitz ein dingliches Recht sey, so muß man schlechterdings das ius poſſeſſionis darunter verstehen, weil der Besitz in einem physischen Vermögen besteht, mithin kein Recht ist, 412. Wenn ich auch zu beweisen im Stande bin, daß ich einen Besitz, mithin auch ein Besitzungsrecht gehabt habe, so ist dieser Umstand gleichwohl nicht so beschaffen, daß jeder gegenwärtige Besitzer deswegen für schuldig gehalten werden könnte, mir die Sache herauszugeben, weil ich solche ehedem besessen habe, 412. Was für Gründe führen diejenigen an, welche das Besitzrecht für eine besondere Gattung des dinglichen

chen Rechts halten? 413. Der Umstand, daß ein Recht mit dem andern in einer gewissen Rücksicht eine Aehnlichkeit hat, bewirkt niemals so viel, daß es deswegen als eine Gattung desselben angesehen werden könnte, 414. Wie ist es zu verstehen, wenn gesagt wird, das Besitzungsrecht sey ein momentanisches Recht? 414. Das Argument, welches man von der Publicianischen Klage hernimmt, ist mehr für als wider die Meynung, daß das Besitzrecht keine species iuris in re sey, 415. Die Spolienklage ist ebenfalls kein sicherer Beweis für diese Behauptung, 416. Wie ist das Besitzungsrecht und das ius possidendi unterschieden? 417. Der Ausdruck „ius possidendi“ wird im weitläuftigen und im engern Verstande gebraucht, 417. Warum haben die Gesetze Rechtsmittel zur Erlangung des Besitzes eingeführt? 418. Was für Begriffe müssen genau unterschieden werden, wenn man die Frage richtig beantworten will: ob die Possession nicht eine fünfte Gattung des dinglichen Rechts sey? 419. Wie läßt sichs beweisen, daß das Possessionsrecht wenigstens kein völliges ius in re sey? 420.

§. 182.

Haben natürliche Besitzer Possessionsrechte zu genießen? 420. Warum kann kein natürlicher Besitzer die im Besitz habende Sache verjähren? 420. Es giebt gemeine und besondere Possessionsrechte, 420. Es darf dem natürlichen Besitzer sein Besitz von Niemandem mit Gewalt genommen werden, 421. Was versteht man unter der possessio vel quasi? 422. Kann der Besitz in den wahren und eigentlichen und in den uneigentlichen und analogischen eingetheilt werden? 422. Wenn wird das Wort quasi in Gesetzen gebraucht? 422. Die Rechtslehrer stimmen bey der Festsetzung des Begriffs vom Quasibesitz nicht mit einander überein, 423. Warum hat man den Quasibesitz in die Gesetze aufnehmen müssen? 424. Was für Handlungen werden zum Quasibesitz einer Gerechtsame erfordert? 425. Der Ausdruck „causſa possessionis“ wird in verschiednem Verstande genommen, 426.

Was

Was soll durch den Satz ausgedruckt werden: nemo sibi causſam poſſeſſionis mutare poteſt, 426. Es geht an die bloße Detention in einen Besitz im Rechtsverstande zu verwandeln, 426. Wenn die gehörige Handlung vorgenommen worden, so kann der zeitherige Besitz in einen andern umgeändert werden, 427. Das Wissen und Stillesschweigen ist eine solche Handlung, wodurch ein anderer Besitz erlangt werden kann, 427. Für ein hieher gehörendes Factum ist es noch mehr zu halten, wenn der Eigenthümer oder derjenige, welcher mir den Rechten nach die andere Art des Besitzes überlassen kann, seine Einwilligung zu einer Veränderung des Besitzes giebt, 428. Wenn ich Jemanden im guten Glauben für diejenige Person halte, die das Recht habe, mir eine Art des Besitzes zu überlassen, und ich erhalte auch nun wirklich den Besitz mit ihren Willen, ob sie gleich nicht dazu berechtigt war, so erhalte ich dadurch einen andern Besitz, 429.

Lib. I. Tit. IX—XXII.

de

Senatoribus et officio Magiſtratuum Romanorum.

§. 183.

Wodurch wurden die Römer veranlaßt auf die Selbsthülfe die größten Strafen zu setzen? 430. In Teutschland hat die Selbsthülfe das größte Unglück veranlaßt, 431. Von der Einführung des Landfriedens in Teutschland, 431. Was für verschiedne Strafen setzte das römische Recht auf die verbotene Selbsthülfe? 432. Was für Gründe führen diejenigen Rechtslehrer an, welche behaupten, die im römischen Rechte auf die Selbsthülfe gesetzten Strafen müßten auch in Teutschland angewendet werden? 432. Wie suchen die Gegner diese Gründe zu widerlegen? 433. Läßt sich dagegen anführen, die Selbsthülfe sey bey den Teutschen nicht so verhaßt gewe-

sen, als bey den Römern? 433. Wie ist die Stelle der C. G. O. zu erklären, die man für die Gültigkeit des römischen Rechts anführt? 433. Ist wegen des Landfriedensbruchs der Verlust des Vermögens in allen Fällen gedroht worden? 434. In den neuern Proceßordnungen, die aus der Cammergerichtsordnung als ihrer Quelle genommen worden, ist auf die Selbsthülfe eine außerordentliche Strafe gesetzt worden? 435. Läßt sich der Gebrauch der römischen Verordnungen von der Strafe der Selbsthülfe durch die Praxis beweisen? 435. Der Richter muß eine offenbare Selbsthülfe, die erst zu befürchten ist, von Amtswegen zu verhindern suchen, 436. Es giebt sowohl nach dem römischen als teutschen Rechte eine große Anzahl Fälle, wo die Selbsthülfe erlaubt ist, 437. Die Retorsion ist eine erlaubte Selbsthülfe, 437. Die Vertheidigung des Besitzes und die Verhinderung, daß Niemand in unser Eigenthum eindringe, ist eine erlaubte Selbsthülfe, 437. Auch dem Richter, welcher nicht nach den Gesetzen, sondern einseitig und gewaltthätig verfährt, kann man sich widersetzen, 438. Der außergerichtliche Widerspruch bey einer neuen Anlage, die eigenmächtige Niederreißung eines neuen Baues, die Vertheidigung der uns gehörenden Servituten gehört unter die erlaubte Selbsthülfe, 439. Die Retention in erlaubten Fällen ist eine erlaubte Selbsthülfe, 439. Die Ehebrecherin, der Ehebrecher, der Entführer, der gewaltsame Schänder können entleibt werden, 440. Die Entleibung eines nächtlichen Diebes, eines Straßenräubers, eines sich widersetzenden Ueberläufers, oder Ausreißer ist erlaubt, 441. Jede Nothwehr ist erlaubt, 441. Was ist Rechtens, wenn der Erblasser verstattet hat, den Besitz einer Sache zu ergreifen? 441. Meinen auf der Flucht befindlichen Schuldner kann ich anhalten, 441. In welchen Fällen ist es nach teutschen Rechten erlaubt, sich der Selbsthülfe zu bedienen? 442. Wenn besondere Gesetze oder Statuten dem Privatgläubiger die Auspfändung erlauben, so ist solche erlaubt, 442. Kann heut zu Tage ein Pfandungsrecht durch einen Vertrag erworben werden? 442. Wenn die Gerichte völlig unthätig sind, kann man Selbsthülfe brauchen, 443. Die Handwerksinnungen haben bisweilen nach teutschen

Gesetz

Gesetzen das Pfandungsrecht, 443. Von der bey Zöllen und nach dem Westphälischen Frieden erlaubten Selbsthülfe, 444. Wenn ist dem Vasallen die Selbsthülfe erlaubt? 444. Gegen Stöhrer des Hausfriedens ist die Selbsthülfe erlaubt, 445. Kann sich eine Kirche der widerrechtlich veräußerten Kirchensachen von selbst anmaßen? 445. Es ist eine ungegründete Meynung, daß die Selbsthülfe in Teutschland eben so verhaßt gewesen, als bey den Römern, 446. Allgemeine Bemerkungen über den Inhalt des neunten bis zum zwey und zwanzigsten Titel des ersten Buchs der Pandekten, 446.

Lib. II. Tit. I.

de

iurisdictione.

§. 184.

Der Proceß ist der zweyte Theil des Privatrechts, 448. Ohne die Natur und Beschaffenheit der römischen Gerichtsbarkeit vollkommen zu kennen, ist alle Bemühung, sich eine genaue Kenntniß der heutigen in Teutschland eingeführten Gerichtsbarkeit zu verschaffen, vergeblich, 448. Es muß beständig zwischen der Gerichtsbarkeit unter der Republik und der kaiserlichen Regierung unterschieden werden, 449. Bis auf die Kaiser bestand die Gerichtsbarkeit in dem Rechte des dazu bestellten Staatsbeamten die Privatrechtshändel zu untersuchen und zu entscheiden, 449. Niemand durfte sich bey den Römern die Verwaltung der Gerichtsbarkeit anmaßen, der nicht vom Staate dazu berechtigt war, 449. Die zur Ausübung der Gerichtsbarkeit bestellte Magistratsperson bey den Römern, durfte sich der Regel nach nicht mit Untersuchung der streitigen Handlung beschäftigen, 450. Es muß bey Erklärung der Gesetze, welche von der römischen Gerichtsbarkeit reden, zwischen die Gerichtsbarkeit im weitläuftigen und im engern Verstande unterschieden werden, 451. Was verstand

man unter der Gerichtsbarkeit im engern Verstande? 451. Was nennte man ius dicere bey den Römern? 452. Von der Gerichtsbarkeit im engern Verstande wurde das Recht, Edicte anzuschlagen, unterschieden, 452. Der Gerichtszwang gehörte bey den Römern nicht zur Gerichtsbarkeit in der engern Bedeutung des Worts, 453. Was verstand man unter der Legis actio? 453. Die Jurisdiction hat mit peinlichen Fällen nichts zu thun, 454. Wie wird notio und iurisdictio in den Gesetzen unterschieden? 454. Was rechneten die Römer zur Jurisdiction im weitläuftigen Verstande des Worts? 455. Unter den spätern Kaisern schafte man die Einrichtung mit dem index pedaneus ab, 455. Waeum wird in Gesetzen die nämliche Handlung bald dem imperium, bald der Gerichtsbarkeit zugeschrieben? 456. Selbst das Wort notio wird in neuern Zeiten von peinlichen Sachen gebraucht, 457. Kann man die im römischen Rechte vorkommenden Grundsätze von der Natur der Gerichtsbarkeit auch in Teutschland anwenden? 457.

§. 185.

Wie muß der Begriff der Gerichtsbarkeit nach teutschen Gesetzen bestimmt werden? 458. Die Gerichtsbarkeit ist ein wesentliches Hoheitsrecht, 458. Die alten teutschen Völker hatten keinen gemeinschaftlichen Regenten, folglich auch keinen gemeinschaftlichen höchsten Oberrichter, 459. Der Hausvater war Richter seiner Familie, 459. Die Rechtshändel der Freyen Teutschen unter einander wurden durch die dazu bestellten Richter untersucht und entschieden, 459. Unter den Franken sahe man die Gerichtsbarkeit als ein Hoheitsrecht an, 460. Kaiser Carl der Große richtete seine Aufmerksamkeit auf die Verwaltung der Gerichtsbarkeit bey den Sachsen, 460. Unter Carl dem Großen hatten die Hausväter die ehemalige Gerichtsbarkeit nicht mehr, 460. Mit der Theilung der Fränkischen Monarchie, geschahen in Teutschland Abänderungen bey der Ausübung der Gerichtsbarkeit, 461. Kaiser Heinrich stellte die alten königlichen Rechte in den Provinzen wieder her, 461.

461. Nach Entstehung der Landeshoheit hat man solche als die Quelle aller Gerichtsbarkeit betrachtet, 462. Wenn man den Begriff von der Gerichtsbarkeit nach unserer heutigen Verfassung richtig fassen will, muß man wissen was Justizsachen und was Regierungssachen sind, 462. Von Regierungssachen im weitläuftigen Verstande des Worts, 462. Was versteht man unter Regierungssachen im eigentlichen oder im engern Verstande? 463. Die Polizeysachen werden in Polizeysachen in der weitläuftigern und in der engern Bedeutung abgetheilt, 463. Wenn hören Polizeysachen nicht auf solche zu seyn? 463. Wenn kann eine Polizeysache zu einer Art von Justizsache werden? 464. Die richterliche Gewalt hat der Regel nach mit Polizeysachen nichts zu thun, 464. Wenn Jemanden unter dem Vorwande einer Polizeysache ein rechtmäßig erworbenes Recht entzogen wird, so entsteht eine Justizsache, 464. Beyspiele von Fällen, wo Polizeysachen und Justizsachen concurriren, 465. Es gehört zur Polizey, ob Zünfte und Innungen beybehalten werden sollen, 466. Es ist Justizsache einem Bürger die freye Disposition seines Vermögens zu nehmen, 466. Wenn zwischen verschiednen Zünften, oder zwischen Mitgliedern einer Zunft Streitigkeiten über die Verletzung eines rechtmäßig erworbenen Rechts entsteht, so ist dieses Justizsache, 466. Entsteht zwischen den Bauern und den Gerichtsherrn Streit über die Frage, ob der Herr die Musik verpachten könne, so ist dieses Justizsache, 467. Für die Reinlichkeit der Stadt zu sorgen, ist Polizeysache, 467. Warum kommt so viel auf den richtigen Unterschied zwischen Polizeysachen und Justizsachen an, wenn auch die Gerichtsbarkeit und die Polizeygewalt in einer Person vereinigt sind? 468. Wenn eine eigene Polizeycommission an einem Ort existirt, so hat diese gleichwohl in gewissen Fällen eine Art der Gerichtsbarkeit, 468. Wenn die Frage untersucht werden muß, ob eine zur Polizey gehörige Handlung den Gesetzen gemäß sey oder nicht, und was im letztern Falle für eine Strafe eintrete, so entsteht eine Justizsache, 469. Wenn eine Polizeycommission an einem Orte eingeführt ist, so ist der ordentliche Richter des Orts eingeschränkter, als wo dergleichen

nicht existirt, 469. Wie unterscheidet sich die römische und die teutsche Gerichtsbarkeit? 470. Der Regel nach ist nach der heutigen Gerichtsverfassung dasjenige Befugniß mit jeder bürgerlichen Gerichtsbarkeit verbunden, wozu bey den Römern eine besondere Concession nöthig war, 470. Heut zu Tage kann kein Richter Aenderungen der Gesetze unter dem Vorwande der Anwendung derselben machen, wie es die römischen Prätoren gethan haben, 471. Es giebt Rechte, welche bisweilen bey der teutschen Gerichtsbarkeit angetroffen werden, die aber nicht dazu gehören, sondern eine besondere Erwerbung voraussetzen, 472. Die teutsche Gerichtsbarkeit hat bisweilen das besondere, daß nicht alles dabey angetroffen wird, was dem Begriff nach zu derselben gehört, 472.

§. 186. 187. 188.

Wie wird in Gesetzen das merum imperium und das mixtum imperium beschrieben? 473. Nach der Natur der Sache läßt sich der so genannte Gerichtszwang nicht von der Gerichtsbarkeit trennen? 473. Die Römer trennten den Gerichtszwang von der Gerichtsbarkeit und rechneten ihn zum imperio einer Magistratsperson, 474. Einige Rechtslehrer behaupten die römischen Rechtsgelehrten hätten die Gerichtsbarkeit und das imperium blos dem Namen nach unterschieden, 474. Weil das ius dandi iudicem eine besondere Concession voraussetzte, so folgt, daß es nicht schon in der Gerichtsbarkeit selbst gelegen habe, 475. Die Gesetze unterscheiden die Handlungen sehr genau, welche blos zur Jurisdiction gerechnet wurden von denen die zum imperium mixtum gehörten, 475. Eine Municipalobrigkeit hatte kein imperium, 476. Einiger Gerichtszwang mußte zwar derselben gestattet werden, er war aber doch sehr eingeschränkt, 476. Bey diesen Obrigkeiten war also der Unterschied zwischen iurisdictio und imperium sehr wichtig, 476. Woher kommt es, daß in den Gesetzen bisweilen imperium und iurisdictio als gleiche Dinge angeführt werden? 477. Was verstand man in der Republik unter dem imperio? 477. Bisweilen

weilen hieß imperium, der vermöge obrigkeitlicher Amtsgewalt ertheilte Befehl, 471. Aus mehrern Gesetzen sieht man, daß das imperium ein Recht der höhern Magistratspersonen gewesen, zur Vollstreckung des gegebenen Befehls die Lictoren zu gebrauchen, und die Ungehorsamen zur gefänglichen Haft bringen zu lassen, 478. In neuern Zeiten theilte man das imperium mixtum und merum, 478. Ueber den eigentlichen Verstand des Ausdrucks „mixtum imperium“ haben die Rechtsgelehrten viel Seltsames vorgebracht, 479. Einige Rechtslehrer unterscheiden gar imperium summum merum et mixtum, 479. Merum imperium soll nach der Behauptung einiger Rechtslehrer diejenige Gewalt gewesen seyn, die ein Statthalter in der Provinz hatte, 479. Einige Rechtslehrer glauben mixtum imperium sey nichts weiter gewesen, als was sonst iurisdictio genannt wurde, und man habe jenen Namen nur gebraucht, um die Jurisdiction der höhern Magistratspersonen von der Notion der Obrigkeiten in den Municipalstädten zu unterscheiden, 480. Wie erklären andere Rechtsgelehrte beyde Ausdrücke? 480. Was für ein Unterschied wird von den Rechtsgelehrten zwischen dem imperio mero und mixto einer Magistratsperson angegeben? 481. Wenn die höhere Magistratsperson ihre Jurisdiction Jemanden übertrug, so gieng auch das imperium mixtum auf den Stellvertreter, so weit es sichs jene nicht vorbehalten, 481. Das imperium merum wurde dem Staatsbeamten durch Ueberreichung eines Schwerdts übertragen, 482. Was nennt man honores iuris gladii? 482. Das imperium mixtum zeigte sich hauptsächlich in Civilsachen, 482. Was für Handlungen konnte derjenige vornehmen, dem ein imperium mixtum zustand? 482. Dem imperio mero war die Bestrafung aller Verbrechen vorbehalten, 483. Das merum imperium war nicht bey allen Magistratspersonen, die es hatten, von gleichem Umfange, 484. Der Praefectus vrbi und die Praefecti praetorio hatten die größte Gewalt in Straffachen, 484. Sie durften aus wichtigen Gründen von der Strafe der Gesetze abgehen, 485.

§. 189.

Die Gerichtsbarkeit nach dem heutigen Gebrauch wird in die oberste und höchste eingetheilt und in die Gerichtsbarkeit schlechtweg, 486. Weil die Gerichtsbarkeit ein Hoheitsrecht ist, so muß sie der Landesherr Jemanden überlassen, wenn er sie rechtmäßig ausüben will, 486. Die rechtmäßigen Erwerbungsarten der Gerichtsbarkeit bestehen in der Concession derselben und in der eintretenden unerdenklichen Verjährung, 486. Der bloße Besitz schützt Niemanden gegen die Abforderung des Titels, wie man zur Gerichtsbarkeit gelangt sey, 487. Die Gerichtsbarkeit kann von Niemanden anders erworben werden, als mit Vorbehalt der landesherrlichen Oberaufsicht über die Art und Weise des rechtmäßigen Gebrauchs, 487. Weil die Gerichtsbarkeit ein wesentliches Hoheitsrecht ist, welches kein Regent ganz fahren lassen kann, so bleibt ihm allemal noch Antheil an derselben übrig, woraus das Recht entsteht, die Appellation anzunehmen, 488. Dieses Recht kann aber nicht dazu gebraucht werden, den mit der Gerichtsbarkeit Beliehenen in der rechtmäßigen Ausübung derselben einzuschränken, 488. Was kann der Regent vermöge seiner höchsten Oberaufsicht über die Ausübung der Gerichtsbarkeit thun? 488. Der verliehenen Gerichtsbarkeit ungeachtet, behält der Regent die Ausübung aller übrigen Hoheitsrechte, 489. Derjenige, dem die Gerichtsbarkeit vom Regenten verliehen worden, hat ein ausschließendes Recht zur Ausübung derselben, 489. Es muß die Auslegung wider den Regenten gemacht werden, wenn er behauptet, das Recht zu haben, an der Ausübung einer, Jemanden auf diese Art überlassenen Gerichtsbarkeit, Theil zu nehmen, 490. Die Gerichtsbarkeit kann sowohl bestimmt als unbestimmt an Privatpersonen überlassen werden, 490. Wenn ist die Gerichtsbarkeit bestimmt überlassen worden, 491. Auf welche Art wird in diesem Falle der mit dem Regenten über die Ausübung entstandene Streit entschieden? 491. Betrift der Streit die Art und Weise der Ausübung der Gerichtsbarkeit, so muß sich der mit der Gerichtsbarkeit verliehene darnach richten, was andere Gerichtsbesitzer für Recht halten, 491. Die Patrimonialgerichte dürfen sich nicht nach der alten Sportel-

taxe

taxe richten, wenn eine neue eingeführt worden, 491. Wie muß die Auslegung gemacht werden, wenn die Gattung der verliehenen Gerichtsbarkeit bey der Verleihung gar nicht bestimmt worden? 492. Was für Gründe führen diejenigen Rechtsgelehrten an, welche behaupten, wenn Jemanden die Gerichtsbarkeit überhaupt verliehen worden, ohne die peinlichen ausdrücklich zu nennen, gleich wohl diese als ertheilt angenommen werden müsse? 492. Was für Gründe führen die Gegner an? 493. Die Wörter Gerichtsbarkeit, Gericht, Jurisdiction sind in den ältern Zeiten in verschiedenen Verstande gebraucht worden, 493. Die alten Teutschen nennten die peinliche Gerichtsbarkeit die hohe Gerichtsbarkeit, die obersten Gerichte, Ungerichte, 493. Es ist hinlänglich bewiesen, daß man sich in den alten Urkunden deutlicher Kennzeichen der Allgemeinheit bedient habe, wenn beyde Arten der Gerichtsbarkeit ertheilt werden sollen, 493. Die alte Art sich darüber zu erklären, hat man in den neuern Concessionsurkunden der Gerichtsbarkeit mehrentheils beybehalten, 494. Weil es zweifelhaft ist, was unter dem Wort Gericht verstanden worden, die peinliche Gerichtsbarkeit unter die wesentlichen Hoheitsrechte gehört, von diesen aber nicht leicht an andere ein Theil überlassen werden soll, so ist nicht dafür zu halten, daß die peinliche Gerichtsbarkeit verliehen worden, 494. Man darf den Regenten bey der Beurtheilung der verliehenen Gerichtsbarkeit nicht schärfer beurtheilen, als Privatperson bey der Auslegung ihre Verträge beurtheilt werden, 495. Privilegien müssen alsdenn, wenn sie in Regalien bestehen, um desto eher einschränkend erklärt werden, 495. Aus dem römischen Rechte läßt sich kein Schluß auf den Satz machen, daß im Zweifel die peinliche Gerichtsbarkeit verliehen worden, 495. Man findet, daß, wenn in Concessionsurkunden von Gerichten, Gerichtsbarkeit, Jurisdiction schlechtweg die Rede ist, die Besitzer der Gerichtsbarkeit mehrentheils nur die niedere Gerichtsbarkeit haben, 496. Diese Regel hat einige Ausnahmen, 496. Nach unserer Einrichtung und der Natur der Sache ist anzunehmen, daß die ertheilte Gerichtsbarkeit den überlassenen Gerichtszwang zugleich in sich fassen, 497. Auch die willkühr-

liche Gerichtsbarkeit wird bey der bürgerlichen für mitertheilt gehalten, 497. Wenn an einem Orte zweyerley Gerichte sind, bürgerliche und peinliche, so hat der Regel nach der bürgerliche Richter das Recht die Polizey zu besorgen, 497. Solche Rechte, die kein Theil der Gerichtsbarkeit sind, müssen besonders erworben werden, 498. Der Regent kann seine höchste Gerichtsbarkeit so weit ausdehnen, als sein Territorium geht, 498. Der Unterrichter darf seine Gerichtsbarkeit nicht weiter ausdehnen, als sein Gerichtsbezirk geht, 498. Von schriftsäßigen und amtsäßigen Häusern, 499. Wie ist die Regel zu verstehen: vbi iudex ibi iudicium, 499. Was versteht man unter der Flur? 499. Kann man die heutige Gerichtsbarkeit aus einer doppelten Quelle herleiten? 501. Ist es erweislich, daß die Gerichtsbarkeit in Teutschland bisweilen aus dem Rechte des freyen Eigenthums entstanden sey? 501. Geschichte und Gesetze beweisen es, daß man die Gerichtsbarkeit in Teutschland in den ältesten Zeiten für ein Hoheitsrecht gehalten, 502. Den Gütern des niedern Adels stand vor Entstehung der Landeshoheit keine Gerichtsbarkeit zu, sondern der niedere Adel und ihre Mäyer mußten vor den Gerichten der Grafen Recht suchen, 503. Was nennt man die Blutfahne und das Blutbanier? 503. Es war eine allgemeine Regel im Mittelalter, der Kaiser sey oberster Blutrichter, 504. Nach Entstehung der Landeshoheit in Teutschland hielten es die Reichsstände nicht mehr für nöthig um die Belehnung mit der Gerichtsbarkeit beym Kaiser nachzusuchen, 504. Es ist bewiesen, daß die unmittelbaren Reichsritter auf ihren Gütern den Blutbann nicht später als die Reichsstände an sich gebracht haben, 505. Wie muß man die kaiserlichen Belehnungen mit der Gerichtsbarkeit, welche in neuern Zeiten geschehen sind, erklären? 505. Nach Einführung der Landeshoheit fingen die teutschen Reichsstände an, dem Adel, den Klöstern und Städten ihrer Territorien, die Gerichtsbarkeit zu überlassen, 506. Man unterschied in vielen teutschen Provinzen die hohe, mitlere und niedere Gerichtsbarkeit, 506. Noch im funfzehenden Jahrhundert überließen die Landesherren dem landsäßigen Adel die peinliche Gerichtsbarkeit äußerst selten, 507.

Weil

Weil der Regent die erste Quelle der Gerichtsbarkeit im Staate ist, so hängt es auch von seinem Willen ab, zu bestimmen, durch wen die Gerichtsbarkeit verwaltet werden soll, 507. Die Concurrenz des Landesherrn bey der Ausübung der Patrimonalgerichtsbarkeit wird nicht vermuthet, 508. Die ertheilte Concession der Gerichtsbarkeit ist nie anders zu verstehen, als mit beybehaltener Unterwürfigkeit gegen den Regenten, 508. Die geschehene privative Concession wirkt nur so viel, daß dem Gerichtsherrn kein Einhalt gethan werden darf, wenn er die Gerichtsbarkeit nach dem Vertrage ausübt, 509. Außer seinem Gerichtssprengel ist der Richter blos als eine Privatperson zu betrachten, 510. Bey dem Streite über die unbestimmt verliehene Gerichtsbarkeit kommt es darauf an, ob ein Regallehen verliehen worden, 510. Sehr streitig ist die Frage: ob unter der generellen Verleihung aller Gerichte auch die geistliche Gerichtsbarkeit zu verstehen sey? 514. Ist alsdenn blos das Patronatrecht darunter zu verstehen, wenn Jemand ausdrücklich mit den geistlichen und weltlichen Gerichten belehnt worden? 514. Wenn der Landesherr die geistliche Gerichtsbarkeit hat verleihen können, und das Subject ist zur Erwerbung derselben fähig, so kann man annehmen, daß unter dem allgemeinen Ausdruck alle Gerichte, auch die geistliche Gerichtsbarkeit gemeynt sey, 516. Daß in protestantischen Ländern weltliche Personen der geistlichen Gerichtsbarkeit fähig sind, ist eine bekannte Sache, 516. Kann der Besitzer der Gerichtsbarkeit den bloßen Besitz wider den Regenten brauchen, um sich als rechtmäßigen Erwerber zu legitimiren? 517. Wer sich ein wesentliches Hoheitsrecht anmaßt, kann sich nicht durch Anführung des Besitzes als rechtmäßigen Besitzer legitimiren, 513. Wenn gleich der Besitzer der Gerichtsbarkeit schuldig ist, den Rechtstitel anzuzeigen, so darf ihm gleichwohl der Besitz nicht sogleich vom Regenten entzogen werden, 519.

§. 190.

Wenn man die ganze Lehre von der Gerichtsbarkeit genau fassen will, muß man auch wissen, was für Personen bey den

den Römern und Teutschen die Gerichtsbarkeit zu allen Zeiten ausgeübt haben, 519. Von der Ausübung der Gerichtsbarkeit bey den Römern unter den Königen und den Consuls nach Einführung der Republik, 520. Wodurch sahen sich die Römer genöthigt, die iudices pedaneos bey der Gerichtsbarkeit zu brauchen? 521. Von der Entstehung und der eigentlichen Beschaffenheit des Centumviralgerichts, 521. Wenn ist das Centumviralgericht entstanden? 522. Zehen Mitglieder des Centumviralgerichts hießen decemuiri litibus iudicandis, 522. Was die Centumuiri in Rom zu thun hatten, verrichteten in den Provinzen zwanzig recuperatores, 523. Der Prätor mußte die Untersuchung der streitigen Handlung bey einem Proceß in den mehresten Fällen dem iudex pedaneus überlassen, 523. Wenn hieß das rechtliche Verfahren iudicium stricti iuris? 523. Was nennte man iudicium bonae fidei? 524. Wenn wurden die iudices pedanei recuperatores genennt? 524. Ein iudex pedaneus konnten in Rechtsangelegenheiten seiner Familie die Untersuchung der streitigen Handlung vornehmen? 525. Unter der Republik war der Prätor die Hauptperson bey der Verwaltung der Gerichtsbarkeit in Rom, 527. In den Municipalstädten verwalteten die duumuiri und die Decurionen die Gerichtsbarkeit, 527. Nach Einführung der kaiserlichen Regierung gab es verschiedne Staatsbeamten die zur Ausübung der Gerichtsbarkeit in Rom bestellt worden, 527. Wie wurde die Gerichtsbarkeit in den Provinzen unter der Regierung der ersten Kaiser administrirt, 527. In Teutschland waren anfangs die Priester, die Verwalter der Gerichtsbarkeit, 528. Bey vielen teutschen Völkern übten die Grafen und die Schöppen die Gerichtsbarkeit aus, 528. Die Richter bey den Franken hießen iudices centenarii, oder decani, 529. Unter den sächsischen Kaisern wurden die Vögte zur Ausübung der Gerichtsbarkeit gebraucht, 529 und 530. Die Gerichte in den damaligen Zeiten hatten verschiedne Benennungen, 529. Nach Einführung der Landeshoheit änderte sich die Beschaffenheit der teutschen Gerichte, 531. Was versteht man unter Obergerichten, 531. Vom Canzler und den Canzleyen, 531.

Von

Von allgemeinen Landgerichten, 532. Von Hofgerichten, 533. Von Amtsgerichten, 533. Von Bauergerichten, 533. Von Gerichten in den Städten, 535.

§. 191.

Es giebt verschiedne Gattungen der Gerichtsbarkeit in Teutschland, 537. Bey der Eintheilung der Gerichtsbarkeit muß auf die Personen Rücksicht genommen werden, welche solche haben, 537. Bey einer andern Eintheilung der Gerichtsbarkeit nimmt man auf die Sachen Rücksicht, bey denen sie gebraucht wird, 537. Bey der dritten Eintheilung der Gerichtsbarkeit wird auf den Umfang und die Grenzen Rücksicht genommen, wie weit sich die Gerichtsbarkeit erstreckt, 538 Von der Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die eigene und administratorische, 539. Man findet bey der administratorischen Gerichtsbarkeit in Teutschland keine gleichförmige Einrichtung, 539. Es ist unerwiesen, daß die Gerichtsbarkeit ehedem allemal mit der Vogtey verbunden gewesen, 539. Was versteht man unter der eigenen Gerichtsbarkeit? 542. Sie wird in die Patrimonialgerichtsbarkeit eingetheilt und in die eigene Gerichtsbarkeit in der engern Bedeutung, 542. Es giebt verschiedne Arten der eigenen Gerichtsbarkeit in der engern Bedeutung des Worts, 543. Wie ist die Patrimonialgerichtsbarkeit entstanden? 544. Man findet in den Gegenden, wo man in vorigen Zeiten blos Bauern und keine Leibeigene gehabt hat, eben so wenige Beweise der Patrimonialgerichtsbarkeit, als in denjenigen Provinzen, wo dergleichen waren, 545. Was bisweilen Veranlassung war, daß Jemand um die Belehnung mit der Gerichtsbarkeit nachsuchte, kann doch gewiß nicht für den Ursprung der Gerichtsbarkeit gehalten werden, 546. Aus Urkunden sieht man deutlich, daß der Adel sich bemüht hat, die Gerichtsbarkeit zu ihren Gütern zu bringen, 547. Es ist irrig, daß erst im funfzehenten Jahrhundert dem Adel die peinliche Gerichtsbarkeit von den teutschen Fürsten überlassen worden, 548. Vor dem funfzehenten Jahrhundert findet man keine deutliche Spuren daß bürgerlichen Personen die Gerichtsbarkeit überlassen worden, 549. Die

Real-

Realgerichtsbarkeit ist entweder die eigentlich so genannte dingliche Gerichtsbarkeit, oder die erb- und eigenthümliche Gerichtsbarkeit, 550. Wenn alle Gutsbesitzer die Gerichtsbarkeit über ihre Bauern gehabt hätten, so würden die teutschen Kaiser nicht nöthig gehabt haben, Grafen und Landrichter zu bestellen, 552.

§. 192.

Von der Natur und Beschaffenheit der Patrimonialgerichtsbarkeit, 555. Sie kann ein Eigenthum solcher Personen seyn, die nicht zu Richtern genommen werden dürfen, 555. Warum ist der Gerichtsherr befugt einen Gerichtsverwalter zu Verwaltung der Gerichtsbarkeit zu bestellen? 556. Was hat der Gerichtsherr bey der Bestellung eines neuen Gerichtsverwalters zu beobachten? 557. Wie geschieht die wirkliche Uebernahme der Gerichtsverwalterstelle? 558. Wie wird der Werth der Patrimonialgerichtsbarkeit berechnet, wenn sie als Capital angeschlagen werden soll? 559. Derjenige, dem die Patrimonialgerichtsbarkeit zusteht, hat zum Gebrauch aller derjenigen Mittel ein Recht, ohne welche man die Gerichtsbarkeit gar nicht ausüben kann, 561. Was für Personen sind der Patrimonialgerichtsbarkeit unterworfen? 562. Die Eltern, die Ehefrau und die Kinder des Gerichtsherrn sind seiner Patrimonialgerichtsbarkeit nicht unterworfen, 563. Kann der Patrimonialgerichtsherr seine Gerichtsuntergebene bey seinen Patrimonialgerichten in seinen eigenen Rechtsangelegenheiten verklagen? 564. Kann von der Vermuthung der Partheylichkeit des Gerichtsverwalters ein Argument gegen diese Frage hergenommen werden? 565. Ist der Gerichtsverwalter nicht wenigstens schlechterdings schuldig in solchen Rechtsangelegenheiten die Acten zu verschicken? 567. Was für Argumente führen die Gegner dieser Meynung an? 568. Ist der Pachter des Gutes ebenfalls berechtigt die Bauern vor den Patrimonialgerichten zu verklagen? 572. Muß sichs der Gerichtsherr gefallen lassen, daß ihn seine Gerichtsuntergebenen vor seinen eigenen Gerichten verklagen können? 573.

---

§. 151. 152.

Was die Adoption sey, ist am Schluß des vorigen Theils gezeigt worden; nunmehr wollen wir sehen, was für rechtliche Würkungen damit verknüpft sind. Hier muß vor allen Dingen darauf Rücksicht genommen werden, ob die Annehmung an Kindesstatt von einer Mannsperson, oder einer Frauensperson geschehen sey. Ist die Frage von den Würkungen derjenigen Annahme an Kindes statt, welche von einer Mannsperson vorgenommen worden, so unterscheiden die Gesetze nochmals zwischen der Arrogation und der eigentlichen Adoption.

Aus der Arrogation entspringt nach den Gesetzen

1) eine Verwandtschaft, welche zwar ein Agnationsrecht bewirkt, aber keine Blutsfreundschaft [a]). Weil Niemand durch die Adoption ein wirkliches leibliches Kind wird, sondern blos im Rechtsverstande dafür anzusehen ist, so kann die Verwandtschaft zwischen dem Adoptivvater und dem Adoptivkinde keine natürliche, sondern blos eine bürgerliche Verwandtschaft seyn, und diese macht nur der so genannten Agnationsrechte theilhaftig. Diese Verwandtschaft wird

a) in Rücksicht auf den Wahlvater oder Arrogator durch den Ausdruck paternitas, und in Ansehung des arro-

a) L. 23. D. de adopt. emancip. et aliis modis quib. etc.

arrogirten Kindes durch die Benennung suitas angezeigt [b]).

b) Zwischen dem arrogirten Kinde und den leiblichen Kindern des Wahlvaters entsteht fraternitas; es werden aber diese Geschwister blos für consanguinei erklärt [c]). Sollte der Wahlvater von seinem Sohne bereits einen Enkel haben, und gleichwohl will er noch ein fremdes Kind an Enkels statt annehmen, so wirkt diese Arrogation unter diesen beyden Enkeln die Rechte der Consanguinität nicht eher, als wenn die Arrogation ausdrücklich und mit der Bedingung geschehen ist, daß der arrogirte Enkel für ein von dem Sohne des Arrogators selbst gezeugtes Kind gehalten werden solle [d]).

c) Zwischen dem arrogirten Kinde und den Agnaten des Arrogators bewirkt zwar die geschehene Annahme an Kindes statt die Agnation; hingegen mit allen denjenigen Personen, welche blos Cognaten des Arrogators sind, wird das arrogirte Kind kein Verwandter, folglich wird die Mutter des Wahlvaters nicht die Großmutter des arrogirten Kindes, so wie auch die Frau des Arrogators nicht als Mutter eines solchen Kindes angesehen werden darf, sondern sie ist als seine Stiefmutter zu betrachten [e]).

2) Entsteht durch die geschehene Arrogation ein gegenseitiges Erbrecht unter allen den Personen, die dadurch Agnaten geworden sind [f]), und daher beerbt das arrogirte Kind seinen Wahlvater iure sui heredis, seine Agnaten aber iure agnationis. Diese Materie gehört zu der Lehre von der Intestaterbfolge.

3) Der Arrogator erlangt über das arrogirte Kind die väterliche Gewalt, und wenn es selbst schon Kinder haben

b) §. 1. Inst. de nupt.
c) L. 23. D. h. t. L. 17. pr. D. de ritu nupt.
d) L. 44. D. de adopt.
e) L. 23. D. de adopt.
f) L. 10. §. 5. C. de adopt.

haben sollte, so bekommt er auch über diese die väterliche Gewalt, folglich werden sie seine Enkel [g]). Die Würkungen dieser väterlichen Gewalt, sind jedoch alsdenn sehr eingeschränkt worden, wenn das arrogirte Kind noch nicht mündig seyn sollte, wie wir bald sehen werden.

4) Das arrogirte Kind leidet zwar durch die Arrogation eine Capitisdeminution; diese zieht aber dennoch keinen Verlust der zeither gehabten bürgerlichen Würde nach sich, wenn gleich der Wahlvater von niedrigerem Stande seyn sollte [h]).

5) Da das arrogirte Kind überhaupt aller Familienrechte des Wahlvaters theilhaftig wird, wenn sie sich nicht auf die Blutsverwandtschaft (ius sanguinis) gründen, so bekommt es nicht nur den Namen, sondern auch den Stand und die Würde des Arrogators [i]). Heutiges Tages wird es gemeiniglich so gehalten, daß der Name des Wahlvaters vor oder nach dem Geburtsnamen des arrogirten Kindes gesetzt wird, z. B. Schütz-Großmann, oder Großmann genannt Schütz. So viel von den Würkungen der Arrogation, wenn sie von einer Mannsperson geschehen ist.

Was die Rechte betrifft, welche durch eine geschehene eigentlich so genannte Adoption bewürkt werden, so hat der Kaiser Justinian festgesetzt [k]), daß andere Rechte eintreten sollen, wenn sie von einem Ascendenten des an Kindes statt Angenommenen geschehen ist, und andere Rechte sollen statt haben, wenn der Adoptivvater kein Ascendent seines Adoptivkindes ist, sondern ein Fremder. Im ersten Falle erlangt der Adoptivvater, nach Justinians Verordnung, die väterliche Gewalt über den Adoptirten, aber nicht über seine Kinder, folglich werden sie nicht seine

g) L. 2. §. 2. D. de adopt. §. 11. Inst. eod.
h) L. 15. §. fin. D. ad munic. L. 35. D. de adopt.
i) L. 5. 6. D. de senat. et Ant. Faber in Rat. ad h. l. L. 23. D. de adopt. Trotz de memoria propag. Pag. 243.
k) L. pen. C. de adopt. VIII, 48.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684934/phys_0069
DFG

Enkel, sondern diese bleiben in der Gewalt des leiblichen Großvaters, wie man aus der L. 40. pr. D. h. t. sieht, sie müßten denn etwa erst nach bereits geschehener Adoption gebohren worden seyn [l]). Die väterliche Gewalt erlangt nach neuern Rechten also nur der Großvater, wenn er seinen Enkel oder seine Enkelin adoptirt hat. In diesem Falle entsteht aber nunmehr eine doppelte Verwandtschaft, nämlich eine bürgerliche und natürliche zugleich, cognatio duplex, welche bey der Intestaterbfolge wichtige Folgen zeigt, wie g. G. bey dieser Materie gezeigt werden soll. Die von einem Ascendenten geschehene Annahme an Kindes statt, verschafft dem Adoptivkinde auch das ius sui heredis, und dieses ist so stark, daß ihm solches von dem Adoptivvater selbst durch sein Testament nicht anders genommen werden kann, als wenn eine rechtmäßige Enterbungsursache eintrit [m]).

Ist die Adoption von einem Fremden geschehen, das heißt, von einer Person, welche kein Ascendent des an Kindes statt Angenommenen ist, so bekommt dieser nach Justinians Willen weder die väterliche Gewalt, noch das Adoptivkind die Familienrechte, ja es erbt nur alsdenn von seinem Adoptivvater, wenn er ohne Testament verstorben ist. Wenn ich daher z. B. meines Bruders Sohn adoptire, so wird er dadurch meiner väterlichen Gewalt nicht unterworfen, folglich habe ich auch keinen Nießbrauch an seinem Vermögen; und er erbt nur alsdenn von mir, wenn ich sterbe, ohne ein Testament gemacht zu haben. Machte ich aber ein Testament, so kann ich ihn darin ganz übergehen, oder ausschließen. Ich, der Adoptivvater, habe durch diese Adoption ganz und gar kein Erbrecht auf das Vermögen meines Adoptivkindes bekommen, weil solches von seinen leiblichen Aeltern beerbt wird, da es der von mir geschehenen Adoption ungeachtet, der väterlichen

l) L. 27. D. h. t. et Faber ad h. l.
m) L. 10. pr. C. de adopt. VIII, 48.

lichen Gewalt seines leiblichen Vaters unterworfen blieb, und immer noch zu seiner Familie gehörte. Die Ursache, welche den Kaiser Justinian zu dieser Verordnung und Abweichung von den vorigen Gesetzen bewog, war folgender Umstand. Es geschahe nämlich nicht selten, daß ein solches adoptirtes Kind von seinem Adoptivvater wieder emancipirt wurde. In diesem Falle erbte es nunmehr weder von seinem Adoptivvater, noch von seinen leiblichen Aeltern, da es nicht mehr zu ihren Notherben gehörte. Dieses zu verhüten, gäb Justinian das mehrmals angeführte neue Gesetz, vermöge dessen solche adoptirte Kinder, ihren leiblichen Aeltern der Adoption ungeachtet, succediren sollten. Emancipirt also der Adoptivvater sein Adoptivkind, so verliert es zwar das zeither gehabte Erbrecht auf die Verlassenschaft desselben; es bleibt aber dennoch ein Intestaterbe seines leiblichen Vaters. Einige Rechtslehrer n) behaupten zwar, auch ein Fremder erlange durch diese Adoption die väterliche Gewalt. Diese Meynung streitet aber mit der deutlichen Verordnung der Gesetze o); denn im §. 1. Inst. h. t. heißt es ausdrücklich: hodie ex nostra constitutione, cum filiusfamilias a patre naturali extraneae personae in adoptionem datur, iura patriae potestatis minime dissoluuntur, nec quidquam ad patrem adoptiuum transit, *nec in potestate* eius est.

Da die Verordnung des Justinians in der L. 10. C. de adopt. hier so wichtig ist, und dieses Gesetz von vielen Rechtsgelehrten für sehr dunkel gehalten wird, so hat Herr HR. Glück Thl. 3. S. 314 Folgendes darüber vorgetragen. Justinian erzählt im Eingange derselben, daß

n) Matthaei ad Instit. Trai. ad Rhen. 1672. 4. h. t. §. 2. Best Coniect. c. 4. in Oelrich. thes. Vol. I. Part. I. p. 221. Petr. de Greve Exerc. ad Pand. Ex. 1. Obs. 20. Pag. 18.

o) Franzk. Exerc. 2. Qu. 2. Illustr. Püttmanni Miscell. ad ius pert. lib. sing. Pag. 43. Lipsi. 1796.

ein alter Streit unter den römischen Rechtsgelehrten über eine zweifelhafte Rechtsfrage, die Veranlassung dazu gegeben habe. Die Streitfrage war nämlich diese: ob ein adoptirtes Kind sich gegen das Testament seines leiblichen Vaters, darin selbiges von diesem präterirt worden, der Inofficiositätsklage bedienen könne, wenn das präterirte Kind zu der Zeit, da der leibliche Vater starb, sich noch in der Gewalt und Familie des Adoptivvaters befunden? Dieser letzte Umstand machte eben die Entscheidung der Frage zweifelhaft; denn wäre das Adoptivkind zur Zeit des Absterbens seines leiblichen Vaters schon emancipirt, und hierdurch auch von der väterlichen Gewalt des Adoptivvaters befreyet gewesen, so hätte die Frage gar keine Schwierigkeit gehabt, weil sodann dem präterirten Kinde die bonorum possessio contra tabulas zu statten gekommen wäre p). Papinian sprach nun dem Kinde, in dem vorliegenden Falle, die Inofficiositätsklage rund ab. Sein Entscheidungsgrund war: quod filius ad patrem *adoptiuum* totam spem extendere debeat, non successionem patris naturalis molestare; ein Grund, den hernach Justinian selbst zum Entscheidungsgrunde seiner Verordnung macht. Das Kind hatte sich einmal von der Familie seines leiblichen Vaters losgesagt, und wurde in Ansehung desselben, so lange es in der Familie des Adoptivvaters war, wie ein extraneus angesehen q); ja es konnte sich über das Testament seines leiblichen Vaters um so weniger beklagen, weil ihm ja derselbe einen andern Vater zum Versorger angewiesen hatte r). Aus diesen Gründen hatte auch Ulpian die Meynung des Papinians angenommen s). Allein Paulus läugnete nicht schlechterdings, daß dem Adoptivsohne die Inofficiositätsklage gegen das Testament seines leiblichen Vaters zustehe; nur glaubte er nicht, daß das Kind

p) §. 10. Inst. de hered. quae ab intest. defer.
q) §. 4. Inst. de exhered. liber.
r) L. 17. D. de bon. poss. contr. tab.
s) L. 8. §. 10. D. eod. tit.

Kind viel damit ausrichten werde, welches Justinian durch folgende Worte zu verstehen giebt: Paulus autem sine effectu derelinquit. Indessen, daß sie würklich zuweilen mit glücklichem Erfolg gegen das Testament des leiblichen Vaters bey den Centumviris angestellt worden, beweist das Beyspiel des römischen Ritters M. Ancus Carseolanus beym Valerius [1]), welchen auch sein Vater nach geschehener Adoption präterirt hatte. Marcian endlich machte einen Unterschied, ob der Adoptivvater arm, oder ein vermögender Mann sey. Im ersten Falle könne der präterirte Sohn die Inofficiositätsklage gegen das Testament seines leiblichen Vaters anstellen; weil hier der Vater seinen Sohn offenbar hintergangen hat, daß er ihn von einem Unvermögenden hat adoptiren lassen. Im letzten Fall hingegen habe der Sohn nicht Ursache sich zu beklagen, da er aus den Gütern seines Adoptivvaters noch seinen Erbtheil zu hoffen habe. Vermuthlich hatte Marcian hiervon im 4ten Buche seiner Institutionen gehandelt, wie sich aus der L. 30. D. de inoff. test. schließen läßt. Allein wie? wenn nach dem Tode des leiblichen Vaters auch der Adoptivvater das Kind emancipirte? Was half es nun dem Kinde, wenn auch der Adoptivvater noch so reich war? Die Hoffnung zur Erbschaft desselben war nun für das Kind auf immer verloren. Sonach konnte es also leicht geschehen, daß das Adoptivkind weder den leiblichen, noch den Adoptivvater beerbte. Dieß suchte nun Justinian durch diese neue Verordnung zu verhüten, worin er will, daß nur in dem Fall, wenn die Adoption von einem Ascendenten, z. B. von dem mütterlichen Großvater geschehen, die Verbindung mit dem leiblichen Vater, so lange nämlich das Kind in der Gewalt und Familie des Adoptivvaters bleibt, aufhören, und dasselbe auf dessen Erbschaft allein seine Hoffnung richten sollte. Denn würde das Kind vom Adoptivvater emancipirt, so sollte es zu seinem leiblichen Vater zu-

1) Val. Maxim. VII, 7.

rückkehren, und in Ansehung desselben seine verlornen Kindesrechte wieder erhalten. Ob jedoch dem emancipirten Kinde auch noch nach dem Tode seines leiblichen Vaters, wenn dieser etwa das Kind im Vertrauen auf die Erbschaft des Adoptivvaters präferirt hätte, der Weg zur Succession desselben offen stehen solle, hat Justinian wenigstens deutlich nicht bestimmt; indessen glaubte es Merillius u) nicht ohne Grund, welcher schreibt: — Quod si filius parentibus in adoptionem datus ab iis postea emancipatus fuerit, vult IVSTINIANVS, filium reuerti ad patrem naturalem, hoc est, ad successionem ipsius. Non satis quidem expressit, vtrum reuerti possit filius adoptiuus emancipatus ad successionem patris naturalis, siue viuus, siue mortuus ille fuerit: sed quia supra id vitium in distinctione MARCIANI proposuit, sane et illud emendare voluit, vt scilicet filius emancipatus ab adoptiuo patre ex ascendentibus, mortuo patre naturali, ad successionem ipsius reuertatur, quamuis in aliena familia fuerit eo tempore quo pater moreretur. Wenn hingegen die Adoption von einem Extraneus geschehen (S. 7), so solle das Adoptivkind die völligen Kindesrechte in Ansehung seines leiblichen Vaters behalten, und zwar nicht blos in Betracht der Intestaterbfolge, sondern auch der Testamentarischen, wie auch der, den unbilliger Weise enterbten Kindern zustehenden Inofficiositätsklage. In Ansehung des Adoptivvaters aber soll das Kind nur sui heredis ius ad eius successionem ab intestato erhalten: non etiam legitima iura ad familiam extranei patris adoptiui, wie Justinian sich ausdrückt, nec ipsa ad eum communionem aliquam habeat; sed quasi extraneus ita ad illam familiam inueniatur.

Diese Grundsätze haben die Eintheilung der Adoption im engern Verstande, in die vollkommne und unvollkommne veranlaßt. Erstere ist diejenige, welche von einem

u) MERILLIVS ad Dec. Iust. Pag. 43.

einem Ascendenten des adoptirten Kindes, dem Großvater oder Urgroßvater z. B. vorgenommen worden, und sie wirkt auf Seiten des Adoptivvaters die väterliche Gewalt, auf Seiten des als Kind angenommenen Descendenten aber ein vollkommnes ius sui heredis. Die Letztere oder die so genannte unvollkommne Adoption kommt bey Personen vor, die nicht für Ascendenten und Descendenten zu halten sind, sondern wenn ein Extraneus ein Kind, das selbst noch Aeltern hat, adoptirt, und diese hat für das adoptirte Kind weiter keine Folge, als daß es ein Recht zur Intestaterbfolge seines Adoptivvaters erlangt, wie S. 4 gesagt worden. Uebrigens wird das Erbrecht eines solchen Adoptivkindes in Ansehung seiner leiblichen Aeltern und übrigen Verwandten durch die geschehene Adoption dieser Art nicht aufgehoben, sondern es behält solches ungeschmälert x); gleichwie auch eben deswegen die leiblichen Aeltern und übrigen Verwandten ihr Erbrecht behalten, indem weder der Wahlvater, noch seine Ascendenten dem Wahlkinde succediren y).

Wir haben zeither die Würkungen der Adoption betrachtet, wenn solche von einer Mannsperson geschehen ist; da aber auch Weibspersonen das Recht erhalten können, eine Adoption vornehmen zu dürfen, wie im 2ten Thl. S. 568 gezeigt worden, so muß man auch mit den Würkungen bekannt seyn, die in diesem Falle eintreten. Die Natur der Sache bringt es mit sich, daß ein Frauenzimmer, welches vom Regenten das Recht erhalten, Jemanden an Kindes statt anzunehmen, durch die würklich vorgenommene Adoption die Rechte der römischen väterlichen Gewalt nicht erwerben könne, da sie dazu gar nicht fähig ist; es würde aber dennoch ungerecht seyn, wenn man ihr diejenigen Rechte absprechen wollte, darauf in Teutschland jede Mutter über ihre leiblichen Kinder An-

x) L. 10. §. 2. C. de adopt.

y) L. 10. §. 1. in f. C de adopt. Foerster tr. de succeff. Lib. VII. c. 18. n. 1. Koch de succ. ab intest. §. 64.

spruch machen kann, welche wir im 2ten Theile dieses Commentars, S. 465 bis 488 betrachtet haben, und überhaupt genommen die natürliche älterliche Gewalt genennt werden. Das angenommene Kind erlangt durch diese Art der Adoption, ein Erbrecht in das Vermögen seiner Adoptivmutter, wenn sie ohne Testament gestorben ist; aber auf das Vermögen der mütterlichen Ascendenten kann dieses Kind keine solche Ansprüche machen, so wie auch die Mutter ihrem Adoptivkinde selbst nicht ab intestato succedirt, wie bey der Lehre von der Intestaterbfolge g. G. gezeigt werden soll [z]).

Nachdem die Rechte betrachtet worden, welche ein adoptirtes Kind der Regel nach erlangt, so muß von solchen Rechten gehandelt werden, worauf dergleichen Kinder keine Ansprüche machen dürfen. Hier gilt folgende Regel [a]): Adoptivkinder erlangen 1) diejenigen Rechte nicht, welche man Rechte des Bluts (iura sanguinis) nennt, wenn die Gesetze ihnen solche nicht ausdrücklich zusprechen; und 2) bekommen sie auch nicht einmal die Rechte der Kinder und der Familie, wenn ein wohlerworbenes Recht eines Dritten darunter leidet, oder ihnen gewisse Rechte nach der Reichs- oder Landesverfassung nicht zugesprochen werden können. Dieser allgemeinen Regel gemäß, behaupten die Rechtslehrer,

1) daß Adoptivkinder nicht adelich werden, wenn gleich ihr Adoptivvater von Adel seyn sollte; jedoch sind die Rechtslehrer nicht darüber einig, wie Herr RR. Eichmann weitläuftig ausgeführt hat. Verschiedne Rechtsgelehrte [b]) behaupten es, und glauben, es sey unanständig, wenn der Wahlvater von Adel, und sein adoptirtes Kind von bürgerlichem Stande sey; andere

z) Koch tr. de succeff. ab intest §. 42. et 67.

a) Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 3. S. 329.

b) Dion. Gothofr. ad L. 23. D. de adopt. Eyben ad Inst. Lib. I. tit. 11. Obs. 11. Riccius de vnione prolium, c. 9. §. 4.

dere [c]) machen einen Unterschied unter der **Arrogation** und der **Adoption**, und wieder andere [d]) unterscheiden, ob die Adoption von einem **Ascendenten** oder einem **Fremden** geschehen sey. Die mehresten Rechtsgelehrten [e]) sind aber der Meynung, daß in Teutschland heut zu Tage, der Adel durch die geschehene **Adoption** nicht erworben werde; jedoch ist es keinem Zweifel unterworfen, schreibt der Herr RR. **Eichmann**, daß, wenn das **Wahlkind** schon den Adel hat, es auch denselben behalte, und daß auch alsdenn ersteres den Adel erlange, wenn der Kaiser oder ein Pfalzgraf, dem das Recht zu adeln zusteht, den Adel ertheilt hat. Ein Fürst als Fürst, kann aber einem Adoptivkinde den Adel nicht ertheilen, sondern er muß zugleich ein solches Comitiv haben, wodurch ihm dieses Recht mit verliehen worden. Die Gründe für unsere Meynung sind folgende:

α) Ist bey uns der Kaiser die Quelle alles Adels, und zwar ist dieses kaiserliche **Reservatrecht** nicht von der Beschaffenheit, daß die Reichsstände vermöge ihrer Landeshoheit ein demselben ähnliches Recht ausüben können [f]). Wer also nicht durch die **Geburt** den Adel hat, der muß, vermöge unserer Reichsverfassung, den Adel von dem Kaiser, oder, wie gedacht, von demjenigen zu erlangen suchen, dem der Kaiser hierzu das Recht ertheilt hat.

β) Adop-

c) REINCKING de regim. secul. Lib. I. c. 11. n. 24.

d) HAHN ad WESENB. h. t. n. 6. FAESCH de insign. c. 1. n. 23.

e) BACHOV ad TREVTLER. I, 2. 20. a. TIRAQVELL. de nobilit. c. 15. n. 6. STRYCK Vsus mod. h. t. §. 8. KNORRE Differ. iur. Rom. et German. in nobilit. adopt. Hal. 1721. 1745. diff. 1. c. 2. §. 5. de SENCKENB. de iure nobilit. germ. §. 2. HOFACKER Princ. Iur. Rom. Tom. I. Pag. 474. WERNHER lect. comment. h. t. §. 6. Herr Prof. Riccius vom Adel, Thl. 2. Cap. 5. Herr HR. Runde im Privatrechte, §. 370. S. 277. der 2ten Ausg.

f) STRVV Iurispr. Princ. priu. P. IV. c. 5. Sect. 2. §. 2. IDEM in Syntagm. iur. publ. c. 11. §. 1.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684934/phys_0077
DFG

β) Adoptivkinder erlangen nur Familienrechte, und nicht die Rechte des Bluts; das Recht des Geburtsadels gehört aber zu den letztern, und nicht zu den erstern.

γ) Ist es auch irrig, wenn Einige, welche die gegenseitige Meynung haben, behaupten, daß der Adel durch Grund und Boden, per glebam, und auch durch die Ehe erworben werde, und hierdurch, daß er kein Recht des Bluts sey, beweisen wollen [s]). Ein so genanntes adeliches Lehn adelt nicht, sondern der Eigenthümer wird blos der Besitzer eines adelichen Ritterguts genannt [h]). Auch die Ehe würkt keinen Adel; denn wenn gleich die Frau an der Würde des Mannes Antheil nimmt, so verhält es sich dennoch ganz anders, wenn eine Person bürgerlichen Standes einen Edelmann, Grafen oder Fürsten heyrathet, indem sie allerdings eine Person bürgerlichen Standes bleibt, wenn ihr nicht vom Kaiser ein anderer Stand ertheilt worden [i]).

δ) Kann man auch nicht annehmen, daß bey den Römern das Adoptivkind den Adel erlangt habe; denn eines Theils hat es bey uns überhaupt mit dem Adel eine ganz andere Beschaffenheit, als wie bey den Römern, andern Theils war das Recht des Adels bey den Römern mehr ein Familienrecht, als ein Recht des Bluts. — Ob nun aber wohl nach dem, was darüber gesagt worden, der Kaiser solchen Adoptivkindern den Adel geben kann, so ist dieses doch mit der Bestimmung zu verstehen, daß er ihnen nicht zum Nachtheil der Stände oder der Domcapitel, das Recht

g) Eyben ad Inst. Lib. I. tit. XI. Obs. II.

h) Hvgo de statu reg. Germ. c. 4. §. 24. Itter de feud. Imp. c. 3. §. 4. 5. 6. Schilter ad rubr. iur. feud. Alem. §. 18. 19. Leyser de iurib. praed. nob. Saxon. §. 9.

i) Strvv in Iurispr. Princ. priuat. P. IV. c. 5. Sect. 2. §. 20. de Lvdewig D. de dignitate vxoris, s. vom Kunkeladel, Hal. 1718.

Recht der vier, acht oder gar mehr Ahnen ertheile [k]). Hier ist auch die Frage zu beantworten: wenn der Kaiser einer Person den Adel, für alle ihre Kinder und Nachkommen ertheilt hat, ob alsdenn ihre Adoptivkinder ebenfalls adelich sind? Einige behaupten es, und geben die Cautel an, daß man den Adel für alle Kinder und Nachkommen ohne Unterschied suchen solle [l]). Herr RR. Eichmann ist der Meynung, wenn auch diesem Gesuch gemäß der Adel mit der Clausel: „für alle Kinder und Nachkommen ohne Unterschied" ertheilt worden, so gebe ein solcher Adelsbrief gleichwohl Adoptivkindern keinen Adel, weil man nach richtigen Grundsätzen der Auslegung, unter Kindern und Nachkommen ohne Unterschied in einem zweifelhaften Falle, die Adoptivkinder nicht verstehen könne.

Adoptirt ein Reichsstand, so erlangt das Wahlkind nicht so schlechterdings den Namen, Wappen und Stand des Wahlvaters. Wird nämlich ein Agnat an Kindes statt angenommen, so hat er ohnehin schon den Namen und das Wappen; den höhern Stand des Wahlvaters aber, wenn wir einen solchen annehmen, erhält er nicht sogleich, sondern wenn das Wahlkind in dem kaiserlichen Diplom, worauf der Stand beruht, in seiner Ordnung auch schon ein Recht dazu hat, z. B. wenn es heißt: der Inhaber dieses oder jenes Landes, oder der regierende Herr u. s. f. solle den fürstlichen Titel führen, und es wird Jemand durch die Adoption Inhaber dieses Landes oder regierender Herr, u. s. f. so bekommt es durch solche den fürstlichen Charakter [m]). Wenn aber Jemand nur für sich und seine Descendenten, in einen höhern Stand erhoben worden, und er oder seine Descendenten wollen einen Agnaten geringern Stan-

k) Wahlcapitul. Art. 10. §. 2. Art. 14. §. 1. Telgmann von der Ahnenzahl, Cap. 2. §. 15. u. f. S. 82. de Selchow Elem. iur. publ. §. 362.

l) Berger Oecon. iur. Pag. 144.

m) Mosers Familienstaatsrecht, Thl. 2. Cap. 17. §. 120. S. 893.

Standes adoptiren, so können sie ihm, ohne kaiserliche Bewilligung ihren Stand nicht beylegen. Wie verhält es sich aber, wenn ein Fremder adoptirt worden? — Hier muß der kaiserliche Consens dazu kommen, wenn der Adoptirte den Namen, Wappen und Stand des Wahlvaters erlangen soll, und dieser ist wegen des Geschlechtsnamens und Wappens, wenn Stammsverwandte vorhanden sind, nicht einmal hinlänglich, sondern diese müssen auch mit consentiren [n]).

Ob nach römischem Rechte das arrogirte Kind auch den Geschlechtsadel des Vaters erhalten, darüber streiten die Rechtslehrer. Die mehresten [o]) behaupten es; andere [p]) wollen es nicht zugeben.

2) Haben **Adoptivkinder** kein Recht zur Erbfolge in **Fideicommißgüter** [q]), obgleich einige dieses behaupten, weil dergleichen Kinder durch die Adoption in die Familie kommen. Gegen diese Behauptung streiten aber folgende Gründe; und zwar

α) werden sie der Familienrechte in allen den Fällen nicht theilhaftig, so bald ein **Dritter** dadurch an seinen wohlerworbenen Rechten leiden würde; diejenigen aber, welche vermöge ihrer Geburt zur Familie gehören, haben ein wohl erworbenes Recht in der gehörigen Ordnung, mit Ausschluß anderer, die vermöge ihrer Geburt nicht zur Familie gehören, in Fideicommißgütern zur Succession zu gelangen. Es gründet sich die Richtigkeit dieses Satzes

β) dar-

n) Herr von **Moser** a. a. O. **Wahlcapitul.** Art. 22.

o) **Hvber** in Digr. Inst. Lib. II. c. 24. § 3. **Heinecc.** in Comment. ad L. Iul. Lib. II. c. 1. §. 4. Pag. 113. **Schvlting** ad Dig. h. t. §. 13. **Chladenivs** de gentilit. vet. Rom. c. 9. Pag. 102.

p) **Cannegiet.** Obs. Lib. II. c. 18. **Harppr.** ad Inst. §. 12. h. t. ibique allegati. **Cviac.** Consult. 56.

q) **Knipschild** de fid. c. 8. n. 399—435. **Gail** Lib. II. Obs. 136. n. 13. **Mantica** de coni. vlt. vol. Lib. II. tit. 8. Pag. 77. **Heimbvrg** D. fist. iur. comm. et germ. differ. in doctr. de fideicomm. ien. 1743. c. 3. §. 13.

β) darauf, daß Adoptivkinder keine wahren Kinder sind, sondern blos in gewissen Fällen dafür gehalten worden, der Regel nach aber nicht unter den Kindern mit gemeynt sind [r]); man kann also nicht annehmen, daß der Stifter des Fideicommisses, wenn er sich nicht deutlich erklärt hat, Adoptivkinder ebenfalls für erbfähig gehalten habe [s]). Eben deswegen werden

γ) Adoptivkinder auch nicht unter denjenigen Kindern mit verstanden, von denen in Statuten die Rede ist [t]), und sie sind

δ) nicht mit in den Privilegien enthalten, welche Kindern ertheilt worden [u]); wozu

ε) kommt, daß, wenn Jemand, nachdem er sein ganzes Vermögen verschenkt hat, eine Adoption vornimmt, die Schenkung nicht wiederrufen werden kann [x]), wozu er doch eine rechtmäßige Ursache hätte, wenn ihm nach dieser Handlung sollten eheliche Kinder gebohren worden seyn.

Der zeither angeführte Satz hat mehrere Ausnahmen; denn es giebt Fälle, wo Adoptivkinder mit Recht auf die Erbfolge in Fideicommißgütern Anspruch machen können, und zwar, a) wenn es dem deutlich erklärten Willen des Stifters desselben gemäß ist, daß sie für erbfähig gehalten werden sollen. Hier fällt der Grund weg, warum andere

r) L. 23. pr. D. de lib. et post. L. 43. D. de adopt. L. pen. §. 1. C. eod. L. 51. in f. D de legat. II. L. 76. D. de condit. et demonst. L. f. C. de his qui ven. aetat. L. 6. D. de his qui sui.

s) L. 76. D. de cond et dem. L. 51. §. 1. D. de legat. II. Knippsch. l. c. n. 411.

t) Gail. Obs. Lib. II. Obs. 136. n. 16. Foerster de succes. Lib. 5. c. 2. n. 9. c. 7. n. 7.

u) §. 1. Inst. de exc. tut. L. 2. §. adoptiui D. de vacat. et excus. muner. Foerster l. c. Lib. 5. c. 7. n. 18.

x) L. cum in adoptiuis Cod. h. t. L. f. D. de bonis damnat. Gail Obs. Lib. II, Obs. 136. n. 19. Foerster l. c. Lib. 7. c. 2. n. 8.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684934/phys_0081
DFG

andere Personen von der Familie sie auszuschließen berechtigt sind, da sie kein wohlerworbenes Recht zur ausschließenden Erbfolge haben. Solche Kinder succediren, b) wenn die Agnaten ihre Einwilligung dazu gegeben haben, da es ihnen erlaubt ist, sich ihres habenden Rechts zu begeben. Sollte die Einwilligung blos von demjenigen Agnaten ertheilt worden seyn, der jetzt an der Succession ist, so gelangt das Adoptivkind zwar so lange zur Erbfolge, als sein Recht dauert, sobald aber dieses aufhört, und das Erbgangsrecht auf einen Andern gekommen ist, muß es das Stammgut wieder abtreten. Hierher gehört c) der Fall, wenn das Fideicommiß aufgehört hat, weil Niemand von der Familie mehr am Leben ist, und das Vermögen nunmehr als Allodium betrachtet werden muß, darauf hat aber das Adoptivkind ein Erbrecht, welcher Fall z. B. alsdenn eintreten würde, wenn der Wahlvater der letzte aus der Familie ist, und er dieses Fideicommiß zeither besessen hatte. Ferner gehört d) zu diesen Ausnahmen, wenn das Adoptivkind schon vermöge seiner Geburt zur Familie gerechnet werden muß, wobey aber doch zu bemerken ist, daß die Ordnung, in dem Fideicommißgute zu succediren, durch die Adoption zum Nachtheile der übrigen Agnaten, ohne ihre Einwilligung nicht umgeändert werden darf; denn jedes Familienmitglied hat nicht nur ein Recht auf dergleichen Güter selbst, sondern auch darauf, daß die von dem Stifter des Fideicommisses festgesetzte Erbfolgsordnung, und im Fall er gar nichts darüber bestimmt hätte, die Erbfolgsordnung des gemeinen Rechts befolgt werde. Man nehme z. B. den Fall an: der Großvater A macht ein Fideicommiß, welches sein Enkel B, der den Urenkel C arrogirt hat, so lange er lebte, besessen hatte. Nach des B Tode entsteht zwischen dem arrogirten C und den Enkeln des A, dem D und E, ein Streit wegen der Erbfolge in das Stammgut, weil es C als Wahlkind und Agnat verlangt, D und E aber, als nähere Agnaten ihn ausschließen wollen. Den vorgetragenen Grundsätzen gemäß, haben D und E Recht.

3) Ha-

3) Haben Adoptivkinder kein Recht die Erbfolge in Lehne zu verlangen [y]), da dieses a) im longobardischen Lehnrecht II. Feud. 26. §. adoptiuus deutlich gesagt wird. b) Ist nur derjenige erbfähig bey Lehnen, der auf eine rechtmäßige Weise von dem ersten Acquirenten desselben abstammt; folglich unter seine ehelichen Descendenten gehört. Es darf daher c) kein Lehnsbesitzer, zum Schaden derer, die ein gegründetes Recht zur Erbfolge im Lehn haben, eine Handlung vornehmen, wie die Adoption ist. Auch würde, d) wenn durch die Adoption ein Recht der Lehnsfolge erworben werden könnte, sehr selten ein Lehn an den Lehnsherrn zurückfallen, da jeder Besitzer, der keine leibliche Lehnserben hätte, eine lehnsfähige Person adoptiren würde. Endlich e) ist die Arrogation und die vollkommne Adoption eine den Teutschen unbekannte Sache, daher man auch die, auf römische Art das Recht der Kinder erlangten Personen, den Blutsfreunden nicht gleich gemacht hat [z]).

Als Ausnahmen dieser Regel sind jedoch folgende Fälle zu betrachten; denn Adoptivkinder succediren auch im Lehne,

α) wenn dasselbe ein wahres Erblehn ist, oder der Besitzer kann darüber durch ein Testament die Erbfolge festsetzen, und er hat daher sein Adoptivkind zum Erben des Lehns erklärt [a]). Es gehört

β) der Fall hierher, wenn der Lehnsherr und die Agnaten oder Mitbelehnten ihre Einwilligung dazu geben, daß ein

y) Ern. Fr. KNORRE D. de successione adoptiuorum in feuda, Hal. 1753. SCHRADER de feudis, Part. VII. c. 5. n. 19. HELLFELD Elem. Iur. feud. §. 198. PÜTTMANN Elem. iur. feud. §. 311. G. L. BOEHMER Princ. iur. . . . §. 123. Pag. 87. Herr HR. Schnaubert über diese Stelle, in der 2ten Forts.

z) ENGAV in Iur. Germ. Lib. I tit. II. §. 309. Dreyers Nebenst. S. 262.

a) Illustr. PÜTTMANN. Elem. iur. feud. §. 311.

ein Wahlkind im Lehn succedire [b]). Ob aber die Einwilligung in die Adoption, die Kraft eines solchen lehnsherrlichen Consenses auf von Seiten der Mitbelehnten habe, und dafür gehalten werden könne, ist zweifelhaft; jedoch läßt sich die bejahende Meynung vertheidigen, wenn man sieht, daß die Agnaten oder Mitbelehnten und der Lehnsherr, in der Absicht um die Genehmigung der Adoption ersucht worden sind, um dem Wahlkinde die Lehnfolge zu verschaffen [c]). Es darf

γ) geschehen, wenn der Lehnsherr dem Vasallen bey der Belehnung das Recht zu adoptiren, in der Absicht zugestanden hat, daß Adoptivkinder ebenfalls lehnsfähig seyn sollen.

δ) Wenn das Adoptivkind von dem ersten Erwerber des Lehns durch eine rechtmäßige Geburt abstammt; jedoch kommt es nur in der Ordnung zur Successsion, wie es auch succedirt haben würde, wenn die Adoption nicht geschehen wäre [d]).

4) Haben Adoptivkinder kein Recht, die von dem Adoptivvater oder seinen Verwandten, an Personen, die nicht zur Familie gehören, veräußerten Güter zurück zu fordern, durch die in Teutschland hergebrachte Erblosung oder das Erbgangsrecht, wie es auch heißt, ius retractus gentilitii [e]). Es giebt zwar Rechtslehrer, die einen Unterschied annehmen zwischen der Arrogation und der Adoption, und vermöge dieses Unterschiedes erklären sie zwar adoptirte Kinder für ausgeschlossen vom Gebrauch des Retracts, aber von

b) Hellfeld Elem. Iur. feud. §. 198.

c) Roth Pand. feudal. Pag. 512. Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 3. S. 241.

d) Moeller Distinc. iur. feud. Cap. 15. dist. 3.

e) Stryck de succeff ab intest. Diff. 6. c. 2. §. 28. Müller ad Struv. Exerc. 23. thes. 56. not. β. Berlich Concl. Part. II. Concl. 39. n. 20. C. F. Walch D. de iure liber. bona a parent. adquisita retrahendi, in *Eius* Opusc. Tom. II. Pag. 298. Walchs Näherrecht, S. 265.

von arrogirten Kindern könne man dieses nicht sagen [f]). Diese Behauptung erklärt aber Herr RR. Eichmann aus folgenden Gründen für falsch, und behauptet, man müsse alle Adoptivkinder von der Erblosung ausgeschlossen halten; denn

α) sey es nothwendig, daß die Person, welche diesen Retract ausüben will, von dem Erwerber des Grundstücks ebenfalls durch eine rechtmäßige Ehe abstamme, folglich gründe sich dasselbe auf ein Recht des Blutes, solche Rechte aber erlangten selbst bey den Römern Adoptivkinder nicht. Daher haben

β) alle diejenigen, welche eben sowohl als die Veräußerer, von dem ersten Acquirenten abstammen, ein wohlerworbenes Recht, andere, welche dieses nicht darthun können, von dem Retract auszuschließen, und diese Befugniß kann ihnen durch eine geschehene Adoption nicht genommen werden. Hieran ist

γ) um so weniger zu zweifeln, da die Teutschen von der Annehmung an Kindesstatt nichts wußten, und deswegen die nach römischem Rechte erlaubte Adoption, die Würkung der Blutsfreundschaft nicht haben können. Alsdenn darf aber freylich ein Adoptivkind, sich des Retracts bedienen, wenn es, wie der Veräußerer, von dem ersten Erwerber, abstammt, und die Ordnung von dem Retract Gebrauch machen zu können, an ihm ist; oder der nähere Verwandte, durch den es eigentlich ausgeschlossen werden sollte, begiebt sich seines Erblosungsrechts. Sollte aber der Adoptirte kein solcher Verwandter seyn, so kann ihm auch nicht einmal von derjenigen Person, die das Näherrecht auszuüben befugt ist, solches abgetreten werden, da die Cession an Fremde widerrechtlich seyn würde [g]).

5) Können Adoptivkinder auf solche Rechte keinen Anspruch machen, welche nach den Statuten einer Innung

f) Reinckingk tract. de retract Qu. 1. cap. 1. n. 393.

g) Stryck de Succ. ab int. Diff. 6. c. 2. §. 36. Herr GJR. Walch a. a. O. S. 266.

nung oder Gilde, den Kindern derer Herren oder Meister zustehen h). Sie werden, a) wie bereits oft gesagt worden, in zweifelhaften Fällen gar nicht unter die Kinder mit gerechnet, folglich muß dieses b) auch bey der Erklärung eines Statuts so gehalten werden, und die Mitglieder der Gemeinheit können darauf bestehen, daß sie als keine wirkliche Kinder angesehen werden. c) Kann man auch nicht sagen, daß adoptirte Kinder so gar die wichtigsten Familienrechte erlangen; denn hier ist die Rede nicht von diesen Familienrechten, sondern von besondern Vorrechten, zu deren Genuß eine eheliche Geburt erfordert wird. Heißt es daher in den Statuten, daß derjenige, welcher eine Meisterstochter heyrathet, bey der Aufnahme in das Handwerk nur die Hälfte der Summe erlegen soll, welche Personen bezahlen müssen, die keine Meisterstochter heyrathen, so kann sich derjenige nicht auch auf dieses Recht berufen, der nur eine Adoptivtochter eines Meisters heyrathet. Wie bekannt, haben fast bey allen Zünften, die Meistersöhne, wenn sie bey ihres Vaters Handwerke bleiben, wichtige Vorrechte i), und dazu gehört a) der Vorzug, daß sie für das Ein- und Ausschreiben, ja selbst für das Meisterrecht, entweder gar nichts, oder doch nicht so viel als ein Anderer bezahlen; b) entweder gar nicht, oder nicht so lange, wie ein Anderer wandern; c) kürzere Zeit zu lernen brauchen, und d) die Sitz- oder Muthjahre nicht erstehen dürfen. Wollen die Mitglieder einer solchen Innung, die in ihren Statuten, den Kindern der Herren oder Meister ertheilten Vorrechte, einem Adoptivkinde zukommen lassen, so ist dagegen nichts zu sagen.

6) Die Adoptivkinder werden bisweilen von der Erbfolge in Erbzinsgüter ausgeschlossen, da sie sonst der Regel

h) Schilter Exerc. III. thes. 17. Leyser Spec. 20. med. 3.

i) Weissers Recht der Handwerker, Stuttg. 1780. 8. Abschn. 3. §. 87.

Regel nach auf alle Erben übergehen [k]), wiewohl mehrere Rechtslehrer behaupten, sie könnten hier niemals succediren, weil ein solcher Unterschied der Erbzinsgüter nicht statt finde [l]). Diese Meynung hält aber der Herr RR. Eichmann nur in folgenden Fällen für richtig, und zwar, a) wenn das Erbzinsgut Jemandem für seine Person und seine Kinder verschrieben worden, da in einem zweifelhaften Falle man nicht annehmen darf, daß auch Adoptivkinder darunter verstanden werden sollen. b) Wenn Jemand das Erbzinsgut für seine Person und Descendenten erhalten hat; denn nun haben diese der Natur der Sache nach, vermöge des zu vermuthenden Willens des Erbzinsherrn allerdings ein wohlerworbenes Recht, Adoptivkinder auszuschließen. c) Wenn das Erbzinsgut für eine Familie bestimmt ist. Hier vermuthet man wieder nicht, daß der Verleiher an Personen, welche durch die Adoption zur Familie gekommen, gedacht, und ihnen ein Erbrecht habe geben wollen, folglich können diejenigen, welche vermöge der Geburt zur Familie gehören, ein ausschließendes Recht behaupten.

7) Ob Adoptirte, auf einen Platz in dem Familienbegräbnisse Anspruch zu machen berechtigt sind, darüber streiten die Rechtslehrer, und einige, z. B. der Herr von Leyser und Hellfeld, sprechen ihnen alle Hoffnung ab; andere [m]) wollen ihnen aber dieses Recht nur alsdenn nicht zugestehen, wenn Unverwandte, die es vermöge des Bluts sind, dadurch von der Erlangung eines Platzes im Familienbegräbniß ausgeschlossen werden würden. Für diese Behauptung führt man an: a) außer dem eben angezeigten Falle, haben die wirklichen Blutsverwandte kein wahres Interesse zu widersprechen, sondern es würde nur ein einge-

k) Leyser Spec. 20. med. 3.

l) Gail. Obs. Lib. II. Obs. 136. n. 16 Foerster de succeff. Lib. 5. c. 5. n. 2. Knipschild de fideic. c. 3. n. 424.

m) Herr RR Eichmann a. a. O. Thl. 3. S. 346.

bildetes seyn. b) Geben ja die Gesetze, unter den S. 3 angeführten Einschränkungen, den Adoptirten die Rechte der Familie, welche freylich nicht ausgeübt werden dürfen, wenn Blutsverwandte vorgezogen werden müssen. c) Kann man auch nicht einwenden, daß ein Adoptirter blos diejenigen Rechte der Familie erlange, darüber der Adoptivvater nach seiner Willkühr habe disponiren dürfen, da solche Personen unstreitig auch Rechte haben, die nicht in der bloßen Willkühr des Adoptivvaters beruhen.

§. 153.

Sowohl die Arrogation, als die Adoption im engern Verstande, muß auf die in Gesetzen vorgeschriebene Art und Weise vorgenommen werden, und hierbey tritt wieder ein Unterschied zwischen beyden ein. Soll die Arrogation gültig seyn, so muß sie

1) mit Bewilligung des Oberherrn im Staate geschehen [n]). Nach dem ältern römischen Rechte, war die Beystimmung der ganzen Nation auf den Comitiis nöthig, und solche wurde in den Comitiis curiatis ertheilt, weil der Arrogirte eine Capitisdeminution litte, und über die Rechte eines römischen Bürgers, nur durch die ganze Nation selbst die Willenserklärung gegeben werden konnte. Als diese Volksversammlung durch 30 Lictoren vorgestellt wurde, so geschahe die Zustimmung der Nation auf folgende Weise. Auf dem Platze, wo sich die Curien ehedem versammelt hatten, stand vor dem Oberpriester ein Tisch mit einer Urne, worin dreyßig Kugeln lagen, auf deren jeder der Name einer Curie stand. Diese Kugeln schüttelte man in der Urne herum; hierauf nahm der Kalator des Oberpriesters eine Kugel heraus, worauf der Präco den darauf stehenden Namen ausrief, und in ihrem Namen erschien nunmehr der sie vorstellende Lictor curiatus. Auf diese Weise, wurde es mit der Verlosung, und dem Aufrufen der

n) L. 2. pr. D. de adopt.

der übrigen Curien gehalten o). Selbst unter der kaiserlichen Regierung, sind anfangs die Arrogationen, auf diese Art in den Comitien vorgenommen worden, wie es selbst vom Kaiser Augustus berichtet wird p). Als in der Folge der Kaiser vermöge der Lex regia, die wichtigsten Majestätsrechte der Nation allein ausübte, und folglich auch den Pontifex maximus vorstellte, so hielt man es für hinreichend, wenn der Kaiser zu der vorzunehmenden Arrogation durch ein Rescript seine Einwilligung gab. Es ist aber zweifelhaft, wenn der Anfang damit geschehen sey, und die ehemalige Arrogation vor der Nation selbst aufgehört habe q). Aller Wahrscheinlichkeit nach, hat der Kaiser Antonin der Fromme damit den Anfang gemacht, da er durch ein Rescript die Erlaubniß gab, einen Unmündigen zu arrogiren, und daß auch Frauenspersonen Jemanden an Kindesstatt annehmen könnten, welches vorher nicht geschehen durfte r). Nachher erklärten die Kaiser Diocletian und Maximian, daß keine Arrogation anders vorgenommen werden solle, als durch ein Rescript des Kaisers s). Dabey ist es auch nach neuern Gesetzen geblieben.

In Teutschland steht das Recht, die Arrogation zu genehmigen, dem Kaiser zu, wenn die Arrogation von einem Reichsunmittelbaren geschehen soll, und das Cammer-

o) CICERO in Orat. II. agrar. contra Rullum, c. 12. WIELING in lect. iur. ciuil. Lib. I. c. 3. p. 12. Lib. II. c. 7. p. 109. Maternus von Cilano römische Alterth. Thl. 4. S. 1305. u. f.

p) SVETONII Augustus, c. 65.

q) Höpfners Comment. S. 165. NOORDKERK Obs. Decas p. 149. WATER Obs. III, 16. CANNEGIETER Obs. II, 19. WIELING Lect. II, 7.

r) L. 8. §. 15. D. de inoffic. testam. L. 17. §. 1. sq. L. 18. seq. L. 37. §. 1. D. de adopt. VLPIAN. Fragm. Tit VIII. §. 5. in SCHVLTING Iurispr. p. 590. GELLIVS N. A. Lib. 5. c. 19.

s) L. 2. 6. 8. 9. C. de adopt.

gericht darf sich nicht für dazu berechtigt halten [t]). Da dieses Bestätigungsrecht des Kaisers kein Reservatrecht ist, so müssen mittelbare Reichsunterthanen die von ihnen vorzunehmenden Arrogationen bey ihrem Landesherrn anzeigen, und um die Genehmigung bitten [u]); denn die Behauptung derjenigen Rechtslehrer [x]), welche schon die Bestätigung des Richters für hinlänglich erklären, ist unsicher. Wenn auch einem Pfalzgraf, in seiner Comitiv, das Recht Arrogationen und Adoptionen zu bestätigen, ertheilt worden seyn sollte, welches bisweilen geschehen ist, wie die Beyspiele [y]) beweisen, so gestatteten ihnen dennoch unsere Reichsstände, die Ausübung dieses Rechts in ihren Staaten nicht, weil zu viel Nachtheil dadurch veranlaßt werden könnte [z]).

2) Wird zur Gültigkeit der Arrogation erfordert, daß derjenige, von dem die Arrogation vorgenommen wird, seinen freyen Willen deutlich erklärt, da ihm wider seinen Willen kein Erbe aufgedrungen werden darf. Auch das Wahlkind muß deutlich erklären, daß es mit der Arrogation zufrieden sey, weil ihm sein zeitheriges Recht eines gewaltfreyen Menschen nicht wider seinen Willen entzogen werden kann. Da die Arrogation unter die feyerlichen Handlungen gehörte, wobey die vorgeschriebenen feyerlichen Worte gebraucht werden mußten [a]), so war dieses auch bey jeder Arrogation nothwendig. Der arrogirende Vater wurde

t) Frhr. v. Cramer in den Nebenst. Thl. 59. S. 122. flg.

u) STRYCK Vsus mod. h. t. § 6. COCCEII in iure contr. h. t. qu. 2. Herr GR Nettelbladt in der pract. Rechtsg. §. 995. Herr GTR. Höpfner im Comment. § 150. S. 168. Herr RR Eichmann a. a. O. Thl 3. S. 351.

x) SCHILTER Exerc. I. th. 16. LAUTERBACH tr. de volunt. iurisd. Tub. 1658. th. 8. n. 6.

y) MYNDIVS de Comit. palat. c. 1. n. 35. 41. c. 3. n. 139. PHILIPPI Vsus pract. Instit. Lib. 1. eclog. 73. n. 5. STRYCK in Vsu mod. h. t. § 3.

z) GRIEBNER in Opusc. Iur. publ. Tom. I. Sect. II. §. 14. p. 56. HORN Iur. publ. c. 44. §. 6.

a) Barn. BRISSON. de formul. Lib. 8. n. 36. pag. 701.

wurde daher von dem Oberprieſter, auf folgende Weiſe um ſeine Willenserklärung befragt, wenn er z. B. Quintus Cornelius, und der Sohn Cajus Decius hieß: *Quinte Corneli*, velisne *Caium Decium*, quem *adrogaturus* ſis, iuſtum tibi filium eſſe? Der Vater antwortete darauf: Ego *Caium Decium*, volente iubenteque populo romano, iuſtum mihi filium eſſe volo. Nachdem dieſe Fragen und Antworten geſchehen waren, wurde der Decius um ſeine Einwilligung befragt, folgendermaßen: *Caii Deci*, patiarisne id fieri, vt *Quinto Cornelio filius* ſis, worauf dieſer erklärte: *Ego* libenter patiar, huiusque rei ipſe auctor ſum. Dieſe feyerlichen Fragen und Antworten kamen ſogar noch anfangs unter der kaiſerlichen Regierung vor, bis die Beſtätigung durch ein kaiſerliches Reſcript eingeführt worden war; denn obgleich das ganze Formularweſen, erſt unter der Regierung des Theodoſius des Jüngern, abgeſchafft worden, ſo fiel gleichwohl bey den Arrogationen, der Gebrauch der ſonſt gewöhnlichen Fragen und Antworten, der Natur der Sache nach weg, da es vor der Ertheilung des Reſcripts nicht angieng, dieſe Förmlichkeit zu beobachten, und es war blos nöthig, daß beyde Perſonen ihre Einwilligung in der Supplik an den Kaiſer erklärten, und daher kann heutiges Tages, die durch einen Bevollmächtigten geſuchte Arrogation, von dem Landesregenten beſtätigt werden, wenn es nur bewieſen iſt, daß der Auftrag ſeine Richtigkeit habe [b]); denn die Grundſätze, nach denen bey den Römern, die Arrogation durch keinen Procurator geſchehen durfte, laſſen ſich heut zu Tage gar nicht mehr anwenden.

3) Eine andere nothwendige Feyerlichkeit bey der Arrogation, wie ſie bey den Römern in den ältern Zeiten geſchahe, beſtand darin, daß der Pontifex maximus an die Nation die Frage richten mußte, ob ſie mit der Arro-

b) Thomasius l. c. § 12. not d. Feltmann ad L. 25. ff. l. D. h. t. Hr. RR. Eichmann, Thl. 3. S. 353.

gation zufrieden sey. Wie Gellius c) berichtet, hat er folgende Worte gebraucht, die auch Noodt in seinem Commentar über gegenwärtigen Titel anführt: VELITIS. IVBEATIS. QVIRITES. VTI. LVCIVS. VALERIVS. LVCIO. TITIO. TAM. IVRE. LEGE. Q. FILIVS. SIBI. SIET. QVAM. SI. EX. EO. PATRE. MATRE. Q. FAMILIAS. EIVS. NATVS. ESSET. VTI. Q. EI. VITAE. NECIS. Q. IN. EO. POTESTAS. SIET. VTI. PATRI. ENDO. FILIO. EST. HAEC. ITA. VTI. DIXI. ITA. VOS. QVIRITES. ROGO. Hierauf votirten die 30 Lictoren auf die S. 22 angeführte Art, und genehmigten die Arrogation, worauf von Seiten des arrogirten Kindes die feyerliche Zusage geschahe, die Familienfeste und gottesdienstlichen Gebräuche unverändert fortzusetzen, und es legte folgenden Eyd ab, wie ihn der Oberpriester vorsprach: Quod felix fauſtumque sit populo romano, familiae arrogatoris et mihi. Ego C. Decius, Qu. Cornelii filius, iuro per Deos sacrorum praesides et seueros periurii vindices, me sacra priuata gentilitia Qu. Cornelii, qui mihi pater est, post eius mortem, ex instituto pontificum singulis annis, stato die et loco more patrum pro salute familiae continuaturum et nunquam intermissurum. Diese Feyerlichkeiten machten es nothwendig, warum die Arrogation unter der Direction eines Oberpriesters geschehe, mußte, und von den feyerlichen Fragen und Antworten, die dabey vorkamen, erhielt die ganze Handlung den Namen Arrogatio d). So viel von den Eigenschaften und Erfordernissen der Arrogation.

Wenn die Adoption im engern Verstande nach der Vorschrift der Gesetze vorgenommen werden soll, so wird erfordert,

1) daß

c) GELLII Noct. Attic. Lib. 5. c. 19. pag. 539. NOODT ad Digesta h. t.

d) L. 2. pr. D. de adopt.

1) daß der Adoptivvater seine Gesinnung und seinen Willen, die Adoption wirklich vornehmen zu wollen, hinlänglich und deutlich erklärt haben muß, da ihm wider seinen Willen kein Erbe aufgedrungen werden kann.

2) Muß auch der leibliche Vater des Kindes, das der künftige Adoptivvater an Kindesstatt annehmen will, mit dieser Handlung zufrieden seyn, weil er ein so starkes Recht auf die väterliche Gewalt hat, das ihm solche nicht so leicht wider seinen Willen genommen werden kann [e]). Dieser Grund paßt zwar nur auf die vollkommne Adoption, schreibt der Herr RR. Eichmann, und es sollte daher scheinen, daß bey der unvollkommnen die Einwilligung des leiblichen Vaters nicht nöthig sey; allein da letzterer nicht zuzugeben braucht, daß sein Kind noch einen andern Namen annehme (S. 3), so kann das, was hierüber gesagt worden, ohne Einschränkung auf die vollkommene Adoption, angewendet werden [f]).

3) Auch das anzunehmende Kind, muß in die vorzunehmende Adoption willigen, oder doch wenigstens nicht widersprechen, weil es in der L. 5. D. h. t. heißt: in adoptionibus, eorum duntaxat, qui suae potestatis sunt, voluntas exploratur, sin autem a patre dantur in adoptionem, in his vtriusque arbitrium spectandum est, vel consentiendo vel non contradicendo. Eine ordentliche Einwilligung des Wahlkindes verlangt man theils um deswillen nicht schlechterdings, weil, wenn dasselbe noch sehr jung ist, solche nicht gehörig erklärt werden kann, theils, weil zu vermuthen ist, daß der leibliche Vater die Adoption nicht würde haben geschehen lassen, wenn solche seinem Kinde nicht vortheilhaft seyn sollte [g]).

Eben

e) L. 5. D. et L. fin. C. de adopt.

f) Herr RR. Eichmann, Thl. 3. S. 355.

g) Thomas. l. c. §. 10. not. c.

Eben deswegen kann auch ein Kind, infans, adoptirt werden [h]).

4) Die Einwilligung des Sohnes wird alsdenn erfordert, wenn sein Vater ein fremdes Kind, als Enkel, folglich als ein von ihm erzeugtes Kind, adoptiren will, und der Grund davon ist, damit der Sohn nicht einen Erben seines Vermögens bekommt, ohne seine Einwilligung dazu gegeben zu haben [i]).

5) Müssen diese Adoptionen vor der Obrigkeit vorgenommen werden. Bey den Römern konnte es vor dem Prätor, dem Statthalter der Provinz, und vor jeder Magistratsperson geschehen, welche zu Bestätigung feyerlicher Handlungen bevollmächtigt war [k]). Die Feyerlichkeiten, die dabey vorgenommen werden mußten, waren die Feyerlichkeiten der Emancipation [l]), da Niemand ein fremdes Kind als das seinige betrachten durfte, so lange es noch der väterlichen Gewalt seines leiblichen Vaters unterworfen war, und dieser sich derselben noch nicht zum Besten des künftigen Adoptivvaters begeben hatte. Diese Lossagung von der zeither gehabten väterlichen Gewalt geschahe nun folgendergestalt, wie Gellius a. a. O. berichtet. Der leibliche Vater verkaufte sein Kind dem künftigen Adoptivvater zum erstenmal für eine bestimmte Summe Geld, welches Geld er in Gegenwart von Zeugen in eine Wage warf. Nachdem dieses geschehen war, ließ der Käufer dieses Kind sogleich wieder frey, und nun bekam der leibliche Vater aufs neue die väterliche Gewalt darüber, weil die Rechte des Vaters so stark waren, wie im zweyten Theile dieses Commentars S. 436 gezeugt worden, daß er sein Kind drey-

h) L. 42. D. de adopt. ibique FABER in Rat. HOPACKER Princ. iur. Rom. Tom. I. Pag. 470.

i) L. 6. D. de adopt. §. 7. Inst. eod. tit.

k) L. 4. D. de adopt.

l) CICERO pro domo c. 13. G. d'ARNAUD var. coniect. Lib. II. c. 25. Pag. 384. NOODT in Comm. h. t. Tom. II. Oper. Pag. 23. edit. Colon.

dreymal verkaufen konnte, ehe er die väterliche Gewalt verlohr. Der leibliche Vater verkaufte es zum zweytenmal auf die nämliche Art an den künftigen Wahlvater, und dieser als Käufer ließ es wieder so gleich frey, wo es nun nochmals unter die väterliche Gewalt seines leiblichen Vaters kam. Nun verkaufte er sein Kind zum drittenmale an den künftigen Wahlvater, und dabey trat er ihm alle seine zeither gehabten Rechte der väterlichen Gewalt ab. Der Käufer manumittirte aber nunmehr das gekaufte Kind nicht wieder, sondern erklärte vielmehr vor der Obrigkeit, daß er es als sein Kind betrachte und dafür ausgebe, und den leiblichen Vater auffordere zu erklären, ob er ein Recht daran habe. Dieser antwortete darauf, daß er weiter keine Ansprüche auf die väterliche Gewalt mache, und nunmehr sprach die obrigkeitliche Person, wo die Adoption geschehen konnte, dem Käufer das Kind als Adoptivvater zu. Um dieser Feyerlichkeiten willen wird in der L. 2. D. h. t. gesagt: adoptionem fieri imperio magistratus, und beym Gellius a. a. O. heißt es: adoptantur quum a parente, in cuius potestate sunt, *tertia* mancipatione in iure ceduntur, atque ab eo, qui adoptat, apud eum, apud quem legis actio est, vindicantur. Suetonius schreibt im Leben des Kaiser Augusts im 64. Capitel: Caium et Lucium adoptauit domi per assem et libram emtos a patre Agrippa. Wenn Jemand seine leibliche Tochter oder Enkel dem Andern überließ, damit er sie als seine adoptirte Tochter oder Enkel betrachten könnte, so war nur ein einziger Kauf und die darauf erfolgte Emancipation nöthig, wie Justinian erzählt. Diese Feyerlichkeiten haben sich nun zwar länger erhalten, als die, welche bey der Arrogation (S. 22) vorgenommen wurden; jedoch ist es wahrscheinlich, daß sie schon nach dem Theodosius dem Jüngern, aufgehört haben [m]); denn wenn man gleich daraus, daß sie der Kaiser Justinian in der

m) Thomasius l. c. §. 27.

der L. fin. C. de adopt. erst ausdrücklich abgeschafft, zu schließen berechtigt zu seyn scheint, sie müßten damals noch beobachtet worden seyn, so steht diesem Argument dennoch entgegen, daß die Verfasser der Pandekten sie blos deswegen anführen, weil sie vieles von solchen Feyerlichkeiten aus den Schriften der alten Rechtsgelehrten aufgenommen haben [n]).

Heut zu Tage muß eine solche **Adoption** vor der Obrigkeit geschehen, und sie um ihre Bestätigung ersucht werden, und diese geschieht dergestalt, daß sämmtliche dabey interessirte Personen vor ihr erscheinen, und ihren Willen erklären, damit solcher gerichtlich niedergeschrieben werde, oder es wird eine so genannte **Adoptionsurkunde** übergeben, und um deren Bestätigung gebeten, wie man aus den Formularsammlungen sieht [o]). Die Rechtslehrer streiten aber darüber, ob diese Bestätigung vor jedem Richter geschehen könne, oder einzig und allein vor dem competenten. Diejenigen, welche das erstere behaupten [p]), gründen sich darauf, daß diese Bestätigung weiter nichts als eine Handlung der **willkührlichen** Gerichtsbarkeit sey, und diese vor jedem Richter vorgenommen werden könnte. Dieser Meynung steht aber entgegen, daß Handlungen der so genannten **gemischten** willkührlichen Gerichtsbarkeit vor dem competenten Richter vorgenommen werden müssen, und eine solche Handlung ist die Bestätigung der Adoption [q]); denn der Richter muß schlechterdings vor Ertheilung der Bestätigung untersuchen, ob der Adoptirende den

n) BALDVIN in Iustin. Lib. III. Pag. 270. sq.

o) Anweisung zur Abfass. rechtl. Aufsätze, 1. Thl. 2. Hauptabth. 3. Hptstck. §. 60. Herr HR. Schmidt in den öffentlichen Rechtsspr. S. 468.

p) Herr GR. Nettelbladt in der prakt. Rechtsgesch. S. 497 der 3ten Ausg.

q) STRYCK Vsus mod. h. t. §. 5. LAVTERBACH h. t. §. 4. Herr HR. Eichmann Thl. 3. S. 358. Herr HR. Glück Thl. 2. S. 325.

den Rechten nach zu adoptiren befugt sey, und ob die gehörige Einwilligung des leiblichen Vaters vorhanden sey, auch das Wahlkind nichts gegen die Annahme an Kindesstatt einwende. Diese Untersuchung kann aber nur der competente Richter gesetzmäßig vornehmen, weil er allein im Stande ist, die gehörige Kenntniß von den bey der Adoption interessirten Personen zu erlangen, über dieses wird es in der L. f. C. de adopt. ausdrücklich befohlen, daß die Adoption vor dem competenten Richter geschehen müsse, wie die Worte des Gesetzes beweisen, wo es heißt: veteres circuitus in adoptionibus, quae per *tres* emancipationes, et duas manumissiones in filiis, aut per *vnam* emancipationem in caeteris liberis fieri solebant, corrigentes siue tollentes, censemus licere parenti, qui liberos, in potestate sua constitutos, in adoptionem dare desiderat, sine vetere obseruatione emancipationum et manumissionum hoc ipsum actis intervenientibus apud *competentem iudicem* manifestare, praesente eo, qui adoptatur, et *non contradicente*, nec non eo, qui eum adoptat. Unmittelbare müssen daher heutiges Tages diese Bestätigung bey dem Reichshofrath oder dem Reichskammergericht suchen; jedoch hat die kammergerichtliche Bestätigung, nach der Behauptung der Rechtslehrer [r]), nicht die Kraft, daß dadurch zugleich dem Adoptirten, des Adoptivvaters Stand, Wappen, oder Adel ertheilt worden, weil diese Gnadensache blos für den Reichshofrath gehört. Mittelbare Personen in Teutschland wenden sich mit diesem Gesuch an die Gerichte ihres Landesherrn, dem sie unterworfen sind. Den Pfalzgrafen ist aber dieses Bestätigungsrecht nicht zuzusprechen, da hier von keinem kaiserlichen Reservatrechte die Rede ist, und wenn auch in verschiednen Comitiven, die ein solches Recht enthaltende Clausel vorkommen sollte, so kann doch hier-

r) Herr von Moser von angenommenen Kindern, in dessen Familienstaatsrechte, Thl. 2. Cap. 17. §. 120. S. 039.

hieraus ihnen kein Recht zustehen, schreibt der Herr RR. Eichmann, indem

α) die Pfalzgrafen keine Gelegenheit, Gebrauch davon zu machen, gefunden, und die Reichsstände sich dagegen zu setzen, nicht nöthig gehabt haben; überdieses ist

β) das Vorgeben einiger Rechtsgelehrten sehr unwahrscheinlich, daß dergleichen Clauseln durch Versehen derer, die eine solche Comitive abgefaßt, in dieselbe hereingerückt worden, und folglich auch deswegen für ungültig gehalten werden müsse [s]).

Uebrigens geschieht die obrigkeitliche Bestätigung der vorgenommenen Adoption heutiges Tages auf die Art, daß 1) der Richter das Anbringen der Interessenten protocollirt, oder wenn sie eine Adoptionsurkunde abfassen lassen, solche zu den Acten nimmt. 2) Untersucht er in beyden Fällen, ob der Adoptirende nach der Vorschrift der Gesetze das Recht zu adoptiren habe, ob der leibliche Vater des angenommenen Kindes gültigerweise seine Einwilligung zu der Adoption gegeben habe, und ob auch das Adoptivkind damit zufrieden sey. 3) Findet der Richter hier alles den Gesetzen gemäß beschaffen, so ertheilt er die richterliche Einwilligung und Bestätigung durch ein besonders abgefaßtes Decret, wenn das Anbringen von den Interessenten mündlich vorgetragen und solches protocollirt worden; haben aber die Interessenten eine Adoptionsurkunde überreicht, so muß die Bestätigung derselben beygeschrieben werden, wie man aus dergleichen Aufsätzen in den Formularsammlungen (S. 30) sehen kann.

Die alten Teutschen hatten zwar keine solche Adoptionen, wie sie bey den Römern gewöhnlich waren, sondern diese sind erst nach der Einführung des römischen Rechts in Teutschland aufgekommen, aber es geschahen dennoch auch hier in den ältesten Zeiten Annehmungen an Kindesstatt,

s) Stryck Vsus mod. h. t. §. 3. Herr von Trützschler a. a. O. §. 57.

statt, nur daß sie keine väterliche Gewalt verschafften, und mit keinen solchen rechtlichen Würkungen verknüpft waren, wie die römische Adoption [t]). Die Feyerlichkeiten, wie bey den alten Teutschen die Annahme an Kindesstatt geschahe, waren verschieden; denn es geschahe 1) dadurch, daß derjenige, der den Andern an Kindesstatt annahm, ihn unter sein Hemde oder Mantel treten ließ [u]). Eine andere solche Feyerlichkeit war es 2), daß sich der an Kindesstatt Angenommene in den Schoos des Adoptivvaters setzte, wodurch solcher zu erkennen geben wollte, daß er den Angenommenen für seinen Sohn halte, als ob er aus seinen Lenden entsprossen sey [x]). Man nennte diese Handlung at Knaesette et Barn, oder Knoesetti. So wurde Hakon Adalstein Forst vom König Adalstein adoptirt [y]). Ein ander Beyspiel, wo der alte Guttorn den Sohn Haralds Harfagar auf das Knie gesetzt, und zum Sohn angenommen, wird von mehrern Schriftstellern [z]) erzählt. Unter diese Feyerlichkeiten gehörte 3) die Uebergabe gewisser Waffen, und auf diese Weise adoptirte Theodorich, König der Gothen, den König der Heruler, und Kayser Zeno den Theodorich, König der Gothen.

t) Heineccii Elem. iur. germ. Tom. I. Lib. I. §. 152. Schell de auctoritate iudicis in variis actibus adhibenda, c. 4. §. 6. Ancker Cogitat. ad dubios quosd. articul. legis Danicae, P. III. p. 22. Mvsaei Differ. iur. ciuil. et iurici circa succeff. c. 2. §. 2. Estors bürg. Rechtsgel. Hptstck. 117. §. 891. Dreyers Nebenst. S. 260. Hesselberg im 1sten Theil des juriſt. Colleg. über das Danske und Nordske Lov. S. 172.

u) Alberti Aquenſ. Chron. Hieroſol. Lib. III. c. 21. Gvilberti Chronic. Lib. III. c. 12. Seldenvs de titul. honor. P. II. Opp. Tom. III. p. 439. Pithoei Aduerſar. Lib. I. c. 6. Struv Iurispr. heroic. P. VI. p. 411.

x) Herr Domprobst Dreyer a. a. O. S. 294.

y) Snorro Sturmlaeſon in Harald Harfar Saga, Cap. 42. Hakon Adalſteins Forſts Saga, Cap. 10.

z) König Harald Harfagars Saga, Cap. 7.

then [a]). Auch gehörte 4) hierher, daß das Adoptivkind seines Adoptivvaters Barth berühren mußte [b]); desgleichen 5) die Uebergabe der Güther in Gegenwart mehrerer Zeugen, und diese Sitte war besonders bey den Franken hergebracht [c]).

§. 154.

Bey der Lehre von der **Arrogation** kommt die wichtige Frage vor: ob die Gesetze die Arrogation eines **Unmündigen** verstatten [d])? Wenn man weiß, wie die **Arrogation** bey den Römern geschahe; daß nämlich derjenige, der sich arrogiren ließ, seine Einwilligung dazu persönlich, und durch feyerliche Worte in den Comitiis curiatis zu erkennen geben mußte, wie wir S. 25 gesehen haben, so wird man leicht den Schluß machen können, daß kein **Unmündiger** sich arrogiren lassen konnte, da er weder auf den Volksversammlungen erscheinen durfte, noch auch auf andere Weise seine Einwilligung zu dieser wichtigen Handlung geben konnte, weil es auf den Verlust seines zeitherigen Standes ankam, indem er aus einem homo sui iuris ein homo alieni iuris werden, und die harte römische väterliche Gewalt über sich erkennen sollte [e]). Selbst den Umstand, daß der **Vormund** des Unmündigen in andern wichtigen Angelegenheiten desselben, durch die Gesetze das Recht erhalten, an seiner Stelle die Einwilligung zu ertheilen, hielt man in dieser wichtigen Sache nicht für

a) IOECHER Progr. de adopt. per arma, Lipſ. 1737. CASSIODOR. Var. Lib. IV. c. 11. IORNANDES de reb. getic. c. 58.

b) Petr. MÜLLER D. de adopt. per comam et barbam, Ulm. 1766. AIMONVS Lib. I. c. 20.

c) MARCVLPHI formul. Lib. II. form. XIII. Leg. Ripuar. c. 48.

d) FROMMANN D. de impuberum arrogatione. MAJANS. Disput. I, 12. NOODT in Comm. h. t.

e) VLPIAN. Fragm. tit. VIII. §. 4.

für hinreichend, und man ließ daher keine Arrogation der Unmündigen geschehen, wie man aus einer Stelle beym Gellius [f]) sieht, welcher schreibt: quoniam et cum foeminis nulla comitiorum communio est, et *tutoribus* in *pupillos* tantam esse auctoritatem potestatemque, fas non est; *vt caput liberum fidei suae commissum alienae ditioni subiiciant*. Diese Grundsätze wurden bis auf die Regierung Kaisers Antonin des Frommen befolgt; denn dieser gab den Bitten verschiedner Supplicanten Gehör, und verstattete die Arrogation der Unmündigen durch ein kaiserliches Rescript, aber unter sehr harten Bedingungen [g]), daraus z. B. Thomasius geschlossen hat, es sey gar nicht des Kaisers Wille gewesen, diese Arrogationen zu erlauben, weil er so harte Bedingungen vorgeschrieben, zu deren Erfüllung sich wohl Niemand entschließen würde. Antonin befahl, daß allemal

1) die genaueste Untersuchung von der Obrigkeit angestellt werden sollte, ob eine redliche Absicht, und eine dem Unmündigen vortheilhafte Ursache der verlangten Arrogation vorhanden sey [h]). Bey dieser Untersuchung müsse geprüft werden: a) wie der bisherige Lebenswandel des Arrogators beschaffen gewesen; b) wie alt er sey, und ob es nicht schicklicher sey, daß er selbst heyrathe und Kinder zeuge, als daß er aus einer andern Familie ein Kind annehme; c) wie die Vermögensumstände des Unmündigen und des Arrogators beschaffen sind, um aus der Vergleichung des beyderseitigen Vermögens beurtheilen zu können, ob die Arrogation wirklich zum Vortheil oder zum Nachtheil des Unmündigen gereiche, und nicht vielmehr der Arrogator nur sein eigenes Interesse dabey zur Absicht habe.

f) GELLII N. A. Lib. 5. c. 19.

g) VLPIAN. Fr. tit. VIII. §. 5. §. 3. Inst. de adopt. THOMAS. l. c. c. 1. §. 18. not. b.

h) §. 3. Inst. de adopt. L. 15. §. 2. 3. L. 17. pr. §. 1. 2. 3. 4. D. eod.

2) Sollten die Anverwandten des Unmündigen um ihr Gutachten von dieser Arrogation gefragt werden, auch der Vormund desselben seine Einwilligung dazu geben [i]).

3) Solle der Arrogator, einer öffentlichen Person, durch Bürgen darüber Sicherheit bestellen, daß er, wenn der Unmündige in der Unmündigkeit gestorben, sein ganzes Vermögen an diejenigen zurück geben wolle, die es geerbt haben würden, wenn die Arrogation nicht geschehen wäre [k]). Bey den Römern mußte diese Sicherheit einem tabellio versprochen werden, und dazu wurden anfangs die serui publici gebraucht, weil nach Vorschrift des ältern römischen Rechts, Niemand durch eine freye Person Rechte erwerben konnte, sondern blos durch seinen Sclaven [l]). Nachher verordneten die Kaiser Arcadius und Honorius, wie man aus der L. 3. C. de tab. scribisque sieht, daß künftig nicht mehr Sclaven, sondern freye Personen zu Tabellionen gebraucht werden, und sie in gewissen Fällen das Recht haben sollten, für einen jeden Bürger zu stipuliren, und ihm Rechte zu erwerben [m]). Weil die serui publici der ganzen Nation zugehörten, so ließ sich auch bey ihnen der Grundsatz recht gut anwenden, daß sie jedem einzelnen Bürger, zu dessen Eigenthum sie ebenfalls mitgehörten, Rechte erwerben könnten. Heutiges Tages, schreibt der Herr RR. Eichmann, S. 364 braucht über die Bürgschaftsleistung nur eine Registratur, in den Acten niedergeschrieben zu werden, welche über die ganze Arrogationshandlung gehalten werden müssen, oder man nimmt den Bürgschaftsschein zu diesen Acten, und registrirt es, daß der Aussteller desselben ihn, sowohl nach seinem Inhalte als nach der Unterschrift recognoscirt habe. Es ist auch nicht nöthig, daß eine besondere Person dazu genom-

i) L. 2. C. de adopt. L. 17. §. 1. sqq. D. eod.
k) L. 15. 19. 20. D. §. 3. Inst. de adopt.
l) L. 1. C. per quas pers. nob. acquir.
m) Noodt ad Dig. h. t. Mvret. ad Instit. §. 3. h. t.

1 G. Richter de abulariis vrbis Romae, Lipsi. 1736.

genommen wird, der das Versprechen vermittelst der bestellten Bürgschaft gethan wird, sondern es ist schon genug, wenn es vor dem Richter auf die angeführte Weise geleistet worden.

Vermöge dieser Caution, erhalten demnach nicht allein die gesetzlichen Erben des Unmündigen, sondern auch der ihm von seinem leiblichen Vater substituirte Erbe, seine Verlassenschaft, worauf sie nach dem strengen Rechte keinen Anspruch machen können, wie man aus der L. 19. pr. D. de adopt. sieht, wo es heißt: his verbis satisdationis, quae ab arrogatore praestari debet: *ad quos ea res pertinet*, et libertatibus prospectum esse, quae secundis tabulis datae sunt, et multo magis *substituto seruo*, item legatariis nemo dubitat. Nach dem strengen Rechte verliert zwar die geschehene Pupillarsubstitution, wegen der vorgenommenen Arrogation ihre Kraft [n]); allein die geleistete Bürgschaft sichert dem Substituten dennoch die Erbschaft, wie man aus der L. 40. D. de vulg. et pupill. substit. sieht, wo gesagt wird: quemadmodum legitimis heredibus auctoritate Principis prospicitur *vinculo cautionis*, ita si forte *substituit* naturalis pater impuberi, *succurrendum* erit *substituto*. Man darf auch keinen Unterschied annehmen, zwischen den Intestaterben des Unmündigen und seinem Substituten, daher irrt der bekannte Anton Faber [o]), welcher die angeführte L. 19. D. h. t. blos auf den substituirten Sclaven einschränken, alle übrige Pupillarsubstituten aber von den Vortheilen dieser Bürgschaft ausschließen will, da ihn der ganze Zusammenhang des Gesetzes auf den Umstand führen können, warum darin blos von dem substituirten Sclaven die Rede sey, und dieses nicht ausschließend verstanden werden könne, wie Wieling [p]) gezeigt hat, welcher schreibt: duplex indicatur

n) L. 17. §. 1. D. de adopt.

o) Faber in Iurispr. Papiniani tit. X. princ. 1. illat. 11. p. 485.

p) Wieling Lect. iur. ciuil. Lib. II. c. 8. p. 116.

catur cautionis sensus: vnus *directus* et primarius, secundarius alter et *per interpretationem* a Ictis adiectus. *Priori* sensu heredes intelliguntur, quibuscum suo iure testamenti factio est, tum legitimi, tum substituti testamentarii [q]): sensu vero *posteriori* legatarii, aliiue a testatore honorati; inter quos non solum censentur serui, secundis tabulis manumissi; sed multo magis qui *impuberi* a patre sunt *substituti*. Erklärt man die L. 19. auf diese Art, so braucht auch das Wort seruo nicht für unächt erklärt und ausgestrichen zu werden, welches Noodt behauptet, wie von mehrern Rechtsgelehrten [r]) gezeigt worden.

Verschiedne Rechtslehrer sind der Meynung, daß die angeführte Caution auch noch auf andere Stücke gerichtet werden müsse, wovon aber in Gesetzen kein Wort steht, und daher kann man blos nach der Rechtsanalogie behaupten, die Obrigkeit sey nur alsdenn befugt, von dem Wahlvater, Sicherheit wegen des Vermögens des arrogirten Unmündigen zu fordern, wenn zu befürchten sey, er werde dieses Vermögen durchbringen [s]).

Noch ist zu bemerken, daß der arrogirte Unmündige während seiner Unmündigkeit sterben müsse, wenn die Vortheile der angeführten Sicherheitsbestellung von Seiten des Wahlvaters eintreten sollen, da es in der L. 20. D. h. t. heißt: haec autem satisdatio locum habet, si *impubes decesserit*. Wird er also Mündig, so fällt die im Testament geschehene Pupillarsubstitution, schon der Natur der Sache nach, weg, da dieses geschehen müßte, wenn auch keine Arrogation vorgenommen worden [t]). Dagegen kann nicht eingewendet werden, daß ein Arrogirter, wenn er auch

q) L. 70. §. 1. D. de verb. signif. ibique Forner.

r) Noodt ad Dig. h. t. p. 24. edit. Colon. a Costa ad §. 3. Inst. h. t. Westphals Theorie von Testam. §. 713. Herr HR. Glück Thl. 2. S. 333.

s) Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 3. S. 365.

t) L. 93. D. de legat. I.

auch mündig sey, Sohn bleibe, und als solcher kein Testament machen dürfe, folglich es unbillig seyn würde, die von dem leiblichen Vater desselben verordnete Puppillarsubstitution unkräftig zu machen. Es steht diesem Räsonnement entgegen, daß der Arrogirte berechtigt war, auf seine Emancipation zu dringen, so bald er mündig geworden, wie wir bald sehen werden, und da er dieses nicht gethan, sondern sich die väterliche Gewalt seines Wahlvaters ferner gefallen lassen, so können sich seine Intestaterben über kein Unrecht beschweren, da sie nichts dagegen thun konnten, wenn er sich als mündig arrogiren lassen wollte, wodurch sie ebenfalls ihr Erbrecht verloren haben würden [u]).

4) Eine andere nothwendige Eigenschaft der Arrogation der Unmündigen ist es, daß der Arrogator ein solches Kind anders nicht emancipiren darf, als nach geschehener richterlicher Untersuchung, ob es die Entlassung aus der väterlichen Gewalt verdient habe, in welchem Falle dasselbe gleichwohl sein ganzes Vermögen zurück bekommen muß [x]). Wegen der Erfüllung dieser Verbindlichkeit braucht aber von dem Arrogator keine Sicherheit bestellt zu werden, weil er schon durch die Gesetze, zur Herausgabe des dem Kinde gehörenden Vermögens in diesem Falle verpflichtet ist, und dem arrogirten Kinde eine stillschweigende Hypothek an dem Vermögen des Wahlvaters zusteht. Wäre er aber arm, oder ein schlechter Wirth, so muß er freylich hinlängliche Sicherheit bestellen, daß das arrogirten Kinde von seinem Vermögen nichts verloren gehen soll.

5) Stirbt der Wahlvater, und er hat das arrogirte unmündige Kind enterbt, oder er emancipirte es auch nur bey seinem Leben, ohne eine rechtmäßige Ursache dazu zu haben, so verordnen die Gesetze, daß ein solches Kind, nicht nur sein ganzes Vermögen, wovon der Wahlvater

u) Faber Iurispr. Papin. l. c. p. 488. fqq.

x) §. 3. Inst. de adopt.

zeither den Niesbrauch hatte, heraus bekommen soll, sondern überdieses auch noch den vierten Theil von dem ganzen Vermögen des Wahlvaters [y]), und dieses Viertel wurde die Quarta Diui Pii genennt, weil sie von diesem Kaiser eingeführt worden [z]). Dieses Viertel des ganzen Vermögens des Arrogators, können auch die Intestaterben des arrogirten Unmündigen von den Erben des Arrogators fordern, wenn der arrogirte Unmündige nach seinem Tode verstorben seyn sollte, ehe er mündig wurde [a]), ja es gehörte diese Quarte den Erben des Arrogirten auch alsdenn, wenn gleich derselbe noch vor dem Wahlvater verstorben ist, im Fall nämlich der arrogirte Unmündige, von dem Wahlvater, während seiner Unmündigkeit ohne rechtmäßige Ursachen emancipirt worden [b]). Wenn wegen dieser Quarte geklagt werden muß, so heißt die Klage Condictio ex L. 8. §. 15. D. de inoffic. testam. oder wie sie andere nennen, condictio ex Constitutione diui Pii, und man darf daher nicht etwa die Klage wegen einer pflichtwidrigen Ausschließung von der Erbschaft, oder die Querela inofficiosi testamenti anstellen [c]). Bey der Berechnung dieser Quarte, welche Estor [d]) gezeigt hat, darf man keinesweges die Grundsätze von dem Pflichttheil der Notherben, anwenden wollen, wie einige Rechtsgelehrte [e]) gethan haben,

y) L. f. D. si quid in fraud. patr. L. 8. §. 15. D. de inoffic. test. L. 1. §. 21. D. de collat. §. 3. Inst. de adopt. L. 22. §. 1. D. L. 2. C. eod.

z) L. G. Madihn D. de quarta Diui Pii eiusque vsu hodierno, Frf. 1776. Faber Iurispr. Papin. p. 489—502.

a) L. 22. pr. D. de adopt.

b) Faber l. c. p. 501.

c) Lauterb. ad Dig. h. t. §. 8. Frommann Disp. de arrogat. imp. th. 25. 29. Herr HR. Schmidt im Lehrbuch von Klagen, §. 565. S. 318 der 4ten Ausg. Herr Prof. Schmidt im Comment. über diese Stelle.

d) Estors Proceß, Thl. 3. §. 18. S. 9.

e) Bachov ad Trevtler. Vol. I. Disp. II. thes. 9. lit. C. de Greve Exerc. ad Pand. p. 21.

ben, daher von andern [f]) der Unterschied deutlich aus einander gesetzt worden; die ganze Sache kann aber erst, bey der Materie vom Pflichttheil der Notherben gehörig erklärt werden, wo es g. G. von mir ebenfalls geschehen wird.

6) Ist noch zu bemerken, daß die Arrogation ihre Kraft verliert, folglich als nicht geschehen angesehen wird, wenn das Wahlkind nach erlangter Mündigkeit nicht damit zufrieden ist; denn jetzt muß es der Wahlvater emancipiren.

Alles, was zeither gesagt worden, setzt den Fall voraus, daß Jemand einen **Unmündigen** arrogiren will; damit muß aber der Fall nicht verwechselt werden, wenn die Arrogation eines **Minderjährigen** geschehen soll. Diese konnte schon lange vor der Regierung des Kaisers **Antonin** des **Frommen** geschehen, wie man aus der S. 35 angeführten Stelle des **Gellius** sieht, wo es heißt: adrogari non potest, nisi iam *vesticeps* sit, welches Wort **Festus** durch pubertate vestitus erklärt, folglich sagt, ein **Mündiger** kann arrogirt werden. In den ältern Zeiten brauchte nicht einmal der Curator des Minderjährigen, seine Einwilligung zu der vorzunehmenden Arrogation desselben zu ertheilen, sondern dieses verordnete erst der Kaiser **Claudius** der Zweyte, der im Jahr 268. nach Ch. G. zur Regierung kam [g]), wie man aus der L. 8. D. de adopt. sieht, wo es heißt: quod, ne curatoris auctoritas intercederet in adrogatione, ante tenuerat, sub Diuo CLAVDIO recte mutatum est. Die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** nennen ihn, in der L. 1. C. ne liceat etc. Diuum CLAVDIVM, Consultissimum Prin-

f) HOTOMANN in Oper. FABER l. c. p. 501. C. Chr. ZANDERS Spec. acad. inaug. exhib. quaest. quasd. iur. ciuil. Rom. Lugd. Bat. 1784. Qu. 1. MADIHN Princ. Iur. Rom. Part. V. §. 9.

g) de TOVLLIEV in Collect. p. 269. PÜTTMANN Interpret. c. 26. §. 1. WIELING lect. iur. ciuil. p. 113.

cipem et Parentem suum. Vom Kaiser Justinian, ist diese Verordnung nochmals bestätigt worden [h]).

§. 155.

Es würde die Beschäftigung mit der Auseinandersezzung der zeither vorgetragenen Grundsätze von der Beschaffenheit der römischen Arrogation und Adoption, viel von ihrem Werthe verlieren, wenn man zugestehen müßte, daß man in Teutschland sich weder der Arrogation, noch der Adoption bediene. Die Rechtslehrer sind freylich über den Gebrauch dieser römischen Einrichtungen, die väterliche Gewalt zu bekommen, verschiedner Meynung. Mehrere Rechtsgelehrte [i]) behaupten, heut zu Tage mache man weder von der Arrogation, noch von der Adoption im engern Verstande Gebrauch. Andere [k]) gestehen zwar den Gebrauch der eigentlichen Adoptionen zu, aber von der Arrogation werde nicht mehr Gebrauch gemacht. Viele Rechtslehrer [l]) leugnen es zwar nicht, daß man die Verordnungen des römischen Rechts über diese Erwerbungsarten der väterlichen Gewalt anzuwenden berechtigt sey, man bediene sich aber derselben nicht, da man das Erbrecht durch bloße Verträge erlangen und geben könne. Der Hr. RR. Eichmann schreibt S. 367 des 3ten Theils: was kann man nun wohl bey diesen einander widersprechenden Meynungen der Rechtsgelehrten mit Grund behaupten? — So viel, daß, obwohl die Annehmungen an Kindesstatt, bey

h) L. f. C. de auctor. praest.

i) Gvdelinvs de iure nouiss. Lib. I. c. 13. Vinnivs ad Pr. Instit. de adopt. Gregor. Tholosan. in Syntagm. iur. Lib. I. c. 6. Groenew. de legib. abrogat.

k) Reinhard in Differ. iur. comm. et saxon. P. I. Diff. 4.

l) Giphan. ad L. 11. C. de adopt. Hahn ad Wesenb. h. t. n. 6. ab Eyben ad Inst. Lib. I. art. XI. Obs. 10. Obrecht de adopt. Princ. §. 2. Thomas. l. c. c. 2. §. 3.

bey uns selten, dennoch solche zuweilen vorgekommen sind, und noch vorkommen können, in diesen Fällen aber die Grundsätze des römischen Rechts ihre Anwendung finden [m]), und zwar aus folgenden Gründen.

α) Ist das römische Recht überhaupt bey uns angenommen worden, und daher muß es auch in diesem Stück seine Gültigkeit haben.

β) Man kann nicht sagen, daß die römische Lehre von der Adoption auf Grundsätzen beruhe, die man in Teutschland nicht angenommen habe; denn es ist die Adoption zum Vortheil der Väter und Kinder eingeführt worden, warum sollte aber das, was die Römer in einer solchen Absicht eingeführt haben, nicht bey uns statt finden? Werden auch nicht alle Vortheile erlangt, so sind es doch einige.

γ) Man kann nicht einwenden, daß das römische Recht ein Hülfsrecht sey, welches keine Anwendung finde, wenn teutsches Recht entgegen; denn wo ist ein teutsches Gesetz, das die Adoption verbietet? Vielmehr ist es eine ausgemachte Sache, daß von den ältesten Zeiten an, die Adoptionen in Teutschland üblich gewesen, ob sie gleich nicht nach römischer Art vorgenommen worden; folglich ist durch das römische Recht nichts Neues eingeführt, sondern nur eine schon bekannte Sache ihrer Form und rechtlichen Würkung nach, genauer bestimmt worden. Man kann

δ) nicht einwenden, daß die Ursachen bey uns wegfallen, warum die Adoptionen bey den Römern sehr oft vorgenommen worden; denn eines Theils würde hieraus nur so viel folgen, daß der Fall nicht oft vorkomme, wo man das römische Recht in diesem Stück anwenden könne; andern Theils kann dieses nicht von allen Ursachen behauptet werden, indem auch noch bey uns viele Personen, die keine Kinder haben, Kinderfreunde sind, und zur Gesellschaft, zum Vergnügen, Kinder um sich zu haben wünschen; viele suchen auch durch Adoptionen ihre Familien zu erhalten.

Wahr

m) PHILIPPI Vsus pract. Inst. Lib. I. tit. XI. eclog. 73.

Wahr ist es, daß bey uns die väterliche Gewalt nicht so ansehnliche Rechte enthält, als bey den Römern, aber sie bleibt demohngeachtet noch wichtig genug. Was für einen falschen Schluß macht nicht Thomasius, wenn er sagt: bey uns hat es mit der väterlichen Gewalt nicht mehr die Beschaffenheit, wie bey den Römern, also haben wir auch die Adoptionen nicht mehr! — So viel folgt nur aus jenem Satze, daß die Adoption in Absicht ihrer bewirkenden väterlichen Gewalt, nicht mehr so wichtig ist, wie bey den Römern. Wahr ist es, daß bey uns ein Mensch dem andern ein Erbrecht geben kann, ohne eine weitläuftige Adoption vorzunehmen; allein wer sollte sich wohl einfallen lassen, hieraus zu folgern, daß diese deswegen ganz außer Gebrauch sey? Sie bewirkt ja außer dem Successionsrechte, andere kindliche Rechte, die väterliche Gewalt, das Recht der Familie, und hierunter sind ja verschiedene, die man nicht als einen Gegenstand eines Privatvertrags ansehen kann. Ueberdieß, wenn man so sollte folgern können, so würde auch der Schluß müssen für richtig erkannt werden, weil bey uns Jemanden, durch einen Vertrag, ein Erbrecht ertheilt werden kann, so sind selbst die Testamente außer Gebrauch.

ε) Man kann auch nicht mit Grund behaupten, daß die römische Lehre von der Adoption unserer Verfassung entgegen sey, und sind es gewisser Maße einige Rechte der Adoption, so wissen wir, daß solche in so fern nicht anwendbar sey. Endlich

ζ) erhellet auch besonders die Aufnahme des römischen Rechts in Ansehung der Adoption und der Gebrauch desselben daraus, daß nicht nur in verschiednen Statuten n) der Adoptivkinder gedacht, und in verschiednen Ländern vieles, was das römische Recht noch mehr bestätigt, in Ansehung der Adoption verordnet worden, sondern auch aus den Beyspielen von Adoptionen, die bey uns nach der Auf-

n) Feltmann ad L. 1. D. de adopt. n. 5.

Aufnahme des römischen Rechts vorgekommen sind. Daß unter Privatpersonen dergleichen vorgefallen sind, beweisen die vielen in dergleichen Fällen gesprochenen Urtheile o), und den Gebrauch der Adoptionen unter Personen vom hohen und niedern Adel, bezeugen mehrere Schriftsteller p), und namentlich Caspar Lerch, welcher schreibt: daß der reichsfreye Adel zu Erhaltung ritterlicher Geschlechte, Namen, Schild, Helm, Haab und Guts, das Mittel der Adoption sehr in Gebrauch gehabt, indem viele tapfere Rittersmann, wenn sie ihres Geblüts, Schild, Helm und Namens Absterben und Untergang gesehen haben, ihre nächsten Freunde oder deren Kinder zu rechten Erben angenommen, daß, wenn sie schon ihres Namens und Geschlechts nicht gewesen, jedoch ihren Namen mit Schild und Helm tragen, auf- und annehmen mögen und müssen, darum auch ihnen die erworbenen und ererbten Güter angewiesen worden.

Zum Beschluß der Lehre von der Adoption bemerkt der Herr RR. Eichmann noch folgendes, und zwar 1) wenn bey einer Annehmung an Kindesstatt dasjenige nicht ist beobachtet worden, was nach dem römischen Rechte erforderlich ist, so kann auch, wenn nicht etwa der Landesherr dispensirt hat, die Handlung als Adoption nicht bestehen; jedoch kann dieselbe, wenn sie einen Successionsvertrag enthält, in so fern von rechtlicher Würkung seyn, indem nach dem Herkommen solche Verträge eine verbindliche Kraft haben, und keine Nothwendigkeit erfordert, daß man

o) Kvlpis de adopt. §. 7. Boehmer Resp. Tom. III. P. II. Dec. 12. Cocceii Ius contr. h. t. qu. 9. de Cramer Obs. Tom. I. Obs. 26. Tom. IV. Obs. 1235. de Pvfendorf Obs. Tom. III. Obs. 46. Stryck Vsus mod. h. t. §. 2. Lib. IV. tit. 5. § 6. Eisenharts Rechtsh. Thl. 3. Nr. 3. Strubens Bedenk. Thl. 2. Bed. 62. S. 240.

p) Stryve Iurispr. heroica, P. III. c. 5. Sect. 1. 2. 3. Mosers Familienstatsrecht, Thl. 2. Cap. 17. §. 120. Casp. Lerch de ordine equestri, P. I. n. 12.

man ein Testament mache, sondern diesem Recht vielmehr entsagt werden kann q). Es muß also bey einem vorkommenden Falle genau darauf gesehen werden, ob die Adoption, wenn sie nicht bestehen kann, doch so viel enthalte, als zu einem Successionsvertrage erfordert wird. Keinesweges aber kann man mit Grund behaupten, daß eben daher bey uns bey einer Adoption dasjenige nicht erforderlich sey, was das römische Recht hierzu verlangt; denn die Handlung kann als Adoption keine Kraft haben. Unrichtig ist es wohl daher auch, wenn Herr HR. Hommel r) schreibt: mihi adoptio hodierna vix aliud videtur, quam pactum successorium ea conditione initum, vt adoptatus nomen adoptantis gerat. 2) Da der Landesherr dispensiren kann, so müssen wir auch eine Adoption, die nach dem römischen Rechte einen Fehler hat, wenn sie der Landesherr, da er den Fehler gewußt, bestätigt hat, als gültig ansehen. Dahin gehört z. B. wenn der Wahlvater nicht die erforderlichen Jahre gehabt hat, wenn er sonst eine Person ist, die adoptiren kann. Sollte der Landesherr den Fehler nicht gewußt haben, so kann der Adoption, daß sie erschlichen worden, entgegen gesetzt werden. Uebrigens muß der Fehler keinen solchen Umstand betreffen, der wesentlich nothwendig zur Adoption ist. Wenn daher z. B. der Arrogirende nicht in die Arrogation gewilligt hätte, so würde dieselbe, der landesherrlichen Bestätigung ungeachtet, ungül-

q) Berger Oecon. iur. Lib. II. tit. 4. §. 48. not. 1. Io. Sam. Stryck de derogatione futurae successionis, c. 3. n. 7. Wernher Part. VII. Obs. 145. Horn Resp. Class. VII. Resp. 24. n. 3. Leyser Spec. 43. med. 6. Strubens Bed. Thl. 2. S. 242. Joh. Tob. Carrachs Erörterung der Frage, ob man in Teutschland, ohne den römischen feyerlichen Handlungen der Adoption Jemanden an Kindesstatt annehmen und der Angenommene daher, nach dem Willen des Annehmenden diesem auch wider dessen vorher errichtetes Testament succediren kann? In Schotts juristi. Wochenbl. im 2ten Jahrg. Nr. 16. S. 462.

r) Hommel Rhapf. Obs. Vol. V. Obs. 661. n. 5. p. 279.

ungültig seyn, und ebenfalls als erschlichen angesehen werden können. Dieses nun aber, was ich von der Adoption, die von dem Landesherrn bestätigt wird, gesagt habe, läßt sich nicht von solchen Adoptionen behaupten, welche die Obrigkeit confirmiret, indem diese, wenn sie auch das höchste Justizcollegium im Lande seyn sollte, sich nach den Gesetzen richten muß, und daher, wenn sie nicht besonders hierzu von dem Landesherrn die Macht erhalten hat, von den Gesetzen nicht dispensiren kann.

Damit man das Alter der Annehmung an Kindesstatt beweise, haben mehrere Gelehrte behauptet, der sterbende Jacob habe seine beyden Enkel, Ephraim und Manasse, als seine leiblichen Kinder adoptirt, und eben dieses sey von Mardachai mit der Esther geschehen. Diese Meynung läßt sich aber nicht beweisen, ob es gleich gewiß ist, daß unter den Juden bereits in den ältesten Zeiten, Adoptionen vorgekommen, da sie es für ein großes Unglück hielten, ohne Kinder zu sterben, und vorher sehen zu müssen, daß ihr Familienname aufhören werde. Sie haben bey diesen Adoptionen ihre besondern Feyerlichkeiten, wovon Heineccius s) eine eigene Abhandlung geschrieben hat. Hier kommt die Frage vor: was für Feyerlichkeiten heut zu Tage die Juden bey ihren Adoptionen beobachten müssen, wenn sie als gültig betrachtet werden sollen? Herr RR. Eichmann schreibt: ich glaube, daß man darauf sehen müsse, ob ihnen der Gebrauch des Mosaischen bürgerlichen Rechts von dem Landesherrn verstattet worden, oder nicht (Thl. 1. S. 127). Wenn wir jenes annehmen, so halte ich dafür, daß bey der Arrogation weiter nichts als die Einwilligung des Wahlvaters und des Wahlkindes erfordert werde; in die Adoption im engern Verstande aber der Wahlvater, der leibliche Vater und das Wahlkind, wenn dieses schon seinen

s) Heineccius von der jüdischen Annehmung an Kindesstatt, und was der dabey gewöhnliche Mantelgriff zu bedeuten habe, in den vermischten Anmerkungen und rechtlichen Gutachten, Nr. 1. Berlin 1742.

nen eigenen Willen geben kann, willigen müssen; in dem Fall aber, da letzteres noch nicht einsehen kann, ob ihm die Adoption vortheilhaft sey oder nicht, die Adoption erst alsdenn vollkommen wirksam sey, wenn desselben Genehmigung nach erlangter Mündigkeit hinzukommt. Sollte aber unter ihnen hergebracht seyn, daß die Adoption in Gegenwart und mit Zuziehung des Parnasen, und auch mit dem Mantelgriff geschehe, so muß auch dieses, wenn die Adoptionshandlung vollkommen seyn soll, nicht unterlassen werden. Die Gründe dieser Behauptung sind, daß man in der Bibel keine andere Formalität aufgezeichnet findet, als daß Jacob seinen Willen, Josephs erzeugte Söhne an Kindesstatt anzunehmen, seinem Sohne entdeckt, dieser aber seine Zufriedenheit ehrerbietig zu erkennen gegeben habe. Was außer dem dabey vorgegangen, daß nemlich der kranke Jacob sich aufs Bette gesetzt, seine beyden Enkel auf den Schooß genommen, dieselben geküsset, die Hände auf sie gelegt und sie gesegnet habe, ist als eine Würkung seiner Freude und Liebe anzusehen, und ist zu der Adoption selbst nicht erforderlich gewesen; man kann auch nicht erweisen, daß dieses Volk, welches sonst von Gewohnheiten seiner Vorfahren nicht abzuweichen pflegt, dergleichen Gebrauch bey der Annahme an Kindesstatt, jemals wieder beobachtet habe [1]). Das übrige aber, was ich sonst noch zur Gültigkeit einer solchen Adoption erfordert habe, bringt die Natur der Sache mit sich. Ganz anders aber verhält es sich, wenn den Juden der Gebrauch des Mosaischen bürgerlichen Rechts, weder ausdrücklich, noch stillschweigend ist verstattet worden. Da sie in einem solchen Fall an die bürgerlichen Gesetze des Staats, dessen Unterthanen sie sind, so wie andere Unterthanen gebunden sind, so müssen sie auch eine Arrogation vor dem Landesherrn, und eine Adoption im engern Verstande, vor ihrer ordentlichen christlichen Obrigkeit bestätigen lassen, und es

1) Heineccius a. a. O. §. 7.

es gilt hier ebenfalls alles, was von den Annehmungen an Kindesstatt gesagt worden.

Daß nach teutschen Gesetzen, die Einkindschaft geschehen könne, und solche mit der Adoption in Ansehung ihrer Form und Würkungen viel übereinstimmendes habe, ob sie gleich auch in manchen Stücken sehr davon unterschieden ist, berühre ich hier blos um des Zusammenhanges willen; die Grundsätze von der Einkindschaft kommen aber erst in der Folge, nach Anleitung des §. 1665. der Hellfeldischen Pandekten vor, wo diese Materie g. G. ausführlich erklärt werden soll.

§. 156.

Wir haben gesehen, 1) was für Rechte mit der väterlichen Gewalt, sowohl nach römischen, als nach teutschen Gesetzen verbunden sind; 2) wie man solche nach diesen beyden Rechten erlangen könne; nunmehr werde ich 3) zeigen, wie die rechtmäßig erlangte väterliche Gewalt, nach Vorschrift des römischen und teutschen Rechts verloren gehen kann, und was für rechtliche Folgen damit verbunden sind [u]).

Die väterliche Gewalt hört auf 1) durch den Tod des Vaters, oder des Kindes. Stirbt mein Kind, das zeither meiner väterlichen Gewalt unterworfen war, so ist es der Natur der Sache gemäß, daß ich weiter keine väterliche Gewalt über dieses Kind habe. Bey dem Tode desjenigen, der die väterliche Gewalt hatte, kommt es darauf an, ob sie dem Großvater oder dem Vater zustand.

Hey-

u) Ant. FABER Iurisprud. Papin. tit. XI. IORDENS D. de modis, quibus ius patriae potestatis soluitur, Vltr. 1717. THOMASII D. de vsu pract. tit. Inst. quibus modis ius patr. potest. soluitur, Hal. 1716. de SENCKENBERG D. Iura egressus e patria potest. rom. germ. Giess. 1743. et in *Eius* Semestr. Nr. 9. LEYSER Spec. 21.

Heyrathet der Sohn, und bleibt auch nach dieser seiner Heyrath der väterlichen Gewalt unterworfen, weil er nicht nur im väterlichen Hause wohnt, sondern auch vom Vater mit seiner Frau und Kindern erhalten wird, so stehen diese Kinder unter der väterlichen Gewalt ihres Großvaters, und ihr Vater kann sich solche nicht beylegen, weil er nach den römischen Gesetzen zur Erlangung der väterlichen Gewalt unfähig erklärt wird x). Stirbt der Großvater, so hört seine zeitherige väterliche Gewalt mit seinem Tode auf, aber seine Enkel kommen nunmehr unter die väterliche Gewalt ihres Vaters y). War aber dieser bereits vorher verstorben, oder der Großvater dieser Enkel hatte ihn emancipirt, so hörte die zeitherige väterliche Gewalt des Großvaters, mit seinem Absterben, völlig auf, und die Enkel wurden personae sui iuris. Waren hingegen Kinder zeither der väterlichen Gewalt ihres Vaters unterworfen, und nunmehr stirbt dieser, so hört mit seinem Tode die väterliche Gewalt auf, und seine Kinder werden eben so gut personae sui iuris, wie es die Enkel in dem eben angeführten Falle, nach dem Tode ihres Großvaters wurden.

2) Hört die väterliche Gewalt auf wegen eintretender Capitisdeminution. Wie wir im 2ten Theile dieses Commentars S. 376 gesehen haben, war solche bey den Römern entweder die größere oder die geringere. Verlor der Vater die Freyheit, oder durch das Exilium das Bürgerrecht, so gieng in diesen Fällen zugleich die väterliche Gewalt verloren, da weder ein Sclave, noch Personen, die keine römischen Bürger waren, die väterliche Gewalt haben konnten. Die väterliche Gewalt fiel ferner weg, wenn der Sohn die Freyheit, oder das Bürgerrecht verlor; denn im ersten Falle wurde er ein Sclave, und im zweyten durfte er sich nicht weiter im römischen Gebiet aufhalten, sondern mußte ins Exilium gehen,

x) L. 4. D. de his qui sui etc.

y) Pr. Inst. quib. mod. ius patr. potest. soluit. L. 5. D. de his qui sui etc.

gehen, folglich wurde in beyden Fällen die Ausübung der väterlichen Gewalt unmöglich. Es war ein Grundsatz des römischen Rechts: neque peregrinus ciuem romanum, neque ciuis romanus peregrinum in potestate habere potest [2]); so wie man auch sagte, der bürgerliche Tod des Vaters oder des Sohnes, hebt die väterliche Gewalt auf. Die bloße Relegation hingegen wurde nicht als ein bürgerlicher Tod angesehen, und folglich zog sie auch nicht den Verlust der väterlichen Gewalt nach sich; denn der relegirte Vater behielt sein römisches Bürgerrecht, und mußte blos aus Rom weggehen, der Sohn aber war schuldig, ihm zu folgen, daher es im §. 2. Inst. h. t. heißt: *relegati* autem *patres* in insulam, in potestate sua liberos retinent [a]), woraus zugleich der Unterschied zwischen Exilium und Relegation, nach den Grundsätzen des römischen Rechts bemerkt werden kann.

Nach unsern teutschen Gesetzen hebt die Leibeigenschaft (Thl. 2. S. 245), es mag der Vater, oder der Sohn, ein Leibeigener werden, die väterliche Gewalt nicht auf; nur darf der Vater, wenn das Kind Leibeigen geworden, sie nicht zum Nachtheil des Eigenthumsherrn ausüben.

Sollte ein Teutscher in die Gefangenschaft der Türken gerathen seyn, welche ihre Gefangenen als Sclaven behandeln, so wird er in seinem Vaterlande nichts desto weniger als ein Freyer betrachtet, und daher übt er seine habende väterliche Gewalt, so lange er in der türkischen Gefangenschaft ist, so gut aus, als es geht, und der gefangene Sohn bleibt der väterlichen Gewalt ebenfalls noch unterworfen; denn der Vater benutzt sie, so gut er kann. Bey den Römern, wurde die väterliche Gewalt durch die Gefangenschaft des Vaters oder des Sohnes, blos unterbrochen,

2) Vlpian. Fragm. tit. 10. §. 3.

a) Püttmann Probab. Lib. I. c. 5. L. 4. D. de interd. et relegat.

brochen, und das ius postliminii setzte alles wieder in den vorigen Stand [b]).

Verliert ein teutscher Bürger sein Bürgerrecht, es mag der Vater oder der Sohn seyn, so wird dadurch die väterliche Gewalt nicht aufgehoben, sondern der Vater übt sie aus, so gut er kann, da man nicht das teutsche Bürgerrecht schlechterdings haben muß, um die Rechte der väterlichen Gewalt ausüben zu dürfen. Daher behaupten die Rechtslehrer [c]), die Relegation hebe bey uns die väterliche Gewalt nicht auf; jedoch machen andere Rechtsgelehrte [d]), bey der ewigen Landesverweisung alsdenn eine Ausnahme, wenn sie mit dem Stauppenschlag verbunden ist. Daß die Reichsacht (Thl. 2. S. 381) den Verlust der väterlichen Gewalt nach sich ziehe, wollen die Gesetze [e]).

3) Zieht die geschehene Arrogation den Verlust der väterlichen Gewalt nach sich; denn wenn sich Jemand, der zeither selbst die väterliche Gewalt hatte, von einem Andern hat arrogiren lassen, so kommt er nicht nur selbst, sondern auch seine Kinder, ja selbst seine Enkel unter die väterliche Gewalt des Arrogators, wie wir S. 3 gesehen haben.

4) Auch die vollkommne Adoption, hebt die väterliche Gewalt in Ansehung desjenigen auf, der sie zeither hatte, wie S. 3 gezeigt worden.

5) Geht die väterliche Gewalt verloren, wenn der Sohn eine solche Würde erlangt hat, wodurch die väterliche Gewalt aufgehoben wird [f]). Unter dem Romulus war

b) Vlpian. fragm. tit. 10. §. 4. Caii Inst. Lib. I. tit. 6. §. 2. Ivstin. Institt. §. 5. tit. quib. mod. patr. pot. soluit.

c) Lavterbach Coll. theor. Pand. h. t. §. 22.

d) Berger Oecon. iur. Lib. I. tit. III. §. 16. Schilter Exerc. 3. §. 10. Io. Tob. Richter in select. iur. princ. Diss. II. §. 8.

e) C. G. O. v. 1555. Th. 2. Tit. 9. §. 2.

f) Io. Wlfg. Trier D. de dignitatibus, quae liberant a patria potestate, Frf. 1737.

war keine Würde so beschaffen, daß der Vater die Rechte der väterlichen Gewalt über den Sohn deswegen verlor, weil dieser eine hohe Staatsbedienung verwaltete; aber unter dem König Numa scheint schon eine Aenderung dabey vorgegangen zu seyn, indem jetzt einige geistliche Würden die väterliche Gewalt entzogen [g]), wenigstens muß dieses von dem Flamen dialis und den Vestalinnen behauptet werden [h]). Selbst die Gemahlin des erstern, scheint dieses Vorrecht anfangs gehabt zu haben, wiewohl man ihr in der Folge diesen Vorzug nahm, und sie nicht nur der väterlichen Gewalt, sondern auch der Gewalt ihres Gemahls unterwarf [i]). Keine weltliche Würde hingegen, nach unserer Art zu reden, war in den ältern Zeiten so beschaffen, daß sie die Rechte der väterlichen Gewalt nehmen konnte, sondern der Sohn mochte Dictator, oder Consul seyn, so blieb er der väterlichen Gewalt unterworfen, ob sie gleich während der Amtsführung suspendirt war [k]).

Wie der Kaiser Justinian in andern Stücken große Neuerungen vornahm, so that er es auch bey dieser Gelegenheit. Er hielt es für unschicklich, daß der Vater durch die vorgenommene Emancipation sollte die väterliche Gewalt aufheben, ein Kaiser aber Personen wegen ihrer Würde, von der väterlichen Gewalt nicht befreyen können, und er erklärte daher

a) die Patriciatwürde für so beschaffen, daß ein Sohn, der solche erhalten hatte, sogleich von der väterlichen Gewalt frey seyn sollte [l]). Man muß diese Würde nicht für den nämlichen Vorzug halten, den die Nachkommen der ersten römischen Senatoren unter dem Romulus, zur Zeit der republikanischen Staatsverfassung hatten, welche man Patricier nennte. Der Kaiser Constantin der

g) Thomas, Diss. cit. c. 1. §. 18. not. d.
h) Vlpian. fragm. tit. 10. §. 5.
i) Tacit. Annal. Lib. IV. c. 16. p. 275.
k) Der Herr GHR. Höpfner im Comment. S. 171
l) §. 4. Inst. quib. mod. patr. pot. soluit.

Große stiftete diese Würde, und sie war die höchste nach dem regierenden Herrn, welche die ersten Staatsbeamten erlangen konnten, womit zugleich eine Aufsicht über die Kirchen verbunden war, daher man sie sogar patres Imperatoris nannte m). Wenn gleich Justinian sagt, daß er der erste sey, der mit dieser Patriciatswürde den angeführten Vorzug verknüpft habe, weil man es für unschicklich halten müsse, daß derjenige, den sich der Kaiser gleichsam zum Vater ersehen, gleichwohl noch der väterlichen Gewalt unterworfen seyn sollte n), so macht dennoch das Zeugniß des Cassiodorus, der schon vor dem Justinian, unter den Gothischen Königen Theodorich und Alarich lebte, die Sache ungewiß, weil er schreibt: quod leges illis (sc. Patriciis) tantam reuerentiam detulerunt, vt in sacris positus, cum hoc fuerit honore praecinctus, *paternae potestatis nexibus eruatur*; daher der berühmte Reinold über die richtige Erklärung dieses Widerspruchs eine Abhandlung geschrieben o).

In der Folge verordnete Justinian, daß mit allen denjenigen Würden, die Befreyung von der väterlichen Gewalt verbunden seyn sollte, welche von der Verbindlichkeit, Decurionen oder Curiales (Thl. 2. S. 518) werden zu müssen, befreyten p). Es läßt sich nun zwar nicht ganz sicher bestimmen, was für Würden dieses Vorrecht gehabt haben, demohngeachtet ist aber so viel gewiß, daß nach den Gesetzen der Römer folgende Staatsbedienungen von der väterlichen Gewalt befreyten, als:

b) die

m) Oct. Gentilivs de Patriciorum origine, varietate, et iuribus, Lib. II. c. 1. p. 143. Curtius de Senatu Romano post temp. reipubl. Hal. 1768. Lib. IV. c. 6. §. 93. p. 165.

n) L. f Cod. de consulib. Nov. LXXXI.

o) Cassiodor. Var. epist. Lib. VI. ep. 2. Reinold Var. c. 19. Hofacker Tom. I. p. 491.

p) L. fin. C. de decurion. Novella LXXXI. c. 1. 2. Thomas. de legitim. c. 1. §. 8.

b) Die Consulwürde [q]).

c) Die Bischofswürde, weil man es für unanständig hielt, daß diejenigen, welche als geistliche Väter betrachtet würden, der väterlichen Gewalt unterworfen seyn sollten [r]).

d) Die prätorianische Präfectur. Unter dem August hieß der Oberste von der kaiserlichen Garde Praefectus Praetorio; sie bekamen aber unter den folgenden Kaisern eine größere Gewalt, und wurden Cabinetsräthe des Kaisers. Nachdem Constantin der Große das römische Reich in vier Haupttheile eingetheilt hatte, so nennte er den Statthalter jedes Viertheils ebenfalls Praefectus Praetorio [s]).

e) Die Präfectur über die Stadt. Der Gouverneur von Rom und Constantinopel wurde Praefectus vrbi genennt. Sie hatten die wichtigste Gerichtsbarkeit in der Stadt, und in einem Umfange von 100 damaligen Meilen (vsque ad centesimum lapidem) zu verwalten [t]).

f) Das Magisterium Militum, nach unserer Einrichtung die Feldmarschallswürde. Vor Constantin dem

q) L. 3. C. de consulib. Nov. 81. c. 1. L. 3. §. fin. D. de Scto. Maced.

r) Novella 81. c. 3.

s) Iac. Perizon. Diss. I. de Praetor. §. 35. Io. Dan. Ritteri historia Praefecturae Praetorianae ab origine dignitatis vsque ad Constant. M. Viteb. 1745. et in Oelrichs Thes. nou. Diss. iurid. sel. Vol. I. p. 1. Drackenborch. Diss. de offic. Praef. Praetor. Trai. ad Rhen. 1707. 4. et in Oelrichs Thes. Vol. II. Tom. II. p. 49. Petr. Faber Semestr. I, 1.

t) Drackenborch D. de Praefecto vrbi, edit. alt. Frf. ad Viadr. 1752. et ex Edit. Kappii, Baruth. 1787. 8. Io. Tob. Krebsii Epistola de Praefecto vrbis Romano, in *Eius* Opusc. Lipf. 1778. 8. n. IV. p. 100. Felix Contelerivs de Praefecto vrbis, in Sallengre thes. Tom. I. p. 509. Io. Stravchii Diss. de centum lapidibus suburbicariis, s. de praefectura vrbicaria, in *Eius* Opusc. Tom. II. p. 193. Ed. Corsinvs de Praefectis vrbis, Pisis 1766. 4.

Großen commandirten die Praefecti Praetorio die Armeen; als dieser Kaiser aber die neue Eintheilung des Reichs vorgenommen, und die darüber bestellten Statthalter Praefecti Praetorio genennt wurden, so erhielten zwey andere Personen, die höchste Stelle über die Armee, und diese hießen Magistri Militum.

g) Das Patrocinium fisci, oder die Würde des kaiserlichen Richters in Angelegenheiten des kaiserlichen Fiscus. Sobald die monarchische Regierungsform einmal festgesetzt war, so machte der Hofstaat des Monarchen und sein Unterhalt eine Trennung und Ableitung der bisher in eine Casse fließenden Staatseinkünfte nothwendig. Der kaiserliche Fiscus bekam seine besondern Einkünfte, so wie die Staatscasse ihre eigenen Quellen behielt [u]). Die Einnehmer der Abgaben, welche von den Unterthanen an den Fiscus bezahlt wurden, hießen Procuratores, auch Rationales, weil sie die empfangenen Gelder berechnen mußten. Sie wurden unter den ersten Kaisern in die Provinzen des Volks und des Kaisers geschickt, um die landesherrlichen Gefälle zu erheben, und sie waren von den Procuratoribus prouinciarum unterschieden. Eine dritte Classe machten die Verwalter der kaiserlichen Privatgüter aus. Augustus hatte den Procuratoren die Gerichtsbarkeit gegeben, so daß ihre Verordnungen in Sachen, welche zu ihrem Amte gehörten, eben so viel Kraft hatten, als die der andern Staatsbeamten, z. B. der Legaten oder der Präsidum. Da aber viele Procuratoren, sowohl um sich zu bereichern, als bey dem Kaiser sich beliebt zu machen, die Provinzialen erschrecklich drückten, so gab Kaiser Alexander dieß Amt nur denen, welche als rechtschaffne Männer allgemein bekannt waren, und er ließ ihnen dieses Amt nicht länger als ein Jahr. Es wurden diejenigen allemal öffentlich bekannt gemacht, die das künftige Jahr Procuratores fisci, seyn würden, und der Kaiser forderte jeden auf, seine Ein-

u) Spartiani Hadrian. VII. Gvther. III, 3.

Einwendungen gegen dieselben anzubringen. Bis auf den Hadrian, hatten diese Procuratoren sowohl die Einnahme der kaiserlichen Einkünfte, als auch die Untersuchungen der dabey vorfallenden Rechtshändel zu besorgen. Dieser weise Fürst trennte die für einen Mann zu vielen Geschäffte, und übergab einen Theil dem Aduocatus fisci x). Es wurde dieser neue Staatsbeamte aus der Zahl der jedesmaligen Rechtsgelehrten genommen; der nachherige Kaiser Septimius Severus verwaltete diese Stelle unter der Regierung Antonins des Frommen, und sein Nachfolger war der berühmte Papinianus y). Der Aduocatus fisci gehörte unter die Viros clarissimos, oder in die dritte Rangordnung. Dieser kaiserliche Advocat, oder Patron, durfte keine Sache wider die Krone übernehmen, auch nicht einmal alsdenn, wenn er dieß Amt nicht mehr hatte; in andern Sachen aber konnte er Privatpersonen dienen. Seine Pflicht war, darauf zu sehen, daß die an den Fiscus fallenden Güter richtig abgetragen, z. B. erbloſe Güter, bona vacantia, u. s. f., und nichts davon unterschlagen wurde. So strenge Aufmerksamkeit auf den Nutzen des Fiscus sein Amt von ihm forderte, so wenig war es ihm erlaubt, fremde Güter auf irgend eine ungerechte Art anzutasten. Für seine beschwerlichen Dienste erhielt er vom Kaiser eine ansehnliche Belohnung, und groſse Vorrechte für sich und seine Familie. Aus der häufigen Erwähnung dieser Beamten kann man schlieſsen, daß in jeder Provinz wenigstens einer war.

Ueber die Anwendbarkeit dieser Würden nach unserer teutschen Verfassung, ist ein groſser Streit unter den Rechtslehrern. Es giebt Rechtsgelehrte z), welche behaupten,

x) LAMPRID. in Alex. Seuer. c. 45. 46. SPARTIANI Hadrianus, c. 20. VALES. ad Amm. MARCELLIN. XXV, 4.

y) SPARTIANVS in Geta, c. 2. IDEM in Caracalla, c. 3.

z) de WERNHER Obs. Tom. III. Part. II. Obs. 344. RICHTER l. c. §. 11.

daß bey uns die Stelle eines Oberofficiers, desgleichen die Würde eines Reichskammergerichtsbeysitzers, eines Reichshofraths, eines landesherrlichen Geheimen Raths, und andere diesen ähnliche Chargen von der väterlichen Gewalt befreyen [a]), und manche stellen folgende Regel auf: eine jede heutige Würde, die mit denjenigen Dignitäten, so nach dem römischen Rechte von der väterlichen Gewalt befreyten, übereinkommt, und damit verglichen werden kann, hat auch noch heutiges Tages die nämliche Würkung [b]). Daß aber weder der geistliche Stand [c]), noch die Doctor- und Magisterwürde [d]), von der väterlichen Gewalt befreye, wie die ältern Rechtslehrer behaupteten, leugnet man jetzt allgemein; ja in unsern Zeiten sind die mehresten einsichtsvollen Rechtslehrer der Meynung, daß Würden und Aemter an sich von der väterlichen Gewalt nicht befreyen, sondern nur eine Veranlassung dazu geben, sich auf eine andere Art, nämlich durch Anstellung einer eigenen Haushaltung davon loszumachen; daher sey es unnütze zu untersuchen, welche heutiges Tages übliche Würden und Aemter mit denjenigen, welchen Justinian dieses Vorrecht beygelegt hat, zu vergleichen [e]). Der Herr RR. Eichmann führt

a) Berlich Concl. II, 11. n. 8. Hofacker Princ. Tom. I. p. 481. Stryck h. t. §. 24.

b) Richter selecta iuris princ. Diss. II. §. 9. Siegels Wechselgläubiger, Cap. 2. §. 15. S. 46.

c) Lavterbach ad Dig. h. t. §. 25. Bachov ad Treutler. I, 2. th. fin. Lit D.

d) Harprecht ad Instit. tit. quib. mod. patr. pot. §. 4. Lavterbach l. c. §. 26. Abr. Kaestner Progr. an dignitas doctoralis filium a patr. pot. liberet? Lips. 1723.

e) Schaumburg ad Struv. Iurispr. Lib. I. tit. 12. aphor. 3. Thomasius Diss. cit. c. 2. §. 6. Wernher Obs. Tom. III. Part. I. Obs. 169. Part. II. Obs. 344. de Selchow Elem. iur. Germ. §. 500. not. 3. L. G. Madihn Princ. Iur. Rom. Part. V. §. 20. Herr HR. Glück, Thl. 2. S. 341. Herr MR. Eichmann, Thl. 3. S. 389. Herr GTR. Höpfner im Comment. S. 177.

führt folgende Gründe an, und zwar 1) haben wir jene Würden nicht mehr, 2) kann die väterliche Gewalt bey uns gar wohl mit einer ansehnlichen Würde und Amt bestehen, da sie dem Vater so vorzügliche Rechte, wie bey den Römern, nicht giebt. 3) Braucht der Vater nicht in die Erlangung einer Würde zu willigen, wenn er seinem Sohn, wie es die Sache mit sich bringt, einen derselben gemäßen Unterhalt geben soll; willigt er aber darein, und der Sohn bleibt in Ansehung der Unterhaltung in dem vorigen Verhältniß, so will die Natur der Sache, daß auch der Sohn, welcher dem Vater nunmehr noch beschwerlicher fällt, als vorher, die alten väterlichen Rechte erkenne. 4) Setzen alle Würden, welche nach den justinianischen Verordnungen die väterliche Gewalt aufheben, den Sohn außer des Vaters Brod; wenn aber dieses bey uns geschieht, so erfolgt an sich schon eine Befreyung von der väterlichen Gewalt. Hieraus läßt sich auch leicht beurtheilen, was von der Doctor- oder Magisterwürde zu behaupten sey; nämlich sie befreyt an sich keinesweges von der väterlichen Gewalt, sondern nur alsdann giebt sie die Veranlassung dazu, wenn der Sohn seine eigene Wirthschaft oder Oeconomie anstellet.

6) Ob die väterliche Gewalt durch eine so genannte **Usurpation** verloren gehen könne, darüber streiten die Rechtslehrer. Unter der **Usurpation** versteht man gewöhnlich die Anmaßung und Ausübung eines Rechts, das einem Andern zusteht, wozu dieser entweder aus Unwissenheit oder aus andern Ursachen schweigt [f]). Diesen Begriff wenden mehrere Rechtslehrer auf die **väterliche** Gewalt an, und sagen, durch die **Usurpation** gehe solche verloren, wenn ein Kind, welches zeither der väterlichen Gewalt unterworfen war, sich ohne Widerspruch des Vaters, eine hinlängliche Zeit über als ein gewaltfreyer Mensch (ho-

me

f) Nettelbladt Iurisp. pos. gener. §. 473.

mo sui iuris) aufgeführt habe [g]). Man nennt dieses Stillschweigen des Vaters eine stillschweigend geschehene Begebung der väterlichen Gewalt (emancipatio tacita), und die Vertheidiger dieser Meynung berufen sich 1) auf mehrere Gesetze [h]); 2) nehmen sie ein Argument von der präsumtiven Manumission her; 3) sagen sie, weil bey den Römern, die väterliche Gewalt durch eine feyerliche Emancipation habe aufgehoben werden können, so folge nicht, daß es nicht auch durch eine stillschweigende und unfeyerliche geschehen dürfen. Mehrere Rechtsgelehrte erklären aber diese Behauptung für falsch [i]), und glauben, wie Herr RR. Eichmann schreibt, daß der angezeigten Art, sich von der väterlichen Gewalt zu befreyen, unschicklich dieser Name beygelegt werde. Die Gründe sind folgende:

α) Nach den angeführten Gesetzen erfolgt nicht sogleich eine Befreyung von der väterlichen Gewalt, wenn es der Vater geschehen läßt, daß sich sein Kind als ein gewaltfreyer Mensch aufführt, sondern es muß dieses eine lange Zeit über geschehen seyn, folglich ist der stillschweigende Wille allein nicht hinreichend.

β) In der L. 1. C. de patr. pot. (VIII, 47.) heißt es: ein Vater, welcher verstattet habe, daß sein Sohn sich lange Zeit als ein pater familias aufgeführt, sey mit der Präjudicialklage de patria potestate gegen den Sohn nicht mehr zu hören, und dieses kann deswegen nicht anders seyn, weil sie verjährt ist. In der L. 25. pr. D. de adopt. redet

g) Eyben ad Instit. Lib. I. tit. 12. Obs. 14. Bachov ad Treutler. Vol. I. Diss. 2. thes. 12. Alteserra de fict. iur. tract. 6. cap. 18. edit. Paris. p. 56.

h) L. 25. pr. D. de adopt. L. 1. C. de patr. potest. ibique Perez.

i) Iust. Henn. Boehmer D. de statu liberorum sui iuris factor. c. 2. §. 16. in Exerc. ad Pand. Tom. I. p. 944. Heimburg Difficillima emanc. cap. §. 7. sqq. D'Arnaud var. coni. Lib. I. c. 24. p. 171. Scheltinga D. de emanc. in prol. §. 16. Müller ad Leyser. Tom. I. Obs. 100.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684934/phys_0126
DFG

redet Ulpian von einer wirklich geschehenen Emancipation.

γ) Ist zwar wahr, daß die Emancipation und Manumission einige Eigenschaften mit einander gemein haben; allein gleichwie noch immer ein großer Unterschied unter beyden bleibt, also kann auch nicht davon, daß die Manumission eine ausdrückliche und stillschweigende seyn kann, auf eine ähnliche Eintheilung der Emancipation geschlossen werden, besonders da sehr oft von zwey Sachen, die eine große Aehnlichkeit mit einander haben, die eine eine Eintheilung zuläßt, welche bey der andern nicht statt hat.

δ) Noch vielweniger kann aus dem §. 2. Inst. qui et ex quib. caussis, ein Grund für die gegenseitige Meynung genommen werden, weil hier der Kaiser zwar erklärt, daß der Sclave, der ohne Erwähnung der Freyheit, von seinem Herrn zum Erben eingesetzt worden, frey seyn soll, keinesweges aber verordnet, daß dieses für eine Manumission zu halten sey.

ε) Kann zwar blos daraus, daß es bey den Römern eine feyerliche Emancipation gegeben habe, noch nicht geschlossen werden, daß im römischen Rechte von einer stillschweigenden Emancipation nichts enthalten sey; allein, wenn man dazu nimmt, daß die Gesetzgeber zu einer Emancipation, schlechterdings die ausdrückliche Erklärung des Vaters verlangen, so ist jene Folge allerdings richtig; denn jeder Streit, welcher über die Bedeutung der Worte in den Rechten entsteht, muß nach der deutlichen Verordnung des Gesetzgebers beurtheilt und entschieden werden. Da nun die römischen Gesetze blos die Handlung, wenn der Vater ausdrücklich erklärt hat, sein Kind aus der väterlichen Gewalt zu lassen, eine Emancipation nennen, und einer andern Begebung derselben diesen Namen nicht beylegen, so schließt man ganz recht, daß es keine stillschweigende Emancipation gegeben habe. Dieser Schluß ist um so richtiger, da

ζ) man

ζ) man aus der L. 25. D. de adopt. ganz deutlich sieht, daß die Gesetzgeber eine solche Begebung, nur für eine der Emancipation ähnliche Handlung gehalten haben; denn dieses und anders nichts zeigt das Wörtgen, quasi, welches in diesem Gesetz steht, an. Schicklicher ist es also, eine solche Handlung allenfalls eine Quasiemancipation zu nennen. Die Worte des angeführten Gesezzes sind folgende: post mortem filiae suae, quae vt mater familias, *quasi iure emancipata*, vixerat, et testamento scriptis heredibus decessisset: aduersus factum suum, quasi non iure eam, nec praesentibus testibus emancipasset; pater mouere controuersiam prohibetur. So viel ist übrigens nicht zu leugnen, daß die angeführten beyden Gesetze solche Fälle enthalten, da das Kind sich als ein homo sui iuris ohne Widerspruch des Vaters aufgeführt hatte, und der Vater eben deswegen, weil er dieses eine geraume Zeit geschehen lassen, ohne von den Rechten der väterlichen Gewalt einen Gebrauch zu machen, seines Rechts für verlustig erklärt wird. Man nehme also den Fall an, der Sohn oder die Tochter, forderte ihr Vermögen vom Vater, und übernehme dessen Verwaltung selbst, oder ließe sich einen Vormund bestellen, und der Vater schwieg hierzu eine lange Zeit über stille, ohne sich seiner Rechte der väterlichen Gewalt zu bedienen, so hat er durch den Nichtgebrauch die väterliche Gewalt eben so gut verloren, als wenn eine Emancipation von ihm vorgenommen worden, und er kann nun nach dem Tode eines solchen Kindes, das von ihm errichtete Testament nicht anfechten [k]). So wie jedoch, wenn ein Recht durch den Nichtgebrauch verloren werden soll, erfordert wird, daß eine gewisse Zeit darüber vergangen sey, und derjenige, dem das Recht zusteht, auf keine Weise an der Ausübung desselben gehindert worden, so ist dieses auch bey dem Verlust

k) L. 25. D. h. t. ibique FABER in Rat. STRYCK D. de non vsu iuris quaes. c. II. n. 37.

lust der väterlichen Gewalt durch den Nichtgebrauch erforderlich. Wäre also die Ausübung der väterlichen Gewalt, durch die Abwesenheit des Vaters oder Sohnes, oder durch den Wahnsinn des Vaters gehindert worden, so könnte man nicht sagen, daß ein Nichtgebrauch dieselbe aufgehoben habe [l]). Weil in den Gesetzen nicht deutlich bestimmt ist, wie lange der Nichtgebrauch gedauert haben müsse, sondern es z. B. in der L. 1. C. de patr. pot. blos heißt: cum *diu* passus sis, etc. so haben die Rechtslehrer eine Zeit von zehen oder zwanzig Jahren für nöthig erklärt [m]). Endlich kann auch

n) aus der 25. Novelle des Kaisers Leo kein richtiges Argument für die gegenseitige Meynung gezogen werden; denn wenn gleich in solcher gesagt wird, daß die väterliche Gewalt durch eine stillschweigende Einwilligung des Vaters solle aufgehoben werden können, so nennt dennoch der Kaiser, dieses Stillschweigen, keine stillschweigende Emancipation, und überdieses gelten die Leonischen Novellen in unsern Gerichten nicht, wie mehrmals gezeigt worden (Thl. 2. S. 55).

7) Einige Rechtslehrer [n]) behaupten, die väterliche Gewalt werde aufgehoben, wenn ein Judenkind die christliche Religion angenommen habe; denn es würde unschicklich seyn, dem Judenvater die väterliche Gewalt über sein Kind, daß ein Christ geworden, zu lassen, da es bekannt ist, das die Juden diejenigen, welche von ihrer Religion zur christlichen übergegangen, außerordentlich verfolgen. Eine Folge dieser geschehenen Aufhebung der väterlichen Gewalt sey es ferner, daß ein solches Kind befugt sey, sein eigenes Vermögen vom Vater herausfordern zu können, und wenn es arm seyn sollte, müsse er es noch ferner mit dem nöthigen Lebensunterhalte versorgen.

§. 157.

l) Voet h. t. n. 12. 13.

m) Arg. L. 16. § 3. D. qui et a quib. manum. Perez et Brvnnemann ad L. 1. C. de patr. pot.

n) Leyser Spec. 21. med. 7.

§. 157. 158.

Eine der wichtigsten Arten, wie die väterliche Gewalt aufgehoben werden kann, besteht

8) in der geschehenen **Emancipation** der Kinder, worunter man die **ausdrückliche** und **gesetzmäßige** Erklärung des Vaters versteht, daß sein Kind von der väterlichen Gewalt frey seyn solle [o]). Damit diese wichtige Materie gehörig verstanden werden könne, muß vor allen Dingen über den eigentlichen Verstand des Worts **Emancipation** das Nöthige gesagt worden. Es kommt solches von *mancipium* her, worunter die Römer ihr bürgerliches Eigenthum, welches sie dominium quiritarium nannten, verstanden, und folglich war *emancipatio* liberorum so viel als datio e mancipio, die Begebung des zeither an ihnen gehabten bürgerlichen Eigenthums [p]). Nach der Denkungsart der römischen Rechtsgelehrten, mußte die Ueberlassung seines zeither gehabten Eigenthums, an einen andern römischen Bürger, vermittelst Beobachtung gewisser eingeführter Feyerlichkeiten geschehen, und diese Handlung wurde mancipatio genennt. Von der Ursache, welche zum Gebrauch dieses Wortes in diesem Verstande Gelegenheit gegeben, sagt **Isidorus** [q]), mancipatio dicta est, quia res manu capitur, und vermöge dieser ursprünglichen Bedeutung des Worts, machte man zwischen mancipatio und emancipatio keinen Unterschied, wie z. B. §. 1. Inst. de test. ord. beweißt, wo gesagt wird, daß die Testamente in den vorigen Zeiten per emancipationem errichtet worden; andere alte Schriftsteller aber erklären, es sey per mancipationem geschehen [r]). Eben so gewiß ist es

o) SCHELTINGA Diss. duae de emancipatione, in FELLENBERG Iurispr. ant. Tom. II. n. 18. HEIMBVRG Diss. cit. Ien. 1742. 4.

p) BRISSONIVS de verb. signif. voc. mancipium. SCHVLTING in Iurispr. Anteiust. p. 619. n. 2.

q) ISIDORVS Lib. 5. Origin. c. 25.

r) GELLII Noct. Att. Lib. XV. cap. 27.

es jedoch auch, daß man bey dem Worte mancipatio allemal nur einen geschehenen Kauf dachte, und nicht zugleich auch die Befreyung eines Menschen aus der Gewalt eines Andern. Eben deswegen nennte man die feyerliche Entlassung der Kinder aus der väterlichen Gewalt, nicht mancipatio, sondern man brauchte vielmehr das Wort emancipatio davon, wie man aus einer Stelle vom Ulpian s) sieht, welcher schreibt: liberi parentum potestate liberantur *emancipatione*, id est, si posteaquam *mancipati* fuerint, *manumissi* sunt.

In dem angeführten Begriff der Emancipation überhaupt, liegen folgende Wahrheiten, und zwar 1) der Grundsatz, daß zu jeder Emancipation eine ausdrückliche Erklärung des Vaters, daß er sich seiner zeither gehabten väterlichen Gewalt für die Zukunft begeben wolle, erfordert werde. Diese Eigenschaft führen die Kaiser Diocletian und Maximian in einem Rescript selbst an, dessen in der L. 3. C. de emancip. liber. gedacht wird, wie Noodt sagt, indem es in diesem Gesetz heißt: non *nudo* consensu patria liberi potestate, sed actu solemni vel casu liberantur: nec causae, quibus motus pater emancipauit filium, sed actus solemnitas requiritur. Dieser Beschaffenheit der Sache gemäß, kann man denjenigen Rechtslehrern t) nicht Recht geben, welche behaupten, es gebe auch eine stillschweigende Emancipation. Die Gründe, wodurch die Unrichtigkeit dieser Behauptung bewiesen werden kann, haben wir S. 60 kennen lernen. Man kann auch nicht einwenden, daß in dem angeführten Rescript, von der ehemaligen alten Emancipation die Rede gewesen; denn wenn gleich durch die spätern Kaiser die Feyerlichkeiten der alten Emancipation aufgehoben worden, so

s) Vlpian. in fragm. tit. 10. § 1.

t) Leyser Spec. 21. med. 2. Spec. 154. med. 5. Barth. D. de emancip. Saxon. § 4. in *Eins* Diss. p. 221. Krause Differ. emancipat. tacitae ac Germanicae Vit. 1759. Walch Intr. in Contr. pag. 84. edit. tert.

so läßt sich doch kein Gesetz anführen, worin es deutlich gesagt wird, auch die ausdrückliche Willenserklärung des Vaters, die bey der ehemaligen feyerlichen Emancipation schlechterdings nöthig war, sey nicht mehr nöthig [u]).

Außer dem eben erläuterten Grundsatze, liegt in dem Begriff der Emancipation auch 2) noch der Satz, die ausdrückliche väterliche Willenserklärung muß auf eine gesetzmäßige Art geschehen, das heißt, es muß alles dasjenige dabey beobachtet werden, was die Gesetze vorschreiben. Wir finden aber im römischen Rechte dreyerley Vorschriften darüber, und dieses hat zu der Eintheilung der Emancipation, in die alte, die Anastasianische und die Justinianeische Gelegenheit gegeben.

Die alte Emancipation (emancipatio vetus, s. legitima) geschahe mit vielen Feyerlichkeiten [x]), wie alle andere actus legitimi. Sie wurde nämlich durch einen feyerlichen Verkauf und eine geschehene Freylassung oder Manumission vorgenommen. Wir haben im 2ten Bande dieses Commentars S. 436 gesehen, daß der römische Vater, nach den ältesten Gesetzen berechtigt war, seinen unverheyratheten Sohn dreymal, die Tochter aber nur einmal zu verkaufen, und daß der Sohn, wenn er das erste und zweytemal vom Vater verkauft worden war, aber vom Käufer seine Freyheit erhalten hatte, doch noch in die väterliche Gewalt wieder zurück fiel, und solche erst nach geschehenem dritten Verkauf des Sohns völlig verloren gieng. Unter dem Romulus und seinen Nachfolgern wußte man von einer Emancipation des Sohnes nichts, wie die Rechtslehrer [y]) behaupten; denn es sey nicht wahrschein-

u) Boehmer D. de statu liber. c. 2. §. 15. v. Ryvven D. de emancip. tacita, Romanis incognita, Groen. 1781.

x) Cai Instit. I, 6. §. 3. ibique Aleand. not. 34. Vlp. Fragm. X, 1. Theophil. ad §. 6. Inst. quib. mod. ius patr. pot. solvit Brisson. Ant. I, 7. Wernher Obs. Tom. III. P. I. Obs. 13. n 61. sqq.

y) Herr RR. Eichmann, Thl. 3. S. 396.

scheinlich, führen sie an, daß die Väter, wenn sie nicht wegen ihrer Umstände, durch einen dreymaligen Verkauf sich die väterliche Gewalt zu entziehen, genöthigt worden sind, dieselbe werden aufgegeben haben. Auch ist es höchst wahrscheinlich, daß die Meynung, als ob Numa Pompilius eine mit Einwilligung des Vaters geschlossene Heyrath des Sohnes, als eine Art die väterliche Gewalt aufzuheben, eingeführt habe, ungegründet sey. In den Gesetzen der zwölf Tafeln findet man auch nichts davon, sondern die Verordnung, welche auf der vierten Tafel vorgekommen, wo es heißt: SI PATER FILIVM TER VENVNDVIT FILIVS A PATRE LIBER ESTO, handeln von einem wirklichen Verkauf des Sohnes. Einige Rechtslehrer [z]) erklären zwar diese Stelle nur von einem Scheinkaufe, wie er in der Folge vorgenommen worden, um die väterliche Gewalt aufzuheben; andere berühmte Rechtsgelehrte [a]) halten aber diese Meynung deswegen für falsch, weil man etwas solches nach dem Wortverstande, und den damaligen Grundsätzen von den Rechten der väterlichen Gewalt gar nicht annehmen könne.

Die alte Emancipation ist eine Erfindung der Rechtsgelehrten, von denen so viele andere feyerliche Handlungen aufgebracht worden. Sie verwandelten nämlich den ehemaligen wirklich dreymal vorgenommenen Verkauf eines Sohnes, in einen Scheinverkauf. Dieser Scheinkauf, wodurch die Begebung der väterlichen Gewalt bewirkt werden sollte, bestand aus folgenden Handlungen:

a) Der Vater wählte einen seiner Bekannten dazu, um ihm seinen Sohn, als dem Käufer und angeblichen Herrn, zum Sclaven zu verkaufen.

z) RAEVARD in Oper. Tom I. cap. 3. ALEANDER l. c. GOTHOFRED. in Not. ad XII. tab.

a) SCHULTING in Iurispr. anteiust. p. 592. not. 5. IDEM in Enarrat. Part. I. Dig. h. t. §. 18. HEIMBURG Diss. cit. §. 3.

b) Bath er fünf römische erwachsene Bürger, daß sie bey diesem Verkauf die Stelle der Zeugen vertreten möchten.

c) Suchte er sich einen andern römischen Bürger aus, damit er beym Verkauf die Waagschale halten möchte, worein das Kaufgeld gelegt werden sollte, und dieser Bürger hieß Libripens.

d) Trug er einem andern Bekannten auf, daß er bey der vorzunehmenden Handlung, jedes Zeugen Ohrläppgen berühren, und sie erinnern sollte, daß sie bey diesem Verkauf Zeuge gewesen wären. Dieser Bürger hieß Antestatus. Es ist jedoch von vielen Rechtsgelehrten [b]) geleugnet worden, daß man zu dieser Handlung eine besondere Person gebraucht habe. Hr. HR. Glück schreibt: des Antestatus habe ich bey dieser Handlung mit Fleiß keine Erwähnung gethan, weil es noch ungewiß ist, ob derselbe eine besondere Person vorgestellt habe, oder ob er nicht vielmehr mit dem Käufer des Sohnes der nämliche gewesen, wie ich mit Augustin, Cujaz und Oiselius, aus denen von Chr. Wilh. Küstner angeführten Gründen, jetzt eher glauben möchte, als wenn man ihn die lächerliche Rolle spielen läßt, daß er bey der Handlung jeden Zeugen ins Ohr gezwickt, und dabey die Worte ausgesprochen: memento, quod tu in illa causa testis eris. Wichtige Gründe für die gemeine Meynung, findet man bey dem Herrn Reichshofrath von Wernher [c]).

e) Alle diese Personen giengen zum Prätor, der auf seinem Tribunal saß, und hier erklärte der Vater gegen den angeblichen Käufer, daß er ihm seinen Sohn zu verkaufen

b) Ant. Avgvstinvs ad LL. XII. Tabb. c. 52. Cvjacii Obseruat. Lib. VII. c. 16. Oisel. ad Caii Inst. l. c. not. 47. et Schvlting. l. c. p. 58. Chr. Wilh. Küstner Epist. de antestato in mancipationibus, Lipsi. 1742.

c) Wernher Obs. Tom. III. Part. I. Obs. 13. n. 192. sqq. pag. 31.

sen Willens sey, welches durch folgende Worte geschahe: Mancupo tibi hunc filium, qui meus est.

f) Der angebliche Käufer ergriff hierauf den Sohn bey der Hand, wieß dem Vater ein Stück Geld, als das Kaufgeld (sestertius), schmiß es in die Waagschale, welche der Libripens hielt, und sagte dabey: hunc ego hominem ex Iure Quiritium meum esse aio, isque mihi emtus est hoc aere aeneaque libra.

g) Nunmehr nahm der Vater, als Verkäufer, das in die Waage geworfene Stück Geld, heraus, und dabey geschahe an den Zeugen die Berührung ihrer Ohrläppgen.

h) Der Käufer, welcher jetzt Herr des Kindes, und dieses sein Sclave geworden war, erklärte nunmehr, daß er diesem seinem Sclaven die Freyheit schenke, welches in folgenden Ausdrücken geschahe: ego vero hunc meum seruum Iure Quiritium manumitto, worauf der freygelassene Sohn das erstemal in die väterliche Gewalt zurück fiel.

i) Es wurde nunmehr der Sohn vom Vater zum zweytenmale, an den ersten Käufer auf eben die Art, wie es das erstemal geschehen war, verkauft, und dieser erklärte ihn auch wieder zum zweytenmal für frey, worauf der Vater die väterliche Gewalt zum andernmal erlangte.

k) Damit der dritte Verkauf geschehen sollte, redete der Vater seinen guten Freund, der den Sohn bereits zweymal gekauft, aber auch wieder manumittirt hatte, an, und beschwor ihn bey seiner Freundschaft und Redlichkeit, daß, wenn er ihm seinen Sohn zum drittenmal verkauft haben würde, er ihn nicht wieder manumittiren dürfte, sondern schuldig seyn solle, ihn an den Vater zurück zu verkaufen.

l) Hierauf verkaufte dieser angebliche Käufer den Sohn wirklich an den Vater, nahm das in die Waage geworfene Kaufgeld zu sich, und der Vater bekam den Sohn zum Sclaven. Jetzt manumittirte er ihn per vindictam, wie es bey wirklichen Sclaven gewöhnlich war, und

dadurch hörte die väterliche Gewalt auf, der Sohn wurde als ein Freygelassener seines Vaters, und dieser wie sein Patron betrachtet, worauf sich das Erbfolgsrecht desselben gründete, jedoch traten hier nicht alle die Rechte ein, welche sonst zwischen Freygelassenen und ihrem Patron angewendet wurden [d]), wie man aus der L. 2. D. si a parente quis manumissus sit, sieht, wo es heißt: non vsque adeo exaequandus est patrono parens, vt etiam Faviana aut Calusiana actio ei detur: quia iniquum est, ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem.

Wenn man die Natur der zeither betrachteten so genannten alten Emancipation kennen will, muß man auch folgende Wahrheiten wissen, und zwar

α) Bey jedem Verkauf wurde zwischen dem Vater und dem Käufer ein Vertrag geschlossen, welcher fiducia hieß. Bey dem ersten und zweyten Verkauf versprach der Käufer, er wolle den Sohn wieder manumittiren; bey dem dritten hingegen versicherte er, daß er den gekauften Sohn nicht freylassen, sondern dem Vater wieder verkaufen wolle. Der Vater redete ihn zu dem Ende folgendermaßen an: ego vero hunc filium meum tibi mancupo, ea conditione, vt mihi remancupes, vt inter bonos bene agier oportet, ne propter te tuamue fidem frauder. Von diesem Vertrage bekam der Käufer den Namen pater fiduciarius [e]).

β) Der dreymalige Verkauf konnte gleich hinter einander weg geschehen, jedoch war es nicht schlechterdings nöthig, und es geschahe auch nur selten. Die ersten beyden Käufe nahm man an einem Tage vor, aber der dritte und die feyerliche Manumission geschahe einige Zeit nachher. Wenn nun der dritte Verkauf nicht an demselben Tage geschahe, wo die beyden erstern vorgenommen wurden,

d) FABER in Iurispr. Papin. tit. 11. Pr. 10. illat. 4.

e) GEBAUER Excurs. quint. ad Instit. p. 306. sqq. CONRADI Diss. duae de pacto fiduciae, Helmst. 1732.

den, so konnte man auch die vorigen Zeugen nicht brauchen, sondern es mußten andere dazu genommen werden [f]). Hierin lag die Ursache, daß der Sohn, der nach der ersten oder andern Mancipation, von dem Käufer war manumittirt worden, das unterdessen gemachte Testament seines Vaters brach, weil er in seine väterliche Gewalt zurückgefallen war [g]).

γ) Bey Töchtern und Enkeln, war nur ein Verkauf und eine Manumission nöthig [h]).

δ) Die Würkung dieser alten Emancipation war, daß die Kinder dadurch in eine Art von Sclaverey geriethen, welche, ob sie gleich nur eine fingirte war, gleichwohl für die Kinder schädliche Folgen hatte, indem sie die Familien- und Agnationsrechte aufhob [i]), und die Enkel des emancipirten Sohnes, welche bey seiner Emancipation in der väterlichen Gewalt ihres Großvaters geblieben waren, kamen nach seinem Tode nicht in ihres emancipirten Vaters väterliche Gewalt, sondern wurden sui iuris [k]). Weil nun der Verlust der Familienrechte die capitis deminutio minima ausmachte, so war solche ebenfalls eine Folge der alten Emancipation, mithin wurde ein emancipirtes Kind nicht weiter als ein Mitglied der Familie und Agnat betrachtet, und daher erbte es weder von seinem Vater, noch von Jemanden aus der Familie [l]). Eben so vernichtete die alte Emancipation, die Verbindlichkeiten des strengen Rechts, welches den Prätor veranlaßte, in diesem Falle den Gläubigern des Emancipirten, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu ertheilen, wie wir g. G. im Titel de capite minutis sehen werden.

f) PAVLI rec. sent. Lib. II. tit. 25. §. 2. NOODT h. t.
g) VLPIAN. Fr. tit. 23. §. 3.
h) VLPIAN. Fr. tit. 10. §. 1. ibique SCHVLT. n. 7. L. 1. §. 8. D. de iniusto rupto etc.
i) L. 3. §. 1. D. de cap. min. L. f. C. de adopt.
k) Pr. Inst. quib. mod. ius patr. pot. solu.
l) FABER in Iur. Pap. tit. II. Pr. 10. illat. 1—3.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684934/phys_0137
DFG

e) Die Ursache, warum die römischen Rechtsgelehrten, eine solche Art die väterliche Gewalt aufzuheben, eingeführt haben, war eben die, wodurch andere feyerliche Handlungen veranlaßt worden sind. Sie sahen es ein, daß es oft nöthig war, die väterliche Gewalt aufzuheben, gleichwohl fand man in keinem Gesetz nichts darüber verordnet, wie es geschehen solle. Die Rechtsgelehrten erfanden also diesen Ausweg, der mit den Gesetzen selbst übereinzustimmen schien. Wird, sagte man, die väterliche Gewalt wirklich verloren, wenn der Vater seinen Sohn dreymal in der That verkauft hat, warum sollte nicht das nämliche Rechtens seyn, wenn vom Vater blos ein dreymaliger Scheinkauf vorgenommen worden, und dieser Umstand unterstützt die Meynung derjenigen Rechtsgelehrten, schreibt der Herr RR. Eichmann, welche behaupten, daß man vorher keine besondere Art, die väterliche Gewalt aufzuheben, gehabt habe. Endlich verdient noch bemerkt zu werden, daß diese alte Emancipation zwar sehr lange gebräuchlich gewesen, aber dennoch in den letztern Zeiten des römischen Staats abgeschaft worden, da man die Beobachtung der alten Feyerlichkeiten, und den Gebrauch der Formeln für lächerlich hielt, und deswegen andere Arten der Emancipation einführte, nämlich die Anastasianische und Justinianeische, deren rechtliche Beschaffenheit wir nunmehr betrachten wollen.

§. 159.

Die Anastasianische Emancipation ist diejenige, welche nach der Verordnung des Kaisers Anastasius durch ein Reskript des Regenten geschieht. Dieser Kaiser verordnete, wie man aus dem darüber abgefaßten Reskript[m]) vom J. 503 n. Ch. G. sieht, der Vater könnte bey dem Kaiser um die Emancipation seines Sohnes bitten, worauf ihm die

m) L. pen. C. de emanc.

die kaiserliche Bewilligung derselben durch ein Rescript ertheilt werden solle, welchs sodann bey der competenten Obrigkeit zu insinuiren sey, und von ihr aufbewahrt werden müsse. Weil Anastasius die alte Emancipation nicht ausdrücklich abschaffte, sondern Justinian dieses erst gethan hat, so behaupten mehrere Rechtsgelehrte n), sie sey auch noch bis auf den Justinian beybehalten worden; andere Rechtslehrer halten aber diese Meynung für unrichtig, wie S. 72 gezeigt worden. Da ferner in der Constitution des Anastasius, wie sie Justinian in die L. 5. C. de emanc. liber. einrücken lassen, folgende Worte vorkommen: iubemus licere parentibus, id est, patri, auo paterno, — si liberos, quos habent in potestate propria, — per emancipationem, vel *absentes et peregre degentes*, vel in iisdem locis seu regionibus vel ciuitatibus commorantes, *in iudicio vero non praesentes*, iuris sui constituere maluerint: supplicationibus porrectis mereri super hoc diuinum oraculum: hocque apud *competentem* iudicem, ad cuius iurisdictionem actus emancipationis pertinet, insinuare, superque precibus a semet oblatis apud eum deponere, so scheint es, daß Anastius in dem Falle, wenn die Kinder in Person vor Gericht erscheinen können, seine Emancipation nicht habe ertheilen wollen, sondern blos bey abwesenden Kindern. Diese Erklärung würde aber falsch seyn, weil wir wissen, daß Anastasius schon vor dieser Constitution, eine andere Verordnung, die zwar in dem Justinianischen Codex nicht vollständig steht, worauf sich aber doch Anastasius einigemal in seinen andern Constitutionen o) beruft, welche älter sind, als die gegenwärtige, wie die Subscription derselben beweißt, bekannt gemacht hat, in der er einem jeden Vater verstattet, um die Emancipation der

n) Herr GR. Höpfner im Comment. S. 172. Herr HR. Glück, Thl. 2. S. 352.

o) L. 18. C. de collat. L. 11. C. de legit. heredit.

Kinder durch ein Rescript nachzusuchen, die ihn auch ertheilt werden solle, nur müsse dieses Rescript bey dem competenten Richter vorgezeigt werden, damit dieser über die geschehene Einwilligung der zu emancipirenden Kinder, ein gerichtliches Zeugniß zu den Acten schreibe. Vermöge jener Verordnung mußte das zu emancipirende Kind, bey der Untersuchung des Richters nothwendig persönlich im Gericht erscheinen, um seine Einwilligung zu der Emancipationshandlung zu geben. Anastasius faßte daher die Verordnung ab, welche in der L. 5. C. de emanc. liber. vorkommt, auf welche, oder vielleicht gar auf welche beyde zugleich sich Justinian, in der L. 13. C. de legit. heredit. und in der L. f. C. de emancipat. liber. bezieht, daß abwesende Kinder, erst nach der Zeit, vor einem andern Gericht ihre Einwilligung zu der geschehenen Emancipation zu erkennen geben könnten, ja er erklärte sogar, daß selbst Kinder (infantes), die nicht einmal rechtsgültig ihre Einwilligung geben konnten, durch ein Rescript sui iuris werden sollten, weil man glauben müsse, der Regent werde die Emancipation nicht anders genehmigen, als wenn sie dem Kinde nützlich befunden worden p).

Wenn also der Vater eine Anastasianische Emancipation vornehmen wollte, so wurde erfordert, 1) daß er ausdrücklich erklärte, sein Kind emancipiren zu wollen. 2) Mußte das Kind damit zufrieden seyn. 3) Wurde die landesherrliche, in einem Rescript geschehene Genehmigung der Emancipation erfordert. 4) Mußte das Schreiben, worin darum gebeten worden, nebst dem Rescript dem competenten Richter übergeben werden.

Was die Würkungen der Anastasianischen Emancipation betrifft, so kommen sie mit den Folgen der sogenannten alten Emancipation in den mehresten Stücken überein, jedoch waren sie darin verschieden, daß ein auf die Anasta-

p) Scheltinga Diss. I. de emancip. c. 4. §. 1. Noodt h. t. Thomas. Diss. cit. c. 1. §. 8. not. z.

Anastasianische Art emancipirtes Kind das Erbfolgsrecht in das Vermögen derjenigen Geschwister behielt, die noch der väterlichen Gewalt unterworfen geblieben waren [q]; auch konnte der Vater in einer Supplik darum nachsuchen, daß dem emancipirten Kinde die Familienrechte bleiben sollten [r].

Mit der Justinianeischen Emancipation hat es folgende Bewandniß. Justinian schaffte nämlich die alte Emancipation ganz ab, weil die dabey vorkommenden Feyerlichkeiten mit aller vernünftigen Gesetzgebung stritten, wie er sich in der L. fin. C. de emanc. ausdrückt, wo es heißt: cum inspeximus in emancipationibus *vanam* obseruationem custodiri, et *venditiones* in liberas personas *figuratas*, et circumductiones inextricabiles et *iniuriosa rapismata*, quorum nullus *rationabilis* inuenitur exitus; iubemus, huiusmodi circuitu in posterum quiescente, licentiam ei esse, qui emancipare vult, vel ex lege ANASTASIANA hoc facere, vel sine sacro rescripto intrare *competentis* iudicis tribunal, vel eos adire magistratus, quibus hoc facere permissum est: et filios suos, vel filias, nepotes vel neptes, vel deinceps progeniem in potestate sua constitutam, a sua manu dimittere: et legitima iura omnino habere, etsi non specialiter hoc sibi seruauerit. Durch die Worte iniuriosa rapismata zielt Justinian auf den lächerlichen und ehrenrührigen Gebrauch bey der Emancipation des Kindes, daß solches vom Prätor mit einem Stabe, welcher vindicta und griechisch ῥάπις hieß, berührt wurde [s], wie S. 69 gezeigt worden.

Aus

q) L. 4. C. de legit. tut. L. 15. §. 1. C. de legit. hereditat.

r) L. 11. C. de leg. hered. Herr HR. Glück a. a. O. Thl. 2. S. 355. Herr GTR. Höpfner a. a. O. S. 176.

s) VOSSIVS in Etymolog. sub voc. vindicta bemerkt, Juvenal und Alexander ab Alexandro hätten deutlich bewiesen, daß vindicta eine Ruthe gewesen sey. Auch aus des Plautus Miles

Aus Justinians Gesetzen über diesen Gegenstand [t]) sieht man ferner, daß er die Anastasianische Emancipation bestätigt, und überdieses eine neue Art zu emancipiren vorgeschrieben habe, die in folgenden Stücken bestand. Der Vater sollte 1) seinen Willen, das Kind zu emancipiren, vor dem competenten Richter ausdrücklich erklären. Auch müsse 2) das Kind seine Einwilligung in die Emancipation ausdrücklich oder doch stillschweigend zu erkennen geben. Sodann müsse 3) der competente Richter diese Handlung bestätigen.

Von dieser Justinianeischen Emancipation ist noch verschiednes zu bemerken, und zwar

a) Daß Justinian diese neue Art der Emancipation eigentlich nur in dem Falle habe verstatten wollen, wenn die Kinder im Gericht zugegen sind [u]). Man sieht dieses aus der Formel, welche der Vater im Gericht hersagte, und welche nach dem Theophilus in folgenden Worten bestand: hunc ego emancipo, et e manu mea dimitto. Nach dem Harmenopulus [x]) hat der Vater gesagt: hic vt sui iuris sit volo, eumque manu mea dimitto. Es sieht zwar in den darüber vorhandenen Gesetzen nichts von der Einwilligung des zu emancipirenden Kindes; daß dieses aber gleichwohl der Sinn derselben gewesen sey, ergiebt sich daraus, weil Justinian in Ansehung der Anastasianischen Emancipation, zu deren Gültigkeit der Wille des

Miles glorioſus Act. 4. Scen. 1. v. 15. sieht man, daß vindicta und festuca gleichbedeutende Worte gewesen sind, weil es hier heißt: Quid? ea ingenua an *festuca* (i. e. *vindicta*) facta e ſerua libera eſt?

t) §. 6. Inst. quib. mod. patr. pot. soluit. L. f. C. de emancip. liber.

u) Hvber ad Inst. Lib. I. Tit. XII. §. 5. Scheltinga Diss. I. de emanc. c. 4. §. 8.

x) Theophil. in paraph. Tit. Inst. §. 6. tit. quib. mod. Harmenop. Promt. Lib. I. Tit. XVII. §. 6.

des Kindes schlechterdings erfordert wird, dieses nicht abgeändert hat [y]).

b) Zum Besten der abwesenden Kinder, hat Justinian die Anastasianische Emancipation ausdrücklich beybehalten, und dieser Umstand führt auf die Entdeckung der Ursache, warum die S. 73 angeführte erste Constitution des Kaisers Anastasius, nach welcher auch bey derjegen Emancipation, die vermittelbst eines Rescripts des Regenten geschieht, die Gegenwart der Kinder im Gericht erfordert wurde, aus dem neuesten Justinianeischen Codex weggelassen worden [z]).

c) Was die Würkungen der Justinianeischen Emancipation betrifft, so findet man in den Schriften der Rechtsgelehrten verschiedne Meynungen darüber, ob dieselbe einen Verlust der Agnations- und Familienrechte verursacht habe, mithin eine Capitisdeminution gewesen sey. Mehrere berühmte Rechtslehrer [a]) behaupten es, andere [b]) verneinen es ganz, und noch andere [c]) sind der Meynung, daß zwar der Emancipirte, nach dem neuern römischen Rechte, nicht mehr in eine angenommene Sclaverey gerathen sey, nichts desto weniger habe er aber doch die Familie geändert, sey nicht weiter unter die Agnaten gerechnet worden, und habe folglich das ius sui heredis verloren, mithin sey auch mit der Justinianeischen Emancipation allerdings noch eine

y) THOMAS. l. c. §. 10. not. c.

z) SCHELTINGA Diss. I. de emanc. c. 4. §. 8.

a) HOFACKER Princ. Iur. ciuil. Tom. I. S. 485. VINNIVS ad Instit. tit. de cap. minut. §. 3. Petr. de GREVE Exerc. ad Inst. Exerc. III. th. 9. SCHELTINGA Diss. I. de emanc. c. 4. §. 7. Diss. II. §. 2. G. L. BOEHMER D. de discrimine suor. et emanc. in succeff. inteft. iure nouo fublato, §. 5.

b) HVBER in Digr. Iust. Lib. III. c. 6. §. 3. CVIACIVS ad VLPIAN. fr. tit. 10. in SCHVLTINGI Iurispr. Anteiust. p. 593. a COSTA ad Inst. tit. quib. mod. §. 6.

c) SCHVLTING. ad Prota h. t. §. 19. et in Iurispr. Anteiust. p. 593. HEIMBVRG Diss. cit. §. 27.

eine Capitisdeminution verbunden gewesen. Allein bedenkt man, schreibt Herr HR. Glück S. 358, daß, wenn gleich Justinian die Solennität der alten Emancipation aufgehoben hat, dennoch die Würkung derselben verbleiben solle, nicht anders, als ob jene Feyerlichkeit wirklich vorgenommen worden; erwägt man ferner, daß selbst Justinian §. 9. Inst. de hered. quae ab intest. defer. sagt: emancipati iure ciuili nihil iuris habent, weder das ius suorum heredum, weil sie zur Zeit des Absterbens ihres Vaters nicht mehr in dessen Gewalt waren, noch das ius agnatorum, weil sie durch die Emancipation aufgehört haben, Agnaten zu seyn, und die Familienrechte verloren haben; bedenkt man endlich, daß, wenn durch die Justinianeische Emancipation die Agnations- und Familienrechte nicht aufgehoben worden, es unnöthig gewesen wäre, solche durch eine ausdrückliche Verordnung, die in der Nov. 81. c. 2. vorkommt, und als ein besonderes Vorrecht denen zu erhalten, die durch eine Würde von der väterlichen Gewalt befreyet wurden, so läßt sich wohl nicht daran zweifeln, daß auch die Justinianeische Emancipation, wie jede andere, eine Capitisdeminution zur Folge gehabt habe. Da indessen Justinian durch die 118te Novelle, den ehemaligen Familien- und Agnations-Nexus bey der Intestaterbfolge gänzlich aufgehoben hat, so succediren die Emancipirten vermöge des Rechts der Blutsfreundschaft, weil solches durch keine Emancipation vernichtet werden kann, so gut als die sui, ohne daß erstere der prätorischen Hülfe, d. i. der bonorum possessio weiter nöthig haben [d]).

§. 160.

Bey der Erklärung des Begriffs der Emancipation überhaupt, ist gezeigt worden, daß sie mit Einwilligung des

d) G. L. Boehmer D. de discrimine suor. §. 10. in Eius Elect. Tom. I.

des Vaters und des zu emancipirenden Kindes geschehen müsse [e]) (S. 65); denn sie kann so wenig gegen den Willen des erstern, als des letztern vorgenommen werden. Wie aber die mehresten Sätze ihre Ausnahmen haben, so ist auch dieses hier der Fall, und diese verschiednen Ausnahmen wollen wir nunmehr kennen lernen.

I. Es giebt Fälle, wo der Vater seine zeither gehabte väterliche Gewalt zur Strafe verliert, und von diesen Fällen müssen diejenigen unterschieden werden, wo die väterliche Gewalt zwar nicht deswegen weggefallen ist, um den Vater dadurch zu bestrafen, wo er solche aber doch nicht weiter ausüben darf, er mag es zufrieden seyn, oder nicht.

A. Zur Strafe verliert der Vater die zeither gehabte väterliche Gewalt,

1) Wenn er sein Kind ausgesetzt hat [f]), da ihn dieses nach neuern Gesetzen verboten worden, wie im 2ten Theile dieses Commentars S. 434 gezeigt worden.

2) Wenn er seine Töchter hat zwingen wollen, eine Hurenwirthschaft zu treiben. Nach dem neuern römischen Rechte [g]), wurde der Vater über dieses mit dem Exilium bestraft. Mehrere Rechtsgelehrte behaupten, außer Sachsen sey ein solches Verbrechen, wenn zugleich ein Ehebruch damit begangen worden, nach den Grundsätzen von der Bestrafung des Ehebruchs zu beurtheilen [h]); sey aber kein Ehebruch damit verknüpft, noch auch kein anderes schweres Verbrechen, so bleibe die Bestimmung der Bestrafung dem Ermessen des Richters lediglich überlassen, und es sey von ihm, nach Beschaffenheit der Umstände auf die Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten, auf ein oder mehrere

e) L. 31. D. de adopt. L. 5. C. de emanc. lib. Novella 89. c. 11. Pavli rec. Sent. Lib. II. tit. 25. §. 5. §. fin. Inst. quib. mod. ius patr. pot. soluit.
f) L. 2. C. de inf. expos. Nov. 153. c. 1.
g) L. 12. C. de epis. audient. L. 6. C. de spectac.
h) Nov. 134. c. 10. L. 29. D. ad L. Iul. de adult.

mehrere Jahre, oder gar nur auf die Stadt- oder Bezirkräumung zu erkennen [i]).

3) Wenn er sich aufs neue verheyrathet hat, und diese Ehe blutschänderisch ist, in welchem Falle er sogar sein Vermögen verlieren, und solches an die Kinder verfallen soll, und diese brauchen ihm weiter nichts als die Alimente davon zu reichen [k]).

4) Wenn er die Kinder grausam und barbarisch behandelt hat [l]).

B. Was diejenigen Fälle anbetrifft, wo der Vater zwar nicht zur Strafe die väterliche Gewalt verliert, aber gleichwohl gezwungen werden kann, die Kinder zu emancipiren, wenn er es nicht freywillig thun will, so sind die Rechtslehrer darüber verschiedner Meynung; denn einige nehmen drey, andere vier, und noch andere fünf solche Fälle an [m]). Der Streit läuft aber am Ende größtentheils auf Logomachie hinaus, schreibt der Herr GHR. Höpfner §. 160. seines Commentars über die Institut. Man rechnet übrigens folgende Fälle hieher, und zwar,

1) Wenn ein Unmündiger von Jemanden arrogirt worden (S. 34), und er mißbilligt die geschehene Arrogation, nachdem er majorenn worden; jedoch muß er hinlängliche Ursachen dazu haben [n]).

2) Wenn dem Vater ein Vermächtniß, unter der Bedingung ausgesetzt worden, daß er sein Kind emancipiren soll, und er nimmt dieses Vermächtniß wirklich an [o]).

Wie

i) Selecta Iurid. Rostock. Fasc. IV. Spec. 10. qu. 3. Herr von Quistorp im peinl. Rechte, Thl. 1. S. 805 der Ausg. von 1794. Herr Syndicus Dorn im pract. Commentar über das peinl. Recht, Thl. 1. S. 668.

k) NOVELLA 12. c. 2.

l) L. f. D. si a parent. quis manum. MERCER. Opin. II, 22.

m) HEIMBVRG Diss. cit. § 15—23.

n) L. 32. 33. D. de adopt. L. 3 §. 6. D. de minorib.

o) L. 92. D. de cond. et demonstr. L. 1. §. 3. D. si a par. quis manum.

Wie man aus der L. 114. §. 8. D. de legat. I. sieht, so war der Jurist Marcianus der Meynung, daß ein Vater, wenn er von dem Erblasser gebeten worden, sein Kind zu emancipiren, dazu nicht gezwungen werden könne: potestas enim patria inaestimabilis res est. Eben so dachte auch Paulus; ja selbst Ulpian war anfangs dieser Meynung, wie man aus der L. 92. D. de cond. et demonst. sieht; denn in diesem Gesetz gab er einer andern Meynung seinen Beyfall, und erklärte, daß, wenn aus dem Testament erhelle, daß der Erblasser dem Vater das Vermächtniß in keiner andern Absicht habe hinterlassen wollen, als um sein Kind dagegen zu emancipiren, der Vater angehalten werden könne, sein Kind von der väterlichen Gewalt freyzugeben, da er das Vermächtniß angenommen habe. Neque enim debet circumueniri testantium voluntas. Sic deinde hoc accipiendum, quemadmodum si sub conditione liberorum emancipandorum ei fuisset legatum relictum: vel ita vt eos emanciparet. Ueber den eigentlichen Sinn der in diesem Gesetz vorkommenden Worte extra ordinem sind die Rechtslehrer verschiedner Meynung; denn einige [p]) wollen sie von einem Befehl des Regenten verstehen, wodurch der Vater zur Emancipation genöthigt werden müsse; nach der Behauptung anderer Rechtslehrer [q]) müssen sie aber von den Rechtsmitteln verstanden werden, welche bey Fideicommissen gebraucht wurden, und welche persecutiones extraordinariae genennt wurden, wie man aus der L. 178. §. 2. D. de verb. signif. sieht. Einige von unsern Rechtsgelehrten geben nun heutiges Tages dem Marcian ihren Beyfall, wohin Tho-

p) Dion. Gothofredvs in not. ad L. 92. D. de cond. et demonstr. Thomas. Diss. de vsu pract. tit. Inst. quib. mod. ius patr. §. 15. not. c.

q) Heimbvrg Diss. cit. §. 21. Faber Iurispr. Papin. tit. XI. Princ. to. illat. 9. Gebaver de iurisd. c. 1. §. 11. Herr HR. Glück im Comment. Thl. 1. S. 8.

Thomasius r) gehört; andere, z. B. der Herr GRR. und Ordinarius Heimburg s), halten es mit dem Ulpian. Der Herr RR. Eichmann schreibt: Thomasius irrt ohne Zweifel, wenn er glaubt, daß in der L. 92. D. de cond. et demonstr. ein bloßer Rath enthalten sey; denn die Gesetze der Pandekten sind nicht allezeit in der Sprache des Gesetzgebers abgefaßt, weil sie größtentheils aus den Schriften der Rechtsgelehrten, welche diese Sprache nicht führen konnten, zusammen getragen sind. Das Wort, constituere, dessen sich Ulpian bedient, ist wider die Erklärung des Thomasius; die Worte, extra ordinem, aber hat, nach Heimburgs Meynung, Ulpian deswegen hinzugefügt, weil von einer fideicommissaria petitione die Rede ist, und fideicommissariae petitiones im römischen Rechte extraordinariae petitiones genennt werden. Man könnte aber gar füglich sagen, daß Ulpian hierdurch habe zu erkennen geben wollen, daß hier der Vater außerordentlicher Weise sein Kind emancipiren müsse. Heimburg führt übrigens gar keinen Grund an, warum er der Meynung Ulpians den Vorzug giebt. Ich glaube vielmehr, daß man die Gesetze, welche aus den Schriften der beyden römischen Rechtsgelehrten genommen sind, auf folgende Art vereinigen könne: entweder giebt der Testirer bey seiner an den Vater gerichteten Bitte deutlich oder auch nur verdeckt zu erkennen, daß der Vater unter der Bedingung, wenn er sein Kind emancipiren werde, das Vermächtniß erhalten solle, oder man kann dieses nicht sagen. Wenn wir das Erstere annehmen, so ist der Vater, wenn er das Vermächtniß annimmt, zur Emancipation seines Kindes verbunden, und von einem solchen Falle ist Ulpian zu verstehen t); im andern Falle aber hat er

r) Thomas. Diss. cit. §. 15. not. c.

s) Heimburg Diss. cit. §. 19—21.

t) Daß dieses der Sinn Ulpians sey, machen die Worte: quod relictum est hoc contemplatione, vt liberos suos emanciparet, wahrscheinlich.

er keine solche Verbindlichkeit, und hiervon redet Marcianus.

3) Der Vater kann zur Emancipation gezwungen werden, wenn er ein Geschenk mit der Bedingung angenommen, oder es auch sonst durch einen Vertrag versprochen hat, sein Kind zu emancipiren. Ist ein Vater verbunden, sein Kind von der väterlichen Gewalt zu befreyen, wenn er das ihm unter dieser Bedingung hinterlassene Vermächtniß angenommen hat, so muß ihm diese Verbindlichkeit noch vielmehr alsdenn obliegen, wenn er sich vermittelst eines Vertrages diese Verbindlichkeit auflegen lassen. Verschiedne Rechtsgelehrte führen zwar die L. 1. §. 3. D. si a par. quis manum. an, um diesen Satz selbst durch ein Gesetz zu beweisen; andere Rechtslehrer wenden aber dagegen ein, dieses Gesetz sey dunkel, und könne folglich nicht für diese Meynung angeführt werden, sondern man müsse sich blos auf die Rechtsanalogie gründen u). Die Vertheidiger dieser Meynung reden zwar nur von dem Falle, da dem Vater unter der angeführten Bedingung ein Geschenk gemacht worden; da aber nicht in diesem Geschenk, sondern vielmehr in dem geschlossenen Vertrage, der Grund von der Nothwendigkeit der Emancipation des Kindes gesucht werden muß, so ist kein Bedenken vorhanden, zu behaupten, jeder andere gültige Vertrag habe die nämliche Würkung.

4) Außer den angeführten drey Fällen, wo der Vater gezwungen werden kann, sein Kind zu emancipiren, rechnet man auch den Fall hierher, wenn er dasselbe grausam und tyrannisch behandelt hat. Dieser Satz ist aber bereits S. 80 angeführt worden.

II. Ich komme zu solchen Fällen, wo sichs die Kinder wider ihren Willen gefallen lassen müssen, daß sie der Vater emancipirt (S. 79), und dieses darf geschehen:

u) Thomasius Diss. cit. § 16. Heimburg Diss. cit. §. 22.

1) Wenn Jemand ein fremdes unmündiges Kind (S. 28) adoptirt hat, und dieses ist nunmehr mündig geworden. Jetzt konnte es der Adoptivvater bey den Römern nach seinem Gefallen emancipiren. Es kann die Richtigkeit dieses Satzes nicht nur aus der L. 10. pr. C. de adopt. bewiesen werden, wo es heißt: cum enim tanta fragilitas est adoptionis, vt possit in ipso die et filius fieri et extraneus per *emancipationem* inueniri: quis patiatur iura patris naturalis nexu diuino copulata, ludibrio defraudari, sondern man schließt es mit Recht auch daraus, daß sich der leibliche Vater, der seinen Sohn von einem andern adoptiren lassen wollte, von diesem Adoptivvater durch eine Stipulation versprechen ließ, er wolle eine bestimmte Summe bezahlen, wenn er das adoptirte Kind ohne Grund emancipirt hätte x). Mit diesen Grundsätzen ist aber, wenn von ihrem heutigen Gebrauch die Rede ist, zu verbinden, was der Herr App. Rath von Globig S. 134 seiner vortrefflichen Preißschrift von der väterlichen Gewalt schreibt, wo es heißt: alle Rechte, welche den leiblichen Eltern zustehen, alle Pflichten, welche ihnen obliegen, werden auch den adoptirenden zu Theil; und es gilt dabey die nämliche Gradation, welche wir von der väterlichen Gewalt entworfen haben. Der Adoptant kann daher auch die ihm anvertrauten Rechte nicht nach Willkühr wieder aufgeben: selbst die größte Widersetzlichkeit des Kindes berechtigt ihn dazu nicht, sondern er muß, gleich den leiblichen Eltern, es der Entscheidung der Obrigkeit überlassen, ob das Kind aller fernern Erziehung unwürdig sey? — und auch in diesem Fall muß er demselben nothdürftige Alimente aussetzen.

2) Geht es an, ein Kind wider den Willen desselben zu emancipiren, wenn es sich pflichtwidrig und undankbar gegen die Eltern betragen, oder gar sich dergestalt gegen die-

x) L. 132. pr. D. de verb. oblig. Schreltinga Diss. I. c. 5. §. 3.

dieſelben vergangen hat, daß es enterbt werden kann [y]). Von dergleichen Kindern heißt es im §. 3. Inſt. de adopt. eos, cauſa cognita, *emancipatione* dignos eſſe, und Theophilus bemerkt in ſeiner Paraphraſe dieſer Stelle: quid enim, ſi aut patri adoptiuo inſidias fecerit, aut aliud quid egerit, propter quod merito ex patris poteſtate abiici debeat? Die in dergleichen Fällen vorgenommene Emancipation wird eine Verſtoßung der Kinder (abdicatio liberorum) genannt. Sie war bey den Römern bis auf die neuern Zeiten gewöhnlich, wie man aus den Beyſpielen ſieht, welche die Schriftſteller [z]) davon anführen. So wie man anfangs, ſein Kind ohne alle Urſache enterben konnte, ſo war es auch erlaubt, daſſelbe nach Gefallen zu verſtoßen. Nach der Behauptung vieler Rechtslehrer [a]) ſoll dieſes aber durch die L. 6. C. de patr. pot. von den Kaiſern Diocletian und Maximian verboten worden ſeyn, wo es heißt: *abdicatio*, quae graeco more ad alienandos liberos vſurpabatur, et ἀποκήρυξις dicebatur, romanis legibus non comprobatur. Allein, ſchreibt Herr HR. Glück, wenn gleich dieſe Meynung von der einen Seite dadurch zu gewinnen ſcheint, daß Juſtinian in der 89. Nov. Cap. 11. eben dieſes, als einen ganz bekannten und ausgemachten Grundſatz, annimmt, daß es den Vätern nicht erlaubt ſey, die Kinder wider ihren Willen aus der väterlichen Gewalt zu entlaſſen, ſo ſtreiten doch auf der andern Seite ſo wichtige Gründe gegen jene Vorſtellungsart, daß man unmöglich geneigt ſeyn kann, derſelben beyzutreten. Schon längſt haben van de Poll

y) van de Poll de exhered. c. 8. §. 4.

z) Valer. Max. V, 7. 2. V, 8. 3. 4. Heinecc. ad Brisson. ſub voc. abdicare. Scheltinga Diſſ. I. c. 5. §. 3. Heimbvrg Diſſ. cit. §. 24.

a) Alciati Diſpunct. II, 28. Schvlting ad Prota h. t. §. 21. Hr. RR. Eichmanns Erkl. Thl. 3. S. 416. Hr. GR. Höpfners Comment. S. 173.

und Breuning [b]) gezeigt, daß in dem angeführten Gesetz von einer römischen Emancipation gar nicht die Rede sey. Hermogenes, an welchen dieses Rescript erlassen ist, war ohne Zweifel ein Grieche, und vermuthlich von seinem Vater auf eine so schimpfliche Art verstoßen worden, als die Griechen ἀποκηρύττειν nannten. Weil nun dem verstoßenen Sohne vielleicht durch die Härte des Vaters zu nahe geschehen seyn mochte, so nahm dieser seine Zuflucht zu den Kaisern, und fragte zugleich in seiner Supplik an, ob, seitdem durch die Verordnung des Kaisers Caracalla allen Unterthanen des römischen Reichs die Rechte der Bürger mitgetheilt worden, noch eine Handlungsart gültig seyn könne, die nur bey den Griechen gewöhnlich, den römischen Gesetzen aber gar nicht angemessen sey? Die Kaiser rescribiren hierauf, daß eine solche Verstoßung, welche die Griechen ἀποκήρυξις nennen, von den römischen Gesetzen, nach deren Vorschrift doch alle legitime Handlungen der römischen Bürger, ohne Unterschied ihres Wohnorts, vollzogen werden müßten, nicht gebilligt, und daher auch nicht für rechtmäßig gehalten werden solle. Dieß ist die ganz natürliche Erklärung des Gesetzes, für deren Richtigkeit die Worte des Rescripts selbst bürgen. Da indessen noch alles darauf ankommt, was bey den Griechen ἀποκήρυξις eigentlich gewesen, und welche rechtliche Würkungen diese Handlung gehabt habe, so ist es nöthig, hiervon zur Erläuterung noch etwas hinzuzufügen. Diejenige Verstoßung der Kinder, welche bey den Griechen ἀποκήρυξις genennt wurde, war eine feyerliche Handlung unter den Lebendigen, dadurch der Vater seinen ausgearteten Sohn, der sich widerspenstig gegen ihn bezeugte, oder durch liederliche Lebensart der Familie Schande machte, von sich und aus dem väterlichen Hause entfernte, und ihn von nun an nicht mehr

für

b) van de Poll. l. c. c. 1. et 8. Brevningi Diss iur. civ. περὶ ἀποκηρύξεως seu de abdicatione ad L. 6. C. de patr. pot. Lipf. 1753.

für sein Kind erkannte [c]). Es war bey den Athenienſern ein ausdrückliches Geſetz, nach welchem der Vater dieſes Recht hatte, und aus folgenden Worten beſtand: τοὺς γονέας κύριος εἶναι ἀποκηρύξαι, parentibus liberos abdicare ius eſto. Nur durfte dieſe Abdication nicht ohne eine rechtmäßige Urſache geſchehen [d]), daher entweder vor Gericht [e]), oder in Gegenwart etlicher unpartheyiſcher Zeugen [f]) eine Unterſuchung, ob eine ſolche Urſache vorhanden ſey, angeſtellt werden mußte. Das Abdicationsurtheil wurde ſodann durch den Präco öffentlich mit gewiſſen Feyerlichkeiten bekannt gemacht [g]), wovon die Handlung ſelbſt den Namen erhielt, denn κήρυξ heißt ſo viel als praeco. Die ganze Handlung war demnach für den Sohn höchſt ſchimpflich, und beraubte ihn ſeiner Familien- und Succeſſionsrechte [h]). Dem Sohne war jedoch erlaubt, gegen eine ſolche Verſtoßung eine öffentliche Vertheidigung zu führen [i]); außerdem aber konnte er den Schimpf nicht anders auslöſchen, und ſeine vorigen Rechte wieder erlangen, als wenn er ſich beſſerte, und ſich mit ſeinem Vater wie-

c) Brevning Diſſ. cit. c. 3. et 4.

d) Lvcianvs in abdicato. Plato de legibus Lib. XI. Beym Libanius in der 36. Declamation kommt folgende Stelle vor, wo ein verſtoßener Sohn folgendergeſtalt redend eingeführt wird: at neque laſciuus, neque prodigus, neque ſcortator ego ſum, neque aleae mentem adhibeo, quibus de cauſſis legislator *abdicare* iubet.

e) Lvcianvs in abdicato verb. ideoque iuſſit (ſc. legislator), ne libera eſſet ac citra iudicium vindicata, ſed ad iudices vocat et aeſtimatores conſtituit, qui neque per iracundiam, neque per calumniam iudicent, quod iuſtum eſt.

f) Libanivs Declam. 36. verb. expellam enim ipſum aedibus meis coram vobis teſtibus etc.

g) Petitvs de legib. Atticis, Lib. II. tit. 4. p. 158.

h) Lvcianvs l. c. Libanivs l. c. Corn. Nepot. Themiſtocles c. 1. Mevrsii Them. Attic. Lib. II. c. 13.

i) Lvcianvs l. c. Qvinctil. Declamat. 378. Luc. van de Poll l. c. c. 1. §. 4.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701684934/phys_0153 DFG

der aussöhnte, welches ἀναλαμβάνεσθαι εἰς τὸ γένος genannt wurde [k]).

Von einer solchen **Abdication** reden nun die Kaiser in der L. 6. C. de patr. potest. Sie haben jedoch solche keinesweges durch ihre Verordnung abgeschafft, wie **Forster** [l]) behauptet, sondern rescribiren nur, daß sie den römischen Gesetzen nicht gemäß sey. Nun ist zwar nicht zu leugnen, daß man in den römischen Schriftstellern, viele Beyspiele solcher Verstoßungen findet. **Sueton** führt es als ein häusliches Ungemach des **Augusts** an, daß er seinen als Sohn angenommenen Enkel, den **Agrippa**, von sich entfernen (abdicare) müssen. Eben dieses erzählt der ältere **Plinius**. **Val. Maximus** berichtet, daß **Titus Manlius Torquatus** über seinen Sohn **Silanus**, der in Macedonien Ungerechtigkeiten und Grausamkeiten verübt hatte, vermöge seiner väterlichen Gewalt eine Untersuchung angestellt, und ihm, weil er schuldig befunden worden, befohlen habe, er möchte ihm so gleich aus den Augen gehen, und hinfort sein Haus, so wie den Staat meiden [m]); anderer Beyspiele nicht zu gedenken [n]). Allein diese römische Abdication war weder den Gesetzen entgegen, noch mit der griechischen ἀποκήρυξις einerley, vielmehr von derselben nicht nur in Ansehung der Form, sondern auch der Würkung ganz verschieden; denn wäre diese **Abdication** 1) ganz den Gesetzen entgegen gewesen, so würde ohne Zweifel, ein alter Schriftsteller, der davon erzählt, etwas über ihre Ungerechtigkeit gesagt haben. Hierzu kommt, daß **Val. Maximus** bey Erzählung des Falls mit dem **Manlius Torquatus**, die Gerechtigkeitsliebe desselben rühmt,

k) Mevrs ad Lycoph. v. 450. Casavbon. ad Diog. Laert. Periandr. Lib. I. n. 94.

l) Forster de iurisd. van de Poll l. c. c. 8.

m) Sveton. August. c. 65. Plinii Lib. VII. c. 45. Val. Maxim. L. V. c. 8. ex 3. 4.

n) Brisson. de V. S. sub voc. abdicare. Aerod. ad Qvinct. Decl. 260.

rühmt, und ihn als einen großen Kenner der römischen Gesetze schildert. Denkt man sich nun noch den großen Umfang der Rechte, woraus die römische väterliche Gewalt bestand, hinzu, so wird man diese Abdication wohl schwerlich, nach den Rechten der damaligen Zeiten, wo die Fälle vorgekommen, für gesetzwidrig halten o).

Die römische Abdication war aber 2) von der griechischen ἀποκήρυξις ganz verschieden; denn diese bestand in einer öffentlichen und feyerlichen, jene aber blos in einer Privathandlung, welche nicht so, wie jene, nach der Vorschrift ausdrücklicher Gesetze, sondern blos vermöge der häuslichen Gerichtsbarkeit des Vaters, geschahe p). Die griechische ἀποκήρυξις nahm dem verstoßnen Sohne, seine Familien- und Erbrechte; die römische Abdication hingegen hob weder die aus der väterlichen Gewalt, zwischen dem Vater und seinen Kindern vorhandene Verbindung auf, noch beraubte sie ein solches verstoßnes Kind seines Erbrechts, wenn nicht eine wirklich gesetzmäßig eingerichtete Enterbung zugleich vorgenommen worden; denn nirgends findet man in Gesetzen, worin die verschiednen Arten genannt werden, wie die väterliche Gewalt verloren gehe, die Abdication mit darunter angeführt. Man kann also die römische Abdication ungesitteter Kinder für weiter nichts halten, als für ein in den Rechten der väterlichen Gewalt liegendes, und aus der häuslichen Gerichtsbarkeit herrührendes Züchtigungs- und Besserungsmittel, daher sie auch, z. B. beym Quinctilian, blos filii emendatio, und beym Flaccus ira domestica genennt wird q).

Da wir wissen, was nach den Grundsätzen des römischen Rechts, von der Verstoßung der Kinder zu halten

o) van de Poll l. c. c. 8. §. 6. Schvrart de fat. iurispr Ex. 1. §. 47. p. 103. sq.

p) Brevning. Diss. cit. c. 4. et 5.

q) Qvinctil. Declam. 259. Calp. Flaccvs in Declam. 18. Herr HR. Glück a. a. O. Thl. 2. S. 368.

sey, so kann nunmehr auch die Frage beantwortet werden: ob, und in wie fern es heutiges Tages einem Vater erlaubt sey, sein Kind zu verstoßen, und welche rechtliche Würkung daraus entstehe [r])? Einige Rechtslehrer [s]) behaupten, der Vater habe heut zu Tage das Recht ebenfalls, sein ungerathenes Kind zu verstoßen, wenn es sich so betragen, daß es enterbt werden kann; von andern Rechtslehrern [t]) wird ihm aber dieses Recht nicht zugestanden. Es kommt vor allen Dingen darauf an, schreibt Herr HR. Glück, was man sich von der Verstoßung der Kinder für einen Begriff macht. In unserer teutschen Sprache versteht man unter der Verstoßung der Kinder, eine ausdrückliche und deutliche Erklärung des Vaters, oder der Mutter, daß sie alle Verbindung mit ihrem ungehorsamen Kinde aufheben wollen. Diese Verstoßung ist alsdenn nicht gesetzwidrig, wenn sie aus einer von denjenigen Ursachen vorgenommen worden, weswegen ein Kind enterbt werden kann [u]). Die Gegner wenden zwar gegen den Schluß, der von dem Recht der Enterbung auf das Recht der Verstoßung gemacht wird, verschiednes ein, worauf aber leicht geantwortet werden kann; denn es kommt hier nicht sowohl auf die Verschiedenheit der Handlung, die sehr deutlich einleuchtet, und von berühmten Rechtslehrern [x]) ausführlich betrachtet worden ist, sondern auf den Grund derselben an. Da nun dieser bey beyden Fällen der nämliche ist, und in dem strafbarsten Undank des Kindes gegen seine Eltern liegt, so ist kein vernünftiger Grund vorhanden, warum

r) Herr D. und Prof. Günther im Archiv für die theoret. und pract. Rechtsgel. 1. Thl. Braunschw. 1788. Nr. 14. S. 303—323.

s) Leyser Spec. 17. cor. 3. Müller ad Leyser. Tom. I. Obs. 91. Herr GR. Höpfners Comment. S. 173.

t) Herr RR. Eichmann, Thl. 3. S. 416. Wernher lect. comm. Tom. I. p. 40.

u) Arg. L. 5. §. 11. D. de agnosc. et alend. lib. Nov. 115. c. 3. Theophil. ad §. 3. Inst. de adopt.

x) van de Poll l. c. c. 1. §. 4.

um Eltern ein boshaftes Kind, nicht aus der nämlichen Ursache sollten verstoßen dürfen, weswegen sie dasselbe enterben können. Man wendet zwar ein, die Gesetze geben den Eltern nur darum das Recht, ihre Kinder aus den festgesetzten Ursachen enterben zu können, weil sie annehmen, daß die Eltern, wenn sich die Kinder gebessert haben, zu der Zeit, wo sie an den Tod denken, keinen Gebrauch davon zum Unglück ihrer Kinder machen werden. Darauf läßt sich erwiedern: Können sich denn die Eltern nicht auch mit ihren verstoßenen Kindern, nachdem sie sich gebessert haben, wieder aussöhnen? Da überdieses die Verstoßung an sich, den Kindern ihr Erbrecht in das väterliche Vermögen nicht ipso iure nimmt, so kommt es ja noch immer auf die Gesinnung der Eltern an, ob sie sich ihres Rechts, das verstoßene Kind zu enterben, bedienen wollen, oder nicht. Eine andere Frage ist es freylich: ob die Eltern ein solches ausgeartetes Kind, welches sich durch Undank, Ungehorsam und andere schändliche Vergehungen, der fernern Erziehung und Hülfe der Eltern unwürdig gemacht hat, mit eigener Gewalt verstoßen, und seinem Schicksal Preiß geben dürfen? Dieses leugnen mehrere berühmte Rechtsgelehrte y); denn Herr von Globig schreibt: Hieraus folgt, daß die Eltern in der bürgerlichen Gesellschaft eben so wenig, als im Stande der Natur, das widerspenstige und durch nichts zu bessernde Kind verstoßen, und seinem Schicksal Preiß geben dürfen, sondern daß sie in solchen Fällen, wo die erlaubte häusliche Züchtigung nichts hilft, die Obrigkeit um ihren Beystand ersuchen, und auf deren Urtheil es ankommen lassen müssen, welcher Erziehung das Kind, nach verbüßter Strafe, noch würdig zu achten sey? Doch bleiben die Eltern in jedem Fall zu nothdürftigen Alimenten verpflichtet, so wie es auch hinreichend seyn würde, in allen dergleichen Fällen blos summarisch, und ohne Gestattung gewöhn-

y) Hr. AR. von Globig a. a. O. S. 94. Hr. HR. Glück a. a. O. Thl. 2. S. 370.

gewöhnlicher Formalitäten des gerichtlichen Verfahrens, zu verstatten.

Auch über die Frage: was eine solche Verstoßung für rechtliche Würkungen habe? sind die Rechtsgelehrten verschiedner Meynung. Herr D. und Prof. Günther hat in der angeführten Abhandlung S. 318 a. a. O. gezeigt, daß hier wieder zwey Fragen unterschieden werden müssen, und zwar, 1) was wirkt eine solche Verstoßung in Absicht der Kinder? und 2) was wirkt sie in Rücksicht auf die Eltern?

Die Kinder verlieren dadurch weder das Eigenthum an ihrem peculio aduentitio, noch ihr künftiges Erbrecht in dem elterlichen Vermögen; denn die Ausschließung der Kinder von der Erbschaft ihrer Eltern erfordert nothwendig, a) daß sie in einer letzten Willensverordnung geschehe, b) aus einer von den Ursachen, welche in der 115ten Novelle angeführt worden, c) daß diese Ursache wahr sey. Dieses alles läßt sich bey der Verstoßung nicht anwenden; denn wenn auch die Eltern eine rechtmäßige Ursache zur Enterbung des boshaften Kindes hätten, so ist gleichwohl die bloße Erklärung der Eltern, daß sie ihr ungeartetes Kind nicht mehr als ihr Kind ansehen wollen, zur Enterbung desselben nicht hinreichend, weil diese so geschehen muß, wie die Gesetze es festgesetzt haben [z]). Zwar will Mevius [a]) behaupten, daß die Obrigkeit das Recht habe, Kinder ihres Erbtheils für verlustig zu erklären, wenn sie gegen ihre Eltern sich einer Enterbungsursache schuldig gemacht, z. B. ihre Eltern gröblich injurirt haben, und daß alsdenn ihr Erbtheil ihnen von dem Fiscus als Unwürdigen genommen würde, wenn gleich ihre Eltern sie deswegen nicht enterbt hätten, sondern ohne Testament verstorben wären. Diese Meynung widerspricht aber den Gesetzen, wie große

z) Mevii Decis. Part. IV. Dec. 183.

a) Mevius Part. IV. Dec. 184. 185. Part. V. Dec. 152. 153.

große Rechtslehrer [b]) ausführlich bewiesen haben. Nun fragt sich weiter, ob solche undankbare Kinder, ihrer Bosheit wegen, von ihren Eltern der nöthigen Alimente beraubt werden können? Auch hier sind die Rechtsgelehrten verschiedner Meynung; denn einige, z. B. Herr D. und Prof. Günther a. a. O. S. 318 behaupten, weil die Kinder, nach natürlichen und positiven Gesetzen [c]), Alimente fordern können, so gehe es nicht an, daß sich die Eltern einseitig dieser Pflicht entziehen. Darauf antworten aber andere eben so berühmte Rechtslehrer: Ulpian führt ein Rescript an [d]), worin es ausdrücklich gesagt wird, daß Kinder um ihres groben Undanks, und ihrer Vergehungen gegen die Eltern, sich der Alimenteforderung unwürdig machen könnten, und auf dieses Rescript gründen sie ihre Behauptung, daß die gesetzmäßigen Enterbungsursachen die Pflichten zur Verpflegung der Kinder aufheben, und schon Bartolus schreibt: ex quibus causis potest parens filium exheredare, ex iisdem potest ei denegare alimenta, wie Gothofredus in seiner Ausgabe des Corp. iur. anführt, dem mehrere Rechtslehrer [e]) beystimmen. Nur können die Eltern nicht so weit gehen, daß sie einem solchen Kinde selbst die nothdürftigsten Alimente versagen, wenn es sich gar nicht erhalten kann, und daher als ein Bettler dem Staate zur Last fallen würde, wie Herr von Globig a. a. O. mit Recht behauptet hat.

In

b) Stryck de succ. ab int. Diss. XII. c. 2. §. 34. 35. Die Herren Overbeck in den Meditationen 3. Thl. 170. Med. S. 264 flg.

c) L. 5. §. 7. L. 19. D. de agnosc. lib. L. 3. et 4. C. de alend. lib.

d) L. 5. §. 11. D. de agnosc. et alend. lib.

e) Dion. Gothofredus ad L. 5. §. 11. D. de agnosc. et alend. lib. not. 39. Voet Lib. XXV. tit. 3. §. 18. Westenberg in Dig. Lib. XXV. tit. 3. §. 2. Boehmer de action. Sect. II. c. 1. §. 33. Schmidts Lehrb. von Klagen, §. 347. S. 260.

In Ansehung der Folgen der Lossagung von dem ungerathenen Kinde, in Rücksicht auf die Eltern, ist zu bemerken: wenn das verstoßene Kind noch nicht majorenn seyn sollte, so behalten die Eltern die vormundschaftlichen Rechte über dasselbe bis zu seiner Volljährigkeit; denn diese beziehen sich auf die Erziehungsverbindlichkeit der Eltern, und sind, da sie von den Gesetzen zum Besten der Kinder eingeführt worden (Thl. 2. S. 468), kein Gegenstand einer Begebung. Daher bleiben auch solche Kinder schuldig, zu ihrer Verheyrathung die elterliche Einwilligung zu suchen. Ganz anders verhält es sich aber mit denjenigen Vortheilen, welche die Eltern bey Lebzeiten ihrer Kinder genießen. Diese gehen, vermöge der allgemeinen Rechtsanalogie, durch die Verstoßung der Kinder, verloren, weil sie sich derselben durch diese Handlung begeben haben, und da sie, blos zu ihrem Vortheil eingeführt worden, sich derselben auch begeben konnten. Es darf sich also der Vater, den Nießbrauch von dem Vermögen des verstoßenen Kindes, nicht weiter anmaßen, und er muß daher Rechnung ablegen, wenn er etwa als Vormund die Verwaltung des Vermögens behalten haben sollte. Eben deswegen kann auch das volljährige Kind, auf die Ausantwortung seines Vermögens dringen. Was das Erbrecht der Eltern anbetrifft, so ihnen an dem Vermögen des verstoßenen Kindes zukommt, wenn dasselbe gestorben ist, so haben sie solches durch die geschehene Verstoßung nicht verloren, da es nicht zu vermuthen ist, daß Eltern, die durch die Unart ihres boshaften Kindes genöthigt worden sind, dasselbe zu verstoßen, sich eines Vortheils werden begeben haben, der ihnen nach dem Tode dieses Kindes erst zu Theil werden kann, um sie für ihre Kosten zu entschädigen, auch jede Entsagung strenge ausgelegt werden muß. Hierzu kommt noch, daß der Grund des elterlichen Erbrechts nicht in der väterlichen Gewalt liegt, sondern blos in der Blutsfreundschaft; diese kann aber auf keine Weise gehoben werden, und es ist auch nicht anzunehmen, daß eine Begebung auf die darauf beruhenden Vortheile geschehen

sey,

sey, mithin verdienet die Behauptung solcher Rechtsgelehrten, die das Gegentheil behaupten, keine Aufmerksamkeit [f]).

§. 161.

Nach teutschen Sitten und Gesetzen hört die väterliche Gewalt auf, wenn der Sohn eine eigene Haushaltung angestellt, und die Tochter sich verheyrathet hat [g]). Von mehrern Rechtsgelehrten [h]) wird jene Handlung, eine Quasiemancipation, eine stillschweigende Emancipation, eine teutsche, eine sächsische Emancipation genennt. Diese Behauptung wird aber von vielen Rechtsgelehrten für falsch erklärt [i]), und zwar aus folgenden Gründen, da

α) Die Emancipation eine ausdrückliche Erklärung des Vaters und die landesherrliche Einwilligung erfordert, hier aber solche nicht nöthig ist, sondern die Befreyung

f) Müller ad Leyser. Tom. I. Fasc. I. Obs. 91. Carpzov Prax. rer. crim. Qu. 100. n. 26—28.

g) F. C. Harpprecht D. de separatione liberorum ab oeconomia paterna, Tub. 1689. in *Eius* Diss. Vol. I. Diss. III. p. 79—126. Chr. Thomasii D. de Quasiemancipatione germanica, Hal. 1703. I. H. Boehmer D. de statu liberorum sui iuris factorum per separationem et nuptias, Hal. 1721. Grypen de liberis per separationem et nuptias e patris potestate exeuntibus, in *Eius* Disc. c. 2. mbr. 2. de Pufendorf Obs. Tom I. Obs. 99. Tom III. Obs. 1. Scheppler D. de iure liberor. viuis parent. Hal. 1752.

h) Koeselivs D. de tacita emancipatione, Viteb. 1724. Tresenreuter D. de emancipatione minus plena, Alt. 1759. Gottfr. Barth D. de emancipatione saxonica, Lips. 1715.

i) Hofacker Princ. Iur. ciuil. Tom. I. p. 484. Boehmer l. c. c. 2. §. 2. Riccius in Spicil. iur. Germ. p. 475. Svmmermann ad Pand. p. 210. Herr HR. Glück Thl. 2. S. 375. Herr MR. Eichmann Thl. 3. S. 418. Herr GtR. Höpfner im Comment. S. 177. Herr Prof. Weber in den Reflexionen, S. 73. ff.

freyung von der väterlichen Gewalt blos nach den Gesetzen eintritt.

β) Bey den Römern hörte die väterliche Gewalt wegen verschiedner Würden auf, und gleichwohl nennte man diese Befreyung von der väterlichen Gewalt keine Emancipation, weil dieses eine ganz andere Art der Aufhebung der väterlichen Gewalt war.

γ) Da wir die Emancipation aus dem römischen Rechte angenommen haben, so können wir auch nicht das, was, nach dem römischen Rechte, keine Emancipation ist, dafür ausgeben, indem sonst natürlicher Weise Verwirrung in der Rechtsgelehrsamkeit entstehen muß. Nicht zu gedenken, daß hierdurch auf eine höchst ungereimte Art, der römische Sprachgebrauch einem blos teutschen, von der römischen Emancipation ganz verschiednem Institute, beygelegt wird, so liegt auch in dieser Vorstellungsart ein deutlicher Widerspruch; denn eine stillschweigende Emancipation soll diejenige seyn, die mit stillschweigender Bewilligung des Vaters geschieht, und dennoch muß man behaupten, daß durch Errichtung einer eigenen Haushaltung die väterliche Gewalt auch wider Willen des Vaters aufhöre; was aber wider meinen Willen geschehen, und von mir nicht gehindert werden kann, davon kann man doch unmöglich sagen, daß es mit meiner Bewilligung geschehe.

δ) Daß man diese Aufhebung der väterlichen Gewalt die sächsische Emancipation nennt, rührt vermuthlich daher, weil sie durch eine churſächsische Verordnung, Thl. 2. Const. 10. ebenfalls bestätigt worden. Will man ja eine römische Benennung brauchen, so ist der Ausdruck Quasiemancipation wohl der schicklichste; denn das Wörtgen Quasi zeigt an, daß diese Handlung keine Emancipation sey, sondern blos eine Aehnlichkeit damit hat. Eben deswegen ist auch die Eintheilung der so genannten stillschweigenden Emancipation, in die allgemeine, wodurch die väterliche Gewalt völlig aufgehoben wird, und die besondere, wodurch ein Kind nur in Rücksicht auf eine gewisse

gewisse Handlung davon befreyt wird, ganz ohne Grund, und folglich falsch, und dieses um desto mehr, da man sagt, daß die besondere stillschweigende Emancipation entweder ausdrücklich oder stillschweigend geschehen könne.

Was nun die eigentliche Beschaffenheit dieser teutschen Sitte betrifft, so ist es ausgemacht, daß heutiges Tages ebenfalls die Kinder durch Anstellung einer eigenen Haushaltung, und die Töchter besonders durch ihre Verheyrathung von der väterlichen Gewalt befreyet werden. Hr. Prof. Weber rechnet diese Befreyung von der väterlichen Gewalt unter diejenigen Einrichtungen, welche aus gesetzlicher Vorschrift, auch wider des Vaters Willen, seine zeither gehabte väterliche Gewalt beendigt. Der Sohn, schreibt der Churſächsische Hr. Appellationsrath von Globig, S. 119. seiner mehrmals angeführten Preisschrift, erlangt mit der bürgerlichen Volljährigkeit das Recht, als ein freyes Glied des Staats aufgenommen zu werden. Das Gesetz muß dann präsumiren, daß die Eltern demselben allen Unterricht ertheilt haben, dessen er, zur Verwaltung seines Vermögens und zu seinem Fortkommen bedarf. Sobald er dazu eine schickliche Gelegenheit findet, so ist kein Grund mehr vorhanden, die väterliche Gewalt und Vormundschaft noch weiter hinaus zu setzen; ja es liegt vielmehr dem Staate daran, daß die Vormundschaft seiner Bürger nicht ohne Noth verlängert, und nicht dadurch der Betriebsamkeit, der Freyheit im Handel und Wandel unnöthige Fesseln angelegt werden. Ich darf hier nicht wiederholen, was ich schon oben dargethan habe, daß weder die Sitten noch die Regierungsform durch Begränzung der väterlichen Rechte Gefahr laufen, und daß vielmehr die gesetzgebende Klugheit solche folgert. Wenn die Römer die väterliche Gewalt zu einer immerwährenden Herrschaft machten, welche blos durch die beliebige Wohlthat des Vaters, oder durch dreymaligen Verkauf des Kindes ganz aufhören konnte; so waren nicht politische Gründe, nicht die Absicht, dadurch die Regierung und die Sittlichkeit zu befestigen, die Ursache dieses häuslichen Despotismus, sondern die

Noth und der Eigennutz der Räuber, welche diesen Freystatt gegründet hatten, führte den Griffel des ersten Gesetzgebers, des Romulus [k]). Und obwohl das Zwölftafelgesetz und die Ehrfurcht für das graue Alterthum demselben das Siegel der Unvergänglichkeit aufdrückte, so daß auch bey allen nachherigen Milderungen der väterlichen Gewalt, welche in der Folge von den Kaisern gemacht wurden, dennoch dem Vater diese immerwährende Herrschaft über seine Kinder, wozu des Sohns Kinder, seine Enkel und Enkelinnen, ja sogar ihre Enkel, oder seine Urenkel, gehörten [l]), verblieb, so haben dennoch so wenig die Teutschen, als andere Europäische Nationen, welche die römischen Gesetze annahmen, hierin dem Beyspiel der Römer gefolgt, wie von dem berühmten Grupen mit vieler Gelehrsamkeit gezeigt worden, dem andere Rechtslehrer [m]) beystimmen.

Wichtiger ist die Frage: was zur Anstellung einer eigenen Haushaltung erfordert werde? Die Rechtslehrer stimmen zwar in ihren Behauptungen hierüber nicht überein; die mehresten erfordern aber,

1) daß die Kinder dasjenige Alter, und so viel Einsicht haben, daß sie im Stande sind, ihr Vermögen gehörig zu verwalten, und ihre Handlungen vernünftig einzurichten. In den Gesetzen wird gesagt: die Kinder müssen zu ihren mündigen Jahren gekommen seyn, ihre mann-

k) Dion. Halic. Ant. Rom. Lib. II. p. 96. edit. Sylb. verb. — Romanorum autem legislator (Romulus) omnem potestatem patri dedit in filium, idque toto vitae tempore, — etiamsi filius tractet rempublicam, etiamsi magistratus gesserit maximos, etiamsi studii erga rempublicam laudem sit promeritus.

l) §. 3. Inst. de adopt.

m) Grupen Disc. for. p. 91. sqq. Eyben Obs. 12. ad tit. Inst. quib. mod. Philippi Lib. I. tit. 12. §. 6. eclog. 77. Horn ad tit. inst. quib. mod. §. 6. Hahn ad Wesenb. tit. de adopt. n. 7. Stam de seruit. pers. Lib. I. tit. 1. p. 12. 13. Wissenbach Disp. ad Inst. §. 43. Simon van Leuwen Cens. for. Lib. I. c. 9. §. 9.

mannbare Jahre erreicht, ihr mündiges, vollkommliches Alter erreicht haben [n]). Aus diesen Worten schliessen einige Rechtslehrer [o]), zur Anstellung einer eigenen Haushaltung werde die Volljährigkeit erfordert; andere Rechtsgelehrte behaupten hingegen, schon die vollkommne Mündigkeit sey dazu hinreichend [p]). Die erstere Meynung hat aber wohl die stärksten Gründe für sich, weil nach unsern teutschen Gesetzen z. B. der Reichspolizeyordnung vom J. 1548. Tit. 31. §. 1. und vom J. 1577 Tit. 32. §. 1. kein Minderjähriger die eigene Verwaltung seines Vermögens bekommen soll, und daher behauptet der Hr. Appellationsrath von Globig S. 121. mit Recht, wenn der Vater sein noch minderjähriges Kind zu Errichtung einer eigenen Haushaltung von sich gelassen habe, so verliere er zwar dadurch die väterliche Gewalt, aber die vormundschaftlichen Rechte der Eltern habe er dadurch nicht aufgegeben, sondern diese behielten ihre Kraft bis zu erlangter Volljährigkeit des Kindes.

2) Wird zu Anstellung der eigenen Haushaltung des Sohnes erfordert, daß er von dem Vater seinen nöthigen Lebensunterhalt nicht mehr bekommet; denn die Haltung des eigenen Feuers und Rauchs oder Feuers und Heerdes, ist ein Zeichen der besondern Haushaltung [q]). Man würde aber diesen Rechtssatz unrichtig verstehen, wenn man behaupten wollte, der Sohn dürfe nun nicht weiter mit dem Vater in einem Hause wohnen, noch weniger gegen Bezahlung

n) Churſächſ. Landesordn. Part. II. Const. 10. Würtemb. Landr. Part. II. tit. 18. p. 304. Reform. Franckof. Part. II. tit. 1 §. 8.

o) STRYCK Vſus mod. h. t. §. 19. LAVTERBACH ad Ius Würteb. l. c. CARPZ. Iurispr. for. Part. II. Const. 10. Def. 1. PHILIPPI l. c. SCHEPLER Diſſ. cit. Sect. I. §. 27. Hr. RR. Eichmann Th. 3. S. 424.

p) HARPPRECHT Diſſ. cit. §. 20. HOFACKER Princ. Iur. ciuil. Tom. I p. 484.

q) HOFFMANN in Iurispr. ſymbol. veter. Germ. §. 1.

lung bey ihm an Tisch gehen; denn dieses ist allerdings erlaubt, ja es schadet der Rechtsbeständigkeit dieser Handlung nichts, wenn der Vater die ihm versprochene Bezahlung nicht annimmt, sondern sie dem Sohne schenkt [r]).

3) Es ist ferner nöthig, daß der Sohn bey der geschehenen Anstellung einer eigenen Haushaltung beständig verbleiben will, und die Absicht hat, sich künftig nicht weiter vom Vater ernähren zu lassen, welches man eben daraus schließt, weil er eine besondere Wohnung bezogen hat [s]).

Ob eine solche Anstellung einer besondern Haushaltung von dem volljährigen Sohne nicht anders geschehen dürfe, als mit Einwilligung seiner Eltern, darüber streiten die Rechtslehrer. Mehrere [t]) behaupten es, weil die Beschaffenheit der väterlichen Gewalt, den Kindern die Verbindlichkeit auflege, einen so wichtigen Schritt, welcher fast allemal das Schicksal ihres ganzen übrigen Lebens bestimmt, nicht ohne den Rath und Beystand ihrer Eltern zu thun. Bey den Eltern kommt noch dieser wichtige Grund hinzu, daß sie durch eine solche Absonderung der Kinder einen nicht geringen Verlust an denjenigen Rechten und Vortheilen leiden, die mit der elterlichen Gewalt verbunden sind. Nun aber scheint es unbillig zu seyn, den Eltern diese Rechte wider ihren Willen zu entziehen, zumal da die Gesetze voraussetzen sollen, der Sohn habe die Mittel zu seiner neuen Haushaltung von ihnen bekommen, oder er sey doch durch die von ihnen erhaltene Erziehung in den Stand gesetzt worden, sich sein Brod verdienen zu können. Diesen Gründen stehen aber folgende wichtige Wahrheiten entgegen, nämlich: wenn es gleich allemal billig ist, und den Pflichten der

r) HARPPRECHT Diss. cit. th 30. 32. 33. n. 192.

s) LEYSER Spec. 21. med. 4. HARPPRECHT Diss. cit. th. 22. et 27. BERGER in Resp. Part. I. Resp. 195. STRYCK Vsus mod. h. t. §. 19.

t) STRYCK in vsu mod. h. t. § 20. SCHEPLER Diss. cit. §. 31. 32. Hr. HR. Schott im Eherechte, §. 193. Hr. v. Globig a. a. O. S. 120.

der kindlichen Liebe und Dankbarkeit für gemäß gehalten werden muß, die Eltern um ihre Einwilligung zu Anstellung einer besondern Haushaltung zu ersuchen, so findet man dennoch keine gesetzliche Vorschrift, nach der diese elterliche Bewilligung schlechterdings vorausgesetzt wird, und die Grundsätze von der römischen Emancipation lassen sich hierbey gar nicht anwenden, da die Anstellung einer besondern Haushaltung eine Wohlthat der Kinder ist, die ihnen durch teutsche Sitten und Gesetze ertheilt worden. Viele Rechtsgelehrte u) erfordern daher mit Recht die elterliche Einwilligung zu Anstellung der eigenen Haushaltung des Sohnes nur alsdenn, wenn es durch die Ortsgesetze vorgeschrieben worden. Haben aber die Eltern vernünftige Ursachen, sich dem Vorhaben ihres majorennen Sohnes zu widersetzen, z. B. schwache Einsichten desselben, oder sein unordentliches, leichtsinniges, verschwenderisches Betragen, lassen von der Führung einer eigenen Wirthschaft nichts Gutes erwarten, so können sie ihre Besorgniß der Obrigkeit vortragen, und nun kommt es auf diese an, was geschehen soll. Außer einem solchen Falle ist aber zu Anstellung einer eigenen Haushaltung des Sohnes, weder die Genehmigung des Richters, noch die Zuziehung von Zeugen nöthig x).

Da wir die eigentliche Beschaffenheit der von dem Sohne angestellten besondern Haushaltung kennen, so werden die Sätze, welche als Folgen dieser Einrichtung zu betrachten sind, leicht verständlich werden. Ein solcher wichtiger Satz ist es:

α) So lange die Kinder von dem Vater erhalten werden, bleiben sie seiner väterlichen Gewalt unterworfen, sie

u) Harpprecht Diss. cit. thes. 18. et 50. Hofacker Princ. iur. ciuil. Tom. I. §. 621. Madihn Princ. Iur. Rom. Part. V. §. 20. Hommel Rhapf. Obs. Part. V. Obs. 667. n. 2. p. 300. Hr. HR. Kunde im Privatr. S. 516.

x) Harpprecht Diss. cit. th. 12. et 13. Schepler l. c. §. 33. Hofacker l. c.

mögen majorenn seyn oder nicht; denn nach teutschen Gesetzen hebt die Volljährigkeit der Kinder, die väterliche Gewalt eben so wenig auf, als es bey den Römern geschahe y), wenn gleich Voet dieses behauptet. So viel ist freylich wahr, daß die erlangte Volljährigkeit des Kindes, auf die Rechte der teutschen väterlichen Gewalt einen nicht unbedeutenden Einfluß hat, welcher sich hauptsächlich dadurch zeigt, daß der volljährige Sohn berechtigt ist, sich bey jeder schicklichen Gelegenheit, die ihm den Weg zur eigenen Haushaltung eröffnet, der elterlichen Vorsorge und Gewalt zu entziehen; was der volljährige Sohn durch seine Arbeiten erwirbt, oder geschenkt erhält, darf der Vater nicht mehr zur Masse des in seiner Administration stehenden Vermögens schlagen, sondern es bleibt der alleinigen Disposition des Sohns überlassen, und er kann darüber Schulden contrahiren. Ferner dürfen die Eltern über ein volljähriges Kind nicht weiter dasjenige Züchtigungsrecht ausüben, das ihnen zustand, so lange die Kinder einer Erziehung bedurften. Die Kinder sind daher berechtigt, über eine solche Züchtigung bey der Obrigkeit Beschwerde zu führen, und diese kann nur die übereilte Hitze des Zorns als Milderung der Strafe betrachten z). Hat der Sohn noch keine besondere Haushalung angestellt, und hält sich daher noch im väterlichen Hause auf, entweder weil es ihm an den Mitteln, sich selbst zu erhalten, fehlt, oder weil die Eltern und die Obrigkeit seinen Vorsatz aus rechtmäßigen Ursachen hinderten, so behält der Vater auch noch die Verwaltung und Benutzung des Vermögens des Sohnes; auch ist der Sohn noch zu häuslichen Arbeiten und zur Unterstützung seiner Eltern mit seinem Gewerbe verbindlich, da man diese Arbeiten für allgemeine Vortheile halten muß, welche die-

y) Voet h. t. n. 15. Harpprecht Diss. cit. §. 25. Heimburg Diss. diffic. emanc. cap. §. 78. Hr. HR. Glück, Th. 2. S. 386.

z) Hr. v. Globig in der angeführten Preisschrift, S. 112. flg.

die Gesetze als Vergeltung der Eltern für die Beschwerden der ganzen Erziehung erklären, wie der Hr. Appellationsrath von Globig mit Recht behauptet. Sehr streitig ist der Satz: in wie fern ein Sohn, der zwar bereits volljährig ist, aber noch keine eigene Haushaltung angestellt hat, sondern in der Eltern Hause erhalten wird, solche bürgerliche Handlungen vornehmen dürfe, welche nur von einem Hausvater unternommen werden können. Darüber sind alle Rechtslehrer einerley Meynung, daß nur solche Söhne ein Testament machen dürfen, welche ihre eigene Haushaltung errichtet haben; ob aber ein solcher noch im väterlichen Hause lebender volljähriger Sohn nicht wenigstens ohne Bewilligung des Vaters Geld borgen und einen Wechsel darüber ausstellen könne, diese Frage wird nicht gleich beantwortet. Die mehresten Rechtslehrer wollen es nicht für erlaubt halten, weil der Macedonianische Rathsschluß in Teutschland ebenfalls völlig anwendbar sey [a]). Ausführlich wird diese Wahrheit in dem von diesem Rathsschluß handelnden Titel erklärt werden.

β) Man kann es

a) für keine Anstellung einer besondern Haushaltung des Sohnes halten, wenn er geheyrathet hat, ohne seine eigene Wirthschaft auf seine Kosten zu haben [b]); denn die Ursachen, warum dieses von den Töchtern gesagt wird, finden hier keine Anwendung. So ist es ferner

b) keine Anstellung einer besondern Haushaltung, wenn die Kinder von dem Vater nicht mehr erhalten werden, sondern sich bey Herrschaften zu Arbeiten vermiethet haben, wofür sie Lohn und Kost bekommen.

a) G. L. Mencke D. de vsu forensi Scti. Macedon. in Germ. Viteb. 1715.

b) Berlich Concl. Part. II. Concl. 11. n. 43. Riccivs in Spicil. iur. Germ. p. 476. Heimb. Diss. cit. §. 79. Stryck ad Lavterb. tit. de adopt. voc. matrimon. Hr. GR. Höpfner im Comment. S. 177.

c) Eben so wenig gehört der Fall hierher, wenn der Sohn Soldat geworden, und Löhnung bekommt, oder er erhält als Geselle sein bestimmtes Wochenlohn, oder er steht noch in der Lehre; denn in allen diesen Fällen kann man nicht sagen, daß der Sohn seine eigene Haushaltung errichtet habe; ja wenn er sich auch selbst ernähren sollte, so geschieht dieses doch nur auf eine unsichere Weise, und folglich muß der Vater seine Zurückkunft an seinen Tisch immer erwarten.

d) Auch ist es nicht hinreichend, daß ein Kind so viel eigenes Vermögen hat, daß es davon leben könnte, sondern es ist schlechterdings nöthig, daß die Kinder sich häuslich niederlassen, und durch Anstellung einer eigenen Haushaltung sich von den Eltern völlig trennen, wenn sie von der väterlichen Gewalt frey seyn wollen [c]). Ist jenes noch nicht geschehen, so bleibt die väterliche Gewalt bey ihrer Kraft, wenn auch gleich der Sohn mit des Vaters Bewilligung ein Gewerbe treibt, oder außer dem väterlichen Hause seine eigene Wohnung hätte; denn diese allein hebt die väterliche Gewalt nicht auf [d]).

γ) Ob die Töchter durch Anstellung einer eigenen Haushaltung sich ebenfalls von der väterlichen Gewalt losmachen können, darüber streiten die Rechtslehrer. Sehr viele berühmte Rechtslehrer [e]) behaupten, daß sie unter den bey den Söhnen erforderlichen Umständen ebenfalls durch Anstellung einer eigenen Haushaltung, die väterliche Gewalt aufzuheben berechtigt sind, obgleich dieser Fall nicht so

c) Wernher Obs. Tom. I. Part. I. Obs. 9. Stryck in vsu mod. h. t. §. 19. Harpprecht Diss. cit. §. 27. Hommel Rhaps. Obs. Vol. I. Obs. 162.

d) Harpprecht Diss. cit. §. 23. n. 137. §. 7. n. 27. Heimburg Diss. cit. §. 76.

e) Sächs. Landrecht I Buch Art. 11. und 13. Höpfners Comment. § 163. S. 177. Hr. v. Globig a. a. O. S. 130. Harpprecht Diss. cit. §. 19. n. 101. §. 29. n. 176. Hommel Rhaps. Obs. Vol. V. Obs. 667. n. 30.

so häufig vorkommt, da das weibliche Geschlecht der Verführung weit mehr ausgesetzt ist, und sie auch ihren Unterhalt mit mehr Schwierigkeiten zu erwerben Gelegenheit haben; daher Eltern ihre Töchter mit Recht an der Ausführung ihres Vorhabens hindern dürfen, wenn gegründete Bedenklichkeiten entgegen stehen.

Dagegen wendet der Hr. RR. Eichmann S. 431 ein: Keinesweges können wir denjenigen beypflichten, welche behaupten, daß die Tochter, wenn sie sich nicht verheyrathet, aber eine besondere Haushaltung anstellt, von der väterlichen Gewalt befreyt werde; denn 1) haben die Töchter bey den alten Teutschen niemals daran gedacht, sich ohne Heyrath von dem Vater abzusondern und eine besondere Haushaltung anzustellen, indem sie immer eine Vertheidigung und Schutz nöthig hatten, welches beydes ihnen der Vater leistete, sie selbst aber sich nicht verschaffen konnten. Es ist daher eine ausgemachte Wahrheit, daß die Teutschen in den Zeiten, da die Befehdungen üblich waren, und sich ein jeder selbst helfen konnte, von einer besondern Haushaltung, welche die Töchter angestellt, und wodurch sie sich von der väterlichen Gewalt befreyet, nichts gewußt haben. 2) Daß in den mittlern Zeiten, nachdem endlich die Befehdungen aufhörten, eine solche Gewohnheit eingeführt worden sey, wird Niemand erweisen können, und ist auch dieses um so mehr unwahrscheinlich, da in diesem Zeitraum das justinianeische Recht aufgenommen worden ist, und dieses keine Veranlassung hierzu hat geben können, weil nach demselben diese Art, sich von der väterlichen Gewalt zu befreyen, nicht statt findet. 3) Fällt hier der Grund weg, warum die Töchter durch die Heyrath von der väterlichen Gewalt befreyet worden sind, indem sie in einem solchen Falle den nämlichen Schutz und Vertheidigung nöthig haben, welcher sich hier nicht denken läßt. Hieraus ergiebt sich auch, daß von der Anstellung einer besondern Haushaltung der Söhne auf die Töchter kein Schluß gemacht werden kann. Wenn auch 4) einige Rechtsgelehrte bey Erklärung des Satzes, daß die Anstellung einer

besondern Haushaltung eine Befreyung von der väterlichen Gewalt wirke, keinen Unterschied unter Söhnen und Töchtern machen, so kann doch, da ihre Meynung in Ansehung der Töchter sich weder auf ein geschriebenes Recht, noch auf eine teutsche gesetzliche Gewohnheit gründet, hierauf nichts ankommen. — Jedoch leidet unsere Meynung natürlicher weise in folgenden Fällen eine Ausnahme, und zwar, a) wenn Landesgesetze oder Gewohnheit ein anderes besagen; b) wenn der Vater seine Einwilligung dazu giebt, daß seine Tochter sich von ihm absondert und von dem Ihrigen lebt; nur kann es wider Willen des Vaters nicht geschehen.

Was nun die Frage anlangt: ob die väterliche Gewalt wegfalle, so bald sich die Tochter verheyrathet hat, so ist hierbey vor allen Dingen auf das römische und teutsche Recht Rücksicht zu nehmen. Bey den Römern wurde es in diesem Stück nicht immer gleich gehalten [f]). So lange die Ehen durch eine Confarreation und Coemtion geschlossem wurden, war die Heyrath der Tochter allerdings eine Art, die väterliche Gewalt aufzuheben; denn dadurch kam sie dergestalt in die Gewalt des Mannes, daß sie einem Kinde gleich gehalten wurde, den Namen desselben führte, und daher ihm auch als Kind succedirte [g]). Dieses bezeugt nicht nur Ulpian, indem er bemerkt, die Frau leide per in manum conuentionem eine capitis deminutionem minimam und ändere ihren statum familiae paternae, sondern auch Cajus [h]) schreibt: vxor, quae in manu mariti est, ei sua heres est, quia *filiae* loco

f) d'Arnavd var. coni. Lib. I. c. 29. p. 194.

g) Gvndlingiana Part. XXXVII. Obs. I. §. 8. et 12. Heineccii Antiqu. I, 10, 6. 7. 12. Grvpen de vxor. rom. c. 3. §. 23. Ayrer de iure connub. apud Roman. §. 26.

h) Vlpian. Fragm. tit. XI. §. 13. Caii Instit. Lib. II. tit. 8. princ. et in Collat. Leg. Mosaic. et Roman. tit. XVI. §. 2. Schvlting in not. ad Vlpian. Fragm. tit. 9. Brisson. de ritu nupt. p. 482.

loco est. Diese Einrichtung erhielt sich noch einige Zeit über, nachdem die alten Arten, die Ehe zu schließen, abgekommen waren, und man eine natürlichere Art eingeführt hatte. Endlich führte man den Grundsatz ein, daß durch eine solche auf unfeyerliche Art geschlossene Ehe der Tochter, die väterliche Gewalt nicht aufgehoben werden, sondern nur so lange die Ehe dauerte, suspendirt seyn i), und wieder aufwachen sollte, so bald die Ehe getrennt worden. Aus diesem neuen Rechtssatze schloß man, daß die Tochter, wenn sie länger als ihr Vater lebte, von ihm erbe; starb sie aber vor ihm, so falle ihre dos profectitia an den Vater zurück k). Wurde die Tochter während der Ehe von Jemandem beschimpft, so konnte der Vater deswegen eben so gut, wie ihr Ehemann, die Injurienklage anstellen l); ja, war die Tochter Wittwe, und noch nicht volljährig, das heißt 25 Jahr alt, so durfte sie sich ohne Bewilligung des Vaters nicht anderweit verheyrathen, wenn sie auch die Vortheile der Emancipation genoß. Mehrere ältere Rechtsgelehrte, die man beym Harpprecht angeführt findet, und auch einige neuere m) behaupten, diese römischen Grundsätze müßten auch in Teutschland gelten, und die Tochter komme, nach aufgehobener Ehe, wieder in die väterliche Gewalt zurück. Andere berühmte Rechtslehrer erklären aber diese Meynung für falsch, und sind der Meynung, nach teutschen Sitten und der heutigen Gewohnheit aller europäischen Nationen, falle die väterliche Gewalt über die Tochter, nach ihrer Heyrath auf immer weg. Wenn demnach eine Tochter durch die Heyrath von der väterlichen Familie

i) de Pufendrof Obs. Tom. I. Obs. 99. Voet ad Dig. h. t. n. 13. Madihn Princ. Iur. Rom. Part. V. §. 20.

k) L. 6. pr. D. de iur. dot. L. 2. §. 1. D. L. 4. C. solut. matr.

l) L. 1. §. fin. D. de iniur.

m) Harpprecht Diss. cit. §. 51. Iust. Henn. Boehmer in Iur. Prot. Tom. III. Lib. IV. tit. II. §. 16. Madihn l. c.

milie abgesondert worden, und sie kehrt auch als Wittwe wieder zu ihres Vaters Haus und Tisch zurück, so wacht hierdurch die einmal erloschene väterliche Gewalt nicht wieder auf, sondern die Tochter bleibt sui iuris, und behält den Stand ihres Mannes, bis sie wieder heyrathet n); nur wollen einige Rechtslehrer o) alsdenn eine Ausnahme annehmen, wenn der Vater eine solche Tochter erhalten müsse.

Zum Beschluß dieses Paragraphens, soll nun auch etwas über den heutigen Gebrauch der Anastasianischen und Justinianeischen Emancipation gesagt werden. Verschiedne Rechtslehrer p) behaupten, die Anastasianische Emancipation sey heutzutage nicht mehr im Gebrauch. Dieser Behauptung stehen aber folgende Gründe entgegen.

α) Hat Justinian die Anastasianische Emancipation nicht abgeschafft, sondern nur neben derselben noch eine andere Art der Emancipation eingeführt, und wir haben das Justinianeische Recht überhaupt angenommen.

β) Man kann auch nicht einwenden, schreibt der Hr. RR. Eichmann, daß das römische Recht nur ein Hülfsrecht sey, und daher in Ansehung der Art und Weise, die väterliche Gewalt aufzuheben, nicht statt haben könne, weil schon in den teutschen Rechten bestimmt sey, wie die väterliche Gewalt aufhören solle; denn es ist kein teutsches Gesetz, weder ein geschriebenes, noch ungeschriebenes vorhanden,

n) de Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 99. §. 6—10. Tom. II. Obs. 115. Harpprecht Diss. cit. §. 52. Voet h. t. §. fin. Crell D. de vidua filia ad patrem reuersa, Vit. 1754. Wernher lect. com. h. t. §. 13. Hommel Rhapf. Obs. Vol. V. Obs. 667. n. 29. Herr RR. Eichmann, Thl. 3. S. 425. Herr HR. Glück, Thl. 2. S. 392. Herr GtR. Höpfner a. a. O. S. 177.

o) Lauterbach Coll. Pand. h. t. §. fin. Stryck Vsus mod. h. t. §. 23.

p) Hahn ad Wesenb. tit. de adopt. n. 7. Thomas. Diss. de quasi emancipat.

handen, welches verordnet, daß die väterliche Gewalt bey uns nach römischer Art nicht aufgehoben werden solle, und es kann auch hierin das teutsche Recht gar wohl mit dem römischen bestehen. In dem Satze: das römische Recht ist nur ein Hülfsrecht, liegt nicht so viel, daß in den Dingen, in welchen das teutsche Recht schon Bestimmungen enthält, das römische schlechterdings keine Anwendung finde, sondern nur dieses, daß alsdenn das römische Recht nicht anwendbar sey, wenn die römischen und teutschen gesetzlichen Bestimmungen nicht zusammen bestehen können, welches sich aber hier nicht behaupten läßt. Bey den alten Teutschen wußte man nichts von Testamenten, wohl aber waren ihnen die Erbschaftsverträge bekannt. Als das römische Recht aufgenommen wurde, machten die Teutschen Testamente, und bedienten sich dabey zugleich immer noch der Erbschaftsverträge. Man könnte ebenfalls nicht sagen, weil die Teutschen schon eine bestimmte Art und Weise hatten, Jemandem sein Vermögen nach seinem Tode zuzuwenden, also fiel die Gültigkeit der römischen Grundsätze von Testamenten bey uns weg.

γ) Hierzu kommt, daß sowohl unter Privat- als erlauchten Personen, die Anastasianische Emancipation vorgenommen worden, wie die vorhandenen Aussprüche der Gerichte beweisen. Beyspiele erlauchter Personen aus dem Gräflich Bentheimischen und Isenburgischen Hause, hat Hr. von Moser q) gesammelt.

δ) Auch heutzutage pflegt bisweilen der ordentliche Richter übergangen, und unmittelbar bey dem Landesherrn, oder dem kaiserlichen Hofpfalzgrafen die Bestätigung einer solchen Entlassung gesucht zu werden. Eben so gewiß ist es jedoch auch, daß solche Anastasianische Emancipationen nicht leicht anzurathen sind, weil die Landesherren dergleichen Supplicate an die Collegien, und diese an die Richter

q) Mosers Staatsrecht, Thl. 18. S. 38 und 135. Desselben Reichshofraths-Conclusa, 1 Stck. S. 33.

Richter der ersten Instanz entweder zur Verfügung oder Berichtserstattung zu remittiren pflegen, und also eine solche Vorbeygehung des ordentlichen Richters nur Aufenthalt und unnöthige Kosten verursacht; in Ansehung der kaiserlichen Hofpfalzgrafen aber, die bereits bey der Materie von der Legitimation und Adoption angeführten Bedenklichkeiten, ebenfalls eintreten [r]).

Die heutzutage gewöhnlichste Emancipation ist die Justinianeische, welche mit Einwilligung des Vaters und des zu emancipirenden Kindes, vor dem ordentlichen Richter derselben vorgenommen wird, indem der Vater zum Protocoll erklärt, daß er sich der zeither ausgeübten väterlichen Gewalt über das gegenwärtige Kind begeben haben wolle, worauf dieses Kind seine Zufriedenheit damit zu erkennen giebt, und beyde Theile ersuchen nun den Richter, diese Handlung durch ein förmliches Decret zu bestätigen [s]). Wird diese Handlung von unmittelbaren Personen vorgenommen, so muß die Bestätigung bey einem der höchsten Reichsgerichte nachgesucht werden, weil beyde hohe Gerichte hierin eine concurrirende Jurisdiction haben. Als der Graf Ludwig der Aeltere zu Löwenstein seinen Söhnen beym Cammergericht wollte Vormünder bestätigen lassen, aber einen abschläglichen Bescheid erhielt, und erinnert wurde, daß er vor allen Dingen seine Söhne emancipiren müsse; so erfolgte auch vor dem Cammergerichte die Emancipation, worauf ein Decret in folgenden Worten ausgefertigt wurde [t]): Auf Herrn Ludwigs des Aeltern Grafen zu Löwenstein jetzt beschehene Bitte und Begehren, auch beyder seiner anwesenden Söhne, Herrn Christoph und Ludwigs, gethane Einwilligung und Erklärung, ist über die vorgegangene Emancipation das richterliche Decret und Authorität interponiret; auch deswegen nothdürftige Urkunde

r) Herr Canzler v. Trützschler in der Anweisung zur Abfassung rechtl. Aufsätze, 1 Th. 2 Hptabth. 3 Hptstck. §. 63. Note e.
s) Nettelbladts practische Rechtsgelahrheit, S. 498.
t) Mosers Familienstaatsrecht, Thl. 2. S. 780.

kunde erkannt u. s. f. In den Cramerischen Nebenstunden, im 38 Th. S. 49. findet man eine Erinnerung bey den — gedruckten Acten der Löwensteinischen Emancipation, und die Nachricht, daß durch ein Comma, welches vom Copisten ausgelassen worden, ein Proceß veranlaßt worden sey. Wenn gleich die Beyspiele solcher Emancipationen selten sind, so fehlt es dennoch nicht daran [u]).

Unter Privatpersonen ist von der Justinianeischen Emancipation besonders alsdenn Gebrauch zu machen, wenn sich von der teutschen Art, die väterliche Gewalt aufzuheben, keine Anwendung machen läßt, und daher findet man in den Schriften der Rechtsgelehrten [x]) mehrere Fälle davon angeführt.

Mit dieser Justinianeischen Emancipation muß man einen teutschen Gebrauch nicht verwechseln, welcher darin besteht, daß ein Kind, obgleich auch durch den Richter, blos dazu, daß eine gewisse Handlung zwischen Eltern und Kindern ihre Gültigkeit erlangen, oder doch wenigstens unangefochten bleiben möge, von der väterlichen Gewalt für entlassen erklärt wird [y]). Sie wird von einigen eine unvollkommne Emancipation, von andern eine besondere, und noch von andern eine stillschweigende besondere Emancipation genennt. Aus den teutschen Gesetzen läßt sie sich nicht beweisen, sondern sie gründet sich vielmehr blos auf

u) de Kvlpis Comment. de adopt. et emancipationib. Principum, §. 58. Häberlins Reichsgeschichte, Thl. 14. S. 615.

x) de Lvdolf Obs. Part. II. Obs. 165. p. 363. Schilter Exerc. III. th. 16. Wernher Obs. Tom. I. P. I. Obs. 9. Leyser Spec. 21. med. 3. Müller ad Leyser. Tom. I. Obs. 101. Strubens Bed. Th. 2. S. 254.

y) Gottfr. Reinh. Koeselivs D. de tacita eaque particulari emancipatione iure domestico fundata, Viteb. 1724. Berger Oecon. Iur. Lib. I. tit. III. §. 16. Wernher Obs. Tom. I. P. III. Obs. 248. Brevning D. an, si a patre filio suo petatur curator, hoc inuoluat emancipationem tacitam Lips. 1770.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684934/phys_0177
DFG

auf die irrige Meynung, daß wegen Einheit der Personen, zwischen dem Vater und den Kindern, die noch unter seiner Gewalt stehen, auch noch heutiges Tages keine vollgültige bürgerliche Verbindlichkeit statt finde. So gewiß es nun ist, daß sich die von den Römern erdichtete Einheit zwischen dem Vater und seinen Kindern, mit dem Geiste der teutschen Gesetze nicht vertrage, weil diese dem Vater nie ein solches Eigenthum über seine Kinder zugestanden z), als ihm die römischen Gesetze einräumten, mithin, um den Verträgen der Eltern mit ihren Kindern eine verbindliche Kraft zu verschaffen, eine besondere Emancipation eigentlich nicht nöthig ist, so halten es gleichwohl mehrere berühmte Rechtslehrer a) für rathsam, diese Gewohnheit nicht zu vernachläßigen, um künftigen Streitigkeiten vorzubeugen. Damit hierbey nichts versehen werde, ist zu bemerken,

a) daß der Vater seinen Sohn, wegen solcher Handlungen, nicht allein von der väterlichen Gewalt frey erklären kann, die zu ihrer Rechtsgültigkeit schlechterdings erfordern, daß derjenige, von dem die Handlung vorgenommen worden, auch in der Folge beständig ein Hausvater und gewaltfreyer Mensch bleibe. Daher geht es nicht an, daß der Vater den Sohn blos zu dem Ende emancipirt, damit er ein Testament machen könne, und nach Errichtung desselben solle die väterliche Gewalt wieder eintreten b). Dieses streitet mit der Natur der Testamente, weil der Erblasser beständig sein eigener Herr bleiben muß.

b) Bey einer solchen so genannten besondern Emancipation, braucht weiter nichts zu geschehen, als daß der Richter untersucht, ob Vater und Sohn ihre Einwilligung zu

z) ENGAV in Elem. iur. germ. Lib. I. tit. X. mbr. 1.

a) de LVDOLF Obs. Tom II. Obs. 165. GVNDLING ad Prota, h. t. §. 10. p. 93. Strubens Bed. Th. 2. S. 254. Herr HR. Glück, Th. 2. S. 378.

b) BERGER Oecon. Iur. Lib. I. tit. III. §. 16. Gmelins und Elsäßers Rechtsfälle, 1 Thl. 2. S. 228.

zu dieser Handlung hinlänglich erklärt haben, und daß dieses geschehen sey, muß er bey Abfassung oder Bestätigung des Contracts, zu dessen Gültigkeit die Emancipation vorgenommen worden, ausdrücklich erklären c).

Es giebt Rechtsgelehrte d), welche es leugnen, daß ein Vater sein Kind, in Ansehung einer gewissen Handlung, von der väterlichen Gewalt befreyen könne, weil die väterliche Gewalt etwas Untheilbares sey. Wie bekannt, übergiebt der Vater bisweilen seinem unmündigen Sohne eine Handlung, läßt ihm von der Obrigkeit zu dieser Angelegenheit einen Vormund bestellen, und erklärt dabey den Sohn in Rücksicht auf diese Handlung von der väterlichen Gewalt zu befreyen. Gegen jene Bestreitung hat der Hr. RR. Eichmann folgende Argumente vorgebracht, um die Unrichtigkeit derselben darzuthun. Er schreibt S. 433. des 3ten Theils seiner Erklärungen: wir behaupten, daß allerdings ein Vater sein Kind in Ansehung einer einzelnen Handlung aus der väterlichen Gewalt losgeben könne, ob wir wohl diese Handlung keine Emancipation nennen; denn

α) ist es dem Rechte der Vernunft gemäß, daß ein Vater erklären könne, sein Kind in Ansehung einer gewissen Handlung als ein solches anzusehen, das nicht mehr unter seiner väterlichen Gewalt stehe.

β) Ist auch kein Gesetz vorhanden, welches dieses untersagt; denn obwohl das römische Recht hiervon nichts weiß, so ist dennoch kein Verbot in demselben deshalb vorhanden. Man muß also allerdings hierin dem Recht der Natur und der Vernunft nachzugehen berechtigt seyn.

γ) Daß man in Teutschland auch so gedacht habe, beweisen die angeführten Beyspiele, denen noch eine große Anzahl anderer beygefügt werden kann.

δ) Bey

c) Herr GR. Nettelbladt in der pract. Rechtsgel. S. 499. Herr v. Trützschler a. a. O.

d) Heimburg Diss. de emanc. §. 84.

δ) Bey diesen Umständen ist es nicht nöthig, eine ordentliche gesetzliche Gewohnheit deshalb zu beweisen; denn wir richten uns im Mangel der positiven Gesetze, nach dem Rechte der Vernunft.

ε) Man kann auch nicht, wie Heimburg mit dem Alteserra gethan hat, eine Untheilbarkeit der väterlichen Gewalt vorspiegeln; denn, wo ist in den Gesetzen vorgeschrieben, daß der Vater auf einige Zeit seiner väterlichen Gewalt sich zu enthalten, nicht solle berechtigt seyn? Betrachtet man eine Sache nicht auf der rechten Seite, so müssen freylich zuweilen unrichtige Behauptungen, wohin die Heimburgische ohne Zweifel gehört, herauskommen. Nehmen wir also an, daß ein Vater seinen Sohn, in Ansehung einer gewissen Handlung, aus der väterlichen Gewalt loszugeben, erklären könne, und sehen diese Handlung nicht als eine Emancipation an, so müssen wir auch denjenigen beypflichten, welche behaupten, daß der Vater sowohl ausdrücklich, als stillschweigend, das heißt, durch Handlungen seinen Willen deshalb zu erkennen geben könne; denn auf diese Art ist kein Grund vorhanden, warum die stillschweigende Willenserklärung der ausdrücklichen nicht gleich geachtet werden solle. Wenn daher z. B. der Vater die Obrigkeit ersucht, seinem Sohne, weil er mit ihm ein Geschäft vornehmen will, einen Curator zu bestellen, und von der Obrigkeit diesem Gesuch auch statt gegeben wird, so ist allerdings das Kind in Ansehung dieser Handlung von der väterlichen Gewalt frey.

§. 162.

Zu der Materie von der Aufhebung der väterlichen Gewalt, nach römischen und teutschen Gesetzen, womit wir uns zeitheit beschäftigt haben, gehören auch die Grundsätze von den rechtlichen Würkungen die damit verknüpft sind, wenn die väterliche Gewalt auf die eine oder andere Art aufgehört hat, und diese wollen wir nunmehr kennen lernen. Die Rechtslehrer tragen die darüber vorhandenen

handenen Grundsätze auf verschiedne Weise vor e). Herr Prof. Hofacker schreibt: die väterliche Gewalt mag wegfallen, es sey auf welche Art es wolle, so hören alle Rechte auf, welche der Vater als Haupt der Familie, über die Person und die Sachen der Kinder hatte. Bey den Folgen, die sich in diesem Falle auf die Kinder erstrecken, kommt es auf die verschiednen Arten an, wie die väterliche Gewalt aufgehört hat. Im Commentar des Hrn. HR. Glück heißt es: die Würkungen, die durch Aufhebung der bürgerlichen väterlichen Gewalt hervorgebracht werden, sind theils solche, die in jedem Fall eintreten, ohne Unterschied der Art, wie die väterliche Gewalt aufgehoben wird, wir können sie gemeine Würkungen nennen; theils solche, die in einer besondern Art der Erlöschung ihren Grund haben, besondere Würkungen. Hr. RR. Eichmann schreibt: von den Arten der Aufhebung der bürgerlichen väterlichen Gewalt kommen wir auf die Würkungen, die dadurch hervor gebracht werden. Diese bestehen darin, daß die Rechte und Verbindlichkeiten, welche die bürgerliche väterliche Gewalt gab und auflegte, aufhören, wenn die Gesetze in Ansehung des einen oder des andern Rechts nicht etwas Besonderes bestimmen. Der Hr. GR. Höpfner betrachtet die Würkungen von der Erlöschung der väterlichen Gewalt, zuerst auf des Vaters Seite, und sodann auf Seiten der Kinder.

Sehr faßlich, und zur leichtesten Uebersicht dieser Materie am bequemsten ist es wohl, wenn man

I. Die Rechte und Verbindlichkeiten betrachtet, welche wegfallen, sobald die bürgerliche väterliche Gewalt aufgehört hat. Hier wird vor allen Dingen vorausgesetzt, was von den Rechten der bürgerlichen väterlichen Gewalt im 2ten Thle dieses Commentars S. 478 gesagt worden.

e) Hofacker Princ. Iur. Tom. I. p. 485. Herr HR. Glück a. a. O. Thl. 2. S. 394. Herr RR. Eichmann a. a. O. Th. 4. S. 1. Herr GR. Höpfner im Comment. §. 161. S. 174.

Eine Folge der verlornen bürgerlichen väterlichen Gewalt ist es,

α) daß der Vater nicht mehr das Recht hat, seinen aus der väterlichen Gewalt herausgegangenen Kindern, im Testamente einen Vormund zu bestellen, wie er es vorher thun konnte. Hat er es gleichwohl gethan, so braucht der Richter bey der Bestätigung desselben nur sodann darauf Rücksicht zu nehmen, behauptet der Hr. RR. Eichmann, wenn dieser ernannte Vormund ein Mann ist, der die Vermuthung für sich hat, daß er die Pflichten eines Vormundes besser erfüllen werde, als jeder andere, der vom Richter bestellt werden könnte; eine solche Vermuthung aber hat so lange statt, bis das Gegentheil deutlich einleuchtet.

β) Der Vater ist nunmehr nicht weiter berechtigt, seinen Kindern Jemanden pupillarisch zu substituiren, wenn sie seiner bürgerlichen väterlichen Gewalt nicht mehr unterworfen sind, da dieses nur vermöge derselben geschehen darf [f]).

γ) Fallen diejenigen Verordnungen weg, nach denen Vater und Kind bey den Römern als eine Person betrachtet wurde, und eben deswegen darf der Vater nach verlorner väterlicher Gewalt, zum Vermögen seines Kindes gehörende Sachen nicht mehr, ohne dazu erhaltene Vollmacht, veräußern, wenn er gleich so viel Vorzug hat, daß ihm anfangs eine vermuthete Vollmacht beygelegt wird. Dagegen ist nunmehr erlaubt, daß der Vater mit einem solchen Kinde, Verträge schließen darf.

δ) Nach aufgehobener väterlicher Gewalt kann ein Kind Geld borgen, ohne die Bewilligung des Vaters dabey nöthig zu haben. Dieser Rechtssatz ist jedoch nach den Grundsätzen zu beurtheilen, die bey dem Macedonianischen Rathsschluß angeführt werden.

ε) Der

f) Pr. Inst. de pup. subst. L. 2. et 4. §. 2. D. eod. L. 10. D. de capit. et postlim. L. 17. D. de adopt. L. 14. D. de tutel. Gryphen in disc. forens. p. 205.

e) Der zeither gehabte Nießbrauch des Vaters, an dem peculium aduentitium regulare seines Kindes, fällt der Regel nach weg, sobald die bürgerliche väterliche Gewalt desselben aufgehört hat. Eben deswegen ist der Vater schuldig, seinem Sohne, wenn er eine eigene Haushaltung anfangen will, und der Tochter, wenn sie sich verheyrathet hat, und sie nunmehr von ihrem Manne erhalten werden soll, gedachtes adventizisches Peculium herauszugeben.

Dieser Rechtssatz hat aber mehrere Ausnahmen; und zwar

a) fällt der Nießbrauch nicht weg, wenn der Vater sein Kind blos zu einer besondern rechtlichen Handlung emancipirt hat, wovon S. 111 gehandelt worden.

b) Wenn einem der väterlichen Gewalt unterworfenen Kinde der Nießbrauch ertheilt worden, und dieses Kind stirbt. Hier fällt zwar durch den Tod die väterliche Gewalt weg, aber den Nießbrauch behält der Vater gleichwohl noch, weil Vater und Kind in dieser Rücksicht als eine Person betrachtet werden g).

c) Auch dauert der Nießbrauch fort, wenn solcher dem Vater und dem Kinde zugleich ausgesetzt worden.

d) Wenn der Vater sein Kind aus eigener Bewegung, das heißt, freywillig, emancipirt, folglich ihm das Kind die Befreyung von der väterlichen Gewalt allein zu verdanken hat, so muß ihm dieses Kind, aus Dankbarkeit für diese Emancipation, den Nießbrauch von der Hälfte seines zeither der väterlichen Administration unterworfen gewesenen eigenthümlichen Vermögens lassen, so lange der Vater lebt. Man nennt diese Belohnung des Vaters, praemium emancipationis. Der Kaiser Constantin der Große verordnete in der Absicht, die damaligen Väter zur Emancipation geneigter zu machen, und damit die christlichen Kinder desto eher vonder damaligen noch strengen

g) L. 17. C. de vsufr.

väterlichen Gewalt befreyt werden sollten, daß der Vater den dritten Theil des Vermögens seines emancipirten Kindes eigenthümlich behalten, und ihm nur das übrige herauszugeben schuldig seyn sollte [h]). Der Kaiser Justinian änderte diese Verordnung darin ab, daß er wollte, der Vater solle blos die Hälfte des Nießbrauchs von dem eigenthümlichen Vermögen des Kindes behalten, so lange er lebte, ohne daß er nöthig habe, sich diesen Nießbrauch bey der Emancipation ausdrücklich vorzubehalten [i]). Dieser Vortheil der freywilligen Emancipation kann auch heut zu Tage dem Vater nicht genommen werden, wie die mehresten Rechtslehrer [k]) behaupten. Es giebt freylich auch hier verschiedne Meynungen; denn z. B. der verstorbene Hr. GRR. Helfeld behauptet § 908. seines Pandektencompendiums: dieses Prämium falle ganz weg, weil es bey uns gar dieser freywilligen Emancipation nicht mehr bedürfe, da die Kinder, durch Anstellung einer eigenen Haushaltung, sich von dem Vater wider seinen Willen trennen könnten. Der Hr. von Leyser [l]) geht auf der andern Seite zu weit, und ist der Meynung, der Vater müsse den halben Nießbrauch bey jeder Trennung der Kinder behalten. Die richtige Meynung ist es aber: daß dieses Prämium blos bey der Anastasianischen und Justinianeischen Emancipation eintrete; denn 1) soll nach der Absicht

h) L. 6. §. 3. C. de bon. quae liber.

i) L. 6. §. 3. C. de bon. quae liber. §. 2. Inst. per quas pers. cuique.

k) Hombergk zu Vach D. de bonis aduentitiis liberis sui iuris factis a patre restituendis, nec non de praemio emancipationis hodie cessante vel non cessante, Marb. 1756. §. 18. 19. de Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 98. ibique allegati Doct. Berger Oec. Iur. Lib. II. tit. 2. thes. 33. not. 9. Barth D. de emancip. Saxon. § 8. Stryck Vsus mod. h. t. §. 26. Müller ad Leyser. Tom I. Obs. 352. Herr von Cramers Abh, ob das praemium emancipationis noch heut zu Tage in praxi camerali im Gebrauch sey, in den Wetzlarischen Nebenst. Th. 81. S. 141.

l) Leyser Spec. 164. med. 5.

sicht der Gesetze Constantins und Justinians, nicht jede Aufhebung der väterlichen Gewalt eine solche Belohnung verschaffen, sondern blos eine wirklich geschehene Emancipation, wobey es allein auf ihn ankam. 2) Daß bey uns vorzüglich die väterliche Gewalt durch die geschlossene Ehe, und die Anstellung einer besondern Haushaltung, verloren geht, kann die Natur dieses Vortheils nicht ändern; denn auch bey den Römern gab es mehrere Fälle, wo die väterliche Gewalt wegfiel, ohne eine vorhergegangene Emancipation, und dennoch sagen die Gesetze, welche dieses Prämium einführten, nichts von diesen Fällen. 3) Daß diese Gesetze auch heut zu Tage noch ihre völlige Kraft haben, läßt sich deswegen nicht bezweifeln, weil die Anastasianische und Justinianeische Emancipation nicht außer Gebrauch ist, wie S. 109 gezeigt worden, folglich muß auch die Belohnung ihre Anwendung finden. Zwar scheint es 4) daß in Sachsen, wenigstens nach dem Sachsenspiegel und dessen 1stem Buch, Art. 11. dieses Prämium nicht mehr anwendbar sey, wo es heißt: Hält ein Vater seine Kinder in Vormundschaft nach ihrer Mutter Tode, wenn sie sich hernach von ihm scheiden, er soll ihnen lassen und geben alles ihrer Mutter Gut, es sey ihm denn vom Unglück oder ohne seine Schuld abgegangen. Allein eines Theils ist das römische Recht hierin dem Sachsenspiegel nicht geradezu entgegen, sondern enthält nur eine genauere Bestimmung dessen, was in demselben vorkommt; andern Theils würde man erst ausführen müssen, daß hier der Sachsenspiegel dem römischen Rechte vorgehe. Es ist also zu merken, daß der Vater von dem Prämium der Emancipation keinen Gebrauch machen darf,

1) Wenn die väterliche Gewalt durch Errichtung einer eigenen Haushaltung, oder durch Heyrath aufgehoben wird.

2) Wenn ein Kind nach den Gesetzen für emancipirt gehalten werden muß (S. 79).

3) Wenn der Vater zur Emancipation gezwungen worden; denn hier würde es widersinnig seyn, ihm eine Belohnung dafür zuzugestehen (S. 80).

4) Wenn die väterliche Gewalt auf irgend eine andere Art und Weise, als durch die Anastasianische und Justinianeische Emancipation aufgehoben worden.

§) Wenn gleich emancipirte Kinder, nach Justinians Gesetz in der 118 Nov. das Erbrecht überhaupt behalten (S. 78), so verlieren sie gleichwohl heut zu Tage, und zwar ohne unter den Arten der Aufhebung der väterlichen Gewalt zu unterscheiden, das Recht eines sui heredis, das heißt, sie sind nicht sofort blos nach dem Willen der Gesetze oder ipso iure, Erben des Vaters, sondern sie müssen die Erbschaft durch die Antretung, nämlich durch die Erklärung sie haben und annehmen zu wollen, erwerben [m]). Dieses Verhältniß gründet sich auf die, aus der väterlichen Gewalt entspringende genaue Verbindung zwischen einem Vater und seinen Kindern, und auf das daraus entstehende Miteigenthum derselben an dem Vermögen ihres Vaters, und es muß folglich aufhören, sobald jene Verbindung durch Entlassung der Kinder aus der väterlichen Gewalt aufgehoben worden. Der Kaiser Justinian hat zwar in der 118ten Novelle, die Emancipirten und die so genannten suos heredes, in Rücksicht auf das Erbfolgsrecht einander völlig gleich gemacht, daß die Emancipirten nicht mehr nöthig haben sollten, von der bonorum possessio Gebrauch zu machen; daß er ihnen aber auch das ius sui heredis ertheilt habe, läßt sich nicht beweisen, da dieses die Art und Weise, die väterliche Erbschaft zu erwerben, betrifft, bey welcher aber Justinian nichts geändert hat.

Sehr

m) Ant. Contius de hereditate et bonorum possessione, in *Eius* Operib. p. 303. Io. Ranchin tr. de successione ab intestato, p. 119. Enenckel de priuil. parent. et liberor. priu. XIII. c. 2. n. 13. Struv Synt. Exerc. 38. thes. 15. Gruben Disc. p. 238. Harpprecht D. de separ. liber. thes. 37. n. 206. Renz mixt. § 32. G. L. Boehmer D. de discr. §. 13. Koch tr. de succ. ab int. §. 6. de Pvfend. Obs. T. I. Obs. 7.

Sehr bestritten ist die Frage: ob ein Kind, welches durch Anstellung einer eigenen Haushaltung, oder durch seine Verheyrathung von der väterlichen Gewalt befreyt worden, in Rücksicht auf die väterliche Erbschaft das ius suitatis behalte? Mehrere berühmte Rechtslehrer n) behaupten es, und sagen: durch die Absonderung der Kinder werde zwar die väterliche Gewalt in Ansehung ihrer lästigen, aber nicht in Ansehung ihrer vortheilhaften Würkungen aufgehoben. Hieraus haben sie nicht nur gefolgert, daß den abgesonderten Kindern das ius sui heredis in Ansehung der väterlichen Erbschaft verbleibe, sondern sie wollen sogar in dem Fall, da der Sohn, welcher durch Anstellung einer eigenen Haushaltung aus der väterlichen Gewalt gegangen, gestorben ist, und Kinder hinterlassen hat, den Großvater für berechtigt halten, diesen seinen unmündigen Enkeln, sowohl in seinem Testament Vormünder zu bestellen, als ihnen auch pupillarisch zu substituiren. Dieser Behauptung widersprechen aber andere eben so berühmte Rechtslehrer o), weil durch die völlige Absonderung der Kinder vom Hause der Eltern, es mag durch die Heyrath oder Anstellung einer eigenen Beschäftigung geschehen, die väterliche Gewalt unstreitig ganz aufgehoben wird, folglich auch ihre Würkungen wegfallen müssen; denn der Unterschied zwischen den lästigen und vortheilhaften Würkungen müsse als völlig falsch verworfen werden, wie bereits Harpprecht bemerkt habe. Wahr sey

n) I. H. Boehmer D. de statu liberor. sui iuris factor. per separat. et nupt. in *Eius* Exercit. ad Pand. Tom. I. p. 913. sq. G. L. Boehmer in Praef. ad hunc Tom. Cocceii Ius contr. h. t. qu. 12. not. p. 110. Lincker in Dec. Cent. I. Dec. 97.

o) Harpprecht Diss. cit. §. 36. Gruben l. c. c. 2. mbr. 3. de Pufendorf Obs. III, 1. Reinhardt ad Christ. Vol. IV. 27. Io. Chr. Koch D. de liberis suis hered. ad probat. abstent. non obligat. Giessae 1766. §. 3—5. Hofacker Princ. Iur. Tom. I. p. 486.

es zwar, daß heutiges Tages die Rechte der Familie durch die geschehene Aufhebung der väterlichen Gewalt nicht verloren gehen; hieraus folge aber gar nicht, daß die abgesonderten Kinder auch das ius suitatis behalten haben, welches sich einzig und allein auf die römische väterliche Gewalt gründete, und eben deswegen die Mutter keine suos heredes hatte p). Auch könne man daher keinen Grund für jene Meynung nehmen, weil der Kaiser Justinian in der 81 Novelle Cap. 2. festsetzte, der Sohn solle deswegen keinen Nachtheil durch den Verlust einiger vorher gehabter Rechte erfahren, weil er, vermöge seiner erlangten Würde, von der väterlichen Gewalt befreyt worden; denn diese Verordnung müsse für ein besonderes Vorrecht in diesem Falle gehalten werden, wovon sich auf andere Arten der Befreyung von der väterlichen Gewalt kein Schluß machen lasse. Es sey also vielmehr zu behaupten: daß durch die völlige Absonderung der Kinder von der väterlichen Haushaltung, alle Würkungen der bürgerlichen väterlichen Gewalt aufhören, mithin die abgesonderten Kinder so wenig das ius suitatis behalten, als sich der Großvater das Recht einer Vormundschaftsbestellung oder pupillarischen Substitution, in Ansehung der von seinem per separatam oeconomiam abgesonderten und verstorbenen Sohne hinterlassenen Enkel anmaßen dürfe q).

η) Mit der geschehenen Aufhebung der bürgerlichen väterlichen Gewalt, fällt zugleich die natürliche väterliche Gewalt weg, weil diese Folge nicht getrennt werden kann, und es bleiben nunmehr, außer dem Rechte, Ehrerbietung von den Kindern verlangen zu können, die erst mit dem Tode wegfällt, weiter keine Rechte mehr übrig, als solche, die durch die positiven Gesetze, zwischen Eltern und Kindern, ohne Rücksicht auf die Verhältnisse der väterlichen Gewalt

p) §. 3. Inst. de hered. qualit. et differ. van Goethem D. de suo herede, L. B. 1786. §. 2.

q) Herr HR. Glück im Comment. Th. 2. S. 402.

Gewalt angenommen werden r). Sollte jedoch der Fall eintreten, daß nach Aufhebung der bürgerlichen väterlichen Gewalt, dem Vater annoch die Erziehung seines Kindes gelassen würde, so dürfen ihm auch die Rechte der natürlichen väterlichen Gewalt nicht abgesprochen werden. So könnte z. B. dieser Fall eintreten, wenn dem Vater, unter der Bedingung, sein noch unmündiges Kind zu emancipiren, ein Vermächtniß hinterlassen worden (S. 80). Wollte der Vater dieses Legat annehmen, so würde er nunmehr unstreitig die bürgerliche väterliche Gewalt aufgeben, von welcher allein das Vermächtniß verstanden werden kann, folglich seinem Sohne einen Güterpfleger bestellen lassen müssen, gleichwohl aber würde ihm die Erziehung des Sohnes zustehen, da ihm die natürliche väterliche Gewalt nicht zugleich genommen worden. Eine Folge dieses Rechtssazes ist es, daß unter diesem Verhältniß das Zeugniß des Kindes wider seine Eltern, eben so wenig Glauben verdient, als in dem Falle, da es wider oder für den Vater, dessen bürgerlicher väterlichen Gewalt es unterworfen ist, als Zeuge gebraucht worden.

II. Nachdem wir die Rechte betrachtet haben, welche nach aufgehobener bürgerlicher väterlicher Gewalt wegfallen, so soll von denjenigen Rechten und Verbindlichkeiten das Wichtigste bemerkt werden, welche deswegen nicht aufhören, weil die bürgerliche väterliche Gewalt aufgehoben worden. Unter diese Rechte gehören

α) die so genannten Familienrechte im allgemeinsten Verstande des Worts. Wie bereits ausgeführt worden (Thl. 2. S. 384), versteht man unter dem Wort Familie bisweilen alle diejenigen Personen, die von einem gemeinschaftlichen Stammvater herrühren. In dieser Rücksicht haben sämmtliche, zu einer solchen Familie gehörende Menschen, besondere Rechte, welche Familienrechte genennt werden;

r) Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 4. S. 15.

werden; alle diese Rechte gehen nach der Verordnung des Kaisers Justinian, durch die geschehene Aufhebung der bürgerlichen väterlichen Gewalt nicht verloren.

β) Unter dem Wort Familie, in der engern Bedeutung, werden in Gesetzen bisweilen nur solche Mannspersonen verstanden, welche durch Mannspersonen von einem gemeinschaftlichen Stammvater abstammen. Diese Mannspersonen haben ebenfalls einige besondere Rechte, die sich auf diese gemeinschaftliche Geburt gründen, welche auch Familienrechte heißen, die man aber mit jenen nicht verwechseln muß, indem sie Agnationsrechte benennt werden. Die geschehene Aufhebung der bürgerlichen väterlichen Gewalt, zieht hier wiederum keinen Verlust dieser Rechte nach sich, wie es auch im vorigen Falle nicht geschieht.

γ) Weil das Recht, kindliche Ehrerbietung von den Kindern zu verlangen, aus den natürlichen Rechten der Eltern entspringt, diese aber durch die Endigung der bürgerlichen väterlichen Gewalt nicht aufhören, so kann sowohl der Vater als die Mutter solche mit Recht erwarten, wenn gleich ihre Kinder nicht mehr der bürgerlichen väterlichen Gewalt unterworfen sind [s]). Diesen Grundsätzen gemäß, dürfen die Kinder keine ehrenrührige Klage wider den Vater oder die Mutter, nach aufgehobener väterlicher Gewalt anstellen; beyde Eltern können auch darauf bestehen, daß man die Kinder nicht zum Zeugniß wider sie nöthige. Auch wird die Pflicht, zur Schließung einer Heyrath, die Einwilligung der Eltern zu erhalten, nach der richtigen Bemerkung großer Rechtsgelehrten, durch die Endigung der bürgerlichen väterlichen Gewalt nicht aufgehoben, weil sich diese Einwilligung zugleich auf die den Eltern schuldige kindliche Hochachtung gründet, welche durch Aufhebung der bürgerlichen väterlichen Gewalt nicht vermindert wird.

s) Herr RR. Eichmann, Thl. 4. S. 18.

wird t). Wenn die Landesgesetze nichts darüber festsetzen, so kann jedoch die Nichtbefragung der Eltern in diesem Fall nur als Undank, durch Entziehung fernerer Unterstützung, nicht aber wie vorher, mit der Nullität der Handlung, bestraft werden. Diejenigen Rechtsgelehrten, welche das Gegentheil behaupten, schreibt der Hr. Appellationsrath von Globig u), haben nicht bedacht, daß es die Ruhe mancher Familien stören, manche Personen auf immer unglücklich machen würde, wenn zur Heyrath eines längst abgesonderten, in der Fremde lebenden Sohnes, die Einwilligung der Eltern ein so wesentliches Erforderniß seyn sollte, daß in Ermangelung derselben, längst geschlossene Ehen wieder getrennt werden könnten. Man pflegt es auch daher in einem solchen Falle, wo die Kinder abwesend sind, bey einer vermutheten Einwilligung der Eltern, nach dem Gerichtsgebrauche bewenden zu lassen, wenn keine gegründete Ursache eines Widerspruchs zu vermuthen ist.

δ) Es gehen ferner, nach geschehener Aufhebung der bürgerlichen väterlichen Gewalt, keine von denjenigen Rechten verloren, welche die Kinder nach den Gesetzen haben, ohne daß dabey auf den Umstand gesehen werden soll, ob die Kinder noch der väterlichen Gewalt unterworfen sind. Die Anzahl dieser Rechte ist nicht klein; sie können aber hier nicht einzeln angeführt werden. Als Beyspiel mag das Recht der Intestaterbfolge dienen, und das Recht, daß wenn Kinder durch Krankheit, Unglücksfälle, oder sonst außer Stand gesetzt werden, sich ihren nothdürftigen Lebensunterhalt zu verdienen, sie, nach der Analogie des Rechts, einen dem Stande und Vermögen des Vaters angemessenen Unterhalt, selbst nach geendigter väterlicher Gewalt fordern

t) G. L. Madihn Princ. Iur. Rom. Part. V. §. 2. in fin. Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 4. S. 18. Herr HR. Glück, Thl. 2. S. 395.

u) Herr v. Globig in der Preisschr. S. 125. Harpprecht Diss. cit. §. 46. n. 236. I. H. Boehmer in Iur. Prot. Tom. III. Lib. IV. tit. II. §. 13. 14.

fordern dürfen; wären sie aber durch ihre Bosheit und eigene Schuld so verarmt, braucht ihnen der Vater nur den nöthigen Lebensunterhalt zu reichen; denn der Vater ist nicht berechtigt, ihnen diese Unterstützung zu versagen, selbst wenn ein Grund zur Enterbung vorhanden seyn sollte, da die Enterbungsursachen nicht ausdehnend erklärt werden können, und es an Gesetzen fehlt, welche den Vater von dieser Pflicht frey sprechen. So weit darf jedoch der Richter nicht gehen, den Vater unter dem Vorwande des zu bestimmenden Lebensunterhalts für sein Kind, anzuhalten, seinen wahren Vermögenszustand zu entdecken.

Dagegen sind aber auch die Kinder schuldig, wenn sie von den Eltern erhalten werden, ihnen in ihrer Wirthschaft und Gewerbe nach ihren Kräften beyzustehen, so wie ihnen auch die Pflicht obliegt, die hülfsbedürftigen Eltern nach ihrem Stande und Vermögen zu unterhalten. Daß auf den Stand der Eltern dabey Rücksicht genommen werde, bringt die kindliche Ehrerbietung mit sich; so wie es auch der in Gesetzen anerkannten Billigkeit gemäß gehalten werden muß, zugleich auf das Vermögen der Kinder hierbey Rücksicht zu nehmen, weil Niemanden unmögliche Dinge zugemuthet werden sollen. Haben die Eltern mehrere Kinder, so versteht sichs, daß jedes von ihnen zur Verpflegung der armen Eltern so viel beytragen muß, als es kann. Hierbey entsteht nun wieder die Frage: ob sich die Eltern blos mit dem nothdürftigen Lebensunterhalte begnügen müssen, wenn sie durch ihre eigene Schuld so arm geworden, daß sie nichts zu leben haben? Da die Gesetze nichts darüber bestimmen, so scheint die Ehrerbietung, welche die Kinder ihren Eltern schuldig sind, es zu erfordern, daß ihnen von den Kindern der standesmäßige Unterhalt gereicht werde, es wäre denn, daß die Eltern, wegen ihrer schlechten Handlungen auf die Ehre, die sie wegen ihres Standes hatten, nicht weiter Anspruch machen können, in welchem Falle von den Kindern nicht gesagt werden kann, daß sie den Eltern aus Mangel der Achtung etwas entziehen. Sind nun aber die Kinder schuldig, den Unterhalt

ihrer

ihrer armen Eltern, nach ihrem Stande einzurichten, so können sie auch von den Eltern zur eydlichen Angabe ihres wahren Vermögens genöthigt werden, wenn sie sich offenbar ärmer stellen, als sie der Kundbarkeit nach sind. Hier fällt der Grund weg, warum die Kinder diese eydliche Angabe des Vermögens, nicht von ihren Eltern verlangen dürfen, wie wir oben gesehen haben, nämlich weil sie aus Achtung annehmen müssen, daß die Eltern ihrer Pflicht, die sie doch gewiß größtentheils so gern erfüllen, nachkommen werden, dieses aber von den Kindern nicht angenommen wird. Auf diese den Eltern schuldige Hochachtung, gründen auch die Gesetze die Verordnung, daß der Vater nach geendigter väterlicher Gewalt, überhaupt den Kindern keine Sicherheitsbestellung zu leisten schuldig ist, wo es von fremden Personen geschehen muß, es müßte denn ein außerordentlicher Verdacht wider die Eltern eintreten x).

Wegen Wichtigkeit der Materie von den Würkungen der aufgehobenen väterlichen Gewalt kann ich nicht unterlassen, die Grundsätze anderer berühmter Rechtslehrer über diese Materie hier noch anzuschließen, und zuerst will ich den Vortrag des Hrn. GTR. Höpfners hier anführen. Es heißt S. 174. — wir wissen, auf welche Art die väterliche Gewalt erlischt; was sind aber die Würkungen dieser Erlöschung, und zwar zuerst auf des Vaters Seite? — Entweder ist die Rede von Adoptiv- oder von leiblichen Kindern. Wenn ein Adoptivkind wieder aus der väterlichen Gewalt geht, so hört alle Verbindung zwischen ihm und dem Adoptivvater auf. Nichts bleibt von den Würkungen der Adoption übrig, als daß a) der Adoptivvater die Adoptivtochter auch jetzt nicht heyrathen kann, weil die Ehe wider den Wohlstand wäre. b) Wenn ich einen Unmündigen arrogirt habe, und ihn ohne hinlängliche Ursache

x) de Pufendorf Obs. Tom. I. Obs. 98. §. 18. Hering de fideiuss. c. 6. p. 85.

sache wieder emancipire, so muß ich ihm den vierten Theil meines Vermögens abliefern.

Ist hingegen die Rede von leiblichen Kindern, so ist entweder die Frage: was wirkt die Erlöschung der väterlichen Gewalt auf Seiten des Vaters, oder: was wirkt sie auf Seiten der Kinder? Wenn die erste dieser Fragen aufgeworfen wird, so will man entweder wissen, wie geht es mit den Rechten der väterlichen Gewalt; oder man fragt, was geschieht mit dem Erbrecht des Vaters?

Die Rechte der väterlichen Gewalt hören natürlicher Weise auf, sobald ihr Fundament weggenommen wird. Nur in dem Fall, wenn der Vater ein Kind freywillig emancipirt, behält er lebenslang die Hälfte von dem Nießbrauch der Adventitien.

Das Erbrecht des Vaters hingegen geht nicht verloren. Bey der alten Emancipation wurde der Sohn gleichsam als Freygelassener des Vaters angesehen, und daher erbte ihn auch der Vater, so gut wie ein Patron seinen Freygelassenen. Aber auch die Anastasianische und Justinianeische Emancipation heben das Erbrecht des Vaters nicht auf. Eben so wenig verliert er dasselbe, wenn die väterliche Gewalt auf andere Weise aufhört. Nur a) in dem Fall, wenn die väterliche Gewalt durch die Capitisdeminution zu Grunde geht, fällt das Erbrecht weg; denn wird der Vater ein Sclave, oder kommt in das Exilium, so verliert er sein Erbrecht, da nur ein Bürge von einem Bürger erben kann. Leidet hingegen der Sohn eine solche Capitisdeminution, so verliert er sein Vermögen, folglich ist nichts zu erben da. b) Wenn ich mein Kind einem Ascendenten zu adoptiren gebe, so verliere ich das Erbrecht in seinem Vermögen. Ob übrigens dieser Satz auch noch nach dem Novellenrechte wahr sey, ist bestritten. Die richtigere Meynung ist, daß er nach diesem Rechte wegfalle, und daß in diesem Fall der Adoptiv- und leibliche Vater zusammen erben; denn das Kind, das ich einem zu adoptiren gebe, bleibt doch ein

Cognat

Cognat von mir, die Cognaten aber erben nach der 118. Novelle so gut als die Agnaten. Das Kind also erbt mich; ist aber dieß, so erbe ich auch das Kind.

Wenn gefragt wird, was ist die Würkung von der Beendigung der väterlichen Gewalt auf Seiten der Kinder, so ist entweder die Frage: welche Veränderung geht mit ihrem Zustande vor, oder man fragt: was hat dieser Umstand auf ihr Erbrecht für Würkung?

Was den Zustand der Kinder betrifft, so unterscheide man folgende Fälle. Der erste ist: die väterliche Gewalt wird durch den Tod des Vaters geendigt. Jetzt werden Söhne und Töchter ihre eigene Herren; die Enkel aber, welche in der Gewalt des Großvaters waren, fallen in die Gewalt ihres Vaters, wofern nemlich dieser noch am Leben, und nicht schon vorher aus der Gewalt seines Vaters gegangen ist.

Zweyter Fall. Der Vater hat sein Kind einem Ascendenten zu adoptiren gegeben. Jetzt geht das Kind in die Gewalt des Adoptivvaters.

Dritter Fall. Die väterliche Gewalt wird durch die Capitisdeminution dissolvirt. Leidet sie der Vater, so gilt eben das, was im ersten Falle Rechtens war. Leidet sie hingegen der Sohn, so wird er ein Sclave oder Nichtbürger.

Vierter Fall. Der Vater emancipirt die Kinder. Dadurch werden sie ihre eigene Herren.

Fünfter Fall. Der Vater verliert seine Gewalt zur Strafe. Hier ist wieder Rechtens, was im ersten Falle statt fand.

Endlich der letzte Fall ist: die Kinder gehen wegen einer erhaltenen Würde aus der väterlichen Gewalt. Jetzt sind sie sui iuris.

Ist von dem Erbrechte der Kinder die Frage, so müssen wieder alle vorhin erzählten Fälle unterschieden werden. Im ersten werden die Kinder, welche unmittelbar in des Vaters Gewalt standen, Erben des Vaters, und zwar ipso iure, ohne daß eine Antretung er Erbschaft

nöthig ist Im zweyten erbt das adoptirte Kind seinen leiblichen Vater nach dem alten Rechte nicht, wohl aber nach dem Rechte der Novellen. Im dritten geht das Erbrecht, so wie alle andere Rechte verloren. Im vierten verlieren die Kinder nach den neuen Gesetzen nur das ius sui heredis y), und so auch im fünften. Im sechsten endlich ist so viel gewiß, daß die Kinder alle Familienrechte behalten. Nun fragt sichs, wie steht es mit dem iure sui heredis? Da Justinian in der Novelle 81. Cap. 2. verordnet, daß Kinder in diesem Falle gar nichts von

y) Ich sage nach den neuen Gesetzen. Nach den ältern war dieß anders; die alte Emancipation brachte die Kinder in eine Art von Sclaverey. Sie war zwar nur fingirt, indessen hatte sie doch rechtliche Würkungen, denn sie hob die Familien- und Agnationsrechte auf. Ein Emancipirter wurde nicht mehr als ein Mitglied der Familie, als ein Agnat angesehen, erbte daher weder von seinem Vater, noch von Jemanden aus der Familie. Auch die obligationes stricti iuris wurden durch die Emancipation zernichtet; das heißt, wenn ein filiusfamilias durch ein feyerliches Versprechen sich zu etwas verbindlich gemacht hatte, und emancipirt wurde, so hörte seine Verbindlichkeit auf. Eine gleiche Würkung hatte die Anastasianische Emancipation, doch behielt der Emancipirte das Successionsrecht in dem Vermögen seiner Geschwister, welche in der väterlichen Gewalt geblieben waren. Auch konnte der Vater es bey dem Kaiser mit erbitten, daß dem emancipirten Kinde die Familienrechte bleiben sollten. L. 11. C. de legit. hered. (VI. 58.) Nach Justinians Verordnung der Nov. 118. cap. 1. behalten die emancipirten Kinder ihr Erbrecht; doch verlieren sie das ius sui heredis; das heißt, sie sind nicht mehr ipso iure Erben ihres Vaters, sondern müssen die Erbschaft durch die Antretung erwerben. G. L. Boehmer Diss. de discrimine suorum et emancipatorum in successione intestati, §. 2. sqq. Elect. iur. ciu. Tom. I. p. 151. Io. Chr. Koch de successione ab intestato, §. 6., und ist es ein Irrthum, den viele Juristen, z. E. Forster de successione ab intestato, L. 8. c. 9. n. Stryck de successione ab intestato, Diss. 1. cap. 2. Hellfeld iurispr. forensi, lib. 1. tit. 7. §. 161. hegen, daß auch die emancipirten Kinder nach dem Rechte der Novellen sui heredes seyen.

von ihren Rechten verlieren sollen, so glaube ich, daß das ius sui heredis nicht aufhöre z).

Der Hr. HR. Glück schreibt: gemeine Würkungen (S. 115) sind folgende. Die Kinder werden dadurch sui iuris, und erlangen die Rechte eines Paterfamilias. Sie können daher, wenn sie nur das erforderliche Alter, haben, selbst ein Testament machen, können nunmehr ohne Einwilligung des Vaters, auf eine gültige Art Schulden contrahiren, und zur Bezahlung derselben angehalten werden, ohne sich mit dem Sctum. Macedonianum weiter schützen zu dürfen. Die Herrschaft der Eltern, die häuslichen Dienste, die Benutzung des eigenen Vermögens der Kinder hört gleichfalls auf. Das gewaltfreye Kind kann sein Mutterguth von dem Vater abfordern, und ihn zu dessen Ablieferung mit Recht nöthigen. Hat der Vater Mobilien und Effecten des Kindes in Verwahrung gehabt, so muß das Kind solche vollständig zurück erhalten. Sind sie nicht mehr vorhanden, oder durch den Gebrauch abgenutzt, so muß dem Kinde der wahre Werth vergütet werden. Dieser wahre Werth wird nach dem Zeitpunct bestimmt, wo die Mobilien in des Vaters Gewahrsam gekommen sind. Der Sohn genießt von nun an die Rechte eines freyen Bürgers, er kann nun nach eigenem Gefallen sein Gewerbe modificiren, und auch der Schritt zum ehelichen Leben muß von seiner eigenen freyen Wahl abhangen. Zwar wird die Pflicht, zur Schließung einer Heyrath die Einwilligung der Eltern einzuholen, nach der richtigern Meynung der Rechtsgelehrten, durch die Endigung der väterlichen Gewalt eigentlich nicht aufgehoben, weil sich dieselbe zugleich auf die, denen Eltern schuldige kindliche Verehrung grün-

z) BERGER Oecon. iur. p. 116. edit. de WINCKLER. I. H. BOEHMER Diss. cit. de statu liberor. sui iuris factor. cap. 1. §. 17. Exerc. ad Pand. Tom. I. p. 929. Anderer Meynung ist G. L. BOEHMER l. c. §. 8. p. 146. sqq.

det [a]), welche durch Aufhebung der väterlichen Gewalt nicht vermindert wird; indessen kann doch die Nichtbefragung der Eltern nur als Undank durch Entziehung fernerer Unterstützung, nicht aber, wie vorher, mit der Nullität der Handlung selbst geahndet werden [b]). Die das Gegentheil behaupten, haben nicht bedacht, daß es die Ruhe mancher Familie stören, manche Person auf immer unglücklich machen würde, wenn zur Heyrath eines längst abgesonderten, in der Fremde lebenden Sohnes, die Einwilligung der Eltern ein so wesentliches Erforderniß seyn sollte, daß in Ermangelung derselben längst geschlossene Ehen wieder getrennt werden könnten. Man pflegt es jedoch in einem solchen Fall, da die Kinder abwesend sind, bey einer vermutheten Einwilligung der Eltern nach dem Gerichtsgebrauch bewenden zu lassen, wenn keine gegründete Ursache eines Widerspruchs abzusehen ist.

Damit die rechtlichen Folgen der aufgehobenen väterlichen Gewalt von allen Seiten erwogen werden, ist es auch nöthig, solche Fälle zu erörtern, wo es nur scheint, daß die väterliche Gewalt verloren gehe, sie aber in der That nicht aufgehört hat, wenigstens nicht sogleich allen Würkungen nach. Unter solche Fälle gehört

1) der Fall, wenn der Vater in eine Raserey oder Blödsinn gerathen ist. Die Gesetze verbinden mit dem Verlust seines Verstandes gewisse Folgen, wie im 2ten Thle S. 224 gezeigt worden. Daß ein rasender Vater die väterliche Gewalt nicht so ausüben könne, wie es der Natur der Sache nach, geschehen soll, versteht sich von selbst. Allein deswegen erfolgt der Verlust derselben, allen

seinen

a) Eichmann in den Erklärungen des bürgerl. Rechts, IV. Thl. Berlin und Stralsund 1789. S. 18 flg. Lud. God. MADIHN Princ. Iur. Rom. P. V. §. 2. in fine. Einer andern Meynung sind jedoch HARPPRECHT cit. Diss. §. 46. n. 236 und Iust. Henn. BOEHMER in Iur. Eccl. Protest. Tom. III. Lib. IV. Tit. II. §. 13 et 14. pag. 1247.

b) Herr v. Globig in der angef. Preisschrift, S. 125.

seinen Würkungen nach, nicht sogleich, sondern erst alsdenn, wenn die Obrigkeit den Vater für rasend, und das Kind für gewaltfrey erklärt hat, welches aber kein Unterrichter für sich thun darf c). Ob nun gleich alles, was bis zu dieser abgefaßten Erklärung der Obrigkeit, von dem seines Verstandes beraubten Vater, vermöge der habenden väterlichen Gewalt, zum Nachtheil seiner Kinder vorgenommen worden, für ungültig gehalten werden muß, so kann ihm doch der Nießbrauch an dem Vermögen seiner Kinder nicht auch schon von der Zeit an abgesprochen werden, weil ein Kind sich nicht eher für gewaltfrey halten darf, bis die rechtlichen Umstände dazu vorhanden sind, und der eingetretene Mangel an den nöthigen Verstandeskräften des Vaters nicht schon an sich die Kraft hat, daß ihm nunmehr ein nach den Gesetzen zustehender Nießbrauch, oder jedes andere Recht für entzogen gehalten werden muß; es müßte denn ein solches Recht blos von dem Gebrauche des Verstandes und der Vernunft abhängen. Darf die Obrigkeit keinen Anstand nehmen, wegen der vorhandenen Umstände, den Vater für blödsinnig und des Verstandes beraubt, zu erklären, so wird ihm ein Curator, und den Kindern nach Verhältniß ihres Alters ein Güterpfleger bestellt; jedoch darf die Obrigkeit zu dieser letzten Maaßregel nicht eher schreiten, als bis nach sichern medicinischen Gründen alle Wahrscheinlichkeit vorhanden ist, der Vater werde den Gebrauch seines Verstandes, wenigstens in langer Zeit, noch nicht wieder erhalten. Fehlt es an dieser Wahrscheinlichkeit, so wird blos dem Vater ein Curator gesetzt, ohne die Kinder für gewaltfrey zu erklären, und dieser wird angewiesen, zugleich für das Beste der Kinder eben so zu sorgen, als es von dem Vater selbst geschehen könnte. Hat dem Vater, seiner wirklichen Blödsinnigkeit wegen ein Curator bestellt, und sein Kind für gewaltfrey erklärt werden müssen, er wird aber in der Folge völlig gesund, und muß für verständig gehalten werden, so kann

c) Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 4. S. 23.

man nun nicht sagen, daß die Wiedererlangung des Gebrauchs seines Verstandes dem Vater sogleich von selbst auch die Ausübung der suspendirt gewesenen väterlichen Gewalt bewirke, sondern er muß vielmehr um die Aufhebung der zeitherigen Pflegschaft ansuchen, und daß ihm die Ausübung der väterlichen Gewalt aufs neue verstattet werden möge, welche Verfahrungsweise bey der Ausübung aller auf einen natürlichen Zustande beruhender Rechte, die durch den Verlust desselben verloren gegangen waren, beobachtet werden muß, wie im 2ten Thle dieses Commentars S. 360 gezeigt worden.

2) Sollte der Vater durch die Obrigkeit für einen **Verschwender** erklärt worden seyn, so verliert er damit nicht zugleich auch die zeither gehabte **väterliche** Gewalt, sondern nur das Vermögen der Kinder kann er nicht weiter verwalten, auch die Erziehung der Kinder wird ihm nicht einmal gelassen, wenn sein schlechter Character dieses nothwendig macht. Die Obrigkeit muß bey diesen Umständen den Curator des Verschwenders anweisen, für die Versorgung und Erziehung der Kinder auf das möglichste zu sorgen, und ihr Vermögen zu verwalten. Diese Einrichtung zieht aber gleichwohl für den Vater keinen Verlust des Nießbrauchs an dem Vermögen der Kinder nach sich, sondern dieser gehört ihm, nach Abzug aller Kosten, welche die Erziehung der Kinder erfordert; denn den Verlust der völligen Gewalt, zieht die verschwendrische Lebensart des Vaters nicht nach sich, sondern nur die Ausübung derselben, in so weit sie den Kindern schädlich werden könnte. Hier kann man nicht eine völlige Gleichheit der Umstände zwischen einem rasenden, und einem verschwenderischen Vater annehmen, da andere Verhältnisse eintreten. Geradezu anzunehmen, daß der Vater, der obrigkeitlich für einen Verschwender erklärt worden, damit zugleich auch die väterliche Gewalt verloren habe, kann kein Unterrichter für sich thun.

3) Läßt der Vater die Kinder ohne Aufsicht, und ist abwesend, ohne für ihr Bestes gesorgt zu haben, so muß

die

die Obrigkeit das Vermögen der Kinder, durch Versiegelung, Inventur und Bestellung eines Curators für den abwesenden Vater, sicher zu stellen suchen, auf welche Weise es auch mit seinem eigenen Vermögen gehalten wird, und dieser Güterpfleger bekommt sodann die Anweisung, für die Erziehung der Kinder zu sorgen. Zeigt sichs endlich mit aller Wahrscheinlichkeit, daß der Vater sich einer boshaften Verlassung schuldig gemacht habe, ja es ist wohl auch nicht einmal gegründete Hoffnung zur Rückkehr desselben vorhanden, so kann der Oberrichter, oder auf seine Anordnung, der Unterrichter des Abwesenden, die Bekanntmachung dessen, was geschehen, vornehmen, und ihn mit der Bedrohung vorladen, daß im Fall der unterlassenen Angabe seines jetzigen Aufenthalts und bey vernachläßigter Bescheinigung, daß er aus keiner böslichen Absicht abwesend sey, seine Kinder für gewaltfrey erklärt, und ihnen ein Curator gegeben werden solle. Diese Bestellung erfolgt sodann auch wirklich, wenn der abwesende Vater nicht erscheint; jedoch bestellt man, wo es angeht, um die Kosten zu ersparen, nur einen einzigen Curator, der das Vermögen des Vaters und der Kinder zugleich verwaltet, und für ihr Bestes sorgt. Meldet sich der zeither abwesend gewesene Vater, so geht zwar der zu Verwaltung seines Vermögens bestellte Güterpfleger wieder ab; zur Ausübung der Rechte der väterlichen Gewalt, wird er aber alsdenn nicht so schlechterdings wieder zugelassen, wenn von seinem schlechten Character für die Kinder Gefahr zu befürchten ist, sondern die Obrigkeit übergiebt die Erziehung der Kinder und die Verwaltung ihres Vermögens einem besondern Curator, und der Vater bekommt nur so viel als Nießbrauch von ihrem Vermögen, als nach Abzug des nöthigen Aufwands für die Kinder übrig ist. Erscheint der abwesende Vater zwar nicht, er führt aber doch hinlängliche Gründe seiner Abwesenheit an, so bleibt es bey der geschehenen Bestellung eines Curators zu Besorgung seines Vermögens, der zugleich für das Beste der Kinder sorgt; die Kinder können aber nicht für gewaltfrey erklärt und gehalten werden. So ist es auch

nicht zu bezweifeln, daß der Richter als Obervormund befugt sey, in dem Falle, wenn der abwesende Vater Jemanden zu Vertretung seiner Person und Versorgung der Kinder bevollmächtigt hat, zu untersuchen, wie für das Beste der Kinder gesorgt werde, und ob eine andere Verfügung zu ihrem Vortheil zu treffen sey. Es kann also nach dem römischen Rechte nicht behauptet werden, daß die väterliche Gewalt sogleich aufhöre, wenn der Vater sich an einen andern Ort begeben hat, ohne für die Aufsicht seiner Kinder die nöthige Sorgfalt beobachtet zu haben.

4) Daß die väterliche Gewalt nicht verloren gehe, wenn sich Jemand in der Absicht aus dem Lande weg begeben hat, um nicht weiter Unterthan bleiben zu wollen, ist nicht zu bezweifeln, da auch Fremde die väterliche Gewalt ausüben können, wie S. 52 gezeigt worden. In diesem Falle muß aber dem Vater ein Curator bestellt werden, und bey dieser Gelegenheit kann der Verlust der väterlichen Gewalt erfolgen, wenn die Umstände dazu vorhanden sind, von denen eben gehandelt worden.

5) Ist der Vater genöthigt worden, eines Verbrechens wegen, das Land zu meiden, oder es wurde ihm das Zuchthaus als Strafe zuerkannt, so verliert er deswegen die zeither gehabte väterliche Gewalt nicht; denn ein Verbrechen an sich hat diesen Verlust nicht zur Folge, wenn es die Gesetze nicht deutlich bestimmen, und der Richter kann die Strafe nicht weiter ausdehnen, als sie ihrer Natur nach geht. Ein Richter muß aber in dergleichen Fällen für das Beste der Kinder sorgen, damit ihnen ihr Vermögen erhalten werde. Daß die teutsche Reichsacht den Verlust der väterlichen Gewalt verursache [d]), ist bereits S. 52 gesagt worden, so wie auch nicht geleugnet werden kann, daß die Kinder wegen eines Verbrechens ihres Vaters, unter den erforderlichen Umständen, die dieses schlechterdings nothwendig machen, für gewaltfrey erklärt werden, wie es bey der Abwesenheit des Vaters ausgeführt worden.

6) Nach

d) Braun de vsufr. parent. c. 5. §. 3.

6) Nach teutschen Sitten kommt die sogenannte Absonderung der Kinder, oder die Abtheilung, Abfindung, Schichtung, Berathung der Kinder vor [e]). Es muß nämlich mit der oben angeführten, den persönlichen Zustand der Kinder betreffenden, und durch ganz Teutschland üblichen Separation, eine andere nicht verwechselt werden, welche nur das Vermögen angeht, und bey einer mit den Kindern fortgesetzten Gütergemeinschaft zu erfolgen pflegt. Sie geschieht, theils um Streitigkeiten zu vermeiden, die in dem Falle, wenn Kinder aus verschiednen Ehen erben wollen, oft entstehen, theils zu verhindern, daß die Kinder aus der vorigen Ehe, durch die Stiefeltern nicht verkürzt werden [f]). Eltern, die zu einer neuen Ehe schreiten wollen, treten daher den Kindern aus der vorigen Ehe einen Theil ihres Vermögens ab, der entweder durch Verträge, oder die Obrigkeit, bestimmt wird. In einem allgemeinen Verstande nennt man auch dieses eine solche Handlung, wenn ein Kind, aus den gemeinschaftlichen Gütern, vom überlebenden Ehegatten eine väterliche Beyhülfe [g]) bekommt; oder auch wohl mit seinem ganzen Antheile dergestalt

e) Büneckav D. de separatione liberorum ex iure germanico cumprimis Lubecensi, Götting. 1752. Brockes in Obs. p. 448 et 543. Gröning D. de separatione liberorum eiusque fundamento, communione bonorum, secundum iura statutaria Bremensia, Götting. 1771. Amsingk D. de successione liberorum separatorum ex iure Hamburgensi, Götting. 1774. Mevius ad Ius Lubec. P. 2. tit. 2. not. 2. Engelbrecht de legitima, per quam separantur liberi, Helmst. 1711. Grollmann D. de separatione liberorum per elocationem et diuisionem, Giessae 1711. Dreyers Anmerkung von den Kindern, so in der Werre sind; in der Samml. vermischter Abhandlungen, Thl. 1. S. 91. flg. Münter von der Abtheilung der Kinder im Lüneburg-Zellischen, in Günthers und Hagemanns Magazine, Thl. 6. S. 279.

f) Westphals Privatrecht, Th. 2. S. 49.

g) Linck D de subsidio paterno, Alt. 1762. Rivinvs D. de subsidio paterno, Lips. 1730. Bavsch D. de subsidio paterno collocationi obnoxio, Götting. 1773.

stalt abgefunden wird, daß ihm bey einer künftigen Erbeauseinandersetzung von dem Vermögen der Eltern nichts weiter gebührt. Hiernach werden die auf eine solche Weise separirten oder berathenen Kinder, von denen, die in der Werre bleiben, unterschieden. Die Eltern können zwar nicht genöthigt werden, wenn Söhne durch eine angestellte besondere Haushaltung, und Töchter durch ihre Verheyrathung aus der väterlichen Gewalt gehen, diesen Kindern, außer ihrem eigenen Vermögen, eine gewisse Ausstattung zu geben; sollten selbige jedoch kein eigenes, oder wenigstens kein hinlängliches Vermögen zur ersten Anlage ihrer Wirthschaft haben, so ist es die natürliche Pflicht des Vaters, die Kinder, bey dieser ihrer ersten Einrichtung, aus seinen Mitteln, nach Möglichkeit zu unterstützen h). Unter diesen Umständen müssen daher Söhne, welche ihre eigene Wirthschaft anfangen, zur Anschaffung der Geräthschaften, die zur Ausübung ihres Berufs schlechterdings nöthig sind, mit einer Ausstattung versehen werden. Eben so gebührt auch den heyrathenden Töchtern eine solche Aussteuer, so weit solche zur Hochzeit und zur ersten Einrichtung ihres Hauswesens unumgänglich nöthig ist. Dem Vater kann aber auf keine Weise von den Kindern vorgeschrieben werden, wie viel er zu dieser Unterstützung hergeben solle; und selbst der Richter kann ihn nicht nöthigen, den Kindern mehr als die Nothdurft erfordert, zur Ausstattung zu bewilligen. Ob nun gleich bey der Aufhebung der väterlichen Gewalt, durch die Anstellung einer eigenen Haushaltung oder die Heyrath der Tochter, das Praemium emancipationis der Natur der Sache nach wegfällt, wie S. 118 gezeigt worden, so ist dennoch ebenfalls nicht zu leugnen, wenn die Eltern ihrem Kinde selbst eine vortheilhafte Versorgung verschafft haben, wodurch es aus der väterlichen Gewalt herausgekommen, daß sie in diesem Falle der Analogie nnd Billigkeit gemäß allerdings

h) Herr v. Globig in der angef. Preisſch. S. 125.

dings für berechtigt zu halten sind, sich einen Theil des Nießbrauchs, bis zur Hälfte des eigenthümlichen Vermögens eines solchen Kindes, auf eine gewisse Zeit, oder auch auf Lebenslang vorzubehalten, und hiervon kann der Hr. von Leyser verstanden werden, und verdient folglich Beyfall i).

Was nun die oben angeführte Absonderung der Kinder betrifft, so ist davon zu bemerken, schreibt Hr. RR. Eichmann:

α) Der Mann braucht nach dem Tode der Frau, wenn das Landrecht oder die Statuten dieses nicht vorschreiben, eine Absonderung des mütterlichen Vermögens von dem seinigen, so lange er sich nicht verheyrathet, nicht vorzunehmen; jedoch kann und muß die Obrigkeit, durch schlechte Wirthschaft des Vaters veranlaßt werden, sich einer Untersuchung des eigenthümlichen Vermögens der Kinder zu unterziehen, und solches durch gehörige Verfügungen zu sichern; auch muß auf allen Fall, wenn der Vater sich wieder verheyrathet, das eigene Vermögen bestimmt werden.

β) Nach des Mannes Tode muß an denjenigen Orten, wo die Gemeinschaft der Güter nicht ein anderes mit sich bringt, das eigenthümliche Vermögen der Kinder allerdings berichtigt, und den Kindern ein Vormund bestellt werden; es ist aber bey fehlenden landrechtlichen und statutarischen Verordnungen nicht nöthig, daß die Mutter ihren Kindern einen bestimmten Theil ihres eigenen Vermögens aussetzen.

γ) Verschiedne Landrechte und Statuten gehen weiter, und verordnen, daß Eltern, die zur zweyten Ehe schreiten, ihren Kindern einen gewissen Theil ihres Vermögens abtreten sollen k). Dieses ist die Absonderung der Kinder, von welcher hier die Rede ist, und die in einer gerichtlichen Hand-

i) Leyser Spec. 164. med. 5. Herr v. Globig, S. 123. in der Note.

k) Crusius ad ius statuta Mindens. S. 242 hat solche Statuten angeführt.

Handlung zwischen Eltern, die zur zweyten Ehe schreiten wollen, und ihren Kindern besteht, wodurch die Kinder, durch Abtretung oder Anweisung eines gewissen Theils des elterlichen Vermögens, von der Intestaterbfolge in Ansehung ihrer Eltern ausgeschlossen werden. Sie ist besonders an solchen Orten durch Landrechte oder Statuten eingeführt worden, wo eine Gütergemeinschaft zwischen den Ehegatten statt hat, welche nach dem Tode des einen Ehegatten, der ihn überlebende mit den Kindern fortsetzt. Diese zeitherige Gütergemeinschaft wird nun durch eine solche Absonderung aufgehoben, und ihre Würkungen bestehen in folgenden Stücken, daß a) die Kinder Eigenthümer dieses abgetretenen Vermögens werden; b) daß sie nunmehr Vormünder bekommen, jedoch der väterlichen Gewalt unbeschadet; c) daß die Kinder der zweyten Ehe das übrige Vermögen allein erben; d) daß die abgefundenen Kinder nur alsdenn darin succediren, wenn aus der zweyten Ehe keine Kinder da sind, und auch kein Erbe im Testament der Eltern eingesetzt worden [1]). Uebrigens können auch Eltern an solchen Orten, wo keine Gütergemeinschaft eingeführt ist, und dergleichen gesetzliche Verordnungen nicht vorhanden sind, ähnliche Verträge mit ihren Kindern erster Ehe bey ihrer anderweitigen Verheyrathung schließen; jedoch versteht sichs, daß, wenn die Kinder noch nicht majorenn sind, ihnen, zu einer solchen Abfindung, Tutoren und Curatoren bestellt werden müssen, die sodann nicht anders als mit Genehmigung des competenten Richters, dergleichen Verträge schließen dürfen. Ueberhaupt aber wird eine solche Abfindung der Kinder, die ihnen ihr weiteres Erbrecht nimmt, im Zweifel nie vermuthet, sondern dasjenige, was der Vater seinen Kindern bey ihrer Absonderung und zum Anfang ihrer eigenen Wirthschaft gegeben hat,

1) Mevius Part. II. p. 317. Repert. Ivr. Priv. Tom. I. p. 41. Steins Lübisches Recht, Lib. II. tit. 2. §. 245. Westphal im Privatr. 2 Thl. 46. Abhandl. §. 7.

hat, nur für eine Aussteuer gehalten, welche zwar bey der Beerbung des Vaters conferirt werden muß, aber das Erbrecht selbst niemals aufhebt [m]). Es muß daher die gänzliche Abfindung des Kindes, wodurch solches alles fernern Antheils an der künftigen Erbschaft der Eltern verlustig werden, und sich mit dem, was es bey seiner Absonderung empfangen hat, begnügen lassen soll, keinen gegründeten Zweifel unterworfen, sondern deutlich bestimmt worden seyn. —

Hiermit ist nunmehr die wichtige Lehre von der väterlichen Gewalt, in so fern solche nach Anleitung dieses und desvorigen Titels hat erklärt werden müssen, beendigt. Es werden aber noch viele hierher gehörende Grundsätze in der Folge vorkommen, theils in besondern Titeln, theils in Verbindung mit andern Materien. Durch ein recht ausführliches Register über diesen praktischen Commentar, wird jeder einsichtsvolle Rechtsgelehrte in den Stand gesetzt werden, die ganze Lehre von der väterlichen Gewalt besser zu übersehen, als wenn man ein eigenes Werk darüber hätte.

Lib. I. Tit. VIII.
de
rerum diuisione et qualitate.

§. 163. 164.

Wenn die Behauptung einiger neuern Rechtslehrer richtig ist, daß das Sachenrecht eher vorgetragen werden müsse, als das Recht der Personen, weil sich dieses gar

m) Pütters Rechtsfälle, 2ten Bandes, 2ter Thl. Resp. 210. Nr. 21. S. 549. Strubens Bedenk. 2tr Thl. 70 Bed. BREVNING D. an separatio liberorum inuoluat renunciationem hereditatis paternae, Lipſ. 1772.

gar nicht deutlich aus einander setzen lasse, ohne mit den Grundsätzen vom Sachenrechte hinlänglich bekannt zu seyn, so können die Verfasser der Pandekten wohl nicht deswegen getadelt werden, daß sie schon in diesem Titel die Begriffe von den verschiednen Arten der Sachen vorgetragen, ohne erst das Personenrecht, davon in den vorigen Titeln ein wichtiger Theil enthalten ist, ganz abgehandelt zu haben. Was Sachenrecht und Sachen im juristischen Verstande sind, habe ich bereits bey Erklärung des Begriffs vom Personenrechte im 2ten Theile dieses Commentars S. 97. aus des Hrn. CHA. von Reinhardts Sammlung juristischer Aufsätze angeführt, dessen Gedanken auch Hr. HR. Glück vorgetragen. Eine Sache ist jedes Ding, schreibt Hr. v. Reinhardt, was keine Person ist, und doch der Gegenstand eines Rechts seyn kann. Alle diejenigen Rechte, deren unmittelbarer Gegenstand eine Sache ist, werden das Sachenrecht genennt. Es ist mit vielen Schwierigkeiten verbunden, den Begriff von Sachen im juristischen Verstande vollständig aus einander zu setzen, daher sich mehrere berühmte Rechtsgelehrte [a]) damit beschäftigt haben. Der Hr. v. Reinhardt schreibt: 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 ein Gegenstand eines Rechts seyn kann. Diese Sachen, wenn wir sie den Personen entgegen setzen, lassen sich in zwey Hauptclassen 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

a) Herr von Tevenar im Versuch über die Rechtsgel. S. 107 Westphals System des römischen Rechts über die Arten der Sachen, Besitz, Eigenthum und Verjährung, Leipz. 1788. 8. HOFACKER Princ. Iur. Rom. Tom. II. P. I. Lib. III. SICHARD Lexicon iurid. voc. res BRISSON de verb. signn. voc. res.

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 des Menschen gereicht. Weil nun die facta Sachen sind, so geht es an, daß wir sie mit andern Sachen, in Ansehung des Werthes, 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 auch einer gewissen Person eigen sind, wie das pretium affectionis beweißt. Die Sachen sind also entweder Handlungen, oder eigentlich so genannte Sachen. Nun können aber sowohl jene, als diese, der unmittelbare Gegenstand eines Rechts seyn. Diejenigen Rechte, deren unmittelbarer Gegenstand

eine

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 genannt. 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 erstern 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.

So richtig die vorgetragenen Grundsätze sind, so wenig läßt es sich mit einiger Wahrscheinlichkeit bestreiten, daß man auch die Vorstellungsart anderer Rechtslehrer nicht mißbilligen könne, welche es für nöthig gehalten haben, die Fälle genauer anzuführen, wo die verschiedenen Bedeutungen des Wortes res angewendet worden sind. Der Hr. RR. Eichmann schreibt z. B. Sache zeigt

1) alles das an, was der Gegenstand eines Rechts oder Verbindlichkeit seyn kann, mithin sind Verträge, Handlungen u. s. f. in diesem Verstande, Sachen. Eben so viel drückt man aus, wenn man sagt: alle Dinge auf der Erde, so fern sie ein Verhältniß gegen des Menschen

zeitlichen

zeitlichen Vortheil haben, sind diejenigen Sachen, womit die Rechtswissenschaft sich beschäftigt [b]).

2) Alle Rechtsgegenstände, die nicht Personen und Klagen sind [c]); denn da die Verfasser der Justinianeischen Gesetzbücher drey Gegenstände der Rechtsgelahrheit, nämlich Personen, Sachen und Klagen annahmen, so entstand daher diese etwas eingeschränktere Bedeutung des Wortes Sache.

3) Die Absicht und Willensmeynung, die man bey einer Handlung gehabt hat. So sagt man, *res* gesta potior, quam scriptura habetur, *res* magis quam verba intuenda sunt.

4) Einen Rechtsgegenstand, der in keiner Handlung besteht. So sagt man z. B. es wird eine Sache oder Handlung versprochen, und setzt also die Sache den Handlungen entgegen. Endlich

5) versteht man auch alles dasjenige, was Jemand in seinem Vermögen hat und haben kann, unter dem Worte, Sache, und setzt sie in dieser Bedeutung dem Worte, pecunia entgegen.

Auch das Wort *pecunia* wird auf verschiedne Weise in Gesetzen gebraucht [d]), und zwar

a) In der weitläuftigsten Bedeutung heißt alles pecunia, was ein Mensch wirklich schon im Vermögen hat, es bestehe in baarem Gelde, oder in andern beweglichen oder unbeweglichen, körperlichen oder unkörperlichen Sachen. Dieser Verstand des Worts kommt vor in der L. 5. pr. D. de verb. signif. wo es heißt: *rei* appellatio latior est, quam *pecuniae*, quae etiam ea, quae extra com-

b) Herr GJR. Westphal a. a. O S. 3.

c) Herr GTR. Höpfner im Commentar S. 234. der 5ten Ausgabe.

d) Brisson. de verb. signif. voc. pecunia. Westenberg de cauff. obligat. Diff. III. c 2. §. 11. Finestres ad Hermogen. p. 656. sqq. Branchv Obseruat. II, 11–14. Haeberlin D. de vsufr. pecun. Erlang. 1783. §. 2—5.

computationem patrimonii noſtri ſunt, continet: cum *pecuniae* ſignificatio ad ea referatur, quae in patrimonio ſunt. Eben dieſes wird noch deutlicher ausgedrückt in der L. 222. D. de verb. ſignif. wo der Juriſt **Hermogenianus** bemerkt: *pecuniae* nomine non ſolum numerata pecunia; ſed omnes res tam ſoli, quam mobiles, et tam corpora, quam iura continentur. In dieſem Verſtande, hat man das Wort nicht nur in den Geſetzen der 12 Tafeln gebraucht, wo es auf der 5ten Tafel [e]) hieß: PATER FAMILIAS VTI LEGASIT SVPER PECVNIAE TVTELAEVE SVAE REI ITA IVS ESTO, ſondern auch überhaupt bey Erbſchaften, z. B. bey der **Stipulation**, die über den Verkauf einer Erbſchaft geſchloſſen wurde [f]), und dabey man ſagte: quanta *pecunia* ex haereditate ad te peruenerit etc.

b) In der **engern** Bedeutung verſteht man unter dem Wort pecunia nur diejenige **Art** von **Sachen**, welche auch ſonſt res fungibiles, **fungibile** Sachen heißen, oder ſolche **bewegliche Sachen**, von denen man im Handel und Wandel ſo viel an Maaß, Zahl und Gewicht bekommen kann, als man haben will [g]).

c) In der **ſtrengſten** Bedeutung heißt pecunia eben das, was wir Geld und Münze nennen, oder ausgeprägtes Metall.

Bey dem Vortrage der allgemeinen Wahrheiten von der Natur und Beſchaffenheit der **Sachen** im juriſtiſchen Verſtande, kommt es vorzüglich auch darauf an, daß die richtigſten Begriffe von den verſchiedenen **Arten** der **Sachen**, oder von den Eintheilungen derſelben aufgeſtellt werden, da im römiſchen Rechte ein Vortrag herrſcht, der nicht ganz gebilligt werden kann, und man ſehr gehindert wird,

e) BACH hiſt. iur. p. 46. edit. quint. VLPIAN. Fragm. XI, 14. in SCHVLTING. Iurispr. p. 599.

f) L. 37. pr. D. de pecul. L. 50. §. 1. D. de verb. oblig. L. 97. D. de verb. ſignif.

g) L. 19. et 30. D. de legat. I.

wird, die ganze Sache gehörig übersehen zu können, wenn es an einer deutlichen Auseinandersetzung dieser Materie fehlt.

Vor allen Dingen ist zu bemerken, daß hier das Wort res oder Sache, in der engern Bedeutung genommen wird, und solche Rechtsgegenstände darunter verstanden werden, die weder Personen noch Handlungen der Menschen sind, sondern in solchen Dingen bestehen, deren Substanz oder Nutzungen, zu Jemandes Vermögen gehören, oder doch wenigstens gehören können. Diese Sachen theilten die römischen Rechtsgelehrten in *res diuini iuris* und in *res humani iuris* ein; da diese Eintheilung aber nach unsern heutigen Grundsätzen nicht als die erste Hauptabtheilung der Sachen aufgestellt werden kann, so haben berühmte Rechtslehrer eine andere Vorstellungsart und Eintheilung in ihre Schriften aufgenommen. Die juristischen Sachen, in der angegebenen engern Bedeutung des Worts, müssen nämlich unterschieden werden, erstlich in Rücksicht auf ihre rechtliche Qualität, und sodann zweytens nach ihrer physischen Beschaffenheit.

Die Sachen in Rücksicht auf ihre rechtliche Qualität, unterscheiden sich nochmals auf vielerley Weise, und zwar 1) in Ansehung des Eigenthums, oder des Rechts, welches Jemand an einer gewissen Sache hat; 2) in Ansehung ihres Gebrauchs und ihrer rechtlichen Bestimmung; 3) in Ansehung des öffentlichen Schutzes und der daraus entstehenden Unverletzlichkeit derselben; 4) in Rücksicht auf ihre Erwerbungsart.

Betrachtet man die Sachen nach ihrer physischen Beschaffenheit, so sind sie entweder einzelne und besondere Sachen, oder mehrere als ein Ganzes betrachtete; und jene bestehen nach den Gesetzen wieder aus körperlichen und unkörperlichen Dingen.

I. Was die Eintheilung der Sachen betrifft, wobey man auf das Eigenthum, oder das Recht Rücksicht nimmt, welches Jemand daran hat, so unterscheiden die

römischen Gesetze [h]), wie bereits bemerkt worden, res *diuini* iuris, und res *humani* iuris. Die dem heydnischen Aberglauben ergebenen Römer, erklärten die res *diuini* iuris für ein Eigenthum ihrer Götter, und behaupteten daher, daß sie von der Disposition und dem Verkehr der Menschen ausgeschlossen gehalten werden müßten. Die Verfasser der Justinianeischen Gesetzbücher waren zwar Christen; gleichwohl vermieden sie es doch nicht, diese Ideen ganz aus ihrer Arbeit zu verbannen, ob sie gleich die gröbsten Ungereimtheiten, wozu dieser heydnische Aberglaube Gelegenheit gegeben, vermieden haben. In den Institutionen ist z. B. diese Eintheilung zwar nicht wörtlich vorgetragen worden, sondern hier heißen die res diuini iuris der heydnischen Römer, res *nullius*, aber der Begriff der römischen Rechtsgelehrten von den rebus diuini iuris ist doch immer noch eingewebt und folglich bestätigt worden; denn es heißt §. 7. Inst. de rer. diuis. quod enim *diuini* iuris est, id *nullius* in bonis est, diese Art der Sachen sey kein Eigenthum irgend eines Menschen, mithin gehöre sie zum göttlichen Eigenthum.

Bey diesen rebus diuini iuris der Römer, wurde nochmals ein dreyfacher Unterschied gemacht; denn einige davon hießen res *sacrae;* andere res *religiosae*, und noch andere res *sanctae*.

Res *sacrae* nennte man alle Sachen, welche durch den Pontifex maximus, unter den gehörigen Feyerlichkeiten, zum Dienste einer von ihren Gottheiten geweihet worden war; daher es §. 8. Inst. de rerum diuis. heißt: *sacrae* res sunt, quae rite per Pontifices Deo consecratae sunt: veluti aedes sacrae, et donaria, quae rite ad ministerium Dei dedicata sunt. Unter diese Dinge

h) L. 1. pr. D. de diuis. rerum. Kemmerich D. de natura et vsu diuisionis rerum in res diuini et humani iuris, illarumque in sacras, religiosas et sanctas, Viteb. 1729.

ge gehörten die Tempel, Capellen, Altäre i), Opfergeräthschaften. Donaria hießen die Altargefäße und Kleidungen, so man zum Gottesdienste schenkte k). Der Ort, wo man die heiligen Gefäße und Geräthe aufhob, wurde sacrarium genennt, und dieser Ort brauchte nicht geweiht zu werden l). Die Gebräuche und Ceremonien, die bey diesen Einweihungen vorgekommen, wissen wir nicht genau mehr; aber so viel ist wohl gewiß, daß es unter der republikanischen Regierungsverfassung in Rom, vor der versammelten Nation geschahe, welcher bekannt gemacht wurde, warum eine Consecration nöthig sey. Sodann setzte man einen kleinen Altar zum Räuchern vor das Rathhaus, und hier wurde der Gottheit zu Ehren, der etwas geweyht werden sollte, Weyrauch angezündet. Der Pontifex maximus sprach hierauf dem Consul, oder Duumuir, der mit verhülltem Haupte bey ihm stand, die hergebrachte Einweihungsformel vor, und dieser sprach sie ihm nach. Unter der Regierung der heydnischen Kaiser, mußte die Consecration vom Kaiser selbst geschehen, da sie die Würde des Pontifex maximus selbst bekleideten, und sie bedienten sich dabey eines Religionsdieners m). Einige Rechtsgelehrte haben behauptet n), die res sacrae hätten blos den Diis superis oder den Himmelsgöttern zugehört. Diese Meynung ist aber ganz falsch; denn man findet offenbare Beyspiele, daß Tempel, Altäre, und andere heilige Sachen, den Höllen-

i) ARNTZEN. in Miscell. c. 2. et 3.

k) THEOPHIL. ad §. 8. Inst. de rer. diuis. L. 21. C. de SS.

l) L. 9. §. 2. D. h. t.

m) CICERO pr. domo c. 47. 48. LIVIVS VII, 15. Henr. ab ALPHEN D. de rei consecratione, Lugd. Bat. 1791. MENZ D. de consecratione templ. Roman. Lipsi. 1729. GVTH. de vet. iur. pont. III, 12. MATTHAEI ad §. 8. Inst. de rer. diuis. OTTO Papin. p. 259.

n) HEINECC. in Elem. iur. ciuil. sec. ord. Inst. edit. vet. §. 314. Pol. LEYSER D. de veterum Ictorum diuisionibus non iuridicis, p. 8.

göttern, z. B. dem Pluto, der Proserpina, ja auch den Halbgöttern, z. B. dem Herkules, geweihet worden o). Uebrigens wurden nicht alle Sachen zum öffentlichen Gottesdienste geweiht, sondern auch viele zu Beobachtung des Privatgottesdienstes der Römer. Nur jene rechnete man, unter der Republik und den heydnischen Kaisern, zu den rebus sacris; aber wenn unter dem Justinian, Altäre und Gefäße zum Privatgottesdienste geweiht worden, so hielt man sie ebenfalls für res sacrae p). Eine Würkung der Consecration war es nun, daß man dem Gott, dem die Sache geweiht worden, das Eigenthum derselben zueignete, und hierüber dürfen wir uns nicht wundern, weil die Heyden glaubten, daß an einem solchen Orte sich der Gott, dem die Sache geweiht worden war, aufhalte, ja so gar in das gegossene, geschnitzte oder gemahlte Bild fahre und es belebe, das ihm geweiht worden, daher der Ausdruck aufkam: aus einem Stein wird ein Gott, Θεος ἐκ πετρας. Daher entstanden die Nachrichten, daß dieses oder jenes Götzenbild geredet, geweint, oder andere Bewegungen gemacht habe, und diese Erzählungen glaubte man q).

Ich komme zu der zweyten Art der res diuini iuris, welche *res religiosae* hießen, und dazu rechnete man Gräber und Plätze, wo ein menschlicher Leichnam begraben lag. So lange man diese todten Körper verbrannte, stellte man die Asche in Krügen an diese Plätze; als aber diese Gewohnheit nach dem Antonin aufhörte, geschahe die Aufbewahrung der Todten in einem Sar-

o) Otto in Comm. ad §. 8. Inst. de rer. diuis. Leyser Spec. 22. med. 1. de Selchow in Ant. §. 606.

p) Herr GJR. Westphal a. a. O. S. 12. Herr MR. Eichmann, Thl. 4. S. 42.

q) Min. Felix c. 27. p. 273.

Sarge r). Die Römer waren der Meynung, daß jeder Mensch seine Manes habe, oder eine Art von geistigem Wesen, welches beständig in ihm und um ihn sey, und selbst nach dem Tode den Leichnam nicht verlasse. Eben deswegen hielten sie nun auch die Gräber und Grabmähler für etwas Heiliges, und setzten daher die Buchstaben D. M. oder D. M. S. auf diese Stellen, welches die Worte ausdrückte: Manibus Sacrum, oder Diis Manibus Sacrum.

Drittens werden zu den rebus diuini iuris, im römischen Rechte, die so genannten res sanctae gerechnet, worunter die Römer, da sie noch Heyden waren, solche Dinge verstanden, welche den Schutzgöttern zur besondern Aufsicht und Beschützung geweiht worden, und deswegen unverletzlich waren. Hierdurch unterschieden sie sich also von den rebus sacris s). Unter diese Dinge gehörten vorzüglich die Stadtmauern, weil der Platz, worauf sie standen, bey der Anlegung der Stadt von einem Priester mit dem heiligen Pfluge aufgerissen, und dadurch den Schutzgöttern, zugleich aber auch dem Mars und Neptun geweihet wurde t). Bey den Thoren hob der Priester den heiligen Pflug aus, und riß den Platz nicht auf, von welchem Umstande Plutarch zur Ursache anführt, daß man deswegen den Thoren nicht die Heiligkeit der Stadtmauern beygelegt habe, weil todte Körper und viele unreine

r) Iac. Gvtherivs de iure manium seu de ritu, more et legibus prisci funeris, Par. 1615. 8. Lipf. 1671. 8. Kirchmann de funeribus Romanorum, Frf. 1672. 8. de Retes ad L. 6. C. de relig. in Meerm. Thes. Tom. VI. Brisson. Ant. sel. II, 15. Willenberg D. de rebus religiosis, in *Eius* discept. Nr. 14. Platz D. de religione sepulchrorum, Lipf. 1725.

s) Herr HJR. Westphal a. a. O. S. 9.

t) Crell. Diss. de publica cerimonia, qua vrbes condebantur, ex antiquitate Romana, Viteb. 1745.

Dinge durch das Stadtthor herausgeschafft würden [u]). Indessen machte ihre Verbindung mit den Stadtmauern, welche als Gott geheiligte Sachen betrachtet wurden, daß man sie gleichwohl auf gewisse Weise, obgleich nur uneigentlich zu den rebus diuini iuris rechnete, und man nannte daher auch die Thore res sanctae, weil sie, wie die Stadtmauern, vom gemeinen Gebrauch ausgeschlossen und unverletzlich wären [x]). Als die heydnischen Religionsgrundsätze aus der Rechtsgelehrsamkeit entfernt wurden, verwarf man auch die religiöse Heiligkeit der Stadtmauern, und hielt sie blos wie die Stadtthore für unverletzlich, daher auch in den Pandekten kein Unterschied zwischen beyden gemacht, und in den Institutionen von beyden gesagt wird, daß sie nur quodammodo iuris diuini wären. Im §. 10. Inst. de rer diuis. heißt es: *sanctae* quoque res, veluti *muri* et *portae* ciuitatis, *quodammodo diuini iuris sunt*; et ideo nullius in bonis sunt. Eine irrige Meynung des Riccius [y]) ist es, wenn er die Worte: sanctae quoque res, veluti muri, für einen besondern Satz, und die Worte: et portae ciuitatis quodammodo diuini iuris sunt, ebenfalls für einen besondern Satz hält; da man nach neuern Gesetzen, z. B. der L. 1. pr. D. h. t. L. 2. D. ne quid in loco sacro, zwischen Stadtmauern und Stadtthoren, keinen Unterschied machte. Versteht man unter sanctum alles, auf dessen Verletzung eine besonders harte Strafe gesetzt worden, so waren die Stadtthore eben so unverletzlich als die Stadtmauern [z]). Hierzu kommt, daß

u) Plvtarch in quaest. roman. II, 26. p. 271. Alex. ab Alexandro dier. genial. VI, 24. Varro de LL. IV, 32. Rhodigin. XIV, 5. Alciatvs ad L. 239. de verb. sig. Westphal, S. 8. und 9.

x) d'Arnavd coni. I, 14. Finestres Tom. II. p. 753. Westphal §. 7. und 10.

y) Riccivs in vindiciis iuris, c. VII. in Ottonis Thes. Tom. II. p. 775.

z) d'Arnavd coni. p. 92.

daß Theophilus in seiner Uebersetzung die Lesart der Institutionen bestätigt, und die Worte τείχη καὶ πύλαι mit einander verbunden hat, indem er schreibt: res sanctae, vt muri portaeque, quodammodo diuini iuris sunt, et propterea a nemine possidentur. Hieraus sieht man deutlich, daß nach dem neuern römischen Rechte der Begriff von res sanctae erweitert, und alle diejenigen Dinge für res sanctae erklärt worden, auf deren Verletzung, um des gemeinen Besten willen, eine härtere Strafe gesetzt worden, als eine gleiche Vergehung bey andern Dingen nach sich zog.

II. Betrachtet man die Sachen in Rücksicht auf den Gebrauch, der davon gemacht wird, oder in Ansehung ihrer rechtlichen Bestimmung, so können sie nach den Grundsätzen der heutigen Rechtsgelehrsamkeit in solche eingetheilt werden, die zu frommen, das heißt, auf die Religion und das gemeine Beste gerichteten Endzwecken bestimmt sind, oder es wird ein blos weltlicher Gebrauch davon gemacht. Darauf gründet sich die Eintheilung der Sachen, in res religiosas, im heutigen, jedoch weitläuftigen Verstande, und in res profanas. Die res religiosae sind in Ansehung ihres Endzwecks sehr verschieden; denn es gehören dazu theils solche Sachen, die zum öffentlichen Gottesdienste bestimmt sind, theils solche, die zur Beförderung einer andern guten Absicht dienen sollen. Sachen der letztern Art, nennt man res religiosae in der engern Bedeutung des Worts, milde Sachen; die Stiftung selbst aber, welche entweder zur Ausübung der Religion, oder zur Unterstützung und Versorgung armer hülfsbedürftiger Personen, oder zum gemeinen Wohl und Besten des Staats, oder zur Erreichung anderer, aus Frömmigkeit und Menschenliebe herrührender wohlthätiger Absichten, beytragen soll, wird eine milde Stiftung, causa pia, genennt a).

a) G. L. Boehmer Princ. iur. can. §. 461. Herr HR. Glück, Thl. 2. S. 412.

Solche milde Sachen sind z. B. Klöster, Hospitäler, Waisenhäuser, Witwenhäuser, Invalidenhäuser, Findelhäuser, Armenhäuser, Zuchthäuser, Schulen, Universitäten, Stipendien, Freytische, alles, was zu Begräbnissen, Ausstattung der sich verheyrathenden Personen, zu Missionsanstalten, Erhaltung der Brücken, Heerstraßen u. dgl. bestimmt ist. Eben um dieses edlen Zwecks willen, verdienen alle diese Dinge große Begünstigungen, wovon die Gesetze voll sind [b]). Bey den Sachen der ersten Art, wird nach dem heutigen Kirchenrecht nochmals ein doppelter Unterschied gemacht, wodurch zweyerley Arten derselben entstanden sind. Einige davon sind solche, die unmittelbar zur Verehrung Gottes gebraucht werden, und diese heißen res sacrae nach dem heutigen Kirchenrechte, wozu Kirchen, gottesdienstliche Gefäße und Geräthe gehören; andere derselben sind hingegen solche, die nur mittelbar zum Gottesdienste gebraucht werden, als z. B. Kirchengüter, Capitalien, liegende Gründe, Zehenden und andere Einkünfte, die zur Besoldung der Kirchendiener, Unterhaltung der Kirchengebäude und Pfarrwohnungen, zur Bestreitung des zur Ausübung des Gottesdienstes nöthigen Aufwandes verwendet werden. Diese Sachen heißen res ecclesiasticae in der engern Bedeutung [c]); denn im weitläuftigern Verstande heißen res ecclesiasticae alle Sachen, die einer Kirche gehören, worunter also auch die res sacrae begriffen sind, und in dieser sehr weitläuftigen Bedeutung werden den rebus ecclesiasticis die res *seculares* entgegen gesetzt, und darunter alle Sachen verstanden, quae ad ecclesiam non pertinent.

III. In Rücksicht auf den öffentlichen Schutz, und die sich darauf gründende Unverletzlichkeit, müssen die Sachen in solche eingetheilt werden, deren Verletzung um des allge-

b) Kemmerich Pr. de iusto causarum vere piarum fauore, Ien. 1736. Klügel D. de extensis piarum causarum privilegiis, Vit. 1761.

c) G. L. Boehmer Princ. iur. can. §. 457. 458.

allgemeinen Besten willen sehr hart bestraft wird, und in Dinge, welche nicht so unverletzlich sind. Alle Sachen der ersten Art nennen wir res sanctae im heutigen Verstande, befriedete Sachen. Die Anzahl dieser Sachen ist sehr groß, und es gehören hierher außer denjenigen Sachen, die zum unmittelbaren gottesdienstlichen Gebrauche bestimmt sind, die Kirchhöfe und Begräbnißplätze, die Residenzen der Landesherren, alle öffentliche Gebäude und Plätze, wo öffentliche Beamte ihre Amtspflichten erfüllen, als Rathhäuser, Gerichtshäuser, Gerichtsplätze, alle öffentliche Gebäude, z. B. die Hörsäle, Fechtböden, Tanzböden, Reitbahnen, Stadtthore, Stadtmauern, und jedes Gebäude, das im Burgfrieden steht. Man rechnet auch hierher die landesherrlichen Brücken, Straßen, Grenzsteine und Zeichen, die unter öffentlicher Aufsicht gesetzt worden, die Ackerpflüge, Posten, Deiche und Mühlen [d]).

IV. Sieht man auf die Erwerbungsart der Sachen, so wurde hauptsächlich nach dem alten römischen Rechte, ein wichtiger Unterschied zwischen solchen Sachen gemacht, die man res mancipi nannte, und andern, welche res nec mancipi genennt wurden. Die wahre Beschaffenheit des Unterschiedes dieser beyden Arten von Sachen, läßt sich heut zu Tage wohl kaum richtig angeben, daher die Rechtsgelehrten viel darüber gestritten haben [e]). Herr HR.

d) STRYCK D. de sanctitate residentiarum. WIESAND Pr. de sanctitate curiarum, Lipſ. 1761. HEINECCII Elem. iur. germ. Lib. II. §. 20. AYRER D. de limitum praescr. c. 5. §. 7. BECK tr. de iure limitum, Norimb. 1739. EMMINGHAVS D. de molendinorum sanctitate, Ien. 1758. FRICK D. de aratrorum sanctitate, Helmſt. 1761. ENGAV D. de regiorum pontium sanctitate. Mosers teutsches Hofrecht, 2ter Bnd. S. 796. Estors kleine Schriften, 7tes Stück S. 467. Schröters Abhandl. 1ſter Bnd. S. 403.

e) BYNCKERSH. in Opusc. Tom. II. Fr. C. CONRADI Helmſt. 1739. MEERMANN Lugd Bat. 1741. ROSSMANN Hal. 1740. HOMMEL Lipſ 1744. WERNHER Obſ. T. III. P. I. Obſ. 13. de PVFENDORF Obſ. T. II. Obſ. 79.

HR. Glück schreibt: in unserm Corpus Iuris kommt zwar außer der Constitution des Kaisers Justinian, in der L. vn. C. de nudo iure Quirit. toll. wodurch diese ganze Eintheilung aufgehoben worden ist [f]), wenig davon vor; indessen hat sie doch zur Aufklärung mancher Rechtslehren, z. B. vom Eigenthum und der Verjährung, wichtigen Einfluß, und darf daher mit Stillschweigen nicht übergangen werden. Beym Boethius [g]) heißt es: *mancipi res* veteres appellabant, quae ita abalienabantur, vt ea abalienatio per quandam nexus fieret solemnitatem, und Ulpian bemerkt: mancipatio propria species alienationis est rerum mancipi. Man nennte also *res mancipi* solche Sachen, deren bürgerliches Eigenthum, nur durch eine öffentliche und feyerliche Uebergabe, welche mancipatio genennt wurde, erworben werden konnte. War eine *res mancipi* durch simple Uebergabe, oder durch einen andern modum acquirendi naturalem auf Jemanden gebracht worden, so erlangte dieser kein bürgerliches, sondern das bloße natürliche Eigenthum, welches zwar das Recht gab, über die Sache zu disponirrn, so lange man sie im Besitz hatte, und solche von einer persona obligata zurück fordern zu können; aber kein so starkes Recht verschaffte dieses Eigenthum nicht, die Sache von jedem dritten Besitzer, der sie rechtmäßig an sich gebracht hatte, zu vindiciren; denn dieses Recht war blos eine Folge des quiritarischen Eigenthums. Daher kommt beym Ulpian [h]) folgende Stelle vor: is seruus in *bonis* quidem emtoris est: ex *iure Quiritium* autem venditoris est, wenn ein römischer Bürger, von einem andern Bürger, einen Sclaven gekauft hat, der ihm aber, ohne eine dabey vorgenomme-

f) Io. Hartw. Revter D. aenigmatis, quod Imperatori L. vn. C. de nudo iure Quirit. toll. visum, in dominio quiritario ac bonitario solutio, Halae 1755.

g) Boethivs in Topica Ciceron. Lib. III. Vlpian. Fragm. tit. XIX. §. 3.

h) Vlpian. Fragm. tit. I. §. 16.

nommene Mancipation, nur simpel übergeben worden, so erlangt der Käufer an diesem Sclaven kein bürgerliches, sondern nur ein natürliches Eigenthum.

Was für Sachen auf eine feyerliche Weise veräußert werden müssen, damit sie für res mancipi gehalten würden, wissen wir nicht ganz gewiß, da es an ausführlichen Nachrichten davon fehlt, und man sich hauptsächlich auf die Nachricht des Ulpians [i]) verlassen muß, welcher als res mancipi folgende Dinge anführt, nämlich Häuser und Ländereyen in Italien, oder wenn sie außer Italien lagen, mußten sie wenigstens iuris Italici seyn, Servituten auf dem Lande, folglich keine Stadtservituten, sodann Sclaven und zahme Lastthiere, bos, equus, mulus et asinus, also weder Elephanten noch Kameele, weil man sie für wilde Thiere hielt. Alle diese Sachen schätzten die Römer nach der Stiftung ihres Staats deswegen am meisten, weil sie bey der Landwirthschaft und dem Ackerbau unentbehrlich waren. An diesen Dingen konnte der römische Bürger ein quiritarisches oder bürgerliches Eigenthum nur alsdenn erwerben, wenn die Uebergabe vermittelst der Mancipation geschehen war. Diese bestand in der Bezahlung des Werths der gekauften Sache, vermittelst der Wage und Geld, in Gegenwart von wenigstens sechs römischen Bürgern, oder doch solchen Personen, die das ius commercii im römischen Staat hatten [k]). Alle andere Sachen, woran man das bürgerliche Eigenthum, durch die bloße simple Uebergabe erwerben konnte, hießen res nec mancipi; denn Ulpian schreibt a. d. a. O. §. 7. *traditio* propria est alienatio *rerum nec mancipi.* Harum rerum *dominia* ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex iusta causa *traditae* sunt nobis. Diese letztern Worte zeigen an, schreibt Herr HR. Glück, daß bey Erwerbung des

i) Vlpian. in Fragm. Tit. XIX. §. 1.

k) Vlpian. in Fragm. Tit. XIX. §. 3. 4. 5. Boethius l. c.

des bürgerlichen Eigenthums solcher rerum nec mancipi ein Rechtstitel vorher gehen mußte, der die Absicht, den Andern zum Eigenthümer zu machen, anzeigte, und die Verbindlichkeit zur Uebergabe wirkte.

Noch mehr Schwierigkeiten finden sich bey Beantwortung der Frage: wozu dieser Unterschied eingeführt worden sey? Der Herr von Pufendorf a. a. O. ist der Meynung, die Bestimmung der öffentlichen Abgaben habe sich auf diesen Unterschied der Sachen gegründet. Ein jeder Römer habe seine Häuser, liegende Güter, Sclaven und Lastthiere, bey der Schätzung, einzeln und namentlich zum Einschreiben in die tabulas censuales oder das Schätzungsregister angeben müssen, sein übriges Vermögen taxirte er aber überhaupt, und gab nur die Summe an. Jene Sachen, die man namentlich protocollirte, hießen res mancipi, alle andere nec mancipi. Die solenne Handlung, wodurch eine res mancipi von einem Eigenthümer auf den andern übertragen wurde, hieß mancipatio oder nexus [1]). Es war dabey wahrscheinlich eine öffentliche Person zugegen. Diese mancipatio hatte also ungefähr den Endzweck, wie das Ab- und Zuschreiben in den Steuerbüchern, welches heutiges Tages gewöhnlich ist, wenn liegende Güter veräußert werden. Herr HR. Glück wendet nebst andern Rechtsgelehrten dagegen ein: dieser Hypothese stehe entgegen, daß die Eintheilung geblieben, nachdem die alte Art der Schätzung längst aufgehört hatte.

Der verstorbene Herr D. Sammet behauptete: von den rebus mancipi sey eine sehr geringe und festgesetzte Abgabe entrichtet worden, wahrscheinlich die vicesima, oder zwey Procent des Werths, und diese Summe habe weder der Consul noch der Censor erhöhen dürfen; von den rebus nec mancipi hingegen habe vectigal bezahlt werden müssen, Abgaben von verschiedner Art, welche die Consuls und

1) Gottfr. Mascov in Opusc. p. 104.

und in der Folge die Censoren, nach ihrem Willen und den Zeitumständen gemäß, zu erhöhen und zu vermindern berechtigt gewesen.

§. 165. 166.

Wir haben uns im vorigen Paragraphen mit der Festsetzung der Begriffe solcher Sachen beschäftigt, die in Gesetzen zu den Sachen göttlichen Rechts gerechnet werden; es ist aber von der Natur und Beschaffenheit dieser Dinge noch verschiednes zu bemerken, damit man die sich darauf beziehenden rechtlichen Grundsätze zu verstehen im Stande ist, und diese Bemerkungen sollen nunmehr vorgetragen werden.

Von den rebus *sacris* behaupteten die Römer, weil solche zum Eigenthum der Götter gehörten, so bleibe der Platz, wo ein Tempel oder Altar gestanden, immer noch geweiht und folglich ein Eigenthum der Gottheit, der er übergeben worden, wenn gleich der Tempel oder Altar abgerissen worden, oder wegen Alters zusammen gefallen war [m]). In folgenden Fällen hatte jedoch dieses Eigenthum ein Ende, nämlich 1) wenn der Feind den Ort eroberte; denn nunmehr glaubte man, die Gottheit habe ihn verlassen [n]). Wurde aber der Feind wieder vertrieben, so war keine neue Consecration nöthig, sondern die Götter nahmen die ihnen geweihten Plätze wieder ein. Außer jenem Falle hob 2) die so genannte euocatio sacrorum, oder die förmliche Entweihung des Orts, die Eigenschaft geweihter Sachen auf, und nun wurde sie eine profane Sache [o]).

Um eine Sache zu einer res *religiosa* zu machen, war keine besondere Weihung durch einen Priester nöthig, wenn gleich

m) L. 6. §. 3. D. h. t. §. 8. Inst. de rerum diuis. in fin.

n) L. 36. D. de relig. et sumt. funer. CICERO in Verr. IV, 55.

o) L. 9. §. 2. in fin. D. h. t.

gleich die Begräbnißplätze unter ihrer Aufsicht standen p), sondern es war hinreichend, wenn die Beysetzung des Leichnams an einen Ort in der Absicht geschehen war, daß er beständig da liegen bleiben, und nicht wieder weggenommen werden sollte; daher setzte man die Worte auf die Grabestätten: aeterna sedes q). Da jeder Ort sogleich locus religiosus wurde, so bald ein Leichnam dahin gelegt worden, so war es unerlaubt, ihn an solche Orte zu legen, die kein Eigenthum desjenigen waren, der die Beysetzung des Todten zu besorgen hatte. Wenn man aber die Beerdigung, mit Einwilligung des Eigenthümers auf einem fremden Platze vorgenommen, so war gegen ihre Rechtmäßigkeit nichts einzuwenden, und der Ort wurde locus religiosus. Selbst die nach der Beerdigung erst ertheilte Bewilligung, war hinreichend, wie man aus der L. 6. §. 4. D. h. t. sieht, wo es heißt: *religiosum* autem locum vnusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert *in locum suum.* — Sed et in *alienum* locum, *concedente domino*, licet inferre. Et licet postea *ratum* habuerit, quam illatus est mortuus, religiosus locus fit. Bey dem Wort ratum machen einige Kritiker, z. B. Haolander, Schwierigkeiten, und wollen ratum *non* habuerit lesen. Dieses *non* muß aber für eine unrichtige Lesart erklärt werden; denn in dem Florentinischen Mscpt. der Pandekten steht das Wörtgen non nicht r), auch findet man es weder in den Basiliken, noch in der Paraphrase des Theophilus vom 9. §. der Institutionen des Titels de rerum diuisione. Charondas erklärt die Stelle sehr richtig folgendergestalt: religiosus locus fit, quamuis non conce-

p) L. 5. §. 1. D. de mort. inf.

q) L. 2. §. 3. L. 39. et 40. D. de relig. L. 19. C. eod. Ferretius in Musaeo lapid. III, 30. Otto ad Inst. h. t. §. 9.

r) Vinnius et Heinecc. ad §. 9. Inst. h. t. Avgvst. Emend. Lib. I, c. 2. Mercerii conciliat. p. 56. edit. *Reinoldi* I.

concedente domino primum illatus fuerit mortuus: modo id poſtea ratum habuerit. Auch nicht einmal das Recht eines Dritten, darf durch die Beerdigung eines Todten geſchmälert werden, z. B. wenn ihm der Nießbrauch von dem Orte zuſtünde [s]). Iſt es aber der Nießbraucher zufrieden, ſo geht es allerdings an. Weil der Eigenthümer ohne Einwilligung des Nießbrauchers aus dem Orte, wovon dieſer den Nießbrauch hat, keinen locum religioſum machen darf, ſo ſteht es auch dieſem nicht frey, ohne Bewilligung des Eigenthümers auf dieſem Platze eine Grabſtätte anzulegen [t]). Nur der Erbe, deſſen Erblaſſer Jemandem den Nießbrauch eines Grundſtücks vermacht hat, kann, wenn es an einem andern Platze fehlt, wider Willen des Nutznießers den Erblaſſer auf ein ſolches Grundſtück begraben [u]). Der zum Begräbniß genommene Platz, darf daher auch kein öffentlicher Ort ſeyn, der nicht ſchon zu Begräbniſſen beſtimmt worden iſt [x]). Auch mußte ein ſolcher Ort locus purus ſeyn, das heißt, nicht ſchon unter die res diuini iuris gehören; denn in der L. 2. §. 4. D. de relig. heißt es: *purus* autem locus dicitur, qui neque ſacer, neque ſanctus eſt, neque religioſus: ſed ab omnibus huiusmodi nominibus vacare videtur.

Lag der Leichnam eines Verſtorbenen, an mehrern Stellen zerſtückt begraben, weil man z. B. nach einem Treffen nur einige Glieder gefunden hatte, ſo war nur der Platz locus religioſus, wo der Kopf lag, weil man den Kopf für den edelſten Theil des menſchlichen Körpers, und den Sitz der Seele hielt. Der Juriſt Paulus giebt in der L. 44. pr. D. de relig. noch zur Urſache an: quia vna

s) §. 9. Inſt. de rer. diuiſ. L. 2. §. 7. D. de relig. L. 17. D. de vſufr.
t) L. 2. §. 1. et 7. D. de relig.
u) L. 2. D. de relig. L. 17. D. de vſufr.
x) L. 8. §. 2. D. de relig. CICERO de legib. II, 23.

vna sepultura plura sepulchra efficere non potest [y]). Bey diesem angeführten Gesetz kommt wieder eine streitige Lesart vor. In der gemeinen Ausgabe heißt es: mihi autem videtur, illum religiosum esse, vbi, quod est principale conditum est, id est caput, *cuius imago fit, inde cognoscitur.* Die Florentinische Lesart, cuius imago *fit*, ist offenbar falsch. Haloander hat hier folgendergestalt geändert: vnde, qualis cuiusque imago sit, cognoscitur. Für die rechte Lesart kann es aber nur gehalten werden, wie Hugo a Porta, Robertus Stephanvs, und Ludou. Blavelomivs (Thl. 1. S. 235) lesen wollen: cuius imago sit, *vnde* cognoscitur. Uebrigens wurde der Platz, wo ein Mensch begraben war, nur in der mäßigsten oder abgezeichneten Peripherie des Leichnams, für religiös gehalten [z]).

Von dem wirklichen Begräbnißplatze eines Verstorbenen unterschieden die Römer das ihm zum Andenken errichtete Ehrendenkmal, oder das Cenotaphium. Nicht selten errichteten die Angehörigen, oder die Landesleute, einem verstorbenen berühmten Manne, oder ihrem geliebten Freunde zu Ehren, der außer seinem Wohnorte ums Leben gekommen, an diesem Orte ein Grabmahl und Monument. Nach einem Rescript der Kaiser **Marcus Aurelius** und **Lucius Verus**, dessen in der L. 7. D. h. t. gedacht wird, soll dieses leere Grab kein locus religiosus seyn. Der Jurist **Marcianus** war zwar in der L. 6. §. 5. D. h. t. anderer Meynung, ob er gleich erst nach diesen Kaisern gelebt hat, und er bezog sich zum Beweis seiner Behauptung auf den **Virgilius** [a]). Die Rechtslehrer erklären aber diese Behauptung blos für seine Privatmeynung, welche

y) Byncker sh. in Obs. iur. Rom. I, 5. Merill. Obs. II, 40. Marckart. Interpr. II, 19. Cannegieter Obs. I, 14.

z) L. 2. §. sepulch. D. de relig. Westphal a. a. O. S. 19.

a) Virgil. Aeneid. III, 301. VI, 150.

welche entweder daher rührte, weil ihm vielleicht das angeführte kaiserliche Rescript nicht bekannt gewesen, wiewohl hieran mit Recht zu zweifeln ist, oder weil dieses Rescript, wie mehrere andere kaiserliche Rescripte, noch keine allgemeine Gültigkeit hatte, oder weil auch bey solchen Ehrengrabmählern, wie bey ordentlichen Begräbnissen, religiöse Ceremonien beobachtet worden sind, oder aus andern Ursachen [b]). Daß Marcian das Rescript gekannt haben müsse, behauptet Noordkerk in seinen Obseruat. S. 100 deswegen, weil er sonst die kaiserlichen Verordnungen genau anführe, überdieses die Rescripte dieser beyden Kaiser bereits vom Papirius Justus gesammelt gewesen, und wenn auch eines und das andere Rescript in dieser Sammlung nicht gestanden haben sollte, dieses Marcian leicht erfahren können, da er Beysitzer im Auditorium Principis gewesen, und er das Archiv zu benutzen die Freyheit gehabt habe. Es mag nun von dieser Privatmeynung des Marcians, die Ursache gewesen seyn, welche es wolle, so hat sie dennoch kein rechtliches Ansehen erlangt, sondern z. B. Ulpian blieb genau bey dem kaiserlichen Rescript stehen, und entschied auch die Frage von der Veräußerung eines solchen Ehrendenkmahls aus diesem Grunde [c]).

Von den Begräbnißplätzen hatte man, außer den bereits angeführten, noch mehrere Rechtssätze aufgestellt, und dahin gehört der Satz: ein Platz, wo ein Todter lag, dürfe nicht veräußert werden, wie andere Dinge, darüber Verträge geschlossen werden könnten, weil dieser Platz dem geistigen Wesen des Verstorbenen heilig sey. Eben deswe-

b) Iac. Gothofredi Diatr. de cenotaphio in Otton. Thes. Tom. III. van Goens de coenotaph. Diatr. Gavdent. Expos. I, 15. Bynckersh. Obs. I, 5. Wieling. Lect. II, 2. Cannegieter Obs. III, 5. Schroeder Obs. II, 5. Vryhof Obs. c. 10. Arntzen. Misc. c. III. p. 28. Galvan. de vsufr. XXX, n. 2. p. 366. Gvther. de iur. man. II, 18. Westphal S. 18.

c) L. 7. D. de rer. diuis. L. 6. in f. D. de relig.

gen durfte ein solcher Platz weder verkauft, noch verschenkt, noch vermacht, noch auf andere Weise an einen Dritten überlassen werden, wenn ihm nicht vorher auf die gesetzmäßige Art, die religiöse Eigenschaft war genommen worden [d]); jedoch konnte ich einem andern, oder auch einer ganzen Familie, das Recht Leichname an einem mir zu gehörigen Orte zu begraben, vermachen, oder auf eine andere Art verstatten, und hiervon ist die L. 14. C. de legat. zu verstehen; auch bekam ich, wenn ich ein Stück Land kaufte, worauf eine Grabstätte war, solche als ein Pertinenzstück mit dazu [e]). An einem gemeinschaftlichen Orte, wo noch kein Todter lag, durfte Niemand ohne Bewilligung der Miteigenthümer oder derjenigen, denen dadurch Unrecht geschahe, einen Begräbnißplatz errichten; eines gemeinschaftlichen Grabes hingegen, konnte ein Theilhaber sich auch wider Willen der übrigen bedienen. Hatte ich jedoch einen Leichnam an einen Ort gelegt, welcher dem Staate oder einem Dritten gehörte, der seine Einwilligung zu dieser Beerdigung nicht gegeben, so war ich nicht schlechterdings schuldig, die Leiche wieder wegzunehmen; denn die manes wurden, wie man glaubte dadurch gestöhrt; ich hatte nur die alternative Verbindlichkeit, entweder die Leiche wegzunehmen, oder den Ort zu kaufen. Der Platz, wo ein Leichnam lag, war so lange religiös, bis die Asche oder Gebeine, durch die Pontifices weggenommen worden. Unter den Kaisern mußte es mit Bewilligung des Kaisers, oder des Statthalters der Provinz geschehen [f]). Da sich dieses alles auf den Aberglauben von den Diis manibus gründet, so ist es seltsam, daß noch die christlichen Kaiser **Valentinian, Theodosius** und **Arcadius** in der L. 4. C. de relig. (III. 4.)

d) L. 12. §. 1. D. de relig. L. 14. C. de legat.

e) MATTHAEI Comment. ad Inst. h. t. n. 71. Hr. GR. Höpfner, S. 236.

f) L. 1. 8. 33. 39. D. de relig. L. 3. §. 4. D. de sep. viol. L. 6. §. 2. D. de rer. diuis. L. 1. et 14. C. de relig. PLINII epitt. X, 69. 70. IDSINGA in var. p. 182.

(III. 4.) sich darauf gründen, wo es heißt: nemo humanum (corpus) ad alium locum sine Augusti affatibus transferat. Durch eine solche gesetzmäßig vorgenommene Wegnahme des Todten, verlor nunmehr der Platz, wo er gelegen, die Eigenschaft einer rei religiosae g).

Von dem Verstande, den die Worte res sanctae in den römischen Gesetzen haben, ist bereits S. 153 bemerkt worden, daß man bald mehr, bald weniger dadurch ausdrücken wollen, und folglich eine engere und eine weitläuftigere Bedeutung dieser Worte angenommen werden müsse. Sanctum in der weitläuftigern Bedeutung hieß alles, was in einem höhern Grade unverletzlich seyn sollte, und woran sich folglich Niemand bey schwerer Strafe vergreifen durfte. In diesem Verstande hatte man heilige Sachen und heilige Personen; und zu erstern rechnete man die Stadtmauern; den Gang außer der Mauer, oder das Pomoerium; die Pallisaden des Lagers (vallum); die Thore, die Statuen der Kaiser; die Grenzsteine u. s. f. Heilige Personen waren die Eltern, Volkstribune, die Patrone, der Kaiser, die Gesandten u. s. f. In der engern Bedeutung brauchte man das Wort blos von den Stadtmauern, so lange die Römer noch Heiden waren, und rechnete sie deswegen zu den rebus diuini iuris. Wegen dieser Heiligkeit oder Unverletzlichkeit der Mauern, wurden harte Strafen auf widerrechtliche Handlungen und Verletzungen der Stadtmauern festgesetzt, welche sich auf heidnischen Aberglauben gründeten, und die man folglich nicht mehr hätte gelten lassen sollen, da die christlichen Kaiser die Gesetzgeber waren. Es war verboten, etwas in oder auf die Stadtmauern und Stadtthore zu bauen, z. B. einen Keller hinein zu graben, Balken hinein zu legen, ein Gebäude darauf zu errichten. Wer aus feindseligen Absichten über die Stadtmauern stieg; oder ihnen einen beträchtlichen

g) Crell D. de translat. mortuorum per territorium alienum, ad L. 3. §. 4. D. de sep. viol. Vit. 1734. §. 2—10.

lichen Schaden zufügte, hatte die Todesstrafe verdient; nur ist es zweifelhaft, ob diese Strafe blos von den Stadtmauern um Rom zu verstehen, oder von allen Stadtmauern überhaupt [h]). Auch soll es wegen der Heiligkeit der Stadtmauern nicht einmal erlaubt gewesen seyn, solche ohne besondere Erlaubniß des Kaisers oder des Statthalters in der Provinz, auszubessern; denn z. B. in der L. 9. §. 4. D. de rer. diuis. sagt Ulpian: muros municipales nec reficere licet sine Principis aut praesidis auctoritate. Einige Rechtslehrer [i]) behaupten, diese Stelle sey blos von Wiederaufbauung niedergerissener Mauern zu verstehen, weil sich kein Grund anführen lasse, warum es der Stadtobrigkeit nicht erlaubt seyn solle, ihre Mauern ausbessern zu lassen, wenn nicht vorher der Regent um die Erlaubniß dazu ersucht und sie auch ertheilt worden, da es doch in der L. 5. C. de operibus publ. (VIII, 12.) heiße: jeder dürfe die opera publica repariren. Andere Rechtslehrer [k]) glauben, Ulpian rede von einer Reparatur, wodurch zugleich die vorige Form geändert, die Mauer weiter ausgedehnt, oder enger zusammen gezogen werde [l]). — So viel zur Erläuterung der Ausdrücke, res sacra, religiosa, sancta, wie sie im römischen Rechte vorkommen, jedoch ist zu bemerken, daß die lateinischen Schriftsteller bisweilen diese Worte unrichtig brauchen [m]).

Zur Erläuterung des Begriffs, welcher nach heutigen Grundsätzen mit den Worten res sacra, religiosa und sancta verbunden werden muß, ist folgendes zu bemerken. Was res sacrae nach den Vorschriften des kanonischen Rechts sind, ist bereits S. 154 gezeigt worden. Diese Sachen

h) Wissenbach Disp. ad Inst. 9. §. 19. Hvnnii resolut p. 252.

i) Byncker sh. in quaest. iur. publ. Lib. II. c. 284.

k) Crell D. de iure vrbes muniendi. §. 6.

l) Herr GtR. Höpfner im Commentar, S. 237. Herr GJR. Westphal. §. 10.

m) Arntzen. Miscell. pag. 27.

Sachen sind verschieden, und zwar gehören dazu vorzüglich solche Dinge, die zum gottesdienstlichen Gebrauche bestimmt sind. Alle diese Sachen werden auf eine feyerliche Art zu ihrer Bestimmung eingeweiht, und dabey macht das katholische Kirchenrecht nochmals einen doppelten Unterschied. Man braucht nämlich bey der Einweihung entweder die so genannte Consecration, oder blos die Benediction. Sollen Sachen unmittelbar zum Gottesdienst gebraucht werden, so muß die feyerliche Consecration damit vorgenommen werden, und diese besteht in der Salbung mit dem heiligen Oele, welches Chrisma heißt. Auf diese Art weihen die Katholiken die Kirchen, Altäre, Kelche, Patenen. Alle diese Dinge nennt man res sacrae, in der engern Bedeutung des Wortes. Bey andern dergleichen zum Gottesdienst bestimmten Dingen, wird eine minder feyerliche Einweihung vorgenommen, sie geschieht nämlich blos durch die Besprengung mit Weihwasser. Diese Einweihung heißt die Benediction, und die auf diese Art eingeweihten Sachen, res benedictae, wozu Meßgewänder, Altarleuchter, Wachskerzen, Glocken, Kirchhöfe u. dergl. gehören. Da auf die Art der Einweihung alles ankommt, so ist es nöthig, die Handlungen zu kennen, welche bey der Consecration und der Benediction vorkommen, daher sie in vielen Schriften angegeben sind n), worunter Slevogt besonders zu empfehlen ist, da er die Sache aus dem Pontificali romano vortrefflich erklärt hat. Als ein Beyspiel, wie viel darauf ankomme, ob eine Sache für eine res sacra zu halten sey, oder nicht, ist der Diebstahl einer dergleichen Sache zu betrachten, welche nach der Halsgerichtsordnung Carls des Fünften so scharf bestraft werden soll. Die Protestanten beobachten zwar die Feyerlichkeiten des katholischen Kir-

n) P. A. Rüdel D. ecclesiarum et altarium consecratio, sacri iuris argumentum illustratum et vindicatum, Heidelb. 1754. Ant. Schmidt Inst. iur. eccles. Tom. I. c 2. Sect. 2. §. 290. Slevogt vom Recht der Altäre, Taufsteine u. s. f. Cap. 2.

chenrechts nicht, und legen auch den Dingen, die zum unmittelbaren Gottesdienste gebraucht werden, keine innere Heiligkeit bey, aber dennoch wird der Ausdruck res sacrae bisweilen von solchen Dingen gebraucht o).

Was die res religiosas betrifft, so weihen die Katholiken solche durch die Besprengung mit Weihwasser ein, und deswegen sollen weder Ketzer, noch Excommunicirte, noch Ungläubige auf die geweihten Gottesäcker begraben werden; aber nach dem Westphälischen Frieden, darf von diesen Sätzen bey Protestanten kein Gebrauch gemacht werden. Unter den Protestanten werden diese Dinge nicht geweiht, sondern durch die bloße Bestimmung, zu dieser Art von Sachen gemacht. Will Jemand Todtenäcker und Gräber res religiosas nennen, wie es z. B. vom Herrn von Pufendorf p) geschehen ist, und sie gar zu den rebus diuini iuris rechnen, so ist es kein grober Irrthum; aber da wir keine manes glauben, so ist es schicklicher, sie unter die res sanctas zu setzen, da derjenige härter bestraft wird, der sich daran vergriffen hat, als wenn andere Sachen von ihm beschädigt oder verletzt worden, schreibt der Herr GR. Höpfner.

Von den rebus sanctis nach heutigem Sprachgebrauch, bemerke ich noch, daß auch der so genannte Hausfriede bey uns die Würkung hat, welche mit andern befriedeten Sachen verbunden ist. Wer in dem Hause, oder Logis, das ich bewohne, mir oder den Meinigen, oder auch Personen, die nur bey mir sind, Real- oder Verbalinjurien zufügt, verletzt, wie man sagt, den Hausfrieden, und diese Handlung wird hart bestraft. Nach dem Herkommen, hat jeder in seiner Wohnung, gegen alle ungerechte Gewalt vorzügliche Sicherheit zu gewarten, und er kann sich dieselbe auch allenfalls durch Gebrauch des Hausrechts

o) G. L. Boehmer Princ. iur. can. §. 590. Slevogt a. a. O. S. 100.

p) de Pufendorf Animadv. XLI. §. 3.

rechts verschaffen. Eine eben so strafbare Verletzung des Hausfriedens wird aber auch von Seiten des Hausherrn vorgenommen, wenn er Personen, die ihn wegen erlaubter Absichten besuchen, in seinem Hause mißhandelt q).

§. 167.

Eine der wichtigsten hierher gehörenden Fragen ist diese: was die Gesetze in Ansehung der **Veräußerung** dieser Arten von Sachen festgesetzt haben? Die Beantwortung derselben, ist mit vielen Schwierigkeiten verknüpft, weil Gesetze von verschiedner Art dabey ihre Anwendung finden.

Wer die **römischen** Gesetze über diesen Gegenstand durchgelesen hat, weiß es, daß nach solchen keine Veräußerung weder einer res sacra, noch religiosa, noch sancta, der Regel nach erlaubt war, da diese Dinge für ein Eigenthum der Götter gehalten, und folglich von allem Commerz ausgeschlossen erklärt wurden. Sobald sie zum göttlichen Eigenthum gemacht worden, hielt man sie von aller menschlichen Disposition ausgeschlossen. An dergleichen Sachen konnte sich daher kein Mensch einiges Recht zueignen, und sie waren in Rücksicht auf die Menschen res nullius, wie man aus der L. 6. §. 2. D. h. t. sieht, wo es heißt: sacrae res, et religiosae et sanctae in nullius bonis sunt. Sie durften nicht veräußert, nicht verpfändet, zu keinem profanen Gebrauch angewendet, nicht taxirt werden; es durfte sich Niemand eine Verfügung darüber anmaßen r). Die heidnischen Priester hatten diese Vorstel-

q) G. Beyer D. de violatione securitatis domesticae, in *Eius* Opusc. n. 7. Fr. Gottl. Struv tr. de pace domestica, Ien. 1713. Gerdes de pace domestica, in Opp. P. II. p. 225. Leyser Spec. 591. C. Fr. Walch Pr. de pace domest. in *Eius* Opusc. Tom. II. p. 116. Orths Anmerk. über die Frkf. Ref. 3te Forts. S. 763.

r) L. 83. §. 5. D. de verb. oblig. L. 8. §. 1. L. 12. §. 1. D. de relig. L. 9. §. 5. D. de rer. diuis. L. 1. pr. L. 2. L. 3.

D. ne

lungsarten zu ihrem Vortheil erdacht; denn wenn eine heilige Sache nicht wieder profan werden darf, so wird die Anzahl dieser Dinge immer vermehrt und nie vermindert.

Daß die ersten Christen schon von der Consecration Gebrauch gemacht, und die zum Gottesdienst gewidmeten Sachen, als ein Eigenthum Gottes betrachtet haben, kann nicht bewiesen werden. Als aber unter Constantin dem Großen, und nachher die heidnische Consecration eingeführt wurde [s]), so wurde auch nach und nach der Grundsatz, daß die Consecration dem Menschen das Eigenthum solcher Dinge entziehe, und Gott ein besonderes Eigenthum davon bekomme, um so mehr gebilligt und ausgebreitet, weil die Geistlichkeit ihre Vortheile dabey nicht verkannte, und frommen Kirchenvätern, die es in der Philosophie nicht weit gebracht hatten, schienen diese Grundsätze fromm und religiös. Bey dieser Beschaffenheit der Sache, darf man sich nicht wundern, daß auch andere Kirchensachen, welche nicht consecrirt wurden, ebenfalls dem Commerz der Menschen entzogen worden sind; denn es ließen sich eben die Gründe dafür anführen, welche von der Religion hergenommen waren, theils vermehrte sich das Kirchenvermögen dabey immer mehr. Schon der Kaiser Leo verordnete, im J. 470. n. Ch. G. daß von den Kirchengütern der Constantinopolitanischen Kirche nichts veräußert werden sollte [t]); und Anastasius erstreckte dieses Gesetz auf alle Kirchen, welche in der Diöces des Patriarchen von Constantinopel lagen. Und ob wohl die in der römischen Kirche erlassene ähnliche Verordnung des Königs Odoacer, schreibt Herr RR. Eichmann, nicht in Observanz kam; so erhielt doch ein dieser Verordnung ganz entsprechender Schluß einer zu Rom, im Jahr 502. unter dem römischen Patriarchen

D. ne quid in loco sacro. Westphal de seruit. Sect. II. c. 11.

s) Evsebivs in hist. eccles. Lib. 5. c. 3.

t) L. 14. C. de SS. eccles.

chen Symmachus, gehaltenen Kirchenversammlung, zwar nicht in der ganzen christlichen Kirche, aber doch in Ansehung der, den auf dieser Kirchenversammlung befindlich gewesenen Bischöffen unterworffenen, Kirchen alle Würkung [u]). Endlich wurde von dem Kaiser Justinian diese Verordnung ziemlich allgemein gemacht, und das Verbot wegen Veräußerung der Kirchengüter erneuert [x]). Es ist aber ganz irrig, wenn viele Rechtsgelehrte dieses Verbot des Kaisers Justinian, für ein solches halten wollen, das der ganzen christlichen Kirche zur Richtschnur gedient habe; denn nur in der Orientalischen Kirche, und bey den Kirchen im Occident, die in den Ländern lagen, die Justinian erobert hatte, bekam er Gültigkeit. Im Fränkischen Staate war zu der Zeit, da Teutschland einen Theil desselben ausmachte, kein solches Gesetz vorhanden; vielmehr hielt man solche Sachen den profanen, in Ansehung der Disposition darüber gleich, weil man glaubte, daß sie sich so wie andere profane Sachen in dem Eigenthum der Menschen befänden. Sie wurden daher verkauft [y]), bey Erbschaften vertheilt [z]), und so wie andere Sachen zu Lehen gegeben [a]). Zwar war Carl der Große, welcher ohne allen Zweifel noch die oberste Aufsicht über die Kirche seines Reichs hatte, so gefällig gegen den Papst, der ihm so viele Freundschaft erwiesen hatte, daß er in Ansehung der Kirchen, worin sich öffentliche Taufsteine befanden, verordnete, Layen

u) c. 20. C. 12. Qu. 2. Symmachus beabsichtigte aber, daß in der ganzen christlichen Kirche dieser beliebte Schluß, weil er, nach seiner Meynung, allen Kirchen zuträglich schien, sollte angenommen und befolgt werden.

x) Nov. 7. in praef

y) Capitular. Caroli M. de a. 794. Man findet auch eine große Anzahl Urkunden beym Schannat. in tradit. Fuldens. n. 4.

z) Capitul. Wormat. de a. 829. c. 2. p. 663. Tom. I. apud Balvzivm. Man sehe auch nach du Fresne Gloss. voc. ecclesia.

a) von Buri in der Erläut. des Lehnrechts, S. 512. f.

Layen sollten sie nicht besitzen können [b]); und sein Sohn, gleich wie überhaupt die folgenden Carolingischen Kaiser, bewiesen noch mehr Nachgiebigkeit gegen den Papst. Allein wir finden dennoch eine große Anzahl von Veräußerungen der besagten Sachen, die auch selbst in Teutschland, nachdem es, vermöge des zu Verdun im Jahr 843. geschlossenen Vertrags und Friedens, einen von den übrigen Theilen der Fränkischen Monarchie abgesonderten Staat auszumachen angefangen hatte, vorgefallen sind. Jedoch unterließen die Päpste nicht, ob sie wohl von Zeit zu Zeit Widerspruch fanden, zu behaupten, daß die geweihten Sachen sich in einem besondern Eigenthum Gottes befänden; besonders thaten dieses mit Ernst Leo IX., Gregorius VII. und nach ihnen mehrere bis auf unsere Zeiten. Es fehlt aber nicht an klugen Katholiken, welche nichts von einem besondern Eigenthum Gottes und der Heiligen an dergleichen Sachen wissen wollen.

Die Protestanten glauben, daß sich kein vernünftiger Grund denken lasse, warum man Gott, der, als Gott, Herr von Allem ist, was in der von Ihm erschaffenen Welt befindlich ist, ein besonderes Eigenthum an solchen Dingen zueignen sollte. Die Consecration, welche die Katholiken haben, und bey uns die Bestimmung und der Gebrauch zur Gottesverehrung, sind kein vernünftiger Grund, so etwas anzunehmen, wenn man auch die Sache in aller möglichen Beziehung betrachtet. Es scheint mir ausgemacht zu seyn, daß die Leute, welche ein besonderes Eigenthum Gottes in Ansehung solcher Sachen träumen, gar nicht einmal wissen, was sie darunter verstehen. Gott, der die Welt als der Allmächtige schuf und als solcher sie auch erhält, ist Herr des Ganzen, und in Absicht auf ihn, steht dem Menschen kein Eigenthum an dem, was in der Welt ist, zu; wir abstrahiren von Gott, wenn wir vom Eigenthum und Eigenthumsrechten reden, und nehmen blos auf andere Menschen und

b) Capitul. Caroli M. de an. 793.

und die Verhältnisse mit diesen, indem wir uns dergleichen denken, Rücksicht. Haben wir nun in Ansehung seiner kein Eigenthum an dem, was da ist, und hat er vielmehr die Sachen der Welt uns blos so überlassen, daß wir sie, so lange es ihm gefällt, so brauchen sollen, wie er uns besonders durch die gesunde Vernunft, welche den Menschen auszeichnet, zu erkennen gegeben hat, so ist es lächerlich und widersinnig, ihm ein Eigenthum, das uns in Ansehung seiner nicht zustehet, geben und übertragen zu wollen. Daher nehmen auch selbst viele aufgeklärte Katholiken, mit uns Protestanten an, daß die Meynung, als ob Gott an solchen Dingen ein besonderes Eigenthum zustehe, eine Grille sey, welche sich auf den irrigen Wahn der Heiden gründe. Es ist aber keinem Zweifel unterworfen, daß es Gott wohlgefallen müsse, wenn man diese Sachen, da sie zu seiner Verehrung dienen sollen, nicht so ganz willkührlich zu menschlichen Bedürfnissen braucht. Es sind daher, nach der Philosophie des Rechts, dergleichen Sachen, welche zum unmittelbaren Gottesdienst abzwecken, und dasjenige, was als ein Accessorium davon anzusehen, so wie andere profane Dinge in dem Eigenthum der Menschen, und zwar gehören sie demjenigen, der sie, mit Erlaubniß derer, die es verstatten können, hat aufrichten lassen, oder von dem sie angeschafft worden sind, welches ein Fürst, eine Gemeinde und auch eine Privatperson seyn kann; es wäre denn, daß diese sich ihres Eigenthums ausdrücklich oder stillschweigend, mit oder ohne Bedingung, begeben hätten; jedoch ist ein solcher Eigenthümer demjenigen, was gültige Gesetze in Ansehung solcher Sachen, zu desto besserer Erreichung ihrer erhabenen Absicht verordnen, sich zu unterwerfen, verbunden; es geschieht auch dieses von ihm stillschweigend, wenn er sich nicht deshalb besondere Rechte vorbehalten hat.

Herr HR. Glück hat diesen Gegenstand folgendergestalt ausgeführt, indem er S. 425 schreibt: daß die res diuini iuris von den heidnischen Römern, als ein Eigenthum der Götter sind angesehen worden, habe ich schon bemerkt. Diese Grundsätze erhielten sich auch unter den christ-

lichen

lichen Kaisern. Man glaubte, daß geweihte Sachen durch die Consecration eine gewisse innere Heiligkeit bekämen, und ein besonderes Eigenthum Gottes, oder Christi, oder der Heiligen würden, denen sie wären geweihet worden. Die Verordnungen der christlichen Kaiser sowohl als der Concilien und der Päpste, geben uns hiervon die unwiderleglichsten Beweise. Noch Justinian sagt daher in seinen Institutionen §. 7. de rer. diuis. quod diuini iuris est, id nullius in bonis est; und Gratian c) führt unter des römischen Bischofs Bonifacius Namen, eine Stelle aus den Capitularien der Fränkischen Könige an, in welcher es heißt: quicquid semel fuit consecratum, sanctum sanctorum erit domino. Ja Papst Innocentius III. geht, wie man aus dem c. 16. X. de praeb. sieht, so weit, daß er auch die, nur zum Unterhalt der Geistlichen bestimmten, Güter und Einkünfte der Kirche, patrimonium Iesu Christi nennet, welche Sprache auch schon das Troslejanische Concilium vom Jahr 909 führte, in dessen viertem Canon, als allgemeiner Satz aufgestellt wird, wie Berardus bemerkt: quaecunque ecclesiae sunt, Christi sunt, et quicunque ab ecclesia aliquid ex his quocunque modo alienauerit, abstulerit, inuaserit, vastauerit, minorauerit, siue diripuerit, quia Christus et eius Ecclesia vna est persona, procul dubio sacrilegium committit. Kein Wunder, wenn daher auch die christlichen Kaiser die geweihten Sachen der Veräußerung unfähig erklärten d). Nur in wenigen ausgenommenen Fällen ist vom Kaiser Justinian, deren Verkauf und Verpfändung gestattet worden, nämlich um gefangene Christen aus den Händen der Ungläu-

c) Can. 3. Cauf. XII. Qu. 2. BERARDVS in Gratiani Canones Partis II. Tom. I. c. 39. p. 244. edit. Venet.

d) Hierher gehören die Verordnungen des K. Leo in der L. 14. C de SS. eccles. und des Anastasius in der L. 17. C. eod. welche K. Carl der Große ganz allgemein bestätigte. BALVZZI Capit. T. I. Lib. 1. Col. 746. RIEGGER Instit. Iurispr. eccles. P. III. §. 301. 302.

Ungläubigen loszukaufen [e]); bey Hungersnoth die Armen zu unterhalten [f]); die Schulden der Kirche, die nicht wohl anders getilgt werden können, zu bezahlen [g]). Allein heutiges Tages denken selbst die Katholiken, über das Eigenthum der zum Dienste Gottes geweihten Sachen richtiger. Ich will zum Beweis nur einen der größten Canonisten unsers Zeitalters, den Joseph Valentin Eybel, reden lassen, welcher in seiner vortrefflichen Einleitung in das Katholische Kirchenrecht S. 199. Grundsätze davon vorträgt, die mit dem Lehrbegriff des protestantischen Kirchenrechts auf das genaueste übereinstimmen. Es ist richtiger, sagt dieser aufgeklärte Katholik, wenn ich dasjenige, was zum Dienste Gottes bestimmt wird, vielmehr Gott geweihet, als Gott geschenkt, oder Gott zum Eigenthum gegeben, nenne. Denn Eigenthum ist das Recht, mit der Substanz einer Sache, und mit alle dem, was aus ihr kömmt, und zu ihr gehört, frey nach Willkühr zu schalten; und dieses Recht braucht Gott nicht erst von uns geschenkt zu erhalten, wenn er es, als Gott und der höchste Herr aller Dinge, ausüben will. Er hat es nämlich, als Gott, von selbst. Menschlicher Weise aber, wie wir sehen, übt er es nicht aus, sondern es wird denen Menschen nach Art, wie es sich gebührt, auszuüben überlassen. Gott hat alles, was er in dieser Welt erschaffen hat, der Herrschaft des Menschen unterworfen [h]), und verlangt nichts anders, als daß alles, was er erschaffen hat, vernünftig zu seinem gehörigen Zweck angewendet werde. Es kann also der Mensch dem allerhöchsten Gott nichts eigentlich schenken, kein Eigenthumsrecht auf Gott übertragen, sondern nur blos etwas von seinen von Gott erhaltenen Gütern zum Dienste Gottes weihen und widmen. Fragt man nun aber, wo denn das Eigenthums-

e) §. 8. Inst. h. t. ibique THEOPH.
f) L. 21. C. de SS. eccles.
g) AVTH. C. de SS. eccles. NOV. 120. c. 10. Westphal a. a. O. S. 23.
h) 1 Buch Mose 1. V. 26—28.

thumsrecht der Sache hinkomme, dessen sich derjenige begiebt, der seine Sache einer Kirche opfert, so ist die Frage leicht zu beantworten. Es kommt nämlich auf denjenigen, dem diese Kirche gehört, und zwar kommt es mit dieser Bedingung auf ihn, daß er es zum Dienste Gottes anwenden solle. Haben nun sämmtliche Mitglieder eines Staats zu gemeinschaftlicher Einrichtung und Ausübung des Gottesdienstes mit einander beygetragen, so ist das Eigenthumsrecht von dieser ganzen Stiftung beym ganzen Staat, oder bey dem Fürsten, auf welchen alles, was der Staat Eigenthümliches hat, mittelst des Unterwerfungsvertrages übertragen worden ist. Haben aber nur einzelne Gemeinden im Staate unter sich, zur Stiftung gottesdienstlicher Sachen beygetragen, so sind zwar dieselben derjenigen Gemeinde von der Bürgerschaft eigen, welche sie zu ihrer Religionsübung auf ihre gemeinschaftliche Kosten angeschafft haben; allein das majestätische Recht der obersten Aufsicht in Religions- und Kirchensachen, stehet dem Landesfürsten, auch über die, den kirchlichen Gemeinden im Lande gehörigen, Güter zu, vermögen dessen er sich in den Fällen, wo es die Bedürfnisse des ganzen Staats erheischen, dieses Kircheneigenthums seiner Bürger auch wider ihren Willen zur Rettung oder Erhaltung des Staats zu bedienen berechtigt ist. Haben endlich einzelne Personen zur Gottesverehrung mit Genehmigung des Landesfürsten etwas gestiftet, so kommt es darauf an, ob sie solches blos zu ihrem Privatgottesdienste, oder ob sie es zur öffentlichen Religionsübung einer ganzen Gemeinheit gewidmet haben. Im ersten Falle gehören solche Sachen, z. B. Hauskapellen mit ihren Einrichtungen und Zubehörungen, denen Familien und Personen eigenthümlich, die solche zu ihrer Religionsübung gestiftet und angeschafft haben. Im letzten Falle aber ist wieder darauf zu sehen, mit welcher Erklärung der Stifter dergleichen Güter zum Dienste Gottes bestimmt und gewidmet hat. Sind diese Güter zur öffentlichen Religionsübung einer schon existirenden Gemeinde vermacht worden, so gehören sie zu deren Kircheneigenthume. Hat

aber

aber der Stifter verordnet, daß die bestimmten Güter dazu verwendet werden sollten, an irgend einem Orte eine Kirche zum öffentlichen Gottesdienste einer christlichen Religionspartey zu erbauen und einzurichten; so sind dergleichen Güter, als öffentliche Sachen, dem Staate oder desselben Regenten mit diesem Beding übergeben worden, daß, wenn die Bedürfnisse oder der Nutzen des Staats nicht eine andere Bestimmung derselben erforderte, sie nach dem Willen und Verlangen desjenigen, der solche gestiftet hat, verwendet werden sollen. Dem Stifter gebühret aber in solchen Fällen das Patronatrecht, welches sich, unter andern mancherley Rechten und Pflichten, vorzüglich durch das Recht, für eine erledigte Pfarre einen Geistlichen zu ernennen, und solchen der Gemeinde vorzustellen, würksam äussert. — So weit der berühmte und verdienstvolle Herr Eybel. Nach diesen richtigen Grundsätzen, steht das Eigenthum von Kirchen-, und andern zum unmittelbaren gottesdienstlichen Gebrauch bestimmten Sachen, entweder dem ganzen Staate zu, oder einzelnen Gemeinden, oder gewissen Familien und Personen. Was von ganzen Kirchengebäuden Rechtens ist, gilt auch von den Zubehörungen derselben. So wie aber wohl in keiner wichtigen Sache, die Gelehrten einerley Meynung haben, so geht es auch hier; denn z. B. der Herr RR. Brauer i) behauptet, daß dem Staate ein Obereigenthum, den Gemeinden aber nur ein Untereigenthum zustehe; diese Behauptung ist aber von andern Rechtsgelehrten widerlegt worden k). So behauptet ferner der verstorbene Herr Ordinarius Hommel l), der Patron habe das dominium directum über die

i) Herr RR. Brauers Abhandl. von dem Verhältniß der Kirchenstiftungen gegen die Staatsgewalt, im 2ten Bande der Abhandl. zur Erläuterung des Westphäl. Friedens, Einleitung §. 7.

k) Hagemanns und Günthers Archiv, Thl. 2. Nr. 1. über die Verwendung des Kirchenvermögens.

l) Hommel Rhapf. Obf. Vol. VI. Obf. 796. p. 578—580

die von ihm gestiftete Kirche, und die dazu gehörenden Güter.

Da die Kirchenstühle für eine Zubehör der Kirche gehalten werden müssen, und folglich die Grundsätze vom Eigenthum über die Kirchengüter hierbey ebenfalls Anwendung finden, dabey aber mancherley Schwierigkeiten vorkommen, so ist diese Materie von vielen berühmten Rechtsgelehrten [m]) erläutert worden, und ich muß daher hier ebenfalls das Wichtigste von diesem Gegenstande vortragen, zumal auch der Herr RR. Eichmann und Herr HR. Glück etwas darüber bemerkt haben. Vortrefflich hat diese Materie aus einander gesetzt der Herr Ober-Consistorial-Rath D. Köhler, welcher in der angeführten Schrift 1) von den Kirchenstühlen überhaupt, 2) von gemeinen Kirchenstühlen; 3) von Erbstühlen; 4) von Kirchenstühlen, welche zu Gütern gehören; 5) von Amts- und Officiantenstühlen, gehandelt hat. Kirchenstühle gehören zum unbeweglichen Vermögen der Kirche, und die Rechtslehrer rechnen solche ad iura incorporalia derselben [n]). Sie dürfen ohne Vorwissen des Pfarrers und der Kirchväter, auch wohl

m) Carpzov Iurispr. eccles. Lib. II. tit. 23. et Beyer in adit. Lipf. 1718. Boehmer in iure paroch. Sect. 5. c. 2. §. 2. Wernher Obf. P. III. Obf. 119. P. VI. Obf. 462. et in *Eius* Princ. Iuris eccles. Vit. 1727. de Pufendorf Obf. Tom. I. Obf. 39. Brunnemann Ius eccles. Viteb 1709. Horn. Obf. eccles. Vit. 1714. Deyling Iurispr. paſtor. ex edit. Kvistneri Lipf. 1768. Philippi tract. iurid. de ſubſellüs templorum, Lipf. 1683. et 1745. Slevoogt vom Recht der Kirchenstühle, Jena 1736. Stößner von gesetzmäßiger Verlösung der Kirchenstühle in Churſächsischen Landen, Leipzig 1778. 8. Schröters vermischte juristische Abhandl. Halle 1786. 2ter Band S. 322—362. Abhandlung von Kirchenstühlen und deren Rechten in Churſächsischen Landen von D. Joh. Christian Köhler, Churfürstl. Sächs. Ober-Consistorial-Rathe, Dresden 1790. 8.

n) Brunnemann in iure eccles. Lib. II. c. 2. §. 11. Boehmer in iure paroch. Sect. V. c. 2. §. 11. Sect. VI. c. 2. §. 1.

wohl nach Beschaffenheit der Umstände, ohne Vorbewußt der Kircheninspection nicht gebaut oder verändert werden o). Ihr Bau ist so einzurichten, daß der Prediger verstanden werden kann, andere Personen die Aussicht zu der Kanzel und dem Altar behalten, und die Kirche nicht verfinstert wird p). An gemeinen Kirchenstühlen hat der Besitzer weiter kein Recht, als zum Gebrauch; folglich gehen sie nicht auf seine Erben über; dürfen von ihm weder verkauft, noch verpfändet, noch vermiethet, noch an andere cedirt werden q). Als Ausnahme ist die Cession erlaubt, bey alten, schwachen und kranken Personen, die nicht mehr ausgehen, wenigstens nicht in der Kirche ausdauern können, oder die sich auswärts aufhalten. Eine solche Cession darf aber nicht anders geschehen, als gegen das Versprechen des Uebernehmers, den Stuhl zu seiner Zeit wieder abtreten zu wollen. Auch haben die Anverwandten des Cedenten, wenn sie den Stuhl verlangen, ein Vorrecht vor Fremden, und müssen um ihre Einwilligung befragt werden, wenn sie in die Parochie gehören. Da diese Kirchenstühle den Besitzern nur auf Lebenszeit zum Gebrauch überlassen werden, und solche nach ihrem Absterben an die Kirche zurückfallen, so ist diese auch für die Erhaltung derselben zu sorgen schuldig, weil sie bey der Veränderung des Besitzers das so genannte Lösegeld bekommt. Von diesen Kirchenstühlen sind diejenigen zu unterscheiden, welche nach dem Tode des Besitzers nicht sogleich an die Kirche zurückfallen, sondern an die Erben desselben r). Andere Kirchenstühle sind zu einem Grundstück, einem Hause oder Gute geschrieben worden, wobey sie beständig bleiben müssen, und folglich nur von den Ei-

o) Deyling Prud. past. p. 677.

p) Brunnemann l. c. Lib. II. c. 3. §. 11.

q) Wernher Obs. Vol. II. P. III. Obs. 110. p. 341. Carpzov Iurispr. consist. L. II. tit. 23. Def. 362. n. 1—10. et Def. 363. Chr. Gottl. Hommel D. de subselliorum ecclesiasticorum commercio, Lit. 1769.

r) Deyling Iurispr. past. P. III. c. 9.

genthümern desselben benutzt werden können, nicht aber von den andern Erben des letzten Besitzers [s]). Noch andere Kirchenstühle sind blos zum Gebrauch in gewissen öffentlichen Aemtern stehender Personen bestimmt worden. Diese Verschiedenheit des Besitzes und Rechts an den Kirchenstühlen, giebt zu einer Eintheilung derselben Anlaß; denn man unterscheidet 1) öffentliche Kirchenstühle und Privatkirchenstühle. Die erstern sind 2) entweder Herrschaftsstühle, oder Amtsstühle, oder gemeine Kirchenstühle. Bey den Privatkirchenstühlen sind 3) die erblichen und nicht erblichen zu unterscheiden. Endlich ist 4) ein Unterschied zwischen Männer- und Weiberkirchenstühlen zu machen.

Von den gemeinen Kirchenstühlen, so wohl Männer- als Weiberstühlen, ist in Ansehung des Rechts zum Gebrauch derselben, das mehreste zu bemerken. Da sie zum Eigenthum der Kirche gehören, so kommt es auf die Kirche und ihre Obern an, wie der Gebrauch derselben verstattet werden soll, und diese müssen sich nach den Gesetzen richten [t]). Wird ein solcher Kirchenstuhl vacant, so gehen die nächsten Anverwandten des letzten Besitzers, nach Churfächsischen Gesetzen, allen andern Personen vor [u]), jedoch ist jeder Competent schuldig, innerhalb vier Wochen nach dem Tode des letzten Besitzers sein Gesuch anzuzeigen, und den Stuhl zu lösen, sonst wird er ausgeschlossen, und der Stuhl einer andern Person, die sich innerhalb dieser Zeit gemeldet hat, zugeschrieben, wobey es in Ansehung der Summe des Lösegeldes auf jedes Orts Gebrauch ankommt. In Sachsen wird gewöhnlich nur 12 Gr. Lösegeld bezahlt, vermöge einer Ober-Consistorial-Verordnung an den

s) Deyling l. c. Schilter Inst. iur. can. L. II. tit. 7. §. 6.

t) Wernher Princ. iur. eccles. c. 10. §. 17. sq. Hommel epit. iur. sacri, c. 4c. §. 1.

u) Art. gen. 36. Rescript vom J. 1663. im Cod. Aug. P. I. S. 855.

den Rath zu Dippoldiswalde vom 20. May 1608. Es ist ferner nöthig, daß die sich meldenden Anverwandten des letzten Besitzers, in die Kirche, wo der Stuhl ist, eingepfarrt sind, und nicht schon daselbst einen Stuhl haben, oder diesen wenigstens gegen den vacant gewordenen abtreten x).

Bey der Zuschreibung eines vacanten Kirchenstuhls, muß unter den sich gemeldeten Anverwandten des letzten Besitzers, auf die Nähe des Grades Rücksicht genommen werden; denn 1) kommen des letzten Besitzers Descendenten, sodann 2) seine Ascendenten, und 3) die Seitenverwandten, wobey aber Stiefeltern, Schwiegereltern, Stiefkinder, Stiefgeschwister, welche letzte überhaupt nur zusammen gebrachten Kindern gleich zu halten sind, als Fremde betrachtet werden y).

Nach des Vaters Tode haben seine Söhne das stärkste Recht zu dessen Kirchenstelle, wobey aber manche Sonderbarkeiten vorkommen. Hinterläßt er z. B. einen Sohn, und von seiner Tochter einen Enkel, so haben beyde ein gleiches Recht zum Stuhle, und er wird demjenigen von ihnen zugeschrieben, der zuerst darum angesucht hat.

Wenn der verstorbene Großvater eine Kirchenstelle hinterlassen hat, so können sich die Enkel von dem Sohne und der Tochter dazu melden z).

Wenn die Mutter, welche eine Kirchenstelle hatte, verstorben, so wird es bey ihren Töchtern eben so gehalten, wie es eben beym Vater bemerkt worden ist. Das nämliche ist Rechtens, wenn die Großmutter gestorben, und von ihrem Sohne Enkelinnen am Leben sind.

x) Carpzov Iurispr. consist. Lib. II. Tit. 23. Def. 365. n. 4. 5. 6.

y) Carpzov l. c. Def. 366. p. 562. Deyling Iurispr. past. pag. 639.

z) Küstner ad Deyling l. c. p. 69. Philippi l. c. c. 4. p. 27.

Geschwisterkinder gleicher Seitenlinie, haben vor entferntern Seitenverwandten den Vorzug bey der Vergebung einer vacanten Kirchenstelle; wobey aber das ius repraesentationis in Sachsen nicht angewendet werden darf [a]); daher schließt die Schwester oder der Bruder von dem letzten Besitzer, die Bruderskinder oder die Schwesterkinder aus. Weil auch, nach sächsischem Rechte, das vollbürtige Geschwister, das Halbgeschwister von der Erbfolge überhaupt ausschließt, so geht es hier ebenfalls nach diesen Grundsätzen. Melden sich Seitenverwandte, die ein gleich starkes Recht zu der vacanten Stelle haben, so müssen sie darum looſen, wenn sie sich nicht vergleichen können [b]). Uebrigens verschafft hier das Recht der Erstgeburt keinen Vorzug, sondern wer sich binnen vier Wochen von mehrern gleich berechtigten Anverwandten zuerst meldet, bekommt die Stelle; wenn er gleich der jüngere seyn sollte. Melden sich mehrere zu gleicher Zeit, so muß wieder gelooſet werden. Sollte der nächst berechtigte Anverwandte abwesend, und sein Aufenthalt unbekannt seyn, daher er sich nicht, binnen der vierwöchentlichen, zum Melden um die Kirchstelle angesetzten Zeit, dazu angeben können, so bekommt der nächste Anverwandte die Stelle so lange zum Gebrauch, bis sich der abwesende Verwandte meldet; er muß aber ein Miethgeld an die Kirche dafür bezahlen [c]).

Wer aus einer rechtmäßigen Ursache abwesend ist, und sogar Personen, die Schulden wegen Jahr und Tag ausgetreten sind, verlieren ihre Stelle deswegen nicht; man müßte denn von ihrem Aufenthalte lange Zeit über gar nichts erfahren [d]). Die auf längere Zeit zuerkannte Zuchthaus- oder

a) Landrecht, 1 Buch, 17 Art. Stryck de succ. ab int. c. 3. Diss. 3. §. 3.

b) Carpzov Part. III. Const. 18. Def. 30.

c) Carpzov Iurispr. consist. Lib. II. tit. 23. Def. 368. n. 10. ibique Beyer in Addit. p. 177.

d) Philippi l. c. c. 5. §. 2. Wernher Princ. iur. eccles. c. 10. §. 22. Deyling Iurispr. past. Part. III. c. 9. §. 17. p. 690.

oder Festungsbaustrafe zieht nicht den völligen Verlust des Kirchenstuhls nach sich, sondern dergleichen Personen müssen solchen nach ausgestandener Strafe wieder bekommen. Diese Zwischenzeit über vermiethet die Kirche die Stelle an Anverwandte dieses Verbrechers, oder wenn diese sich nicht melden, an Fremde gegen einen Miethzins, den die Kirche bekommt, und gegen Ausstellung eines Reverses zur Wiederabtretung, wenn der Verbrecher zurück gekommen. Wer auf Lebenslang zu einer solchen Strafe verurtheilt, oder gar aus dem Lande auf beständig verwiesen worden ist, kann weiter keine Ansprüche auf eine Stelle machen, jedoch haben dessen nächste Verwandte das Vorrecht, einen solchen Stuhl zu verlangen [e]). Wird ein solcher Verbrecher begnadigt, so bekommt er vor andern Fremden die erste offne Stelle unentgeltlich [f]).

Personen, die als Religionsverächter zu betrachten sind, und deswegen von ihrer Kirchenstelle keinen Gebrauch machen, werden vom Consistorium angewiesen, in der festgesetzten Zeit, von zwey, drey bis vier Monaten, die Kirche zu besuchen. Befolgen sie diese Auflage nicht, so verlieren sie ihre Stelle, und man überläßt sie den nächsten Anverwandten, oder wenn diese nicht da sind, an Fremde [g]).

Stirbt der Besitzer einer Kirchenstelle, mit Hinterlassung eines unmündigen Kindes, so muß der Vormund die Stelle innerhalb vier Wochen für solches lösen. Ist das Kind noch zu klein, als daß es in die Kirche gehen könnte, so kann die Kirchenstelle so lange an Verwandte, oder wenn keine da sind, an Fremde vermiethet werden, welches Miethgeld aber die Kirche bekommt, und die Abmiether müssen

e) Arg. L. 8. §. 8. D. de poen. CARPZOV Prax. rer. crim. Qu. 140. nr. 33. Qu. 72. nr. 11. STRYCK Vsus mod. h. t. §. 89. SLEVOOGT Sect. 6. §. 3. lit. c. p. 463.

f) Stößner von Kirchenstühlen, S. 55.

g) Herr Ober-Consist. Rath D. Köhler in der angef. Abh. S. 36.

einen Revers wegen der Abtretung ausstellen, welcher bey den Pfarracten aufzubewahren, und der Ordnung wegen im Stuhlregister anzumerken ist. Kann der Mündel wegen seines Alters selbst in die Kirche gehen, so hört die Vermiethung auf; stirbt er aber, so haben seine nächsten Anverwandten das Recht, sich zu dieser Stelle zu melden, und nun muß der zeitherige Abmiether den Stuhl abtreten. Hätte es der Vormund unterlassen, für seinen Mündel die Kirchenstelle zu lösen, so kann sich solcher nach erlangter Volljährigkeit, durch die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand helfen, wozu er vier Jahr Zeit hat, wiewohl Slevoogt ihm nur vier Wochen dazu verstatten will [h]). Kommt ein abwesender Unmündiger von seiner Wanderschaft zurück, oder er ist sonst abwesend gewesen, und er will nunmehr an dem Orte bleiben, so muß ihm, als Anverwandten des letzten Besitzers, der Stuhl überlassen werden, und der Abmiether ist zur Abtretung verpflichtet.

Noch ist von dem Rechte der Anverwandten an den gemeinen Kirchenstellen zu bemerken, daß Männer nicht Weiberstühle für sich, noch Weiber Männerstühle für sich lösen dürfen, sondern auf den Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten beständig gesehen wird. Daher darf eine Witwe nicht ihres Mannes Kirchenstelle, noch ein Witwer seiner verstorbenen Frau Stelle, ein Sohn nicht seiner Mutter, noch eine Tochter ihres Vaters Stelle für sich verlangen, so wenig wie ein Bruder seiner Schwester Stelle, noch die Schwester ihres Bruders Stelle fordern darf [i]).

Wie bereits gesagt worden, muß jeder, der ein Recht zum Besitz einer gemeinen Kirchenstelle, weil er ein Anverwandter des letzten Besitzers ist, zu haben vorgiebt, sich innerhalb vier Wochen, nach dem Tode desselben dazu melden,

h) Deyling in Iurispr. past. c. 9. §. 16. p. 688. Slevoogt l. c. p. 465.

i) Carpzov Iurispr. consist. Lib. II. Tit. 23. Def. 366. 367.

melden, oder er wird für ausgeschlossen gehalten. Tritt dieser Fall wirklich ein, daß sich kein Verwandter gemeldet hat, so muß es durch einen Anschlag an der Kirchthüre, und an manchen Orten zugleich von der Kanzel bekannt gemacht werden, daß die vacante Stelle vergeben werden solle, und man sich nach vier Wochen dazu melden müsse, welche vom Tage des Anschlags an berechnet werden. Geben sich mehrere Liebhaber der Stelle an, so bekommt entweder derjenige den Stuhl, der sich zuerst gemeldet hat, oder man läßt darauf bieten, wo es denn auf das höchste Gebot ankommt. Hätte ein Adelicher und ein Bürgerlicher zugleich um die Stelle nachgesucht, so wird jener vorgezogen, wenn er in der Parochie wohnt, wiewohl Brunnemann und Böhmer diesen Unterschied verwerfen [k]). Meldet sich eine arme Person zu einer vacanten Kirchenstelle, so soll ihr solche, gegen das gewöhnliche Lösegeld, zugeschrieben werden [l]).

Begiebt sich der zeitherige Besitzer einer gemeinen Kirchenstelle aus der Parochie an einen andern Ort, so muß er bey dem Kirchenvorsteher oder dem Pfarrer anzeigen, ob er Willens sey, wieder an diesen Ort zurück zu kommen, und folglich die Kirchenstelle alsdenn wieder zu haben wünsche, oder ob dieses sein Wille nicht sey. Im ersten Falle wird ihm die Stelle aufgehoben, und bis zu seiner Zurückkunft an einen von seinen Verwandten, oder, wenn diese nicht da sind, an einen Fremden, gegen Bezahlung eines Miethgeldes, welches die Kirche bekommt, und gegen Ausstellung eines Reverses, vermiethet [m]). Im andern Falle, oder wenn der wegziehende Besitzer sich gar nicht erklärt

k) Carpzov Def. 360. n. 11. 12. Def. 369. n. 5. 6. 7. Deyling l. c. p. 693.

l) Deyling in Prud. past. p. 627.

m) Carpzov Iurispr. consist. Lib. II. Tit. 23. Def. 364. n. 6. 7. sq. p. 560. Wernher Obs. Vol. II. P. III. Obs. 119. Rescript vom 19. Jul. 1686. in Cod. Aug. P. I. p. 867.

hat, bekommt einer von seinen Verwandten die Stelle, oder wenn sie solche nicht haben wollen, oder sich nicht melden, ein Fremder. Das Verfahren hierbey ist eben so beschaffen, wie bey andern vacant gewordenen gemeinen Kirchenstellen. Außer dem Tode des Besitzers, wird eine Kirchenstelle für offen gehalten, a) wenn der zeitherige Besitzer, ohne sich auf die angeführte Art erklärt zu haben, sein Grundstück verkauft, und in eine andere Parochie zieht, sich daselbst ankauft, oder doch daselbst zu wohnen entschlossen ist; b) wenn sich Jemand unter eine andere Parochie verheyrathet, und daselbst wohnt; c) wenn der Besitzer mit den Seinigen, ohne sich gehörig erklärt zu haben, ganz aus dem Lande wegzieht. Bey der auf diese Art erfolgten Eröffnung einer Kirchenstelle, wird mit der Vorladung der Verwandten verfahren, wie S. 184 gezeigt worden, und wenn sie nicht erscheinen, überläßt man die Stelle an Fremde.

Wollen Personen ihre gemeinen Kirchenstellen mit einander vertauschen, so ist ihnen dieses durch die Churſächsischen Gesetze nicht untersagt; es treten nur verschiedne Verhältnisse dabey ein. Stirbt nämlich die eine von diesen Personen, oder sie zieht auf beständig weg, in welchen Fällen ihre Stelle als vacant zu betrachten ist, so haben die Unverwandten zu dieser Stelle noch das nämliche Recht, als wenn gar kein Tausch vorgegangen wäre, daher dieser Fall bey der Verschreibung der vertauschten Stellen im Stuhlregister ausdrücklich angemerkt werden muß [n]). Erklärt der zeitherige Besitzer einer gemeinen Kirchenstelle, daß er solche nicht weiter haben möge, so muß diese Begebung öffentlich bekannt gemacht werden, damit sich die Anverwandten innerhalb vier Wochen dazu melden können; denn die Nichterschienenen verlieren von dieser Zeit an ihr Recht.

Kann Jemand eine eröffnete gemeine Kirchenstelle, als der nächste Anverwandte des letzten Besitzers, für sich verlangen, und er muß nunmehr seine zeither besessene Stelle abge-

n) Küstner ad Deyling. Prud. past. p. 685.

abgeben, so kommt es bey der Zuschreibung dieser letzten Stelle darauf an, wer der nächste Verwandte des letzten Besitzers ist, und dieser muß sich innerhalb vier Wochen dazu melden. Bisweilen verstattet man es jedoch, daß derjenige, dem ein leerer Stuhl angefallen, seinen zeither gehabten für sein Kind darf zuschreiben lassen, oder für sein Gesinde, welches letztere aber selten zugegeben wird, wenn die Stellen nicht zureichen.

Sollte die Kirche abgebrannt, und wieder erbaut seyn, oder es mußte eine Reparatur damit vorgenommen werden, wodurch ganz neue Stühle entstanden sind, so können die Besitzer der alten Stellen, die neuen Stellen nicht umsonst verlangen, sondern müssen sie aufs neue lösen, weil es unbillig seyn würde, den Unglücksfall der Kirche allein aufzubürden o). — Begeht der Pfarrer bey Verlösung einer Kirchenstelle einen Fehler, woran er Schuld ist, so wird auf erlassenen Bericht des Superintendenten an das Consistorium, sein Verfahren für ungültig erklärt, und er muß außer dem erhaltenen Verweise, nach Beschaffenheit der Umstände, sogar die Unkosten bezahlen, daher alle Vorsicht von ihm beobachtet, und im nöthigen Fall sein Vorgesetzter befragt werden muß.

Andere, als die zeither vorgetragenen Grundsätze, finden bey den so genannten Erbstühlen statt; denn diese, welche Emporkirchen, Capellen, Glasstühle heißen, werden durch Verträge mit der Kircheninspection nach Genehmigung des Consistoriums, welches die darüber geschlossenen Verträge bestätigt, gegen Bezahlung einer verabredeten Summe Geldes, welches der Kirche gehört, erworben. Dadurch erlangt der Paciscent ein Eigenthumsrecht an dem Kirchenstuhle, welches auf die Erben desselben, ja auch auf seine Familie übergeht. Mehrentheils stehen in dem Erwerbungsvertrage die Worte: für sich, ihre Erben und Erbnehmen, welche aber von den Rechtsgelehrten nicht auf einer-

o) L. 33. D. de vsufr. L. 24. D. quib. mod. vsufr. amitt. DEVLINGI prudent. pastor. p. 692.

einerley Art erklärt und verstanden worden; denn einige wollen unter Erben blos Intestaterben verstehen, unter Erbnehmen aber Testamenterben, folglich müßte im ersten Falle, der Erbstuhl blos bey der Familie bleiben; im andern aber könne er an Fremde kommen p). Weil man an diesen Kirchenstühlen das Eigenthum hat, so steht dem Besitzer das Recht zu, solche zu verkaufen, an andere abzutreten, darüber eine letzte Willensverordnung zu errichten, es müßte denn durch den Concessionsvertrag etwas anderes deutlich bestimmt worden seyn, worauf es vor allen Dingen ankommt q). Stirbt der Eigenthümer, so geht das Eigenthumsrecht sogleich auf seine Erben über, und sie haben blos ein Vierteljahr nach dem Tode, um die Verlösung anzusuchen, wo sie eine kleine Summe als ein Lehngeld bezahlen, welche Summe mehrentheils bey der Concession des Stuhls, vom Consistorium bestimmt zu werden pflegt. Da das Eigenthum an diesen Stühlen nicht verlohren geht, wenn auch der Eigenthümer weggezogen seyn sollte, so kann er andern Personen das Recht geben, sich des Stuhls zu bedienen; auch gehört dieser Stuhl zur Concursmasse, wenn der Eigenthümer in Concurs verfallen, und der Käufer tritt in die Rechte desselben, jedoch muß die Bestätigung des Kaufs dazu kommen, und das Lösegeld berichtiget werden r).

Sollte ein solcher Erbstuhl von mehreren Familien erbaut oder gemeinschaftlich gekauft worden seyn, so wird der Gebrauch davon gemacht, wie die Eigenthümer solches festgesetzt haben; nur darf ohne Bestätigung des Consistoriums nichts verabredet werden, daher der Kirchenvorsteher alles ausführlich zu berichten hat. Wer Miteigenthümer eines solchen Erbstuhls ist, kann fremden Personen den Gebrauch

p) Küstner ad Deyling. p. 688. Böhmer in iure Paroch. Sect. 5. c. 2. §. 8.

q) Böhmer l. c. p. 256. Wernher Princ. iur. eccles. c. 10. §. 14.

r) Deyling Part. III. dit. m. p. 682.

Gebrauch versagen, es müßte denn der Mitbesitzer solche an seiner Stelle hineingehen lassen. Weil das Eigenthumsrecht solcher Stühle erworben wird, so müssen die Eigenthümer dieselben in baulichem Wesen erhalten; es wäre denn, daß bey der Concession etwas anderes ausgemacht worden, welches aber selten geschieht. Wird das Eigenthumsrecht des Besitzers bestritten, so muß er solches beweisen, und hier ist entweder die Concession des Consistoriums darzuthun, oder die vorhandene Verjährung, wo aber, wie bey der Verjährung aller Kirchensachen, die vier und vierzigjährige Verjährung bewießen werden muß; streitet aber nicht die Kirche über das Eigenthum, sondern ein Anderer, so braucht bloß die ein und dreyßigjährige Verjährung, wenn die Sache nach Sächsischen Gesetzen entschieden wird, bewiesen zu werden [s]).

Kann ein solcher Erbstuhl anders nicht gebaut werden, als wenn die Kirchenmauer durchbrochen wird, so muß der Prediger dieses dem Superintendenten, auch wohl der Kircheninspection, melden, und dabey berichten, ob der Bau ohne Gefahr der Kirche geschehen könne, ob die Kirche dadurch verfinstert, und den übrigen Stühlen dadurch die Aussicht nach dem Altar und der Canzel benommen werde. Ist dieses berichtigt, und haben die Eingepfarrten auf Befragen nichts gegen den Bau einzuwenden, so erstattet sodann die Kircheninspection, ehe der Bau angefangen wird, darüber Bericht an das Consistorium, mit welchem zugleich ein Riß und Gutachten verbunden werden muß. Steht der Concession kein Bedenken entgegen, so verstattet das Consistorium den Bau der Capelle, gegen Bezahlung einer Summe, von 20, 30, 50 bis 100 Rthl. und die Ausstellung eines Reverses, besonders wenn ein Ofen darin stehen soll, daß der Erbauer für allen verursachten Schaden stehen wolle. Stirbt eine Familie, der ein Erbstuhl gehörte, ganz aus, so fällt solcher

s) Carpzov Part II. Const. 5. Def. 1. Hommel Epi. iur. sacr. c. 40. §. 2. p. 314. Deyling prud. past. p. 678

solcher an die Kirche, wenn nicht darüber disponirt werden durfte, oder dieses doch nicht geschehen ist t).

Eingepfarrte vom Adel, und bürgerliche Rittergutsbesitzer, die zwar in der Parochie die Gerichte haben, denen aber am Patronatrechte kein Antheil zusteht, können vacante gemeine Kirchenstühle, wenn sie so beschaffen sind, daß sie zu Capellen eingerichtet werden können, vom Consistorium erblich erhalten, wobey aber alles geleistet und geschehen muß, was bereits gesagt worden u). Kann dem Verlangen dieser Personen auf diese Art kein Genüge geleistet werden, so wird ihnen die Erbauung einer neuen Capelle verstattet, vor deren Erbauung aber ebenfalls alles geschehen muß, was davon bemerkt worden. Weil es übrigens bey Streitigkeiten dieser Art, vor allen Dingen darauf ankommt, was vor der Erbauung eines solchen Erbstuhls darüber verabredet worden, folglich die Vertrags- und Concessionsurkunde als Entscheidungsnorm gebraucht wird, so ist es der Vorsicht gemäß, daß der Pfarrer Abschriften von diesen Urkunden in das Pfarrarchiv beylegt, damit aus diesen Documenten wenn es an den Originalurkunden fehlt, die Beschaffenheit der Sache ersehen werden kann.

Ich komme auf die Beschaffenheit solcher Kirchenstühle, welche zu einem Hause oder Gute gehören. Bey Erbauung einer Kirche wird für jedes Haus oder Gut gemeiniglich eine Stelle angewiesen und dazu geschrieben, welche sodann dabey bleiben müssen, und nicht davon getrennt werden dürfen. Es hat also auch nur der jedesmalige Besitzer des Hauses oder Gutes ein Recht dazu, und nicht die Erben des letzten Inhabers. Wird ein Gut verkauft, so bekommt der Käufer die Kirchstelle ebenfalls mit, und er muß den Lösezins dafür bezahlen, drey Monat nach dem

t) Böhmer Ius paroch. Sect. IV. c. 2. p. 270. Deyling Iurisp. past. p. 682.

u) Stößner von Kirchenstühlen, §. 20. 21. S. 58.

dem der Kauf confirmirt worden x). Versäumt der neue Besitzer diese Frist, so fällt der Stuhl an die Kirche zurück; sollte er aber noch nicht wieder vergeben seyn, so kann er zwar den Stuhl bekommen, er muß aber soviel bezahlen, als das Erstemal beym Verkauf bezahlt worden ist. Daß diese Stühle eben so gut vom Besitzer im baulichen Zustande erhalten werden müssen, wie die Erbstühle, ist keinem Zweifel unterworfen.

Was endlich die sogenannten Amts- oder Officiantenstühle betrifft, so haben nur Personen, welche in einem öffentlichen Amte stehen, das Recht, sich derselben zu bedienen. Dazu gehören die Stühle der Kirchenpatrone, welche gewöhnlich herrschaftliche Stühle heißen, der Professoren in den Universitätskirchen, der landesfürstlichen Beamten, die Rathsstühle, die Predigerstühle, Schullehrerstühle, Kirchenvorsteher- und Kirchväterstühle, die Stellen für die Officiere von der Garnison, die Stühle der Communicanten, für die Richter und Schöppen y). Die Kosten zur Erhaltung dieser Stühle werden auf verschiedne Weise aufgebracht, bey landesfürstlichen Beamten aus dem Fiscus, beym Rathe aus der Cämmerey, bey Universitäten aus dem dazu bestimmten Fond z). Wer sein öffentliches Amt nicht mehr hat, darf auch von diesen Kirchenstellen nicht weiter Gebrauch machen a).

§. 168.

Nach der Vorschrift des römischen und kanonischen Rechts sollen res sacrae nicht veräußert werden, außer

x) Horn ad Schilt. p. 334. Wernher Princ. iur. eccles. p. 189.

y) Schilter Inst. iur. can. Lib. II. Tit. 7. §. 7. Slevoogt l. c. Sect. 6. §. 1.

z) Horn ad Schilt. lib. II. tit. 7. §. 6. Deyling l. c. p. 680.

a) Carpzov Iurispr. consist. Lib. II. tit. XXIII. Def. 372.

außer in sehr dringenden Fällen, wie S. 174 bemerkt worden, und dieses wird bey den Katholiken auch heut zu Tage noch so gehalten [b]). Soll nämlich die Veräußerung solcher Sachen gültiger Weise geschehen, so wird erfordert,

1) daß eine rechtmäßige Ursache der Veräußerung vorhanden sey, und

2) daß die vorgeschriebene Art und Weise der Veräußerung beobachtet worden.

Die Rechtslehrer sind nicht darüber einig, wie es zu bestimmen sey, um in jedem Falle zu wissen, ob eine rechtmäßige Ursache der Veräußerung vorhanden sey. Einige geben vier solche Ursachen an, andere drey, und wieder andere nur zwey. Ihre Behauptung läßt sich aber vereinigen, und man braucht nur zwey solche Ursachen anzunehmen, worunter sich auch die beyden andern bringen lassen, die von denen angeführt werden, welche vier rechtmäßige Ursachen annehmen. Es kann nämlich blos die wahre Nothwendigkeit, oder der wirkliche Vortheil, die Rechtmäßigkeit der geschehenen Veräußerung einer Kirchensache begründen [c]). Eine wahre Nothwendigkeit ist vorhanden, wenn die Erhaltung der Kirche die Veräußerung der Kirchengüter erfordert, oder es müssen Schulden der Kirche bezahlt werden, wozu sonst kein Mittel da ist, oder das unbestrittene Recht eines Dritten erfordert die Veräußerung, oder es kommt schlechterdings auf die Erfüllung der Pflichten der Gottseligkeit und christlichen Liebe an, da alle Kirchensachen zur Beförderung der Gottseligkeit und Religion dienen sollen, folglich macht die Nothwendigkeit des Endzwecks auch den Gebrauch der Mittel zur

b) Barthel D. de rebus ecclesiae non alienandis, in *Eius* Opusc. Tom. II. Schollmayer D. de rebus eccles. non alienandis, Mogunt. 1780.

c) c. 1. de reb. eccles. non alienand. in 6to. Böhmer in Iure eccles. Lib. III. tit. 13. §. 31. G. L. Böhmer l. c. §. 620.

zur Nothwendigkeit [d]), daher es sogar nicht einmal nöthig ist, die Gottseligkeit als eine rechtmäßige Ursache der vorgenommenen Veräußerung anzuführen. Eine solche Pflicht der Pietät ist es z. B. wenn in die Sclaverey gerathene Christen, aus den Händen der Ungläubigen losgekauft werden sollen; wenn die Armen mit dem nöthigsten Unterhalte bey einer Hungersnoth zu versorgen sind [e]).

Der wirkliche Nutzen, den die Kirche von der geschehenen Veräußerung hat, ist nur alsdenn vorhanden, wenn dadurch die Einkünfte der Kirche auf eine sichere Weise vermehrt worden, oder es wird der Kirche wenigstens ein solcher Vortheil dadurch verschafft, der größer ist als derjenige war, der vor der Veräußerung sich zeigte. Als ein solcher Vortheil muß es z. B. betrachtet werden, wenn die Kirche, an einem abgelegenen Orte, Grundstücke zeither besaß, deren Benutzung mit großem Aufwande verknüpft war, und man erwirbt dafür andere Grundstücke, welche eben so viel eintragen, ohne die sonstigen Kosten darauf verwenden zu dürfen [f]). Wenn einige Kanonisten hier so gar eine moralische Nützlichkeit für hinlänglich erklären, so ist diese Meynung deswegen nicht zu billigen, weil sich bey der Anwendung zu viel Schwierigkeiten finden, und die Kirchengüter leicht ohne rechtmäßige Ursache veräußert werden könnten. Uebrigens muß hier niemals der Unterschied aus der Acht gelassen werden, daß res sacrae der Kirche nie anders veräußert werden sollen, als wegen eintretender dringender Nothwendigkeit; andere Kirchensachen kann man aber alieniren, wenn sich an dem wahren Nutzen nicht weiter zweifeln läßt [g]).

Zur

d) L. 21. C. de SS. eccles. L. 21. C. de episc. et cler. c. 15. C. 12. qu. 2. c. 70. C. 12. qu. 2. I. H. Boehmer l. c.

e) Wiestner Instit. iur. can. P. II. Art. I. n. 12. Engel in colleg. iur. can. Lib. III. tit. 13. §. 14.

f) Wiestner l. c. n. 13.

g) Barthel l. c. §. 6. in Opusc. Tom. II. p. 821. G. L. Boehmer l. c. §. 620.

Zur Feyerlichkeit der vorgenommenen Veräußerung wird verschiednes erfordert, und zwar

1) muß die Sache hinlänglich und ordnungsmäßig untersucht werden [h]). Soll man diese Untersuchung für gesetzmäßig halten, so muß sie auf die Art vorgenommen worden seyn, wie es in andern Fällen vorgeschrieben ist, wo die Erklärung der Einwilligung zur Gültigkeit einer Handlung nöthig ist. Machen also diejenigen, auf deren Einwilligung es ankommt, ein Collegium aus, so muß die Sache collegialisch berathschlagt werden, mithin ist es nicht genug, wenn sie von ihnen auf eine andere Art überlegt, und die Einwilligung zur Veräußerung ertheilt worden. Als hinreichend muß die Untersuchung betrachtet werden, wenn wenigstens so viel daraus erhellet, es sey über die Rechtmäßigkeit der Veräußerungsursache die gehörige Prüfung angestellt worden [i]).

Wo Capitel zur Veräußerung der Kirchengüter ihre Einwilligung geben müssen, gilt die Mehrheit der Stimmen, wenn die Capitularen hergebrachtermaßen zusammen berufen worden sind; aber eine Ratihabition erklärt das kanonische Recht nicht für hinlänglich [k]). Wenn die Rede von der Veräußerung einer Klostersache ist, so muß die Sache von den Mönchen in einem Convent untersucht, und hier die Einwilligung zur Veräußerung gegeben werden [l]).

Bey den Protestanten haben gemeiniglich die Consistorien das Recht zu untersuchen, ob eine rechtmäßige Ursache zur Veräußerung einer Kirchensache vorhanden sey, und

h) c. 1. de reb. eccles. in 6to. I. H. Boehmer l. c. §. 35. Klock Cons. Vol. I. Cons. 35. n. 35.

i) Herr MR. Eichmann a. a. O. Thl. 4. S. 77.

k) c. f. X. de his, quae fiunt. I. H. Boehmer l. c. §. 36. Engel l. c. Strubens Nebenstunden, Theil 1. S. 144. ff.

l) Tvrricellvs de bonis eccles. non alienand. c. 5. n. 5. sq. Boehmer l. c.

und kann dieses nicht geleugnet werden, so sind sie berechtigt, die Einwilligung zur Veräußerung zu ertheilen; ja es ist wohl richtig, wenn man behauptet, so gar die bloße vom Consistorium geschehene Ratihabition der bereits vorgenommenen Veräußerung mache sie gültig, im Fall nur nicht der eigene Consens des Landesfürsten nothwendig hinzukommen muß [m]).

Ist von unmittelbaren protestantischen Stiftern die Rede, so wird zwar ebenfalls der Consens des Capitels zur Gültigkeit der Veräußerung einer Kirchensache erfordert, welches Recht sich die Capitularen sogar durch die Capitulation des Bischoffs ausdrücklich bestätigen lassen. Gleichwohl behaupten die Rechtslehrer dennoch, im Fall blos der Bischoff die Veräußerung mit seiner ausdrücklichen Genehmigung habe vornehmen lassen, sey es nicht nöthig, daß auch die Capitularen eben so ihre Einwilligung dazu geben müssen, wie es bey katholischen Stiftern, nach dem kanonischen Rechte geschehen soll, weil ein protestantischer Prälat, der zugleich auch als Landesregent, ohne Zuziehung und Bewilligung des Domcapitels, alle Landeshoheitsrechte ausübt, weit mehr Rechte hat, als ein katholischer Bischoff, folglich von diesen nicht auf jenen geschlossen werden darf. Bey dieser Beschaffenheit der Sache, sind die Rechtslehrer auch der Meynung, daß es hinlänglich sey, wenn das protestantische Capitel, die mit Willen des Bischoffs vorgenommene Veräußerung, durch Worte oder Handlungen ratihabirt, oder der Consens desselben, wegen bewiesener und offenbar rechtmäßiger Veräußerungsursachen, vermuthet werden könne [n]).

m) I. H. Boehmer l. c. Fleischers geistliches Recht, S. 460.

n) Fleischers geistliches Recht, S. 460. I. H. Boehmer l. c. §. 38. Carpzov Resp Lib. 5. Resp. 52. et 55. Cothmann Vol. I. Resp. 28. n. 111 sq. Mevius in Consil. 95. n. 27. Harpprecht Resp. 57. n. 295. sq.

Steht die Kirche unter einem Kirchenpatron, so muß dessen Einwilligung ebenfalls zur Veräußerung der Kirchensache ertheilt werden, außer ihm aber muß auch der Kirchenvorsteher und der Kirchenregent solche genehmigen o). Der Kirchenregent ist nach dem kanonischen Rechte, sowohl über mittelbare als unmittelbare Prälaturen, der Bischoff, weil ihm von den ältesten Zeiten an, die Aufsicht über die geistlichen Güter anvertraut worden p). Wie von den Päpsten behauptet wird, sey nach verschiednen Stellen des kanonischen Rechts, z. B. dem c. vlt. de reb. eccles. non alienand. in 6to. dem c. 1. eod. in extr. comm., bey unmittelbaren Prälaturen, auch die päpstliche Einwilligung bey Strafe der Nichtigkeit nöthig. Diese Behauptung achtet man aber in Teutschland nicht, wo die geistlichen Fürsten mehr zu bedeuten haben, als in Italien, und es wird nach der Einwilligung des Papsts nicht gefragt q).

Bey mittelbaren katholischen Prälaturen, wird es nicht für hinreichend gehalten, wenn der Abt nebst seinen Conventualen in die Veräußerung gewilligt hat, weil die Güter der Klöster, schon von Justinians Zeiten her, der bischöflichen Gerichtsbarkeit unterworfen gewesen r). Eine Ausnahme muß jedoch bey den eximirten Aebten gemacht werden, da sie fast eben so viel Rechte haben, als Bischöffe; jedoch

o) G. L. Boehmer Princ. iur. can. §. 535. et 621. a Riegger Inst. iurispr. eccles. P. III. §. 309. sqq. Eybels kathol. Kirchenr. 4ten Theils 2ter Band, §. 401.

p) Tvrricellvs l. c. c. 6. Redoanvs de reb. eccl. non alien. Rubr. 23. n. 31. I. H. Boehmer l. c. §. 40. Fleischer a. a. O. §. 57.

q) Engel l. c. n. 15. van Espen in iure eccles. P. II. tit. 35. c. 4. n. 35. Sarmiento de reditib. eccles. P. I. c. 3. n. 20. Wiestner l. c. n. 114. I. H. Boehmer l. c. §. 26.

r) L. 42. et 46. C. de episc. et cler. Linck de iure episc. c. 10. n. 41. Tambvrin de iure abat. P. III. Disp. 13. qu. 5. I. H. Boehmer l. c. §. 41.

jedoch sind nicht alle eximirte Aebte auf gleiche Weise mit Freyheiten versehen worden, folglich ist hier immer erst die Frage zu bestimmen: ob der eximirte Abt zugleich das Recht habe, die Veräußerung anstatt des Bischoffs zu bestätigen.

Bey den Protestanten wird die Einwilligung des Regenten, als des Kirchenobern erfordert, und weil er überdieses, vermöge des ihm als Landesherrn zustehenden Iuris circa Sacra, darauf sehen kann, daß in der Kirche nichts unternommen werde, wodurch am Ende das allgemeine Beste leiden müßte. Vermöge des ihm ausdrücklich oder stillschweigend übertragenen Kirchenregiments, steht ihm schlechterdings die Befugniß zu, darauf zu halten, daß die Kirchengüter nicht veräußert, sondern zu dem bestimmten Zwecke verwendet werden. In den mehresten Ländern, besorgen die Consistorien auch dieses Recht des Fürsten, welche nach der hergebrachten Einrichtung, worauf es hierbey ankommt, entweder nach vorher an den Regenten abgestattetem Bericht, oder auch ohne solchen, weil dieser nicht nöthig ist, den Consens zur Veräußerung ertheilen. Giebt es in einem protestantischen Lande in Teutschland, einen so genannten Kirchenrath, so kommt es auf die Verhältnisse desselben zu den Consistorien an, und wie weit die Rechte dieser Collegien bey den Kirchengütern gehen.

Ein nothwendiges Stück der nöthigen Feyerlichkeit bey der vorzunehmenden Veräußerung des Kirchenvermögens ist es endlich, daß darüber ein so genanntes Veräußerungsdecret abgefaßt werden muß. Es soll nämlich eine von allen Mitgliedern des Capitels, die ihre Einwilligung zur Veräußerung gegeben haben, unterschriebene Schrift abgefaßt werden, woraus man die angeführten Stücke der Einwilligung ersehen kann s). Wenn, wie

s) c. 52. C. 12. qu. 2. c. 8. X. de his, quae fiunt. KLOCK Conf. Vol. I. Conf. 35. n. 45. sq. COTHMANN Vol. I. Conf. 28. n. 4. 5. SARMIENTO de redit. eccles. c. 2. n. 1. seq.

viele behaupten, angenommen werden könnte, schreibt Herr RR. Eichmann, daß dieses zur Förmlichkeit der Sache, die bey Strafe der Nichtigkeit beobachtet werden müsse, erfordert werde, so wäre die Meynung allerdings richtig, daß, wenn nicht eine gesetzmäßige Gewohnheit der Sache eine andere Beschaffenheit gebe, eine solche Veräußerung wegen Mangel des einen oder des andern Erfordernisses sowohl, als wegen eines die Form des Decrets betreffenden Fehlers für rechtsbeständig nicht zu achten sey, wenn der Besitzer nicht überhaupt die unter andern aus dem Alter des Besitzes entstehende Vermuthung für sich habe, oder beweisen könne, daß alles, was zur Form gehört, beobachtet worden sey. Gewisser aber ist es, daß bey uns Protestanten dergleichen Decret niemals zur Form einer solchen Veräußerung erfordert, sondern lediglich des bessern Beweises wegen für nöthig gehalten worden ist, und daß daher, wenn zwar das Decret nicht vorhanden ist, die übrigen Eigenschaften aber sich aus den Acten ergeben, oder bewiesen sind, an der Gültigkeit einer solchen Handlung nicht gezweifelt werde. Es ist auch eben so wenig nöthig, daß die Namen derer, die an dem Decret Antheil gehabt haben, in demselben ausgedrückt werden, als daß diese es unterschreiben, sondern die collectivische Unterschrift und das beygefügte Siegel giebt ihm eine hinlängliche Beweiskraft. Ingleichen spricht die Vermuthung für ein solches Decret, wenn aus demselben nicht so deutlich sich ergeben sollte, daß eine rechtmäßige Ursache der Veräußerung vorhanden gewesen, oder die Untersuchung auf die gehörige Art vollführt worden sey, so wie überhaupt auch der bey gänzlicher Ermangelung eines solchen förmlichen Decrets geführte Beweis, daß mit Einwilligung der competenten Personen die Veräußerung erfolgt sey, um deswillen für hinreichend geachtet werden muß, weil eines Theils sodann ebenfalls die rechtliche Vermuthung für das Daseyn einer rechtmäßigen Ursache, und die Beobachtung der desfalls nöthigen Untersuchung eintritt, andern

Theils

Theils die bewiesene Einwilligung ein wirkliches Decret der Würkung nach enthält [t]).

Außer diesen, zur gültigen Veräußerung der Kirchensachen erforderlichen Umständen, verlangt man, daß über diese Handlung ein Protocoll geführt, und die Kirchensache subhastirt werde. Die Führung eines Protocolls ist zwar in den Capiteln und allen Gerichten gebräuchlich, damit es in der Folge nicht an zuverlässigen Nachrichten von der Beschaffenheit der vorgegangenen Handlung fehlt, aber für schlechterdings nothwendig kann man diesen Gebrauch gleichwohl nicht halten [u]). Die Subhastation soll der Regel nach bey gerichtlichen Veräußerungen unbeweglicher Sachen vorgenommen werden, daher solche auch im römischen Rechte bey der Veräußerung der Kirchensachen angeführt wird, im kanonischen Rechte steht aber nichts davon [x]). Angesehene Rechtslehrer sind daher der Meynung, die Subhastation sey heutiges Tages nicht nöthig, und es könne die geschehene Veräußerung unbeweglicher Kirchensachen deswegen nicht angefochten werden, weil solche nicht dabey vorgenommen worden, wenn nur die Veräußerung keine andern Fehler habe, da die Erfahrung lehre, daß solche sehr oft nachtheilig werde [y]). Es komme auf das Ermessen des Kirchenobern an, ob bey unbeweglichen Kirchensachen die Subhastation, bey beweglichen aber die Auction vorzunehmen sey.

t) Boehmer in Iure Protest. Tom. II. Lib. III. tit. 13. §. 44.

u) I. H. Boehmer l. c. §. 45. Lyncker in Resp. 2. n. 40.

x) Auth. hoc ius porrectum C. de SS. eccles. ibique Brvnnemann n. 8. Postivs de subhast. Resp. 14. n. 1. et 3. Philippi de subhast. c. 2. Sect. 3.

y) I. H. Boehmer l. c. n. 46. Brvnnemann l. c. n. 14 15. Fleischers geistl. Recht, S. 461. Herr RR. Eichmann, Thl. 4. S. 85.

Die zeither angeführten Feyerlichkeiten, sollen nach Vorschrift des Kirchenrechts [z]) bey der Veräußerung einer jeden Kirchensache beobachtet werden, und unter dem Wort Veräußerung versteht man Schenkung, Tausch, Kauf, Ueberlassung eines dinglichen Rechts auf den Todesfall oder unter den Lebendigen u. s. f. Zu mehrerer Erläuterung der zeither angeführten Grundsätze ist aber noch verschiednes zu bemerken, und zwar

a) Anfangs verordneten die Kirchengesetze blos, die Veräußerung einer res sacra und unbeweglicher Kirchensachen, dürfe nicht ohne die angeführten Feyerlichkeiten vorgenommen werden [a]); durch eine ausdehnende Erklärung hat man aber diese Verordnung auf Veräußerungen solcher beweglichen Sachen extendirt, welche im Rechtsverstande für unbeweglich gehalten werden, theils wegen der Verbindung, oder der Bestimmung und des Gebrauchs, oder in anderer Rücksicht. Auch rechnete man solche bewegliche Sachen hierher, welche ihres Werthes wegen, oder um der daran befindlichen Kunst willen, oder ihres Alters wegen zum Ansehen der Kirche dienten, nicht weniger alle Gerechtsame, welche die Kirche auf die eine oder die andere Art erworben hat, um dadurch die Absicht derselben desto besser zu erreichen [b]).

b) Alle andere bewegliche Kirchensachen, besonders verzehrbare, wozu also auch Geld gehört, es müßte denn dieses seine besondere Bestimmung haben, dürfen ohne Beobachtung der kanonischen Feyerlichkeiten, von denjenigen Vorgesetzten der Kirche veräußert werden, die das Recht dazu haben.

c) Steht es dem Bischoff frey, ein geistliches Lehn, wenn solches eröffnet worden, für sich allein aufs neue zu ver-

z) c. 5. X. de rebus eccles. non alienand.

a) c. 5. X. de reb. eccles. non alien. Boehmer l. c. §. 39.

b) c. 12. X. de reb. eccles. non alien. Engel l. c. §. 5. I. H. Boehmer l. c.

vergeben, ohne daß der Consens des Capitels dazu erfordert wird; jedoch ist es ihm nicht erlaubt, wenn die vorigen Lehnsqualitäten dergestalt abgeändert worden, daß die Kirche gegen die vorige Belehnung betrachtet, offenbar verliert, z. B. er wollte ein Mannlehn in Weiberlehn verwandeln. Auch darf die neue Belehnung nicht von dem Bischoff allein geschehen, wenn es nicht unter seiner Regierung, sondern bereits vorher eröffnet, aber nicht vergeben worden. Eben dieses ist Rechtens, wenn das Capitel vermöge der Statuten, oder der Capitulation das Recht hat, darauf zu bestehen, daß keine neue Belehnung ohne Einwilligung desselben vom Bischoff vorgenommen werde [c]).

d) Kann der Bischoff, ohne Consens des Capitels, wenn es ihm nöthig scheint, geringe unbewegliche Kirchensachen, oder wovon wenig Nutzen erhoben wird, veräußern [d]).

e) Der Bischoff hat ferner den Consens des Capitels nicht nöthig, wenn die Veräußerung geschehen muß, um das unbestrittene Recht eines Dritten wirksam zu erhalten; z. B. es hätte Jemand der Kirche das Eigenthum seiner Sache mit der Bedingung überlassen, daß ihm die Sache zu Lehn gereicht werden solle. Sollte aber das Recht des Dritten, die Alienation zu verlangen, noch zweifelhaft seyn, so ist dieses erst zu untersuchen.

f) Viele Kanonisten [e]) behaupten, die kanonische Feyerlichkeit brauche bey einer Veräußerung nicht beobachtet zu werden, wenn eine Kirche der andern, ein Kloster dem

c) c. 2. X. de feud. II. F. 35. HORN Elem. iur. feud. c. 5. §. 5. HARPPRECHT Resp. 57. n. 116. HELLFELD in Elem. iur. feud. §. 77. G. L. BOEHMER Princ. iur. can. §. 626.

d) c. 20. et 53. C. 12. qu. 2. RIEGGER l. c. §. 313.

e) c. 2. X. de reb. eccles. non alien. c. 59. et 66. C. 16. qu. 1. Nov. 36. ENGEL l. c. n. 18. RICCIVS Prax. aur. P. I. Dec. 35. REDOANVS l. c. qu. 21. n. 41. BOEHMER l. c. §. 42.

andern etwas überlasse, weil die Veräußerungen der Kirchensachen nur deswegen verboten worden, damit das Kirchenvermögen nicht in weltliche Hände kommen solle, sondern bey der Kirche überhaupt bleibe; welche besondere Kirche es aber habe, darauf komme nichts an. Dieser Behauptung scheinen aber richtige Beweisgründe zu fehlen; denn in den dafür angeführten Stellen wird nur gesagt, wenn die Bedürfnisse einer andern Kirche die Veräußerung erfordern, dieser Umstand als eine hinlängliche Ursache anzusehen sey. Es bleibt doch allemal ein wesentliches Stück solcher Veräußerungen, daß die Kirchenobern darein willigten; überdieses würden bey diesem Verhalten zeither reiche Kirchen nach und nach sehr arm werden, und sodann auf neue Erwerbungsmittel aus den Händen der Layen gedacht, und dem Staate dadurch Güter entzogen werden.

g) In protestantischen Ländern hält man eine Veräußerung alsdenn schon für gültig, wenn sie nur mit Bewilligung des Fürsten vorgenommen worden; denn dieser sey an keine Feyerlichkeiten der Gesetze gebunden [f]). Diese Meynung hat zwar für sich, daß allemal vermuthet werden könne, der Regent habe nicht ohne eine rechtmäßige Ursache in die Veräußerung gewilligt; allein, um dem Einwande zu begegnen, daß die Einwilligung erschlichen worden, worüber folglich Streitigkeiten angefangen werden könnten, ist es der Klugheit gemäß, daß der landesfürstliche Consens nicht eher ertheilt werde, als nach vorgenommener gehöriger Untersuchung.

Die zeither vorgetragenen Grundsätze müssen angewendet werden, wenn von der Veräußerung einer wirklichen res sacra oder Kirchensache die Rede ist. Es giebt aber viele Rechtsgelehrte, welche die Veräußerung der so genannten Tisch- und Tafelgüter, oder desjenigen Kirchenvermö-

f) Leyser Spec. 24. med. 1. Wernher Obs. P. IX. Obs 156. Carpzov Lib. 5. Resp. 52. n. 30. I. H. Boehmer l. c. §. 39.

vermögens, das zum Unterhalt des Bischoffs und anderer Prälaten bestimmt ist, für schlechterdings und in allen Fällen verboten halten, folglich auch alsdenn, wenn eine gesetzmäßige Ursache dazu vorhanden war, und die bey andern Kirchensachen zu beobachtende Veräußerungsfeyerlichkeit beobachtet worden. Die Gründe dieser Behauptung sind folgende, wie man sie bey mehrern Schriftstellern g) angeführt findet. Erstlich sey von dem Papst Urban, wie aus I. Feud. 6. pr. erhelle, die Veräußerung der titulorum schlechterdings verboten worden, darunter würden aber diejenigen Kirchengüter verstanden, wovon der Unterhalt der Prälaten genommen werde. Zweytens zeugten die Fundations- und Schenkungsurkunden deutlich, daß dergleichen Güter, von den frommen Stiftern lediglich zu diesem Endzweck, unter vielen Flüchen und Verwünschungen wider diejenigen, welche sie zu einem andern Gebrauch verwenden würden, bestimmt worden. Drittens habe der Papst Eugen IV. im J. 1431. und Papst Calixtus im J. 1453. die Wiederherbeyschaffung der veräußerten Tafelgüter dergestalt anbefohlen, daß dawider kein Eyd, keine Renunciation, keine Confirmation statt haben, auch die Besitzer derselben zur Herausgabe, durch Kirchencensuren gezwungen, und alle Appellationen dagegen verworfen werden sollten. Daher habe viertens der Erzbischoff von Ravenna, wie aus dem c. 8. X. de reb. eccles. non alien. zu ersehen, dafür gehalten, daß ihm nicht erlaubt sey, die zu seiner Erzbischöflichen Tafel gehörenden Sachen, auf irgend eine Art ohne Einwilligung des Papsts zu veräußern, und dieser Meynung sey auch selbst der Papst gewesen. Hierzu komme noch fünftens, daß bis auf den heutigen Tag die Bischöffe durch den Eid, den sie bey ihrer Consecration ablegen, verpflichtet würden, dergleichen Ver-

g) Herr von Buri in der Erläut. des Lehnrechts, S. 548. ff. Hr. HR. Schnaubert im Comment. über das Böhmerische Lehnrecht, S. 89. Herr RR. Eichmann, Thl. 4. S. 89.

Veräußerungen nicht anders, als mit Genehmigung des Papsts vorzunehmen [h]).

Auf alle diese Gründe kann folgendes geantwortet werden, und zwar: 1) die Gesetze, welche die Veräußerung der Kirchensachen verbieten, reden davon, ohne einen Unterschied zwischen den Tafelgütern und andern geistlichen Sachen zu machen, folglich kann die Veräußerung der erstern nicht schärfer verboten seyn, als die der letztern. 2) Die Gesetze, welche die Veräußerung der Tafelgüter verbieten, wenden nur das allgemeine Verbot auf diese besondere Art geistlicher Güter an. 3) Das von dem Papst Urban II. auf der Kirchenversammlung zu Clermont im J. 1095. gegebene Verbot, daß die tituli ecclesiastici nicht veräussert werden sollen, welches aller Wahrscheinlichkeit nach dasjenige ist, wovon auch I. Feud. 6. pr. geredet wird, wenn gleich nicht deutlich darin gesagt worden, daß es dieser Urban sey, ist nur als die Regel zu betrachten, und wider die Mißbräuche der Layen, welche, wie aus dem Kanon der gedachten Kirchenversammlung [i]) zu ersehen ist, die Pfarrkirchen und Altäre, oder vielmehr die Revenüen derselben in Händen behalten hatten, abgefaßt worden, indem dieses und nicht blos die Tafelgüter, das Wort, tituli, anzeiget; überdieß aber, wenn es auch anders verstanden werden könnte, wie doch nicht angenommen werden kann, ist nicht zu erweisen, daß es eine Gültigkeit erlangt habe, und kann wenigstens daraus, daß desselben an dem angeführten Orte gedacht wird, auf eine solche kein Schluß gemacht werden. Eben so enthalten 4) die Verordnungen Eugens und Calixtus, wenn man sie annehmen, und daß sie in Teutschland einige Gültigkeit erlangt haben, zugeben will, blos die Regeln, welche sie von Zeit zu Zeit zu erneu-

h) Redoanvs de alienat. rer. eccles. Qu. 3. n. 31. Panormitan. II. Conf. 45. n. 3. sq. Zasivs de feud. P. V. n. 49. Schrader de feud. P. IV. c. 2. n. 24. Harpprecht Resp. 57. n. 20. sq. Lyncker Resp. 2. n. 75. sq.

i) Can. 20. in Hardvin. Tom. VI. P. 2. Col. 1719.

erneuern für nöthig gehalten haben, wodurch aber die Ausnahme, wenn die Veräußerung aus einer gesetzmäßigen Ursache, und mit den erforderlichen Solennitäten geschieht, auch in Ansehung der Tafelgüter nicht aufgehoben worden ist, wie selbst die Erfahrung bewiesen hat. Eben dieses ist 5) auch auf die angeführten Stellen aus dem kanonischen Rechte [k]) zu antworten, indem in der ersten Stelle Papst Cölestin III. dem darin zweifelhaften Erzbischoffe, ob gewisse geistliche Güter für Tafelgüter oder andere Güter zu halten, auf seine, ohne Erwähnung einer rechtmäßigen Veräußerungsursache, gethane Anfrage zu erkennen giebt, daß es rathsam und sicherer sey, dieselben nicht zu veräußern, sie möchten Tafelgüter seyn oder nicht, folglich ganz ohnstreitig Cölestin weiter nichts thut, als daß er den Erzbischoff an das alte, die Veräußerung der Kirchengüter betreffende Verbot erinnert, und in der zweyten Stelle Innocenz III. einem andern Bischoff, der ebenfalls ohne Anzeige einer rechtmäßigen Ursache belehrt seyn will, ob er die Tafelgüter veräußern könne, daß dieses nicht geschehen solle, antwortet; mithin, da es heißt, wie man fragt, so wird man berichtet, auch diesem Papst nicht eingefallen ist, etwas Neues zu verordnen, überhaupt aber, wenn man diese Texte nicht so erklären wollte, daraus folgen würde, daß die Veräußerung aller Kirchengüter unerlaubt sey, und dennoch findet man in Teutschland von den ältesten Zeiten her das Gegentheil, gleichwie auch selbst die Päpste dadurch, daß sie gewisse Umstände, z. B. die Noth oder den Nutzen der Kirche zu den Veräußerungen der Kirchengüter erfordert, eine Ausnahme von dem allgemeinen Verbot gemacht haben [l]), die auch bey den Tafelgütern, da nichts Besonderes verordnet ist, statt finden muß. 6) Verbietet der bischöfliche Eid blos die den Kirchen nachtheiligen Veräußerungen, und soll hierdurch blos dem Geiz und der Begierde der

k) c. 8. et 10. X. de reb. eccles. non alien.

l) c. 1. de reb. eccles. non alien. in 6to.

der Bischöffe, sich und ihre Familien mit Kirchengütern zu bereichern, Schranken gesetzt werden, auch kann der Eid den Bischoff nicht zum Nachtheil der Kirche verbinden [m]); dieses aber würde geschehen, wenn nicht einmal wegen der Noth und des offenbaren Nutzens der Kirche, erlaubt seyn sollte, die Tafelgüter zu veräußern; überhaupt aber, welches wohl vorzüglich zu beherzigen seyn möchte, kann dieser Eid seinem wahren Sinne nach, nur von solchen Veräußerungen verstanden werden, die nach den Gesetzen nicht erlaubt sind; denn durch denselben sollen nur die Verbindlichkeiten, die der Bischoff nach dem kanonischen Rechte hat, stärker und wirksamer gemacht werden. 7) Muß, nach der gesunden Vernunft, und allen Regeln einer richtigen Hermeneutik, der mit Flüchen und Verwünschungen zu erkennen gegebene Wille der frommen Stifter, daß die Güter nur ihrer Bestimmung gemäß gebraucht werden sollen, nur von willkührlichen und in den Gesetzen verbotenen Veräußerungen verstanden werden. 8) Kommt dazu, daß die wenigsten Kirchengüter gemeine, und die meisten besondere sind, mithin es sehr wahrscheinlich ist, daß die Gesetze, welche die Veräußerungen der Kirchensachen zwar der Regel nach verbieten, in gewissen Fällen und unter gewissen Bestimmungen aber sie erlauben, nur von dem kleinsten Theil der kirchlichen Sachen sollten verstanden werden, und dieselben in Ansehung des größern Theils so wenig oder gar nichts verordnet haben. Endlich 9) enthalten, a) die vielen Exempel der Belehnungen bey den Stiftern, welche gewiß nicht durchgehends in Ansehung der aufgetragenen Güter vorkommen; b) das Geständniß des Erzbischoffs von Bremen [n]), daß

m) Die Stelle des Eides heißt: possessiones ad mensam meam pertinentes non vendam, nec donabo, non impignorabo, nec de nouo infeudando vel aliquo modo alienabo, etiam cum consensu capituli ecclesiae meae, inconsulto romano Pontifice.

n) Helmold in Chron. Slau. Lib. I. c. 59. p. 594. in Leibnit. Script. rer. Brunsu. T. II.

daß auch nach Urbans II. Zeiten die Weltlichen viele Güter von ihm zu Lehn bekommen, ohne daß er eines Unterschiedes der Kirchengüter erwähnet, und c) dasjenige, was nach dem Zeugniß des Arnoldi Lubecensis o) auf dem Reichstage zu Gelnhausen wegen des Zehenden vorgefallen ist, Beweise des Ungrunds der gegenseitigen Meynung genug, wie viele Rechtslehrer ausgeführt haben p).

Zum Beschluß dieses Paragraphen bemerke ich noch, daß res religiosae im heutigen Verstande des Wortes, ebenfalls veräußert werden können, da es erlaubt ist, res sacras zu veräußern, und daher findet man auch in Urkunden eine so große Anzahl Beyspiele von Belehnungen mit Kirchhöfen, Klöstern und Hospitälern q).

§. 169.

Nachdem die Eintheilung der Sachen in res diuini iuris erklärt worden, so soll nunmehr gezeigt werden, was in Ansehung der Eintheilung in res humani iuris zu bemerken ist. Die Sachen menschlichen Rechts sind wieder sehr verschieden, und die Haupteintheilungen derselben kommen im Pr. Inst. de rer. diuis. und in der L. 1. et 2. Pr. D. eod. vor. Sachen, worüber Menschen ein Recht haben, sind entweder ein Eigenthum derselben, oder sie gehören Niemanden zu. Diese letztern werden res com-

o) Arn. Lvbecens. in Chron. Slau. Lib. III. c. 18. p. 669. in Leibnit. l. c.

p) Spener Obs. iur. feud. Obs. 2. §. 6. p. 104. sq. I. H. Boehmer in Iure Prot. Lib. III. tit. 13. §. 22. G. L. Boehmer Princ. iur. can. §. 621. not. b. Schollmayer l. c. p. 31. a Stoerchen Inst. iur. feud. §. 43. Barthl l. c. p. 836. Kres in der Vorrede zu Thummermuths Abh. Krumstab schleußt Niemand aus, §. 63. Buri im Lehnrecht, S. 548. Fleischers geistl. Recht, S. 458. Herr HR. Schnaubert a. a. O. S. 92.

q) Herr von Buri in der Erläuter. des Lehnrechts, S. 522. 527. 529.

communes, oder auch res communes iure naturali, res communes omnium hominum, res communes negatiue tales, res nullius, herrenlose Sachen genennt. Es finden sich aber nur mancherley Schwierigkeiten, den rechten Verstand dieser Ausdrücke überall festzusetzen, da sie auf verschiedne Weise gebraucht werden. Der Ausdruck *res nullius* zeigt

α) bisweilen die Sachen göttlichen Rechts an [r]).

β) Alle Sachen, deren Eigenthum keiner einzelnen Person zusteht [s]).

γ) Versteht man unter res nullius bisweilen so viel als res iacens, nämlich eine solche, die zwar Niemanden eigenthümlich zugehört, worauf aber doch Jemand ein gegründetes Recht zur Erwerbung derselben hat, das ihm wider seinen Willen nicht genommen werden darf; in welchem Verstande die Erbschaften res nullius genennt werden. Das römische Recht enthält hier viele alte Subtilitäten; denn bisweilen wird Erbschaft res heredis genennt, und gewisser Folgen wegen als ein Eigenthum des Erben betrachtet, zuweilen aber um anderer Folgen willen, als ein noch fortdauerndes Eigenthum des Erblassers, und endlich auch bisweilen als eine Sache ohne Herren [t]).

δ) Bedeutet res nullius bisweilen so viel als res communis, iure naturali communis, in welchem Verstande es hier gebraucht wird [u]).

Am besten läßt sich die Materie von denjenigen Sachen, welche herrenlos genennt werden, vortragen, wenn man sie in solche eintheilt, die ganz herrenlos sind, und in diejenigen, welche nur gewissermaßen als solche betrachtet werden.

r) §. 7. Inst. de rer. diuis.

s) L. 1. pr. D. h. t.

t) Herr GJR. Westphal a. a. O. S. 10.

u) Hrn. v. Mosers Tract. von der Landeshoheit in Ansehung der Unterthanen, Personen und Vermögen, Cap. 24. von Sachen, die keinen Eigenthumsherrn haben. Dan. Nettelbladt theoria generalis doctrinae de iure in re, quae est nullius, Hal. 1779.

werden. Zu dieser letzten Art gehört nun eben eine Erbschaft, davon es in der L. 1. pr. D. h. t. heißt: quod autem *humani* iuris est, plerumque alicuius in bonis est, potest autem in nullius bonis esse: nam *res hereditariae*, antequam aliquis heres existat, nullius in bonis sunt. So lange sich der Erbe zur Annahme der Erbschaft noch nicht bereitwillig erklärt hat, kann sie zu keines Menschen Eigenthum gerechnet werden; denn der letzte Eigenthümer ist gestorben, und der an seine Stelle treten soll, hat sich noch nicht erklärt, folglich kann die Erbschaft von dieser Seite betrachtet, wirklich als herrenlos betrachtet werden [x]). Im Gegentheile betrachteten die Römer, um gewisser Folgerungen willen, die Erbschaften bisweilen vermittelst einer Fiction, als ein noch fortdauerndes Eigenthum des Verstorbenen, damit sie kein Gegenstand der Occupation werden, und Niemand, außer den Erben, sich in Besitz derselben setzen möchte. Daher kommen in Gesetzen [y]) die Sätze vor: hereditas iacens personae defuncti vicem sustinet, repraesentat defuncti personam, defuncti locum obtinet. In der L. 61. D. de acquir. rer. dom. sagt der Jurist Hermogenian, hereditas in multis partibus iuris pro *domino* habetur, adeoque hereditati quoque vt domino per seruum hereditarium acquiritur [z]). Daher wird in Gesetzen, z. B. in der L. 88. D. de acquir. vel omitt. hered. dem Verstorbenen sogar eine Art des Besitzes vermittelst der Erbschaft beygelegt, indem es hier heißt: quod *qualisqualis* in hereditate defuncti possessio sit, welcher seine Kraft dadurch beweise, daß der Erbe diesen Besitz nur fortsetze, und so die Verjährung beendige [a]), wie sich die L. 30. pr. D. ex quib. caus. maior. aus-

x) L. 3. pr. D. de peculio.

y) Pr. Inst. de stipulat. seruor. L. 34. D. de acquir. rer. dom. L. 31. §. 1. D. de hered. instit.

z) FINESTRES ad HERMOG. Tom. II. p. 928.

a) AVERAN. Interpr. Tom. II. Lib. IV. c. 22. n. 17. p. 120.

ausdrückt, wo gesagt wird: possessio defuncti, quasi iuncta, descendit ad heredem, et plerumque nondum hereditate adita completur. Zu den Sachen, welche nur gewissermaßen als herrenlos betrachtet werden können, gehören ferner die Sachen des Feindes, gegen welchen die Nation Krieg führt. An sich sind sie es zwar nicht, aber der Krieg führende Theil ist doch befugt, sie wegzunehmen, und sich solche zuzueignen, so gut als ob sie res nullius wären, um dadurch Ersatz für die von seinem Feinde erlittene Beleidigung und künftige Sicherheit zu bekommen [b]).

Ganz herrenlose Sachen nennen die Rechtslehrer diejenigen, welche zwar in keines Menschen Eigenthum sind, die aber dennoch von Jedermann gebraucht werden können [c]). Diese sind von gar verschiedner Art; denn entweder sind sie von Natur solche, oder durch die Derelictiom, oder wegen des Alterthums der Zeit, welcher Fall bey den gefundenen Schätzen vorkommt.

Sachen, die von Natur herrenlos sind, oder solche Sachen, die noch nie einen Herrn gehabt haben, sind entweder von der Art, daß sie durch die Occupation das Eigenthum eines Jeden werden können, oder sie sind so beschaffen, daß sie zwar Jeder zu gebrauchen die Freyheit hat, daran aber doch Niemand ein ausschließendes Eigenthum aufs Ganze erlangen kann. Herrenlose Sachen der ersten Art werden res nullius im strengsten Verstande genennt, und

b) L. 5. §. 7. L. 51. §. 1. D. de acquir. rer. domin. §. 17. Inst. de rer. diuis. Io. Tob. Richter D. de mobilibus privatorum rebus inter arma captis et alienatis, Lipsi. 1746. Herr GTR. Höpfner im Commentar, §. 302. S. 265.

c) Cicero de offic. I, 17. Seneca de beneficiis, Lib. IV. c. 28. G. L. Boehmer D. de iure Principis circa loca et opera publica, c. 2. §. 2. in *Eius* Elect. iur. ciuil. T. I. L. 1. §. 3. D. ne quid in loc publ. L. 13. D. comm. praedior.

und dazu gehört nach den Gesetzen [d]) alles Wildpret, alle Fische in Flüssen, und was sich an den Ufern der Flüsse, des Meeres und der Seen, als deren Auswurf, findet. Herrenlose Sachen der letzten Art hießen die Römer res communes, und dazu rechneten sie die Luft, das fließende Wasser, das Meer und die Ufer desselben [e]). Diese Behauptungen müssen aber ja nur vom Ganzen verstanden werden, und nicht von einzelnen kleinern Theilen, welche sich Jemand allerdings zu eigen machen kann [f]).

Unter die rescommunes gehörte also nach der Vorstellung der Römer 1) das Meer, weil es Niemand eigen sey, und daher Niemand gehindert werden könne, darauf zu schiffen, Fische daselbst zu fangen [g]) u. s. f., ob es gleich nicht verwehrt werden dürfe, einen kleinen Theil davon, der an Jemandes Grundstück anstoße, sich zu eigen zu machen, wiewohl der durch Anlegung eines Baues an demselben erworbene Platz nur so lange für ein Eigenthum des Anbauers gehalten werden könne, als der Bau bestehe, welcher überdieses dem Gebrauch des Meeres für andere nicht nachtheilig seyn dürfe [h]).

Daß der so genannte Ocean, oder das offne Weltmeer, kein Gegenstand einer Occupation sey, mithin auch von Niemanden ein Eigenthum darüber erworben werden könne, lehrt die Natur der Sache [i]). Ganz etwas anders

d) §. 12. et 18. Inst. de rer. diuis. L. 1. §. 1. D. de acquir. rer. dom. L. 1. §. 1. D. de acquir. vel amitt. poss. L. 3. D. h. t.

e) §. 1. Inst. de rer. diuis. L. 2. §. 1. D. h. t.

f) NETTELBLADT Diss. cit. Sect. I. §. 6.

g) §. 1. Inst. de rer. diuis. L. 3. §. 1. D. ne quid in loco publ. Westphal, S. 25.

h) L. 14. D. de iniur. L. 3. §. 1. D. ne quid in loco publ.

i) BYNCKERSH. de dominio maris, in Opusc. Tom. I. n. 5. HVBER Digress. Iust. Lib. IV. c. 13. 14. 15. 16. GROTIVS de mari libero, in *Eius* Op. de Iure belli et pac. SELDENVS de mari clauso, Lond. 1636. 8. WILLENBERG de maris occupat. Ged. 1722. et in *Eius* Exerc. Sabbath. T. II. n. 13. p. 388.

muß aber von kleinen Meeren und Seen, die von Ländern eingeschlossen sind, behauptet werden, und diese können allerdings zum Eigenthum eines Landes und Volkes gehören. Zur Occupation derselben sind blos hinlängliche körperliche Handlungen nöthig, wodurch man eine Sache dergestalt in seine Gewalt bringt, daß man darüber disponiren kann, und es wäre zu viel verlangt, wenn man beständig dabey bleiben sollte, welches bey der kleinsten Sache kaum angeht, sondern auch hier erhalten die Zeichen der geschehenen Besitznehmung, und des Willens, sie noch weiter im Besitz behalten zu wollen, das einmal erworbene Eigenthum. Daher ist es auch hinreichend, wenn die Nation, welche ein Meer für sich als Eigenthum occupirt hat, eine Flotte unterhält, um es zu befahren und zu beschützen, Festungen dabey anlegt [k]). Man kann auch nicht einwenden, daß Wasser genug vorhanden sey, und folglich die Menschen daran einen Ueberfluß hätten, mithin hierbey, da die Noth gemacht habe, daß sich die Menschen gewisse Dinge eigenthümlich zueignen müssen, der Grund, warum das Eigenthum der Dinge eingeführt worden sey, wegfalle; denn nicht die Noth im strengen Verstande des Worts, ist für den einzigen Grund der Einführung des Eigenthums zu halten, sondern, weil die Menschen dasselbe ihren Bedürfnissen jeder Art angemessen fanden. Wer wollte aber zweifeln, daß einem Staate daran gelegen seyn könne, dieses oder jenes Meer in dieser Rücksicht als sein Eigenthum zu betrachten. Die zeither vorgetragenen Grundsätze, kommen mit dem natürlichen und willkührlichen Völkerrechte überein; daher muß auch noch heutiges Tages das Meer, in so fern es nicht occupirt werden kann, als eine herrenlose Sache, oder res communis im Sinn des römischen Rechts betrachtet werden;

k) Henr. Comes a Bünav D. de iure Imperatoris atque Imp. Rom. Germ. circa maria, Lipſ. 1744. Byder D. de dominio maris ſueuici, vulgo lacus Bodamici, Ien. 1742. in Wegelin. Theſ. rer. ſueuic. Vol. IV. Cancrins Seerecht §. 57.

den; diese Eigenschaft hat es aber nicht weiter, und gehört folglich nicht mehr zu dieser Art von Sachen, wenn es occupirt worden, sondern der occupirte Theil ist ein Eigenthum des Staats, von dem die Besitznehmung behauptet worden ist.

2) Gehörten zu dieser Art von Sachen die Ufer des Meeres, worunter blos derjenige Platz der ans Meer stoßenden Fläche verstanden wird, welcher bey der stärksten Brandung, Anschwellung und Aufbrausung des Meeres, besonders im Winter mit Wasser bedeckt ist [l]), jedoch wird z. B. in der L. 3. §. 1. D. de flum. auch das Land, welches vom Wasser bey vollem Strom nicht überschwemmt wird, so weit es sich gegen einen Fluß zuneigt, Ufer genennt [m]). Im §. 3. Inst. h. t. heißt es: est autem *litus maris*, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit. Verschiedne Rechtslehrer [n]) behaupten, daß fluctus hibernus nicht die Anschwellung im Winter anzeige, weil solche zu dieser Jahreszeit nicht allemal die größte sey, sondern man müsse vielmehr jede Anschwellung der See bey Sturm und Ungewitter darunter verstehen, da hiems nicht nur der Winter, sondern auch der Seesturm heiße. Von andern Rechtslehrern, z. B. dem Cannegieter [o]) ist aber diese Meynung, durch die Erfahrung und die Zeugnisse des Vegetius, Apulejus und Isidorus, welche alle sagen, daß das Ungestüm und Aufbrausen des Meeres zur Winterzeit am größten sey, widerlegt worden. Bey den Römern durfte Jedermann am Seeufer mit seinen Schiffen liegen bleiben, solche daselbst ausladen, sie ausbessern, die Netze daselbst trocknen und flicken, sich daselbst eine Hütte zu einem kurzen Aufenthalte

l) §. 3. Inst. h. t. L. 96. L. 112. D. de verb. signif.

m) Herr GJR. Westphal a. a. O. S. 26.

n) AVERAN. Interpr. Tom I. Lib. 1. c. 20. n. 3. MAIANS. D. de litore maris, in *Eius* Diss. T. II. n. 70.

o) CANNEGIETER Obs. II, 4.

halte erbauen p). Der bebaute Platz gehörte so lange dem Erbauer, als das Gebäude da stand; nur durfte andern Personen der Gebrauch des Ufers dadurch nicht erschwert werden; auch durfte dieses Gebäude zu den bereits am Ufer stehenden Wohnhäusern, Grabstätten und andern Gebäuden nicht so nahe hingebaut werden, daß sie dadurch Schaden litten q). Bey allen diesen Umständen nahmen die Römer dennoch an, das ganze Seeufer gehöre zum Eigenthum des Staats, und daher dürfe keine Occupation des Ganzen geschehen r). In der L. 3. pr. D. ne quid in loco publ. heißt es: littora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror. In unsern Zeiten behauptet man, das Meerufer könne nach dem Völkerrechte eben so gut occupirt werden, wie das Meer selbst, folglich sey es in diesem Falle keine gemeine Sache mehr, sondern gehöre zum Staatseigenthum.

3) Rechneten die Römer zu den gemeinen Sachen die Luft an sich betrachtet, daher sich jeder Mensch derselben eben so bedienen dürfe, wie ihm frey stehe, das Flußwasser zu benutzen s). Die Luft an sich, in so fern sie unsere Erde überall umgiebt, und kein lebendiges Geschöpfe ohne sie leben kann, muß schlechterdings unter allen Völkern für eine gemeine Sache gehalten werden, wie die Römer dieses Wort verstanden. Jeder Mensch kann sich derselben zu seinen Bedürfnissen bedienen, und keiner ist auch im Stande, sie ganz zu occupiren. Etwas ganz anderes ist aber, sowohl nach den römischen als heutigen Gesetzen, Rechtens, wenn von einzelnen Theilen der Luft die Rede ist,

p) L. 51. D. de contr. emt. vend. L. 1. C. de naufr. §. 5. Inst. h. t.

q) L. 1. §. 18. D. de nou. oper. nunc. L. 14. §. 1. L. 45. D. de vfuc. L. 2. §. 8. L. 3. 4. D. ne quid in loco publ. L. 4. pr. D. et §. 1. Inst. h. t.

r) WESTPHAL de seruit. §. 167. Derselbe vom Sachenrechte S. 27.

s) §. 1. Inst. de rer. diuis.

ist, oder von dem Luftraume, der über meinem Grund und Boden sich befindet. Diese Luft gehört dem Eigenthümer des Grundstücks, folglich äußern sich auch Würkungen dieses Eigenthumsrechts an der Luft, und eine solche Würkung ist es, daß der Nachbar meines Grundstücks, keinen Theil seines Gebäudes, es sey ein Wetterdach, Erker, oder wie es Namen haben wolle, über meinen Grund und Boden bauen darf, unter dem Vorwande, die Luft gehöre uns gemeinschaftlich zu [t]). Eben so wenig darf man auf eines Andern Grund und Boden, unter dem Vorwande kommen, um daselbst frische Luft zu schöpfen, weil die Luft eine gemeinschaftliche Sache sey. Durch die teutschen Gesetze hat man diese römischen Grundsätze zwar größtentheils bestätigt, weil sie als Naturrecht betrachtet werden müssen, aber doch nicht ganz, sondern man rechnet die Luft in gewisser Rücksicht auch zum Eigenthum des Staats, und deswegen kommen in Teutschland mancherley Einschränkungen beym Gebrauch der Luft vor [u]), wie wir in der Folge sehen werden. Nach diesen Grundsätzen ist auch die Materie von der Erbauung einer neuen Windmühle zu entscheiden, wovon ich hernach etwas bemerken werde.

4) Unter die res communes oder gemeine Sachen, rechneten die Römer ferner das fließende Wasser in den Flüssen, in so fern es im beständigen Lauf ist, und ab- und zufließt, folglich niemals ganz dasselbige bleibt. Von solchem Wasser, sagte man, sey es jedem Menschen erlaubt, zu schöpfen, so viel als er brauche [x]). Diese Vorstellungsart kann man zwar heutiges Tages auch noch bey demjenigen fließenden Wasser gelten lassen, welches in keinem Orte be-

t) L. 1. pr. D. de seruit. praed. vrb. L. 22. §. 4. D. quod vi aut clam.

u) CARPZOV D. de iure circa aërem, Lipſ. 1677. Sam. STRYCK D. de iure principis aëreo, Frf. 1687. Io. God. KRAUSE Pr. de iure aëris, Vit. 1736. Io. Fr. BOECLER D. de dominio aëris, Argent. 1748.

x) §. 1. 2. 4. Inst. de rer. diuis.

findlich ist, der von Jemanden occupirt worden; gehört aber der Platz, worin der Fluß ist, zu dem Eigenthum eines Volkes, oder einzelner Menschen, so darf, ohne Verstattung des Eigenthümers, hier Niemand Wasser schöpfen, weil dieses fließende Wasser nicht mehr als eine gemeine Sache betrachtet werden darf.

5) Für res communes oder eine allen Menschen gemeine Sache, erklärten auch die Römer die wilden Thiere, wozu sie die Vögel rechneten, die Fische im Meer, und alle diejenigen Dinge, deren Occupation jedem Menschen frey stehe [y]). Daß in Teutschland hierüber größtentheils andere Grundsätze aufgestellt worden, werden wir in der Folge sehen [z]).

Endlich muß noch bemerkt werden, daß der Ausdruck res communes in allgemeiner Bedeutung alle Dinge bezeichnet, auf welche mehrere Menschen ein gleiches Recht haben; folglich versteht man bisweilen nicht allein die res nullius, sondern auch die res publicas, die res vniuersitatis, ja so gar solche res priuatas darunter, welche mehr als einem Menschen gehören. Eben so wird auch der Ausdruck res publicae bisweilen von allen Sachen gebraucht, die nicht zum Eigenthum einzelner Menschen gehören; folglich rechnet man dazu res nullius, res populi und res vniuersitatis. Hierin liegt der Grund, daß in dem römischen Rechte, dieselbe Sache bald zu den rebus communibus, bald zu den rebus publicis gerechnet wird [a]). Unrichtig ist es aber, was mehrere Rechtslehrer [b]) behaupten, die

y) §. 17. 18. Inst. de rer. diuis.

z) Io. Ant. Lud. SEIDENSTICKER comm. de fundamentis iuris supremae potestatis circa adespota ex iure publico, iure Romano et iure publ. German. Götting. 1789.

a) WESTENBERG in comp. Dig. h. t. §. 15. squ. WAECHTLER in not. ad NOODTI probab. Lib. I. c. 7. in Opusc. p. 220.

b) NOODT in probab. I, 7. 8. GVNDLING ad Prota h. t §. 14. BARBEYRAC ad GROTIVM de iure belli et pacis, Lib. II. c. 3. §. 9. not. 5. COCCEII ad h. l. p. 387.

die römischen Rechtsgelehrten hätten gar keinen Unterschied zwischen rebus communibus und publicis gemacht; denn das Gegentheil haben berühmte Rechtslehrer [c]) deutlich gezeigt.

§. 170. a.

Wenn man weiß, was für Sachen nach dem römischen Rechte für solche gehalten wurden, daran kein Mensch ein Eigenthum habe, welche folglich allen Menschen zur Benutzung verstattet werden könnten, so kann man die Vorstellungsart der Römer von denjenigen Sachen, welche ein Eigenthum der Menschen sind, desto leichter fassen. Sie mußten der Natur der Sache nach, dabey einen verschiednen Unterschied annehmen, und also auch mehrere Eintheilungen festsetzen, und daher rechneten sie erstlich solche Dinge dazu, die ein Eigenthum der ganzen Nation oder des Staats waren, und diese nennte man res publicae. Auch dieser Ausdruck hatte nicht immer die nämliche Bedeutung; denn bisweilen nahm man das Wort im weitläuftigsten und uneigentlichen Verstande, und rechnete alle Sachen dazu, worauf mehreren, die aber keine Eigenthümer davon sind, oder doch wenigstens als einzelne Personen betrachtet, kein Eigenthum daran haben, ein gleiches Recht zustehet, vermöge dessen sie zusammen oder auch einzeln, diese Sache benutzen können. Zur Erklärung dieses Begriffs führt man an [d]), die stoischen Philosophen hätten sich die Welt als eine dreyfache Republik vorgestellt, wovon das ganze menschliche Geschlecht die größte sey, und in dieser wären die Götter die Regenten; für die größere müsse man jeden bürgerlichen Staat halten, der aus Bürgern und dem Regenten bestehe; und

c) G. L. Boehmer D. de iure princ. circa loca et opera publica, c. 2. §. 5. sqq. ibique citati, in *Eius* Elect. T. I.

d) Noodt in probab. Lib. I. c. 8. in Oper. Tom. I. edit. Col. p. 16.

die kleinere sey jede Gemeinheit, weil man doch viel ähnliches mit den größern Republiken dabey antreffe. Weil nun keine Republik, oder keine Gesellschaft, die wir einen Staat nennen, ohne Güter und gewisse Sachen bestehen könne, so nennten die römischen Rechtsgelehrten, in Gemäßheit dieser stoischen Vorstellungsart, alle Sachen, die zum Gebrauch aller Menschen, oder der Mitglieder eines Staats, oder einer Gemeinheit vorhanden wären, res *publicas*, und unterschieden sie von rebus priuatis. In diesem Verstande braucht der Jurist Cajus die Eintheilung der Sachen in res publicas und priuatas, in der L. 1. D. de rer. diuis. Weil man also die res communes et publicae, wenn dieser letztere Ausdruck im weitläuftigsten Verstande genommen wird, für nicht verschieden hielt, sondern nur alsdenn, wenn der Ausdruck res publicae in der engern Bedeutung gebraucht wird, so hat dieser Umstand zu der irrigen Vorstellung derjenigen Rechtsgelehrten Gelegenheit gegeben, die deswegen in den Institutionen des Justinians einen Fehler finden wollen, weil darin ein Unterschied angenommen worden. Der Jurist Neratius sagt z. B. in der L. 14. D. de acquir. rer. dom. die littora maris würden zwar publica genennt, aber nicht in der Bedeutung, in welcher Sachen, die in patrimonio populi wären, diesen Namen hätten: quod in littore quis aedificauerit, eius erit. Nam littora *publica non ita* sunt, vt ea, quae in patrimonio sunt populi, sed vt ea, quae primum a natura prodita sunt, et in *nullius* adhuc *dominium* peruenerunt. Nec dissimilis eorum conditio est atque piscium et ferarum, quae simul atque apprehensae sunt: sine dubio eius, in cuius potestatem peruenerunt, dominii fiunt. Der Jurist Cajus erklärt sich in der L. 16. D. de verb. signif. folgendergestalt: *publica* appellatio in compluribus cauſſis ad populum romanum respicit: ciuitates enim priuatorum loco habentur. Eben in diesem Verstande ist auch Ulpian zu verstehen, wenn er in der L. 15. D. de verb. signif. sagt, die bona publica nenne man *abusiue*, publica,

blica, sola enim ea *publica* sunt, quae populi romani sunt [c]).

Die res publicae in der engern Bedeutung des Worts, oder die so genannten Staatsgüter betrachteten die Römer aus einer doppelten Rücksicht, nachdem solche entweder dem Staate im Ganzen dienten, wovon aber die einzelnen Mitglieder des Staats keinen Gebrauch machen durften, folglich in Ansehung derselben kein öffentlicher und gemeiner Gebrauch aller Bürger statt hatte, oder sie waren so beschaffen, daß sie eines jeden Bürgers, folglich einem allen gemeinschaftlichen Gebrauch überlassen waren. Die publiken Sachen der ersten Art, nennte man das Patrimonium des Staats, oder das Staatsvermögen; die letztern hingegen hießen res publicae in der strengsten Bedeutung. Als solche betrachtete man

1) die öffentlichen Flüsse, welche beständig Wasser haben; folglich gehörte ein solcher Fluß nicht zum Staatseigenthum, der nur zu manchen Jahreszeiten, bey großen Ueberschwemmungen nach Gewittern, Wasser hatte [f]). Der Gebrauch dieser öffentlichen Flüsse war jedem Bürger verstattet, obgleich das Eigenthum derselben dem Staate gehörte. Es war daher jedem Bürger nicht blos erlaubt, sich des fließenden Wassers, das ein solcher Fluß enthielt, zu bedienen; denn dieses durfte er schon deswegen, weil fließendes Wasser eine gemeine Sache war, deren Gebrauch auch Nichtbürgern zustand, sondern auch auf die Benutzung anderer Vortheile, die von großen Flüssen zu ziehen sind, hatte jeder Bürger ein Recht. Es war jedem Bürger erlaubt, in diesen Flüssen zu fischen, darauf zu schiffen [g]), ja so gar auch einen Bau darin vorzunehmen, etwas darin weg-

e) G. L. Boehmer l. c. Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 4. S. 111.

f) L. 1. §. 3. L. 3. D. de flum. L. 4. §. 1. D. de rer. diuis. Westphal de seruit. Sect. II. §. 10.

g) §. 2. et §. 4. Inst. h. t. L. 1. D. vt in flum. publ.

wegzubringen, niederzureissen und fortzuschaffen; nur mußte dadurch weder dem gemeinen Gebrauche, noch dem Staate und Privatpersonen ein Nachtheil zugefügt werden; folglich durfte auch keine Privatperson, eine Brücke über dergleichen Flüsse, blos zu ihrer Bequemlichkeit schlagen, wodurch die Schifffahrt gehindert wurde [h]).

2) War eben dieses in Ansehung der Ufer der öffentlichen Flüsse Rechtens. Das Eigenthum solcher Ufer durften sich zwar die angränzenden Nachbarn zueignen, sie waren aber dabey schuldig, jedem Bürger einen gemeinen bestimmten Gebrauch zu verstatten, und blos wegen dieser Beschaffenheit nennte man die Ufer res publicae [i]). Der gemeine Gebrauch bey den Römern bestand darin, daß jeder Bürger mit seinen Schiffen am Ufer anlanden, an den daselbst stehenden Bäumen die Schiffssäule befestigen, die Fischernetze daselbst waschen, flicken, austrocknen, eine Last darauf legen, und wenn das Wasser ausgetreten war, eben so gut darauf schiffen durfte, als auf dem Flusse selbst [k]). Verboten war es hingegen, etwas an oder auf dem Ufer vorzunehmen, wodurch die Schifffahrt und der andern gemeinschaftliche Gebrauch des Ufers gehindert, oder doch wenigstens den angränzenden Nachbarn ein Schaden verursacht werden könnte [l]). Es wird übrigens in Gesetzen, unter dem Ufer nur dasjenige Stück Land verstanden, welches den Fluß, so lange das Wasser nicht ausgetreten ist, einschließt [m]). Wegen ihrer Verbindung mit den Flüssen und

h) L. 24. pr. D. de damn. inf. L. 1. §. 12. L. 4. D. de flumin. L. 10. §. 2. D. de aqua pluu. L. vn. §. 1. et 4. D. ne quid in flum. publ.

i) §. 4. Inst. L. 5. pr. D. h. t. L. 3. pr. D. de flumin.

k) §. 4. et 5. Inst. et L. 5. pr. D. h. t. L. vn. §. 8. D. vt in flum. publ. nauig.

l) L. vn. §. 2. D. de ripa mun. L. 1. §. 16. D. de flumin. L. vn. §. 6. D. ne quid in flum. publ. WESTPHAL de seruit. §. 184. sq.

m) L. 1. §. 5. L. 3. §. 1. D. de flumin. WESTPHAL l. c. §. 182. 183.

und Seen, rechneten die Römer auch die Häfen, und die daraus zu ziehenden Vortheile unter diese Art öffentlicher Sachen.

3) Die öffentlichen Wege, oder die Heerstraßen waren ebenfalls zum gemeinen Gebrauch bestimmt, da der Grund und Boden als Staatseigenthum betrachtet wurde [n]). Zur Zeit der Republik nennte man sie viae praetoriae, viae consulares [o]). Wenn Jemand etwas that, wodurch der gemeine Gebrauch dieser Straßen gehindert wurde, so konnte darüber bey der Obrigkeit geklagt werden. Von diesen Hauptstraßen unterschieden die Römer vias vicinales, Neben- oder Dorfwege, und vias priuatas, Privatwege, nachbarliche Wege oder Gunstwege, wie sie bey uns heißen [p]), wovon die viae vicinales zwar gemeiniglich zum Eigenthum einer gewissen Gemeine gehörten, folglich hauptsächlich zu ihrem gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmt waren; man nennte sie aber gleichwohl auch in gewisser Rücksicht vias publicas, weil sie auf gemeinschaftliche Kosten ausgebessert und erhalten wurden; denn publicum hieß auch dasjenige, was zum Eigenthum einer Gemeine gehörte [q]).

Was nun solche öffentliche Sachen anbetrifft, welche heut zu Tage das Patrimonium des Staats genennt werden, so rechnete man bey den Römern die Einkünfte aus verpachteten öffentlichen Gütern und Ländereyen dazu, die Abgaben, Zölle und Steuern der Unterthanen, eingezogene Güter, oder welche dem Staat heimgefallen waren [r]). Unter der republikanischen Regierungsverfassung nennte man alle diese Einkünfte aerarium publicum, oder populi. Auch nach Einfüh-

n) L. 2. §. 21 et 22. D. ne quid in loco publ. L. 1 et 2. D. de loc. et itiner.

o) WESTPHAL de seruit. Sect. II. c. 4. Vinc. BARTOLVCCI D. de viis publicis, Romae 1786. 4.

p) L. 2. § 22 et 23. D. ne quid in loco publ.

q) L. 1. pr. D. de rer. diuis.

r) L. 17. §. 1. D. de verb. signif. L. 2. §. 4. D. ne quid in loco publ. L. 6. pr. D. de contr. emt.

Einführung der kaiserlichen Regierung gab es anfangs noch eine Staatskasse unter dieser Benennung, obgleich auch dabey eine andere zum Unterhalt des kaiserlichen Hofstaats eingeführt wurde, die zum Unterschiede Fiscus hieß. Dieser Unterschied hörte aber bald auf, und schon zu Ulpians Zeiten sahe man nicht mehr darauf, wie S. 56 gezeigt worden s).

Diese zeither aus dem römischen Rechte genommene Erklärung von öffentlichen Sachen, kann in Teutschland nicht auf das nach unserer Staatsverfassung existirende Staatsvermögen angewendet, und dieses eben so beurtheilt werden. Um hier richtig zu urtheilen, ist vor allen Dingen auf die eigentliche Beschaffenheit der Landeshoheit und des Eigenthums in Teutschland, Rücksicht zu nehmen, worüber Hr. HR. Runde S. 84 seines Privatrechts vortreffliche Grundsätze aufgestellt hat, mit denen der Commentar darüber vom Hrn. RR. Danz verbunden werden muß. Hr. HR. Runde schreibt: Landeshoheit und Eigenthum t) sind zwey ihrem Wesen nach so verschiedne Rechte, daß die Bestandtheile und Würkungen des einen schlechterdings nicht als Inbegriffe und Folgen des andern betrachtet werden dürfen; wenn sie auch beyde in einer Person vereinigt anzutreffen sind. Jene begreift alle, die gemeine Wohlfahrt des Staats zum Zwecke habenden Rechte der Oberherrschaft oder Staatsgewalt, mit Ausschluß der dem Kaiser vorbehaltenen Regierungsrechte u); und erstreckt sich über den ganzen Flächeninhalt eines Territoriums.

s) Iac. Gvtherivs de offic. dom. Aug. Lib. III. c. 31. Westphal de ſeruit. Sect. II. c. 3. §. 65. nat. 63.

t) Henr. Cocceii Introd. ad Grotivm Diſſ. 12. §. 236. Stevoigt Pr. de dominio et imperio, Ien. 1711. Io. Fr. Kayser D. de diuerſo imperii et dominii iure, Gieſſae 1728. Jac. Rave Betrachtung über den Unterschied der Oberherrschaft und des Eigenthums, Jen. und Leipz. 1766. 8.

u) Nic. Hertii D. de ſuperioritate territoriali, in *Eius* Opuſc. Vol. I. P. II. p. 127. Pütteri Inſt. iur. publ. §. 28.

ritoriums. Dieses hingegen besteht in einem ausschließenden Rechte, über die Substanz einer Sache zu verfügen, und dieselbe zu benutzen x). Es fällt von selbst in die Augen, daß folglich auch mit den Ausdrücken **Landesherrschaft** und **Landeseigenthum**, **Landesherr** und **Landeseigenthümer** an sich selbst betrachtet, ganz verschiedne Begriffe zu verbinden sind; wenn sie gleich nicht nur nach dem gemeinen Sprachgebrauche, sondern auch wohl von Rechtsgelehrten oft mit einander verwechselt, und dem Anschein nach gleichbedeutend genommen werden. Nach richtigen Beobachtungen über die Entstehung der besondern teutschen Staaten y), kann zwar bey ganz kleinen Herrschaften, oder auch solchen teutschen Staaten, welche aus Verbindung einzelner, einem Fürsten oder seiner Familie eigenthümlich zugehörender, Güter entstanden sind, ein wahres über Grund und Boden des Landes sich erstreckendes Eigenthum, mit welchem die Staatsgewalt oder Landesherrschaft verbunden ist, gedacht werden. Wenn man aber in solchen teutschen Staaten, welche aus Vereinigung mehrerer freyen Güterbesitzer unter ein gemeinschaftliches Oberhaupt entstanden sind, letzterem ein über den ganzen Flächeninhalt des Landes ausgedehntes Staatseigenthum beylegt, so ist das Vorgeben von keinem bessern Gehalt, als die Idee von einem dominio mundi, womit ein veraltetes Vorurtheil den Kaiser begabte z). Gleichwohl ist nichts gewisser, als daß auch in dieser Art teutscher Staaten manche Stücke ihres Flächeninhalts entweder im unmittelbaren Eigenthum des Staats, das ist der ganzen bürgerlichen Gesellschaft, stehen; oder dem Oberhaupte desselben und seiner

x) Chr. THOMASII D. de dominio eiusque natura in genere intuitu iuris germ. priuati, Hal. 1721.

y) HERTIVS l. c. §. 43. Pütters Beyträge, 1 Thl. 6 Nr. §. 37—45. Nr. 9. §. 11. fl.

z) Herr Prof. Posse über das Staatseigenthum in den teutschen Reichslanden, und das Staatsrepräsentationsrecht der teutschen Landstände, Rostock und Leipzig 1794. 8. S. 10 fl.

ner Familie eigenthümlich angehören können, in welcher Rücksicht denn auch wohl nicht unschicklich von einem Staats- oder landesherrlichen Eigenthume [a]), im Gegensatze des Privateigenthums, die Rede seyn kann.

Wahre Hoheitsrechte, oder wesentliche Bestandtheile der Oberherrschaft (regalia essentialia s. maiora), so fern sie Güter zum Gegenstande haben, welche im Privateigenthume stehen, können dem Eigenthümer derselben nicht anders, als vermöge einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Bewilligung zu Theil werden; dahingegen alle andere nicht aus dieser Quelle entspringende Gerechtsame, so lange als Stücke der natürlichen Freyheit und des Eigenthums zu betrachten sind, bis sich erweisen läßt, daß sie auf eine der Landesgrundverfassung gemäße Art den Unterthanen entzogen, und für Hoheitsrechte erklärt sind, woraus alsdann eine besondere Gattung zufälliger Hoheitsrechte entsteht (regalia accidentalia s. minora). Vermöge der Landeshoheit kann auch schon die freye Ausübung der unter dem Eigenthume begriffenen Rechte, wo es die gemeine Wohlfahrt nothwendig macht, auf mancherley Weise durch landesherrliche Gesetze und Oberaufsicht beschränkt werden, ohne daß damit die Voraussetzung von einem Staatsobereigenthum begründet wird. Ja! es können solche Collisionen zwischen dem gemeinen Wohl und der Sicherheit des Privateigenthums entstehen, welche es rechtfertigen, wenn die höchste Gewalt selbst über die Substanz einer den Unterthanen eigenthümlich zugehörenden Sache disponirt; welches alsdann in der Rücksicht, daß bey der Aus-

a) Herr Prof. Posse a. a. O. §. 6. will zu Vermeidung alles Mißverstandes auch dieses lieber ein Privateigenthum des Staats genannt wissen. Richtig ist hierbey, daß auch ein dem Staat oder dem Landesherrn zustehendes Eigenthum keine anderen Bestandtheile hat, als das Eigenthum im natürlichen Zustande.

b) Strubens Bed. Thl. 5. Nr. 118. Pütters Beytr. Thl. 1. Nr. 19. 20.

Ausübung eines solchen Eingriffes in die Eigenthumsrechte, die Staatsgewalt gewisser Maßen an die Stelle des Eigenthümers tritt, mit dem, wiewohl nicht ganz passenden Namen eines dominii eminentis oder Staatsobereigenthums belegt wird [c]), wiewohl andere Rechtslehrer [d]) diesen Begriff vom dominio eminenti oder Staatsobereigenthume nicht annehmen.

Jeder gründliche Rechtsgelehrte weiß es, daß auf diese Lehre ein großer Theil des Privatrechts gegründet wird, daher sie nicht ausführlich genug erklärt werden kann Ich halte es also für zweckmäßig, die Auseinandersetzung derselben vom Hrn. RR. Danz anzuführen, welche man S. 370 seines Handbuchs des heutigen deutschen Privatrechts findet, wo es heißt: Oberherrschaft und Eigenthum sind zwey ganz wesentlich verschiedne Sachen. Die erstere ist die Befugniß, die Handlungen der Gesellschaftsmitglieder so zu leiten, daß der Gesellschaftszweck erreicht wird; das letztere aber besteht in dem ausschließlichen Rechte an einer Sache, mit der Befugniß, von derselben auf welche Art es sey, einen selbstnützigen Gebrauch zu machen [e]). Prüft man diese Begriffe etwas genauer, so ergeben sich bald folgende Sätze:

1) der Mensch, der immer Zweck an sich selbst ist, kann zwar Gegenstand der Oberherrschaft, niemals aber des Eigenthums werden. Auf der andern Seite hingegen geht es wohl an, daß Sachen, die eigentlich Gegenstände des Eigenthums sind, der Oberherrschaft unterworfen werden, und dieß heißt das Land regieren. Es kann nämlich das Regiment über Menschen sich der Absicht nicht nähern, die es erreichen soll, wenn nicht zugleich das ganze Land, und alles, was darin befindlich ist, demselben

c) Achenwall in Iure nat. P. II. §. 146.

d) de Selchow in iur. germ. §. 436. Herr Prof. Fischer v. Versendungsrechte, §. 3. S. 15.

e) Joh. Chr. Majer Autonomie, 1 Stück, §. 8. S. 22. flg.

selben mit unterworfen wird. Die Oberherrschaft setzt uns daher gewisse, der Absicht gemäße Einschränkungen bey Erwerbung, Ausübung u. s. w. des Eigenthums [f]).

2) Von Natur steht keinem Menschen eine Herrschaft über den andern zu; nur durch ausdrücklichen oder stillschweigenden Vertrag kann diese erworben werden. Die Erwerbungsarten des Eigenthums hingegen sind sehr mannigfaltig.

3) Der Zweck der Oberherrschaft ist nicht der Vortheil des Herrschenden, sondern allein die Wohlfahrt derjenigen, um welcher willen jene übertragen worden ist. Die Letzteren können nie als Mittel behandelt, sondern müssen immer als Zweck betrachtet werden. Das Eigenthum aber bezieht sich schon, seinem Begriffe nach, allein auf den Vortheil des Eigenthümers. Die Sachen haben keine Rechte gegen ihre Herren, wohl aber die Personen gegen ihren Herrscher [g]).

Die Oberherrschaft übrigens übt der Herrscher entweder nur als Verwalter, oder aber als ein ihm zustehendes eigenes Recht, und zwar in dem letztern Falle, entweder als ein persönliches, oder als ein erbliches, oder endlich als ein in seinem wirklichen Eigenthume befindliches Recht aus. Ist dieses, so führt ein solcher Staat den Namen eines Patrimonialreichs. Solche Patrimonialstaaten lassen sich nun freylich nach richtigen Grundsätzen des allgemeinen Staatsrechts keinesweges rechtfertigen; allein gewiß ist es denn doch nichts desto weniger, daß dergleichen wirklich, und namentlich in Teutschland, sogar in beträchtlicher Zahl vorhanden sind [h]).

Mit

f) Rave a. a. O. S. 30. Nicht übrigens blos körperliche Sachen, sondern auch unkörperliche (Befugnisse) sind ein Gegenstand des Eigenthums. Majer a. a. O. S. 49.

g) Rave a. a. O. S. 31. flg.

h) Majer a. a. O. S. 53. Derselbe im Privatfürstenr. S. 25. 78. 79. 120. Io Iac. Kesler s. Ge. Fr. Zentner D. de differ. iurium imperii ac dominii eorumque effectibus in

Mit dem Patrimonialstaatensystem darf man jedoch das Staatseigenthum durchaus nicht verwechseln. Unter einem Patrimonialstaate nämlich versteht man, eben erklärter Maßen, einen solchen, in welchem die Oberherrschaft das Eigenthum einer Individualperson, einer Familie u. s. w. ist, in welchem also, unbeschadet des Eigenthums, welches andern Personen, physischen und moralischen, über ihre im Lande befindlichen Sachen zustehet, der Herrscher, ohne Einwilligung seiner Unterthanen, die Regierung Andern, nach Willkühr, zu überlassen befugt ist i). Staatseigenthum hingegen bezeichnet ein Grund- und Bodeneigenthum der regierenden Gewalt an dem ihr unterworfenen Territorium. Wäre dieses gegründet; so fiele die wahre Landstandschaft in einem solchen Lande ganz weg, weil die Unterthanen kein wirkliches Landeigenthum besäßen, und gleich denen, welche blos eine Erbleihe inne haben, sich alles würden gefallen lassen müssen, was der Grundherr als Bedingung des ihnen überlassenen Besitzes seines Eigenthums vorschriebe: höchstens würde man alsdann ihr Gutachten hören, dem Landesherrn würde aber stets frey stehen, auf diesen Rath zu achten, oder nicht. Eine andere Folge, die auch wirklich schon gemacht worden ist, wäre diese, daß der Landesherr alles, was ihm Nutzen brächte, als Hoheitsrecht in Anspruch nehmen könnte, da ja, nach dieser Lehre das Ganze ein Regal ist, und die Unterthanen als Regalzubehörige sich mit Nachdruck dagegen nicht würden schützen können. Die von diesen Grundsätzen ausgehenden ältern Rechtsgelehrten waren noch so billig, daß sie nur die herrenlosen Sachen für Staatseigenthum hielten, freylich aber dabey oft vergaßen, daß sie Dinge für herrenlos ausgaben, welche nach der in Teutschland vorhandenen Eigenthumsvertheilung keine solche waren, und

in reg. territoriali, Heidelb. 1793. §. 1—19. Herr Prof. Posse a. a. O. S. 15. fl. Pütters Beyträge, Thl. 1. Nr. 8.

i) Schnaubert's Staatsrecht, §. 105.

daß sie also irrig alle Flüsse, Inseln, Seen, Ufer, Landstraßen, alle vorzüglich brauchbare Erd- und Steinarten und dergl. für herrenlose Sachen hielten, und solche aus diesem Grunde zu den Regalien zählten. Allein einige neuere Rechtslehrer, z. B. Hr. Prof. Fischer und Biener k) sind doch noch viel weiter gegangen, indem sie gradezu behaupten, daß die Quelle aller Regalien das landesherrliche Eigenthum an dem Land- und Luftrevier der teutschen Territorien sey, und daß den Unterthanen nur die Oberfläche des Landes zum Behuf der Landwirthschaft zugetheilt worden wäre. Dem zu Folge ist denn nicht nur alles, was sich über und unter der Erde befindet, und von Werthe ist, sondern auch die Luft, um die Regalität der Windmühlen zu erweisen, landesherrliches Eigenthum.

In neuern Zeiten ist besonders die Frage aufgeworfen worden: ob dem Staate nicht wenigstens an den Gütern der Staatsgesellschaften, als der Städte, Dörfer, Klöster u. dgl. ein Eigenthum zugestanden werden müsse? Nach der Theorie eines sehr scharfsinnigen Gelehrten l) soll dieses Staatseigenthum in einem Miteigenthume an den Gemeindegütern bestehen, so, daß der Staatsgesellschaft der genießende und vollziehende Theil des Eigenthums, dem Staate aber der dirigirende Theil desselben, jedoch in gemeinschaftlicher Beywirkung bey der Ausübung dieser getheilten Eigenthumsrechte, zukomme.

Allein alle diese Behauptungen lassen sich, zum Glück, besonders auch unsers deutschen Vaterlandes, eben so wenig nach den Grundsätzen des allgemeinen Staatsrechts

k) Fischers Cameralrecht, Thl. 2. S. 388 ff. Biener de natura et indole dominii in territ. germ. eiusdemque effectibus, Lib. 1. §. 10. sq.

l) Brauer Abhandl. zur Erläuterung des westphäl. Friedens, Thl. 2. Einl. S. 10 ff. Majer über das Eigenthum an den geistl. Gütern und deren Heimfall bey vorgehenden Stifts-Innovationen, Ulm 1786.

rechts rechtfertigen, als wenig sie aus dem teutschen Reichs- oder Territorialstaatsrecht erweislich sind [m]).

In der That sollte man es bey einiger, auch nur flüchtigen Prüfung, allem bisher Angeführten nach, kaum einer Erinnerung werth halten, daß Hoheitsrechte und aus dem Privateigenthume fließende Rechte mit einander nicht vermischt werden dürfen, da beyde ein so verschiedenes Fundament haben. Und dennoch giebt es Rechtsgelehrte, welche den Grund der mehresten Regalien in dem Eigenthume an dem Lande suchen [n]), aus dem, gesetzt auch, daß das ganze Land sich im Privateigenthum des Landesherrn befände, kein Hoheitsrecht fließen würde, weil es schlechterdings der Vernunft entgegen ist, zwey in ihren Würkungen wesentlich verschiedne Dinge, wie Hoheit oder Oberherrschaft und Privateigenthum, für einerley zu halten. Vielleicht dürfte man sich dadurch zu helfen suchen, daß man die eigentlichen Hoheitsrechte von den Regalien trennte, und unter den letzteren nur solche Rechte begriffe, welche dem Regenten gebühren, um durch sie die öffentlichen Lasten zu bestreiten, seine Würde zu unterhalten, und seinen und der Unterthanen Nutzen zu befördern, wie einige Rechtslehrer [o]) die Regalien beschreiben. Wer sieht aber nicht ein, daß auch diese Rechte aus der Hoheit abgeleitet werden müßten, weil sie, wenn sie aus dem Privateigenthume flössen, keine Hoheitsrechte seyn könnten, sondern jedem Guthsbesitzer aus dem nämlichen Grunde zustehen müßten. In der That gestehen alle diejenigen, welche gewisse Rechte, die man zu den Regalien rechnet, aus dem Eigenthume ableiten, dadurch selbst ein, daß dieselben keine Hoheitsrechte sind, sondern als wahre Ausflüsse des Privateigenthums jedem Eigenthumsbesitzer eingeräumt werden

 müssen.

m) Herr Prof. Poße a. a. O. S. 33—157.

n) Illustr. BIENER l. c. §. 20.

o) Estors bürgl. Rechtsg. 3. Thl. §. 2084. Vergl Jargows Einleit. zu der Lehre von Regalien, S. 27.

müssen. Die Benutzung der Wälder, Flüsse und des Bodens sind doch wohl unstreitig Folgen des Eigenthums: wenn nun nicht alles Eigenthum in einem Lande, in dem sich solche Sachen befinden, dem Landesherrn gehört; so müßte wohl ein anderer Grund vorhanden seyn, aus welchem der Landesherr dem Eigenthümer diese natürlichen Eigenthumsrechte zu entziehen, befugt wäre. Durch besondere Landesverfassung kann sich zwar die regierende Gewalt in dem Besitze derselben befinden; wo dieß aber der Fall nicht ist, dann können sie auch nicht als wirkliche Hoheitsrechte in Anspruch genommen werden, weil sie keine solche, sondern Ausflüsse des Eigenthums sind. Wüßte man nicht aus vielfacher Erfahrung, was eine, auch noch so unnatürliche Behauptung für Eindruck macht, wenn sie nur dreist vorgebracht und von andern aus Interesse wiederholt wird; so würde man kaum begreifen können, wie man entweder ohne allen Grund, oder aus so schlechten Gründen, Rechte für Regalien halten konnte, welche weder ihrer Natur nach solche sind, noch nach der ältern deutschen Verfassung für solche ausgegeben werden können. Man häufte, um die Regalität derselben zu beweisen, Argumente, die nichts erweisen; man nahm zu grundlosen Vermuthungen und zu unstatthafter Analogie Zuflucht; endlich machte man es sich noch bequemer, und nahm vieles für erwiesen an, dem es an allem Beweise gebrach. Diese Unverschämtheit hielt alles Nachdenken über diesen wichtigen Gegenstand so unter dem Druck, daß es erst der nachdrücklichen Stimme einiger allgeachteten Gelehrten bedurfte p), um das juristische Publikum auf die Nichtigkeit dieses allgemeinen Vorgebens aufmerksam zu machen. Ueberdieß waren noch processualische Streitigkeiten nothwendig,

p) Z. B. Strubens und Bilderbeks in ihren bekannten Schriften über die Nichtregalität der Jagd, und Pütters über die Regalität des Salpeters und Torfs in Beckmanns Beyträgen zur Oekonomie und Technologie, Thl. 3. S. 408. Thl. 11. N. 1.

wendig, um dieſe Prüfung den getroſt auf die gemeine Meynung gebauten fiskaliſchen Anſprüchen in ſchüchternen und abgemüßigten Deductionen entgegen zu ſetzen. Die Wahrheit ſiegte gemeiniglich nicht nur bey dem competenten Richter, ſondern auch bey dem ſachkundigen Publikum, und nun erſt fieng man an, in den Lehrbüchern die Regalität dieſes und jenes ſo durchgefochtenen Rechts in Zweifel zu ziehen. Weiter aber als auf das für das Privateigenthum durch gerichtliche Erkenntniſſe erkämpfte Recht pflegte man die entdeckten Wahrheiten, ob ſie gleich auf alle die übrigen Rechte von der nämlichen Gattung anwendbar ſeyn mußten, nicht auszudehnen; denn was hätte ſonſt hindern können, die Flüſſe und Wege, ſo gut wie das Wald- und Jagdrecht, für Privateigenthum zu halten? Erſt in neuern Zeiten hat man angefangen, auch hier allgemeinere Aufklärung zu verbreiten, und man findet nun ſchon in den neuern Lehrbüchern eine Rubrik „von den Rechten in Anſehung ſolcher Sachen, bey welchen es in der Ausübung vorzüglich auf Beſtimmung der Grenzen zwiſchen Landeshoheit und Privateigenthum ankommt.“

Dieſe Grenzſcheidung wird nun wohl am glücklichſten und richtigſten durch die Aufſtellung folgender allgemeinen Grundſätze bewerkſtelligt werden:

A. Die teutſche Landeshoheit iſt, ſo wie jede Oberherrſchaft auch, ein von dem Privateigenthume an dem Grund und Boden eines Landes ganz verſchiednes Recht; der Zweck auch der Landeshoheit iſt die Sicherheit und das Glück der Unterthanen, die Abſicht des Eigentühmers hingegen, der alleinige Nutzen des Eigenthumes. Wenn daher der Staat, oder in deſſen Namen der Landesherr, Privateigenthum an dem Flächeninhalte eines Landes behauptet, ſo muß er dieſes nach den Grundſätzen des gemeinen Rechts, wie jeder andere Privatus, erweiſen, weil nicht der geringſte Grund vorhanden iſt, aus dem ſich für den Staat eine Vermuthung, in Abſicht des Privateigenthums, herleiten läßt. Geſetzt aber auch, dem Staate ſtünde Privateigenthum an einigen Grundſtücken im Lande zu; ſo beſitzt er

dieses doch unter keinen andern Titeln, als die landsässigen Communen auch; der Name, Staatsprivateigenthum, dürfte daher wohl alsdann der schicklichste seyn. Besteht mithin, wie es von der deutschen Verfassung wohl seyn kann, ein kleines Territorium ganz aus landesherrlichem Privateigenthum, so ist dieß doch kein Staatseigenthum, welches dem Landesherrn als Landesherrn gebührte, sondern es ist im eigentlichen Verstande Privateigenthum der landesherrlichen Familie. Die später erworbene Landeshoheit über ein solches Land, fließt aus ganz andern Quellen, als aus dem Landeigenthume. Daher sind die Würkungen von beyden sehr von einander verschieden, und es ist ein in die Augen fallender Mißbrauch, wenn solche Länder von Hoheitswegen modo magis herili behandelt werden. Wenn dem zu Folge einige das Staatseigenthum, welches nichts weiter als Privateigenthum seyn kann, zur Quelle der Hoheitsrechte machen, so ist dieß ein von selbst einleuchtender Irrthum; denn wie kann das, was Folge des Regierungsrechts ist, in dem Privateigenthume seinen Grund haben? Sind aber einige vorgebliche Hoheitsrechte würkliche Ausflüsse aus dem Privateigenthume, so kommen sie allen Güterbesitzern zu; mithin haben die Vertheidiger des Staatseigenthums nicht bedacht, daß sie im Grunde gegen sich selbst beweisen.

B. Was die Natur und Beschaffenheit der Hoheitsrechte oder Regierungsrechte in unsern teutschen Territorien anlangt, so ist folgendes zu bemerken:

I. Ein jeder derselben Landeshoheit q) unterworfene Distrikt, gewöhnlich Territorium genannt, ist als ein wirklicher Staat zu betrachten, den der Landesherr mit eben der

q) Ueber den Begriff von Landeshoheit, und die wahren Kennzeichen derselben verdient folgende Schrift nachgelesen zu werden: Geschichte der Landeshoheitsstreitigkeiten und Grundsätze, nach welchen dieselben beurtheilt werden müssen. Ulm 1795. Vergl. auch noch: Häberlin Repertorium des teutschen Staats- und Lehnrechts, Art. Landesherr.

der Gewalt regiert, mit welcher jeder andere Regent seinen Staat auch beherrscht, in so fern nicht die allgemeine Reichs- oder eine individuelle Territorialstaatsverfassung mancherley Einschränkungen oder Modifikationen begründen. Jedes Landesherrn Oberherrschaft erstreckt sich daher über sein ganzes Territorium, und auf alle in demselben befindliche Personen und Sachen; bezweckt aber nicht des Regenten Nutzen, sondern allein der Staatsgesellschaft Wohlfahrt.

II. Uneingeschränkt ist jedoch der teutschen Landesherren Gewalt nicht; einige Hoheitsrechte sind dem Kaiser vorbehalten; andere können nur, vermöge einer besondern kaiserlichen Verleihung ausgeübt werden; alle endlich sind der kaiserlichen obristrichterlichen Untersuchung und Erkenntniß unterworfen. Darneben hat das allgemeine Reichsverband, in welchem alle Landesherren, als Glieder eines einzigen großen Staats stehen, mancherley Beschränkungen zur unausbleiblichen Folge, die nicht selten noch in den einzelnen Territorien durch besondere Verfassungen, und eigene Verträge mit den Unterthanen, merklich gemehrt sind. Vergleicht man daher die Oberherrschaft des Regenten eines unabhängigen Staates mit der Landeshoheit eines teutschen Landesherrn; so ergeben sich freylich auffallende Verschiedenheiten:

1) Die erstere gründet sich einzig und allein auf die wechselseitige Einwilligung zwischen dem Herrscher und dem Volke; die letztere ist aus der kaiserlichen Majestät geflossen, ist von dem Kaiser auf die Landesherren übergegangen;

2) Jene richtet sich blos nach den durch das allgemeine, oder durch das besondere Staatsrecht des einzelnen Staates gegebenen Regeln; diese ist der höchsten Gewalt des Kaisers und des Reichs untergeordnet;

3) Die erstere begreift alle in dem Wesen und der Natur der Oberherrschaft enthaltenen Hoheitsrechte; die letztere ist bey weitem nicht so vollständig und umfassend;

4) Jene bekümmert sich nur um den Zweck des einzelnen Staates, für den sie errichtet ist, diese darf nie vergessen, daß das Territorium, über das sie sich erstreckt, einen Theil des großen teutschen Staatskörpers ausmacht, und daß mithin der Zweck dieses auch Zweck für sie ist.

III. Alle einzelne in der Landeshoheit enthaltenen Hoheitsrechte aufzuzählen und zu prüfen, dazu ist hier der Ort nicht; vielmehr wollen wir blos die Quellen dieser aufsuchen, und ihre Verschiedenheiten von den Eigenthumsrechten entwickeln.

IV. Die wesentlichen Hoheitsrechte (regalia essentialia), das heißt diejenigen, die unmittelbar aus dem Staatszweck, der möglichsten Sicherstellung der Zwangsrechte aller Staatsmitglieder fließen, sie mögen nun nur innerhalb der Grenzen des Staates (regalia immanentia) oder in Beziehung auf Auswärtige (regalia transeuntia) sich wirksam äußern, sind auch jedoch mit dem unter No. II. eben angegebenen Einschränkungen, unter der Landeshoheit begriffen. Man rechnet dahin: die gesetzgebende Gewalt; die vollziehende Gewalt, mit allen dahin gehörigen Nebenzweigen; das Recht des Krieges, des Friedens, der Bündnisse, der Gesandtschaften.

V. Die sogenannten zufälligen Hoheitsrechte (regalia accidentalia), das heißt, diejenigen Rechte der höchsten Gewalt, die nicht nothwendig aus dem Staatszweck fliessen, sondern nur zur Beförderung dieses als unterstützende Hülfsmittel willkührlich eingeführt worden, sind, wie ihr Begriff schon lehrt, nicht in allen Staaten dieselben noch von gleicher Zahl und gleichem Umfang. Nicht selten waren dieselben wie die Geschichte uns lehrt, ursprünglich blos Ausflüsse des Eigenthums, und zogen erst allmählig das Gewand der Hoheitsrechte an. In Teutschland besonders war dieß gar häufig der Fall; hier belegte man oft wahre Eigenthumsrechte blos deswegen mit dem Namen der Regalien, weil der Landesherr solche ausübte. Allein diese Verwirrung der Begriffe hat die Natur so wesentlich verschiedner Rechte, als Hoheits- und Eigenthumsrechte sind,

zu

zu verändern unmöglich vermacht. Um daher hier aufs Reine zu kommen, und ein untrügliches Kriterium aufzufinden, an dem man in jedem einzelnen Falle erkennen kann, welche Rechte zu den wahren Regalien gehören, hat man einzig und allein auf folgende zwey Punkte Rücksicht zu nehmen:

1) Ob das in Frage stehende Recht schon ehemals ein königliches Hoheitsrecht gewesen, das dem Kaiser, als solchem, zugestanden, und in dieser Eigenschaft auf den Territorialherrn übergegangen ist? Oder

2) Ob jenes befragte Recht etwa, vermöge der individuellen Verfassung eines einzelnen Territoriums, ausdrücklich, oder stillschweigend, durch Einwilligung aller Interessenten, dem Landesherrn als solchem übertragen worden ist?

Tritt keiner von diesen beyden Fällen ein; so kann auch die Regalität des in Vorwurf gebrachten Rechts nicht angenommen, sondern es muß vielmehr vermuthet werden, daß dasselbe ein Ausfluß des Eigenthums, oder daß es doch auf andere Weise von dem Landesherrn, in der Eigenschaft eines Privatmannes, erworben worden sey [r].

Da die Territorialhoheit aus der ehemaligen königlichen Hoheit geflossen ist; so stellt man mit Recht die Regel auf: alle diejenigen Rechte, die vor dem der Kaiser in der Reichsregierung ausübte, und die demselben nicht bis heute besonders vorbehalten geblieben sind, stehen nunmehr dem Landesherrn in der Territorialregierung zu. Jedoch ist hierbey immer vorauszusetzen, daß jene Rechte dem Kaiser als solchem, nicht aber in der Eigenschaft, als Eigenthümer zugehört haben; denn es besaß derselbe ehedem sehr weitläuftige Besitzungen im Reiche mit wahrem Eigenthumsrechte, die in der Folge, nebst allen Zubehörungen, den

r) Herr GR. Nettelbladt von den wahren Kennzeichen der Territorialrechte oder landesherrlichen Regalien; in den Erörterungen einzelner Lehren aus dem teutschen Staatsrechte, Nr. 11.

den Territorialherren häufig zugefallen sind. In Ansehung dieser üben nun freylich die letzteren auch vormalige kaiserliche Rechte aus; allein wer wird diese mit dem Namen der Regalien belegen mögen? Sie waren weder ursprünglich in der Kaiser Händen, noch können auch heute in den Händen der Territorialherren, ihrem Wesen nach, Hoheitsrechte seyn.

Spricht nun aber ein Landesherr solche Rechte als Regalien an, die es in der ehemaligen königlichen Reichsregierung nicht waren; so liegt ihm der Beweis ob, daß er dieselben auf rechtmäßige Weise, durch ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung der sämmtlichen Interessenten nämlich, erworben habe [s]).

Andere Quellen der Territorialhoheitsrechte, außer den beyden angeführten, giebt es nicht; wer daher hier die in dem römischen, oder longobardischen Rechte [t]), oder in der goldenen Bulle aufgezählten Regalien, sämmtlich anwendbar wähnt, der verliert sich auf lauter Irrwegen unrettbar [u]).

Alle wahre einzelne Hoheitsrechte übrigens hat man blos als Mittel zu Erreichung des Staatszwecks zu betrachten, und die aus demselben etwa fließenden Nutzungen sind eigentliche Staats- nicht aber landesherrliche Einkünfte.

C. Ueber die Natur und Beschaffenheit des Staats- privat- und landesherrlichen Privateigenthums, wie auch die darauf sich beziehenden Rechte, wird wohl folgende Darstellung das meiste Licht verbreiten:

I. Die kleinern teutschen Territorien sind, wie die Geschichte uns lehrt, entweder aus einzelnen Rittergütern, oder kleineren Herrschaften, oder einzelnen Dörfern zusammen

s) Herr GJR. Pütter in den Beyträgen, Thl. 1. Nr. 11. 12.

t) Besonders II. Feud. 56. Vergl. Herr Direct. Zepernicks Sammlung auserlesener Abhandl. Nr. 9. S. 129.

u) Zentner Diss. cit. §. 19—28.

men gesetzt worden; die größern aber theils aus den alten Herzogthümern, theils aus weitläuftigern Dynastien; theils endlich aus mehreren durch Erbgangsrechte, oder sonsten zusammen gekommenen einzelnen Gebieten entstanden. In den erstern gehörte gewöhnlich fast alles, ja häufig ganz alles Grundeigenthum dem Dynasten selbst zu, und es hieng daher allerdings von ihm ab, welche Eigenthumsnutzungen er sich, bey der Ueberlassung seiner Grundstücke an Gutsbebauer, vorbehalten wollte. So konnte er sich z. B. ohne Anstand alle Nutzungen aus den Waldungen, der Jagd, den Bergwerken u. s. w. zueignen; so konnte er in Ansehung des Gebrauchs der Heerstraßen, der Brükken u. s. w. mannichfache Verfügungen treffen, Zölle und andere Abgaben der Art einführen, u. s. w. Ganz anders hingegen verhielt es sich in den letztern, die den Namen der Herzogthümer und Grafschaften hatten. Hier gehörte ein großer Theil des Grundeigenthums, theils dem Könige, theils geistlichen Stiftungen, theils Städten, theils Adelichen, theils andern freyen Personen. Groß waren indessen doch auch hier immer noch die Besitzungen der Herzoge und Grafen selbst; auf mancherley Weise, z. B. durch Schenkung, Kauf, Erbschaft, Eroberung im Krieg, u. s. w. hatten sie solche erlangt x). Begreiflicher Weise nun konnten diese Herzoge und Grafen in ihren Territorien nicht so frey und willkührlich schalten, wie jene Dynasten in ihren Gebieten; denn sie mußten das Eigenthum der Privatpersonen eben so ehren, als sie verlangen konnten, daß das ihrige geehrt werde. Allmählig indessen kam die Landeshoheit auf; das, was bisher bloßes kaiserliches Amt gewesen war, wurde nunmehr ein eigenes Recht, und gieng als ein wirkliches Eigenthum auf physische oder moralische Personen über, welche es erworben hatten. Von jetzt an vereinigten also die teutschen Territorialherren mit den über ihre,

x) Biener cit. tr. de natura et indole dominii in territoriis Germaniae, eiusque effectibus, c. 2. p. 99.

ihre, in ihren Gebieten liegenden, Besitzungen ihnen zustehenden Eigenthumsrechten zugleich auch die Rechte wahrer Oberherren, und es müssen daher auch dieselben nunmehr nach zwey wesentlich verschiednen Rücksichten betrachtet werden.

1) Als Grundeigenthümer nämlich betrachtet, gehören ihre Rechte und Verbindlichkeiten, in Beziehung auf die Sachen sowohl, als auf die Personen, ausschließlich in das Privatrecht.

2) Als Regenten hingegen betrachtet, werden ihre Rechte und Verbindlichkeiten nach Grundsätzen des allgemeinen oder des besondern teutschen Staatsrechts in der Staatsrechtswissenschaft gelehrt; ihre Herrscherrechte erstrecken sich über das ganze Territorium und alle einzelne Theile desselben; ja selbst das, was nach Eigenthumsrechten ihnen zugehört, ist diesen untergeordnet.

II. Diesem allem nach ist es denn die unleidlichste Verwirrung der Begriffe, wenn man diejenigen Eigenthumsrechte, die den teutschen Territorialherren in ihren Gebieten zustehen, mit dem Namen der Regalien belegt. Es ist zwar nicht zu läugnen, daß manche Gerechtsame, die ursprünglich blos Ausflüsse des Eigenthums waren, in der Folge doch unter die wirklichen Hoheitsrechte gezählt worden sind;

1) Einige hat man schon ehemals unter der königlichen Regierung, zum Besten des königlichen Fiskus, zu Regalien erhoben, in welcher Eigenschaft sie nachher auf die Landesherren übergangen sind;

2) Andere hat man nur deswegen zu den Regalien gezählt, weil sie auch ehedem von den Kaisern ausgeübt worden sind, gleich als ob alle diesen zugestandene, und auf die Landesherrn übergegangene Rechte wahre Hoheitsrechte gewesen wären, und niemals Ausflüsse des Eigenthums hätten seyn können;

3) Andere endlich wurden ursprünglich ohne Widerspruch von jedem Grundeigenthümer ausgeübt, mithin als

wahre

wahre Ausflüsse des Eigenthums betrachtet, und erhielten nur dadurch allmählich das Gewand der Regalien angezogen, daß die Privateigenthümer selbst, sich solche oft, des Schutzes und größerer Sicherheit wegen, von den Kaisern verleihen, oder doch bestätigen ließen. Es war nämlich damals in jenen unruhigen Zeiten allgemeiner Geist, sich in dem Besitze auch der unbestreitbarsten und auf die legaleste Weise erworbenen Eigenthumsrechte, durch kaiserliche Privilegien und Bestätigungen zu sichern, und so geschahe es denn, daß man dergleichen Rechte späterhin für Regalien ausgab. Die Landesherren benutzten in der Folge diese Grundsätze, und ihre Hofpubliciſten stellten nunmehr bald die allgemeine Regel auf, daß jeder Vasal und Unterthan, der dergleichen nun schon einmal zu den Regalien gezählte Eigenthumsrechte im Besitz habe, entweder die gesetzmäßige Erwerbungsart derselben darthun, oder sich ihrer Ausübung für die Zukunft ganz enthalten müsse.

Allein da Irrthümer nie Wahrheiten werden können; da der Name allein die Natur und das Wesen der Dinge zu ändern nicht vermag, so muß auch noch heute, in Ermangelung bestimmter Gesetze, oder eines erweislichen verbindlichen Herkommens, jeder Eigenthümer bey dem ganzen Umfang seiner Eigenthumsrechte geschützt werden, ohne daß ihm der Vorwand, als ob einige von diesen, Regalien geworden wären, weder des Vortheils des Besitzers berauben, noch auch ihm die Verbindlichkeit auflegen kann, die Art und Weise und den Rechtsgrund, wie und wodurch er zu solchen Gerechtsamen gelangt, darzuthun y).

III. Der selbst gefühlte Mangel an Beweisen für die Regalität so vieler von den Regenten angesprochenen Eigenthumsrechte indessen bewirkte es bald, daß man auf eine allgemeine Quelle verfiel, aus welcher man die gewünschte Rega-

y) Zentner l. c. §. 28—45.

Regalität derselben bequemer ableiten konnte. Die Spur, die zu ihr hinführte, war die Regalität der Erze und der Schätze und die aus dem fremden Rechte entlehnte Lehre, daß die bona vacantia dem Kaiser zugehören. Hieraus folgerte man den allgemeinen Rechtssatz, daß alle herrenlose Sachen den Kaisern gehört hätten, und nach entstandener Territorialhoheit den Landesherren zugesprochen werden müßten. Nun kam es, um die Realität einer Sache zu erweisen, nur darauf an, sie für herrenlos zu erklären. Bey dieser Erklärung nahm man darauf nicht Rücksicht, daß nur solche Sachen für herrenlos gehalten werden können, welche in keinem Privateigenthume sind, und gab Luft, Wald, Flüsse, allerley nützliche Stein- und Erdarten für herrenlos aus, ungeachtet sich dieses alles auf privateigenthümlichem Grund und Boden befand, mithin als Zubehör dem Eigenthümer des letzterern gehörte. Da man bald einsehen mußte, daß dieser Begriff von Herrenlosigkeit, gegen die gesunde Vernunft, auf Sachen ausgedehnt würde, auf welche er gar nicht paßte, und da man in die Verlegenheit kam, wiederum die Prämisse, die Regalität der herrenlosen Sachen zu erweisen; so fiel man auf die Vermuthung, daß sich der Staat, bey der Vertheilung des Privateigenthums, diese und ähnliche für den Regenten nützliche Rechte als Regalien vorbehalten habe. Bisweilen wurde sogar die Regalität einer Sache, deren Privateigenthum man sich geradezu anzugreifen nicht getrauete, aus der Herrenlosigkeit einer andern Sache deducirt. Dieß war z. B. der Fall bey dem Neubruchzehnten, dessen Regalität aus der Regalität des Waldrechts abgeleitet wurde.

So wenig nun alle diese Sätze, man mag sie nach Grundsätzen des allgemeinen Staatsrechts, oder nach der teutschen Geschichte, oder nach dem besondern teutschen Staatsrechte prüfen, die Probe aushalten [z]), so wird es doch

z) Hr. Prof. Posse a. a. O. S. 64. flg.

doch, da dieselben sich einmal so sehr weit verbreitet, und in so viele einzelne Rechtslehren so tiefe Wurzeln geschlagen haben, hier, wo von Grenzscheidung zwischen Landeshoheits- und Eigenthumsrechten die Rede ist, unumgänglich nothwendig, die Lehre von den herrenlosen Sachen etwas genauer aus einander zu setzen.

Alles, was sich in dem Staatsgebiethe befindet, ist Staatseigenthum, folglich in Rücksicht aller Auswärtigen, das heißt, solcher, die nicht Staatsmitglieder sind, bereits occupirt. Unter diesem befinden sich nun zwar die meisten Sachen in dem Privateigenthume; allein es giebt doch auch solche, bey denen der Fall nicht ist, und diese sind blos in Hinsicht auf die einzelnen Staatsbürger, nicht aber in Ansehung des ganzen Staats und der Auswärtigen fremd. Einige der letzteren befinden sich bereits im wirklichem Gebrauche des Staats, z. B. Domänen, andere aber nicht. Diese nun werden in dem Staate herrenlos, Adespota, genannt; wo hingegen nur die, in keinem Staatsgebiete gelegenen, noch nicht occupirten Sachen mit dem Nahmen der Niemanden gehörigen (rerum nullius) belegt werden können. Die Adespota aber können wieder entweder als Zuwachs anderer im Eigenthume, es mag nun dieses Staats- oder Landesherrliches oder Privateigenthum seyn, bereits befindlicher Sachen betrachtet werden, viele nennen dieses ruhendes Eigenthum; oder es ist dieses der Fall nicht (bona prorsus vacantia).

1) Auf diejenigen Adespota nun, die ein Eigenthümer, es sey dieser der Staat, oder der Landesherr, oder eine physische oder moralische Privatperson, als Zuwachs (iure accessionis) sich zueignen kann, hat ausser diesem Niemand, weder der Staat, noch der Landesherr noch ein anderer Staatsbürger, ein Recht zur Occupation; wie dieß der Begriff und das Wesen der Accession von selbst schon mit sich bringt.

2) Diejenigen Adespota hingegen, die als Zuwachs weder zu dem Staatsprivat- noch zu dem Landesherrlichen- noch zu irgend einem andern Privateigenthume gehören, kann

zwar kein Auswärtiger!, aber doch nicht nur jeder einzelne Staatsbürger, sondern auch der Staat selbst, da dieser des Erwerbs unläugbar fähig ist, durch Occupation sich zu eigen machen.

3) In Absicht auf die Niemand gehörigen Güter endlich gebühren dem Staate und seinen einzelnen Bürgern gleiche Rechte, und es gilt von ihnen die Regel: res cedit primo occupanti [a]).

D. Nach allen diesen vorausgeschickten allgemeinen Grundsätzen wird es nun leicht seyn, die verschiednen Würkungen der Hoheits- und Eigenthumsrechte in der teutschen Territorialregierung bestimmt anzugeben.

Von den Hoheitsrechten zuerst:

I. Alle Rechte, die vermöge der Landeshoheit ausgeübt werden, bezwecken nicht des Territorialherrn, sondern einzig des Territoriums Wohlfahrt; alle Einkünfte, die aus ihnen fließen, sind zum Besten dieses zu verwenden; bey der Verwaltung der letzteren concurriren, in der Regel, die Landstände, und in Streitfällen kann der Landesherr zur Rechnungsablegung angehalten werden.

II. Die Vorrechte des Fiskus beschränken sich lediglich auf diejenigen Güter und Einkünfte, die der Landesherr als solcher besitzt und bezieht, keinesweges aber können dieselben, in der Regel, auf sein Privateigenthum ausgedehnt werden.

III. Bey Ausübung der Hoheitsrechte ist der Landesherr allein an die staatsrechtlichen Vorschriften gebunden; und alle Verbindlichkeiten, die er als solcher gesetzmäßig übernommen hat, gehen eben so, wie die von ihm, in dieser Eigenschaft erworbenen Rechte, auf die Nachfolger am Regiment über.

IV. Alle Güter, die der Territorialherr als solcher besitzt, und alle Einkünfte, die er vermöge der Oberherrschaft bezieht,

a) Seidensticker Diss. cit. Zentner Diss. cit. §. 45—46. Hr. Prof. Klübers kl. juristi. Biblioth. 19 St. S. 357. flg.

bezieht, fallen nicht seinen Privaterben, sondern dem Landesfolger zu, und es wird daher, wenn solche verschiedene Erben auftreten, eine sorgfältige Sonderung der Staats- und Privatverlassenschaft nothwendig.

V. Die Hoheitsrechte erstrecken sich über das ganze Territorium; über alle darinnen befindlichen Personen und Sachen; wenn aber der Landesherr die Freyheit jener, oder die Rechte in Ansehung dieser, ohne daß es die allgemeine Nothdurft unhintertreiblich heischt, willkührlich zu beschränken beginnt, so stehet der Weg zu den höchsten Reichstribunalien, als der Fürsten und Unterthanen Richter, jedem Betheilten offen [b]).

VI. Da die Hoheitsrechte über das ganze Territorium und alle Bestandtheile desselben sich erstrecken, so sind auch das landesherrliche Eigenthum und alle demselben anklebenden Rechte jenen untergeordnet. Ja wenn selbst das ganze Gebiet aus des Fürsten Gütern bestehen sollte, so darf dieser doch niemals vergessen, daß mit der von ihm erworbenen Landeshoheit auch alle Pflichten eines Regenten auf ihn gekommen sind, und daß es ihm mithin nunmehr obliegt, die Rechte des Eigenthums selbst so zu modificiren, daß nicht durch sie die Staatswohlfahrt untergraben werde.

Ganz anders verhält es sich mit den Eigenthumsrechten.

I. Die Rechte, die der Landesherr in seinem Gebiete als Eigenthümer ausübt, bezwecken nur seinen, oder seiner Familie Vortheile, und es müssen dieselben allein nach den Grundsätzen des Privatrechts, nicht aber nach denjenigen des Staatsrechts beurtheilt werden.

II. Entstehen zwischen dem Landesherrn, als Privateigenthümer betrachtet, und seinen Unterthanen Streitigkeiten, so ist dieses bloße Privatsache, und in vielen Fällen

 vor

b) Wahlkapitulation Art XIX. §. 6. 7.

ritorien bringt es ein veraltetes Herkommen mit sich, daß alsdenn die Landesgerichte selbst, als erste Instanz, von den klagenden Unterthanen angegangen werden müssen c).

III. Bey der Verwaltung des Privateigenthums ist der Regent von den Landständen nicht abhängig; auch seinen Unterthanen irgend eine Rechenschaft zu geben nicht schuldig.

IV. Diejenigen Forderungen, die an den Regenten als Privateigenthümer gemacht werden, sind nach seinem Tode auch an seine Privatverlassenschaft zu verweisen; der Staat bekümmert sich nichts darum.

V. Diejenigen Abgaben und Dienste, die der Landesherr von den Bauern seiner Grundstücke fordert; die Verordnungen, die er ihnen in der Eigenschaft des Grundeigenthümers vorschreibt, u. s. w. können nicht nach staatsrechtlichen, sondern müssen blos nach privatrechtlichen Grundsätzen beurtheilt werden. Und eben so hat man überhaupt in Ansehung aller Sachen, z. B. in Ansehung der Waldungen, der Jagd u. s. w. allezeit die aus dem Eigenthume, von den aus der Landeshoheit fließenden Gerechtsamen sorgfältig zu unterscheiden.

VI. In den meisten Territorien sind eigene Kollegien zur Verwaltung der landesherrlichen Eigenthumsrechte, und andere zur Verwaltung der landesherrlichen Hoheitsrechte niedergesetzt. Sollte dieß aber auch der Fall nicht seyn; so repräsentirt alsdann ein solches Kollegium offenbar verschiedne Personen, und seine Rechte und Verbindlichkeiten sind sodann nach der verschiednen Beschaffenheit der ihm aufgetragenen verschiednen Geschäftszweige allezeit zu beurtheilen.

VII. Das alles indessen hindert es keinesweges, daß nicht unsere Territorialherren in Ansehung ihres Privateigenthums mancher speciellen, von den gemeinen abweichender

c) Wahlkapitulation a. a. O. Hr. RR. Danz im Reichsgerichtsprozeß §. 217.

der Rechte genießen können; vielmehr hat, wie die Erfahrung uns lehrt, die denselben fast unbeschränkt übrig gebliebene Autonomie dergleichen Abweichungen wirklich gar häufig begründet [d]).

In Ansehung beyder Rechte müssen folgende allgemeine Grenzen respectirt werden.

Die Landeshoheit der teutschen Territorialherren erstreckt sich, wie jede höchste Gewalt, über das ganze Territorium; über alle darinnen befindliche Personen und Sachen, so weit der Staatszweck es nothwendig macht, wie oben ausgeführt worden. Kann daher dieser nicht anders, als durch Einschränkung der natürlichen Freyheit der Staatsbürger erreicht werden; so ist der Regent allerdings befugt, Kraft der Oberaufsicht, Polizey- und gesetzgebenden Gewalt, solche Verfügungen zu treffen, wodurch die Unterthanen verbindlich gemacht werden, gewisse Handlungen, sie mögen sich nun auf Sachen beziehen oder nicht, zu thun, oder zu unterlassen, oder etwas zu leiden, wobey sonst, nach der natürlichen Freyheit, alles der Willkühr jedes Einzelnen überlassen gewesen wäre. So zweifelt z. B. Niemand, daß die Freyheit nach Willkühr zu bauen, oder eigenthümliche Holzungen zu benutzen u. s. w., von höchster Gewalt wegen eingeschränkt werden kann; daß diese ferner zu verordnen befugt ist, daß ich leiden müsse, meinen Schornstein segen zu lassen, und dergl. wo ich nach der natürlichen Freyheit nicht schuldig wäre, Jemandem wider meinen Willen meine Thüre zu öffnen; weiter, daß diese eben so berechtigt ist, dafür zu sorgen, daß keine Feuersgefahr und kein Holzmangel u. s. w. entstehe. Immer aber ist dabey wohl zu bemerken, daß dergleichen Einschränkungen von Rechtswegen nie anders geschehen können, als soferne das gemeine Beste es erfordert, keinesweges hingegen blos nach Willkühr, Eigensinn, oder eigennützigen Absich-

d) Hr. RR. Danz im Handb. des teutschen Privatr. S. 214. Zentner Diss. cit. §. 55. 56.

ten des Herrschers, und dann versteht es sich darneben von selbst, daß dieselben nicht etwa nur das eine, oder das andere Individuum, sondern vielmehr alle Unterthanen in verhältnißmäßiger Gleichheit treffen müssen, und daß in zweifelhaften Fällen immer eher weniger, als mehr geschehen darf, weil man sicher als Grundregel bey Errichtung aller bürgerlichen Gesellschaften annehmen kann, daß ein jedes Mitglied derselben zwar die Aufopferung seiner natürlichen Freyheit fürs gemeine Beste, aber doch gewiß nur in der möglichst mindesten Portion derselben sich hat gefallen lassen. So lange es also irgend möglich ist, den Zweck der gemeinen Wohlfahrt ohne, oder doch mit einer geringern Einschränkung der natürlichen Freyheit zu erhalten, so ist es ungerecht, diese ohne Noth, oder über die Gebühr einzuschränken.

Ist nun schon bey der Einschränkung der natürlichen Freyheit so große Vorsicht nothwendig; so muß dieses noch vielmehr in Ansehung desjenigen der Fall seyn, was ein jeder Staatsbürger an besondern Gütern oder Gerechtsamen, als sein rechtmäßig erworbenes Eigenthum (ius quaesitum) sich zuzueignen berechtiget ist. Auch ein solches Eigenthum ist zwar von der höchsten Machtvollkommenheit nicht ganz ausgenommen; aber doch auch nur auf eine sehr genau zu bestimmende Art derselben unterworfen, wenn anders nicht die höchste Gewalt in wahren Despotismus ausarten soll. Soferne nämlich wesentliche Zwecke der gemeinen Wohlfahrt nicht anders zu erreichen stehen, als wenn Beyträge von einzelnen Mitgliedern des Staats dazu erhoben werden, so muß freylich ein jeder sich gefallen lassen, auch das Seinige dazu beyzutragen, jedoch nie anders, als so fern alle Mitbürger, wenn nicht etwa einem, oder anderem ganz besondere gesetzmäßige Befreyungen, als außerordentliche Ausnahmen von der Regel, zu statten kommen, in eben die Last gezogen werden, und nicht über das Verhältniß, worin ein jeder gegen seine übrigen Mitbürger stehet. Nur einem alleine, oder auch nur einer gewissen Anzahl, oder Gattung von Unterthanen eine Last aufzulegen, die allen insgesammt zukäme, oder auch in unverhältniß-

hältnißmäßiger Ungleichheit einem mehr, als dem andern aufzubürden, iſt allezeit unrecht. Auf ſolche Art iſt zwar das Beſteuerungsrecht der Unterthanen in der höchſten Gewalt, ſo fern es das gemeine Beſte erfordert, mit begriffen, ohne daß überhaupt die Unverletzlichkeit des Eigenthumsrechts, das ein jeder Unterthan an ſeinen Gütern hat, dawider angeführt werden kann. Aber aus eben den Gründen, woraus die Rechmäßigkeit der Beſteuerung folgt, ergiebt ſich auch, wie nöthig es ſey, einen verhältnißmäßigen Steuerfuß zum Grunde zu legen, und wie ungerecht hingegen jede Prägravation ſey, wenn dem, der, wo nicht größere, doch auch nicht mindere Vortheile vom Schutze des Staats genießt, doch nicht ein gleicher Antheil an der gemeinſamen Laſt des Staats zugetheilt wird. Ein einziger Fall bleibt außerdem nur noch übrig, wo auch einzelner Unterthanen Eigenthum ein Opfer fürs gemeine Beſte abgeben muß; wenn nämlich die Erhaltung des ganzen gemeinen Weſens, oder eines beträchtlichen Theils deſſelben mit dem Eigenthume eines einzelnen Mitglieds in ſolche Colliſion kommt, daß jenes zu Grunde gehen, oder doch in die äußerſte Gefahr des Verderbens gerathen würde, wenn man nicht, um das Ganze zu retten, lieber einen Theil aufopfern wollte. So läßt man ſich z. B. wenn es darauf ankommt, ein Land für feindlichen Ueberfall durch Verſchanzungen und Feſtungswerke, oder für Ueberſchwemmungen durch Deiche und Dämme zu bewahren, durch den Widerſpruch der Eigenthümer der dazu nöthigen Grundſtücke davon nicht abhalten. Oder wenn durch Abreißung meines Hauſes der Fortgang einer Feuersbrunſt gehemmt werden kann, um nicht die ganze Stadt in Rauch aufgehen zu laſſen, ſo wird es vergeblich ſeyn, mich auf mein Eigenthumsrecht zu berufen; jedoch erfordert auch in allen dieſen Fällen Recht und Billigkeit, den Eigenthümer, durch deſſen Verluſt das Uebrige gerettet wird, durch verhältnißmäßige Beyträge derer, die gerettet werden, ſchadlos zu halten. Von dieſen Grundſätzen kann ſelbſt alsdann Gebrauch gemacht werden, wenn nicht ſowohl die Frage davon iſt, ein gan-

zes Land vom Untergange zu retten, als nur zum Nutzen und zu mehrerer Aufnahme des gemeinen Wesens etwas zu veranstalten; wie insonderheit der Fall mit Anlegung neuer gerader Heerstraßen zum besten Beyspiele dienen kann. Wenn da den Eigenthümern der Grundstücke, die der neue Weg trifft, nur der wahre Werth derselben ersetzt, oder andere Grundstücke von eben der Größe und Güte angewiesen werden, so kann vielleicht nicht verhütet werden, daß denselben doch immer einige Unbequemlichkeit dadurch zuwächst. Aber auch dann muß billig die Bequemlichkeit des ganzen gemeinen Wesens über die Bequemlichkeit eines, oder des andern einzelnen Mitgliedes das Uebergewicht behalten. Und so wenig es Beyfall verdienen würde, wenn diejenigen, denen die Ausübung der höchsten Gewalt anvertraut ist, blos nach ihrem Gutbefinden die Aufopferung einzelner Eigenthumsrechte begehren wollten; so wenig könnte es auch gebilligt werden, wenn jede kleine Unbequemlichkeit oder gar ein bloßer Eigensinn einzelner widersprechender Unterthanen allgemein gemeinnützige Anstalten rückgängig machen sollten. Was endlich in allem dem von eigenthümlichen Gütern Rechtens ist, das gilt auch in seiner Art von wohl erworbenen Gerechtsamen, als Servituten, Privilegien u. s. w. Auch diese können nur in offenbaren Collisionsfällen, und auch alsdann nicht anders, als gegen Schadloshaltung dessen, der damit begünstigt ist, aus höchster Machtvollkommenheit fürs gemeine Beste aufgeopfert werden. Nur treten hier zu Zeiten noch ganz besondere Umstände ein, wenn in der allgemeinen Landesverfassung solche Veränderungen vorgehen, wodurch einzelne Gerechtsame von selbst unnütz oder abgeändert werden, wie z. B. mit Einführung des Landfriedens und Abschaffung des Faustrechts viele Klauseln, wodurch vorher mancher Gläubiger mit eben so großem Rechte, als Nutzen sich das Recht der Selbsthülfe ausbedungen hatte, von selbst ihre Kraft verlohren haben; oder wie mit der veränderten Kriegsart, seitdem Pulver und Bley in Gang gekommen ist, die eigentlichen Lehns- und Ritterdienste unbrauchbar geworden sind, u. s. w.

Jedoch

Jedoch auch da können eben deßwegen oft wichtige Fragen entstehen, ob und wie weit einmal gegründete Gerechtsamen von der Art, zum gerechten Widerspruche gegen solche neue Anstalten dienen können, welche jene Gerechtigkeiten unnütz machen würden? ob z. B. einmal privilegirte Zünfte berechtigt sind, es zu verhindern, wenn alle Zünfte abgeschafft, oder überhaupt zum gemeinen Besten eine, oder andere Veränderungen darinnen gemacht werden sollten? Die höchste Machtvollkommenheit wird unstreitig in so weit den Sieg behalten müssen, daß, in Kollision mit der gesamten gemeinen Wohlfahrt, einzelne Theile zurückstehen müssen. Je leichter jedoch in einzelnen Fällen auf der einen, oder der andern Seite hier zu weit gegangen werden kann, je billiger ist es, in Anwendung der höchsten Machtkommenheit lieber die Milde, als die Härte vorzuziehen. Und wo irgend die Umstände darnach sind, daß eine gerichtliche Erörterung statt finden kann, darf, in der Regel, Niemanden, der sich auf sein Eigenthumsrecht, oder andere wohl erworbene Gerechtsame beruft, das rechtliche Gehör versagt werden, um allenfalls gerichtlich zu erörtern, ob er zum Widerspruche gegründete Ursache habe? oder ob er nicht selbst im Wege Rechtens, für schuldig erkannt werden könne, durch ungegründeten Widerspruch gemeinnützige Anstalten nicht zurückzuhalten, so wie eine ohne Grund versagte väterliche Einwilligung, allenfalls von Obrigkeitswegen zu ergänzen, selbst ausdrücklichen Gesetzen gemäß ist e). Diese Fälle inzwischen bey Seite gesetzt, muß das für alle Regenten und Obrigkeiten eine goldene Regel seyn und bleiben: daß selbst die höchste Gewalt nicht berechtigt ist, Jemandem sein Eigenthum, oder wohl erworbenes Recht zu nehmen, als dessen Erhaltung und Sicherheit eine der ersten Triebfedern ist, welche Menschen aus ihrer natürlichen Freyheit in bürgerliche Gesellschaften sich zu begeben bewogen hat, deren erste Grundfeste also nicht ärger erschüttert

e) Hr. NR Danz a. a. O. S. 148.

werden könnte, als wenn eine höchste Gewalt sich das herausnehmen will, über Güter und Gerechtigkeiten nur nach Gutfinden, oder aus Eigensinn etwas zu verordnen [f]. Weil indessen in allen bisher angeführten Fällen, wo die höchste Gewalt selbst über die Substanz einer den Unterthanen eigenthümlich zugehörenden Sache, oder Befugniß disponirt, diese bey der Ausübung eines solchen Eingriffs in die Eigenthumsrechte, gewissermaaßen in die Stelle des Eigenthümers tritt, so hat man jene Gerechtsame der Staatsgewalt mit dem Namen des **Staatsobereigenthums** (dominii eminentis) belegt. Schicklich ist diese Benennung eben nicht; vielmehr ist sie eine fruchtbare Mutter mannichfacher, zum Theil höchst schädlicher Irrthümer geworden. So haben einige, z. B. Hr. Prof. Fischer [g] ein wahres **Staatseigenthum** sich darunter gedacht, und andere, z. B. Hr. von **Selchow** [h], die oberaufsehende, gesetzgebende und Polizeygewalt unter ihr begriffen geachtet. Allein sie hat nun einmal das Bürgerecht sich erworben, und man muß sich daher nur hüten, daß ein von einigen mißverstandener Name uns nicht zu Irrthümern in der Sache selbst führe.

Alle bisher aufgezählten Rechte der Staatsgewalt übrigens, die sämmtlich theils in Ansehung der Handlungen der Staatsbürger überhaupt, theils in Ansehung der im Privateigenthume bereits befindlichen Güter [i] sich wirksam äußern, sind sichtbar unentbehrliche Mittel zur Erreichung

f) Hr. GJR. Pütter in den Beytr. Thl. 1. Nr. 19. und 20.

g) Hr. Prof. Fischer vom erbschaftl. Versendungsrechte §. 3. S. 13.

h) de Selchow in iur. germ. §. 436.

i) Ob dieses Privateigenthum Staats- oder Landesherrliches oder anderer Privaten Eigenthum ist, ist, der Wirkung nach, ganz gleichgültig. Uebrigens auch in Ansehung der Adespota kann das sogenannte Staatsobereigenthum in so ferne sich wirksam äußern, daß dieselben, wenn das Staatswohl es erfordert, und es an andern Hülfsmitteln fehlt, von dem Staate, mit Ausschluß der Staatsbürger, gebraucht werden dürfen.

chung des Staatszwecks; sind Bestandtheile, oder vielmehr Ausflüsse der gesetzgebenden und vollziehenden Gewalt; sind daher in allen Staaten gleich nothwendig; werden mithin mit Recht **wesentliche Hoheitsrechte** (S. 234) genannt, und können folglich von einzelnen Staatsbürgern, sie mögen physische oder moralische Personen seyn, als solchen niemals in Anspruch genommen werden. Nur durch, aus Gründen der Staatswohlfahrt und landesverfassungsmäßig geschehene ausdrückliche oder stillschweigende [k]) Bewilligung des Landesherrn gehen solche auf Privatpersonen über, und selbst in dem Falle einer solchen wirklich geschehenen, erweislichen Uebertragung muß diese doch immer noch, als der höchsten Staatsgewalt beständig und durchaus untergeordnet geschehen, betrachtet werden.

Spricht hingegen der Landesherr wahre Ausflüsse des Eigenthums, oder andere, in die natürliche Freyheit der Staatsbürger, oder in die Rechte des Privateigenthums eingreifende, aus jenen Quellen nicht fließende Gerechtsamen, als Hoheitsrechte an; so streitet die Vermuthung für die Unterthanen, und wider ihn. Ihm liegt daher jedesmal der Beweis ob, daß die angesprochenen Rechte auf eine der Landesgrundverfassung gemäße, gesetzliche Art den Unterthanen entzogen, und zu **Regalien** erhoben worden sind (S. 235).

§. 170. b.

Nachdem die Begriffe von **publiken Sachen**, nach Grundsätzen **teutscher** Gesetze, auseinander gesetzt worden, so sollen die Arten derselben angeführt werden, und dazu gehören 1) die Flüsse und Seen mit ihren Gestaden, Betten, Inseln und übrigen Zubehörungen; 2) die öffentlichen Wege und Heerstraßen; 3) alle öden Plätze, Berge, Hügel, Thäler, Waldungen, Gebüsche u. dgl., welche nicht als

k) Wenn von einer Erwerbung durch Verjährung die Rede ist, so wird der Ablauf einer unfürdenklichen Zeit vorausgesetzt.

als Theile von Privatgütern betrachtet werden können; 4) die Gold- oder Silberbergwerke im ganzen Lande; 5) diejenigen Grundstücke, welche Cammergüter, Domainen, Tisch- und Tafelgüter genennt werden.

Zu den Sachen, bey welchen in der Ausübung der darüber zustehenden Gerechtsamen leicht Kollisionen zwischen Landeshoheit und Privateigenthum entsteht, gehören vorzüglich die Flüsse, schreibt Hr. RR. Danz. Unläugbar sind sie Theile eines Territoriums, und die höchste Staatsgewalt oder Landeshoheit erstreckt sich daher auch über sie (S. 245); allein daraus läßt sich noch nichts in Ansehung des Eigenthums derselben folgern (S. 225), vielmehr sind in Rücksicht auf dieses folgende Grundsätze zu bemerken:

I. Ströme, Flüsse, überhaupt Gewässer aller Art, werden als festes Land angesehen, und gehören daher in der Regel demjenigen, auf dessen Grundeigenthume sie hinfließen.

II. Kleine Bäche, wie auch kleinere stehende Gewässer stehen daher unläugbar dem Eigenthümer des Grund und Bodens, auf dem sie sich befinden, mit allen daraus erwachsenden Nutzungen, zu, und wenn der Landesherr solche unter dem Namen der Regalien anspricht, so liegt ihm der Beweis ob, daß dieselben diese Eigenschaft auf eine gesetzliche Weise erlangt haben. Wie die Bäche bisweilen dem Landesherrn ausdrücklich zugeschrieben worden, davon können die Weißthümer der Obergrafschaft Catzenellenbogen zum Beweise dienen [1]).

III. Größere Flüsse und Gewässer hingegen können, ihrer Natur nach, dem Privateigenthume nicht einverleibt werden, ihr Eigenthum gehört daher der obersten Staatsgewalt; das Recht aber, dieselben zu benutzen, kann nach einer

1) G. L. Boehmer D. de cent. sublimi, in App. in *Eius* Elect. iur. civil. Tom. II. p. 403. sq.

einer jeden Staatsverfassung verschieden seyn [m]). Die Römer legten das Eigenthum der Flüsse der höchsten Gewalt bey; deren Benutzung hingegen war jedem aus dem Volke verstattet, wie S. 219 gezeigt worden [n]). In Teutschland nahm man andere Grundsätze an, und so wie in Italien Kaiser Friedrich I. die größern Flüsse dem kaiserlichen Fiskus zueignete [o]), so rechneten auch die teutschen Könige und ihre Nachfolger das Eigenthum derselben, mit allen daraus erwachsenden Nutzungen, zu den ihnen allein zustehenden Hoheitsrechten [p]). Alle die Rechte, welche die Stände, vor Entstehung der Landeshoheit, darauf ausübten, hatten sie daher lediglich einzelnen Verleihungen, womit sie von den Kaisern begnadigt wurden, zu verdanken [q]). Dieß gieng so weit, daß sich nicht leicht ein Recht an einem größern Flusse denken läßt, welches die Kaiser nicht, bald in größerem, bald in beschränkterem Umfange, zu Gnadensbezeugungen benutzten. Selbst sogar bey kleineren Flüssen war dieß oft der Fall. Allein daraus folgt keinesweges, daß auch alle kleineren Flüsse zu den kaiserlichen Regalien gerechnet worden sind; denn eben so haben die Kaiser öfters Sümpfe, wüste Plätze und dergleichen verschenkt; man würde aber sehr irren, wenn man deswegen alle Sümpfe, wüste Plätze u. d. gl. unter die kaiserlichen Hoheitsrechte zählen wollte. Dergleichen Gegenstände

m) Fr. Chr. Geiger de regali fluminis, Argent. 1734. c. 1. §. 9. c. 2. §. 1. not. m.

n) C. Fr. Winckler D. de iure circa flumina, Kiel. 1758. §. 4. Seidensticker Diss. cit. Sect. II. §. 30. G. L. Boehmer l. c. c. 2.

o) II. F. 56. Seidensticker l. c. Sect. III. §. 49.

p) Benj. Leuber Magdeburgische Stapel und Niederlage, derselben Fug und Unfug, Nr. 85.

q) Beweise hierüber liefert: Joh. Ernst Fried. Danz. Die Oberherrschaft über den Rhein, und die Freyheit der Rheinschifffahrt nach Grundsätzen des teutschen Staatsrechts betrachtet, Erff. 1792. §. 2, 3.

stände wurden als Zugehöre der kaiserlichen Kammergüter, die die Kaiser als Privatgüter besaßen, verschenkt r).

Durch die allzugroße Freygebigkeit der Kaiser, und durch die nach und nach zu ihrer völligen Reife gediehene Landeshoheit der Stände indessen, verlohr sich dieses kaiserliche Vorrecht allmählig ganz; denn wenn es nicht an Beyspielen fehlt, daß ganze Territorien durch kaiserliche Schenkungen ursprünglich begründet worden sind, so wie einträgliche Zölle, Münzen und andere Regalien, aus Freygebigkeit, von den Kaisern vergeben wurden, so läßt sich leicht begreifen, warum die Urkunden so voll von kaiserlichen Verleihungen der Flüsse und der Gerechtigkeiten darauf sind. Mit der Landeshoheit endlich, die nicht blos einzelne Regalien enthält, sondern ein Inbegriff von Regierungsrechten ist, wurden alle Rechte, welche vorhin nur die Kaiser in ganz Teutschland ausübten, und die nicht etwa, aus besondern Gründen, der kaiserlichen Gewalt vorbehalten geblieben sind, einem jeden Reichsstande, als Zugehöre seiner landesherrlichen Gewalt, zu Theil; und so giengen denn auch alle kaiserliche Rechte in Ansehung der Flüsse auf die Stände über, und zwar, als eigene Rechte, als Hoheitsrechte, welche sie nicht, wie ehedem, kaiserlichen Begnadigungen zu verdanken hatten.

Nunmehr also erstreckt sich die landesherrliche Oberherrschaft über die Flüsse unwidersprechlich so weit, als die Grenzen des Territoriums reichen, das dieselben durchströmen. Allgemeine Verleihungen aber, welche ein Reichsstand etwa in ältern Zeiten erlangt hat, können so wenig über die Grenzen dessen Gebietes ausgedehnt werden, als sich aus einem einzelnen Rechte ein Eigenthum, sogar in fremdem Lande, nur mit einigem Scheingrunde folgern läßt. Und soll eine Ausnahme von dieser Regel statt finden, so muß dieselbe auf besonderen, bestimmten, gültigen Verleihungen,

r) Pütters Beytr. Thl. 1. S. 206. Strubens Bed. Thl. 2. Bed. 73. S. 278.

hungen, oder Verträgen, beruhen s). Scheidet hingegen ein Fluß verschiedene Reichslande; so muß, da die Grenze nur eine Linie seyn kann, diese Linie durch die Mitte des Flusses gezogen werden; oder die Grenze der Gebiete geht durch die Mitte des Flusses, und das Eigenthum von diesem, steht jedem der anliegenden Staaten zur Hälfte zu. Diesem Grundsatze sind bisher alle Völker nachgegangen, und eine Menge unverwerflicher Urkunden beweißt, daß man demselben auch in Teutschland, schon in den ältesten Zeiten, bey größeren und kleinern Distrikten, ja selbst bey Wäldern und Bannforsten, die sich an Flüsse erstreckten, gefolgt ist t). Veranlassen auch zuweilen frühzeitigere Eroberungen, oder besondere Gedinge, Abweichungen von dieser Regel; so gehört dieß doch unter die Ausnahmen, welche nicht vermuthet werden. Z. B. zwischen Chur-Trier und Hessendarmstadt ist der Salmfang im Rhein, bey Braubach, gemeinschaftlich u).

IV. Mit dem Eigenthume der Flüsse ist auch das Recht Dämme und Krippen anzulegen, und überhaupt alle Vorkehrungen zu treffen, die dem Einreißen des Strohms Einhalt thun (potestas aggerum et munitionum), ferner das Recht, zum Anlanden der Schiffe, zum Aus- und Einladen der Waaren, bequeme Oerter am Ufer zubereiten zu lassen; endlich das Recht, wegen Einrichtung eines Pfades, zum Ziehen der Schiffe, die zu Berg oder gegen den Strohm

s) de GATZERT Progr. III. de dominio Moeni, quatenus inprimis spectat ad sereniſſimos Haſſiae Landgrauios, tanquam comites in Catimeliboco, Gieſſ. 1771. §. 3. Schnauberts Staatsrecht, §. 158.

t) Helf. Bernh. WENCK de dominio Moeni comment. I. Darmſt. 1786. §. 2. not. d. e. f. Derselbe in der Hessischen Landesgeschichte, 1 B. S. 40. 41. J. M. Kremers genealogische Geschichte des Nassauischen Hauses, §. 3. S. 6. v. Bars behauptete Vorrechte der ehemaligen Bannforste, Beyl. 3. Mosers teutsches nachbarl. Staatsrecht 3. B. 15. Kap. S. 442. flg. WINCKLER l. c. §. 8.

u) Danz a. a. O. §. 1. 4.

Strohm fahren, oder des sogenannten Leinpfades, die nöthigen Verfügungen zu treffen v). Mit dem Rechte, Dämme anzulegen, sind ripatica, deren II. Feud. 56 gedacht wird, oder das ius ripaticorum, nicht zu verwechseln x). Der Name **Leinpfad** kommt her von **Leine**, ein Seil oder Strick, in Sachsen **Trödel**. Die Menschen, welche die Schiffe ziehen, heißen **Baum-Etscher** vom **Mastbaume**, und dem Angelsächsischen **Aeddre**, das heißt Seil y).

Nach römischen sowohl als teutschen Rechten ist zwar das **Ufer** ein Gegenstand des Privateigenthums, und gehört den anliegenden Landeigenthümern, allein doch so, daß der öffentliche Gebrauch des Flusses nicht gehindert werden darf. In so ferne also zur öffentlichen Schifffahrt, oder zur Benutzung der Ströhme überhaupt jene Anstalten, und namentlich auch ein Fußsteig am Ufer nöthig sind, in so weit müssen die anliegenden Länderbesitzer solche verstatten, und diese Dienstbarkeit sich gefallen lassen. Der Westphälische Friede und die Wahlkapitulation verordnen zwar das nicht ausdrücklich; aber es ist doch dem Sinne derselben gemäß, da sie die Handlung zu Wasser und zu Lande so sehr begünstigen, und das **Flußregal** ohne jene Vorkehrungen, und namentlich auch ohne Leinpfade nicht gehörig ausgeübt werden kann. Hingegen müssen die Schiffer, so viel möglich, den Schaden der Eigenthümer des Ufers verhüten, und besonders Früchte und Bäume möglichst schonen z). Diesem allen nach liegt es denn von selbst am Tage, daß der Landesherr befugt seyn muß, in Ansehung jener Gegenstände

v) de GATZERT l. c. §. 13.

x) WINCKLER l. c. §. 13. Io. Henr. MEIER D. de iure ripaticorum, seu de iure habendi pontonem in flumine publico, vulgo Fährgerechtigkeit, Erf. 1714. §. 3.

y) Chr. Gottl. BIENER D. de semita nautarum in ripis fluminum nauigerorum, Leinpfad seu Trödel vulgo appellata, Lipſ. 1787. Klübers kl. juriſt. Bibliothek, Stck. 15. S. 310 fl.

z) BIENER Diſſ. cit. c. I. II.

stände, und besonders auch in Ansehung des Gebrauchs der Leinpfade, zur Beförderung der Schifffahrt und Handlung, für die Schiffer sowohl, als die Eigenthümer des Ufers, Gesetze und Verordnungen zu machen [a]), Thürme und andere nöthige Merkmale errichten zu lassen, u. d. m.; dafür auch gewisse Abgaben von den Schiffern zu erheben, wo Gesetze, Privilegien, oder Herkommen ihn dazu berechtigen, oder wo der zum Vortheil der Schifffahrt erforderliche Aufwand eine mäßige Abgabe rechtfertigt. Scheidet der Fluß zwey Gebiete, so ist es, der Regel nach, den Schiffern überlassen, auf welcher von beyden Seiten sie sich des Ufers bedienen wollen [b]).

V. Aus der, den teutschen Territorialherren über die Flüsse zustehenden, Hoheit folgt indessen keinesweges das Recht derselben, eigenwillige Beschränkungen der Schifffahrt vornehmen zu dürfen; vielmehr unterscheiden sie sich hierin wesentlich von den Regenten unabhängiger Staaten. Keine unabhängige Macht wird sich anders, als durch Verträge, die Hände binden lassen, an Flüssen, welche ihr Gebiet durchströmen, nach Gutdünken Anlagen zu machen, wenn solche auch einer benachbarten Macht zum Nachtheil gereichen sollten; unternimmt aber ein teutscher Reichsstand an einem Flusse etwas, das denselben schiffbar zu machen hindern würde, so stehen dessen Unternehmen allgemeine Reichsgesetze entgegen, die jedem Andern das Recht geben, Klage darüber zu führen [c]). Aus eben dieser Quelle fliessen die von dem Völkerrechte abweichenden Einschränkungen, denen die Hoheit teutscher Reichsstände, in Betracht der Schifffahrt, unterworfen ist, nach welchen es in keines Reichsstandes Macht steht, derselben willkührliche Grenzen zu

a) Moser von der Landeshoheit in Ansehung Erde und Wassers, Cap. 18 §. 2.

b) Biener Diss. cit. c. III.

c) Inst. Pac. Osn. Art. IX. § 1. Wahlkapitul. Art. 8. §. 7. Cramers Nebenst. Th. 108. Nr. 1. Mosers Reichshofraths-prozeß, Thl. 1. Cap. 2. §. 39.

zu setzen: sie beruhen auf der Verbindung, worin alle teutsche Reichsstände, als Glieder eines Reichs, mit einander stehen, und nach dieser Verbindung müssen dieselben die Vorschriften allgemeiner Reichsgesetze, welche eine unbeschränkte Freyheit der Schifffahrt gebieten, als verbindende Normen anerkennen [d]).

Die Freyheit und Aufnahme der teutschen Schifffahrt, womit der Flor des Handels in unzertrennlicher Verbindung steht, mußte natürlich mit dem innern Zustande Teutschlands, immer in gleichem Schritte gehen. So hoch die Stufe war, welche die Schifffahrt unter den Karolingern zu erreichen schien, so bald verschwand doch wieder diese für Teutschland glänzende Aussicht, da dieser Fürstenstamm sich der Erlöschung nahte. Kaiser Karl der Große hatte den ungeheuern Plan entworfen, den Rhein und die Donau, mittelst eines Canals, zu vereinigen. Das Werk ward angefangen, aber wieder rückgängig [e]). Unter den sächsischen Kaisern schien sich zwar die Schifffahrt wieder zu heben; allein unter den fränkischen Kaisern sank sie wieder eben so tief; und unter den schwäbischen Kaisern vermochten alle Bemühungen Friedrichs I. keinen dauernden, günstigen Erfolg zu bewirken, der nachher, zu den Zeiten des so genannten großen Zwischenreichs, noch weit weniger zu hoffen war. Durch den Mißbrauch der Zölle und durch die überhand nehmenden Räubereyen und Plünderungen, wurden der Schifffahrt die größten Hindernisse in den Weg gelegt. Stände, welche nicht mit Zöllen begabt waren, maßten sich derselben, aus eigener Macht, an, und diejenigen, denen solche verliehen waren, erhöheten dieselben nach Willkühr. Darneben drohten die gewaltsamen Beraubungen den Reisenden; auf Gewässern und

d) G. L. Boehmer D. de iure principis libertatem commerciorum restringendi in vilitatem subditorum, §. 25. 26. in *Eius* Elect. iur. ciuil. T. III. p. 195.

e) Pütters Entwickel. der teutsch. Staatsverf. Th. 1. S. 58.

und Landstraßen war keine Sicherheit. In mehrern Reichsgesetzen f) suchte man zwar dem Unwesen zu steuern; allein diese Verordnungen blieben ohne die gehoffte Würkung. Unter Wilhelm von Holland ward deswegen im Jahr 1254 der große Rheinische Bund geschlossen, eine Vereinigung, welche die Beseitigung jener Hindernisse des Handels und der Schifffahrt zum Zweck hatte. So lange indessen die Schifffahrt nur für die Handlung treibenden Städte eine Nahrungsquelle war, so lange waren andere Stände wenig darum bekümmert; die Städte und die Kaiser trugen hauptsächlich Sorge, dieselbe in Aufnahme zu bringen. Da aber endlich die Zölle, diese so ergiebige Einnahme, in die Hände mehrerer Stände kamen; da dieselben in der Folge hauptsächlich unter Kaiser Karl IV., vorzüglich den Churfürsten, zu Theil wurden; da überdieß noch besondere Abgaben für das Geleite entrichtet werden mußten; da mußte freylich schon dieser Vortheil, der von so großem Belange war, auch bey andern Ständen, günstigere Grundsätze für die Schifffahrt erwecken, und besonders die Rheinischen Churfürsten, wegen der Rheinzölle bewegen, jenen alten Hindernissen der Schifffahrt, dem Mißbrauche der Zölle und der Unsicherheit der Flüsse, mit vereinten Kräften entgegen zu arbeiten. Bald fieng man daher nun an, vom Reichs wegen für die Beförderung der Schifffahrt Sorge zu tragen, und eine ganze Reihe älterer und neuerer Reichsgesetze stellte es nunmehr außer Zweifel, daß die teutschen Territorialherren durchaus nichts, es habe auch Namen wie es wolle, zum Nachtheil derselben unternehmen dürfen g).

f) R. A. v. 1235. Cap. 10. §. 1. in der neuen Samml. der Reichsabschiede, Thl. 1. S. 22. 23.

g) Landfriede v. 1548. §. 1. in der neuen Samml. der R. A. Thl. 2. S. 575. R. A. v. 1555. ebend. Thl. 3. S. 17. I. P. O. Art. IX. §. 1. 2. Wahlkapitulat. Art. VII. §. 1. 3. Art. VI. §. 6. 7. 17. 22. 23. Ioh. And. ENGELBRECHT Corpus iuris nautici, 1ster Band, Lübeck 1790. Danz a. a. O. §. 20. 29. flg.

Außer den bereits angeführten Benutzungen der Flüsse gehören noch mancherley Gerechtsame hierher, und darunter ist auch das Recht, Wassermühlen anzulegen [h]). Hierbey kommt es auf folgende Grundsätze an.

1) An und für sich betrachtet, ist dieses Recht offenbar kein Hoheitsrecht, vielmehr blos ein Ausfluß des Eigenthums, das mithin ein jeder Eigenthümer auf seinem Grund und Boden frey ausüben kann.

2) An kleinen Bächen und Gewässern daher, die sich in dem Privateigenthume befinden, ist der Eigenthümer derselben, so wie er alle Nutzungen daraus bezieht, auch Mühlen anzulegen, wohl berechtigt, ohne daß er einer landesherrlichen Vergünstigung dazu bedürfe.

3) Bey großen, zum Staatseigenthume gehörenden, Flüssen und Gewässern hingegen, wird zur Ausübung jenes Rechts eine Erlaubniß des Territorialherrn nothwendig erfordert; welche auch der Regel nach gegen die Entrichtung eines gewissen Mühlenzinses ertheilt zu werden pflegt.

4) Behauptet der Landesherr, das Recht Mühlen zu errichten, sey ohne Unterschied, ob dasselbe auf staats- oder privateigenthümlichen Grundstücken ausgeübt werden solle, ein Regale, so streitet die Vermuthung wider ihn, und ihm liegt daher der Beweis ob, daß solches diese Eigenschaft auf eine gesetzmäßige Weise erlangt habe [i]).

Wer auch immer das Mühlenrecht ausüben mag, er sey Territorialherr oder Privatperson, muß stets dafür sorgen, daß bey Erbauung, Wiederherstellung, Verlegung oder

h) Ioh. Hering tr. de molendinis eorumque iure, Frf. 1663. 4. Wernher P. II. Obs. 382. Leyser Spec. 426. med. 8. Tob. Iac. Reinhardt D. de eo quod circa molendinorum exstructionem atque bannum iustum est, Gött. 1740. Biener de nat. dom. §. 23. Rohrs Haushaltungsrecht, B. 4. Cap. 11. Westphals Privatrecht, Thl. 2. S. 158.

i) Königl. Preuß. Landrecht, Th II. Tit. 15. §. 232 Herr v. Quistorp in den rechtl. Bemerk. aus allen Theilen der Rechtsgelahrheit, Leipz. 1793. Nr. 5. S. 39.

oder Verwandlung einer Mühle den Besitzern der benachbarten Ländereyen kein Schaden zugefügt werde. Besonders ist dieses in Beziehung auf die so genannten Fachbäume und Sicherpfähle von der höchsten Wichtigkeit; denn ein, auch öfters nur kleines, Versehen beym Legen oder Setzen derselben, kann die zerstörendsten Ueberschwemmungen, und vorzüglich großen Nachtheil für die übrigen, an demselben Flusse etwa angelegten Mühlen, zur unvermeidlichen Folge haben. Der Müller darf daher, damit er sein Wassermaaß nicht überschreite, den Pfahl nicht vor sich und allein stoßen, oder den Baum legen, sondern dieses muß mit Zuziehung dazu verordneter Rechts- und Mühlbauverständigen geschehen. Eben so wenig ist der Müller berechtigt, Pfahl und Baum, wenn sie schadhaft geworden seyn sollten, vor sich, und allein wieder zu befestigen, auszubessern, oder neu zu machen, sondern auch dergleichen Reparaturen erfordern die Gegenwart der dazu bestellten, verpflichteten Personen [k]). In dieser Hinsicht sind in mehrern Territorien eigene Gerichte, unter dem Namen der Wassergerichte angeordnet, welche die Aufsicht über den Mühl- und Wasserbau zu besorgen haben [l]). Von dem Fachbaume und dem Sicherpfahle findet man in der angeführten Bilerschen Dissertation folgende Begriffe. Der Fachbaum nihil aliud est, quam terminus ligneus, prope ripam positus, vt certa portio aquae ad destinatum molendinum sine damno et impedi-

k) Io. Math. Biler D. de arbore et palo molendinario, Erf. 1759. Io. Ge. Liebknecht de eo quod circa palos terminales aquarum et molendinorum ex arte cognitum et necessarium est, Gies. 1728. Horn in Iur. feud. in app. p. 249. Westphals Privatrecht, Th. 2. S. 171. flg. v. Cancrins Abh. vom Recht des Eich- und Sicherpfahles, Giessen 1788. 8. steht auch in s. kleinen technolog. Werken, B. 2. Nr. 3. v. Rohrs Haushaltungsrecht 4 Buch 12 Cap.

l) v. Cramers Nebenst. Thl. 23. Nr. 2. Thl. 30. Nr. 5. Thl. 75. Nr. 1. Westphal a. a. O.

Universitäts Bibliothek Rostock http://purl.uni-rostock.de /rosdok/ppn1701684934/phys_0327 DFG

mento superioris in cursu consueto et determinata mensura fluat, et superfluum alio deducatur. Der Sicherpfahl nihil aliud est, quam terminus, certo et signato loco prope aquam positus, quo dem Fauchbaum und den Wasserrinnen mensura et modus datur, ita, vt omnes inferioris molendini partes accuratissime cum eo conuenire, et ne latum digitum ab eo recedere debeant. Uebrigens liegt es von selbst am Tage, daß die eben bemerkten Einschränkungen der Eigenthümer bey dem Mühlenbau in der landesherrlichen Oberaufsicht und Polizeygewalt allein ihren Grund haben, und es kann daher auch ganz keinem Zweifel unterworfen seyn, daß alle Mühlenbesitzer ohne Ausnahme, unter welchem Titel sie auch immer die Mühlen inne haben mögen, dergleichen von der Staatsgewalt erlassene Verfügungen unverbrüchlich befolgen müssen. Es beschränkt sich aber die territorialherrliche Oberaufsicht und Polizeygewalt nicht nur hierauf, sondern sie erstreckt sich auch eben so auf das Mahlen selbst. Jeder Müller muß sich demnach nicht nur das Visitiren seiner Mühle von den dazu verordneten öffentlichen Personen gefallen lassen, sondern auch, falls Betrügereyen ihm zur Last fallen, sich den gesetzlichen Strafen unterwerfen. In den meisten Territorien geben hierüber eigene Mühlordnungen Ziel und Maaß, und nicht selten wird in diesen der Mißbrauch des Mühlrechts mit dem Verlust des Mühlenprivilegiums selbst verpönt m).

Außer den Wassermühlen giebt es auch Windmühlen, und es soll daher auch hier, des Rechts, dergleichen anzulegen, des Zusammenhanges wegen, mit wenigem gedacht werden. Im Mittelalter, wo man so emsig allgemeine Quellen aufsuchte, aus denen man die Zahl der Regalien nach Willkühr recht bequem vermehren konnte, stellte man unter andern auch den Satz auf: der Wind gehöre

m) Schröters Abhandl. zur Erläuterung des teutschen Rechts, 2 B. S. 108 ff.

gehöre der Herrschaft, und folgerte daraus sogleich: das Recht Windmühlen anzulegen, sey keinesweges ein Ausfluß des Eigenthums, sondern stehe dem Landesherrn zu, und könne daher, ohne die Vergünstigung dieses, nie ausgeübt werden n). Allein für diese Behauptung ist durchaus kein Grund da, vielmehr streitet auch hier für die natürliche Freyheit, und die unbeschränkten Eigenthumsrechte der einzelnen Staatsbürger die Vermuthung so lange durchaus, bis der Territorialherr eine landesverfassungsmäßig gegründete Ausnahme rechtserforderlich darthut o). Das hingegen leidet keinen Zweifel, daß auch die Windmühlen, es mag sie angelegt haben, wer es sey, eben so wie die Wassermühlen, der landesherrlichen Oberaufsicht und Polizeygewalt stets unterworfen bleiben. — So viel an diesem Orte von Mühlen.

Außer den angeführten Rechten teutscher Landesherren über die größern Flüsse und Seen, mit ihren Betten, Inseln, Ufern, und übrigen Zubehörungen derselben, hat der Regent das Recht, Dinge von einem vorzüglichen Werth, die in diesen Flüssen gefunden werden, als Nutzungen derselben, sich zuzueignen, und dahin gehören z. B. Goldsand, kostbare Steinarten, die Fischerey u. s. f. Er ist ferner berechtigt, für die Verstattung des Gebrauchs des Wassers zur Schifffahrt, zu Anlegung einer Mühle, für die Haltung einer Fähre, eine gewisse Abgabe zu verlangen. — Eben so darf der Regent zur Anlegung, Ausbesserung und Unterhaltung der Brücken und Schleußen, ein bestimmtes und mäßiges Schleußen- und Brückengeld einfordern lassen. Die Unterthanen haben jedoch das Recht, aus diesen öffent-

n) Eisenhart von Sprüchwörtern, S. 186 der 2ten Ausg. Beckmanns Geschichte der Erfindungen, 3 B. 1 Stck. S. 63. Jargow von Regalien, 2 B. 2 Cap. 10. §. S. 494 ff.

o) Herr v. Quistorp in den rechtl. Bemerk. S. 39. Mösers Phantasien, Thl. 2. Nr. 72. S. 410.

lichen Flüssen, Wasser zu ihrer Nothdurft schöpfen zu können p).

Die öffentlichen Wege und Heerstraßen sind zwar in Ansehung des gewöhnlichen Gebrauchs für jeden bestimmt, der sich im Staate befindet, und daher kann jeder Reisender, der weder Zoll noch Geleite zu geben schuldig ist, zu Fuß, zu Pferde und mit einem Wagen, seinen Weg hinnehmen, wohin er will. Alsdenn ist aber diese Freyheit eingeschränkt, wenn er, um seine Verbindlichkeiten nicht zu erfüllen, einen andern als den gewöhnlichen Weg nehmen will q). Jedermann muß daher die zu Anlegung, Erhaltung und Besserung der Wege festgesetzten Abgaben, bezahlen.

Was die übrigen hierher gehörenden S. 251 angeführten Dinge betrifft, so wird davon in der Folge, z. B. bey der Lehre von der Erwerbung des Eigenthums, das Wichtigste vorkommen, und ich will daher zum Beschluß dieses Paragraphens, über die heut zu Tage vorkommenden Domainen nur noch etwas bemerken. Nach den Grundsätzen des allgemeinen Staatsrechts können in Rücksicht auf den Regenten dreyerley Güter unterschieden werden, nämlich 1) Staatsgüter, Reichsgüter, landschaftliche Güter, welche drey Benennungen gleich bedeutend sind; 2) Kronengüter, Domänen, Domanialgüter, Cammergüter, worunter man wieder einerley Sachen versteht; 3) Privatgüter des Regenten oder so genannte Chatullgüter.

Unter Staatsgütern, oder wie sie sonst heißen, versteht man alle Güter, welche zur Bestreitung der öffentlichen Ausgaben, und zur Herbeyschaffung der allgemeinen Bedürfnisse des Staats bestimmt sind r).

Die

p) Herr v. Moser von der Landeshoheit über Erde und Wasser, Cap. 8. §. 6.

q) Herr v. Moser a. a. O. Cap. 3. §. 8.

r) CONRING de aerario boni Principis recte constituendo, Helmst. 1663. Casp. KLOCK de aerario cum obseruat. Chr. PELLERI, Norimb. 1651. Dan. Geo. STRVBE diatr. de collectarum

Die Domänen, bey geistlichen Regenten, die Tisch- und Tafelgüter, sind zum Unterhalt des Regenten bestimmt s). Das Eigenthum an beyden Arten des Staatsvermögens gehört der Regel nach dem Staate; und der Regent hat die bürgerliche Oberherrschaft über diese Dinge, die er aber nach den Staatsgrundgesetzen ausüben muß. In den geistlichen Reichsländern gehört das Eigenthum über die Tafelgüter nicht dem Prälaten, sondern dem Stifte, und der Prälat muß die Verwaltung und Benutzung derselben der Stiftsverfassung gemäß einrichten t).

Chatullgüter des Regenten sind diejenigen, welche er nicht als Regent, sondern als Privatperson besitzt, und darüber ihm das Eigenthum zustehet. Wie wir wissen, stellt der Regent eine doppelte Person vor, und seine Güter, die ihm als Privatperson gehören, werden dadurch, daß er die Regentschaft hat, nicht mit dem Staatseigenthum vermischt, sondern behalten vielmehr die vorigen Eigenschaften, und er ist Eigenthümer davon u). Unter den spätern römischen Kaisern wurden diese Güter, ratio Caesaris, res Principis priuata, res dominica genennt x).

lectarum et aerariorum prouincialium origine, in *Eius* Obs. iur. et hist. germ.

s) Chr. FRIESE Ius domaniale ex celeber. Ietorum dissertat. et tractatibus repraesentatum, Frf. 1706. fol. Schreibers Abhandl. von Cammergütern, Leipz. 1754. 4.

t) Herr v. Buri in der Erläut. des Lehnrechts, S. 477 ff. Hr. HR. Runde in den Anmerkungen dazu, S. 77. Herr HR. Schnaubert in der Erläut. des Lehnrechts, S. 95. ff. Ebend. im Staatsr. §. 141.

u) Io. Tob. HOFFMANN D. de patrimonio principis privato, Ien. 1721. A. F. RIVINI D. de bonis principis patrimonialibus, Lipf. 1737. Herr v. Moser von der Reichsstände Landen, S. 212 flg.

x) L. 6. §. 1. L. 9. C. de iure fisci, L. 1. C. de offic. com. rer. priuat. L. f. C. de agr. et manc. dom. rer. GVTHERIVS de offic. dom. Aug. Lib. III. c. 25. sqq.

An den publiken Sachen überhaupt, schreibt der Hr. RR. Eichmann S. 118. des 4ten Theils seiner Erklärungen, sie mögen solche seyn im engern Verstande, oder zum Patrimonium des Staats als Cammer- oder Domänengüter gehören, hat der Regent ordentlicher Weise kein Eigenthum; es steht ihm aber nach richtigen Grundsätzen des allgemeinen Staatsrechts die bürgerliche Oberherrschaft darüber zu y); er ist jedoch auch eben so wenig als ein bloßer Verwalter derselben anzusehen, als er ein Niebrauchsinhaber genannt werden kann; jedoch kann er ohne Zweifel in Ansehung der Ausübung derjenigen Rechte, die er als Regent darüber hat, durch Staatsgrundgesetze und Fundamentalbestimmungen eingeschränkt seyn, die allgemeinen Einschränkungen aber giebt die Natur der Sache. So kann er mit den publiken Sachen im engern Verstande nur alsdann eine Aenderung machen, wenn es die Wohlfahrt des Staats erfordert, oder diese besser befördert werden kann, als wenn diese Sachen dem Staate so gemein bleiben, wie sie es bisher waren. Da z. B. die wilden Thiere in einem Lande noch zu dieser Classe von Sachen gehören, so läuft alles auf die Jagd; der Handwerksmann schafft seinen Kindern über dem Spiel mit der Flinte kein Brodt; der Geschäftsmann läßt seine Feder ruhen, seine Bücher durch seine Leute fleißig abkehren, und beschäftigt sich, wenn er das, was seine Geschäfte erfordern, zur Nothdurft gemacht hat, mit Haasen und wilden Gänsen. Sollte hier der aufmerksame Landesherr, der die nachtheiligen Folgen, und daß man diese Dinge in der That nicht so braucht, wie man sollte, sie auch am Ende gänzlich verzehrt und vertrieben werden, einsieht, nicht gerecht handeln, wenn er Verfügungen macht, nach welchen der gemeine Gebrauch derselben

y) Seneca de benef. Lib. VIII. c. 3. Sam. de Cocceii in Obseru. ad Henr. de Cocceii Grotium illustratum, Lib. I. c. 3. §. 8. p. 245. Koehler in iure sociali, §. 718. sq. G. L. Boehmer Diss. cit. §. 14.

selben aufgehoben und eine neue Quelle zur Bestreitung der Bedürfnisse des Staats eröffnet wird?

Die Chatull eines weltlichen Reichsstandes besteht theils aus unbeweglichen Gütern, wovon die Revenüen nicht in die Cammer fließen, sondern worüber ihm eine freye Verwaltung und Disposition zustehet, theils aus Revenüen, die ihm zu einer solchen freyen Verwaltung überlassen sind z). Er kann über dergleichen unbewegliche Güter alsdenn frey disponiren, wenn er sie selbst erworben hat, oder der erste Erwerber verstattete dem jedesmaligen Regenten die freye Disposition darüber. In den geistlichen Reichsländern pflegt man die Revenüen, welche der Prälat zieht, und worüber er nach seinem Gefallen diponiren kann, ebenfalls die Chatull desselben zu nennen.

§. 171.

Außer denjenigen Sachen, welche ein Eigenthum der ganzen Nation oder des Staats sind (S. 217), giebt es zweytens andere Sachen, die als Eigenthum einer Gemeinde, Commune, Universität betrachtet werden müssen, und die in Gesetzen a) res vniuersitatis genennt werden. Im ersten Theile dieses Commentars S. 391 haben wir gesehen, daß jede, zu einem fortdauernden, mit dem Besten des Staats in Verbindung stehenden Endzweck errichtete, und vom Regenten bestätigte Gesellschaft, in der lateinischen Sprache, vniuersitas personarum, in der teutschen aber, Genossenschaft, Gemeinde, Collegium, Corpus, Zunft, Innung, Gilde, Amt, Gafel u. s. f. genennt werde, und daß solche Gesellschaften entweder weltliche oder geistliche seyn können. Die wichtigsten

z) Moser von der Reichsstände Landen, S. 212. Herr HR. Schnaubert im Staatsr. S. 99. HOFFMANN Diss. cit. p. 3.

a) §. 6. Inst. de rerum diuis. L. 6. §. 1. D. eod.

tigsten unter diesen Gemeinden sind die Städte und die Dörfer, die Academien, die Zünfte. Es ist ferner daselbst gezeigt worden, daß keine dergleichen Gesellschaft ihren Endzweck zu erreichen im Stande sey, wenn sie nicht den dazu nöthigen Aufwand bestreiten kann, und daß sie folglich das Recht haben müsse, Güter zu erwerben und zu besitzen [b]). Alle einer solchen Gesellschaft eigenthümlich gehörende Sachen, werden eben so, wie die öffentlichen Sachen, nach einer doppelten Rücksicht abgetheilt; denn einige davon heißen res vniuersitatis in specie, und andere nennt man patrimonium vniuersitatis. Erstere oder die eigentlichen res vniuersitatis sind diejenigen, welche jedes Mitglied der Gemeine gebrauchen darf; zum patrimonio vniuersitatis gehören aber solche Sachen, deren Gebrauch nicht jedem Mitglied der Gemeine erlaubt ist, weil deren Benutzung zum gemeinen Besten der Gesellschaft verwendet wird. Auf die Frage: welche Sachen gehören zum Patrimonium der Gemeine, und welche Dinge sind res vniuersitatis in specie? kann man im Allgemeinen antworten: diejenigen Gemeinheitssachen, welche füglich und ohne Nachtheil des Ganzen, von allen Mitgliedern benutzt werden können, sind so lange für Gemeinesachen in engern Verstande zu halten, bis etwas anders rechtlich bestimmt worden; alle übrigen hingegen, bey welchen eine solche Benutzung nicht möglich ist, gehören zum Patrimonium der Gemeinheit [c]). Daher sind z. B. zu jenen die gemeinschaftlichen Weideplätze, Brunnen, Backöfen, Brauhäuser, Kirchhöfe, Kirchen, Waldungen, u. s. f.; zu diesem aber die Capitalien, Gefälle, geringe Erze, Steinkohlen, Salpeter, Kreide, Salzquellen, Steinbrüche, Torf,

b) C. H. Horn D. de possessione vniuersitatis et quomodo ab eadem possideatur, Vit. 1701. §. 6. sq. G. L. Boehmer Diss. cit. c. 1. §. 13. in *Eius* Elect. T. I. p. 578.

c) Hr. Prof. Woltär in den Grundsätzen der Rechtsgelehrsamkeit, S. 228. Hr. RR. Eichmann a. a. O. Th. 4. S. 142.

Torf, wenn ſich dergleichen Dinge auf dem Grund und Boden der Gemeine befinden, zu rechnen. In der teutſchen Sprache nennt man die Sachen der Univerſität im engern Verſtande, Allmandengüter in der eigentlichen Bedeutung, weil ihr Gebrauch Allermann verſtattet wird, und das Patrimonium derſelben heißt der Schatz der Gemeinheit, bey Städten Cämmereygüter, aerarium vniuerſitatis, arca communis [d]). Bey den Römern gehörten die Sclaven der Städte zu den rebus vniuerſitatis [e]); es fanden aber dabey Grundſätze ſtatt, die bey Sclaven, die zum Eigenthum einer Privatperſon gehörten, nicht angewendet werden konnten. Hatten nämlich mehrere Privatperſonen, die keine Gemeinheit ausmachten, einen Sclaven gemeinſchaftlich erworben, ſo war jeder von ihnen der Herr des Sclaven und hier galten bey jedem die Geſetze, welche feſtſetzten, wie ſich der Sclave gegen ſeinen Herrn zu verhalten habe; z. B. daß er ſich einer citationis privatae gegen ſolchen nicht bedienen dürfe. Alle dieſe Verordungen hatten aber keine Gültigkeit, wenn ein Stadtſclave gegen die einzelnen Mitglieder der Stadt in Betrachtung kam; denn hier mußte ſie als eine moraliſche Perſon, die einer einzelnen Perſon gleich gehalten wird, betrachtet werden, folglich hatte ſie zwar das Eigenthum im Ganzen, aber den einzelnen Mitgliedern ſtand es nicht zu; ein Grundſatz, der bey vielen Fällen von den wichtigſten Folgen war [f]).

Da über den Gebrauch der Gemeindegüter im eigentlichen Verſtande ſehr leicht Streitigkeiten entſtehen würden, wenn nicht alles aufs genaueſte hierüber beſtimmt worden, ſo iſt gemeiniglich die Art und Weiſe der Benutzung

d) SCHOEPF D. de bonis vniuerſitatum, quae germanice vocantur Allmanden, Tub. 1740. REPERTOR. IUR. PRIVAT. T. I. p. 177. Hr. Prof. Woltär a. a. O. S. 226. flg.

e) L. 6. §. 1. D. de rer diuiſ.

f) Hr. GJR. Weſtphal a. a. O. S. 25.

nutzung, durch Gesetze, Gewohnheiten und Verträge festgesetzt worden. Fehlt es aber ja an dieser Bestimmung, so kann dennoch die Sache nicht anders, als auf die gewöhnliche Art, und nur so, daß man die übrigen Mitglieder der Commune nicht an der ihnen ebenfalls zustehenden Benutzung verhindert, gebraucht werden [g]); noch weniger hat ein solches Mitglied das Recht, mit diesen Dingen so umzugehen, wie man sein Eigenthum behandeln darf, da ihm das Eigenthum nicht allein gehört, sondern der ganzen Gesellschaft, woraus die Gemeinheit besteht [h]). Daher darf ein Mitglied einer Stadt oder eines Dorfes, auf einem der ganzen Gemeine gehörenden Platze nichts bauen, ja nicht einmal etwas darauf legen, wodurch andere Mitglieder der Gesellschaft an dem ihnen erlaubten Gebrauch des Platzes gehindert werden.

Dem Regenten steht, vermöge der Oberaufsicht im Staate, das Recht zu, darauf zu sehen, daß durch die Benutzung der Gemeindegüter, ihre Verwaltung und die zweckmäßige Anwendung der Einkünfte davon, das Beste der Gesellschaft befördert werde [i]). Es darf ohne Wissen und Willen des Regenten nichts von den unbeweglichen Gütern der Gemeinde veräußert werden, ja es darf nicht einmal etwas Neues darauf gebauet, noch ein bereits vorhandenes Gebäude weggerissen werden [k]). Es darf auch nur mit Bewilligung des Regenten, von den unbeweglichen Sachen ein anderer als der zeitherige Gebrauch gemacht werden, wenn

g) WERNHER Obs. Part. VII. Obs. 70.

h) LEYSER in iure georgico, Lib. I. c. 37. n. 8.

i) I. H. BOEHMER in iure paroch. Sect. VI. c. 1. §. 18. G. L. BOEHMER Diss. cit. de iure principis circa loca et opera publica, c. 3. §. 9. STRYCK D. de iure principis circa rationes ciuitatum.

k) KNIPSCHILD de ciuit. imper. Lib. II. c. 5. n. 156. Lib. V. c. 26. n. 20. KLOCK de aerario, Lib. II. c. 59. n. 6. G. L. BOEHMER l. c. c. 3. n. 10. STRYCK D. de alienat. rerum et bonor ciuit. c. 3. n. 21 et 23.

wenn die Absicht der Gesellschaft dieses erfordert. Daher verdient es z. B. Ahndung, schreibt Hr. RR. Eichmann, wenn sich eine Gemeine ohne höhere Erlaubniß ermächtigt, an einem Orte, wo zur Erholung und zum Vergnügen der Einwohner Spaziergänge angelegt sind, Gebäude aufzuführen, wo allerley stinkende, die Luft verunreinigende Geschäfte vorgenommen werden.

Weil solche Gemeinen, moralische Personen sind, welche ihre Geschäfte und das ihnen gehörende Vermögen nicht selbst verwalten können, so hat man ihnen die Rechte der Unmündigen und Minderjährigen ertheilt, und die Verwalter der Gemeingüter haben eben die Pflichten zu beobachten, welche den Vormündern minderjähriger Personen obliegen. So wie daher der Vormund seinem Mündel, allen demselben während seiner Vormundschaftsführung verursachten Schaden ersetzen muß, so kann auch ein Vorsteher und Verwalter der Gemeingüter dazu angehalten werden. Eben deswegen finden auch alle diejenigen Gesetze, die von der Sicherheit und dem Besten der Minderjährigen handeln, bey diesen Vorstehern statt l). In der Clem. 2. de relig. domibus heißt es: illi etiam, quibus dictorum locorum administratio committetur, *ad instar tutorum et curatorum* iuramentum praestare, ac de locorum ipsorum bonis *inuentaria* conficere, et singulis annis de administratione sua rationes reddere teneantur. Von der Art und Weise der Verwaltung der Gemeinegüter, handelt der 8 Titel des 50sten Buchs unserer Pandekten.

Die dritte Eintheilung der Sachen, in Rücksicht auf das, den Menschen daran zustehende Eigenthum ist diese, daß sie res singulorum in Gesetzen m) genennt werden; Sachen, die einzelnen Menschen eigenthümlich zugehören, oder den sogenannten Individualpersonen, die übri-

l) Hr. Prof. Woltär a. a. O. S. 234.
m) L. 1. D. de rerum diuis.

übrigens auch mehrere Personen seyn können, nur müssen sie in diesem letzten Falle kein Volk ausmachen, wo die Sache res publica heißt; auch keine Gemeine; denn jetzt heißt die Sache res vniuersitatis.

Mit diesen Sachen müssen die res *singulares*, die besondern Sachen nicht verwechselt werden, da in Gesetzen auch die Eintheilung der Sachen in res singulares, und res vniuersales vorkommt. Betrachtet man nämlich die Sachen in Rücksicht auf ihre natürliche oder physische Beschaffenheit [n]), so sind sie entweder, einzelne, besondere Sachen, res singulares, discretae, oder solche, die aus mehrern von einander verschiedenen und abgesonderten Dingen bestehen, welche zusammen unter einem collectiven Namen ein gewisses Ganzes ausmachen, und daher res vniuersales, vniuersitas rerum genennt werden (S. 147).

Es ist nicht leicht, einen völlig deutlichen Begriff von res *singularis*, wie er in Gesetzen überall gebraucht werden kann, anzugeben. Einige Rechtslehrer sagen, man verstehe solche Sachen darunter, welche die Philosophen ein Indiuiduum, und die römischen Rechtsgelehrten speceim nennen [o]), körperliche Sachen, so fern sie als ein bestimmtes Indiuiduum, den Gegenstand eines Rechts ausmachen [p]). Der Hr. GTR. Höpfner schreibt S. 243 seines Commentars: res singularis heißt eine Sache, die entweder a) zusammenhängende gleichartige Theile hat, dergestalt, daß man nicht sagen kann, hier hört der eine Theil auf, hier fängt der andere an, z. B. ein Tisch, ein Bogen Papier; oder b) deren Theile zwar von verschiedener Art, aber doch mit einander verbunden sind, z. B.

n) Hofacker Princ. iur. ciuil. T. II. P. I. Lib. III. c. 1. de rerum diuisione ex *qualitate naturali*

o) Nettelbladt Iurispr. posit. §. 422.

p) L. 2. D. de reb. credit L. 6. D. de rei vindicat L. 30. pr. D. de legat. I.

z. B. ein Haus, eine Uhr. Der Jurist Pomponius schreibt: *tria* autem genera sunt corporum; *vnum*, quod continetur *vno spiritu* — et *vnitum* vocatur. Eben so drückt sich Paullus in der L. 23. §. 5. D. de rei vind. aus, wo es heißt tota statua *vno* spiritu continetur; alle Theile sind von gleicher Natur. Die Scholastiker nannten eine Sache der ersten Art, vnum per se, der letztern hingegen vnum per accidens ex vnitis.

Von den einzelnen Sachen werden die universellen Sachen unterschieden und ihnen entgegen gesetzt [q]). Eine res *vniuersalis* oder vniuersitas rerum besteht aus mehrern, von einander abgesonderten und verschiednen Dingen, welche zusammen als eine einzige Sache und als ein Ganzes betrachtet werden, und auch einen gemeinschaftlichen Namen haben, totum per adgregationem, wie die Scholastiker sagten. Eine dergleichen universelle Sache ist nun entweder das ganze Vermögen einer Person, sie mag leben oder gestorben, eine physische oder moralische Person seyn, oder dieses kann nicht gesagt werden. Im ersten Falle wird die universelle Sache, vniuersitas *iuris* genennt; im zweyten aber vniuersitas rerum in specie, vniuersitas *hominis*, vniversitas *facti*. Für vniuersitates iuris müssen gehalten werden, 1) das Peculium; 2) das ganze Vermögen eines Menschen, welches kein Peculium ist; 3) das ganze Vermögen einer universellen Societat, das heißt einer solchen, bey welcher alles, was die Gesellschafter besitzen und nicht besonders ausgenommen ist, seiner Substanz nach und mit dem Gewinn gemeinschaftlich ist; 4) das Vermögen einer particulären Societät, oder derjenigen, wo gewisse Güter ihrer Substanz und auch dem Gewinn nach, gemeinschaftlich sind; 5) das ganze Vermögen einer Gemeinheit; 6) das Vermögen eines Verstorbenen, oder eine Erbschaft. Die römischen

q) Nettelbladt l. c. Ioh. Lud. Schmidt Inst. p. 138.

mischen Rechtsgelehrten nennten zwar nur das peculium und die Erbschaft, vniuersitas iuris; allein aus den Gesetzen, z. B. der L. 21. §. 10. D. de hered petit sieht man deutlich, daß es mehrere gebe. Die Anzahl derjenigen als ein Ganzes betrachteten Dinge, welche vniuersitas hominis heißen, ist weit größer; denn dazu rechnet man eine Bibliothek, eine Heerde, ein Waarenlager, die Brautgabe einer Ehefrau, das Inventarium eines Landgutes, das Handwerkszeug eines Professionisten, das Sortiment eines Buchhändlers, eine Apotheke, u. s. f.

Der Unterschied zwischen vniuersitas *iuris*, und vniuersitas hominis, seu *facti* ist sehr groß, er kann aber leicht falsch angewendet werden. Eine vniuersitas *iuris* kann auch unkörperliche Sachen, nämlich Rechte, Gerechtigkeiten, Activforderungen in sich begreifen; welches bey einer vniuersitas *facti* nicht angeht. Von einer vniuersitas iuris heißt es in Gesetzen, ad *vniuersitatem venire*, id est ad successionem omnium bonorum, per vniuersitatem aquirere, per vniuersitatem transire [r]). In des Cajus Institutionen L. II. tit. II. §. 1. kommt der Satz vor: per vniuersitatem, hoc est omnia simul bona adquirimus, hereditate, adoptione. Bey diesen Sachen soll die Regel gelten: res succedit in locum pretii, et pretium in locum rei [s]) oder, wie sich unsere Praktiker ausdrücken: in vniuersitatibus *iuris* surrogatum sapit naturam surrogati, das heißt: wenn mit dem Gelde, so zu einer vniuersitas iuris gehört, eine Sache gekauft wird, so gehört diese nun ebenfalls dazu, und hat folglich auch die Rechte derselben, und ist ein Eigenthum desjeni-

r) L. 1. §. 1. D. quor. bonor. L. 20. §. 10. D. de hered. petit. L. 1. D. de rei vindicat. L. 1. pr. D. de interd. L. 62. D. de adquir. rer. dom. L. 1. D. de fundo dotali, §. fin. Inst. per quas person. Pr. Inst. de adquisit. per arrogat.

s) L. 16 §. 1. L. 22. D. de petit. hered. L. 1. C. de castr. pec. milit. L. 48. §. f. D. de furt. L. 21. C. de probat.

jenigen, der auf die ganze vniversitas iuris Anspruch macht t). Wenn ferner eine Sache veräußert wird, die zu einer vniuersitas iuris gehörte, so wird das dafür erhaltene Geld, oder die damit erworbene Sache ebenfalls ein Theil derselben. Hat sich daher z. B. Cajus in Besitz einer Erbschaft gesetzt, hiervon aber verschiednes veräußert, er besitzt aber das Kaufgeld, oder die Sache noch, die er für die veräußerte Sache erhalten hat, so kann der wahre Erbe verlangen, daß ihm Cajus das Kaufgeld oder die erhaltene Sache, wenn sie auch nicht so viel Werth seyn sollte, als die veräußerte werth war, herausgeben soll. Das nämliche ist Rechtens, wenn Cajus mit dem zur Erbschaft gehörenden Gelde etwas gekauft hätte. Diese Verordnung enthielt das Sctum Iventianvm u), wo die Worte vorkamen: item placere, a quibus hereditas petita fuisset, si aduersus eos iudicatum esset, *pretia*, quae ad eos rerum ex hereditate venditarum peruenissent, etsi eae ante petitam hereditatem deperissent, deminutaeue fuissent, restituere debere. Das nämliche war bey der Ablieferung eines Fideicommisses den Gesetzen gemäß, wie man aus der L. 70. §. 3. D. de legat. II. sieht, wo es heißt: cum autem rogatus: quidquid ex hereditate supererit, post mortem suam restituere, de pretio rerum venditarum alias comparat, deminuisse, quae vendidit, non videtur. Da das peculium castrense auch eine solche vniuersitas iuris ist, so findet die angeführte Regel ebenfalls dabey statt, und Ulpian sagt es in der L. 20. §. 10. D. de

 hered.

t) Bartolus ad L. 9. D. quae in frand. credit. Bechmann D. de surrogatione, §. 34. Brvnnemann in Com. ad Pand. ad L. 70. et 71. D. de legat. et fideic. II. n. 6. Nettelbladt l. c. Roßmanns Abh. ob der Werth an die Stelle der Sache trete? In den Erlang. gelehrt. Anzeigen auf das Jahr 1749. Nr. 24. S. 185—192.

u) L. 20. §. 6. D. de hered. petit. et Heineccivs ad h. l. in *Eius* Opusc. post. p. 456.

hered. petit. ausdrücklich, welcher bemerkt: non solum autem in hereditate vtimur Senatusconsulto sed et in *peculio castrensi*, vel alia vniuersitate. Ob Ulpian durch die Worte: vel alia vniuersitate zu verstehen gegeben, auch bey den übrigen vniuersitatibus iuris lasse sich diese Regel nach der ausdehnenden Erklärung anwenden, darüber streiten die Rechtslehrer. Einige leugnen es, z. B. Cujacius und Mudäus [x]), andere aber behaupten es mit Recht [y]).

Diese Grundsätze können bey den vniuersitatibus hominis oder facti nicht angewendet werden [z]), z. B. bey einer Heerde, einem Kramladen, einer Bibliothek, dem Inventarium eines Gutes; denn hier gilt nur die Regel: es bleibt das Ganze, wenn auch einzelne Stücke weggenommen sind, und treten diejenigen, welche zur Ergänzung und Vermehrung angeschafft worden, an die Stelle der davon abgekommenen [a]). So kann ich daher z. B. eine Heerde Schaafe, woran mir das Eigenthum zustehet, vindiciren, wenn sie auch durch Abgang und Zuwachs ganz sollte verändert worden seyn. Wenn mir ein Waarenlager verpfändet worden, und es tritt der Fall ein, wo ich mich daran halten muß, so erstreckt sich mein dingliches Recht auf alles, was anjetzt dieses Waarenlager ausmacht, wenn auch gleicht diejenigen Waaren, die zur Zeit der Verpfändung vorhanden waren, anjetzt nicht mehr

x) Cuiac. ad Dig. Iulian. Lib. 78. Opp. post. edit. Guerin. et Colomb. T. II. P. 3. p. 472. Mudaeus ad tit. de hered. petit. n. 9. p. 421.

y) Branchu Obs. Dec. 1. p. 59. Hofacker l. c. §. 739. Hr. RR. Eichmann Thl. 4. S. 149. Hr. GtR. Höpfner im Commet. S. 245.

z) Heidenreich Pr. de eo quod iuris est in vniuersitate rerum, Ien. 1743. Schaumburg in Comp. Digest. Lib. 5. tit. 3. §. 1. Ip. Henr. Meier D. de iure surrogatorum, c. 2. §. 8.

a) L. 3. pr. L. 34. D. de pignor. L. 21. 22. D. de legat. I. L. 65. D. de legat. II. Meier l. c. §. 9.

mehr da sind. Keineswegs aber kann ich dieses Recht auch auf das Geld ausdehnen, welches aus den, noch ehe ich klagte, verkauften Waaren gelößet worden ist [b]). Eben so wenig finden jene Grundsätze bey besondern Sachen (res singulares) eine Anwendung [c]). Ich kann daher z. B. das Geld welches ein anderer für meine Sache, die von ihm veräußert worden ist, erhalten hat, nicht als das Meinige ansehen. Bey diesem Satze kommen aber mehrere Ausnahmen vor und zwar alsdenn, wenn die Gesetze ausdrücklich verordnen, daß auch eine besondere Sache, die mit meinem Gelde erworben worden ist, als die Meinige betrachtet werden, oder das Geld, so für eine Sache bezahlt worden, an die Stelle der Sache, mit oder ohne Bedingung treten soll [d]). Wenn daher z. B. der Vormund mit den Geldern seines Mündels etwas gekauft hat, so kann sich dieser an die gekaufte Sache halten, wenn ihm daran gelegen ist, und hier heißt es res succedit in locum peretii. Noch ein anderer Unterschied zwischen einer vniversitas iuris und einer vniuersitas facti besteht darinne, daß bey letzterer die zu ihr gehörenden Stücke sowohl einzeln, als auch zusammen unter dem collectiven Namen der vniuersitas mit einer actione in rem singulari vindicirt werden können; allein bey einer vniuersitas iuris hat keine Vindication des Ganzen statt, sondern nur der einzelnen dazu gehörenden Stücke. Das Ganze muß mit einer actione in rem vniuersali abgefordert werden [e]).

Der Hr. GTR. Höpfner schreibt S. 244 seines Commentars: ich glaube, daß man die Sache deutlicher folgendergestalt vorstelle. Wer ein Recht auf eine Sache hat, der kann deswegen, im Fall diese Sache verkauft

b) L. 34. pr. D. de pignor.

c) L. 48. §. f. D. de furt. L. 21. C. de probat.

d) Schulz a Szulecki D. de pretio succedente in locum rei. singularis, Frf. 1701.

e) L. 56. D. de rei vind. Branchu l. c. p. 56.

wird, nicht den Kaufschilling von jedem Besitzer fordern. Man denke sich den Fall, es wird mir eine Sache gestohlen, A. kauft sie und verkauft sie wieder an B. für 100 Thlr. Kann ich gegen A. klagen, daß er die aus meiner Sache gelößten 100 Thlr. herausgebe? Nein. Eben so wenig kann ich eine Sache aus dem Grunde, weil sie für mein Geld erkauft ist, von jedem Besitzer vindiciren [f]). Wenn ich Einem z. B. 100 Thlr. aufzuheben gebe, und er dafür ohne mein Wissen für sich eine Sache kauft, diese Sache weiter an den B. überläßt, so kann ich sie von diesem nicht vindiciren. Dieß drückt man so aus: in singularibus pretium non succedit in locum rei, nec res in locum pretii. Wenn aber 1) eine Klage auf das ganze Vermögen eines Menschen angestellt wird; z. B. Jemand stellt Klage auf den Nachlaß eines Verstorbenen an; eine Vater stellt sie auf das Vermögen seines arrogirten Sohnes, ein Sohn auf sein peculium an, u. s. w. so kann der Kläger auch das Geld, welches der Besitzer aus einem verkauften Vermögensstück gelöset hat, als ihm gehörig fordern; und umgekehrt, wenn Geld von diesem Vermögen zu Erkauf einer Sache angewendet worden ist, so kann der Kläger auch diese Sache als die seinige in Anspruch nehmen [g]). Es sind jedoch diese Sätze, wie in der L. 20. §. 1. et 2. D. de hered. petit. bemerkt wird, nur unter folgenden Einschränkungen wahr: 1) wenn der Besitzer des in Anspruch genommenen Vermögens die Sache nicht in der Absicht gekauft hat, daß sie ein zu diesem Vermögen gehöriges Stück werden solle, so kann der Kläger die Sache nicht fordern, sondern muß sich mit dem Gelde begnügen. Allein auch umgekehrt: wenn der Besitzer etwas von dem Vermögen verkauft hat, nicht, um eine Schuld dieser Vermögensmasse zu tilgen, so kann der Kläger die Sache selbst, das heißt, ihren wahren Werth nebst den Früchten verlan-

f) L. 48. §. vlt. D. de furt. L. 21. C. de probat. (IV. 19).
g) L. 22. D. de hered. petit.

verlangen, und ist nicht schuldig, sich mit dem Kaufgelde abfinden zu lassen. Sodann giebt es 2) Personen, z. B. Minderjährige, Kirchen, welche das besondere Vorrecht haben, daß sie eine Sache als ihr Eigenthum in Anspruch nehmen können, wenn sie mit ihrem Gelde gekauft ist. Zur Erläuterung dieser beyden Fälle ist noch zu bemerken, obgleich außer diesen beyden Fällen der Werth nicht an die Stelle der Sache tritt, so muß ich doch, wenn ich eine fremde Sache umsonst bekommen und verkauft habe, (z. B. wenn ich eine Sache besaß, in der Meynung, daß sie mir vermacht sey, und sie verkaufte), dem Eigenthümer den Werth, durch den ich reicher geworden bin, erstatten. Auch wenn ich eine fremde, z. B. gestohlne Sache, wohlfeil kaufte und theuer verkaufte, so bin ich schuldig, dem Eigenthümer den Gewinn herauszugeben [h]).

§. 172.

Die einzelnen Sachen werden in Gesetzen i) in körperliche und unkörperliche eingetheilt; wenn man aber alles wissen will, was zur Erklärung dieser Eintheilung erfordert wird, so finden sich mancherley Schwierigkeiten; und deswegen tragen auch die Rechtslehrer die hierher gehörenden Wahrheiten verschieden vor, wie man sogleich bemerkt, wenn man nur dasjenige nachliest, was Hr. RR. Eichmann und der Hr. Hfr. Glück darüber geschrieben haben. Hr. RR. Eichmann schreibt S. 152 seines Commentars: Da die alten Philosophen die Worte Körper, körperlich und unkörperlich in anderer Bedeutung genommen haben, als man dieselben heutiges Tages nimmt [k]), so müssen wir um deswillen, weil die in den

h) L. 23. D. de reb. credit. Cuiacius ad African. tract. 2. in Opp. cit. Tom. I. p. 948.

i) Tit. Inst. de reb. corp. et incorp. L. 1. §. 1. D. de rer. diuis.

k) Mosheim in Cudworts Syst. intellect. p. 947. sq.

Institutionen und Pandekten hiervon vorkommenden Begriffe aus der stoischen Philosophie genommen sind, in diese zurückkehren, um uns die Sache deutlich vorstellen zu können l). Da die Stoiker in ihren Meynungen und Lehrsätzen sehr von einander abgiengen, und sie nicht einmal von der Anzahl und Ordnung der Theile der Philosophie einerley Meynung gehabt haben, so versteht es sich von selbst, daß dasjenige, was von den stoischen Philosophen gesagt wird, nicht auf alle anwendbar ist m). Die angeführten Ausdrücke kommen bey den stoischen Philosophen in einer dreyfachen Bedeutung vor, nämlich in der weitläuftigsten, engern, und engsten. Im weitläuftigsten Verstande nennten sie alles, was sie für wirklich existirend hielten, körperlich, oder einen Körper, dasjenige hingen, was ihrer Meynung nach nicht existirte, etwas unkörperliches n). Zeno, der Stifter dieser Philosophie, hielt daher mit seinen Anhängern sowohl das Thätige als Leidende für einen Körper, und nichts für unkörperlich, als den unendlich leeren Raum ausser der Welt, die eben nach den Begriffen die man annahm, mit dem unendlich leeren Raume, der sie umgab, das All (vniversum) ausmachte o), die Zeit, und einige andere metaphysische Dinge. Also nicht blos Materie, sondern auch Geist, Seele, Tugend, Laster, Affecten u. s. f., waren körperliche Dinge, ja sie gedachten sich auch Gott als ein körperliches Wesen, welches aber von feinerer Art sey, als andere Körper p). Von der Eintheilung der körperlichen und

l) Chr. Fr. Ge. Meister Progr. inaug. de Philosophia Ictorum romanorum stoica in doctrina de corporibus, in *Eius* Opusc. T. I. p. 507.

m) Büschings Grundriß einer Geschichte der Philosophie, Th. I. S. 313.

n) Seneca in ep. 58. et 89. Lipsii Phil. Stoica, p. 75. Stanley Inst. phil. p. 622.

o) Diog. Laertius in Zenone, VII, 143. Hrn. Prof. Eberhardts Geschichte der Phil. § 138. S. 166.

p) Hr. OCR. Büsching a. a. O.

und unkörperlichen Dinge in diesem Verstande, haben die römischen Rechtsgelehrten keinen Gebrauch gemacht, noch auch machen können [q]), ob sie wohl, jedoch in einem ganz andern Sinne, die Sachen in solche, welche vorhanden sind, und die es nicht sind, aber es doch seyn können oder da gewesen sind, eintheilen. Von dieser Eintheilung zeigt sich der Nutzen in der Lehre von der Erbfolge, von Verträgen und vielen andern Rechtslehren [r]). In der engern Bedeutung war alles dasjenige körperlich, was mit Sinnen empfunden werden kann, alles aber, was einer sinnlichen Empfindung unfähig ist, unkörperlich, mithin war dieses eine Unterabtheilung von den körperlichen Sachen im weitläuftigen Verstande. Seneca epist. 58 schreibt, quod est, aut *corporale* aut *incorporale* est, und bald hierauf nennt er ea, quae nec visu, nec tactu, nec alio sensu, comprehenduntur, *cogitabilia*, giebt auch epist. 106 deutlich zu erkennen, daß eben diese cogitabilia jene incorporalia sind. Sextus Empiricus [s]) behauptet zwar, daß jede sinnliche Apprehension durch ein Berühren, contactu, geschehe; allein man muß deshalb nicht glauben, daß die Stoiker nur einen Sinn angenommen haben; denn eines Theils war dieser Sextus ein Sceptiker, und er sagt mehr als einmal, daß dasjenige, was er von ihnen erzähle, nicht so angenommen werden müsse, als ob es schlechterdings so beschaffen sey, indem er nur historisch anführe, wie ihm gegenwärtig eine jede Sache vorkomme [t]); andern Theils werden namentlich fünf Sinne von ihnen angegeben [u]), und selbst Seneca setzt a. a. O. das Sehen und Berühren den übrigen Sinnen entgegen. In dieser

q) Meister l. c. §. 7.

r) Meister l. c. §. 5.

s) Sext. Empiricvs aduers. mathemat. Lib. I. c. 4. p. 220 edit. Fabr. Lipsi. 1718.

t) Hr. OCR. Büsching a. a. O. S. 428.

u) Plvtarch. de placit. Philos. Lib. IV. c. 10. p. 106. edit. Florent. an. 1750.

Bedeutung sind nicht nur theilbare Substanzen, solida corpora, wie die Alten sagten, die man sehen und mit den Händen berühren kann, sondern auch z. B. die Musik, ein elektrischer Schlag, ein übler oder guter Geruch, das Reden und dergleichen mehr, körperliche Sachen. Ob ich nun wohl gar nicht leugnen will, daß die römischen Rechtsgelehrten von körperlichen und unkörperlichen Dingen, in dieser Bedeutung zuweilen in ihren Schriften gesprochen haben, letztere auch oft in diesem Verstande ein Gegenstand des Rechts seyn können, wie wenn z. B. darüber Streit entsteht, ob ein Ehegatte sich von dem andern, wegen eines übeln Geruchs aus dem Munde, scheiden lassen könne; so zweifle ich doch gar sehr, daß, wie so viele Rechtsgelehrte glauben, die in den Institutionen und Pandekten, in den Titeln de diuisione rerum, vorkommende Eintheilung der Sachen in körperliche und unkörperliche in dieser Bedeutung zu verstehen sey. Einige Gründe meines Zweifels werde ich nachher angeben; anjetzt komme ich aber sogleich auf die Eintheilung der körperlichen und unkörperlichen Sachen in der engsten Bedeutung, in welcher Körper oder körperliche Sachen diejenigen sind, die man mit den Händen berühren x) und sehen kann, oder, wie andere sagen, solide, materielle Körper, oder zusammengesetzte Substanzen, unkörperliche aber solche, die keinen Gegenstand des Berührens mit den Händen und des Sehens abgeben y), oder die keine zusammengesetzten Substanzen sind. Man nennte sie auch solida et comprehensibilia, wie man aus dem Lactantius a. a. O. sieht. Dieses glaube ich, hat man in den Institutionen und Pandekten sagen wollen,

x) Die Stoiker nannten das Berühren mit der Hand, tactum κατ' ἐξοχην, wie Hr. HR. Meister §. 4. a. a. O bemerkt.

y) Lactant. Inst. diuin. VII, 12. 23. Diog. Laert. in Zen. VII, 135. Plvtarch. de placit. Philos. I, 12. Meister l. c.

len, wenn es heißt: res corporales sunt, quae tangi possunt, res incorporales vero, quae tangi non possunt, und zwar aus folgenden Gründen, da 1) nach dem, was bereits bemerkt worden, nicht bewiesen werden kann, daß die Stoiker alle sinnliche Empfindungen auf das Berühren zurückgeführt haben, und wenn einer oder der andere nach dem Beyspiel des Sextus Empiricus dieses gethan haben sollte, deswegen noch nicht behauptet werden kann, daß Cajus, aus dessen Institutionen die Stelle in unsern Pandekten genommen ist, und die man nachher in die Justinianeischen Institutionen ebenfalls eingetragen hat, eine solche besondere Meynung gehabt habe; vielmehr ist 2) das Gegentheil um deswillen wahrscheinlich, weil in dem Breviarium des Annians diese Stelle der Institutionen des Cajus [z]) so verändert vorkommt, daß diejenigen Sachen, welche man mit der Hand berührt, körperliche genenennt werden. Zwar könnte man sagen, daß Annian dieses Wort dem Texte einverleibt habe; allein eines Theils ist eher zu vermuthen, daß Tribonian das Wort, manu, weggelassen, als daß Annian es sollte eingeschaltet haben, weil letzteres, wenn die Gründe nicht bemerkt werden, fast nicht ohne Gefährde geschehen kann, wohl aber ersteres; und wer weiß nicht, daß Tribonian und seine Mitarbeiter sehr gern die Gelegenheit zur Abänderung, die sich auch hier fand, weil dieses Wort überflüßig zu seyn schien, ergriffen haben? Andern Theils ist auch diese Stelle mit dem gedachten Zusatze, nach dem, was bereits darüber gesagt worden, der stoischen Philosophie angemessener, als wenn dieses Wort fehlt. Hierzu kommt aber auch, 3) daß Theophilus [a]) in seiner Uebersetzung die Sache

z) SCHULTING in iurispr. anteiust. p. 75.

a) FABROTTI Instit. Iust. p. 152. verb. porro rerum aliae sunt corporales, aliae incorporales; est autem *corporalis*, quae et nomine cognoscitur, et sub tactum oculosque recidit: veluti fundus, domus, vestis, seruus; *incorporalis* vero, quae sola mente intelligitur, nec sub tactum et sub oculos recidit.

Sache eben so vorträgt, und auch der Jurist **Pomponius** in der L. 30. pr. D. de vsurpat. et vsuc. der ebenfalls ein **Stoiker** war, die körperlichen Sachen in diesem Verstande nimmt, und anderweit eintheilt, welcher schreibt: *Tria* autem sunt genera corporum, *vnum* quod continetur vno spiritu, et graece ἡνωμενον, id est, vnitum vocatur, vt homo, tignum, lapis et similia; *alterum*, quod ex contingentibus, hoc est, pluribus, inter se cohaerentibus constat, quod συνημενον, id est, connexum vocatur: *tertium*, quod ex distantibus constat, vt corpora plura non soluta, sed vni nomini subiecta, veluti populus, legio, grex. Damit stimmt auch der Jurist **Ulpianus**, **Paulus**, und selbst **Justinian** überein [b]), folglich ist die Meynung von dem Zusatz des **Annians** ungegründet; besonders wenn man 4) die Beyspiele von körperlichen Sachen, die in den **Pandekten** und **Institutionen** vorkommen, damit vergleicht, und in Erwägung zieht, daß diejenigen Dinge, welche zwar nicht des Berührens mit den Händen und des Anschauens, aber doch anderer sinnlichen Empfindungen fähig sind, unter dem Namen der körperlichen Sachen weder in den **Institutionen** noch in den **Pandekten** vorkommen, obwohl vom Reden, dem Geruch, u. s. f. verschiedenes gesetzlich bestimmt wird.

Da wir wissen, was körperliche und unkörperliche Sachen sind, und daß zu den erstern, Grundstücke, Kleider und unzählige andere Dinge gehören, so entsteht die Frage: was rechnet man zu den unkörperlichen Sachen? Cajus und Justinian haben ohne Zweifel nicht alles erschöpfen wollen, wenn sie sagen, daß alles dahin gehöre, wo es auf ein Recht hinauslaufe [c]), sondern nur hierbey auf die Rechtsgelehrsamkeit Rücksicht genommen; denn

b) L. 1. §. 3. L. 23. D. de rei vindicat. §. 18. Inst. de legat.

c) Westphal von Sachen S. 5. Heineccii Antiqu. Lib. II. tit. II. §. 3. Meister l. c. §. 9

denn so erklärt man die Stelle in den Institutionen: *qualia* sunt, quae in iure consistunt. Es ist übrigens gewiß, daß man diese Worte nicht durch Gerechtsame erklären kann, weil auch andere Verbindlichkeiten hierher gehören, wiewohl Heineccius dieses nicht zugeben will. Unter die unkörperlichen Sachen gehören also 1) Gerechtigkeiten und Ansprüche, z. B. Servitutsrecht, Erbrecht, Pfandrecht, Schuldforderungen, und auf den Gegenstand des Rechts kommt eigentlich nichts an. Es gehören 2) dazu Verbindlichkeiten, die auf jede Art entstanden sind, z. B. Passivschulden; 3) Klagen, oder Rechtsmittel sein Recht wirksam zu machen; 4) Eigenschaften, die in Etwas nach Zahl, Maaß und Gewicht existiren, oder so genannte Quantitäten, z. B. zehen Thaler; ein Pfund; ein Scheffel; denn daß es zehen Thaler, ein Pfund, ein Scheffel sind, ergiebt sich nicht aus dem bloßen Berühren und Anschauen. Endlich 5) gehört alles übrige dazu, worauf sich der Begriff von unkörperlichen Dingen anwenden läßt. Keinem Zweifel ist es endlich unterworfen, daß eine und eben dieselbe Sache in verschiedner Rücksicht eine körperliche und eine unkörperliche seyn kann; denn es kommt darauf an, was man sich für einen Begriff von der Sache macht, und wie man dieselbe nimmt. So ist z. B. Geld in Ansehung des Werths etwas unkörperliches, in Rücksicht auf seine Bestandtheile aber etwas körperliches. Die Erbschaft als Erbschaftsrecht gebraucht, ist eine unkörperliche Sache; hingegen die dazu gehörenden Sachen, welche aus soliden Theilen bestehen, sind körperlich. Zehen Thaler aufgezähltes Geld sind in der Rücksicht, daß sie den Werth von 10 Rthlrn. enthalten, etwas unkörperliches; in Ansehung ihrer Materie aber gehören sie zu den körperlichen Sachen.

Diese Auseinandersetzung des Begriffs körperlicher und unkörperlicher Sachen, worauf so viel ankommt, kann zum deutlichen Beweise dienen, wie viel Schwierigkeiten mit dem gründlichen Studium der Rechtsgelehrsamkeit verbunden sind, und was für Hülfsmittel dabey gebraucht wer-

den

den müssen. Noch deutlicher fällt dieser Umstand in die Augen, wenn mehrere Schriftsteller über die nämliche Sache schreiben, und daher will ich nunmehr die Auseinandersetzung dieser Materie, wie sie Hr. HR. Glück vorgetragen, anführen. Körperliche Sachen, heißt es S. 457 des zweyten Theils, werden in unsern Gesetzen diejenigen genennt, welche sich fühlen und berühren lassen, quae tangi possunt, oder wie sie Theophilus [d]) in seiner Paraphrase der Institutionen erklärt, Sachen, die man mit den Händen berühren, und mit den Augen sehen kann. Unkörperliche Sachen hingegen, werden diejenigen genennt, welche von der Art nicht sind, daß sie betastet werden können, quae tangi non possunt, oder wie Theophilus [e]) sagt, die keinen Gegenstand des Berührens mit den Händen, und des Sehens abgeben. Ob diese Begriffe von den Stoikern entlehnt sind, untersucht Meister [f]) in der angeführten Schrift. Man sagt gemeiniglich, daß die Stoiker alle sinnliche Empfindung auf das Gefühl, (tactum) zurückgeführet hätten; allein daß dieselben nur einen Sinn angenommen haben sollten, darf man deswegen noch nicht glauben; denn Plutarch [g]) lehrt uns, daß die Stoiker, deren gleichfalls fünf gezählet, und nur denjenigen, welcher durch ein Berühren mit der Hand geschieht, tactum κατ' ἐξοχην genennt hätten. Sie nannten daher körperlich alles dasjenige, was mit Sinnen empfunden werden kann; alles andere aber, was einer sinnlichen Empfindung unfähig ist, unkörperlich. Seneca Lib. VIII. Epist. 59 sagt: quod est, aut corporale est, aut incorporale; und bald hernach beschreibt er letzteres mit Plato

d) Paraphr. graec. Lib. II. tit. 2. §. 1. est autem *corporale* (σωματικὸν) quod et nomine cognoscitur, et tactui ac visui subiacet (καὶ ἁφῇ καὶ ὄψει ὑποπίπτει).

e) *incorporale* (ἀσώματον) vero est, quod sola mente cognoscitur, nec tactui ac visui subest (οὔτε δὲ ἁφῇ ἢ ὄψει ὑποπίπτει).

f) Progr. de philos. Rom. stoic. (S. 280).

g) de Placitis philos. IV, 10.

Plato folgendermaßen: Illud, quod nec visu, nec tactu nec vllo sensuum comprehenditur. Ebenderselbe sagt an einem andern Orte, Lib. XVIII. Epist. 107. Numquid est dubium, an id, quo quid tangi potest, *corpus* sit! *Tangere enim et tangi, nisi corpus, nulla potest res*, vt ait Lucretius. Nicht zu leugnen ist jedoch, daß die alten Philosophen in der engsten Bedeutung diejenigen Sachen körperliche genennet haben, die man sehen und fühlen kann, und daher in diesem Verstande nur solide, materielle Körper mit der eigentlichen Benennung der Körper bezeichnet haben [h]). Diese soliden Körper aber theilen sie wieder ein in einfache, continua, vnita, ἥνωμενα, deren Theile von Natur cohäriren, und gleichsam vno spiritu zusammen gehalten werden, z. B. Bäume, Steine, u. dgl., und in zusammengesetzte, composita, connexa, συνημενα, die aus mehreren künstlich verbundenen Theilen bestehen, z. B. ein Haus, ein Schiff, eine Uhr [i]). Die römischen Juristen, aus deren Schriften unsere Pandekten sind compilirt worden, scheinen nun vorzüglich diese letztern Begriffe von den Stoikern entlehnt zu haben [k]), vermuthlich weil sie einsahen, daß solche körperliche Sachen, die keine solide Substanzen, mithin des Berührens mit den Händen, und des Anschauens nicht fähig sind, sondern mit andern Sinnen, nämlich dem Gehör und dem Geruch empfunden werden, auf Rechte und Verbindlichkeiten keinen sonderlichen Einfluß haben, und folglich in der Rechtsgelehrsamkeit wenig oder gar keinen Nutzen gewähren können. Hr. HR. Meister schreibt: Ego certe, parum abest, quin credam, veteres Ictos, Stoico-

h) Lactantius Instit. VII, 12. n. 2. 3. (S. 282).

i) Seneca Lib. XVII. epist. 103. Cuiacii Obseruat. XV, 33. Fornerius Obs. II, 17. Meister l. c. § 5.

k) Außer den bereits angeführten Stellen bestärkt mich in dieser Meynung ganz besonders Pomponius L. 30. pr. D. de vsurp. et vsuc. (S. 284). Mehrere noch hat Meister a. a. O. §. 11. gesammelt.

Stoicorum quidem rerum corporalium definitionem retinuisse, sed in ea tactum, plerumque, nisi semper, solis manibus oculisque subiecisse, animaduertentes nempe, in reliquis rebus corporalibus, quae nimirum solis *auribus naribusue* subiacent, emolumentum aliquod solidum ad rationem vitae pertinens, aut finem in arte sua fere nullum. — Doch genug von den Begriffen der Alten.

Unsere heutigen Juristen [l]) lehren, daß körperliche Sachen, Körper, res corporales, diejenigen zu nennen sind, von denen man sich sinnliche Vorstellungen machen kann; unkörperliche aber diejenigen, welche von der Art sind, daß man sich von ihnen keine sinnlichen Vorstellungen machen kann. Andere, z. B. Hr. GR. Höpfner §. 340, sagen noch bestimmter, körperliche Dinge sind die zusammengesetzten Substanzen. Was hingegen keine Substanz, oder nicht aus Theilen zusammengesetzt ist, heißt eine unkörperliche Sache. Sachen der erstern Art, sofern sie als ein bestimmtes Individuum, den Gegenstand eines Rechts ausmachen, werden in unsern Gesetzen [m]) species genennt. Unkörperliche Sachen sind von verschiedner Art. Einige sind ihrer Natur nach solche. Der Jurist Cajus rechnet in der L. 1. §. 1. D. h. t. dahin, ea, quae in iure consistunt, das heißt solche, wo es auf ein Recht oder auf eine Verbindlichkeit überhaupt ankommt. Daß diese Worte so verstanden werden müssen, ergiebt sich aus den vom Cajus angeführten Beyspielen: hereditas, vsusfructus, obligationes quoquo modo contractae. Hereditas heißt hier so viel als Erbrecht; denn in den nachfolgenden Worten erklärt es der Jurist selbst

l) Hofacker Princ. iur. ciu. T. II. §. 720 et 723. Herr Prof. Woltär Grundsätze der Rechtsgelehrs. S. 313. fl. Herr GR. Westphal a. a. O. §. 4.

m) L. 2. D. de reb. credit. L. 6. D. de rei vindic. L. 30. pr. D. de legat. 1.

ſelbſt durch ius ſucceſſionis. Auch in mehrern andern Geſetzen n) wird das Wort hereditas ſo erklärt, quod ſit iuris nomen, et vniuerſitatem quandam ac *ius ſucceſſionis*, et non ſingulas res demonſtret. Auf den Gegenſtand des Rechts und der Verbindlichkeit kommt es hier nicht an. Der Gegenſtand eines Rechts oder einer Verbindlichkeit kann allerdings eine körperliche Sache ſeyn; deswegen iſt aber doch das Recht ſelbſt und die Verbindlichkeit an ſich betrachtet nichts Körperliches. Cajus bemerkt dieß gleichfalls in den folgenden Worten: nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur. Nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales ſunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale eſt: veluti fundus, homo, pecunia. Nam ipſum ius ſucceſſionis, et ipſum ius vtendi, fruendi, et ipſum ius obligationis incorporale eſt. Zu den unkörperlichen Sachen der erſten Gattung ſind auch Klagen zu rechnen, ſo fern wir ſie für Rechtsmittel, ſein Recht zu verfolgen, nehmen. Es giebt ferner Sachen, die zwar ihrer Natur nach körperliche ſind, aber doch für unkörperliche Sachen darum gehalten werden, weil bey denſelben nicht ſowohl das körperliche Individuum ſelbſt, als vielmehr der Werth der Sache in Betrachtung kommt o). Hierher gehören ſchuldige Quantitäten fungibiler Sachen, die nach Zahl, Maaß und Gewicht beſtimmt werden, bey denen es ganz einerley iſt, ob man dieſes Individuum, oder ein anderes von gleicher Qualität und Quantität hat p). Wer alſo

n) L. 119. L. 178. §. 1. L. 208. D. de V. S.

o) Hofacker l. c. §. 724.

p) Cviacii Obſ. XI, 37. verb. — quantitatis nomine intelliguntur ea, quae pondere, numero, et menſura conſtant, quibus opponi ſolent corpora, res, ſpecies, iura. — Sunt quidem illa *corpore praedita*, ſed nos iis ita fungimur, vt non tam *corpus* eorum ſpectemus, quam *quantitatem*. Caeterae res corpore valent. — Quae pondere, numero, et menſura conſtant, *quantitate valent potius, quam corpore.*

also z. B. 100 Thaler, zehen Malter Weitzen, eine Ohme Wein, ein Pfund Butter u. s. w. zu fordern hat, der fordert eine unkörperliche Sache; denn hier kommt es nicht auf gewisse bestimmte Körper oder Individuen, sondern auf eine Quantität gleichgeltender Dinge an, die an innerm Gehalt und Werth gerade so viel ausmachen, als die Forderung beträgt. In unsern Gesetzen [q]) werden daher die fungibilen Sachen, quae pondere, numero, mensura continentur, ausdrücklich den corporibus seu speciebus entgegen gesetzt.

In einer andern als der zeitherigen Rücksicht giebt es eine dritte Art der Sachen, nämlich solche, welche in verschiedner Rücksicht zugleich körperliche und unkörperliche sind. Daß das Geld bald als eine Quantität, bald als corpus betrachtet werden könne, sagen unsere Gesetze [r]) deutlich. Als körperliche Sache wird das Geld betrachtet a), wenn man es Jemandem versiegelt in Verwahrung giebt, wie in der L. 24 D. depos. gesagt wird. b) Wenn es als vorhandene Baarschaft, aus einem bestimmten Kasten [s]), oder an einem andern bestimmten Orte vermacht wird. c) Wenn solches Jemanden blos zur Pracht oder Prahlerey geliehen wird [t]). In den meisten Fällen wird jedoch das Geld als Quantität betrachtet, z. B. im Darlehn, bey Vermächtnissen, wodurch gewisse Summen überhaupt legirt werden, beym Kauf, Pacht u. s. w., wo dasselbe nur in Ansehung des Werths in Betrachtung kommt. Der Unterschied ist übrigens von großer Wichtigkeit; denn wenn das Geld, als Quantität betrachtet, den Gegenstand einer Verbindlichkeit ausmacht,

q) L. 30. pr. D. de legat. I. L. 1. §. 7. D. ad Leg. Falcid.

r) L. 94. §. 1. D. de solut. L. 34. §. 3. 4. L. 51. D. de legat. I. L. 108. §. 10. D. eod. L. f. D. de adimend. legat. L. 46. D. de cond. indeb. AVERAN. Interpr. III, 10. 2. p. 399. BRANCHV Obs. p. 54.

s) L. 34. §. 4. D. de legat. I. L. 120. D. de V. O.

t) L. 3. in f. L. 4. D. commodat.

macht, so ist solches eine res fungibilis; geht es daher durch einen Zufall verloren, so muß der Schuldner diesen Verlust tragen [u]). Ist hingegen das Geld, als eine körperliche Sache betrachtet, der Gegenstand einer Verbindlichkeit, so trifft der Unglücksfalls den Gläubiger [x]). Ferner, wenn in einem letzten Willen Geld, als eine Quantität, vermacht worden ist, z. B. der Testirer hat Jemandem schlechthin 100 Thlr. vermacht, so muß der Erbe die legirte Summe schlechterdings auszahlen, wenn schon kein baares Geld im Nachlaß des Testirers vorhanden ist, sondern vorher erst Erbschaftssachen zu Gelde gemacht werden müssen [y]). Wenn hingegen Geld, als ein corpus, vermacht worden ist, z. B. der Erblasser hat mir diejenigen 100 Rthlr. vermacht, welche in seiner Chatulle in einem versiegelten Beutel liegen, und es findet sich dieses Geld in der Chatulle nicht, so ist das Vermächtniß ohne Wirkung, und darf solches der Erbe, vorausgesetzt, daß das Geld ohne seine Schuld nicht daselbst gefunden wird, nicht aus der Erbschaft ersetzen [z]). In der Bedeutung als corpus wird das Geld in unsern Gesetzen [a]) mit einem fundo legato verglichen, und ganz nach der Analogie anderer körperlicher Sachen beurtheilt. Ein anderes Beyspiel, wie eine und eben dieselbe Sache in verschiedner Rücksicht, bald als eine körperliche bald als eine unkörperliche betrachtet werden kann, enthält das Vermächtniß künftiger Früchte. Wenn nämlich künftige Früchte aus einem Grundstück vermacht worden sind, so kommt alles darauf an, ob die Be-

u) §. 2. Inst. quib. mod. re contr. oblig. L. 1. §. 4. D. de oblig. et action.

x) L. 37. D. de verb. obligat.

y) L. 34. §. 3. D. de legat. I.

z) L. 30. §. 4. D. ad Leg. Falcid. L. 1. §. 7. D. de dote praeleg. L. 37. D. de verb. oblig.

a) L. 34. §. 4. L. 51. D. de legat. I. A. REICHARDT D. de fideicommisso eius, quod superfuturum erit, eiusque differentia a debitis, quibus accepta reddenda sunt in eodem genere, Ien. 1785.

stimmung des Grundstücks blos als eine Demonstration beygefügt worden, oder ob das Grundstück taxationis causa erwähnt ist, das heißt, ob der Testirer durch jene Bestimmung und Assignation des Grundstücks dem Legat eine Bedingung habe beyfügen wollen, dergestalt, daß der Legatar nur aus diesem Gute die Früchte erhalten solle, wenn so viel, als vermacht worden sind, darauf wachsen werden. Im ersten Falle werden die vermachten Früchte als Quantitäten betrachtet, welche nicht zu Grunde gehen. Der Erbe ist daher schuldig, die bestimmte Quantität an Früchten auszuliefern, es mag auf dem angewiesenen Grundstücke etwas oder nichts gewachsen seyn [b]). Im andern Falle hingegen, werden die vermachten Früchte, als bestimmte corpora betrachtet. Hat also das Grundstück entweder gar nichts, oder nicht so viel, als aus demselben an Früchten legirt worden ist, eingetragen, so ist der Erbe nicht mehr als den wirklichen Ertrag zu geben verbunden; denn hier wird ihm nicht wegen der Quantität, sondern wegen des corporis taxatiui die Verbindlichkeit aufgelegt [c]).

Der Hr. GTR. Höpfner hat den Begriff der körperlichen und unkörperlichen Sachen S. 299 des Commentars in folgenden Worten erklärt. — Körperliche Dinge heißen die zusammengesetzten Substanzen. Was keine Substanz, oder nicht aus Theilen zusammengesetzt ist, heißt eine unkörperliche Sache. Die römischen Juristen sagten: res corporales sunt, quae tangi possunt, das heißt, die in die Sinne fallen; incorporales, quae tangi non possunt. Da es aber körperliche Dinge giebt, z. E. die magnetische Materie, welche mit keinem Sinne empfunden werden können, so ist unsere Definition richtiger.

b) L. 96. pr. D. de legat. I. L. 27. §. 2. D. de legat. III. L. 12. D. de alim. legat.

c) L. 5. D. de tritico, — legato, L. 83. §. 5. verb. pro quo et illud D. de V. O. Averan. Interpr. II, 27.

richtiger. Die unkörperlichen Dinge sind entweder 1) moralische; dahin gehören a) Gerechtigkeiten und Ansprüche z. E. das Erbrecht, das Recht des Nießbrauchs, die Jagdgerechtigkeit, Zehendrecht, Schuldforderungen; b) die Verbindlichkeiten, z. E. eine Schuld, die ich einem andern zu bezahlen habe, ist sowohl in Rücksicht auf den Gläubiger, als auf mich eine unkörperliche Sache. Oder 2) physische. Dergleichen sind genera und quantitates. Wenn ich nämlich nicht eine gewisse bestimmte Sache, sondern eine Sache überhaupt (rem in genere) zu fordern habe, so sagt der Jurist: meine Forderung gehe auf eine unkörperliche Sache. Z. E. Jemand vermacht mir eine goldene Uhr; nicht ein gewisses Individuum, nicht diese, jene goldene Uhr, sondern eine solche Uhr überhaupt. In diesem Fall habe ich eine unkörperliche Sache zu fordern. Auch die Quantitäten gehören hierher. Wenn ich z. E. 1000 Thlr. 100 Malter Weitzen zu fordern habe, so ist der Gegenstand meiner Forderung etwas Unkörperliches.

Unpartheyische und gründliche Rechtsgelehrte werden es nicht misbilligen, daß ich über diese dunkele Materie die Ausführung mehrerer berühmter Rechtsgelehrten angeführt habe. Der verst. Hr. HR. Meister machte es in seinen Vorlesungen der Pandekten oft ebenfalls so, und gab zur Ursache an: den einen Zuhörer belehre diese Erklärung leichter, und den andern hingegen jene. Diese Methode ist gewiß bey ausführlichen Werken über das Privatrecht, wie mein Commentar seyn soll, sehr zu empfehlen, da man dadurch zu manchen neuen Bemerkungen Anlaß bekommt, und durch die angeführten Schriften in den Stand gesetzt wird, ausführlichere Untersuchungen vorzunehmen, wenn man Vergnügen an gelehrten Arbeiten hat.

§. 173.

Eine der wichtigsten Eintheilungen der Sachen ist gewiß auch die Eintheilung in bewegliche und unbeweg-

liche Sachen [d]), welcher Unterschied der Natur der Sache nach nur bey körperlichen Dingen statt hat. Wenn man bey der Betrachtung der wahren Beschaffenheit dieser Dinge von dem rechten Gesichtspuncte ausgehen will, so muß man folgende Wahrheit beständig dabey in Gedanken haben. Alles, was zum Daseyn einer körperlichen Sache nothwendig ist, ingleichen diejenigen Theile, ohne welche sie ihre eigentliche oder Hauptbestimmung nicht erfüllen kann, gehören zu derselben. So lange also durch die Aenderung oder Verwechselung einzelner Theile die Sache weder vernichtet, noch die Hauptbestimmungen derselben gänzlich verändert werden, so lange ist noch keine Veränderung in der Substanz vorgefallen [e]). Alle dergleichen körperliche Sachen sind von doppelter Beschaffenheit, und zwar

1) Sind sie von der Art, daß, ihrer Substanz unbeschadet, ihre vorigen Stellen verändert werden können, und dann heißen sie bewegliche Sachen, welche wiederum, nachdem sie sich selbst, und ohne fremde Hülfe von ihrer jetzigen Stelle bewegen können, oder nicht, in Moventien und bewegliche Sachen im engern Verstande eingetheilt werden. Untersucht man nämlich die Ursache, welche es macht, daß eine Sache ohne ihre Beschädigung die zeitherige Stelle verändern kann, so findet man solche entweder in der Sache selbst oder außer ihr. Im ersten Fall heißen die beweglichen Sachen in Gesetzen, res sese mouentes, Moventien, im andern aber res mobiles stricte sic dictae, bewegliche Sachen im eigentlichen Verstande. Moventien sind alle lebendigen Thiere, und bey den Römern rechnete man auch die Sclaven dazu. In der L. 93. D. de verb. signif. heißt es:

d) Paul. Voet tract. de mobilium et immobilium natura. Leodii 1699. 4. Lud. God. Mogen comment. de vera ac genuina rerum mobilium et immobilium indole sec. diuersa iuris Rom. et germ. principia, Gieſſae 1760. 4.

e) Herr M. Eichmann a. a. O. Thl. 4. S. 163.

es: *mouentium* item *mobilium* appellatione idem ſignificamus: ſi tamen apparet, defunctum *animalia* duntaxat, quia ſe ipſa mouerent, *mouentia* vocaſſe, quod verum eſt. Nach vocaſſe muß man die Worte ſecus eſt in Gedanken dazu ſetzen, wo der Verſtand des Geſetzes ſodann folgender iſt: Wenn ein Teſtirer Jemandem alle ſeine Moventien vermacht hat, ſo ſind unter dieſer Benennung überhaupt alle bewegliche Sachen des Teſtirers begriffen; ſie mögen Thiere oder lebloſe Dinge ſeyn, da auch letztere Moventien genennt werden, wie man aus L. 2. D. de ſupellect. leg. ſieht. Etwas anderes wäre es, wenn der Teſtator ſelbſt zwiſchen Moventien und Mobilien einen Unterſchied zu machen, und unter den erſtern nur ſein Vieh zu verſtehen gewohnt geweſen wäre [f]). Daß übrigens die Worte Moventien und Mobilien mit einander verwechſelt werden, ſieht man aus mehrern Geſetzen [g]). Bewegliche Sachen im eigentlichen Verſtande, ſind z. B. Tiſche, Stühle, Bücher u. ſ. f., ja auch diejenigen Sachen, welche durch den Gebrauch verzehrt werden, und nicht weiter vorhanden ſind; denn wer wollte Bedenken tragen zu behaupten, wenn von der Eintheilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche die Frage iſt, daß jene ebenfalls zu den erſtern gerechnet werden müſſen.

Von beweglichen Sachen überhaupt iſt noch zu bemerken, und zwar, 1) es giebt mehrere dergleichen Dinge, die ihrer Natur nach beweglich ſind, die aber im Rechtsverſtande unbeweglich heißen. 2) Der Ausdruck Mobiliarvermögen begreift, unter den eben angezeigten Umſtänden, alle beweglichen Sachen, folglich auch die Moventien [h]), und das nämliche iſt anzunehmen,

f) Goeddaevs in Comm. ad Tit. de V. S. ad L. 93. h. t. Herr HR. Glück, Th. 2. S. 467.

g) L. 15. §. 2. D. de re iudic. L. 1. et 2. D. de ſupellect. legat.

h) L. 1. D. de rei vindic. L. 15. §. 2. D. de re iud.

wenn von beweglichen Sachen oder Mobilien unbestimmt, und so die Rede ist, daß man sieht, es wollen diejenigen, von deren Willensverordnung die Rede ist, mehrere Dinge verschiedner Art, die beysammen sind, in bewegliche und unbewegliche Sachen abtheilen, obgleich in Gesetzen i) bisweilen bewegliche Sachen von den Moventien unterschieden werden. Kann man jene Willensmeynung den Umständen nach nicht gehabt haben, uud die Partheyen haben sich dennoch der Ausdrücke bewegliche Sachen, Mobilien bedient, so scheint der Sprachgebrauch, wenn die Veranlassung zur Willensmeynung der Grund, worauf diese beruhet, ihr Zusammenhang und die übrigen Bestimmungen, die sie enthält, keine bessere Aufklärung in der Sache geben, die Meynung zu rechtfertigen, daß man darunter Möbeln oder die beweglichen Sachen, welche zum bequemern Gebrauch und zur Auszierung einer Wohnung überhaupt bestimmt sind, Hausrath oder die beweglichen Sachen, welche in einem Hause oder Garten zu ordentlichen häuslichen Geschäften dienen sollen, und Geräthschaften, oder die beweglichen Sachen, welche zum Betrieb eines gewissen Geschäfts in und außer der Wohnung ihrer Bestimmung nach vorhanden sind, verstehen müsse.

Zu den beweglichen Sachen im eigentlichen Verstande, rechneten die Römer die ruta caesa, deren in Gesetzen k) gedacht wird, z. B. in der L. 66. §. 2. D. de contr. emt. vend. wo es heißt: ruta caesa ea sunt, quae neque aedium neque fundi sunt. Das Wort ruta kommt von ruere her, welches so viel als eruere heißt, wie man aus der L. 17. §. 6. D. de act. emti sieht, wo

Paulus

i) L. 1. pr. D. de aedilit. edicto L. 30. pr. C. de iure dotis.

k) L. 241. D. de verb. signif. L. 17. §. 6. D. de act. emti L. 5. §. 2. D. ad exhib. Püttmann D. de rutis caesis, Lips. 1776.

Paulus sagt: si *ruta* et *caesa* excipiantur in venditione, ea placuit esse *ruta*, quae *eruta* sunt, vt arena, creta et similia: *caesa* ea esse, vt arbores caesas, et carbones et his similia. Man verstand darunter alles, was zum Nutzen eines Grundstücks oder Gebäudes aus der Erde gegraben, oder gehauen, oder sonst angeschafft, aber zu dem bestimmten Gebrauch noch nicht eingerichtet, oder noch nicht angewendet worden, oder wenigstens noch nicht befestigt ist. Als solche Sachen betrachtete man 1) den aus der Erde gegrabenen Sand, Thon u. dgl., umgehauene Bäume, gehauene Steine, Marmor u. dgl. [l]; 2) die aus Brettern zusammengeschlagene, und zur Wirthschaft bestimmte Kornbehältnisse, so im Boden nicht fest gemacht sind, sondern sich von einem Ort zum andern bringen lassen, und granaria hießen [m], wie man aus der L. 18. D. de act. emti vend. sieht, wo es heißt: *granaria*, quae ex tabulis fieri solent, ita aedium sunt, si stipites eorum in terra defossi sunt: quod si supra terram sunt, *rutis* et *caesis* cedunt. 3) Rechnete man dazu Weinpfähle, die zwar um eines Weinbergs willen angeschafft worden, aber noch nicht wirklich dahin gebracht und gebraucht waren [n]. Auch gehörten 4) hierher Dachziegel, die noch nicht, ihrer Bestimmung gemäß, gebraucht worden waren [o], und andere Sachen mehr.

Bey den Teutschen pflegte man die beweglichen Sachen, wenn man sie überhaupt anzeigen wollte, Fahrniß, fahrende Habe, fahrende Güter, bewegliche Habe zu nen-

l) L. 17. §. 6. D. de act. emti L. 7. §. 13. D. solut. matrim.

m) L. 60. D. de acquir. rer. domin.

n) L. 17. §. 11. D. de act. emti.

o) L. 18. §. 1. D. de act. emti.

nen p); die neuern Rechtslehrer verstehen aber nur den Hausrath, die Mobilien und Geräthschaft darunter q).

Von den zeither angeführten körperlichen Sachen sind 2) diejenigen unterschieden, welche nicht von einem Orte an einen andern gebracht werden können, ohne ihre Substanz zu beschädigen, und diese werden unbewegliche Sachen genennt. Es sind für unbeweglich zu halten, a) solche Sachen, welche sich gar nicht von ihrer Stelle wegschaffen lassen, ohne sie ganz zu zerstören, welches der Fall bey einer Wiese, einem Acker, einem Garten ist. Unbewegliche Sachen sind b) solche Dinge, welche man wenigstens nicht unbeschädigt von der Stelle bringen kann, und hierher gehört z. B. ein Gebäude, u. s. f.

Bey allen unbeweglichen Sachen ist nochmals auf folgenden Unterschied zu sehen, ob sie nämlich ihrer Natur nach unbeweglich sind, oder blos nach den Gesetzen dafür gehalten werden sollen. Von Natur unbewegliche Sachen, heißen eigentlich unbewegliche Sachen, res naturaliter immobiles, und die, welche es blos im Rechtsverstande sind, nennt man unbewegliche Sachen im Rechtsverstande, res iuris intellectu immobiles.

Die von Natur unbeweglichen Sachen nennt man auch liegende Güter, Grundstücke, praedia, und dazu gehören die bereits angeführten zwey Arten, nämlich 1) solche, die sich ganz und gar nicht von ihrer Stelle wegbringen lassen, als: Aecker, Wiesen, Gärten, Weinberge, Wälder; sodann 2) auch diejenigen, welche nicht ohne ihren völligen Ruin von ihrer Stelle weggebracht werden können, welches der Fall bey bereits stehenden Gebäuden ist.

Große Schwierigkeiten finden sich, wenn es genau festgesetzt werden soll, welche Sachen in allen Fällen für unbewegliche im Rechtsverstande zu halten sind, da die Ursachen,

p) Hertii Resp. Tom. II. Dec. 775. n. 1.

q) Bergeri Oecon. iur. Lib. II. tit. 1. thes. 6. not. Klock in Consil. Vol. III. Cons. 125. n. 36. sq. Boehmer in Consult. Tom. II P. II. Cons. 791. qu. 5. n. 1.

Ursachen, warum dieses so seyn soll, sehr verschieden sind, und sich bey der Anwendung derselben noch größere Schwierigkeiten finden. Man versteht also darunter solche bewegliche Sachen, die wegen Vorschrift der Gesetze für unbewegliche Sachen gehalten, und eben so beurtheilt werden sollen. Einige Rechtslehrer, z. B. Voet in der angef. Schrift, Cap. 6. behaupten, man müsse vor allen Dingen folgenden Unterschied dabey machen, ob sie in Ansehung einer jeden rechtlichen Würkung für unbeweglich zu halten sind, oder nur in Ansehung einer einzelnen rechtlichen Würkung; denn zu dieser Classe von Sachen gehörten z. B. die beweglichen Sachen von großem Werthe, welche einem Minderjährigen gehören, weil bey ihrer Veräußerung eben das Rechtens sey, was die Gesetze als Feyerlichkeiten bey der Veräußerung ihrer wirklich unbeweglichen Sachen vorgeschrieben haben [r]). Nach der Behauptung vieler Rechtsgelehrten, hat eine beträchtliche Bibliothek eines Gelehrten, eine ansehnliche Buchhandlung, Apotheke, Waarenlager, obgleich die dazu gehörenden Stücke bewegliche Sachen sind, gleichwohl deswegen die Würkung einer unbeweglichen Sache, daß sie von der Sicherheitsbestellung wegen der Proceßkosten oder der Widerklage halber, befreyt, weil sich die einzelnen darin befindlichen Bücher und Stücke nicht so leicht unbemerkt und auf einmal von ihrer Stelle wegschaffen und veräußern lassen [s]).

Was die Frage anbetrifft: wenn bewegliche Sachen dergestalt für unbewegliche im Rechtsverstande zu halten sind, daß die nämlichen Würkungen in allen Fällen dabey statt haben, welche sich bey von Natur unbeweglichen Dingen zeigen; so kann dieses um verschiedner Ursachen willen geschehen, und zwar

1) Wegen

r) L. 22. pr. C. de admin. tutor.

s) Wernher Obs. T. II. P. IX. Obs. 113. Schilter Exercit. IV. §. 24. Berger electa discept. ad. Tit. 39. p. 1008.

1) Wegen der Verbindung der beweglichen Sache mit der unbeweglichen, das heißt mit andern Worten, wenn eine an sich bewegliche Sache mit einer unbeweglichen entweder durch Würkung der Natur oder durch menschliche Arbeit dermaßen vereinigt worden ist, daß sie einen Theil der unbeweglichen Sache ausmacht. Es gehören also hierher

a) Alle durch Würkung der Natur auf einer unbeweglichen Sache festistehende Dinge, Früchte, Bäume, Anwüchse und andere natürliche festsitzende Produkte und Anwüchse; denn diese sind, wenn sie auch, unbeschadet ihrer Substanz, weggeschafft, und folglich in so fern als beweglich betrachtet werden könnten, als Theile derselben wegen ihrer natürlichen Verbindung anzusehen [t]). Daher werden Bäume, Pflanzen, die bereits Wurzeln geschlagen, Gewächse, Früchte, die noch nicht abgenommen sind, wegen ihres Zusammenhanges mit dem Grundstück, worauf sie stehen, für einen Theil desselben, folglich für unbeweglich gehalten. Bey Ausführung dieser Materie hat der Hr. RR. Eichmann S. 170 seines Commentars den Hrn. HR. Hommel widerlegt. Da auf diese Sache so viel ankommt, so verdient diese Widerlegung angeführt und erwogen zu werden. Hr. RR. Eichmann schreibt: der Hr. HR. Hommel sagt in seinem Pertinenzregister [u]) unter der Rubrik Baumschule so: „obwohl eingewurzelte Bäume zum Lehn gehören, und hier unter junger Zucht und alten Bäumen kein Unterschied zu seyn scheint; gleichwohl aber, wenn diese junge Zucht nicht zur Besserung der abgestorbenen, sondern zum Verkaufe auferzogen worden;

t) L. 40. D. de contr. emt. vend. L. 44. §. 3. D. de rei vindicat. L. 13. §. 10. L. 17. D. de act. emti. Hellfeld de hyp. mobil. c. 1. §. 6. p. 144. Opusc. Westphal vom Kauf, S. 99.

u) C. F. Hommels Pertinenz- und Erbfonderungsregister, 5te Aufl. Leipz. 1796.

worden; so müssen sie um deswillen den Erben gehören, weil die Bäume nicht dahin gepflanzt worden, daß sie beständig da bleiben, sondern wenn sie erwachsen, verkauft werden sollen. Also sind sie den noch stehenden Früchten zu vergleichen, und da an ihnen die meiste Arbeit vollbracht, mag daran der Lehnsfolger keinen Anspruch machen. Beydes muß eigentlich zusammen kommen, die Bestimmung oder Destination, und sodann die Befestigung; letztere ohne jene macht nichts zu einer Zubehör". In diesem Satze sowohl, als in dem Erbsonderungsregister überhaupt, und der 294sten Observation, welche die allgemeinen Grundsätze über die Lehre von den Pertinenzstücken enthalten soll, bemerkt man nicht wenige Unrichtigkeiten, schreibt Hr. RR. **Eichmann**, zu welchen der würdige Mann oft bey Bestimmung dessen, was Zubehör sey, durch die ihn beschäfftigende Idee von dem, was ein **Allodialerbe** bey der Absonderung des **Lehns** vom **Erbe** verlangen könne, verleitet wurde; ein Fehler, den man um so mehr sorgfältig vermeiden muß, weil selbst die Lehnsgesetze einem Allodialerben aus dem Grunde der von dem Erblasser gemachten Meliorationen sowohl, als aus andern Gründen diese und jene Sache zusprechen, die an sich sonst als eine Zubehör des Lehns und als eine ciuiliter unbewegliche Sache anzusehen ist. Irrig ist es, wenn der Hr. HR. **Hommel**, der sich jedoch selbst häufig auch hierin widerspricht, sagt, daß die Befestigung ohne Bestimmung nichts zu einem Zubehör macht, weil die Gesetze das Gegentheil beweisen; darneben ist aber auch dieser Satz, wenn er gleich richtig wäre, bey der aufgeworfenen Frage: Gehören die Bäume einer Baumschule den Allodialerben oder Lehnsfolgern? unanwendbar. Irrig ist es, daß solche junge Zucht mit den noch stehenden Früchten zu vergleichen sey, und aus dem Grunde, weil an ihnen die meiste Arbeit vollbracht sey, der Lehnsfolger keine Ansprüche darauf machen könne. Wird ein Grundstück verkauft, wobey auch eine Baumschule ist, so gehört die junge Zucht, die daselbst befindlich ist, dem Käufer, wenn der Verkäufer sich solche nicht vorbehalten hat; denn es ist

kein

kein Gesetz vorhanden, das eine Ausnahme enthält. Kommt aber der Fall vor, wo das Lehn vom Erbe abzusondern ist, und es befindet sich auf einem Lehnplatze eine Baumschule; so kann der Allodialerbe nur alsdann die junge Zucht verlangen, wenn sie in die Definition von Meliorationen fällt, außerdem aber gehört sie dem Lehnsfolger x). Eben dieses, was ich von den Allodialerben gesagt habe, gilt auch von demjenigen, wider welchen eine Vindikationsklage angestellt worden ist. Der Hr. GRR. Hellfeld, welchen ein Jeder, dem er genug bekannt war, gewiß für einen großen Rechtsgelehrten erkennen wird, drückt sich in der angeführten Schrift y) so aus: in Sachsen werden die durch Fleiß erzielten, aber noch stehenden Früchte, nach geendigter Arbeit als schon eingebracht angesehen, und daher für beweglich geachtet, und seine Meynung geht nun dahin, daß, obwohl außer Sachsen, dergleichen Früchte für unbeweglich zu halten, dieselben dennoch in Sachsen, weil man sie als eine Belohnung der gehabten Mühe und Arbeit ansehe, dafür nicht gehalten werden könnten. Man bemerke also, wenn ein Grundstück veräußert wird, so gehören dergleichen Früchte ohne Zweifel dem Erwerber, wenn der Veräußerer sich solche nicht vorbehalten hat; und sie sind daher überall für unbewegliche im Rechtsverstande zu halten. So kann auch derjenige, welcher ein Grundstück vindicirt, ingleichen der Lehnsfolger bey Absonderung des Lehns vom Allodium, dergleichen Früchte gegen Ersatz des Aufwands verlangen, und nur in Sachsen werden sie, wenn die Arbeit vollbracht ist, und man nun nur auf den Segen der Natur wartet, denjenigen, die schon eingebracht sind, gleich geachtet, dergestalt, daß derjenige, welcher auf letztere

x) II. Feud. 8. §. 1. II. Feud. 28. §. si vasall. Schweder de meliorat. c. 2. §. 1. Hellfeld Elem. iur. feud. §. 469. Friese D. de iure arborum, Ien. 1678. Wildvogel D. de eo quod iustum est circa arbores, Ien. 1691.

y) Arg. L. 6. D. ad exhibend.

letztere einen gegründeten Anspruch zu machen hat, auch die ersten verlangen kann [z]); allein deswegen kann man nicht sagen, daß sie in Sachsen überhaupt für beweglich geachtet würden, sondern nur alsdann, wenn Jemand auf die percipirten Früchte, Anspruch machen kann, werden die nur gedachten demselben gleich geachtet. Sind nun aber übrigens um wieder zur Hauptsache zu kommen, die Früchte abgebracht, und ist der Zusammenhang der natürlichen Producte, Gewächse, und übrigen Dinge dieser Art mit der tragbaren oder unbeweglichen Sache aufgehoben, so fällt der Grund, warum sie für unbeweglich gehalten werden, weg, mithin auch die Eigenschaft der Unbeweglichkeit [a]). Daher gehören z. B. die vor einem Kauf ausgerissenen Bäume dem Verkäufer, wenn sie nicht besonders mit verhandelt worden, und ersterer nicht betrüglich gehandelt hat [b]); denn im ersten Fall geht es nach dem Vertrage, im zweyten aber kann der Käufer den Verkäufer wegen des Betrugs belangen.

Eine solche Cohäsion ist ferner vorhanden, wenn eine bewegliche Sache einer unbeweglichen so fest einverleibt worden ist, daß sie sich ohne Schaden des Ganzen nicht wohl trennen läßt, oder sie, wenn es auch die Natur der Sache nicht mit sich bringt, nach den Gesetzen, als ein Theil derselben angesehen werden soll [c]). So sind die statt der bloßen weißen Wand in solche eingemauerten Gemälde, desgleichen die in die Mauer eingesetzten Marmorplatten, die festgemachten Statüen im Hause oder Garten, für

z) Sächs. Landrecht, 2 Buch 44 und 58 Art. BERGER Oecon. iur. Lib. II. tit. I. th. 7. HERTIVS in Resp. 403.

a) L. 17. §. 1. D. de act. emti, Westphal vom Kauf, S. 100.

b) L. 9. D. de peric. et comm. rei vend. MOGEN de aedificiis et arborib. radicatis iure germanico non inter res immobiles sed mobiles referendis, etc. Giess. 1760. Westphal a. a. O.

c) Hr. GJR. Westphal a. a. O. S. 102.

für im Rechtsverstande unbeweglich zu halten [d]), weil solche nicht weggenommen werden können, ohne die Wände zu ruiniren.

Das Nämliche ist bey der Cohäsion Rechtens, wenn sich die festgemachten Sachen zwar ohne Schaden absondern lassen, die Befestigung derselben ist aber zum beständigen Gebrauch eines Grundstücks nach der Hauptbestimmung desselben vorgenommen worden, welcher Fall alsdenn eintritt, wenn etwas bey einem Grundstück durch Schlösser, Schmiedte, Maurer, Zimmerleute in dieser Absicht festgemacht worden [e]). Diesen Grundsätzen gemäß, gehören die Riegel und Schlösser an den Thüren, die Ziegel auf dem Dache, die eingemauerten Kessel auf dem Heerde in der Küche, wenn sie blos zum ökonomischen Gebrauch des Hauses eingemauert werden, hierher [f]). Dieses muß man auch annehmen in Ansehung der befestigten Weinfässer, wenn ein Weinlager oder Weinkeller veräußert worden, nicht weniger beym Verkauf eines Weinberges, wo eine befestigte Kelter und eingegrabene oder auf andere Art befestigte Fässer gefunden werden; denn die Befestigung dieser Dinge ist zum Gebrauch der Hauptsache nach der eigentlichen oder Hauptbestimmung geschehen [g]). Daher findet diese Regel nicht statt, wenn etwas nur zur besondern Wirthschaft des Besitzers einer unbeweglichen Sache damit verbunden und daran befestigt worden ist; es wäre denn, daß die Sache mit zu dieser besondern Wirthschaft veräußert würde. In der L. 17. pr. D. de act. emti heißt es: multa defossa esse, neque tamen fundi ant villae haberi:

d) L. 17. §. 3. D. de act. emti, L. 12. §. 23. D. de instr. et instr.

e) L. 38. §. 2. D. de actione emti venditi L. 245. D. de verb. signif.

f) L. 38. §. 2. D. de act. emti. Leyser Spec. 219. medit. 10. Westphal vom Kauf, S. 103.

g) L. 76. pr. D. de contr. emt. vend.

haberi: vtpote vasa vinaria, torcularia: quoniam haec instrumenti magis sunt, *etiamsi aedificio cohaereant*. Daß dieses Gesetz der L. 76. pr. D. de contr. emt. vend. nicht widerspreche, sondern von einer besondern Nahrung des Besitzers vorstanden werden müsse, beweißt der Zusammenhang desselben mit der L. 21. D. de instructo vel instr. legato. Defossa heißt hier, was durch Eingraben oder Einpfählen in die Erde befestigt worden ist. Fundus nennte man ein Stück Land mit oder ohne Gebäude, und villa hieß das Gebäude darauf. Torcularia waren Weinpressen oder Keltern. Wenn solche gleich festgemacht werden, aber nicht zum Gebrauch des Grundstücks, weil solches z. B. kein Weinberg war, sondern sie waren blos zur besondern Wirthschaft des Besitzers als Werkzeuge seiner Handthierung dahin geschafft worden, so konnte man sie für keine Zubehör des fundus halten. Wird daher z. B. eine Schmiede als eine solche verkauft, so kann der Käufer auch den befestigten Ambos verlangen, keinesweges aber, wenn sie ihm nicht als Schmiede überlassen worden [h]). Gleiche Bewandniß hat es mit einer festgemachten Hobelbank eines Tischlers, der sein Haus verkauft hat; denn diese kann der Käufer nicht verlangen, da sie zeither blos zur besondern Handthierung des Besitzers im Hause gestanden [i]). Eben diese Beschaffenheit hat es mit solchen Sachen, die dem Besitzer blos zur Pracht, Ueberfluß, Ueppigkeit, und nicht zur Vollständigkeit des Uebrigen gedient haben; denn alle dergleichen Sachen dürfen alsdenn nicht für Zubehör gehalten werden, wenn sie gleich einigermaßen befestigt seyn sollten. Man hält dafür, die Befestigung sey doch nur um eines kurzen Zwecks des Besitzers willen vorgenommen worden, ohne daß die Sachen bey dem Gebäude beständig bleiben sollen. In der L. 17. §. 4. D. de act. emti wird gesagt: reticuli circa colum-

h) Hr. GJR. Westphal vom Kauf, S. 106.
i) Westphal a. a. O. S. 112.

columnas, plutei circa parietes, item cilicia vela *aedium non sunt*. Reticuli, schreibt der Hr. GJR. Westphal, war das Gitterwerk zwischen den Säulen vor dem Hause, das einen Säulengang hatte, welches Gitterwerk aus Sennen zu bestehen pflegte. Der mit Teppichen überspannte Spaziergang vor dem Hause, hieß hypaethrium [k]). Cilicia vela waren Vorhänge von wollenem Zeuge, welche man vor die Thüren und Fenster hieng. In der L. 245. D. de verb. signif. heißt es: statuae adfixae basibus structilibus aut tabulae religatae catenis aut erga parietem adfixae, aut si similiter cohaerent tychni, *non sunt aedium*. Ornatus enim aedium causa parantur, non, quo aedes perficiantur. Statüen, die blos zur Zierde dienen, pflegen gemeiniglich nur deswegen befestigt zu werden, damit sie nicht umfallen. Von Gemälden und Bildern wird erfordert, daß sie blos an Kettchen oder Bändern hängen, oder mit Zwecken an die Wand befestigt sind, folglich nicht eingemauert oder aufgeklebt sind. Das Nämliche gilt von Kronleuchtern und Wandleuchtern, wenn sie eben so fest gemacht worden. Alle diese Dinge kann man nicht für Zubehör des Gebäudes halten, da sie blos zur Pracht dienen. Noch ist zu bemerken, daß Dinge, welche um ihrer Befestigung willen für unbeweglich gehalten werden, diese Eigenschaft jedoch nicht eher erlangen, als bis die Befestigung bereits wirklich geschehen ist, mithin gehören sie noch nicht dazu, wenn sie noch nicht vorgenommen worden [l]). Eben so verhält es sich, wenn sie in der Absicht, das sie nicht wieder mit der unbeweglichen Sache verbunden werden sollen, abgerissen worden sind [m]); wäre aber das Wegnehmen in der Absicht geschehen, daß die Sache ausgebessert, oder sonst zu etwas gebraucht,

k) L. 12. §. 20. D. de instr. vel instr. leg.

l) L. 17. §. 5. et 11. L. 18. §. 1. D. de act. emti.

m) Mevius Part. V. Dec. 266. n. 3. Richter Vol. II. Cons. 45. n. 16. in f. Westphal a. a. O. S. 104.

gebraucht, sodann aber wieder eingelegt oder angemacht werden solle, so behält sie allerdings ihre vorige Eigenschaft [n]).

Der zweyte Grund, warum bewegliche Sachen im Rechtsverstande für unbeweglich gehalten werden, besteht darin, daß sie nicht nur in der Absicht angeschafft oder gemacht worden sind, damit sie zum beständigen Gebrauch einer unbeweglichen Sache dienen sollen, sondern sie müssen sich bereits auch wirklich an dem Orte ihrer Bestimmung befinden; denn Sachen, welche in dieser Absicht erworben worden, sollen nach den Gesetzen, ohne daß es einer Befestigung bedarf, so lange dabey bleiben, als derjenige, auf dessen Willen es ankommt, nicht etwas anders bestimmt hat [o]). In der L. 17. pr. D. de act. emti heißt es: *fundi nihil est*, nisi quod terrae se tenet, *aedium autem multa esse*, quae aedibus adfixa non sunt, ignorari non oportet. Im §. 7. eben dieses Gesetzes wird ferner gesagt: Labeo generaliter scribit, ea, quae perpetui vsus causa in aedificiis sunt, aedificii esse, quae vero ad praesens, aedificii non esse, vtpote fistulae temporis quidem caussa positae, non sunt aedium, verum tamen, si perpetuo fuerint positae, aedium sunt. Damit stimmt die L. 13. §. 31. eod. überein, wo es heißt: *aedibus* distractis vel legatis, *ea esse aedium* solemus dicere, quae quasi pars aedium, vel propter aedes habentur, vt puta *puteal*, die Brunnendeke [p]). Die Gesetze rechnen alles hierher, was nothwendig bey einem Grundstück oder der Hauptsache seyn und bleiben muß, wenn der gehörige Gebrauch soll davon gemacht

n) L. 17. §. 10. et 11. in f. D. de act. emti L. 18. §. 1. in f. D. eod. Westphal a. a. O. Beselin. D. de pertinentiis, Gött. 1783. §. 9.

o) Iac. Born Exerc. acad. de eo, quod iustum est circa destinationem, Lipsi. 1704.

p) Hellfeld, Diss. cit. §. 1. §. 5. Lexser Spec. 26. med. 4.

macht werden können, folglich sey es als ein Theil des Ganzen zu betrachten q). Als Beyspiele werden angeführt, die Schlüssel eines Hauses und der Zimmer, ja sogar die Vorlegschlösser, wenn die Thür kein anderes Schloß hat, womit sie zugemacht werden kann. In der L. 17. pr. D. de act. emti wird gesagt: vtpote seras, claues, claustra. Unter seris et claustris versteht man angehängte und angeheftete Schlösser, wiewohl diese letzteren schon wegen ihrer Cohäsion für unbewegliche Sachen zu halten sind, und folglich eigentlich nicht hierher gehören r). Ferner gehören hierher die Fenster, selbst auf den Mistbeeten, die Fensterladen, die Ziegel auf dem Dache, die Pfähle im Weinberge, so fern sie schon zu diesem Zwecke wirklich gebraucht worden sind, wenn sie auch einige Zeit von ihrem Orte weggenommen worden, nämlich nur in der Absicht, daß sie wieder dahin gebracht werden sollen s). Das nämliche sagen die Gesetze von den bleyernen Wasserbehältnissen (castella plumbea), sie mögen befestigt seyn oder nicht, von den Brunnendeckeln, opercula puteorum, von den metallenen Zapfen oder Spunden, womit die Röhren auf- und zugedreht werden können (epicrania), von den Aufsätzen und Figuren auf die Fontainen (sigilla, columnae et personae, ex quarum rostris aqua salire solet), von den Ziehstangen und den daran befestigten Wassereymern (situla) bey einem Ziehbrunnen t). Nach der Behauptung des Hrn RR. Eichmanns irrt der verst. Hr. HR. Hommel, wenn er in der 294 Obs. behauptet,

q) Hr. GJR. Westphal a. a. O. S. 105.

r) L. 17. §. 11. D. de act. emt. ZAVNSCHLIFFER D. de iure clauium et claustrorum, Frf. 1648. FICHTNER D. de eo, quod iustum est, circa claues et claustra, Alt. 1726. Westphal a. a. O. S. 106.

s) L. 17. §. 11. D. de act. emti vend.

t) L. 15. L. 17. §. 7. 8. 9. D. de act. emt. L. 4. §. 6. L. 47 et 49. D. de contr. emt. vend. Hr. GJR. Westphal a. a. O. S. 109 flg.

tet, daß der L. 17. §. 9. D. de act. emt. nur eine Ausnahme von der Regel mache, die sich nicht weiter als auf die Springbrunnen erstrecke, welche gar nicht, oder doch nur sehr leicht, befestigt sind, und gleichwohl für ciuiliter unbeweglich gehalten werden müssen. Der L. 78. pr. D. de contr. emt. vendit. wo von Röhren, welche der Käufer sich bedungen hat, beyläufig gedacht wird, muß und kann so erklärt werden, daß er den übrigen, welche, wie gedacht, die Röhren dem Käufer, ohne daß eine besondere Verabredung nöthig gewesen, zusprechen, nicht wiederspricht, nämlich von Röhren, die an sich schon dem Käufer gehörten, die er sich aber zu allem Ueberfluß vorbehalten hat. Da die L. 47. u. 49. eod. und andere mehr, schon eine Entscheidung über die Röhren enthielten; so bedurfte es derselben nicht in der L. 78. pr. D. de contr. emt. In der L. 47. eod. wird gesagt: si aquaeductus debeatur praedio; ius aquae transit ad emtorem, etiamsi nihil dictum, *sicut et ipsae fistulae*, per quas aqua ducitur, und das Nämliche sagt die L. 49. — attamen *fistulae* et *canales* quasi pars aedium ad emtorem perueniunt.

Bey einem Brauhause werden die Braugefäße und alle zum Brauen nöthigen Geräthschaften für Pertinenzien gehalten [u]). So soll auch, wenn ein Landgut im weitläuftigen Verstande verkauft wird, das Stroh und der Mist, weil alles bey der Landwirthschaft gewonnene Stroh wiederum zur Fütterung des Viehes und der Düngung, dabey verbleiben muß, dem Käufer des Landguts, oder demjenigen, welchem es vermacht worden, gehören [x]); derjenige hingegen, welcher ein Haus in der Stadt verkauft, nimmt seinen Mist und sein Stroh mit, weil, daß das Stroh und der Mist zum Gebrauch des Hauses angeschafft worden, sich nicht sagen lässet, da das Haus die Bestimmung zur Feld-

u) BERGERI Oecon. iur. Lib. II. tit. I. thes. 7.

x) L. 17. §. 2. D. de act. emt. vend.

wirthschaft seinen Begriff nach nicht hat [y]). Das vorhandene Brenn- und Nutzholz ist auch bey einem Landgute nicht mit verkauft [z]). Man behauptet ferner, daß die Betten und der Hausrath in einem Gasthofe, sofern diese Sachen blos zur Gastwirthschaft bestimmt sind, und zwar dergestalt, daß sie beständig bey diesem Gasthofe bleiben sollen, als Pertinenzien zu betrachten sind, welche Bestimmung man z. B. daraus schließen könne, wenn die Möblen nach dem Zimmer nummerirt sind, wo sie stehen; nur müsse derjenige diese Bestimmung beweisen, der sich darauf berufe [a]). So bleiben auch die Rüstkammer, der Marstall, die Kunstkammer, das Geschütz in der Festung, die öffentlichen Bibliothekeu, also nicht diejenige, welche der Fürst für sich angeschafft hat, als Pertinenzien bey dem Lande, folglich kann der Allodialerbe des verstorbenen Fürsten keine Ansprüche darauf machen [b]).

Alle angeführte Dinge müssen jedoch, nach der Analogie dessen, was bey der Cohäsion Rechtens ist, auf den Fall, daß sie ihrer Natur nach, eine Verbindung mit der unbeweglichen Sache ihrer Bestimmung wegen bedürfen, damit verbunden seyn, und sind deswegen bis dahin für unbeweglich nicht zu achten, z. B. Steine, Ziegeln, Bauholz, welches zur Ausbesserung eines Gebäudes angeschafft worden [c]); es wird ihnen aber durch eine blos auf einige Zeit zu ihrer Ausbesserung oder sonst, jedoch in der Absicht, sie wieder in ihr voriges Verhältniß zu setzen, geschehene Abson-

y) Westphal vom Kauf, S. 107.

z) L. 17. §. 2. D. de act. emti vend.

a) Schilter Exerc IV. §. 23. Berger Oecon. iur. Lib. II. tit. I. th. 7. Carpzov P. III. Const. XXIV. Def. 10. Boehmer in Comp. Dig. h. t. §. 12. Hellfeld D. cit. c. I. §. 7. Mogen comm. cit. §. 15.

b) Struv de allodiis imperii, c. 4. §. 25. Schilter Ex. IV. tit. 8. §. 20. 23. Hellfeld l. c. §. 5.

c) L. 17. §. 11. L. 18. §. 1. D. de act. emti vend.

Absonderung, ihre vorige bereits gehabte Eigenschaft nicht genommen.

Diejenigen beweglichen Sachen, auf welche die angegebenen gesetzlichen Bestimmungen nicht passen, als die Möblen, Hausgeräthe, andere Geräthschaft, Inventarienstücke, in wie fern nicht das eine oder das andere dieser Dinge zu den bereits angeführten Dingen zu rechnen ist, Kleider, Bücher, Tische und andere Moventien, nicht befestigte Statüen gehören nicht hierher, und wenn sie auch sonst zu den kostbaren beweglichen Sachen gerechnet werden sollten [d]). Man beruft sich zwar darauf, daß diese letztern in der L. 27. C. de administr. tutel. gewissermaaßen den unbeweglichen Gütern gleich gemacht würden; allein da die Gesetze lediglich bey der Pflicht des Vormunds, für die Erhaltung solcher Dinge zu sorgen, eine solche Vergleichung machen, und sie niemals weiter ausdehnen, so läßt sichs wohl nicht bezweifeln, daß diese Meynung unrichtig sey [e]). Zu leugnen ist es aber nicht, daß auch in Testamenten, durch Verträge, und auf andere rechtliche Weise, dieser oder jener beweglichen Sache, die Eigenschaft einer unbeweglichen beygelegt werden könne, welches nicht nur bey adelichen Familien, sondern auch unter bürgerlichen geschehen ist. So kann z. B. auf eine rechtliche Art bestimmt seyn, daß die Betten in einem Wirthshause, und andre Dinge dabey bleiben sollen, und nunmehr hat Jeder, der das Wirthshaus bekommt, das Recht, die Betten als Pertinenz mit zu fordern.

Hier ist auch die Frage zu beantworten: ist die Bestimmung, welche freylich, weil sie etwas Factisches ist, bewiesen werden muß, allein hinlänglich, oder muß auch der

d) L. 15. 16. D. de act. emt. vend. L. 245. D. de verb. signif. SCHILTER Exerc. XXX. §. 130. BERGER electa discept. for. p. 108. LEYSER Spec. 26. med. 6.

e) SCHILTER Exerc. IV. §. 24. CARPZOV Const. 15. Def. 19. BERLICH Dec. 292. HELLFELD l. c. §. 10. 11.

Gebrauch dazu kommen? Es kommt dabey auf folgenden Unterschied an; ob die Bestimmung auf solche Art geschehen ist, daß Jemand nach Recht und Billigkeit, z. B. weil ein Vertrag geschlossen, ein Testament gemacht worden, ein Recht darauf erlangt hat, oder nicht. Im ersten Falle sind diejenigen, denen ein solches Recht zustehet, alle berechtigt zu verlangen, daß die Sache ihrer Bestimmung gemäß mit der unbeweglichen vereinigt, und dadurch zu einer unbeweglichen im Rechtsverstande gemacht werde; andere hingegen haben dieses Recht nicht, es müßte denn die Art und Weise, wie sie die unbeweglichen Sachen erworben haben, ihnen dasselbe geben. Im zweyten Falle aber kann der Erwerber, nach der Rechtsanalogie, nur alsden auf die bewegliche Sache Ansprüche machen, wenn sie ihrer Bestimmung gemäß angewendet, und dadurch mit der unbeweglichen vereinigt worden ist, als worinn der Natur der Sache nach der Grund dieser rechtlichen Eigenschaft liegt. Wenn sich daher A. vorgenommen, und diesen seinen Willen deutlich geäußert hat, daß er für das ihm gehörende Wirthshaus die nöthigen Betten anschaffen wolle, solche auch bereits machen lassen, hierauf aber, vor der Hereinschaffung ins Wirthshaus, stirbt, so kann, wenn das Wirthshaus nach seinem Tode verkauft worden ist, der Käufer nicht auch diese Betten, vermöge seines Kaufs verlangen, wenn sie ihm nicht besonders mit versprochen worden. Für falsch muß also die Meynung erklärt werden, daß eine Summe Geld, die zu Anschaffung einer unbeweglichen Sache bestimmt worden, oder welche daraus gelößt worden, ebenfalls für unbewegliches Gut zu halten sey [f]; denn darauf kommt nichts an, daß Jemand ein Recht hat, auf die bestimmte Anwendung dieses Geldes zu dringen [g].

Nach-

f) Berlich P. III. Concl. 29. n. 78 seq. Wesenbec. in Consil. 321. n. 46 sqq. Voet de mobil. c. VII. §. 10.

g) Gail Obs. II, 11. 5. Hellfeld diss. cit. c. I. §. 7. Schilter Exerc. IV. §. 23. Voet h. t. n. 15.

Nachdem ich dasjenige vorgetragen habe, was berühmte Rechtslehrer zur Erläuterung des Begriffs der beweglichen und unbeweglichen Sachen anführen, so sollen zum Beschluß noch einige Bemerkungen darüber folgen, und zwar 1) ist von der bekannten Regel: alles, was Erd- Wand- Band- Hammer- Klammer- Mauer- Nied- und Nagelfest, in einem Grundstück ist, muß für eine Zubehör desselben, folglich für unbeweglich gehalten werden, wohl zu merken, daß sie vieler Bestimmungen bedürfe, und der Richter dadurch nicht in den Stand gesetzt werde, nach festen Grundsätzen zu entscheiden, was unter die Pertinenzstücke eines Grundstücks gehöre, oder nicht. Man muß daher in jedem vorkommenden Falle vor ihrer Anwendung genau untersuchen, ob sie den zeither vorgetragenen Grundsätzen gemäß, auf diesen oder jenen Gegenstand anwendbar sey, oder nicht. Die Praktiker wollen damit ausdrücken, was die Römer fixa vincta nannten, die sie den rutis caesis entgegen setzten, wovon in der L. 38. §. 2. D. de act. emti die Rede ist [h]). Die Worte der in diesem Gesetz enthaltenen Frage hätten aber eigentlich so abgefaßt seyn sollen: an hae scil. fistulae sub terram missae de plumbeo castello aquam ducentes in aënum, vt *vincta fixaque*, aedium essent, an vt *ruta caesaque*, non essent aedium? So liest auch Cujaz. Es wird nämlich gefragt, ob die unter der Erde weglaufenden Röhren, welche das Wasser aus dem bleyernen Troge in den eingemauerten Wärmkessel führen, für eine Pertinenz des Gebäudes gehalten werden könnten, oder nicht.

2) Alle bewegliche Sachen, welche im Rechtsverstande als unbewegliche zu betrachten sind, werden unter die sogenannten Pertinenzstücken gerechnet. Pertinenzstücke, Zugehör, Zugehörungen, Angehörungen, Anhang, Eingedühn, nennt man Sachen, die von einer andern

h) Hr. HR. Glück im Comment. Thl. 2. S. 473.

dern, welche die Hauptsache ausmacht, unterschieden, um dieser willen aber vorhanden sind, und daher bey derselben bleiben sollen i). Sollte eine im Rechtsverstande unbewegliche Sache wiederum Pertinenzstücke haben, so sind auch diese Pertinenzstücke k). Dieser Regel gemäß, gehören die Schiebkasten, die in einem eingemauerten Schranke eines Hauses befindlich sind, mit zum Hause, und sind folglich für unbeweglich zu halten, wenn man sie gleich herausnehmen kann. Die Gesetze verlangen nicht, wenn die Hauptsache eine besondere Qualität hat, daß alsdenn auch die im Rechtsverstande unbewegliche Sache, da sie als Zubehör betrachtet wird, diese Eigenschaft ebenfalls habe, sondern es kommt darauf an, ob man annehmen kann, daß ihnen diese Eigenschaft mit beygelegt worden sey, oder nicht. Daher giebt es z. B. viele Pertinenzstücke eines Lehnguts, welche keine Lehnsqualität haben l).

3) In einigen Gegenden gilt die Parömie: was die Fackel verzehrt, ist Fahrniß, und daher hält man sogar Häuser, weil sie vom Feuer aufgezehrt werden können, für Fahrniß oder bewegliches Vermögen. Diese Einrichtung muß aber nur für partikuläres Recht gehalten werden, worüber die S. 294 angeführte Abhandlung vom Hrn. Mogen im zweyten Theile nachzusehen ist.

4)

i) Hier. AGRICOLA D. de pertinentiis, Alt. 1615. G. F. MVEG D. de pertinentiis, Arg. 1671. KRAVT D. de iure pertinentiarum, Frf. 1675. de BERGER D. de iure rerum pertinentiarum, Vit. 1678. et in *Eius* Diss. p 405 — 426. Sam. STRYCK D. de probat. pertinentiarum, Frf. 1688. et in *Eius* Diss. Frf. Vol. VI. n. 3 Ioh. BESELIN D. de pertinentiis, Gott. 1783. Hommels Pertinenz- und Erbsonderungsregister, fünfte Ausg. Lpz. 1796. Westphals rechtl. Abhandl. von den Pertinenzstücken eines verkauften Hauses, Halle 1778. 4.

k) L. 12. D. de instr. vel instrum. leg. BESELIN l. c. §. 4. NETTELBLADT in noua introd. p. 286.

l) NETTELBLADT l. c. BESELIN l. c. §. 11.

4) Unter die Dinge, worüber viel gestritten wird, ob sie für beweglich oder unbeweglich zu halten sind, gehören hauptsächlich die Apothekerwaaren, die Kramwaaren, die Mühlen und die Fische in den Teichen. Daß die in einem Kaufmannsgewölbe und in einer Apotheke befindlichen Waaren, einzeln und an sich betrachtet, für bewegliches Gut gehalten werden müssen, läßt sich gar nicht bestreiten [m]). Eine andere Frage ist es freylich, ob kein hinlänglicher Grund vorhanden sey, warum man diese Dinge, als eine vniuersitas rerum betrachtet, für unbewegliches Vermögen halten könne, wenn die Apothekergerechtigkeit oder die Kramgerechtigkeit auf einem gewissen Hause liegen sollte [n])? Es streiten aber folgende Gründe dagegen; denn

a) folgt daraus, daß das Recht als unbeweglich anzusehen ist, noch nicht, daß auch Dinge diese Eigenschaft haben, die zur Benutzung desselben angeschafft worden sind. b) Kommt auf die Bestimmung und den Gebrauch (S. 311) nichts an; denn diese Beschaffenheit der Sache wäre nur alsdenn in Erwägung zu ziehen, wenn alle Waaren in einer Apotheke und in einem Kramladen, auf einmal verkauft werden könnten; dieses geschieht aber der Natur der Sache nach nicht. Darin kann man aber wohl dem Herrn von Leyser Recht geben, daß die Gefäße, welche zur Apotheke und dem Kramgewölbe gehören, wenn das Recht auf dem Hause liegt, für unbewegliches Gut gehalten werden müssen, da sie die Bestimmung und der Gebrauch dazu macht. Es steht jedoch bey demjenigen, der darüber disponiren kann, ob er das Haus mit oder ohne Gefäße veräußern will. Hat er sich aber nicht erklärt, so bringt es die Natur der Sache mit sich, daß der Erwerber

m) L. 66. D. de verb. signif. Hellfeld l. c. §. 8. Leyser Spec. 26. med. 4.

n) Bergeri Oecon. iur. Lib. II. tit. I. thes. 6. Leyser Spec. cit. med. 4.

ber diese Dinge mit bekommt. Daß Apotheken, Kramladen, Bibliotheken, die Wirkung unbeweglicher Sachen alsdenn haben, wenn Sicherheitsbestellung wegen der Proceßkosten und der Reconvention geleistet werden muß, haben wir S. 299 gesehen, und deswegen sagen die Rechtslehrer o) von dergleichen Sachen: dantur res in se mobiles, quae certo respectu sunt immobiles. Es darf aber diese, jenen Dingen verstattete, besondere Wirkung nicht weiter ausgedehnt werden, als sie dem Gerichtsgebrauche nach sich erstreckt; daher hält man diese Sachen nicht für hinreichend, wenn Bürgschaft geleistet werden soll.

Ich komme auf die Frage: ob **Mühlen** für **bewegliche** oder **unbewegliche** Sachen zu halten sind? Daß feststehende **Landwassermühlen**, ihrer Natur nach, wie alle Gebäude unter die **unbeweglichen** Dinge gehören, versteht sich von selbst, obgleich auch hier von Einigen ungegründete Einwendungen gemacht worden sind p). **Windmühlen** sind ihrer Natur nach beweglich, da sie ohne Zernichtung derselben von einem Orte zum andern fortgeschafft werden können, mithin giebt auch die vorgebliche Befestigung derselben keinen hinlänglichen Grund ab, sie für **unbeweglich** im **Rechtsverstande** zu erklären q). Die gegentheilige Meynung hat man gleichwohl in der **Praxis** angenommen, und hier hält man sie für **unbewegliches Gut** r).

Bey

o) Berger disc. forens. P. I. p. 363. 365.

p) L. 21. D. de instr. vel inst. legato. Tiraqvel de retractu, §. 1. gloss. 7. n. 92. Carpzov P. III. Const. 24. Def. 8. n. 1.

q) L. 60. D. de acquir. rer domin. Bevst ad L. 31. D. de iureiur. n. 957. Carpzov l. c. n. 5.

r) Hahn ad Wesenb h. t. Brvnnemann in Comm. ad Pand. ad L. 60. D. de acquir. rer. dom. Finckelthavs Obs. 26. Schilter Exerc. IV. §. 24. Berger Disc. for. P. I. p. 1471. Io. Fr. Hertel D. de iure molend. pneumaticorum, Ien. 1739.

Bey den Schiffmühlen ist ein Unterschied zu machen, ob sie in einem solchen Lande befindlich sind, wo jeder nach seinem freyen Willen solche bauen lassen darf, oder ob es nicht anders geschehen darf, als mit Bewilligung des Regenten, weil das Mühlrecht ein Regal ist. Im ersten Falle sind die Schiffsmühlen, wie die Schiffe selbst, als bewegliches Gut anzusehen [s]). Im letztern Falle gehören sie alsdenn zu den unbeweglichen Sachen, wenn ihnen bey der Concession ein bestimmter Ort angewiesen worden, wo sie bleiben sollen, jedoch in der Praxis hält man sie in allen Fällen für unbewegliches Gut [t]).

Größere Schwierigkeiten finden sich bey Beantwortung der Frage: ob Fische für bewegliches oder unbewegliches Gut zu halten sind? Es ist freylich keinem Zweifel unterworfen, daß man die in Fischkasten, Trögen, Reusern, Hälter befindlichen Fische, für bewegliches Gut halten müsse, folglich sie der Verkäufer behalten oder der Landerbe solche als sein Eigenthum in Anspruch nehmen könne; allein in Ansehung solcher Fische, die in Teichen befindlich sind, finden sich mehrere Schwierigkeiten. Da es in der L. 15. D. de act. emti heißt: pisces autem, qui sunt *in piscina*, nec aedium sunt, nec fundi, so werden sie für keine Zubehör erklärt, wenn das Wort piscina dieser Meynung nicht entgegen ist. Ueber den eigentlichen Verstand des Worts piscina ist nun ein großer Streit unter den Rechtsgelehrten. Dionys. Gothofredus [u]), dem Hr. HR. Hommel Recht giebt, behauptet, daß man darunter Fischbehälter aller Art, aber keine Teiche, worein Fische

s) L. 20. §. 4. D. quod vi L. 1. §. 7. D. de vi TIRAQVEL l. c. gloss. 7. n. 9. BERLICH Concl. P. III. Concl. 3. n. 12. CARPZOV l. c.

t) STRVV Synt. iuris feud. c. 6. aph. 12. n. 6. BERGER Disc. P. I. p. 1471. MOGEN Diss. cit. §. 19. Estors Rechtsgel. §. 3291. Hommels Pertinenzreg. Art. Mühlen.

u) GOTHOFR. ad L. 15. D. de act. emt.

sche zum Wachsen gesetzt werden, verstehen könne. Dieser Erklärung scheinen aber nicht nur die Gesetze, sondern auch römische Schriftsteller zu widersprechen, aus denen man das Gegentheil sieht [x]). Dieser Gründe ungeachtet, kann man aber dennoch die Fische in Teichen, für unbewegliches Gut halten, welche folglich dem Käufer gehören, diese also, wenn der Verkäufer des Guts sie nicht vorher herausgenommen hat, darin bleiben müssen, da man leere Teiche nicht vermuthet, wenn ein Gut wirthschaftlich behandelt worden [y]), es folglich eine Art des Betrugs seyn würde, wenn sie dem Käufer, ohne ihm vorher gesagt zu haben, daß sie nicht mit verkauft seyn sollten, entzogen würden. Da es auch in der L. 15. D. de act. emti blos heißt: pisces, qui sunt in piscina, non sunt aedium, nec fundi, so folgt gar nicht, daß derjenige, welcher ein Grundstück mit einem Fischteiche erwirbt, auf die in solchem befindlichen Fische, der Natur der Erwerbung gemäß, keine Ansprüche machen dürfe. Diesen Grundsätzen gemäß, können bey der Absonderung des Lehns vom Erbe, diese Fische dem Lehnsfolger nicht ohne alle Ausnahme abgesprochen werden, wenn gleich die Rechtslehrer über diesen Fall sehr verschieden denken. Es giebt Rechtslehrer [z]), welche behaupten, da die Fische in einem Teiche drey Jahr stehen, so müsse der Lehnsfolger, wenn der Vasall im ersten Jahr gestorben nachdem der Teich besetzt worden, den Werth der hereingesetzten Fische bezahlen; starb er aber im zweyten oder dritten Jahre, so mache man die Berechnung nach den Grundsätzen der Berechnung bey einer Societät. Andere Rechtslehrer [a]) sind der Meynung, wenn der

x) L. 1. pr. L. 4. §. fin. D. de fonte, L. 3. §. 14. D. de adquir. vel amitt. poss. VARRO de re rust. III, 3. PLINII Epist. V, 6. COLVMELLA I, 6.

y) MENCKEN Comp. Dig. Lib. XIX. tit. 1. §. 10. SCHILTER Exerc. 36. §. 139.

z) Estors bürg. Rechtsgelehrsamk. §. 3191.

a) CARPZOV P. III. Const. 31. Def. 26. STRVV Dec. 8. 9. 10. HELLFELD Elem. iur. feud. §. 472. HOMMEL, l. c.

der Lehnmann um die Fischzeit gestorben sey, gehörten die Fische den Allodialerben; sey er aber vor der Zeit mit Tode abgegangen, so könne der Lehnsfolger die Fische fordern, und diese Meynung ist gegründeter als jene, hauptsächlich in Sachsen, wo der Grund hinzukommt, daß alle Früchte demjenigen gehören, der die volle Arbeit zu ihrem Wachsthum verrichten lassen. Unstreitig gehören dergleichen Fische demjenigen, dem das Grundstück, wozu sie gehören, vermacht worden; da er ein Recht hat, die Nutzungen der vermachten Sache zu fordern. In dieser Rücksicht geht es also auch an, die Fische in einem Teiche für unbeweglich im Rechtsverstande zu halten.

5) Eine nöthige Regel bey Beurtheilung der Frage: ob eine Sache für unbeweglich im Rechtsverstande gehalten werden müsse, ist diese, daß man auf die Art und Weise Acht giebt, wodurch Jemand eine unbewegliche Sache erworben hat, und auf die sich hierauf beziehenden Grundsätze; denn hierdurch werden oft die allgemeinen Rechtswahrheiten genauer bestimmt. Daher tritt bisweilen der Fall ein, daß demjenigen, von welchem eine unbewegliche Sache erworben worden, eine bewegliche, die man sonst für eine Pertinenz der erstern hält, gleichwohl nicht mit gehört; oder daß ihm bewegliche Sachen gehören, da sie sonst ebenfalls unbeweglich im Rechtsverstande sind.

6) Unläugbar ist es, daß die Grundsätze von der gehörigen Abtheilung der Sachen in bewegliche und unbewegliche ihren großen praktischen Nutzen haben, weil in sehr vielen Fällen, bey beweglichen Dingen andere rechtliche Grundsätze gelten, als bey unbeweglichen Sachen. So unterscheidet man z. B. bey der Materie von der eintretenten Verjährung einer Sache vor allen Dingen, ob von einer beweglichen oder unbeweglichen die Rede ist; denn erstere werden nach dem römischen Rechte in drey, und diese in zehen und zwanzig Jahren verjährt. Ein wichtiger Unterschied äußert sich ferner bey dem Vermögen einer Ehefrau, das sie ihrem Manne als Heyrathsgut

rathsgut zugebracht hat. Von den beweglichen Sachen dieser Art, ist der Mann nach dem römischen Rechte uneingeschränkter Eigenthümer, welches aber bey den unbeweglichen nicht immer der Fall ist. So hat ferner eine unbewegliche Sache oft Rechte, die eine bewegliche nicht hat. Die Anwendung dieses Unterschieds kommt auch vor, bey der Uebergabe, bey der Veräußerung der Güter der Pupillen und Minderjährigen, der Sicherheitsbestellung u. s. f. b).

§. 174.

Im vorigen Paragraphen ist gezeigt worden, daß die körperlichen Sachen, entweder bewegliche oder unbewegliche sind, und daß sich auf diesen Unterschied wichtige Rechtswahrheiten beziehen. Bey der Anwendung der Gesetze hat sichs aber auch bald gezeigt, daß auf die Frage viel ankomme: ob unkörperliche Dinge nicht ebenfalls bisweilen als bewegliches, bisweilen aber wieder als unbewegliches Vermögen angesehen werden müssen? Die Nothwendigkeit dieser Untersuchung zeigte sich z. B. wenn Jemand zwey Erben eingesetzt hatte, davon der eine das bewegliche und der andere das unbewegliche Vermögen bekommen sollte; er hinterließ aber auch unkörperliche Dinge. Hier mußte nothwendig ausgemacht werden, wer diese unkörperlichen Sachen bekomme. Die Gesetze verordneten z. B. der Mann solle zwar das Recht haben, die beweglichen Sachen seiner Frau zu veräußern, aber nicht die unbeweglichen. Hier kommt es darauf an, was für Rechte hatte er bey der Veräußerung einer unkörperlichen Sache, welche zum Vermögen seiner Frau gehört. Nach Sachsenrecht erbt der Mann das Mobiliarvermögen seiner Frau, das heißt, ihre beweglichen Sachen; hingegen die Anverwandten derselben müssen ihr

b) Io. Theoph. HAERLIN D. de vsu theoret. pract. distinctionis rerum in mobiles et immobiles Tubing. 1715. 4.

ihr unbewegliches Vermögen bekommen, wenn sie, ohne eine Disposition darüber gemacht zu haben, verstorben ist. Geschlossene Verträge können bisweilen nicht nach ihrem ganzen Umfange angewendet werden, wenn nicht bestimmt wird, ob die unkörperlichen Sachen des einen Paciscenten für bewegliches oder unbewegliches Vermögen desselben betrachtet werden, welcher Fall bey der Verpfändung seines ganzen Vermögens an eine Person, oder der beweglichen Sachen an den einen, und der unbeweglichen an den andern Paciscenten vorkommt. Bey den stillschweigenden Hypotheken fällt die Wichtigkeit dieser Untersuchung ebenfalls recht deutlich in die Augen.

Es kommt hierbey auf folgende Grundsätze an, und zwar erstlich muß als Regel angenommen werden, die aus der Natur der Sache folgt, daß unkörperliche Dinge, ihrem Wesen nach, weder unter die beweglichen noch unter die unbeweglichen Sachen gezählt werden können, da sie nicht in die äußerlichen Sinne fallen, sondern blos ein Gegenstand des Verstandes sind. Die Gesetze c) erklären daher unkörperliche Dinge weder für beweglich, noch für unbeweglich, sondern unterscheiden sie vielmehr deutlich davon und betrachten sie als eine dritte Art von Sachen, woraus zugleich der sichere Schluß folgt, daß unter dem Wort Mobilien der Regel nach nur körperliche Sachen verstanden werden sollen, folglich auch unter der Verpfändung der Mobilien die ausstehenden Schulden nicht mit begriffen werden können d). Lächerlich würde es daher seyn, schreibt Hr. RR. Eichmann, untersuchen

c) L. 86. pr. D. de legat. II. L. 7. §. 4. D. de peculio, L. 15. §. 2. D. de re iudic. L. 1. C. de praet. pign.

d) Leyser Spec. 26. med. 1. Schilter Exerc. IV. §. 21. Hofacker Princ. iur. T. II. p. 17. Hellfeld de hyp. mobil. §. 73. Ridel D. qua disquiritur, vtrum actio quoad rem immobilem a cautione in processu praestanda liberet nec ne? Gött. 1773. §. 19. Bachov de pignor. Lib. 1. c. 6. n. 2. sq.

tersuchen zu wollen, ob ein Recht, eine Klage, eine Verbindlichkeit, eine Quantität, der Substanz dieser Dinge unbeschadet, von einem Orte zum andern geschafft werden könne, oder nicht; wiewohl einige Rechtslehrer diese Frage aufgeworfen haben.

Ist aber zweytens eine Nothwendigkeit vorhanden, daß man unkörperliche Sachen entweder zu den beweglichen oder zu den unbeweglichen Dingen rechnen muß, so findet sich entweder schon in den Gesetzen selbst die Bestimmung dieses Umstandes, oder die Gesetze sagen nichts davon. So findet man z. B. in den Gesetzen [e]) bestimmt, daß Servituten und andere Realrechte, den unbeweglichen Sachen alsdenn gleich gehalten werden sollen, wenn von der aquisitiven Erwerbung derselben die Frage ist. So unterscheiden die Gesetze [f]) bey der Frage: ob ein Usufructuarius das Interdictum vnde vi brauchen dürfe, wenn ihm die Benutzung von Jemanden mit Gewalt genommen worden, sehr genau, ob er den Nießbrauch einer beweglichen oder unbeweglichen Sache gehabt habe?

Kommt in Gesetzen keine solche deutliche Bestimmung vor, so geht es nach folgenden Regeln [g]) und zwar

α) gilt die Regel: unkörperliche Sachen, die für Pertinenzstücke einer körperlichen Sache zu halten sind, gehören in die Classe der beweglichen oder unbeweglichen Dinge, nachdem die Hauptsache beweglich oder unbeweglich ist, da hier der Rechtssatz eintritt: accessorium sequitur principale. Sollte daher die Ausübung eines gewissen Rechts mit einer unbeweglichen Sache verknüpft seyn, so ist das Recht ebenfalls eine unbeweg-

e) L. f. C. de longi temp. praesc. Voet de mobil. c. VII. n. 3.

f) L 3. §. 15. D. de vi et vi armata.

g) Hofacker Princ. iur. ciu. Tom. II. p. 6. Herr HR. Glück. a. a. O. Thl. 2, S. 488. Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 4. S. 199.

bewegliche Sache. Dieser Fall tritt daher z. B. ein, wenn die Gerichtsbarkeit, das Jagdrecht, Realservituten, die Apothekergerechtigkeit, die Handelsfreyheit, auf einem Grundstücke liegen. Diese Gerechtigkeiten sind in diesem Falle als unbewegliche Sachen zu betrachten, und gehen daher auch der Regel nach mit dem Grundstücke auf jeden Besitzer über [h]). Diese letzte Regel hat freylich auch Ausnahmen, da es angeht, daß die Gerechtigkeit, auch ohne die Hauptsache auf Jemanden übergehen kann, wie das der Fall bey dem Jagdrechte ist; da es gleichviel ist, ob Cajus oder Sempronius die Jagd an einem Orte ausüben, weil sich Jedermann nach den Jagdgesetzen richten muß; bey allen Realservituten ist es aber nicht gleich viel, wer sie ausübt, folglich können sie nur mit Einwilligung derjenigen Personen, die dadurch Nachtheil erfahren, an Jemanden überlassen werden, der nicht Besitzer des Grundstücks ist, worauf sie haftet. Ob das Gut A. oder B. die unbestimmte Huthungsgerechtigkeit auf gewissen Grundstücken ausüben soll, ist nicht gleich viel; denn das Gut A kann wenig, das Gut B aber viel Viehzucht haben, folglich die Weide sehr mitnehmen. Sind Rechte mit einer beweglichen Sache verknüpft, so werden sie auch selbst für bewegliches Vermögen gehalten [i]).

β) Besteht der Gegenstand eines Rechts, oder Forderung in unbeweglichen Dingen, so ist das Recht oder die Forderung ebenfalls für unbewegliches Gut zu halten; ist aber der Gegenstand des Rechts oder der Forderung eine bewegliche Sache, so gehört auch das Recht oder die Forderung unter die beweglichen Sachen [k]). Diesem Grundsatz gemäß sind

h) L. 47. D. de contr. emt. vend.

i) Boehmer Comp. Digest. h. t. §. 13. Hellfeld Diss. cit. c. 1. §. 12. Stieglitz D. de iuribus et actionibus feudi titulo concessis, Lipsi. 1747. §. 16.

k) Hofacker Princ. iur. Rom. Tom. II. §. 726. p. 6, Berger Oecon. iur. Lib. II. tit. I. §. 3.

Erstens Rechte, nach denen etwas als Nutzen einer unbeweglichen Sache gefordert werden kann, welche folglich darauf liegen, als ein unbewegliches Gut zu betrachten; andere solche Rechte aber, welche nicht diese Beschaffenheit haben, müssen für bewegliches Gut gehalten werden; nur ist noch zu bemerken, daß auch im ersten Falle dasjenige bewegliches Gut bleibt, was bis dahin, wo die Eintheilung des Vermögens in bewegliches und unbewegliches Gut geschehen mußte, hätte dazu kommen sollen [l]). Der Grund dieser Regel ist die besondere Verbindung des Rechts mit der Sache, und die daher jener von dieser mitgetheilte Natur der Beweglichkeit und Unbeweglichkeit; von der einschränkenden Bestimmung aber liegt derselbe darin, weil das, was bezahlt werden sollte, ich klagbar verlangen konnte, schreibt Hr. RR. Eichmann, und ich dieses gleichsam zu besitzen scheine [m]). Hieraus läßt sich urtheilen, was von Zinsen und andern jährlichen Einkünften zu halten sey. Werden diese von einer unbeweglichen Sache entrichtet, z. B. von einem Gute, von einem Acker, von einer Wiese, so gehören sie demjenigen, der das unbewegliche Vermögen erhält, und nur die bereits und bis zur Zeit des Ablebens des Erblassers verfallenen, das heißt, die bis dahin hätten bezahlt werden sollen, und daher gefordert werden können, sind dem Mobiliarerben nicht abzusprechen. Wenn ich ferner z. B. Jemandem 2000 Rthl. auf eine solche Art überlasse, daß er mir für den Nutzen jährlich etwas Gewisses geben soll, ohne daß diese Abgabe auf eine unbewegliche Sache gelegt wird, so ist das Recht, dieselbe zu verlangen, ebenfalls zu den beweglichen Sachen zu rechnen [n]).

Zwey-

l) Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 4. S. 201.

m) In der L. 143. D. de verb. signif. heißt es: id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem.

n) BALDVS ad L. 8. in f. C. de execut. rei iud. GAIL Obs. Lib. II. Obs. 10. SCHOEPFERI Synops. iur. prin. h. t. n. 8. HAHN ad WESENB. h. t. BERLICH P. III. Conc.

34.

Zweytens, andere Rechte, wodurch eine bewegliche oder unbewegliche Sache erlangt werden kann und soll, sind selbst nach diesem Verhältnisse entweder beweglich oder unbeweglich. Der Grund ist, weil, da es einmal die Nothwendigkeit verlangt, die Rechte so einzutheilen, und dieses mit der gedachten Sache gewissermaßen als Ursachen und Würkungen im Verhältniß stehet, auch, wenn die Sache schon erworben wäre, das erfolgt seyn würde, was man bey einer solchen Eintheilung beabsichtiget, die Natur der Sache, sie zu rechtfertigen, und kein hinlänglicher Grund, ein anderes anzunehmen, vorhanden zu seyn scheint. Uebrigens ist nicht nöthig zu unterscheiden, ob es persönliche oder dingliche Rechte sind; denn letztere geben mir nur in gewisser Rücksicht mehr Sicherheit, worauf hier aber nichts ankommen kann. So ist das Eigenthumsrecht in Ansehung einer beweglichen Sache, z. B. einer Uhr, eines Stocks, eben so wie Schuldforderungen, nomina, zu den beweglichen Sachen zu rechnen, und wenn auch wegen der letztern eine Hypothek zur Sicherheit sollte bestellt worden seyn o); denn eines Theils ist die Hauptsache, die Schuldforderung, und die Hypothek nur etwas accessorisches; andern Theils kann ich nur meine Befriedigung aus der mir als Hypothek haftenden unbeweglichen Sache verlangen, und lediglich zufälliger Weise kann es kommen, daß ich bey dieser Gelegenheit die unbewegliche Sache selbst erwerbe. Wenn also nach Jemandes Tode das ganze Vermögen, so er hinterlassen hat, in bewegliches und unbewegliches einzutheilen ist, so fallen diese und andere solche Rechte dem Mobiliarerben zu; dagegen gehört das Eigenthumsrecht, in Ansehung einer unbeweglichen Sache, z. B. eines Hauses, Gartens,

34. Schilter Exerc. IV, §. 22. Hellfeld Diss. cit. c. 1. §. 15. SachsenSp. 3 Buch, 76 Art. am Ende.

o) Hahn ad Wesenb. h. t. Carpzov Part. III. Const. 12. Def. 14. Berger disc. for. P. I. tit. 51. p. 1556. Leyser Spec. 26. med. 3. Hellfeld l. c. §. 13.

Ackers, Wiese, die Vertragsrechte, vermöge deren unbewegliche Sachen verlangt werden können, z. B. ein Wiederkaufsrecht in Ansehung einer solchen Sache, zu dem Immobiliarvermögen. Noch vielmehr aber ist dahin eine unter dem nachgelassenen Vermögen befindliche unbewegliche Sache, in Ansehung deren aber einem Dritten ein Wiederkaufsrecht zustehet, zu rechnen; denn sie gehört wirklich zu dem Nachlasse, und der Umstand, daß ein Dritter ein gewisses Recht darauf hat, benimmt ihr die von Natur zustehende Unbeweglichkeit nicht p). Kaum verdient es daher bemerkt zu werden, daß einige dieses haben bezweifeln wollen. Wie hält es aber, wenn nach Ableben einer solchen Person, deren Vermögen so eingetheilt werden muß, daß die unbewegliche Sache wieder an den Dritten, vermöge des Wiederkaufs, kommt? Wer bekommt alsdann das Kaufgeld, z. B. der Mann von der Frau, wenn wir sie uns als die Verstorbene, und an einem solchen Orte denken, wo der vorher in Ansehung der Successsion angeführte Rechtssatz gilt; oder erhalten es ihre Verwandten? Nach der richtigern Meynung nicht der Mann, sondern die Erben des unbeweglichen Vermögens q); denn gleich nach dem Tode des Erblassers erlangten sie ein gewisses Recht auf alles, was zur Zeit des Ablebens, worauf man bey der Bestimmung der Beweglichkeit und Unbeweglichkeit der Sachen zu sehen hat r), als unbeweglich vorhanden war; mithin kommt nichts darauf an, ob vor Ausübung des Wiederkaufsrechts die Erbschaft von ihnen schon angetreten worden war, oder nicht. Man will zwar das Gegentheil besonders durch die bekannte Rechtsregel: conditio contractus ad tempus initii est referenda, beweisen; allein da der beym Verkauf bedungene Wiederkauf

p) Berlich P. III. Concl. 30. n. 28.

q) Berlich l. c. Hellfeld. l. c. n. 14.

r) Coler in Dec. P. I. Dec. 57. n. 14. P. II. Dec. 286. n. 76. 77. sq. Berlich l. c. n. 31.

kauf nicht machte, daß der Käufer das Eigenthum nur bedingungsweise erhielt, so läßt sich schon aus diesem Grunde, und überhaupt in keiner Rücksicht diese Regel hier anwenden.

Ferner entsteht die Frage: wohin das Recht, **Erbegelder** zu verlangen, zu rechnen sey. Viele Rechtsgelehrte streiten darüber, was man unter diesen Geldern verstehen müsse. Hierzu wurden sie besonders dadurch veranlasset, weil den **Erbegeldern** in verschiednen **Prozeßordnungen**, auf eine unbestimmte Art besondere Privilegien beym **Concurs** beygelegt worden sind, die man auf Erbegelder **überhaupt** nicht ganz anwendbar fand; auch gab dieser Umstand Gelegenheit zu verschiednen besondern Meynungen über die vermeyntlichen Privilegien solcher Erbegelder, wohin Friese und selbst der Hr. v. Leyser gehört s). So kann es unmöglich den Rechten gemäß seyn, wenn der Hr. von Leyser Med. 3. schreibt: „Den folgenden Ort haben wir denjenigen, welchen statt ihres an dem Gute zu fordern habenden **Erbtheils** etwas Gewisses an Mitgift und Aussteuer ausgemacht worden, eingeräumt, in Erwägung, daß selbigen dieser Forderung halber, eine species dominii und hereditatis petitio zustehet. — Wie kann ihnen hereditatis petitio, wie kann ihnen unbestimmt eine species dominii zustehen? **Erbegeld** kann 1) dasjenige bedeuten, was ein Erbe von seinem Miterben wegen seines Antheils an den **unbeweglichen** Grundstücken, dieser ihm zu überlassen verbunden, zu fordern berechtigt ist; denn in manchen Ländern findet man die besondere Verfassung, daß gewisse Güter, z. B. die **Hufengüter** nicht sollen vereinzelt werden, sondern einer der Erben sie annehmen, und den übrigen Erben ihre Antheile herausgeben muß. Das Recht nun, solches **Erbegeld**, das nicht schon durch eine Convention der Erben, seine Bestimmung erhalten hat, zu fordrn, ist allerdings **unbeweglich**; denn es

s) Friese D. de pecunia hereditaria, Ien. 1708. Leyser Spec. 483.

geht eigentlich auf den Erbantheil an dem unbeweglichen Gute, und der Miterbe kann und muß nur nach den Gesetzen die Absonderung dieser Antheile, durch eine Herausgabe an Gelde, oder Ueberlassung anderer Grundstücke, abwenden. Wenn daher z. B. die noch verheyrathete Titia bald nach dem Ableben ihres Vaters, unter dessen Nachlasse sich ein Hufengut jener Art, und welches ihr Bruder annehmen muß, befindet, stirbt, ohne daß vorher durch eine Convention mit letzterm bestimmt worden ist, was sie statt ihres Antheils erhalten soll, so fällt das Recht, dieses so genannte Erbegeld zu verlangen, nicht dem Manne, der ihr Mobiliarerbe ist, sondern ihren Verwandten, an, die sie beerben. Verfällt ein solcher Miterbe in Concurs, so können natürlicher Weise die übrigen Erben darunter nicht leiden, sondern sind vielmehr berechtigt, wenn wegen der Unzertrennlichkeit das ganze Gut veräußert werden muß, das, was auf ihre Antheile kommt, von dem Concurse wegzunehmen; denn sie sind keine Gläubiger. Viele Proceßordnungen enthalten besondere Bestimmungen; sie sind aber größtentheils nicht befriedigend. Ganz anders verhält es sich 2) wenn man Erbegeld für dasjenige Geld nimmt, was ein Erbe von seinem Miterben für den ihm ganz oder zum Theil überlassenen Erbantheil, nach der getroffenen Uebereinkunft, zu fordern hat; denn dieses muß aus der Convention, deren Natur die Uebereinkunft bestimmt, gefordert werden. Eine solche Convention kann ein Vergleich, ein ungenannter Contract, u. s. f. seyn. Das Recht, Erbegelder dieser Art zu verlangen, halte ich in Gemäßheit der letztern Regel für beweglich, ohne zu unterscheiden, ob auf Tagezeiten die Auszahlung gesetzt sey, oder nicht; ob die Zahlungszeit schon vorbey sey oder nicht; ob das Eigenthum oder eine Hypothek vorbehalten sey oder nicht; denn mein Recht geht auf eine bewegliche Sache, und die Sicherheitsmittel, deren man sich bedient hat, können seine daher erlangte Natur nicht ändern. Jedoch finden einige Ausnahmen statt, nämlich a) wenn auf eine rechtliche Art bestimmt ist, daß ein solcher Erbe,

statt

statt seines Erbantheils von unbeweglichen Grundstücken, gewisse jährliche Einkünfte oder Zinsen zu erheben haben, und darin das Erbegelderrecht bestehen soll; denn hier tritt unsere vorhergehende, oder erste Regel bey der zweyten Art oder Nothwendigkeit der Eintheilung des ganzen Vermögens in bewegliches und unbewegliches ein. b) Wenn eine solche Uebereinkunft getroffen worden ist, daß auf den Fall, da das Erbegeld nicht zur bestimmten Zeit entrichtet wird, die Convention aufgehoben seyn, und der Erbe das Recht haben soll, seinen Erbantheil an den unbeweglichen Gütern zu verlangen, und die Bezahlung des Erbegeldes zur gesetzten Zeit nicht erfolgt ist, indem hier wiederum die letzte Regel, weil mein Recht auf eine unbewegliche Sache gehet, eintreten muß, weshalb auch hier darauf, ob eine solche Uebereinkunft suspensivisch oder resolutivisch gefaßt worden sey, nichts ankommen kann.

Uebrigens ist noch zu bemerken, daß viele Rechtsgelehrte auch über die Klagen, in Ansehung ihrer Beweglichkeit und Unbeweglichkeit, gewisse Regeln geben, dieser aber es um deswillen nicht bedürfe, weil, da durch eine jede Klage ein gewisses Recht verfolgt werden soll, schon daraus sich ergiebt, wohin sie zu rechnen sey. Lediglich aber zu dem Ende, um beurtheilen zu können, ob der Kläger von dem Vorstande der Unkosten und Wiederklage, und der Beklagte von der Caution, sich in einer Sache vor einem Richter zu stellen, und sie den Ausgang daselbst nehmen zu lassen, frey seyn könne, die Klagen in bewegliche und unbewegliche einzutheilen, scheint den Gesetzen, wie wir in der Folge zeigen werden, nicht gemäß zu seyn; ein anderes aber ist es, ob nicht ein mit unbeweglichen Gütern nicht Angesessener, weil er doch bereits klagbare oder andere Forderungen in dem Jurisdictionsbezirke hat, und den Umständen nach, in der That eben so viel Sicherheit giebt, als derjenige, welcher mit unbeweglichen Gütern angesessen ist, von dergleichen Cautionsleistung frey gesprochen werden könne. Dieses leugne ich gar nicht, sondern nur, daß man die Klagen zum Behuf einer solchen Beurtheilung so

eintheilen könne, weil eines Theils, wenn die gedachte Nothwendigkeit nicht eintritt, sie als unkörperliche Dinge weder zu den beweglichen, noch unbeweglichen Sachen gehören, und andern Theils es trüglich ist, aus einer Jemanden zustehenden so genannten unbeweglichen Klage, auf eine solche Sicherheit zu schließen t).

Hr. HR. Glück hat, zur Erläuterung dieser schweren und streitigen Lehre, S. 485 des zweyten Theils seines Commentars folgende Grundsätze aufgestellt, und schreibt: Wenn Rechte, Ansprüche und Forderungen unbewegliche Sachen zum Gegenstande haben, so werden dieselben ebenfalls zu den unbeweglichen Gütern gerechnet; haben sie aber bewegliche Sachen zum Gegenstande, so werden sie unter dieser Classe begriffen. So wird z. B. die Eigenthumsklage, in Ansehung einer beweglichen Sache, zu dem beweglichen, in Ansehung einer unbeweglichen Sache aber zu dem unbeweglichen Vermögen gerechnet. Der Grund hiervon ist die Regel des bürgerlichen Rechts: is qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur u); das heißt, wer ein unstreitig Recht hat,

t) Ridel in Diff. cit. §. 19. Walch Introd. in contr. iur. ciuil. p. 403. Fr. C. Conradi D. de actore, qui fundi petitionem habet, satisdare cogendo, Erf. 1725.

u) L. 15. D. de reg. iur. Daß diese Regel vorzüglich auf solche Klagen sich beziehe, wodurch man das Eigenthum einer Sache verfolgt, hat Iac. Gothofredus in nouo in tit. Pandect. de diuersis reg. iur. antiqui commentario ad h. L. (Oper. a Trotzio editor. p. 773 und 774) sehr einleuchtend bewiesen. Dieser L. 15. scheint nun zwar eine andere Regel in der L. 204. D. eod. entgegen zu seyn, welche folgendermaßen lautet: Minus est actionem habere quam rem. Allein der Widerspruch ist leicht zu heben. Wir wollen den Gothofredus selbst reden lassen. Istud non ratione dominii atque adeo non respectu iuris disponendi dicitur, sed propter commodum possessionis et retentionis; item propter securitatem creditoris. Quo sane pertinet, quod dicitur, melius esse pignori incumbere, quam in rem agere, L. 15. §. 4. D. qui satisd. cog. §. 4. Inst. de interd. vno verbo, minus est actionem habere, quam rem,

hat, eine in der Hand eines Andern befindliche Sache als die seinige abzufordern, ist so gut vollständiger Eigenthümer, wie der, welcher das Seinige selbst in Händen hat. Alle persönliche Klagen hingegen, wenn sie auch die Erlangung einer unbeweglichen Sache zur Absicht haben sollten, werden zu den beweglichen Sachen gerechnet [x]); denn diese haben eine persönliche Verbindlichkeit zum Grunde [y]). Paul Voet bemerkt S. 49 a. a. O. Ratio desumta est a persona, quae stabilis non est, et facile domicilium transfert: vt cum actio personalis, ossibus personae adhaereat, ibi esse intelligatur, vbi persona sedem et larem fixit suarum fortunarum. Quae cum variet quandoque, etiam actio situm mutabit. Daher sind auch ausgeliehene Capitalien der Regel nach als bewegliche Güter anzusehen [z]), wenn gleich zu deren Sicherheit eine Hypothek sollte constituiret worden seyn [a]); denn es kommt hier blos auf den Gegenstand meiner Forderung an; dieser macht die Hauptsache aus, und die Hypothek

rem, si commodum possessionis retentionisque spectes: sed non minus est, si dominium spectes dominiique effectus, quo hanc regulam pertinere ostendi. Diese Erklärung gewinnt besonders dadurch, daß Pomponius in dem 28. Buche über den Q. Mutius, aus welchem die L. 204. D. cit. genommen ist, hauptsächlich von der actione pignoratitia gehandelt hat; wie Gothofredus ad L. 204. in Oper. col. 1224. erwiesen hat. Man sieht also hieraus, daß die L. 204. zunächst von persönlichen Klagen zu verstehen sey. So erklärt solche auch Voet h. t. n. 21. und diese Meynung bestätigt noch mehr die L. 15. §. 4. D. qui satisd. cog.

x) Hier sind vorzüglich Paul Voet de mobil. et immob. nat. c. 8. §. 6. und 10. Voet in comm. h. t. n. 21. nachzusehen.

y) §. 1. Instit. de actionib.

z) Leyser Spec. 26. med. 2. Schaumb. in Comp. Dig. h. t. §. 15. Pütters Rechtsfälle, 3ter Band S. 747.

a) Voet ad Dig. h. t. n. 27. Hofacker l. c. not. e. Hellfeld Diss. cit. c. 1. § 13. Eichmann in den Erklärungen des bürg. Rechts. 4 Thl. S. 203.

pothek ist nur etwas Accessorisches. In Ansehung persönlicher Dienstbarkeiten, z. B. Nutzungsrecht, kommt es darauf an, ob solche einer beweglichen oder unbeweglichen Sache zu stehen [b]). Diese Frage entscheidet sich von selbst. Ob aber das Recht, gewisse jährliche Renten zu erheben, zu den beweglichen oder unbeweglichen Gütern gehöre, ist streitig? Die verschiednen Meynungen erzählen die beyden Voete [c]) sehr ausführlich. Ihre eigene Meynung ist unstreitig die richtigste. Sie machen nämlich einen Unterschied inter reditus *reales*, welche auf unbewegliche Güter gelegt sind, und vermöge des darauf haftenden dinglichen Rechts von jedem Besitzer derselben alljährlich entrichtet werden müssen, und reditus *personales*, Leibzinsen, welche eine Person ohne Rücksicht unbeweglicher Güter jährlich zu bezahlen schuldig ist. Renten der letzten Art, die nur in einer persönlichen Verbindlichkeit des Schuldners ihren Grund haben, gehören unstreitig zu den beweglichen Gütern. Allein wenn nun von den reditibus realibus die Frage ist, so ist wieder zwischen verfallenen (betagten) Zinsen, die dem Zinsherrn schon hätten bezahlt werden sollen, aber zur Zeit noch rückständig sind (reditus, quorum dies iam cessit) und dem Rechte selbst, vermöge dessen man aus einer unbeweglichen Sache alljährlich gewisse Einkünfte und Renten ziehen kann, zu unterscheiden. Letzteres ist zu den Immobilien zu rechnen [d]); erstere aber gehören zum Mobiliarvermögen [e]). Aus eben diesen Grundsätzen ist auch die Frage zu entscheiden: zu welcher Classe von Gütern

b) Voet in comm. h. t. n. 20.

c) Voet de nat. mob. c. 9. Io. Voet ad Dig. h. t. n. 22—26.

d) Clement. 1. vers. cum annui reditus de V. S.

e) Frommann D. de negotii annuorum reddituum et usurarum mutui foeneratitii natura et differentt. Tub. 1687. §. 35. sqq. Gail Obs. Lib. II. c. 10. n. 3. Io. Phil. Lyncker tr. de reditib. annuis, Ien. 1697. Dispect. 5. §. 3. p. 112 sqq. Berger Oecon. iur. Lib. II. tit. I. thes. 8. n. 2.

Gütern die Erbegelder gehören? Es kommt zuerst darauf an, was man unter Erbegelde verstehet [f]). Da dieser Gegenstand blos teutschen Rechts ist, so muß der Begriff auch aus der Vergleichung der teutschen Gesetze abstrahirt werden. Die teutschen Statuten [g]) stimmen nun darin mit einander überin, daß man sich darunter dasjenige Geld vorstellen müsse, was ein Erbe, dem in der Erbtheilung die Grundstücke des Verstorbenen für einen gewissen Preiß sind überlassen worden, oder haben überlassen werden müssen, dem andern Miterben wegen seines Antheils herauszuzahlen hat, der seine Erbportion auf diesen Grundstücken stehen lassen, und dem schuldenden Erben wegen der Bezahlung, Frist gegeben [h]). Das Unterscheidende einer solchen Schuld von andern Geldschulden zeigt sich in Folgendem: 1) Gläubiger und Schuldner sind beyde Miterben; ob sie gesetzliche oder Testamentserben sind, ist wenigstens nach heutigen Rechten gleich viel. 2) Die causa debendi dieser Schuld besteht darin, daß in der Erbtheilung dem einen Erben, welcher Schuldner ist, dasjenige Grundstück für einen gewissen Preiß ist überlassen worden, woraus derselbe dem andern Miterben seinen Antheil mit Gelde herauszuzahlen hat. 3) Die Sache, welche bey der Erbsonderung dem Schuldner des Erbgeldes ist überlassen worden, muß schlechterdings ein unbewegliches Gut seyn. Außer den teutschen

f) Io. Bernh. FRIESEN D. de pecunia hereditaria, Ien. 1708. C. F. WALCH D. de priuilegio pecuniae hereditariae creditorum in concursu, Ien. 1776.

g) Vergl. Sächs. Landesord. P. III. Const. 21. Churſächs. Proceßord. Tit. 42. §. 7. Verbeſſ. Altenburg. Proceßord. P. I. c. 37. §. 13. Eiſenach. Proceßord. Tit. 28. §. 7. Alte Gothaiſche Proceßord. P. I. c. 18. §. 6. Schwarzb. P. IV. tit. 11. §. vlt. u. a. m.

h) Der Herr GJR. Walch ſchreibt §. 10. der ang. Abh. pecunia hereditaria eſt pecunia ab herede de bonis immobilibus, ipſi hereditatis in diuiſione adiudicatis, coheredi certo tempore praeſtanda.

schen Gesetzen, die dieses ausdrücklich erfordern, wird solches auch schon aus dem Namen selbst gefolgert; denn Erbgeld soll nicht von Erbschaft, sondern von Erbe, welches bey den alten Teutschen so viel als ein unbewegliches Gut, praedium, bedeutete, herkommen i). 4) Dasselbe muß dem Miterben wirklich übergeben worden seyn. Eine gerichtliche Auflassung ist nur an den Orten nöthig, wo solche bey Grundstücken zur Erwerbung des Eigenthums erfordert wird. 5) Es muß eine Zahlungszeit bestimmt seyn. Gewöhnlich setzt man Partikularzahlungen fest, das heißt, es wird verabredet, daß das Erbgeld in gewissen Terminen bezahlt werden soll. Nothwendig ist dieses aber nicht; noch weniger brauchen diese Termine ganze Jahresfristen zu seyn. Ein Zahlungstermin aber muß deswegen bestimmt seyn, damit man sieht, daß der Gläubiger den schuldenden Miterben seinen Erbtheil creditirt habe, weil sonst letzterer das Eigenthum der ihm überlassenen Erbgrundstücke eher nicht erlangen würde, als bis er den erstern seines Erbtheils wegen befriedigt hätte k). Ohne eine solche Frist würde der Miterbe, welcher jetzt der Gläubiger ist, seinen Antheil an den unbeweglichen Grundstücken des Erblassers, als Miteigenthümer fordern können l). Dieses vorausgesetzt, so wird nun die Frage, ob das Erbgeld zu den beweglichen oder unbeweglichen Gütern desjenigen, der solches zu fordern hat, gehöre, in den teutschen Statuten folgendermaßen entschieden. So lange dasselbe noch unberagt ist (si dies nondum venit), wird es als unbewegliches Gut angesehen, weil es auf unbeweglichen Gütern haftet, und daraus bezahlt werden muß. Dieser Grund ist in den oben angeführten teutschen Gesetzen (S. 333) selbst angegeben, der Hr. GJR. Walch nimmt aber §. 6. noch einen andern Grund von dem stillschweigenden Miteigenthume her, welches nach teutschen Rechten, auch noch nach geschehener Erb-

i) Walch Diss. cit. p. 22.
k) §. 41. Inst. de rer. diuis. L. 19. L. 53. D. de contr. emt.
l) Walch Diss. cit. §. 14.

Erbsonderung in Ansehung der dem einen Miterben überlassenen Grundstücke denen übrigen verblieb, und von wichtigen rechtlichen Folgen war. Das betagte Erbgeld hingegen wird zu dem Mobiliarvermögen des Gläubigers gerechnet. Ist übrigens das Erbgrundstück, aus dem das Erbegeld gefordert wird, noch in der Gütermasse des verschuldeten Erben vorhanden, so genießt das Erbgeld nach heutigen teutschen Rechten im Concors einen großen Vorzug, wovon ich künftig (§. 1818. n. 5) ein Mehreres sagen werde.

Zum Beschluß bemerkt Hr. HR. Glück, daß im Zweifel eine unkörperliche Sache zu den beweglichen zu rechnen sey; z. B. Tagezeitgelder, die man von einem verkauften Gute zu fordern hat [m]).

§. 175. 176. 177.

Wir haben uns zeither mit der **Eintheilung der Sachen menschlichen Rechts** (res humani iuris) beschäftigt; das heißt: es ist gezeigt worden, welche Gegenstände und Dinge in der Welt, **Sachen menschlichen Rechts** genennt werden. **Sachen menschlichen Rechts** sind nämlich diejenigen, worüber **Menschen ein Recht** haben (S. 207). Dieser Ausdruck wird Jedem dunkel und unverständlich bleiben, wenn er nicht weiß, was das heißt, **ein Recht an einer Sache haben.** Daher muß über diese Wahrheit nunmehr, nach Anleitung dieses Titels, die Hauptsache vorgetragen werden. Will man diese schwierige Materie von Seiten ihrer ersten Entstehung betrachten, so muß man dahin zurückgehen, was im

m) WERNHER Obs. Tom. II. Part. VII. Obs. 33. VOET ad Dig. h. t. n. 16. BVRGVNDVS ad consuet. Flandr. Tr. II. p. 22. CARPZOV Iur. for. P. II. Const. XXIII. Def. 10. LEYSER Spec. 26. med. 2. de PVFENDORF Obs. Tom. III. Obs. 174. §. 7. sqq.

im 2ten Theile dieses Commentars, S. 95 flg. ist ausgeführt worden, wo es heißt: Alle Rechte, welche ein Mensch haben kann, beziehen sich entweder auf seinen persönlichen Zustand, oder auf die äußerlichen Dinge, die wir zur Nothdurft, zur Bequemlichkeit oder zum Vergnügen gebrauchen. Die Rechte der ersten Art nennt man das Recht des Zustandes, ius personarum, und die der zweyten Art, heißen das Sachenrecht, ius rerum. Das Sachenrecht hat also Sachen zum nächsten Gegenstande. Was ein Recht, ius, sey, und was man unter Sachen versteht, ist bereits erklärt worden, welche Grundsätze hier zu Hülfe genommen werden müssen, wenn man eine deutliche Vorstellung dieser dunkeln Materie erlangen will. Unter einem Rechte verstehen wir nämlich die nach den Gesetzen zustehende Freyheit zu handeln, wie es mit der Vorschrift der Gesetze übereinstimmt. Dieser Handlungen giebt es aber eine so große Anzahl, daß sie schlechterdings in bestimmte Classen eingetheilt werden müssen, und nach diesen verschiednen Eintheilungen werden sie eben in der Rechtsgelehrsamkeit betrachtet.

Die verschiednen Arten der Sachen veranlaßten nothwendig auch Rechte von ganz verschiedner Art, und dadurch sind Eintheilungen des Sachenrechts entstanden, die als Hauptwahrheiten in der Rechtsgelehrsamkeit betrachtet werden müssen. Die Rechtslehrer stimmen aber nur nicht über die Anzahl dieser Unterarten des Sachenrechts mit einander überein; denn einige n) nehmen vier Gattungen des Sachenrechts an, nämlich das dingliche Recht, das persönliche Recht, das Besitzungsrecht, das Recht etwas zu occuppiren; andere o) lassen nur drey Gattungen gelten, weil das Recht etwas zu occupiren blos eine Folge der natürlichen Freyheit sey, und keinen bestimmten Gegenstand habe. Alle ältern Rechtslehrer

n) NETTELBLADT in iurispr. posit. §. 699.
o) Hr. GR. Höpfner im Comm. §. 280. S. 246.

lehrer p) nehmen nur zwey Arten des Sachenrechts an, nämlich das dingliche Recht, ius in re, und das persönliche Recht, ius ad rem.

Einen deutlichen Beweiß, wie schwer die Auseinandersetzung des Begriffs vom Sachenrechte seyn müsse, giebt auch der Umstand ab, daß die Rechtslehrer in der Bestimmung des Begriffs, der mit den Worten ius in re, und ius ad rem verbunden werden muß, so sehr von einander abweichen. Feltmann hat z. B. in der angeführten Schrift, Kap. 9. zehen Definitionen angeführt, und solche zugleich alle für falsch erklärt. Die heutigen Rechtslehrer q) billigen größtentheils den vom Huber aufgestellten Begriff, welcher sagt: *ius in re* est facultas homini in rem competens, sine respectu ad certam personam. *Ius ad rem* est facultas competens in aliam personam, vt nobis aliquid det vel faciat. Eine vortreffliche Erläuterung dieser Begriffe vom Hrn. v. Reinhardt, habe ich bereits S. 142 angeführt. Hr. RR. Eichmann schreibt: ein dingliches Recht, ist dasjenige Sachenrecht, welches mit einer gewissen körperlichen Sache unmittelbar verbunden ist, und sich so wirksam zeigt, daß ich zur Verfolgung desselben gegen einen jeden Besitzer, als solchen, und auch ohne Darzwischenkunft einer ihm von den Gesetzen, wegen einer Handlung, oder ausserdem unmittelbar auferlegten Verbindlichkeit, klagen kann. Andere sagen so: *ius in re* est facultas homini in rem competens, sine respectu ad personam, und dieser Begriff, wenn man ihn recht versteht,

p) Ger. Feltmann Tr. de iure in re et ad rem, Duisburg. 1666. 12. Vlr. Hvber in Digress. Iust. p. 237 seq. Henr. Hahn D. de iure rerum et iuris in re speciebus, recusa cum aduersariorum scriptis et Dissert. apologet. Helmst. 1664. 4.

q) Hvber ad Instit. Lib. II. tit. I. §. 12. Hofacker Princ. Iur. Tom. II. p. 56. Weishaupt Ius ciuile priuat Tom. II. Lib. II. Sect. I. c. 1. §. 31. Hr. Prof. Wolkär in den Grundf. der Rechtsgelehrs. §. 216.

versteht, scheint mit dem gegebenen überein zu kommen, er ist aber doch etwas dunkel [r]). Es kommt übrigens nichts darauf an, ob die Befugniß zur Ausübung dieses Rechts, mit einer Sache ohne Rücksicht auf eine gewisse Person verbunden ist, oder ob dasselbe einer Person zustehet. Ein mir zuständiges Eigenthum ist so gut ein dingliches Recht, als die Huth und Weide, welche ein gewisses Gut auf gewissen Grundstücken hat. Zuweilen werden aber doch dergleichen dingliche Rechte, in Ansehung des Gegenstandes, dem sie zuständig sind, in dingliche und persönliche eingetheilt, welches der Fall bey Servituten ist.

Ein persönliches Recht, ist nach der Erklärung des Hrn. RR. Eichmann, dasjenige Sachenrecht, welches mir nur gegen gewisse Personen zustehet, und darin besteht, daß sie mir etwas zu leisten verbunden sind. Ich kann also nicht sagen, daß ein persönliches Recht, und eine Verbindlichkeit einerley sey [s]), sondern es entspringt ersteres aus der letztern dergestalt, daß, wenn diese auf der einen Seite sich denken läßt, auch jenes existirt; denn sie verhalten sich zu einander wie Ursachen und Würkungen. Die Entstehung der Verbindlichkeit giebt also dem persönlichen Rechte sein Daseyn, und man kann daher allerdings sagen, daß solche Rechte und Verbindlichkeiten in correlativischer Verbindung stehen, daß die Verbindlichkeit das Recht wirkt. Hieraus ergiebt sich auch, daß die verschiednen Arten, wie eine Verbindlichkeit entstehen kann, zugleich die verschiednen Entstehungsarten des persönlichen Rechts sind. So können die Gesetze Jemandem eine Verbindlichkeit auflegen, ohne eine gewisse Handlung vorauszusetzen, und einem andern auf eine solche Art ein persönliches Recht geben; sie können aber auch mit Voraussetzung einer erlaubten oder unerlaubten Handlung annehmen, daß Jemand zu etwas verbunden sey, mithin ein Dritter ein Recht

r) Hvber Prael. ad Inst. h. t. §. 12.
s) Westenberg in Inst. h. t. n. 37.

Recht habe, zu verlangen, daß man dieser Verbindlichkeit nachkomme. Wenn ich ein ius ad rem gegen den Andern habe, so hat dieser eine Obligation gegen mich, und umgekehrt. Huber schreibt: ius ad rem differt ab obligatione quemadmodum pars a toto, vel si mauis, *vt relatum a correllato.* Vinnius bemerkt: obligationis non haec vis est, vt aut corpus aliquod, aut seruitutem nostram faciat, — *sed ius tantum ad rem tribuit* t).

Daß die Ausdrücke *ius in re*, und *ius ad rem* im römischen Rechte nicht vorkommen, ist eine bekannte Sache; aber eben so gewiß ist es auch, daß die Eintheilung der Sache noch allerdings oft gebraucht wird. Die römischen Rechtsgelehrten nennten ein dingliches Recht *ius in rem*, ein persönliches Recht aber, *ius in personam*, daher in Gemäßheit dieses Unterschiedes, die Eintheilung der Klagen, in *actiones in rem*, und in *actiones in* personam vorkommt, wie man aus §. 1. Inst. de act. sieht. Daß diese Eintheilung der Sache nach in vielen Gesetzen stehe, sieht man z. B. aus der L. 2. pr. D. de pollicitat. wo es heißt: votum *personam* vouentis, non *rem*, quae vouetur obligat, und in der L. 3. pr. D. de oblig. et act. wird gesagt: *obligationum* substantia non in eo consistit, vt aliquod corpus nostrum aut seruitutem nostram faciat, sed vt alium nobis obstringat, ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum. Wer sieht hier nicht den Unterschied zwischen dem ius in re und ad rem? Diese Ausdrücke sind wahrscheinlich aus dem kanonischen Rechte genommen, und in die Schriften der Rechtsgelehrten übergetragen worden; denn im c. 8. de praeb. in 6to heißt es: in quibus *ius* non esset quaesi-

t) Hvber digress. IV, 5. Vinn. ad Princ. Inst. de oblig. Eyben ad tit. Inst. de obligat. Obs. 3. n. 38. Struv evolut. contr. Ex. 46. th. 54. Thomas. D. de philos. iur. in doctr. de obligat. et act. §. 116. Wahl D. de reseruat. domin. p. 18. not. 1.

tum *in re*, licet *ad rem*. Deutlicher ist es, daß man mit den römischen Rechtsgelehrten ius in personam sagt. In der Glosse ad L. 38. §. 2. D. de noxalib. act. findet man noch einen andern Ausdruck; denn es wird das ius daselbst eingetheilt in ius in re, und in ius propter rem. Endlich ist noch zu bemerken, daß die Eintheilung in *ius in rem* und in *ius in personam*, vom Object hergenommen ist, und man muß sie daher nicht mit der Eintheilung des Rechts in *ius reale* und *ius personale*, wo auf das Subject, womit das Recht verbunden ist, cui ius inhaeret, gesehen wird, verwechseln, woraus wichtige Unrichtigkeiten entstehen würden. Bey der Eintheilung der Privilegien in dingliche und persönliche, liegt dieser Unterschied zum Grunde, wie im 1 Theile dieses Commentars S. 508 flg. gezeigt worden.

Die Erklärung des Begriffs, der mit den Worten *ius in re*, *ius ad rem* verbunden werden muß, wird deutlicher, wenn man die verschiednen Würkungen kennt, die als Folgen dieser beyden ganz verschiednen Rechte betrachtet werden müssen, woraus sich zugleich die Wichtigkeit derselben augenscheinlich beweisen läßt. Es ist aber nur äußerst schwer, diese dunkele Materie gehörig vorzutragen, daher man die Vorstellungsarten mehrerer großen Rechtslehrer mit einander vergleichen muß.

Von den Würkungen des dinglichen Rechts ist also zu bemerken [u]), daß jedes solches Recht unmittelbar auf der Sache selbst haftet; daher kann ich dasselbe der Regel nach gegen Jeden, der mir die Sache vorenthält, oder mich sonst in der Ausübung meines Rechts stöhrt, verfolgen. Die Klage heißt actio in rem, oder vindicatio im weitläuftigsten Verstande. Daher sagt Ulpian in der L. 25. D. de oblig. et actionib. — actionum genera sunt duo: *in rem*, quae dicitur *vindicatio*: et *in personam*, quae *condictio* appellatur. *In rem actio* est, per quam rem

u) Hr. HR. Glück im Commet. Thl. 2. S. 499.

rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus: et semper aduersus eum est, qui rem possidet. *Res nostra* heißt hier nicht unser Eigenthum, sondern jede Sache, an welcher uns ein dingliches Recht zustehet. Es giebt jedoch

1) Fälle, wo man ein dingliches Recht entweder noch zur Zeit nicht, oder nicht gegen jeden dritten Besitzer der Sache, oder gar nicht gegen den dritten redlichen Besitzer verfolgen kann x). Das erste findet statt, wenn mein dingliches Recht noch zur Zeit ruhend, das heißt, in Ansehung meiner Person ohne Ausübung ist, weil entweder ein Anderer das ausschließende Recht zur Ausübung desselben hat, oder sonst ein Hinderniß vorwaltet y). In solchem Fall befinden sich die Kinder währender väterlicher Gewalt, eine Ehefrau währender Ehe, der Eigenthümer der von einem Andern wissentlich (mala fide) verbauten Materialien, so lange das Gebäude steht, ne vrbs ruinis deformetur, u. s. w. Der andere Fall gehet auf diejenigen dinglichen Klagen, die ihrer Natur nach nicht gegen jeden Besitzer angestellt werden können, und zu diesen gehört z. B. die Publicianische Klage, die aus einem prätorischen oder präsumtiven Eigenthum gegen den erhoben wird, welcher entweder mit gar keinem, oder doch geringerem Rechte, als der Kläger die Sache besitzt. Ferner die hereditatis petitio, die nur gegen einen solchen Besitzer der Erbschaft angestellt werden kann, der solche pro herede oder pro possessore inne hat. Der dritte Fall kommt in denjenigen Gegenden Teutschlands vor, in welchen die Regel angenommen ist: Hand muß Hand wahren: oder wo man seinen Glauben gelassen hat, da muß man ihn wieder finden z). Nach dieser

x) G. E. Oeltze D. de actione reali aduersus quemcunque possessorem non competente, Ien. 1769.

y) I. B. Friesen D. de iure dormiente. Ien. 1714.

z) Eisenharts Sprichwörter, S. 319. flg. Westphals rechtl. Abh. derjenigen Fälle, in welchen der Eigenthümer seine in

ser Regel kann derjenige, welcher durch einen Vertrag, seine Sachen, einem Andern in Gewahrsam gegeben, ohnerachtet er ihm das Eigenthum dadurch nicht überlassen hat, dennoch auf den Fall, daß dieser gegen des Eigenthümers Absicht dieselben an einen Dritten überlassen und veräußert haben sollte, diesen dritten Mann nicht in Anspruch nehmen, sondern sich nur an den halten muß, dem er getrauet hat. Sie ist in den alten Sächsischen, Lübischen, Hamburgischen, Bremischen, Cöllnischen, Culmer, und mehrern statuarischen Rechten gegründet, und gilt bey Versetzungen, Verlehnungen, Hinterlegung der Sachen, gegebener Vollmacht, und in andern ähnlichen Fällen. Die neuern Rechte haben jedoch diese Regel auf mancherley Weise eingeschränkt, und es kann daher heutiges Tages dieselbe nicht weiter gebraucht werden, als so fern sie Gesetze oder Herkommen noch wirklich bestätigen [a]).

2) In den meisten Fällen wird die Realklage gegen den Besitzer angestellt; allein in einem Fall sagt Justinian §. 2. Inst. de act. kann doch auch derjenige, welcher im Besitz ist, actione in rem klagen. Seine Worte sind: sane vno casu qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris oportunius apparebit. Worin dieser einige Fall bestehe, hat nun zwar Justinian nicht gesagt; daher ist über diese Stelle viel gestritten worden [b]). Da indessen Theophilus in seiner Paraphrase die Negatorienklage, womit

in eine dritte Hand gediehenen Sachen entweder gar nicht, oder nicht unentgeltlich abfordern kann. Halle 1787. §. 6—12.

a) Heinecc. Ius germ. §. 384. Carpzov P. II. Const. 26. Def. 5. Mevius ad ius Lub. P. III. tit. 2. art. 2.

b) Doviat. D. de vno casu in §. 2. Inst. de act. in Reiz. Theoph. T. II. p 1222. Iavch Diatr. I. et II. ad §. 2. Inst. de act. Dresdae 1694. 1697. Dorettvs ad §. 2. Inst. de act. Lignit. 1737. Savling. sub. Praes. Endres, D. de interpr. verbor. in fine §. 2. Inst. de act. Wirc. 1788.

womit der Eigenthümer, der im Besitz der natürlichen Freyheit seines Grundstücks ist, der von Andern sich angemaßten Servitut widerspricht, als den vnum casum angiebt, so kann man es dabey allerdings bewenden lassen, wie Hr. GTR. Höpfner §. 1095 bemerkt.

Was die Würkungen des persönlichen Rechts betrifft, so geht solches nur gegen diejenige Person, die mir entweder durch eine Handlung, oder unmittelbar durch ein Gesetz zu einem bestimmten Thun oder Geben verbindlich gemacht worden ist. Es wirkt daher nur eine persönliche Klage, actio in personam, welche auf die Erfüllung einer bestimmten obligatio gerichtet wird. Sehr oft geht diese obligatio auch darauf daß ein *ius in rem* entweder aus ihr entstehen, z. B. ein Servitutrecht dem Vertrage gemäß constituirt werden, oder das dingliche Recht von der persona obligata auf den, welcher so lange nur ein ius in personam hat, übergehen, z. B. das Eigenthum des vorigen Besitzers auf den Käufer übertragen werden solle. Wenn nun gleich Personalklagen nicht gegen jeden Besitzer angestellt werden können, sondern nur gegen die verpflichtete Person gehen, so leidet doch auch diese Regel ihre Ausnahme. Es giebt nämlich Personalklagen, welche die besondere Eigenschaft haben, daß sie gegen jeden Besitzer angestellt werden können. Sie werden actiones in rem scriptae genennt. Dahin gehören z. B. actio quod metus causa, actio de pauperie, actio ad exhibendum. Aus diesem allem, was von den Würkungen des dinglichen und persönlichen Rechts gesagt worden, folgt ganz einleuchtend, daß das dingliche Recht ein stärkeres und dauerhafteres Recht sey, als das persönliche.

Der Hr. GTR. Höpfner schreibt: Um die Wichtigkeit dieses Unterschiedes deutlicher einzusehen, stelle man sich folgende drey Fälle vor. 1) Ich habe eine Sache gekauft; sie ist mir aber noch nicht tradirt worden. Nun verkauft sie der Besitzer einem andern, welcher von dem ersten Kauf nichts weiß, und übergiebt sie ihm; kann ich diesen

belangen, daß er mir die Sache herausgebe? Nein; denn ich hatte noch kein dingliches Recht darauf. Ich habe nur ein persönliches Recht gegen den Verkäufer, daß er mich entschädige. Gesetzt aber, die Sache kommt, nachdem sie mir verkauft und tradirt war, in die Hände eines Dritten. Jetzt kann ich sie von jedem vindiciren, weil ich ein dingliches Recht darauf habe. 2) Jemand giebt mir das Recht, die Früchte aus seinem Garten zu ziehen; aber nur als ein *ius ad rem*, durch einen Miethcontract. Nun verkauft er den Garten an einen andern. Kann ich diesen belangen, daß er mich die Früchte genießen lasse? Nein; denn ich habe nur ein ius ad rem. Man denke sich aber den Fall, daß mir Jemand das Recht, die Früchte aus seinem Garten zu ziehen, als ein ius in re, als eine seruitutem vsusfructus ertheile. Jetzt kann ich die Früchte fordern, der Garten komme, an wen er wolle. 3) Ich habe von Jemanden eine Summe Geldes zu fordern, der ein Haus besitzt. So lange dieß sein eigen ist, kann ich, wenn keine andere Zahlungsmittel vorhanden sind, verlangen, daß man es verkaufe, und mich von dem Kaufschilling befriedige. Aber wie, wenn er es veräußert? Man sehe zu, ob ich ein dingliches Recht, eine Hypothek auf das Haus gehabt habe, oder nicht. Im ersten Fall kann ich jeden Besitzer belangen, daß er mir das Haus abtrete, wofern er mich nicht lieber bezahlen will; im letztern Falle hingegen nicht.

Noch zweyerley habe ich über das persönliche Recht anzumerken. 1) Das ius ad rem und die Obligation sind einander entgegen gesetzt, Correlaten, wie die Philosophen sprechen. Man kann also nicht sagen, wie unter den Alten Bartolus, und unter den Neuern Westenberg c) und andere thun, das ius ad rem sey eine Obligation. Wenn ich ein ius ad rem gegen den Andern habe so hat dieser eine Obligation gegen mich, und umgekehrt. 2)

c) WESTENBERG Princ. iur. sec. ord. Inst. h. t. n. 37.

2) Beyde übrigens, sowohl das ius ad rem, als die Obligation, beziehen sich allezeit auf eine gewisse Person. Wenn ich das ius ad rem gegen den A habe, so kann ich daraus gegen ihn, nicht gegen andere Menschen klagen. Daher heißen die aus dem iure ad rem entspringenden Klagen, Personalklagen.

Die Wichtigkeit des dinglichen Rechts beweißen folgende zwey Sätze, nämlich der erste hier anwendbare Grundsatz ist der: ius in re non est momentaneum. Ein ius momentaneum nämlich ist dasjenige, welches nicht länger dauert, als der Besitz. Von dieser Art ist das dingliche Recht nicht. Wenn ich auch den Besitz verliere, so bleibt mir doch mein dingliches Recht auf die Sache. Der zweyte hierher gehörende Grundsatz ist: ein ius in re wirkt eine Klage gegen jeden Besitzer oder Stöhrer, und diese heißt eine Realklage. Wenn mir ein Erbrecht, ein Eigenthumsrecht, ein Pfandrecht, zusteht, so kann ich gegen Jeden, der die Erbschaft, der meine Sache, der das Pfand besitzt, klagen, daß er mir diese Sache herausgebe. Wenn ich eine Servitut habe, z. B. die Jagdgerechtigkeit in eines andern Waldung, so kann ich gegen jeden Besitzer des Waldes, welcher mich in der Ausübung dieses Rechts stöhrt, Klage anstellen.

Vom Hrn. RR. Eichmann ist zur Erläuterung des Unterschieds zwischen dem dinglichen und persönlichen Rechte folgendes angeführt worden.

α) Wenn ich ein dingliches Recht habe, so muß ich mich, weil dieses unmittelbar mit der Sache verbunden ist, an letztere halten, und der Besitzer hat an sich, und ohne daß man sich die Dazwischenkunft einer verbindlichen Handlung denkt, keine Verbindlichkeit; nur in so fern, und lediglich aus einer nothwendigen Folge, ist dergleichen vorhanden, daß er diesem meinen Rechte nicht entgegen handeln darf, und geschehen lassen muß, daß ich erhalte und behalte, was dasselbe mit sich bringt; den sonst würde es mir nichts helfen. Ich kann daher die Sache in so fern

ganz oder zum Theil als die meinige ansehen. Daher heißt es in der L. 25. D. de oblig. et act. so: *in rem* actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus: et semper aduersus eum est, qui rem possidet. Mit einem persönlichen Rechte hingegen hat es eine ganz andere Beschaffenheit; denn hier ist nur eine gewisse Person verbindlich, und wegen dieser Verbindlichkeit kann ich, nach ihrer Beschaffenheit verlangen, daß sie mir etwas geben, etwas thun oder unterlassen soll. Es ist daher ganz recht, wenn man sagt: vbi ius mihi est in re, ibi res mihi est devincta: vbi ius ad rem, persona est obligata.

β) Kann ich daher auch, wenn ich ein dingliches Recht habe, gegen einen jeden Besitzer, ohne daß er durch eine Handlung mir verbindlich worden ist, und ohne meine Zuflucht zu einer ihm von den Gesetzen unmittelbar auferlegten Verbindlichkeit zu nehmen, lediglich in Rücksicht meines Rechts und der in Gemäßheit der Gesetze demselben nothwendig folgbar entsprechenden gedachten Verbindlichkeit klagen; steht mir aber nur ein persönliches Recht zu, so geht dasselbe, weil es aus der Verbindlichkeit, welche die Gesetze mit Voraussetzung einer Handlung, oder ohne dieselbe gewissen Personen auflegen, als der wirkenden Ursache entspringt, nur gegen diejenigen Personen, welche auf eine solche Art nach den Gesetzen zu etwas verbunden sind. So weit also die Gesetze die Verbindlichkeit tragen, so weit geht auch mein Recht und die Klage, welche ich zur Verfolgung desselben anstellen kann. Daraus also, daß ich ein Recht gegen einen jeden Besitzer der Sache ausüben kann, folgt noch nicht, daß dasselbe ein dingliches Recht sey; denn es kann seyn, daß die Gesetze wegen besonderer Gründe, eine gewisse Verbindlichkeit einem jeden Besitzer auflegen. So kann ich z. B. wenn mir eine Sache entwendet worden ist, und ich ohne völlige Gewißheit erfahre, daß sie diese oder jene Person besitzen soll, gegen dieselbe dahin klagen, daß sie mir die Sache, um zu sehen, ob sie die meinige sey, oder nicht, zeigen solle; denn die Gesetze legen einem jeden

Besitzer

Besitzer dergleichen Verbindlichkeit vermöge einer gewissen Billigkeit auf, und dieses ist der Grund meiner Klage, aber kein vorher beschriebenes dingliches Recht.

γ) Die Klagen, welche aus einem dinglichen Rechte entspringen, heißen dingliche Klagen, actiones reales, actiones in rem, vindicationes im weitläuftigtigsten Verstande; hingegen persönliche Rechte wirken persönliche Klagen, welche auch Condictionen im weitläuftigen Sinne genannt werden. Aus allem diesen erhellet, daß der Unterschied unter einem dinglichen und persönlichen Rechte wichtig sey, und man daher, wenn eine Klage zur Verfolgung eines Sachenrechts angestellt werden soll, genau untersuchen müsse, ob dasselbe von der erstern oder von der letztern Art sey. Kaufe ich z. B. eine Uhr, und diese kommt in die Hände eines Dritten, so kann ich nicht sogleich gegen denselben klagen, sondern es kommt darauf an, ob ich schon das Eigenthum, welches ein dingliches Recht ist, an derselben erlangt habe, oder nicht. Ist der erste Fall, so kann ich gegen jeden Besitzer dasselbe verfolgen und klagen; ist aber der zweyte Fall, so muß ich mich an den Verkäufer oder dessen Erben halten; denn durch den Kauf erlange ich blos ein persönliches Recht. Wenn ferner mein Nachbar mir durch einen Vertrag das Recht giebt, durch sein Haus und Hof zu fahren, und es kommt dieses Haus und Hof durch Kauf an einen Dritten, so muß dieser zuweilen sich die Durchfahrt gefallen lassen, zuweilen braucht er sie aber nicht zu leiden. Ersteres findet statt, wenn diese Dienstbarkeit schon durch die Ausübung derselben constituiret war, indem ich dadurch ein dingliches Recht erlangte; letzteres aber muß man behaupten, wenn vorher und ehe dieses geschehen ist, der Dritte das Haus und den Hof erworben hat; denn hier habe ich blos ein persönliches Recht aus dem Vertrage, welches der Regel nach nur gegen den Paciscenten und seine Erben gehet. Ein anderes würde es seyn, wenn bey dem Verkauf mit ausgemacht worden wäre, daß der Verkäufer sich die mir durch Vertrag versprochene Durchfahrt gefallen lassen

sen müsse, indem hierdurch mein persönliches Recht auch gegen ihn würde gesichert worden seyn. So kann ich, um noch ein Beyspiel anzuführen, wenn wegen einer Schuldforderung es bis zur Execution gegen den Schuldner gekommen ist, dessen Sachen als einen Gegenstand derselben angeben, und verlangen, daß ich daraus befriedigt werde, keinesweges aber bin ich berechtigt, mich an diejenigen Sachen zu halten, die einstweilen und während des Processes an einen Dritten gekommen sind; es wäre denn, daß sie mir wegen meiner Forderung gesetzmäßig verpfändet worden; denn das Pfandrecht ist ein dingliches Recht, und zeigt sich daher auch gegen den Dritten dergestalt wirksam, daß ich von ihm die Herausgabe der Sache bis dahin, daß ich meine Forderung erhalten habe, verlangen kann.

§. 178.

Da wir wissen, was dingliches und persönliches Recht sey, und wie wichtig der Unterschied zwischen beyden sey, so muß nunmehr nach Anleitung dieses Paragraphens darüber das Wichtigste bemerkt werden, wie viel Arten des dinglichen Rechts nach Vorschrift der Gesetze angenommen werden können. Bey Erklärung dieser ebenfalls sehr wichtigen Materie, finden sich, so wie bey der vorigen Lehre, wiederum große Schwierigkeiten, wenn alles recht deutlich und allgemein verständlich vorgetragen werden soll, wie man sogleich bemerken kann, wenn man die Ausführungen der berühmtesten Rechtsgelehrten zu beurtheilen im Stande ist.

Die römischen Rechtsgelehrten scheinen sich mit dem Gedanken: wie viel es Gattungen des dinglichen Rechts gebe, gar nicht beschäftigt zu haben [d]). Auch diejenigen, welche nach der Wiederherstellung des römischen Rechts im zwölften und dreyzehnten Jahrhunderte, dasselbe zu erklären

d) Herr RR. Eichmann a. a. O. §. 221.

klären und zu erläutern bemüht gewesen sind, haben nichts von einer solchen Eintheilung gedacht, was einige Bemerkung verdienen könnte. Nachdem man aber in der Folge einmal darauf fiel, die verschiednen Arten des dinglichen Rechts anzuzeigen, so entstanden hierüber sehr verschiedne Meynungen. Einige z. B. Born, nahmen nur das Eigenthum als ein dingliches Recht an, dem mehrere Rechtsgelehrte [e]) gefolgt zu seyn scheinen. Jener leugnet zwar, daß der Besitz als ein dingliches Recht angesehen werden könne, nimmt aber das Eigenthum in so weitläuftigem Verstande, daß er nicht nur das, was im eigentlichen Sinne Eigenthum genennt wird, sondern auch das Pfandrecht, die Dienstbarkeiten und das Erbschaftsrecht darunter begreift. Er sagt so: das dominium ist entweder vniuersale oder singulare. Ersteres heißt ius hereditarium oder hereditas; letzteres aber besteht wiederum entweder in einer körperlichen oder unkörperlichen Sache. Jenes heißt dominium κατ' ἐξοχήν, wenn es eine Proprietät giebt, und pignus, wenn es blos den Besitz verschafft; aus diesem aber entstehen die seruitutes.

Andere, welche zwey Gattungen des dinglichen Rechts annehmen, sind selbst darüber nicht einig, indem sie bald das Eigenthum und Pfandrecht, bald aber das Besitzungsrecht und das Eigenthum darunter rechnen [f]).

Das Nämliche gilt auch von denjenigen Rechtsgelehrten, welche drey Gattungen des dinglichen Rechts statuiren, indem sie bald das Eigenthum, Pfandrecht und das

e) VVLTEIVS ad Instit. h. t. n. 1. p. 156. FOERSTER de dominio, c. 5. n. 18. HOTTOMANN Quaest. illustr. Qu. 24. KEMMERICH Pr. de dominio tanquam vnica species iuris in re, Viteb. 1724.

f) BICCIVS in reb. quotid. p. 97. BEER vind. SVTHOLD. Diss. 4. aph. 2. 3. KLOCK Tom. I. Cons. 35. n. 182.

das Dienstbarkeitsrecht g); bald das Eigenthum, das Quasieigenthum und ein sogenanntes ius in re specificum h); bald das Eigenthum im weitläuftigen Verstande, das Pfandrecht und den Besitz i); bald aber auch das Eigenthum, das Pfandrecht, und die Dienstbarkeit k) als solche anführen.

Eben so verschieden in ihren Meynungen sind diejenigen Rechtsgelehrten, welche vier Gattungen des dinglichen Rechts vertheidigen; denn einige rechnen dahin, das Eigenthum, den Vsus, den Nießbrauch und den Besitz l); andere das Eigenthum, die Dienstbarkeit, das Pfandrecht und den Besitz m); und noch andere mit besserer Sachprüfung, das Eigenthum, das Pfandrecht, das Servitutsrecht, und das Erbschaftsrecht.

Verschiedne Rechtslehrer gehen bis auf fünf n), sechs o), sieben p) und acht Gattungen des dinglichen Rechts hinauf, nämlich dominium directum, dominium

g) Wesenbec. in Parat. Dig. tit. de fin. reg. n. 5. in tit. si vsusfr. petatur n. 2. tit. de seruitut. n. 8.

h) Mynsinger ad Inst. h. t.

i) Struv Exerc. IV. §. 88.

k) Iason ad §. 1. Inst. de action. n. 3.

l) Lvgo de iustit. et iure Disp. 2. Sect. 1.

m) Gyphan. ad Inst. h. t. n. 11. Harprecht ad §. 1. Inst. de act n. 6 Bachov. de action. Diss. I. thes. 14. Svthold Diss. IV. aph. 3.

n) Hahn l. c. c. 2. §. 17. sqq. Schaumb. Comp. Dig. h. t. Beyde setzen nur zu den von uns angegebenen speciebus iuris in re das ius possessionis, mithin sind sie außerdem ganz unsrer Meynung.

o) Hilliger Lib. 9. c. 8. 13. 16. 19. 20. squ. ib. Donell. Diese führen das dominium, ius emphyteuticum, ius superficiarium, ius bonae fidei possessionis, ius pignoris et seruitutis, als species iuris realis auf; Feltmann hingegen in der angez. Abh. Cap. 12. §. 22. und 24. dominium, ius hereditarium, ius dotis, seruitutem, pignus et possessionem.

p) Gvdelin. de iure nouiss. Lib. II. c. 1.

minium vtile, quasi dominium, vsumfructum, vsum, seruitutem, ius pignoris et habitationem.

Endlich begnügen sich einige, wohin Hommel in der angeführten Schrift gehört, damit, daß sie behaupten, es gebe nicht mehr, als fünf Gattungen, die vom Hahn angenommen worden sind, und diese wären auch nicht allezeit als solche anzusehen.

Unter diesen Meynungen, deren Verschiedenheit zum Theil reel ist, zum Theil aber auf Wortspielerey hinaus läuft, hat sich diejenige erhalten, nach welcher das Eigenthum, das Pfandrecht, das Dienstbarkeitsrecht, und das Erbschaftsrecht, als dingliche Rechte anzusehen sind. Dieser Meynung, welcher wohl schwerlich der theoretische und praktische Nutzen abzusprechen ist, indem man sich die ganze hierüber sich verbreitende römische Rechtslehre, in einer gewissen guten natürlichen Ordnung denken, und selbst darnach in einem System vortragen kann, auch im praktischen Leben fast täglich der Fall vorkommt, wo die Frage entsteht: Hat denn der Mensch, welcher etwas, was sein Zustandsrecht nicht mit sich bringt, von dem Andern, dem die Gesetze weder in Rücksicht auf eine Convention oder andere Handlung, noch sonst unmittelbar eine Verbindlichkeit auflegen, fordert, ein dingliches Recht? treten auch wir mit der Ueberzeugung bey, daß der theoretische und praktische Nutzen hiervon größer sey, als man gemeiniglich glaubt, wie von vielen Rechtsgelehrten q) ausgeführt worden ist; denn α) findet man bey derselben die Eigenschaften, welche zu einem dinglichen Rechte erfordert werden, bey andern aber, und besonders bey

q) Hvber Digr. Iust. Lib. IV. c. 6. Heinecc. Comp. Dig. P. I §. 196. Schwendend. ad Eckolti Pand. h. t. §. 2. Cocceii Ius contr. h t. qu. 8. Heimbvrg D. de retractu gentilitio iure in re, §. 9. not. **. Walch Int. in contr. Sect. II. c. 1. §. 1. Hellfeld Comp. Dig. h. t. §. 178. Höpfners Comment. §. 286.

bey dem Besitzungsrechte nicht, wie wir nachher noch zeigen werden. β) Sind diese Rechte so verschieden von einander, daß, wenn man nicht wider den technischen und gemeinen Sprachgebrauch, ingleichen die Logik, anstoßen will, sie nicht füglich unter dem Eigenthum als Geschlechtsarten begriffen werden können. γ) Dagegen sind verschiedne, welche namentlich als besondere Gattungen angegeben worden, allerdings schon unter den von uns angezeigten mit enthalten, als z. B. das Obereigenthum und nutzbare Eigenthum, in welche das Eigenthum abgetheilt wird; der Nießbrauch, der vsus, und die habitatio, welche insgesammt die Dienstbarkeit begreift, auch das Recht der Mitgift, wenn man darunter das Recht versteht, so der Mann an der Mitgift hat, besteht in einem Eigenthume [r]); nicht weniger gehören die Rechte, Lehnwaare und Erbzins zu verlangen, zu den auf eine erlaubte Art bestimmten Obereigenthumsrechten. δ) Man kann auch nicht einwenden, daß es gewisse dingliche Klagen, folglich solche, die sich auf ein dingliches Recht gründeten, gebe, welche nicht wider einen jeden Besitzer angestellt werden könnten, mithin ein dingliches Recht zuweilen dergleichen sey, zuweilen aber auch nicht, wie man z. B. bey der Publicianischen Klage wahrnehme, welche nicht gegen jeden Besitzer, sondern nur gegen denjenigen gebraucht werden könnte, der keinen rechtlichen Titel an der Sache habe; denn die Gesetze haben zuweilen demjenigen, der ein dingliches Recht hat, aus Billigkeitsgründen, und damit ihm dessen Verfolgung nicht ohne Noth erschweret werde, eine besondere Klage wegen desselben gegeben, die aber, ihrer Natur nach, nur gegen gewisse Personen statt finden kann [s]). So verhält es sich mit der gedachten Publicianischen Klage. Mein Bedienter hat mir z. B. eine Uhr entwendet, welche ihm

r) Hvber l. c. c. 9.

s) Oeltze Pr. de actione reali aduersus quemcunque possessorem non competente, Ien. 1769.

ihm aber in einem Gasthofe zur Sicherheit dessen, was er daselbst verzehrt hat, abgenommen worden ist. Da der Wirth sie mir in Güte nicht herausgeben, sondern wegen seiner Forderung zurückbehalten will, so kann ich mich gegen ihn dieser Klage bedienen, bey welcher ich keinen so schweren Beweiß, als bey der Reivindicationsklage zu führen habe. Nicht selten geben auch die Gesetze einer dinglichen Klage eine besondere Qualität, wegen welcher sie sodann nicht gegen jeden Besitzer angestellt werden kann t). Es bleiben also dingliche Rechte

1) Das Eigenthum u), worunter man das Recht auf eine einzelne körperliche Sache, vermöge dessen man über dieselbe nach Gefallen disponiren, und sie von einem jeden Besitzer zurückfordern kann, versteht x). Unkörperliche Dinge, Gerechtigkeiten und Ansprüche, sind in keinem eigentlichen Eigenthume, worüber Huber und Thomasius y) heftig mit einander gestritten haben; auch ist dasselbe, da es eine einzelne Sache voraussetzt, so verschieden, als die einzelnen Sachen, welche ich habe.

2) Das Pfandrecht, welches dasjenige dingliche Recht ist z), welches einem Gläubiger zur Sicherheit seiner Forderung an einer Sache ist constituirt worden, dergestalt, daß er sich deshalb an dieselbe halten kann, oder ein auf unsere Güter gelegtes, damit beständig verknüpftes und dahin gehendes Recht, daß ein Gläubiger sich daran halten, und daraus seine Befriedigung suchen kann, wenn die Schuld nicht gebührend bezahlt werden sollte.

3) Das

t) Oeltze l. c. §. 14.

u) L. 13. §. 1. D. de damno inf. L. 15. §. 33. eod. L. 6. C. de pact. int. emt. L. 16. C. de praed. L. 13. §. 1. C. de iud.

x) Herr GTR. Höpfner §. 287. des Comment. Hr. GJR. Westphal von Sachen, S. 262.

y) Hvber ad Inst. h. t. §. 12. ibique Thomas.

z) L. 30. D. de nox. act. L. 19. pr. D. de damn. inf. L. 9. C. qui pot. in pign. L. 6. C. de bon. quae auct. iud.

3) Das Erbrecht oder Erbschaftsrecht, welches in demjenigen dinglichen Rechte besteht, vermöge dessen man sich eine Erbschaft, das heißt, den ganzen Nachlaß eines Verstorbenen zu eigen machen, und alle andere von desselben Acquisition ausschließen kann [a]). Schon der Begriff zeigt, daß man es nicht füglich ein Eigenthum nennen kann [b]).

4) Die Dienstbarkeit, seruitus, im eigentlichen und uneigentlichen Verstande. Im eigentlichen Verstande ist sie dasjenige dingliche Recht [c]) auf des Andern Grundstück, vermöge dessen derselbe auf dieser Sache zum Besten einer andern Sache oder Person, wider seine natürliche Freyheit, entweder etwas leiden, oder etwas nicht thun darf [d]). Wenn ich sage, im eigentlichen Verstande, so will ich damit so viel zu erkennen geben, daß nach dem, was das römische Recht von Servituten verordnet, man einen solchen Begriff damit verbinden müsse; denn in Gemäßheit dieser Verordnung soll, wie man annimmt, obwohl noch verschiednes dagegen erinnert werden könnte, keine Servitut in faciendo bestehen. Im uneigentlichen Sinne aber verstehe ich darunter dasjenige dingliche Recht auf des andern Grundstück, vermöge dessen mir oder meiner Sache gewisse Nutzungen auf eine gewisse Zeit, oder perpetuirlich, daraus geleistet werden sollen, oder vermöge dessen der Besitzer desselben zu meinem oder meiner Sache Vortheil sonst etwas zu thun verbunden ist. Es gehört also hierher nicht, wenn vermöge der auf rechtliche Art bestimmten Obereigenthumsrechte dergleichen Nutzungen gefordert und erhoben werden; denn mein dingliches Recht soll sich lediglich auf eine solche Nutzerhebung beschränken. Auch ist nicht von einem dergleichen persönlichen

chen

a) Illust. Koch de succ. ab intest. §. 1.
b) Hahn l. c. c. 7. concl. 63.
c) Hahn l. c. c. 12. concl. 20.
d) Westphal de seruit. Sect. III. c. 8. §. 510.

chen Rechte, zu dessen Sicherheit mir ein Pfandrecht an einer Sache ertheilt worden ist, die Rede, indem, vermöge eines solchen Nutzungsrechts selbst, ich mich an die Sache soll halten können. Wird mir von demjenigen, welcher befugt ist, über sein Grundstück auf solche Art zu disponiren, das Recht gegeben, gewisse Nutzungen aus seiner Sache nur angezeigter Maßen zu verlangen, so geschieht dieses vermächtnißweise, oder durch eine Convention. Im ersten Falle erlange ich gleich nach dem Tode des Erblassers, wenn nur das Testament besteht, ein dingliches Recht; im letztern Falle aber erst alsdenn, wenn ich dieses Recht wirklich einmal ausgeübt, und dergleichen Nutzungen erhoben habe, indem sodann diese uneigentliche Servitut als constituirt anzusehen ist, vorher aber ich ein bloßes persönliches Recht hatte. Ich gründe mich hierin auf die aus der Art und Weise, wie eigentliche Servituten constituirt werden, hergeleitete Rechtsanalogie, welcher nichts Gegründetes entgegen zu stehen scheinet; sondern die vielmehr durch eine große Anzahl von vorgekommenen, und von Spruchcollegien in Teutschland anerkannten Fällen, bewiesen werden kann.

Diese ausführliche Auseinandersetzung der wirklich vorhandenen Gattungen des dinglichen Rechts, werden nur solche Rechtsgelehrte für unnöthig erklären, die zu wenig gelernt haben, als daß sie im Stande seyn sollten, den wahren theoretischen und praktischen Nutzen dieser Grundsätze hinlänglich beurtheilen zu können. In den Vorlesungen über die Institutionen, pflegt die Sache mehrentheils weitläuftiger vorgetragen zu werden, als im Collegium über die Pandekten, weil man hier sagt, die Sache sey schon aus den Institutionen bekannt. Wie viel Studenten haben denn aber wohl diese dunkele Materie, deren Dunkelheit man nicht eher einsieht, als bis man die darauf gegründeten Rechtsfragen beantworten und anwenden soll, in den Institutionen so gefaßt, wie es nöthig ist? So geht es mit mehrern Rechtswahrheiten, die sich ihrer Abstraktheit wegen, nur mit viel Mühe und Scharf-

sinn gehörig aus einander setzen lassen. Wer sich nicht für ein Genie der ersten Classe hält, ist begierig, die Auseinandersetzung einer schweren Materie, wie sie von mehrern berühmten Rechtsgelehrten vorgetragen worden, mit einander zu vergleichen, und daher werden es wißbegierige Rechtsgelehrte nicht mißbilligen, daß ich nun noch die Grundsätze mehrerer berühmter Schriftsteller anführe.

Hr. HR. Glück hat sich über diese Sache sehr kurz gefaßt, und schreibt S. 503 des 2ten Theils seines Commentars: Die Frage, wie viel Gattungen des iuris in rem anzunehmen? ist von jeher sowohl bey ältern als neuern Rechtsgelehrten sehr streitig gewesen [e]). Einige nehmen mit Born [f]) nur eine an, nämlich das Eigenthum; denn in Gesetzen kommt vor *dominium* hereditatis [g]), *dominium* seruitutum [h]), *dominium* vsusfructus [i]). Allein dem sey, wie ihm wolle, so wird doch das Wort Eigenthum in einer sehr uneigentlichen Bedeutung genommen werden müssen. Andere nehmen deren zwey an, nämlich Eigenthum und Pfandrecht. Die meisten vier, Eigenthum, Pfandrecht, Servitut und Erbrecht. Herr GR. Nettelbladt fügt diesen noch das Recht, herrnlose Sachen zu occupiren, hinzu, und nimmt ein ius *in re* nullius

e) F. A. Hommel D. quinque iuris in re species, quas vulgo tradunt, nec semper tales esse, nec solas, Lips. 1736. van der Ramhorst D. de speciebus iuris in re, L. B. 1784. Rappolt sub Praes. Scheidemantel D. de numero specierum iuris in re, et praesertim an possessio illis sit annumeranda? Stuttgard. 1786.

f) Iac. Born D. de iure in re actiones reales producente, rec. Ien. 1756. Thomas. ad Hvber. Inst. h. t. n. 12. Kemmerich (S. 349).

g) §. fin. Inst. de hered. qualit. L. 48. pr. D. de hered. instit.

h) L. 15. §. 8. D. quod vi aut clam.

i) L. 3. D. si vsusfr. petat. L. 8. pr. D. de reb. auct. iud. poss. Nov. 2. c. 4. Nov. 22. c. 45.

nullius an [k]). Viele setzen noch die Possession, oder eigentlich das Possessionsrecht hinzu. Noch andere dotem, emphyteusin, superficiem. Allein es läßt sich, wie Kellinghusen [l]) sagt, schon a priori beweisen, daß es nicht mehr als vier Hauptgattungen des iuris in re gebe. Nämlich die Sache, woran mir ein Recht zusteht, ist entweder meine eigene, oder eines Andern. Ist ersteres, so entsteht daher das Eigenthum. Ist letzteres, so habe ich dieses Recht entweder schon bey Lebzeiten des Eigenthümers, oder erst nach desselben Tode; nam hereditas iacens repraesentat defunctum (S. 209). Im letztern Fall entsteht das Erbrecht. Im erstern Fall hingegen habe ich entweder das Recht, die fremde Sache zu gebrauchen, oder die Sache haftet mir zur Sicherheit einer Forderung. Ersteres heißt Servitut, letzteres aber Pfandrecht. Hierauf lassen sich nun alle andere Arten des dinglichen Rechts reduciren, nur nicht das ius *in re* nullius, auch nicht das Possessionsrecht [m]); denn ersteres ist undenkbar, und mit dem Begriff und den Würkungen des *iuris in re* nicht zu vereinigen, da es keinen bestimmten Gegenstand hat. Das daraus hergeleitete ius occupandi aber ist bald als ein bloßer Ausfluß der natürlichen Freyheit anzusehen, bald gehört solches zum Territorialeigenthum, bald zum Privateigenthum oder zu andern entweder dinglichen, z. B. den Servituten, oder persönlichen Rechten eines Privatmannes, je nachdem es entweder ius occupandi com-

k) Nettelbladt D. de iure in re, quae est res nullius, Hal. 1779.

l) Henr. Kellinghusen D. de legibus nonullis Romanor. c. 21. in Oelrichs Thes. T. II. Vol. II. p. 64.

m) de l'Espaul D. de possessione speciebus iuris in re non adnumeranda, L. B. 1784. Sturm D. de possessione e iure in re et ad rem eliminanda, in *Eius* Coll. Diss. nr. 1.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684934/phys_0423
DFG

mune, oder ius occupandi proprium publicum, oder ius occupandi proprium priuatum ist. Was hingegen von dem Possessionsrecht, oder wie man sich insgemein auszudrücken pflegt, von der Possession zu halten sey, wird §. 181. lehren.

In dem Commentar des Hrn. GTR. Höpfners wird die Sache S. 254 ganz kurz folgendermaßen aus einander gesetzt. Das dingliche Recht hat vier Gattungen: Eigenthumsrecht, Erbrecht, Dienstbarkeit und Pfandrecht. Diese sind folgendergestalt unterschieden: das dingliche Recht besteht entweder 1) in dem ausschließlichen Recht, über die Substanz der Sache auf alle Weise zu disponiren; oder 2) in dem Recht Nutzungen aus einer fremden Sache zu ziehen; oder 3) in der Befugniß, mich vermittelst der Sache wegen einer Forderung bezahlt zu machen. Im zweyten Fall heißt es ius seruitutis, Dienstbarkeit; im dritten ius pignoris, Pfandrecht. Im ersten Fall aber kommt es mir entweder auf eine einzelne und körperliche Sache zu, oder auf die ganze Verlassenschaft eines Menschen. Das Recht, über eine einzelne körperliche Sache nach Gefallen zu schalten, heißt Eigenthumsrecht, dominium; das Recht; über die ganze Verlassenschaft eines Verstorbenen zu disponiren, heißt Erbrecht, hereditas, ius hereditarium.

§. 179.

Die im vorigen Paragraphen ausgeführte Materie ist nicht leicht; weit dunkler ist aber die Lehre vom Besitz, worauf doch in der Rechtsgelehrsamkeit so viel ankommt, da sie sich über so viele Rechtsangelegenheiten verbreitet, und im römischen Rechte so verschieden davon geredet wird; daher wir auch eine so große Anzahl Schriftsteller haben, die über diese wichtige Rechtsmaterie geschrieben, und welche der verstorbene würdige Hr. Prof. Hofacker in seinem Privatrecht, Thl. 2. S. 34 in drey Classen abgetheilt hat,

hat, nämlich erstlich in diejenigen, von denen der Titel de acqu. vel amitt. poss. erklärt worden n); zweytens in solche o), welche diese Materie theoretisch bearbeitet haben, und drittens in diejenigen Schriftsteller p), in deren Schriften der Begriff und die Eintheilungen des Besitzes erklärt worden ist.

Bey der Erklärung des Begriffs vom Besitz sagen die Rechtslehrer zuerst etwas über die Einführung und den buchstäblichen oder grammatischen Verstand des Worts possessio, da selbst in römischen Gesetzen darauf Rücksicht genommen wird. Der Hr. GJR. Westphal schreibt: das Wort possessio kann von post und sedere abgeleitet werden, nach welcher Entstehung des Worts es soviel als eine Sitzung hinter oder bey einer Sache anzeigt. In den Gesetzen wird aber eine andere nicht so wahrscheinliche Ableitung angeführt, indem Paulus in der L. 1. pr. D. de acquir. vel amitt. poss. schreibt: *possessio* appellata est, vt *Labeo* scribit, a sedibus, quasi positio: quia naturaliter te-

n) Alciatvs in Operib. T. I. P. V. Cviacivs in Oper. T. VIII. Maranvs in Oper. Tom. II. p. 1821. edit. Tolos. Giffanivs in Lectur. Altorf. p. 394. sq. Iul. a Beyma in Comm. ad var. tit. iur. Leovard. 1645. 4. p. 321. sq. Iul. Caprae Icti Vicent. Paraphr. in Lib. XLI. Dig. Basil. 1560 fol. p. 283 sq. Dvarenvs ad Leg. 11. priores, in Oper.

o) Ramos et de Retes ad cit. Tit. in Thes. Meerm. T. VII. Melch. de Valentia in tract. iur. illustr. Lib. I. tr. 2. Fridervs Mindanvs de materia possessionis, Giss. 1614. 4. Oroz in apic. iur. ciuil. L. IV. c. 1. sqq. Ge. Obrecht in Dissert. p. 517. sqq. Essai sur les principes du droit en matiere de possession par M. I. Ivpille, à Louvain 1780. Ang. Iac. Cvperi Obseruationes selectae de natura possessionis, Lugd. Bat. 1789. v. Spangenberg über den Besitz, Bayr. 1795.

p) Galvanvs de vsufr. c. 33. Cviacii Obs. IX, 33. XVIII, 24. Hotomann. Obs. IX, 1. Merillivs Obs. II, 31. 32. Vinnivs Quaest. II, 36. Hr. GJR. Westphal von Sachen, S. 33 flg.

netur ab eo, qui ei insistit, quam graeci κατοχην dicunt. Einige Ausleger lesen pedibus statt sedibus, und pedum positio, statt positio schlechtweg. In den gemeinen Ausgaben der Pandekten aber findet man, verschiedne Ausdrücke ausgenommen, dieses Gesetz nur so verändert, daß statt sedibus, pedibus stehet q). Das Wort besitzen, possidere, bedeutet also im grammatischen Verstande so viel, als in seiner Gewalt haben, und in diesem Verstande verstehen die römischen Rechtsgelehrten, so wie die heutigen, unter dem Besitz, die körperliche Detention einer Sache, das heißt, diejenige körperliche Handlung, vermöge deren man eine Sache dergestalt in seiner Gewalt hat, daß man darüber ungehindert schalten und disponiren kann. Diese Bedeutung nennt man die weitläuftigste Bedeutung des Worts, wo Besitz und Detention einerley sind, indem man darunter das physische Vermögen versteht, über eine körperliche Sache disponiren zu können, welches Vermögen der Mensch alsdenn hat, wenn er so viel Kräfte hat, mit der Sache vorzunehmen, was damit vorgenommen werden kann, wobey es also auf die Natur der Sache ankommt. Daß der Ausdruck possessio in diesem weitläuftigen Sinne genommen werden müsse, beweißt nicht nur die in der angeführten Lex enthaltene Definition, sondern es erhellet auch daraus, daß die Gesetze, wenn sie verordnen, es solle Niemand einem Besitzer eine Sache wider seinen Willen eigenmächtig wegnehmen, und jener, wenn es gleichwohl geschehen seyn sollte, sich dagegen vertheidigen können, sie auch ohne Zweifel einen bloßen Besitzinhaber oder Detentor mit darunter verstehen. Wenn z. B. A seinen Degen, oder sonst etwas bey mir hat liegen lassen, Cajus aber unter dem Vorwande, dem A diesen Degen zuzustellen, ihn aus meiner Stube wegnimmt, so kann der vorgebliche Eigenthümer, wenn ihm Cajus den Degen in Güte nicht

ablie-

q) Ev. Ottonis Exercit. iurispr. symbol. Exerc. II. c. 17. p. 232.

abliefern will, solchen mit Gewalt nicht abnehmen, und es kommt jetzt nichts darauf an, ob Cajus den Degen zu behalten die Absicht hat, oder nicht. Dieser Zwang ist deswegen unerlaubt, weil jede Selbsthülfe nicht gebraucht werden darf, sondern man die Obrigkeit anrufen soll. Es geht sogar an, daß, wenn der vorgebliche Eigenthümer dem Cajus den Degen mit Gewalt abgenommen hatte, dieser befugt ist, sich sogleich des Degens aufs neue zu bemächtigen, wenn er die Gelegenheit und Macht dazu hat. Es gründet sich dieser weitläuftige Verstand des Wortes Besitz auf mehrere Gesetze; denn z. B. in der L. 49. §. 1. D. de adquir. vel amitt. poss. heißt es: possessio non tantum corporis sed et iuris est, und in der L. 10. C. de acquir. et ret. poss. rescribirt der Kaiser Constantin: nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem, aliam, quae iure consistit, aliam, quae corpore. Ausser dieser Bedeutung des Worts *possessio* kommt in Gesetzen noch weit öfterer eine andere vor, und daher muß der Besitz eingetheilt werden, in den Besitz im engern Verstande, und in die sogenannte Detention. Erstere Art des Besitzes heißt auch der Besitz im juristischen Sinne, da jener Verstand der grammatische Verstand des Worts Besitz heißt. Die Detention einer Sache ist nämlich entweder mit der Absicht verbunden, die Sache zu behalten, oder der Besitzer hat diese Absicht ganz und gar nicht. In diesem letzten Falle wird der Besitz eine bloße Detention, detentio nuda, in den Schriften der Rechtsgelehrten genennt; im ersten Falle aber sagt man Besitz im engern oder eigentlichen juristischen Sinne r). In dieser letzten Rücksicht heißt es in Gesetzen, z. B. in der L. 1. §. 15. D. si is, qui test. lib. esse iuss., in der L. 3. §. 1. D. de acquir. vel amitt. poss. die possessio sey nicht blos corporis, sondern auch

r) Nettelbladt Iurispr. posit. §. 824. Hr. GJR. Westphal a. a. O. §. 19.

animi, daß heißt, die bloße Gewalt über eine Sache sey zu einem solchen Besitz nicht allein hinreichend, sondern dazu gehöre auch der Wille, solche auszuüben, und die Absicht, die Sache für sich zu behalten. Eben deswegen kann weder ein Kind, noch ein Sinnloser für sich allein, den Besitz im Rechtsverstande, ergreifen, weil sie weder Bewußtseyn noch Willen haben, und der Vormund und Curator muß es an ihrer Stelle thun; und nur alsdenn ist ein Unmündiger der Ergreifung des Besitzes im Rechtsverstande fähig, wenn er so alt ist, daß er sich eine Vorstellung von dergleichen Handlungen machen kann [s]). Durch diese Eigenschaften läßt sich der Begriff des Worts Besitz im grammatischen und im juristischen Verstande sehr deutlich unterscheiden. Blos der Wille und die Absicht, die Sache zu haben, macht den natürlichen Besitz zum bürgerlichen, welche Gesinnung in Gesetzen [t]) durch die Worte, affectus possidendi, affectio tenendi, animi adfectus angezeigt wird; nur darf man nicht glauben, als bestehe dieser animus possidendi zugleich in der Absicht, ein Eigenthumsrecht vermittelst des Besitzes haben zu wollen, wie man aus den Gesetzen [u]) deutlich sieht, welche z. B. vom Pfandgläubiger sagen, daß er rechtmäßig besitze, wiewohl nicht in der Absicht, sich das Eigenthum beyzulegen, daher auch mehrmals gesagt wird: nihil commune habet *proprietas* cum *possessione*. Diesem steht nicht entgegen, daß es z. B. in der L. 78. D. de verb. signif. heißt: interdum *proprietatem* quoque verbum *possessionis* significare: sicut in eo, qui *possessiones* suas legas-

s) L. 1. §. 3. D. de acquir. vel amitt. poss.

t) L. 1. §. 3. L. 3. §. 3. L. 18. §. 3. L. 32. §. 2. L. 41. L. 46. D. de acquir. vel amitt. poss. L. 3. C. de acquir. et retin. poss.

u) L. 12. §. 1. D. de acquir. vel amitt. poss. L. 13. §. 1. D. de Publ. in rem act. L. 22. §. 1. D. de noxal. act. Galvan. de vsufr. c. XXXIII, n. 3. p. 429. sqq. Hofacker l. c T. II. p. 40.

legasset, responsum est; denn dieser Verstand wird dem Wort Besitz nur abusiue beygelegt, wenn es auf die Erklärung eines letzten Willens, oder eine Privatverordnung ankommt, bey denen, wie in der L. 69. D. §. 1. de legat III. gesagt wird: non enim in *causa testamentorum* ad *definitionem* vsque descendendum est, cum plerumque *abusiue* loquantur nec propriis nominibus ac vocabulis semper vtantur, das heißt: bey dergleichen letzten Willensverordnungen sind nicht immer die gelehrten wissenschaftlichen Wortbedeutungen zum Grunde zu legen, weil die Erfahrung lehrt, daß die Testirer zuweilen statt der eigentlichen Benennungen und Worte ungewöhnliche Ausdrücke und Bedeutungen gebrauchen. Daß übrigens von den römischen Rechtsgelehrten, die Proprietät, von der detentio cum animi sibi habendi coniuncta, genau unterschieden worden, sieht man aus vielen Gesetzen, z. B. der L. 115. D. de verb. signif. wo gesagt wird: *possessio* ab agro iuris proprietate differt. Quidquid enim adprehendimus, cuius proprietas ad nos non pertinet, aut nec potest pertinere, hoc *possessionem* appellamus; daher es einer genauen Untersuchung werth war, welche Cuper x) unternommen, wie der Besitz nach und nach von der Proprietät und andern Rechten unterschieden worden, und was insonderheit die Ursache gewesen, warum die römischen Rechtsgelehrten den Begriff des Besitzes so genau festzusetzen suchten.

Der Begriff des Besitzes wird nie deutlich, wenn man nicht die Eigenschaften desselben gehörig kennt, und auch die Eintheilungen desselben bleiben völlig unverständlich, wenn diese Erklärung der Eigenschaften nicht vorausgeschickt worden ist; daher will ich nunmehr die Natur dieser Eigenschaften aus einander setzen. Was die Natur des Besitzes überhaupt anbetrifft, so kommen in Gesetzen folgende Grundsätze vor, und zwar

1)

x) Cuper de nat. poss. P. I. c. 1;

1) heißt es: Da zu jedem Besitz das physische Vermögen erfordert wird, an einer Sache körperliche Gewalt ausüben zu können, so sagt man: possessio est facti. Wenn mir daher zu der Zeit, da ich körperliche Handlungen mit der Sache vornehmen will, um sie in meinen Besitz zu bringen, solche Hindernisse in den Weg gelegt werden, daß ich diese Handlungen nicht vornehmen kann, so bin ich auch nicht zum Besitz der Sache gelangt. Ich bekomme ferner den Besitz nicht, wenn diese Hindernisse darin bestehen, daß man meinen Handlungen beständig widerspricht, und mich dabey beunruhigt, dieser Widerspruch mag gerichtlich oder ausser gerichtlich vorgenommen werden; daher heißt es in der L. 22. D. de acquir. vel amitt. poss. — non videtur possessionem adeptus is, qui ita nactus est, vt eam retinere non possit.

2) Bey der bloßen Bestimmung der Frage: ob Jemand den Besitz einer Sache habe, sehen die Gesetze nicht darauf, ob der Besitz fehlerhaft sey oder nicht? Auf diesen Umstand nimmt man in der Praxis hauptsächlich Rücksicht, wenn der sogenannte processus possessorius summariissimus angestellt worden ist. Man nehme den Fall an: ich habe eine Sache zeither ruhig besessen, nunmehr entzieht mir aber ein Anderer den Besitz. Dieser sein Besitz heißt auch ein Besitz, wenn er gleich fehlerhaft ist, und er genießt den Vortheil davon, daß ihm kein Dritter diesen Besitz mit List oder Gewalt nehmen darf. In der L. 53. D. de acquir. vel amitt. poss. heißt es daher: aduersus extraneum vitiosa possessio prodesse solet. Hiernach muß auch die L. 3. pr. D. vti poss. beurtheilt werden, wo Ulpian erklärt: si duo possideant in solidum, videamus quid sit dicendum: quod qualiter procedat, tractemus; si quis proponeret possessionem iustam et iniustam: ego possideo ex iusta causa, tu vi aut clam: si a me possides, superior sum interdicto, si vero non a me, *neuter nostrum vincetur, nam et tu possides, et ego.*

3) Nur körperliche Sachen sind ein Gegenstand des Besitzes, da sich bey solchen allein Handlungen vorneh-

nehmen lassen, welche man den Besitz der Sache nennt, daher in der L. 3. pr. D. de acquir. vel amitt. poss. gesagt wird: *possideri* autem possunt, quae sunt *corporalia*. Da die körperlichen Sachen theils bewegliche, theils unbewegliche sind, so hat auch bey beyden ein Besitz statt, und nur die Handlungen, welche den Besitz ausmachen, sind nach der Beschaffenheit derselben verschieden. Besitzt Jemand eine ganze Heerde, so ist solche nicht als ein Ganzes der Gegenstand seines Besitzes, sondern er hat nur den Besitz der einzelnen Thiere, welche zur Heerde gehören, da das Wort Heerde ein bloßer Begriff ist, und keine von den einzelnen Thieren der Heerde wirklich verschiedne Sache. Hiernach ist die L. 30. §. 2. D. de vsurpat. et vsucap. zu beurtheilen, wenn es heißt: Non autem *grex* vniuersus sic capitur vsu, quomodo singulae res, nec sic quomodo cohaerentes. Quid ergo est? Etsi ea natura eius est, vt adiectionibus corporum maneat, non item tamen vniuersi gregis vlla est vsucapio, sed singulorum animalium, sicuti *possessio*, ita et vsucapio. Nec si quid emtum immixtum fuerit gregi, augendi eius gratia, idcirco *possessionis* causa mutabitur; vt si reliquus grex dominii mei sit, haec quoque ouis: sed singulae suam causam habebunt, ita vt, si quae furtiuae erunt, sint quidem ex grege, non tamen vsucapiuntur. Werde ich daher von einem Andern, wegen verschiedner bey der Heerde befindlichen Thiere in Anspruch genommen, so kann ich nicht für mich anführen, daß ich so lange den Besitz in gutem Glauben von der Heerde gehabt habe, als zur Verjährung nöthig ist, sondern es kommt hier darauf an, ob die einzelnen jetzt in Anspruch genommenen Thiere, von mir die zur Rechtsverjährung erforderliche Zeit über in gutem Glauben besessen worden. Eine ganz andere Beschaffenheit hat es mit zusammengesetzten Körpern, dergleichen z. B. Gebäude sind; denn bey diesen giebt es nur einen Besitz des Ganzen; daher, wenn einzelne Stücke davon abgesondert worden, sie in einer andern Eigenschaft betrachtet, und

nicht

nicht mehr auf eben die Art, wie vorher, da sie zum Ganzen gehörten, beurtheilt werden, ja sogar einen eigenen Gegenstand des Besitzes ausmachen. Daher heißt es in der L. 30. pr. D. de acquir. vel amitt. hered.: — Qui *vniuersas aedes* possidet, singulas res, quae in aedificio sunt non videtur possedisse, und in der L. 23. pr. D. de vsurp. et vsuc. wird gesagt: Eum, qui *aedes* mercatus est, non puto aliud, quam *ipsas* aedes, possidere. Nam si *singulas* res possidere intelligeretur, ipsas aedes non possidebit, separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, vniuersitas aedium intelligi non poterit. Es würde sonst, wenn man den Besitz der einzelnen Stücke zugleich annehmen wollte, folgen müssen, daß der Besitzer behaupten könnte, er habe ein Gebäude innerhalb drey Jahren verjährt, wenn gleich der Grund desselben erst nach zehen oder zwanzig Jahren, verjährt werden können, und zwar deswegen, weil das Haus aus einzelnen beweglichen Dingen bestehe, die man schon nach drey Jahren verjähret habe. Man lese nur die L. 23. pr. D. de vsurp. et vsuc. wo es heißt: accedit eo, quod si quis *singulas* res possidere dixerit, necesse erit, dicat, possessioni superficiei temporibus de mobilibus statutis locum esse, solum esse capturum ampliori: quod absurdum, et minime iure ciuili conueniens est, *vt vna res diuersis temporibus capiatur.* Vt puta cum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie, et vniuersitas earum possessione temporis immobilium rerum dominium mutet. In den gemeinen Ausgaben stehet possessionem und omnium, in der Haloandrinischen aber possessione und dominium, welche Lesart auch den Vorzug verdient, da sonst die Stelle keinen richtigen Sinn haben würde. Damit man übrigens, durch das Wort *corpus*, in der hierher gehörenden Materie, nicht irre geführ werde, ist zu bemerken, daß unterschieden werden muß, *corpus*, quod ex *contingentibus* constat, wozu z. B. Häuser und Gebäude gehören, *corpus*, quod ex *distantibus* constat,

der-

dergleichen z. B. eine Heerde iſt, und endlich *corpus*, quod vno *ſpiritu* continetur, wohin z. B. ein Menſch, ein Stein, gerechnet wird.

4) Die römiſchen Rechtsgelehrten hielten es für unmöglich, daß mehrere Menſchen, eben dieſelbe Sache auf gleiche Weiſe im Beſitz haben könnten, welches ſie in ſolidum poſſidere nannten, ſondern jeder von ihnen habe nur einen Theil des Beſitzes. In der L. 3. §. 5. D. de acquir. vel amitt. poſſ. heißt es: Ex contrario *plures* eandem rem *in ſolidum* poſſidere non poſſunt. Contra naturam quippe eſt, vt cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris. *Sabinus* tamen ſcribit, eum, qui precario dederit, et ipſum poſſidere, et eum, qui precario acceperit. Idem *Trebatius* probabat exiſtimans, poſſe alium iuſte, alium iniuſte poſſidere: (*duos*) iniuſte, vel duos iuſte non poſſe, (quem) *Labeo* reprehendit: quoniam in ſumma poſſeſſionis non multum intereſt, iuſte quis, an iniuſte poſſideat. Quod eſt verius: non magis enim eadem poſſeſſio apud duos eſſe poteſt, quam vt tu ſtare videaris in eo loco, in quo ego ſto: vel in quo ego ſedeo, tu ſedere videaris y). Sobald von verſchiednen Beſitzarten die Rede iſt, ſo geht es ſehr wohl an, daß mehrere einerley Sache ganz im Beſitz haben; denn warum ſollte es unmöglich ſeyn, daß der eine die Sache auf eine gewaltſame Art in Beſitz genommen, folglich den natürlichen Beſitz habe, der aus dem Beſitz Verdrängte hingegen den bürgerlichen Beſitz behalte. Daher werden in Geſetzen Beyſpiele angeführt, daß der eine Beſitzer den natürlichen Beſitz habe, der andere aber Beſitzer im Rechtsverſtande oder der bürgerliche Beſitzer ſey, welcher Fall bey dem Vermiether und dem Miethsmann, bey dem Pfandinhaber und dem Eigenthümer des Pfan-

y) Biccii Diſſ. ad h. leg. Arg. 1645. Hr. GJR. Weſtphal von Sachen, §. 51.

Pfandes, bey dem Usufructuar und dem Eigenthümer vorkommt[z]).

5) Daß zu einem Besitze in der engern Bedeutung, außer der Gelegenheit mit einer Sache gewisse körperliche Handlungen vornehmen zu können, auch die Absicht und der Wille, die Sache zu einem gewissen Endzweck behalten zu wollen, z. B. als Miethsmann, als Depositar, als Pfandgläubiger, als Usufructuar u. s. f. erfordert werde, wodurch sich die Gewalt über die Sache von der bloßen Detention unterscheidet, haben wir bereits S. 362 gesehen. In der L. 41. D. de acquir. vel amitt. poss. heißt es daher: Qui iure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere, quia non *animo* ingressus est, vt possideat, licet corpore in fundo sit. Aus dieser Beschaffenheit der Sache sieht man, daß es mit dem Besitze eine ganz andere Beschaffenheit habe, als mit den Rechten oder Befugnissen, welche uns gar oft zu Theil werden, ohne daß wir etwas davon wissen, und es ist genug, wenn man nur nachher hinlänglich seinen Willen erklärt, das Recht haben zu wollen. Dieser Beschaffenheit der Sache wegen folgt:

a)

z) L. 3. pr. D. vti possid. L. 15. §. 4. D. de precario. Eum, qui precario rogauit, vt sibi possidere liceat, nanciscipossessionem, non est dubium. An is quoque possideat, qui rogatus sit? dubitatum est: placet autem, penes vtrumque esse eum hominem, qui precario datus est. Penes eum, qui rogasset, quia possiderat corpore: penes dominum, quia non discesserit animo possessione. In der L. 4. §. 1. D. de precario heißt es daher: Memiuisse autem nos oportet, eum, qui precario habet, etiam possidere. L. 16. D. de vsurp. et vsucapion. — Serui nomine, qui pignore datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore, agendum est: quia qui pignori dedit, ad vsucapionem tantum possidet. Quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet adeo, vt adiici possit et possessio eius, qui pignori dedit. Also soll neben dem Besitz des Pfandinhabers, auch der Besitz des Pfandgebers statt haben können.

a) Daß Niemand eine Sache besitzen kann, von der er nicht weiß, daß sie ihm gehören solle, und nur bey Sclaven und Kindern fand eine Ausnahme statt, was diese als Peculium im Besitz nahmen; denn dadurch erwarb es der Herr und Vater unwissend, weil das römische Recht zwischen diesen Personen eine Einheit der Person annahm [a]).

b) Es kommt bey dem Besitze, weil sich der Wille des Menschen ändern kann, nicht auf die ehemalige, sondern auf die gegenwärtige Gesinnung an, so wie auch nicht die vormalige, sondern die jetzige Gewalt in Betrachtung gezogen wird [b]). Daher kann die vorige Art des Besitzes in eine andere verändert werden; und es geht sogar an, daß durch die völlige Veränderung des Willens aller Besitz im Rechtsverstande aufhört, und man nunmehr als ein bloßer Detentor betrachtet werden kann [c]).

c) Da zum Willen, eine Kenntniß und Wissenschaft von dem erfordert und vorausgesetzt wird, was man besitzt, so behaupteten die römischen Rechtsgelehrten, man könne einen ungewissen Theil einer Sache, wovon man nicht wisse, wie groß er sey, gar nicht besitzen. In der L. 3. §. 2. D. de acquir. vel amitt. poss. sagt Paulus; *incertam* partem rei, nemo possidere potest, veluti si hac mente sit, vt quidquid Titius possideat, tu quoque possidere velis. Dieses bestätigt auch Pomponius in folgenden Worten: *incertam* partem nemo possidere potest. Ideo si plures sunt in fundo, qui ignorant, quamdam quisque partem possideat, nemo eorum *mera subtilitate* possidere, *Labeo* scribit. Eben deswegen aber schreibt Hr. GJR. Westphal [d]), weil die Gesetze

a) L. 3. §. 12. D. de acquir. vel. amitt. poss. Hr. GJR. Westphal vom Besitz, §. 20.

b) L. 10. pr. D. de acquir. vel amitt. poss.

c) Hr. GJR. Westphal vom Besitz, §. 22.

d) Hr. GJR. Westphal vom Besitz, § 23.

seße selbst hier von einer Spitzfindigkeit reden, und, wenn der Besitzer eine Sache in seiner Gewalt hat, und Willens ist, solche für sich zu behalten, nichts darauf ankommen kann, ob er die Größe des Theils genau wisse, wird in den Gerichten darauf keine Rücksicht genommen.

d) Weil kein Besitz im eigentlichen Verstande, ohne Gewalt und Willen erlangt werden kann, so hat auch der Erbe den Besitz der Güter, welche sein Erblasser besaß, nicht blos dadurch bekommen, daß der Erblasser wirklich gestorben ist, sondern er muß sich selbst durch die erforderlichen Handlungen in Besitz der Erbschaft gesetzt haben. In der L. 23. pr. D. de acquir. vel amitt. poss. heißt es: cum heredes instituti sumus, adita hereditate, omnia quidem iura ad nos transeunt, *possessio* tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet. Wie wichtig dieser Satz sey, wird bey der Materie von Erbschaften gezeigt.

e) Da dasjenige, was wir durch Andere thun, so gut ist, als wenn es von uns selbst geschehen sey, so sind wir im Besitz, wenn eine andere Person, mit unserm Willen und in unserm Namen, Sachen in ihrem Beschluß und Gewalt hat, und uns dabey für diejenigen erkennt, welche über die Sache zu disponiren haben e). In der L. 9. D. de acquir. vel amitt. poss. heißt es: generaliter quisquis omnino nostro nomine sit in possessione, veluti procurator, hospes, amicus, nos possidere videmur. Damit stimmt auch Justinian §. 5. Inst. de interd. überein, wo folgende Worte vorkommen: possidere autem videtur quis, non solum si ipse possideat, sed et, si eius nomine aliquis in possessione sit, licet is eius iuri non sit subiectus, qualis est colonus et inquilinus. Per eos quoque, apud quos deposuerit quis, aut quibus commodauerit, ipse possidere videtur.

Es

e) L. 3. §. 12. L. 25. D. de acquir. vel amitt. poss.

Es schadet auch nichts, wenn diese dritte Person die in unserm Namen besessene Sache weiter gegeben hat, und hierbey kommt nichts darauf an, wenn der neue Besitzer es nicht weiß, daß die Sache unser ist; denn er besitzt doch im Namen dessen, von dem er sie erhalten, und dieser in unserm Namen. Dieses wird deutlich zu erkennen gegeben, in der L. 30. §. 6. D. de acquir. vel amitt. poss. wo es heißt: si ego tibi commodauero, tu *Titio*, qui putet tuum esse; nihilominus ego id possidebo. Et idem erit, si colonus meus fundum locauerit, aut is, apud quem deposueram, apud alium rursus deposuerit. Wenn ich daher z. B. dem Cajus ein Buch borge, dieser giebt es weiter dem Sempronius zum Durchlesen, so besitze ich dieses Buch immer noch, wenn gleich Sempronius nicht weiß, daß es mir gehört. Man setzt also seinen Besitz fort durch denjenigen, dem man eine Sache in Verwahrung gegeben hat, durch den Pächter oder Miethmann, den Depositar, Pfandgläubiger, Commodatar, u. s. f. Bey den Römern setzten der Eigenthümer und der Vater ihren Besitz durch ihre Sclaven und Kinder, die noch der väterlichen Gewalt unterworfen waren, fort; diese aber hatten für sich, und in Absicht auf ihren Eigenthumsherrn und Vater keinen besondern Besitz f). Daß auch der Miteigenthümer seinen Besitz durch den andern Miteigenthümer fortsetzen könne, wenn dieser die gemeinschaftliche Sache auf jenes Namen zugleich mit besitzt, sagen die Gesetze g) deutlich.

§. 180.

Bey Auseinandersetzung der Lehre vom Besitz wird nichts so schwer, als die Eintheilungen desselben in das gehö ige

f) L. 49. §. 1. D. de acquir. vel amitt. poss.
g) L. 42. pr. D. de acquir. vel amitt. poss.

licht zu setzen; daher findet man in den Schriften der Rechtsgelehrten h) die Sache sehr verschieden vorgetragen. Der Hr. RR. **Eichmann** bemerkt, man müsse sich bey den Eintheilungen des Besitzes zur Vermeidung vieler sonst gewiß entstehender Unrichtigkeiten, so viel als möglich, hüthen, dieselbe so zu machen, daß man, weil dergleichen in verschiedner Rücksicht möglich ist, dennoch einerley Benennung beybehält. Wer noch keine Vorstellung davon hat, wie dunkel, und folglich wie schwer die Auseinandersetzung der Eintheilung des Besitzes in **natürlichen** und **bürgerlichen** sey, darf nichts weiter lesen, als was Hr. HR. **Glück** darüber vorgetragen hat, welcher schreibt: Der Besitz wird in unsern Gesetzen in den **natürlichen** und **bürgerlichen** eingetheilt; eine Eintheilung, die zwar von den wichtigsten Folgen ist, bey deren Erklärung aber doch die Ideen den Rechtsausleger so abweichend von einander sind, daß diese Lehre eine der schwersten und subtilsten in dem System unsers Civilrechts ist. Wir wollen zuförderst nur einige unserer vorzüglichsten Civilisten hierüber hören. Einige i) sehen bey Bestimmung des Unterschieds zwischen **natürlichem** und **bürgerlichem** Besitz bloß auf die Absicht des Besitzers, und verstehen unter dem letztern einen solchen Besitz, bey welchem man die Absicht hat, die Sache als die seinige zu besitzen; unter dem erstern aber denjenigen, bey welchem diese Absicht nicht statt findet. Nach dieser Vorstellungsart wird auch einem **unredlichen** Besitzer, der keinen hinlänglichen Rechtstitel für sich hat, ein Civil-

besitz

h) CONTII Disput. Lib. I. c. 10. in *Eius* Oper. p. 161. GALVAN. de vsufr. c. 33. p. 456. sq. HOFACKER Princ. iur. ciuil. Tom. II. p. 36. NETTELBLADT in Syst. elem. p. 311. sq. IDEM in noua introd. §. 822. sqq. Hr. GJR. **Westphal** a. a. O. §. 55—69. Hr. RR. **Eichmann** a. a. O. Thl 4. S. 253. Hr. HR. **Glück** a. a. O. Thl. 2. S. 510.

i) NETTELBLADT l. c. **Eichmann** a. a. O. **Höpfner** §. 282.

besitz eingeräumt. Andere [k]) hingegen schreiben dem letztern blos einen natürlichen Besitz zu. Diese nennen einen Civilbesitz nur denjenigen, welcher eine Usucapion wirken kann, und mit der gerechten Meynung, daß man Eigenthümer der Sache sey, verbunden ist; einen natürlichen Besitz hingegen denjenigen, quae caret iusto affectu, aut iure dominii.

Nach dieser Erklärung wird also zweyerley zu einem Civilbesitz erfordert, nämlich: 1) daß der Besitzer die Absicht habe, die Sache als die seinige, oder welches einerley ist, als Eigenthümer zu behalten; 2) daß diese Absicht von den Gesetzen gebilligt werde, welches aus dem Rechtstitel und dem guten Glauben des Besitzers zu beurtheilen ist. Der Besitzer muß demnach a) einen Rechtstitel für sich haben, wodurch man sonst ein Eigenthum zu erlangen pflegt [l]). Diesem Rechtstitel muß aber noch b) die bona fides des Besitzers beytreten, welche in einer iusta oder probabili opinione dominii ad se translati besteht. Einen solchen Civilbesitz hätte also nur der wahre Eigenthümer, und derjenige Nichteigenthümer, welcher bonae fidei possessor ist, d. i. welcher zwar eine fremde Sache besitzt, aber sie aus gerechter Ursache als sein Eigenthum ansiehet, und so lange Ansehen kann, als kein anderer die Sache in Anspruch genommen hat. Diese Vorstellungsart gründet sich hauptsächlich auf die L. 10. C. de acquir. et retin. poss. worin der Kaiser Constantin an einen gewissen Maternus folgendergestalt rescribirt: Nemo ambigit, possessionis duplicem esse rationem, aliam, quae *iure* consistit, aliam, quae *corpore*. Vtramque autem ita demum esse legitimam, cum omnium aduersa-

k) Cviac. Obs. IX, 33. XVIII, 24. XXVII, 7. Bachov. ad Trevtl. Vol. II. Disp. 21. th. 1. lit. f. Merend. Contr. XII, 15. Ramos l. c. P. I. §. 17. Galvan l. c. p. 475. Vinnii Quaest. II, 36. Hofacker Tom. II. p. 38.

l) L. 3. §. 21. D. de acquir. vel amitt. poss.

riorum silentio et taciturnitate firmatur. Interpellatione vero et controuersia progressa, non posse eum intelligi possessorem, qui licet (possessionem) corpore teneat; tamen ex interposita contestatione super iure possessionis vacillet ac dubitet. Man bezieht dieses Gesetz nicht, wie gewöhnlich, auf die Eintheilung der Possession in ciuilem und naturalem, sondern versteht solches von den angeführten beyden Hauptfundamenten eines zur Verjährung erforderlichen Civilbesitzes, nämlich der körperlichen Detention, und der gerechten Meynung des Besitzers, daß er Eigenthümer sey, welche aus dem iusto titulo cum bona fide coniuncto entsteht. Von diesen Attributen werde daher der Civilbesitz eine possessio legitima genennet, quae iure consistit [m]). Einen blos natürlichen Besitz haben hingegen nach dieser Lehrart, a) diejenigen, bey welchen, wenn sie gleich die Sache rechtmäßig besitzen, doch der animus oder affectus dominii fehlt. Dahin gehören Pächter, Miethsleute, Entlehner, Depositare, Nutznieser, auch Pfandgläubiger [n]). b) Besitzen auch diejenigen nur naturaliter, welche zwar animum dominii haben, bey denen aber doch diese Absicht von den Gesetzen nicht gebilligt wird, und daher ohne rechtliche Wirkung ist; sie mögen nun diesen Besitz entweder mit Willen des Eigenthümers, allein nicht ex causa iusta erhalten haben, wie z. B. ein Sohn die ihm vom Vater, und eine Ehefrau die ihr vom Manne geschenkten Sachen [o]); oder wider Willen des Eigenthümers, wie malae fidei possessores, welche animo dominii iniusto eine Sache besitzen [p]).

Lycla-

m) GALVAN. l. c. p. 475. 479. MERILL. Obs. II, 32.

n) L. 7. §. 11. D. com. diuid. L. 2. §. 1. D. pro herede L. 12. pr. L. 49 pr. D. de acquir. vel amitt. poss. L. 3. §. f. D. ad exhib. In allen diesen Gesetzen werden ausdrücklich die genannten Besitzer nur naturales possessores genennt.

o) L. 2. §. 2. D. pro hered. L. 93. D. de reg. iur. L. 1. §. 9. 10. D. de vi et vi arm. L. 26. D. de donat. int. vir. et vxor.

p) L. 1. §. 25. D. de vi et vi arm. L. 1. D. vti possid.

Lyclama q) glaubt, die possessio naturalis sey die Detention der Sache selbst, man möge sie in der Absicht eines Eigenthümers, oder eines Usufructuars oder eines Emphyteuten, oder in jeder andern Absicht besitzen. Allein die ciuilis possessio bestehe in dem Rechte zu besitzen, welches dem Eigenthümer, dem bonae fidei possessor, dem Usufructuar und jedem andern rechtmäßigen Besitzer, vermöge seines an der Sache habenden Rechts, zusteht. Erstere bestehe also in facto r), und die Letztere in iure s). Die Meynungen des Duarenus, Donells, Voets, Greve und Westphals t), stimmen bis auf Duaren, der unter dem Civilbesitz nur diejenige Possession verstehen will, quae solo animo retinetur, darin überein, daß bloß ein rechtmäßiger Besitz, welchen man ex iusta domínii acquirendi causa erhalten, ein Civilbesitz zu nennen sey.

Ganz abweichend von dieser gewöhnlichen Vorstellungsart, ist die Theorie des Cupers, die man im 3ten Kapitel der angeführten Schrift ausgeführt findet. Dieser bemerkt zuförderst, daß die römischen Rechtsgelehrten alles natürlich zu nennen pflegten, was von Natur ist, und mit derselben übereinstimmt, oder was, nach dem gemeinen Sprachgebrauche, insofern derselbe dem juristischen entgegen gesetzt ist, diese oder jene Benennung hat, bürgerlich hingegen dasjenige, was vom Civilrecht herrührt, und mit demselben übereinstimmt, oder in dem Rechte einen eigenen Sinn hat u). Nach diesen Begriffen sey also natürlicher

q) LYCLAMA Membr. VII, 25.

r) L. 1. Pr. L. 3. §. 5—8. L. 4. L. 6. L. 16. 28—30. L. 36. D. de acquir. poss. L. 40. D. de pign. act.

s) L. 44. D. de acquir. poss. L. 10. C. eod. L. 31. §. f. D. de act. emt. L. 5. in f. D. de lib. caus. L. 7. C. ad Leg. Iul. de vi publ.

t) DVAREN. Disp. I. 18. DONELL. Comment. iur. ciuil. V, 7. VOET Com. ad Dig. XLI, 2. n. 3. de GREVE Exerc. ad Pand. Exerc. XXIV. §. 8. Westphal a. a. O. §. 52. flg.

u) L. 49. D. de verb. signif. BRISSON. de verb. signif. voc. naturalis et voc. ciuilis.

licher Besitz, die körperliche Detention einer Sache selbst; denn dieß heiße eigentlich Besitz nach dem gemeinen Sprachgebrauche: Civilbesitz hingegen die körperliche Detention einer Sache, welche mit der Absicht, dieselbe für sich zu behalten, verbunden, jedoch von der Proprietät verschieden ist; denn dieß heiße Possession nach dem juristischen Sprachgebrauche. In dieser Bedeutung habe auch Paulus die Benennung naturalis possessio in mehreren Stellen genommen x), und in eben diesem Sinne werde von denjenigen, welche auf den Namen eines Andern besitzen, z. B. von Nutznießern, Pächtern und Depositarien, in unsern Gesetzen y) gesagt, quod naturaliter possideant. So sey endlich auch Venulejus zu verstehen, wenn er sagt, daß ein Pupill auch ohne Auctorität des Vormundes einen natürlichen Besitz erwerben könne z). In allen diesen Stellen sey possessio *naturalis* nichts anders als nuda rei detentio corporalis, und werde der Possession im juristischen Verstande entgegen gesetzt, welche mit einem affectu possidendi verbunden ist. Es verstand sich von selbst, daß natürlicher Besitz auch die physische Detention der Sache selbst genannt werden mußte, in so fern sie einen Theil der Possession im juristischen Verstande ausmacht, quae cum animo possidendi coniuncta est. Dieß bestätigt Paulus in der L. 3. §. 13. D. de acquir. poss. wenn er schreibt: res mobiles excepto homine a), quatenus sub

x) L. 1. pr. et §. 1. L. 3. §. 3. D. de acquir. poss. In der erstern Stelle sagt Paulus ganz ausdrücklich: *naturalis* possessio tenetur ab eo, qui ei insistit.

y) L. 12. pr. L. 49. pr. D. de acquir. poss. L. 7. §. 11. D. comm. diuid.

z) L. f. §. 1. D. de precar.

a) Die Worte excepto homine zielen auf Sclaven, welche davon laufen. Von diesen verbleibt der Besitz dem Herrn dennoch. Der Grund der Ausnahme mag seyn, weil ein Sclave den Besitz von keiner Sache dem Herrn durch Diebstahl entziehen kann L. 15. D. de aqu. poss. Aus diesem Grunde schloß man, daß er auch den Besitz von sich selbst dem Herrn durch die

sub custodia nostra sint, hactenus possideri, id est, quatenus, si velimus, naturalem possessionem nanciscipossimus, d. i. bewegliche Sachen besitze man so lange auch ciuiliter, als man sie physisch (naturaliter) inne hat. Eben so urtheilt Javolenus in der L. 23. pr. D. de acquir. poss. wo es heißt: cum heredes instituti sumus, possessio nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet; und endlich Marcian in der L. 11. D. de acquir. rer. dom. wie aus folgenden Worten erhelle: alienare pupillus nullam rem potest, nisi praesente tutore auctore et ne quidem possessionem, quae est *naturalis* [b]). Wäre man bey diesen aus der Natur des Besitzes entlehnten Begriffen stehen geblieben, so wäre der Unterschied zwischen ciuilis und naturalis possessio gar keinen Schwierigkeiten unterworfen; allein nach und nach wurde dem Besitze, der seiner

die Flucht nicht entwenden könne. Man betrachtete die Flucht des Sclaven gleichsam als ein furtum sui ipsius. L. 60. D. de furtis L. 12. C. eod. L. 1. C. de seru. fugit. conf. FINESTRES ad Hermog Lib. 5. p. 856 sqq.

b) Aus den nachfolgenden Worten dieser Gesetzstelle: vt *Sabinianis* visum est, quae sententia vera est, läßt sich schließen, daß hierüber unter den römischen Rechtsgelehrten gestritten worden sey. Es scheint auch Ulpian in der L. 29. D. de acquir. poss. ganz anderer Meynung zu seyn; denn dieser stellt den Satz auf: possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse: non vt *animo*, sed vt *corpore* desinat possidere. Quod est enim *facti*, potest amittere. Ueber die Vereinigung dieser beyden Stellen ist viel geschrieben worden, wie folgende Schriften beweisen, als CVIAC. ad Leg. cit. 29. D. in *Eius* Oper. Tom. VIII. MADERA Animad. c. 27. OROZ de apic. iur. ciuil. IV, 5. 12. 14. XI, 6. MERENDAE contr. XII, 14. 25. 29. GALVAN l. c. XXXIII, 14. Sollte eine Vereinigung statt finden können, so scheint die vom Hrn. GJR. Westphal a. a. O. §. 199 die natürlichste zu seyn, daß die L. 11. von der Aufgebung des Besitzes, die freylich von dem Pupillen allein, ohne Einwilligung des Vormunds, nicht gültig geschehen kann; die L. 29. aber von der Entsetzung oder einem solchen Verlust des Besitzes, welcher ohne unsern Willen, wegen eintretender äusserer Umstände verursacht wird, zu verstehen sey.

Natur nach blos factisch ist, durch die bürgerlichen Gesetze vieles Rechtliche beygemischt c). Nun wurde der Begriff der possessionis ciuilis theils abgeändert, theils erweitert; denn auf der einen Seite war es nicht genug zum bürgerlichen Besitz, daß man die Absicht habe, die Sache für sich zu behalten, sondern es durfte auch diese Absicht, und überhaupt der ganze Besitz von den Gesetzen nicht verworfen seyn, und auf der andern Seite war seitdem nicht nothwendig, die Sache physisch zu besitzen, oder den affectum possidendi zu haben, sondern es war schon hinreichend, daß vermöge der Gesetze angenommen werden konnte, man habe die Sache in seiner Gewalt oder die Absicht die Sache zu besitzen. Hieraus erhellet, daß possessio ciuilis in den Gesetzen nicht blos eine Detention bedeutet, die mit der Absicht, die Sachn für sich zu behalten, verbunden ist, sondern vielmehr diejenige zu nennen sey, welche die Gesetze selbst für eine solche Detention erklären. So sagen z. B. die Gesetze d), ein Sclave könne ciuiliter oder nach dem Civilrecht nicht besitzen, auch eine Ehefrau besitze nach dem Civilrecht die ihr von ihrem Manne geschenkte Sache nicht; dahingegen besitze ein Herr auch ohne sein Wissen dasjenige *ciuiliter*, was ein Sclave in Rücksicht des ihm von jenem verwilligten Peculium erworben hat e). Eben so werde nun auch natürlicher Besitz derjenige genennt, dem die Gesetze affectum sibi habendi gleichsam entziehen, und einer bloßen Detention gleich achten, wenn auch gleich der Besitzer wirklich die Absicht, die Sache als die seinige zu behalten, haben sollte. Eine solche physische Detention fingiren aber die Gesetze, wenn sie z. B. eine Person für unfähig erklären, etwas Eigenes zu erwerben, und für sich zu haben, wie z. B. Sclaven und

c) L. 49. pr. D. de acquir. vel amitt. poss.

d) L. 38. §. 7. 8. D. de verb. oblig. L. 28. D. de acquir. poss. L. 26. pr. D. de donat. int. vir. et vxor.

e) L. 1. §. 5. L. 3. §. 12. L. 44. §. 1. D. de acquir. poss.

und ehemals auch ein filiofamilias, bey denen die Absicht, die im Besitz habende Sache für sich zu behalten, in keine rechtliche Betrachtung kam, und bey welchen daher die Gesetze f) nur einen natürlichen Besitz annehmen. Die Meynung des Cuvers geht nun also, um sie mit seinen eigenen Worten anzuführen, kürzlich dahin: *naturalem possessionem* semper quidem notare *corporalem rei detentionem*, sed *triplici* tamen modo in hunc sensum adhiberi. Nam si de possessione *ciuili* sermo sit, dici *naturalem possessionem* ipsam rei detentionem, quatenus partem constituit *ciuilis*: si vero agatur vniuerse de definiendo, genere possidendi, eandem appellari, quae *vel* re vera sola consistit detentione corporali, *vel* ea sola consistere quacunque de causa in iure censetur. *Denique ciuilem* semper vocari eam, quae in iure statuitur esse detentio cum animo sibi habendi coniuncta. Bey dieser so verschiedenen Bedeutung des natürlichen Besitzes müsse also jederzeit aus dem Zusammenhange der einzelnen Gesetzstellen beurtheilt werden, in welchem Sinne diese Benennung zu nehmen sey. Die Stellen, in denen die erste und andere Bedeutung von *naturalis* possessio vorkommt, sind bereits angeführt worden; es ist also nur noch übrig, diejenigen Gesetzstellen hinzuzufügen, worin *naturalis* possessio in der dritten Bedeutung, d. i. für eine solche Possession genommen wird, bey welcher vermöge der Gesetze, blos physische Detention fingirt wird. Diese Bedeutung, schreibt Cuper, komme in der L. 38. D. de verb. oblig. vom Ulpian vor, wo es heißt: stipulationem, *possidere mihi licere*, spondes? an seruus possit vtiliter in suam personam concipere, videamus. Sed quamuis *iure ciuili* seruus non possideat, tamen ad possessionem *naturalem* hoc referendum est: et ideo dubitari non oportet, quin et seruus recte ita stipuletur. Eben so werde possessio natu-

f) L. 10. §. 1. et 2. D. de acquir. rer. dom. L. 79. D. de acquir. vel omitt. hered.

naturalis vom Javolen in der L. 24. D. de acquir. poss. gebraucht, welcher von Sclaven sagt: peculium, quod seruus *ciuiliter* quidem possidere non posset, sed *naturaliter* tenet, dominus creditur possidere. In eben dem Verstande nehme ferner Julian [g]) das Wort, *naturalis* possessio, welcher schreibe: filius quoque donatam rem a patre pro herede negauit vsucapere Servius, scilicet qui existimabat, *naturalem* possessionem penes eum fuisse viuo patre; denn wenn auch der filiusfamilias, so wie in den vorhergehenden Gesetzen der Sclave, den animum sibi tenendi in der That gehabt hätte, so konnten doch die Gesetze diesem animo die rechtlichen Wirkungen nicht beylegen, quia filiusfamilias neque retinere, neque recuperare, neque adipisci possessionem rei peculiaris videtur, wie Mäcian in der L. 93. D. de reg. iur. sagt. Endlich dürfe auch possessio *naturalis* in folgender Stelle des Ulpians [h]) nicht anders verstanden werden, wenn dieser sagt: deiicitur is, qui possidet, siue *ciuiliter* siue *naturaliter* possideat, nam et *naturalis* possessio ad hoc interdictum pertinet. — Denique *et si* maritus vxori donauit, eaque deiecta sit, poterit interdicto vti: non tamen, si colonus. Ulpian handelt in dieser Stelle von dem interdicto de vi quotidiana, wie Cujaz gezeugt hat. Zu diesem Interdict wird aber Niemand admittirt, qui non sibi possideat, sed alteri [i]); daher kann ein Pächter sich des Interdicts nicht bedienen, wohl aber eine Ehefrau, wenn sie aus dem Besitz einer ihr, von ihrem Ehemann geschenkten, Sache ist gesetzt worden. Sie hat zwar nur einen natürlichen Besitz; aber sie besitzt doch die ihr geschenkte Sache

g) L. 2. §. 2. D. pro herede ibiq. CVIAC. Tom. I. in *Eius* Oper.
h) L. 1. §. 9. et 10. D. de vi et vi arm. CVIACIVS ad PAVLI Sent. rec. V, 6. 4. not. 25. in SCHVLTING. Iurispr. antejust. p. 456.
i) CICERO pro Caecina c. 31. 32. et CVIAC. l. c.

Sache wenigstens als die ihrige, wenn gleich die Gesetze diesen animum possidendi nicht anerkennen, sondern verwerfen, der Pächter hingegen besitzt die verpachtete Sache blos auf den Namen seines Verpachters. Der Jurist wollte also so viel sagen [k]: ea quidem possessio ad hoc interdictum pertinet in quo *ius* animum possidendi non curat, quam *ius* infirmat, atque idcirco *naturalem* vocat: sed non ea, quae re vera corpore solo constat, et alteri tenetur, licet et haec alibi *naturalis* possessio vocetur. Nun werden auch noch verschiedne Gesetzstellen angeführt, wo die *naturalis* possessio in so generellem Verstande von den römischen Rechtsgelehrten genommen wird, daß darunter sowohl derjenige Besitz, der wirklich nur in einer blos physischen Detention der Sache besteht, als bey welchem, vermöge der Gesetze, blos physische Detention fingirt wird, verstanden werden kann. Dahin gehört 1) das Fragment des Ulpians in der L. 3 §. f. L. 4. D. ad exhib. welcher von der actione ad exhibendum sagt: sciendum est, aduersus possessorem hac actione agendum, non solum eum, qui *ciuiliter*, sed et eum, qui *naturaliter* incumbat possessioni. Ferner gehört 2) das Fragment des Julians in der L. 2. §. 1. et 2. D. pro herede hierher, wo es heißt [l]: quod vulgo respondetur, causam possessionis neminem sibi mutare posse, sic accipiendum est, vt possessio non solum *ciuilis*, sed etiam *naturalis* intelligatur. Et propterea responsum est, neque colonum, neque eum, apud quem res deposita, vel cui commodata est, lucri faciendi causa pro herede vsucapere posse. Filium quoque donatam rem a patre pro herede negauit vsucapere *Seruius*: scilicet qui existimabat naturalem possessionem penes eum fuisse, viuo patre. Die Beyspiele, die hier der Rechtsgelehrte zur Erläuterung der Regel giebt, daß Niemand sich die Art seines Besitzes zu eines Andern Nachtheil ändern, mithin weder einen blos

k) Cuper. l. c. p. 32.
l) Hr. GJR. Westphal vom Besitz, S. 417.

blos natürlichen Besitz in einen bürgerlichen verwandeln, noch einen andern Rechtstitel, als mit welchem er bisher die Sache besessen, für sich einseitig annehmen könne, geben deutlich zu erkennen, daß possessio *naturalis* hier in jener allgemeinen Bedeutung genommen werde.

Uebrigens wendet **Cuper** gegen die gewöhnliche Behauptung, daß unter possessio *ciuilis* nur ein solcher Besitz verstanden werden könne, der zur **Usucapion** hinreichend sey, und sich auf einen rechtmäßigen Titel gründe, hauptsächlich dreyerley ein, und zwar,

1) Daß die L. 10. C. de acquir. et retin. poss., welche zum Beweis jener Behauptung angeführt werde [m]), nicht von den Eigenschaften (Attributen) des Besitzes, sondern vielmehr von den verschiednen Gegenständen desselben, die freylich sowohl körperlich als unkörperlich seyn können, zu verstehen sey. Der Sinn dieses Gesetzes sey nämlich dieser: duplex est ratio possessionis, alia quae *inhaeret* in *iure*, alia quae in *corpore* [n]), siue, alia, quae versatur circa *ius*, alia, quae circa *corpus*: vtraque autem ita demum est *legitima*, cum omnium adversariorum silentio et taciturnitate (per decem aut viginti annos) firmatur.

2) Daß zum Wesen eines **Civilbesitzes** keinesweges erfordert werde, vt sit iusta possessio; denn auch ein fehlerhafter, ungerechter Besitz, könne ein Civilbesitz seyn. Dieß

m) Eine ausführliche Erklärung dieses Gesetzes hat Cuper a. a. O. Cap. 4. vorgetragen.

n) Daß die Worte *ius* und *corpus* von der Materie oder den Gegenständen des Besitzes auch in andern Gesetzen gebraucht werden, ist aus der L. 2. §. 3. D. de precar. und der L. 3. §. 1. D. de bon. poss. zu ersehen. Auch kommt die Redensart *consistere* für haerere in re, ei adhaerere oder inhaerere in den Gesetzen öfters vor. So sagt z. B. Paulus in der L. 3. D. de seruit. Seruitutes praediorum aliae in solo, aliae in superficie consistunt; und Cajus in der L. 3. §. 1. D. de vsufr. sagt: consistit vsusfructus non tantum in fundo et aedibus, verum etiam in seruis et iumentis, caeterisque rebus.

Dieß erhelle daraus, weil das interdictum vti possidetis, welches doch wegen eines blos natürlichen Besitzes nicht statt habe o), auch von demjenigen gebraucht werden dürfe, der den Besitz durch keinen rechtmäßigen Titel, sondern mit Gewalt oder heimlich erlangt hat, wenn nämlich ein solcher Besitzer sich des Interdicts gegen einen extraneum, von dem er seinen Besitz nicht bekommen, bedienen wolle p); ein deutlicher Beweis, daß es bey einem Civilbesitz an sich nicht darauf ankomme, ob er gerecht oder ungerecht sey, wenn nur die Gesetze den animum sibi habendi nicht schlechterdings verwerfen q).

3) Daß zum Civilbesitz dominii persuasio nicht durchaus nothwendig sey, sondern nach den Gesetzen schon derjenige Besitz dafür gehalten werde, quae cum animo sibi habendi a iure non infirmato teneatur, siue opinione dominii teneatur, siue non. So habe z. B. der Usufructuar zwar in Ansehung der ihm zum Nießbrauch übergebenen Sache, nur einen natürlichen Besitz, allein in Rücksicht auf das Benutzungsrecht stehe ihm eine quasi possessio ciuilis zu r); denn dieses übe er in seinem eigenen Namen aus, die zum Nießbrauch überlassene Sache aber besitze er auf den Namen des Eigenthümers s). Nur wegen jener quasi possessionis ciuilis iuris vtendi fruendi geben ihm die Gesetze, die interdicta vti possidetis, und vtrubi, deren sich, wie bereits bemerkt worden, Niemand bedienen kann, nisi qui *sibi suoque nomine* possideat aut ius, aut corpus, quod se possidere prae se

o) L. 9. D. de rei vindicat. L. 3. §. 8. D. vti possid. L. 13. §. 12. D. de acquir. vel amitt. poss. L. 31. §. 4. D. de vsurp. et vsuc.

p) L. f. D. de acquir. poss. L. 2. D. vti possid.

q) Cuper l. c. P. II. §. 8. 9.

r) Cuper l. c. p. 34. 50. 51.

s) L. 23. §. 2. D. ex quib. caus. L. 12. pr. L. 49. pr. D. de acquir. vel amitt. poss.

se fert [t]). Eine gleiche Beschaffenheit habe es mit einem **Pfandgläubiger**. Dieser hat zwar in Rücksicht auf die **Usucapion** nur einen natürlichen Besitz der ihm verpfändeten Sache; denn, was die **Verjährung** anbetrifft, nehmen die Gesetze [u]) an, als ob der Verpfänder noch im Besitz des Pfandes sey: allein in allen übrigen Fällen halten sie den **Gläubiger** für den Besitzer. Dieser kann daher zur Erhaltung seines Besitzes sich der Interdicte bedienen [x]); kann condictione furtiua klagen, welche Klage kein bloßer natürlicher Besitzer, z. B. kein **Depositar** noch **Commodatar** anstellen darf [y]); er begeht keinen Diebstahl, wenn er die verpfändete Sache, die er dem **Pfandgeber** z. B. gelehnt, oder bittweise überlassen hat, demselben heimlich wegnimmt [z]); ferner kann er actione ad exhibendum, desgleichen mit der rei vindicatione belangt werden [a]). Hieraus erhellet also, daß **Iavolenus** in der L. 16. D. de vsurp. keinen Irrthum begangen habe [b]), welcher bemerkt: serui nomine, qui *pignori* datus est, ad exhibendum cum creditore, non cum debitore, agendum est: quia qui pignori dedit, *ad vsucapionem tantum* possidet. Quod *ad reliquas omnes causas pertinet*, qui accepit, possidet: adeo vt adiici possit et possessio eius, qui pignori dedit. Auch **Paullus** stimmt in der L. 1. §. 15. D. de acquir. vel amitt. poss. hiermit völlig überein, welcher sagt: per seruum corporaliter pignori datum non acquirere nos possessionem,

t) Arg. L. 3. §. 8. D. vti possid. L. 9. D. de rei vind. L. 13. §. 12. D. de acquir. poss. L. 46. D. de donat. int. vir. et vxor.

u) L. 16. D. de vsurp. et vsuc. L. 1. §. 15. D. de acquir. poss.

x) Cvper l. c. p. 35. 94.

y) L. 12. §. 2. D. de cond. furt. L. 14. §. 16. D. de furt.

z) L. 55. D. de furt. et Chesii Interpr. II, 6. 7. 28. in T. II. Iurispr. Rom. et Attic.

a) L. 3. §. 15. D. ad exh. L. 9. D. de rei vind. Cvper l. c. p. 35.

b) Herr GJR. Westphal vom Besitz, S. 149.

nem, *Iulianus* ait: *ad vnam* enim tantum *cauſam* videri eum a debitore poſſideri: *ad vſucapionem.* Nec creditori: (ſc. quoad eam vſucapionem acquiritur poſſeſſio) quia nec ſtipulatione, nec vllo alio modo per eum acquirat, quamuis eum poſſideat, i. e, quamuis creditor ad alias omnes cauſas, wie Javolenus ſagte, eum *ciuiliter* poſſideat.

Vergleichen wir nun dieſe verſchiednen Theorien mit einander, unter denen aber freylich wohl die letztere des Cupers, auf ganz vorzüglichen Beyfall den gegründeteſten Anſpruch machen dürfte, ſo werden ſich hieraus ſolche Reſultate ergeben, die uns an richtiger Beſtimmung des Unterſchiedes zwiſchen natürlichem und bürgerlichem Beſitz nicht zweifeln laſſen. Natürlicher Beſitz zeigt immer in Geſetzen die körperliche Detention der Sache ſelbſt an, entweder in ſo fern ſie einen Theil des bürgerlichen Beſitzes ausmacht, oder blos in phyſiſcher Detention beſteht, mit welcher keine Abſicht, die Sache als die ſeinige zu behalten, verbunden iſt, oder bey welcher dieſe Abſicht von den Geſetzen verworfen wird. Bürgerlicher Beſitz wird 1) im weitläuftigen Verſtande derjenige Beſitz genennt, den die bürgerlichen Geſetze für einen ſolchen erkennen, woraus poſſeſſoriſche Rechtsmittel entſtehen, und in dieſem Verſtande kann nach den Gründen Cupers, auch von einem Pfandgläubiger geſagt werden, daß er das Pfand ciuiliter beſitze. Hiermit ſtimmt auch Weſtenberg in Princ. Digeſt. Lib. XLI. tit. 2. §. 6. überein, wo er ſagt: *ciuilis* poſſeſſio aliquando *late* ponitur pro omni ea, quam *ius ciuile* agnoſcit, et ex qua remedia oriuntur poſſeſſoria; eoque ſenſu *creditor* pignus etiam *ciuiliter* poſſidere dici poteſt. Bürgerlicher Beſitz heißt aber auch 2) derjenige, den die bürgerlichen Geſetze für einen ſolchen Beſitz erkennen, wobey man die Abſicht hat, und haben kann, die Sache als die ſeinige zu beſitzen; der Beſitz mag übrigens auf einen rechtmäßigen Titel gegründet ſeyn, oder nicht. In dieſer Bedeutung hat auch der malae fidei poſſeſſor unſtreitig einen

bürgerlichen Besitz. Endlich 3) im strengsten Verstande des Civilrechts, heißt bürgerlicher Besitz derjenige Besitz, welcher zur Usucapion erfordert wird, und auf einen rechtmäßigen Titel, wodurch man sonst ein Eigenthum zu erlangen pflegt, gegründet ist. Diese possessio *ciuilis* wird auch possessio pro suo genennt c).

Wer an mühsamen Arbeiten kein Vergnügen findet, wird diese angeführte Erklärung nicht lesen, ohne lange Weile zu haben. Damit man sie mit der Vorstellungsart anderer Rechtsgelehrten vergleichen kann, will ich nun auch die Auseinandersetzung des Unterschiedes zwischen bürgerlichem und natürlichem Besitz anführen, wie wir sie vom Hrn. RR. Eichmann haben. Er schreibt, der Besitz in der engern Bedeutung wird

1) in Ansehung der Absicht des Besitzers, in einen bürgerlichen und natürlichen eingetheilt, nachdem der Besitzer entweder die Absicht hat, die Sache als die seinige zu besitzen, oder nicht. Diese Eintheilung billigen die Gesetze d) mit den Benennungen. Der Civilbesitz e), bey welchem ich die Absicht habe, die Sache als die Meinige, oder als Eigenthümer zu besitzen, welches schlechterdings hierbey einerley ist, bekommt wiederum verschiedne Benennungen, nach der Verschiedenheit des Rechtstitels, wodurch

c) L. 1. pr. D. pro suo.

d) L. 12. pr. D. de acquir. poss. L. 3. §. f. D. de act. ad exhib.

e) Die possessio ciuilis wird auch possessio pro suo genannt. Denn in der L. 1. pr. D. pro suo heißt es: pro suo possessio talis est, cum dominium nobis adquiri putamus; im engern Verstande wird possessio pro suo von dem Falle gebraucht, wenn man etwas auf seinen Namen dergestalt besitzt, daß man es nicht von einem Andern an sich gebraucht hat, sondern der erste Erwerber ist, L. 2. D. pro suo. Herr GJR. Westphal vom Besitz, §. 54.

wodurch ich die Sache als die Meinige erworben habe [f]); es bleibt aber auch Civilbesitz, wenn dergleichen Rechtstitel oder rechtlicher Grund, der es möglich macht, die Sache eigenthümlich zu erwerben, nicht vorhanden ist. Ein Dieb besitzt z. B. eine gestohlne Sache als die Seinige, und hat keinen Rechtstitel, oder ich finde eines Andern Sache, und verheimliche sie in der Absicht, sie als die Meinige zu behalten. Einen solchen Civilbesitz ohne Rechtstitel könnte man füglich, selbst in Gemäßheit der angeführten Gesetze, einen bloßen Besitz pro suo nennen. Die Gesetze [g]) sagen auch von einem solchen, der keinen hinlänglichen Rechtstitel hat, er besitze pro possessore; denn in dem angeführten Gesetz kommen die Worte vor: quod vxor, aut vir vxori donauit, pro *possessore* possidetur. Einen natürlichen Besitz [h]), der auch oft anders ausgedrückt wird [i]), haben der Usufructuar, nach der L. 12. D. de aquir. poss., der Pachter und die Miethleute,

f) Der L. 3. §. 31. D. de acquir. poss. sagt so: genera *possessionum* tot sunt, quot et causae adquirendi eius, quod nostrum non est. Velut pro emtore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro noxae dato, pro suo.

g) L. 16. D. de acquir. poss.

h) Viele nennen die nudam detentionem eine possessionem *naturalem*, und die römischen Rechtsgelehrten thun dieses zuweilen selbst, wie man z. B. aus der L. 3. D. de act. ad exhib. sieht. Allein, um nicht Dinge, die verschieden sind, wegen einerley Benennung mit einander zu verwechseln, thut man wohl, diesem Beyspiel nicht zu folgen; und es wird auch dadurch die Verwirrung nicht vermieden, daß man einen Unterschied macht, inter possessionem naturalem ratione formae, modi et animi possidendi.

i) So sagen die Gesetze zuweilen von demjenigen, der possessionem *naturalem* hat, er sey in praedio, in possessione, und zeigen durch possidere, possessionem ciuilem an. So heißt es in der L. 6. § 2. D. de precario — nam et fructuarius, et colonus, et inquilinus sunt in *praedio*, et tamen non possident. In der L. 10. §. 1. D. de acquir. poss. heißt es: aliud est possidere, aliud in possessione esse. Bisweilen heißt die possessio *naturalis*, eine possessio corporalis, L. 40. §. f. D. de pignor. act.

leute, nach der L. 10. §. 2. D. eod., ein **Pfandgläubiger**, ein Depositar, nach der L. 7. §. 11. D. comm. diuid., der Commodatar, nach der L. 2. D. pro herede.

Was den **Civilbesitzer** betrifft, so besitzt derselbe entweder eine ihm wirklich eigenthümlich zuständige, oder eine **fremde** Sache. Im **ersten** Falle hält er entweder aus wahrscheinlichen Gründen dafür, daß Niemand ein besseres Recht auf die Sache habe, als er; oder er hat diesen Gedanken nicht, sondern er will die Sache als die **Seinige** behalten, ob er wohl weiß, daß sie ihm nicht gehört, oder weil er doch keine wahrscheinlichen Gründe hat, warum er jenes glauben kann. Ist das **Erstere**, so heißt er ein **redlicher, treuer** Besitzer, ein Besitzer im guten Glauben, possessor bonae fidei; ist aber das **Letztere**, so wird er ein unredlicher Besitzer, ein böslicher Besitzer, ein Besitzer in bösem Glauben, possessor malae fidei genennt [k]). Man pflegt gemeiniglich den **Besitz überhaupt** so einzutheilen; eigentlich kann aber nur der **bürgerliche** Besitz so eingetheilt werden [l]).

Man muß übrigens wissen, daß ein **Civilbesitzer** zuweilen auf den Namen desjenigen, der einen **natürlichen** Besitz der nämlichen Sache hat, besitzen könne. Wenn daher ein Schuldner, der eine Sache bey dem Andern verpfändet hat, sich dieselbe bittweise zurück geben läßt, so besitzt er nur in so fern die Sache auf den Namen des Gläubigers, ob wohl dieser sie auf seinen Namen besitzt [m]); indem, wenn eine Person einen Civilbesitz, die andere

k) L. 3. §. 22. D. de acquir. poss., wo **Paulus** ausdrücklich sagt: vel etiam potest diuidi *possessionis* genus in duas species, vt possideatur aut bona fide, aut non bona fide. Hierbey ist zu bemerken, daß er in dem vorhergehenden §phen von der possessione ciuili redet, und diese eintheilt, die angeführten Worte aber eine Fortsetzung dieses §phens sind. §. 35. Inst. de rer. diuis. L. 109. D. de reg. iur.

l) Herr GJR. **Westphal** a. a. O. §. 66. Herr GR. **Höpfner** §. 282. des Comment.

m) L. 37 et 38. D. de acquir. poss.

andere aber einen natürlichen hat, der letztere Besitz nicht aufhöret, wenn gleich die Sache an die erstere blos auf solche Art zurück gegeben wird, daß das Geschäfte, wodurch die vorigen Besitzungsarten und Verhältnisse entstanden, nicht aufgehoben worden sind n). Der Umstand allein, daß ein anderer eine Disposition über die Sache bekommt, macht nicht, daß mein Besitz aufhört; etwas anders aber ist es, wenn ich mich meines Besitzes bedienen will, und der Andere hält mich ab; der Gläubiger z. B. will sein Pfand zurück haben, allein der Schuldner widersetzt sich o). Unter andern kommt auch in der Lehre von der Verjährung auf diese Bemerkung viel an. Es ist ferner hierbey nicht aus der Acht zu lassen, daß ein Civilbesitzer einen und auch mehrere Rechtstitel für sich haben kann p), in welchem Falle es ihm frey steht, wenn er mit dem einen allein nicht ganz durchzukommen glaubt, den andern, um sich zu schützen, damit zu verbinden. Ich kann daher z. B. aus Liebe zum Frieden, eine Sache, die mir vermacht worden ist, bezahlen, und also von dem Erben kaufen, ohne daß ich die Einwendungen, welche wider das Legat gemacht werden, anerkenne. Sollte nun

n) Herr GJR. Westphal a. a. O. §. 64.

o) L. 25. §. 2. D. de acquir. poss.

p) In der L. 3. §. 4. D. de acquir. poss. heißt es: ex plurimis causis eandem rem possidere possumus, vt quidam putant, et eum qui vsucapit et pro emtore et pro suo possidere, sic enim etsi eius, qui pro emtore possidebat, heres sim, eandem et pro emtore et pro herede possideo; nec enim, sicut dominium non potest, nisi ex vna causa contingere, ita et possidere ex vna tantummodo causa possumus. Die letzten Worte: *nec enim* etc. müssen allerdings so verstanden werden, daß Paulus etwas anders bey dem Besitze, als bey dem Eigenthume, obwohl irriger Weise, habe annehmen müssen. Es beweiset auch dieses der folgende Paragraph, wenn er sagt: e contrario plures eandem rem possidere in solidum non possunt. Paulus will also sagen: es kann zwar einer ex pluribus causis etwas besitzen, aber mehrere nicht eine Sache in solidum.

in einem solchen Falle der Kauf in der Folge, weil der Verkäufer auf eine so genannte enorme Art hierbey vorgeblich verletzt sey, oder auch aus andern Gründen angefochten werden, so kann ich mich immer mit dem Legge schützen q).

2) Wird der Besitz, wenn man auf die Erwerbung desselben sieht, und nachdem derselbe auf eine solche Art erworben, wie es nach den Gesetzen erlaubt ist, oder dieses ist nicht geschehen, in den rechtmäßigen, oder unrechtmäßigen, fehlerhaften Besitz, eingetheilt r). Arten des unrechtmäßigen Besitzes sind a) der heimliche Besitz, worunter man denjenigen versteht, dessen man sich auf eine solche Art angemaßet hat, daß derjenige, dem dieses zum Nachtheil gereicht, und deswegen ein Widersprechungsrecht dagegen ausüben würde, es nicht erfahren kann oder soll s). In Rücksicht auf die Verjährung ist als richtig anzunehmen, daß ein anfänglich öffentlich ausgeübter Besitz sich in keinen heimlichen verwandeln könne t), weil es hierbey nur darauf ankommt, ob der Verjährende vom Anfange einen solchen Besitz gehabt hat, daß er die Verjährung anfangen konnte. Außer diesen Fällen geht es aber allerdings an, daß ein öffentlicher Besitz, der das Gegentheil von einem heimlichen ist, in einen solchen verwandelt werden kann u). Ein fehlerhafter Besitz ist es, b) wenn man sich mit Gewalt in den Besitz der Sache gesetzt hat, wozu jedoch nicht eben erforderlich ist, daß wirklich Gewaltthätigkeit ausgeübt worden, sondern es ist schon genug, wenn man mit einer solchen Zurüstung den Besitz ergriffen hat, daß bey gefundenem Widerstande hätte Gewalt gebraucht werden können x). Da aber ein einmal erlangter rechtmäßiger Besitz mit Gewalt vertheidigt werden

q) Herr GJR. Westphal a. a. O. §. 51.
r) L. 1. pr. L. 3. D. vti possid. L. 7. C. de acquir. poss.
s) L. 6. pr. D. de acquir. poss.
t) L. 40. §. 2. D. de acquir. poss.
u) Herr GJR. Westphal a. a. O. §. 69.
x) L. 1. §. 28. D. de vi et vi armata.

den kann, ſo wird derjenige, welcher, weil ſich Niemand in der Sache gegenwärtig befand, und daher friedlich und ohne Widerſtand zu dem Beſitz gekommen iſt, kein gewaltthätiger und böslicher Beſitzer, wenn er gleich in der Folge, da man ihn aus dem Beſitz ſetzen will, ſich mit Gewalt vertheidigt [y]). Ein gewaltſamer Beſitz hört übrigens nicht auf, ſolcher zu ſeyn, weil derjenige, den man aus dem Beſitz geſetzt hat, nicht Eigenthümer der Sache war [z]). Die dritte Art des fehlerhaften Beſitzes wird der precariſche oder bittweiſe verſtattete Beſitz genennt, und er iſt derjenige Beſitz, der mir mit der Bedingung von Jemanden eingeräumt worden, daß ich ihm die Sache zurückgeben ſoll, ſo bald er es verlangt, und nunmehr weiter keinen Beſitz ausüben darf, ich ſetze aber ſolchen dennoch fort, ob er mir gleich abgefordert worden [a]). Die Geſetze unterſcheiden bey dieſem Beſitz nicht, ob man die Sache auf vorhergegangenes Bitten, oder ohne ſolches in Beſitz bekommen hat [b]). An und für ſich iſt alſo der precariſche Beſitz nicht fehlerhaft, ſondern er wird es nur erſt alsdenn, wenn man ihn nicht fahren laſſen will, da man doch dazu aufgefordert worden.

Von dieſen drey Arten des fehlerhaften Beſitzes iſt zu bemerken: a) der fehlerhafte Beſitz iſt nur in Rückſicht deſſen, von dem man den Beſitz erlangt hat, oder gegen den man ſich den Beſitz angemaßt hat, als fehlerhaft zu betrachten, in Rückſicht auf andere Perſonen aber iſt er nicht fehlerhaft, ſondern die Geſetze billigen ihn von

y) L. 4. §. 28. D. de vſurp. et vſuc. — Si occupaueris vacuam poſſeſſionem, deinde venientem *dominum* prohibueris: non videberis vi poſſedisſe.

z) L. 8. D. de vi et vi armata.

a) L. 1. §. f. D. vti poſſid. L. 2. §. 2. D. de precar. L. 7. §. 4. D. communi diuid.

b) L. 1. pr. L. 2. §. 3. L. 4. §. 2. 3. 4. D. de prec. Leyser Spec. 410. med. 1. Herr GJR. Weſtphal vom Beſitz, §. 85.

dieser Seite betrachtet c). Diesem Satze gemäß kann auch der bittweise erlangte Besitz, nach erfolgter Zurückforderung, in Rücksicht einer dritten Person nicht als fehlerhaft angesehen werden. b) Ferner ist zu bemerken, der Fehler des Besitzes geht zwar mit der Sache auf den Erben über, weil er mit dem Erblasser als eine Person angesehen wird, aber nicht auf einen besondern Besitzer, z. B. einen Käufer, in den Fällen, wo vom Gebrauch der possessorischen Rechtsmittel gegen ihn die Frage ist d). Was bey der Verjährung hier Rechtens sey, gehört nicht hierher. Uebrigens kommt bey einem fehlerhaften Besitze, wenn auf den Gebrauch der possessorischen Rechtsmittel gesehen wird, nichts darauf an, ob der Besitzer Eigenthümer sey, oder nicht e), wie man aus der L. 4. §. 26. D. de vsurp. et vsuc. sieht: wo Paulus die Bemerkung macht: si *dominus* fundi possessorem vi deiecerit, *Cassius* ait, non videri, in potestatem eius rediisse, quando interdicto vnde vi restituturus sit possessionem. Es ist also der Eigenthümer der Sache, der gewaltsamer Weise Jemanden, der keinen fehlerhaften oder unrechtmäßigen Besitz in Rücksicht auf ihn hat, daraus vertreibt, ein gewaltsamer Besitzer, und er ist es sogar alsdenn, wenn sich der Andere in Rücksicht seiner auf eine gewaltsame oder heimliche Weise in Besitz gesetzt hat, er vertrieb ihn aber nicht sogleich wieder daraus, sondern entsetzte ihn erst nach einiger Zeit dieses Besitzes. Diese Behauptung gründet sich auf die bereits angeführten Gesetze. Noch kann die Frage hier aufgeworfen werden: ob, wenn der anerkannte und nicht zu bezweifelnde Eigenthümer Jemanden seine Sache heimlich wegnimmt, das heißt, ihn aus dem Besitze setzt, er nunmehr ebenfalls als ein heimlicher Besitzer

c) L. 53. D. de acquir. vel amitt. poss. Herr GJR. Westphal a. a. O. §. 76.

d) L. 11. C. de acquir. poss. L. 3. §. 10. D. vti possid.

e) Hr. GJR. Westphal vom Besitz, §. 78.

sitzer betrachtet werden muß, dergestalt, daß der aus dem Besitz gesetzte nicht nur gegen ihn auf die Abtretung des Besitzes klagen kann, sondern sich sogar eigenmächtig so gleich in den Besitz setzen darf? Einige Gesetze scheinen dieses zu misbilligen, und den Eigenthümer in diesem Falle für keinen heimlichen Besitzer zu halten, wohin z. B. die L. 40. §. 3. D. de acquir. poss. gehört, wo erklärt wird: si seruum meum bonae fidei emtori *clam* abduxerim, respondit, non videri me *clam* possidere. Da es aber in andern Gesetzen deutlich gesagt wird, daß selbst der Eigenthümer sich eines heimlichen Besitzes schuldig machen könne, und bey possessorischen Rechtsmitteln auf das Eigenthum oder jedes andere Recht gar nicht gesehen wird, so beweißt das angeführte Gesetz nichts [f]).

§. 181.

Wir wissen nunmehr, was Besitz sey, und wie er eingetheilt werde. Auf diese Grundsätze ist bey Beantwortung der Frage: ob der Besitz für die fünfte Art des dinglichen Rechts gehalten werden könne? beständig Rücksicht zu nehmen. Vor allen Dingen muß der Gedanke erklärt werden, der in Gesetzen [g]) oft vorkommt, wo es heißt: der Besitz sey seiner Natur nach zwar eigentlich blos factisch, er nehme aber dabey doch auch viel von der Natur des Rechts an. Hr. Prof. Hofacker schreibt: inde est, quod possessio quaedam non tantum corporis, sed et iuris esse; quodque duplex possessionis ratio esse dicatur, alia quae iure consistit, alia quae corpore. Nach der Behauptung berühmter Rechtsleh-

f) Cuiacius ad L. 6. D. de acquir. vel amitt. poss. Hr. GJR. Westphal vom Besitz, §. 70. Hr. RR. Eichmann a. a. O. Thl. 4. S. 266.

g) L. 49. pr et §. 1. D. de acquir. vel amitt. poss. L. 10. C. de acquir. poss.

rer [h]) muß dieser Ausspruch von den rechtlichen Würkungen verstanden werden, welche der Besitz, als factum betrachtet, hervorbringt; jedoch setzen sie nicht schlechterdings bey allen solchen Würkungen, den natürlichen Besitz voraus, sondern die Würkung wird oft blos dem bürgerlichen Besitz beygelegt, und dem natürlichen abgesprochen. Es kommt also vor allen Dingen darauf an, was bey dem Besitz factisch geblieben, und was demselben vom Rechte ist beygemischt worden. Cuper [i]) hat sich ausführlich damit beschäftigt, und seine Grundsätze verdienen Aufmerksamkeit. Er schreibt: *res facti* possessio manfit, quatenus pro possessore habetur is, cui naturalia possessionis requisita praesto sint: non habetur, cui ea praesto non sint. Plurimum autem est *ex iure* mutuata, quatenus *lex* sua potestate vel deficientia supplet naturalia possessionis requisita, vel contra deficere, ea fingit, vbi non deficiunt. Hr. HR. Glück stellt nach dem Cuper folgende Sätze auf: der Besitz besteht *in facto*, so oft derjenige vor Gericht als Besitzer angesehen wird, welcher die Sache physisch in seiner Gewalt hat, mit der Absicht, dieselbe für sich zu behalten; oder wenn derjenige nicht als Besitzer gilt, welcher entweder die Sache nicht physisch detinirt, oder wenigstens nicht animum detinendi hat. *In iure* hingegen besteht der Besitz, so oft Jemand vor Gericht für den Besitzer gehalten wird, der entweder die Sache physisch nicht besitzt, oder die Absicht nicht hat, sie für sich zu behalten; oder wenn derjenige nicht für den Besitzer gilt, welcher wirklich sowohl die physische Detention der Sache, als auch die Absicht hat, sie als die Seinige

h) Hofacker Princ. iur. Tom. II. p. 35. Cviacivs ad L. 49. pr. et §. 1. D. de acquir. vel amitt. poss. Idem ad L. 19. D. ex quib. causs. maior. in *Eius* Oper. T. IV. Biccivs de possessione duorum qu. 2. p. 91. ibique citati. de Retes ad tit. de acquir. poss. P. I. c. 5. §. 1.

i) Cuper l. c. p. 57. Herr HR. Glück a. a. O. Th. 12. S. 533.

nige zu behalten. Damit man nun bey den einzelnen hierher gehörenden Gesetzen gehörig zu beurtheilen im Stande ist, ob der Inhalt des Gesetzes der Natur des Besitzes, in so fern solcher factisch ist, angemessen sey oder nicht, muß man untersuchen, ob derjenige wirklich im Besitz ist, der für den Besitzer gehalten wird, und hingegen derjenige wirklich nicht besitzt, den das Gesetz auch nicht dafür ansieht. Vor der Erklärung der Wahrheit: was der Besitz vom Rechte angenommen, müssen folgende zwey Fragen beantwortet werden, nämlich 1) wie haben die Gesetze ihre Würkungen auf den Besitz, als eine factische Sache ausdehnen können? 2) um welcher politischer Gründe wegen, haben die römischen Rechtsgelehrten mehrere rechtliche Eigenschaften dem Besitze zugeschrieben? Diese Fragen hat Cuper [k]) aufgestellt.

In Rücksicht der ersten Frage, scheint es zwar schwer zu begreifen zu seyn, schreibt Hr. HR. Glück, wie die Gesetze die Erfordernisse des Besitzes da, wo solche nicht sind, haben ergänzen, oder alsdenn, wenn sie wirklich vorhanden sind, haben für unkräftig erklären können, da doch Handlungen bleiben, was sie sind. Hierauf kann aber zweyerley geantwortet werden; nämlich erstlich versteht es sich freylich von selbst, daß kein Gesetz im Stande sey, eine wirkliche Handlung des Besitzes als nicht geschehen zu machen, oder eine nicht vorgenommene Handlung als wirklich vorgenommen zu bewirken. Diese Beschaffenheit der Sache hindert aber gar nicht, daß der Gesetzgeber deswegen nicht befugt seyn sollte, zur Hervorbringung rechtlicher Würkungen, Jemanden für den Besitzer zu erklären, der es nicht ist; oder den wirklichen Besitzer dafür anzusehen, als sey er es nicht. Zweytens ist nicht zu leugnen, daß die Gesetze in sehr vielen Fällen den Besitz in seiner wahren Beschaffenheit gelassen, und die That dafür gehalten haben, was sie ist.

Zur

k) Cuper l. c. P. I. c. 6.

Zur Beantwortung der Frage: warum hat man im römischen Rechte dem Besitz so viel vom Rechte beygelegt, führt Cuper S. 62—76 drey Gründe, als die Hauptursachen an, und sagt, der erste Grund sey das gemeine Beste gewesen. Auf diesen Grund nahm man Rücksicht, wenn man annahm, 1) daß die so genannten Gemeinheiten, durch einen öffentlichen Sclaven oder durch ihren Bevollmächtigten, den Besitz auszuüben und zu erwerben berechtigt seyn sollten l); 2) daß ein Kind, ob es ihm gleich an dem Willen zur Besitzerwerbung fehle, gleichwohl als Besitzer anzusehen seyn solle, so bald der Vormund für solches den Besitz erlangt habe, denn in der L. 32. §. 2. D. de acquir. poss. heißt es ausdrücklich: vtilitatis causa hoc receptum est; 3) daß der zeitherige Besitzer den einmal erlangten Besitz behält, wenn er auch nachher vom Verstande gekommen seyn sollte, und in Gesetzen m) heißt es hiervon ebenfalls: vtilitate suadente hoc esse relictum, ne languor animi damnum etiam in bonis adferat. 4) Nehmen auf diesen Grund die Gesetze n) Rücksicht, wenn sie verordnen, daß der Schuldner als Besitzer des Pfandes betrachtet werden solle, wenn von der Verjährung des Pfandes die Frage sey. 5) Daß man den Besitz durch einen Bevollmächtigten auch unwissend erwerben könne o). In der L. 7. C. de acquir. et retin. poss. kommt folgender Gedanke vor: per liberam personam *ignoranti* quoque acquiri possessionem, et postquam scientia interuenerit, vsucapionis conditionem inchoari posse, *tam ratione vtilitatis* quam *iurisprudentiae* receptum est.

Der

l) L. 1. §. 22. L. 2. D. de acquir. poss. VLPIAN. Fr. XXII, 5. et SCHVLTING p. 634. not. 9.

m) L. 4. §. 3. L. 44. §. 6. D. de vsurp.

n) L. 1. §. 15. L. 36. D. de acquir. poss. L. 16. L. 53. §. 4. de vsurp. et vsucap.

o) L. 34. §. 1. L. 49. §. 2. D. de acquir. poss. L. 1. C. de acquir. et ret. poss.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684934/phys_0462
DFG

Der Hr. GJR. Westphal übersetzt das Wort iurisprudentia, durch Rechtsklugheit; Hr. HR. Glück ist aber der Meynung, daß man es mit dem Chiesius durch Rechtsanalogie übersetzen müsse p). Weiter gehört 6) der Fall hierher, daß der Herr von demjenigen Besitzer wurde, was sein Sclave ohne sein Wissen in Besitz genommen hat, desgleichen der Vater, wenn der Sohn etwas durch sein Peculium erwarb. In der L. 44. §. 1. D. de acquir. poss. schreibt Papinian: quaesitum est, cur ex peculii causa per seruum ignorantibus *possessio* quaereretur? dixi, *vtilitatis causa*, *iure singulari receptum*, ne cogerentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere. Nec tamen eo pertinere speciem istam, vt animo videatur acquiri possessio. Nam si non ex causa peculiari quaeratur aliquid, scientiam quidem domini esse necessariam, sed corpore serui quaeri possessionem. Dieses schwere und von Vielen falsch verstandene Gesetz hat Faber q) am Besten erklärt. Eben dieser Grund tritt 7) ein, daß bisweilen der Besitz longa manu und durch symbola erworben werden kann r); 8) daß derjenige, welcher Geld in die Erde vergraben hat, um es sicher aufzubewahren, in der Folge aber den Ort vergißt, gleichwohl im Besitz des Geldes bleibt s); 9) daß man den einmal erlangten Besitz durch seinen bloßen Willen, ihn ferner behalten zu wollen, fortsetzen

p) Westphal vom Besitz, §. 141. Chiesii Interpr. I, 22. 17. in Iurisp. Att. T. I. p. 171.

q) Ant. Faber in Iurispr. Pap. p. 636.

r) L. 1. §. 21. L. 18. §. 2. L. 51. D. de acquir. poss. L. 79. D. de solut. L. 74. D. de contr. emt. L. 9. §. 6. D. de acquir. rer. dom.

s) L. 44. pr. D. de acquir. vel amitt. poss. Herr GJR. Westphal a. a. O. §. 164. Scip. Gentil. Parerg. 1, 6. Cvper l. c. P. II. c. 34.

setzen könne [t]); 10) daß Unmündige und Blödsinnige, ob sie gleich sonst ihren habenden Besitz, durch den bloßen Willen nicht aufgeben können, denselben dennoch alsdenn verlieren, wenn sie ihn an Jemanden überlassen haben, der von ihrem Zustande nichts wußte [u]). Hat also Jemand von einem Pupillen, den er aus einem verzeihlichen Irrthum für mündig hielt, etwas gekauft, oder von einem Blödsinnigen, den er aus gegründeten Ursachen für einen verständigen Menschen hielt, und die Sache ist ihm übergeben worden, so bekommt er dadurch wenigstens einen solchen Besitz, der ihm zur Verjährung nützt, wenn auch der Kauf übrigens nichtig seyn sollte.

Der zweyte Grund, warum im römischen Rechte, dem Besitz so viel vom Rechte ertheilt worden, liegt in dem Zusammenhange der einzelnen Grundsätze dieser Lehre mit andern damit in Verbindung stehenden, weil die Gesetze sich nach der Rechtsanalogie richten, und die Hauptgrundsätze der Rechtsgelehrsamkeit so selten wie möglich aufgehoben werden müssen. Auf diese Rechtsanalogie nehmen viele Fictionen, in der Lehre vom Besitz, Rücksicht. Hieraus ist zu erklären, 1) warum man Sachen, worüber Menschen nicht disponiren dürfen, auch gar nicht im Besitz haben kann [x]), z. B. freye Menschen, heilige Sachen. 2) Warum ein Ehegatte die Sache, welche ihm von dem andern Ehegatten geschenkt worden, blos physisch und natürlich besitzt, und nicht bürgerlich [y]), da solche Schenkungen verboten waren. 3) Warum eine der väter-

t) L. 3. §. 6. et 11. L. 30. §. 5. L. 44. §. 2. in f. L. 45. D. de acquir. poss. L. 4. C. eod. §. 5. Inst. de interd. L. 1. §. 25. D. de vi et vi arm.

u) L. 2. §. 15 et 16. D. pro emt. Chiesius l. c. II, 39. Herr GJR. Westphal §. 585. 678. 679.

x) L. 30. §. 1. D. de aquir. poss.

y) L. 1. §. 4. L. 16. D. de acquir. poss. L. 26. pr. L. 46. D. de donat. inter vir. et vxor. L. 1. §. 9. 10. D. de vi. Herr GJR. Westphal a. a. O. §. 48. 49. Cyper P. II. c. 8.

väterlichen Gewalt unterworfene Person, nur in so fern den bürgerlichen Besitz erwerben kann, als sie der Erwerbung des Eigenthums fähig ist [z]). Der Sohn kann z. B. in Rücksicht auf sein Soldatenpeculium etwas bürgerlich besitzen, und folglich auch verjähren; dieses geht aber bey seinem peculium profectitium nicht an [a]), sondern hier kommt der Besitz und die Verjährung dem Vater zum Nutzen. 4) Warum ein gemeinschaftlicher Sclave, jedem seiner Herren den Besitz nur zu dem Antheil erwarb, den er an dem Sclaven hatte; es müßte denn dieser Sclave, den Besitz blos auf den Namen des einen Herrn ergriffen, oder die Sache blos vermöge des dem einen Herrn zustehenden Rechts erworben haben [b]), in welchen Fällen nur dieser Herr allein Besitzer wurde. 5) Warum man durch eine freye Person, die man aus Irrthum für ein der väterlichen Gewalt unterworfenes Kind hielt, weder den Besitz, noch weniger das Eigenthum erwarb [c]). Es war gar kein Grund der Erwerbung vorhanden; da nicht nur die väterliche Gewalt fehlte, sondern sogar über Söhne, die der väterlichen Gewalt unterworfen wären, kein solcher Besitz ausgeübt werden konnte, wie es bey Sclaven geschahe. Der obige Grund war 6) die Ursache, daß der Gläubiger durch einen Sclaven, der bey ihm verpfändet worden, keinen Besitz erwerben konnte. Dieses folgte aus der Rechtsanalogie; denn der Pfandgläubiger soll durch das Pfand weiter nichts als Sicherheit erlangen, aber die Benutzung des

z) L. 4. §. 1. D. de vsurp. CVIAC. ad h. l. Tom. I. Opp. de RETES l. c. P. I. c. 5. Sect. 3. BACHOV ad TREVTL. Vol. II. Disp. 22. th. 2. lit. B. BYNCKERSH. Obs. VII, 22. Herr GJR. Westphal §. 517.

a) L. 49. §. 1. D. de acquir. poss. L. 38. §. 7. D. de verb. oblig. L. 2. §. 2. D. pro herede, L. 93. D. de reg. iur.

b) L. 1. §. 7. D. de acquir. poss. L. 37. §. 3. L. 45. D. de acquir. rer. dom.

c) L. 50. pr. D. de acquir. poss. L. 44. pr. D. de vsurp. Herr GJR. Westphal §. 155.

des Pfandes sieht ihm nicht zu. 7) Warum ein Blödsinniger gar nicht, ein Pupill aber nicht ohne Einwilligung des Vormunds den Besitz aufgeben kann [d]; denn dazu muß man Freyheit des Willens haben, welcher dem Blödsinnigen fehlet [e], und der Pupill darf in allen Dingen, wo er Schaden leiden könnte, wo folglich eine genugsame Ueberlegung nöthig ist, ohne Einwilligung seines Vormundes nichts thun [f]. 8) Warum der bloße Vorsatz, das Depositum abzuleugnen, und solches zu entwenden, dem Deponenten den Besitz nicht nehmen kann, so lange der Depositar sich noch nicht wirklich an dem Depositum vergriffen hat [g]; denn die Natur des Diebstahls bringt es mit sich, daß die wirkliche Vergreifung an der fremden Sache geschehen sey, welches die Gesetze contrctatio nennen. Hr. GJR. Westphal versteht unter der Contrectation des Depositums, eine Veräußerung desselben; dieses widerspricht aber dem Wortverstande, da unter contrectare weiter nichts verstanden wird, als sich an einer Sache vergreifen, sie diebischer Weise von ihrem Ort und Stelle wegnehmen [h]. Bey dem Depositum kann diese Contrectation schon dadurch vorgenommen werden, wenn der Depositar den ihm in Verwahrung gegebenen versiegelten Beutel mit Gelde erbricht, und das Geld unter das seinige schüttet. Uebrigens war es hier nöthig, wegen der Natur des Diebstahls eine Regel, die sonst in der Natur des Besitzes selbst gegründet ist, einzuschränken, welche Regel folgende war:

d) L. 27 et 29. D. de acquir. poss. L. 11. D. de acquir. rer. dom. Cuper l. c. P. II, c. 37. 38.

e) L. 40. L. 124. §. 1. D. de reg. iur. L. 2. §. 3. D. de iure codicill.

f) L. 5. L. 189. §. 1. D. de reg. iur. L. 9. D. de acquir. vel omitt. hered.

g) L. 3. §. 18. D. de acquir. poss.

h) Herr GJR. Westphal a. a. O. §. 191. Averan. Int. I, 28. 14. Brisson. de verb. signif. voc. contrectare §. 6. Inst. de oblig. quae quasi ex del.

war: solo animo nos posse incipere possidere, si naturalis possessio antecedat i).

Der dritte Grund, weswegen die Gesetze dem Besitze manche Eigenschaften des Rechts beygelegt haben, besteht darin, damit unter den einzelnen Grundsätzen von dieser Materie, kein Widerspruch und Ungereimtheiten entstehen sollten. Auf diesen Satz gründete sich

1) Die Verordnung der Gesetze k), daß ein freyer Mensch, so lange er von Jemandem als Sclave behandelt wird, obgleich widerrechtlich, gleichwohl in dieser Zeit für sich selbst keinen bürgerlichen Besitz ausüben kann, weil er bey diesen Umständen keinen animum sibi habendi haben kann. 2) Eben daher kommts, daß der Vater, wenn er gleich blödsinnig war, vermöge des Peculiums durch seinen Sohn einen Besitz erwerben konnte l); da ein Vater auch ohne sein Wissen auf diese Art den Besitz erlangen kann. 3) Daher kommts auch, daß ein Vater von dem peculiarischen Besitz seines Sohnes Nutzen ziehen kann, ob er gleich nicht weiß, daß der Sohn seiner väterlichen Gewalt unterworfen ist m). Man sieht bey solchen Erwerbungen auf weiter nichts, als auf die wirklich vorhandene väterliche Gewalt, und nicht auch darauf, ob der Vater etwas davon weiß. Gleiche Bewandniß hat es, 4) daß, wenn auch ein anderer den Sohn als Sclaven, als anmaßlicher Herr besitzen sollte, gleichwohl dem Vater, und nicht diesem Fremden, die Erwerbung durch das Peculium zufällt;

i) L. 3. §. 3. D. de acquir. poss. L. 9. §. f. D. de reb. credit. L. 9. §. 5. D. de acquir. rer. domin. Cuper l. c. P. I. c. 6. Class. 2. aph. 28. not. 74. Chiesii Int. I, 36.

k) L. 1. §. 6. L. 23. §. 1. D. de acquir. poss. L. 54. §. f. D. de acquir. rer. dom. L. 118. D. de reg. iur. L. 23. pr. D. ex quib. caus. maior.

l) Arg. L. 8. §. 1. D. de his, qui sui vel alien. iur. L. §. 5. D. de acquir poss. Westphal a. a. O. §. 145.

m) L. 1. §. 8 L. 4. D. de acquir. poss

fällt n); denn wenn gleich der Vater über den Sohn, weil er ein freyer Mensch ist, keine sclavische Gewalt ausüben durfte, so stellte man dennoch den Satz auf, daß der Vater bloß wegen seiner väterlichen Gewalt, durch seinen Sohn den Besitz erwerbe. 5) Eben deswegen nahm man an, daß Sclaven und filiifamilias dem Hausvater, in dessen Gewalt sie standen, selbst durch verübte Gewaltthätigkeiten seinen Besitz nicht rauben könnten, sondern des letztern Besitz rechtlich fortdauere, mithin die angefangene Verjährung hierdurch nicht unterbrochen werde, so lange die geraubten oder entwendeten Sachen in des erstern Händen befindlich sind o). Die Ursache dieser Verordnung war, weil der Hausvater durch die in seiner Gewalt stehenden Personen den Besitz erwarb, folglich ihm auch dieser durch diese nicht entzogen werden konnte. Endlich 6) rührt daher, daß derjenige, welcher sich in meiner Abwesenheit in den Besitz meiner Sache gesetzt hat, mit der Absicht, sich solche zuzueignen, gleichwohl nach dem bürgerlichen Rechte so lange nicht als Besitzer angesehen wird, als die Fortdauer meines ältern Besitzes angenommen wird p). Nach den bürgerlichen Gesetzen gehet unser Besitz erst von der Zeit an verloren, da wir den neuen Besitzer bey unserer Rückkunft in unserm Eigenthum finden, dieser uns nicht weichen will, wir seine Gewalt fürchten, und uns abweisen lassen, und hieraus folgt, daß auch erst von der Zeit an, da der vorige Besitzer durch sein Nachgeben, den bürgerlichen Besitz verlohren hat, der neue Besitzer als Besitzer im Rechtsverstande zu betrachten sey q). Der Grund hiervon ist, weil die Römer glaubten, es gehe nicht an, daß zwey Personen die

n) L. 4. D. de acquir. poss. Cuper l. c. P. II. c. 26. 27. Cuiac. ad h. l. in Opp. Tom. VIII. Chiesii Interpr. II, 40.

o) L. 15. L. 40. pr. D. de acquir. poss. L. 33. §. 6. D. de vsurp. et vsuc. Westphal a. a. O. §. 441.

p) L. 25. §. 2. L. 46. D. de acquir. poss.

q) L. 3. §. 8. L. 6. §. 1. L. 7. D. de acquir. poss. Cuper l. c. P. II. c. 19. 20. Westphal a. a. O. §. 193. 194.

die nämliche Sache auf einerley Art und mit gleichen Würkungen, und doch dabey jeder ganz besitzen könne, wie wir S. 389 gesehen haben, folglich kann der Besitz des zweyten nicht eher anfangen, als bis der Besitz der erstern ganz aufgehört hat r).

Um des gemeinen Besten willen, haben die Gesetze dem Besitze viele vortheilhafte Würkungen ertheilt, die dem Besitzer blos deswegen zu Theil werden sollen, weil er der Besitzer ist, oder weil er, wenn er auch die körperliche Detention der Sache nicht haben sollte, doch wenigstens nach den Gesetzen als bürgerlicher Besitzer betrachtet wird. Diese Vortheile werden die Rechte des Besitzes genennt, und sie sind von der größten Wichtigkeit s). Hier kann nur so viel davon gesagt werden, als zu der Beantwortung der Frage nöthig ist: warum die Possession kein dingliches Recht sey? Zu den Rechten und Vortheilen des Besitzers gehöret z. B. — daß der Besitzer der Regel nach vom Beweise und der Angabe seines Rechtstitels frey ist, wenn er seines Besitzes wegen von Jemandem in Anspruch genommen wird; daß in zweifelhaften Fällen und bey gleichen Gründen, für den Besitzer gesprochen werden muß; daß dem bonae fidei possessor die Verjährung zu statten kommt, und dieser so lange für den präsuntiven Eigenthümer gehalten werden muß, bis ein anderer das Gegentheil erwiesen. Vorzüglich,

r) L. 3. §. 5. D. de acquir. poss. de RETES ad h. l. CVIAC. XVIII, 24. MERENDA contr. Lib. XII. c. 6. 7. 8. 13. CVPER l. c. P. II. c. 15—18. Westphal a. a. O. §. 65.

s) OROZ de apicibus iuris ciuil. L. IV c. 8. 9. MEIER in Coll. iur. Arg. ad tit. de acquir. poss. FICHTNER D. de possessionis commodis. Io. Fr. BOECLER D. de fauore iuris ciuilis erga possessores, Argent. 1740. P. MÜLLER D. beati possidentes, H. BODINVS de beatitudine iuridica. C. O. THYLIVS D. de beatitudine possidentium iuridice considerata, Heidelb. 1722.

lich gehört auch noch hierher der Gebrauch der possessorischen Rechtsmittel, welche man interdicta nennet, und von denen das 43ste Buch der Pandekten handelt. Es war nothwendig, daß der Prätor dergleichen Interdicte oder ausserordentliche Rechtsmittel um des Besitzes willen einführte, weil das bürgerliche Recht keine actiones legitimas enthielt, quibus quis possessionem, rem *in facto positam*, ex *Iure Quiritium suam* vocare auderet [t]). Diese Interdicte, zumal wenn sie um des bloßen Besitzes willen angestellt werden, sind jedoch nur persönliche Rechtsmittel. Ulpian [u]) sagt dieß wenigstens ausdrücklich, wenn er Lib. 67. ad edictum schreibt: interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa *personalia* sunt, das heißt, wie Huber diese Stelle am richtigsten erklärt, wenn gleich Interdicte auch gewisse Sachen, und nicht blos persönliche Verbindlichkeiten zum Gegenstande haben, oder wohl gar von der Art sind, daß sie, wie actiones in rem scriptae, gegen jeden Besitzer gehen, so sind sie doch ihrer Natur und Würkung nach, nur persönliche Rechtsmittel, weil sie aus keinem dinglichen Rechte entstehen, auch nicht zur Absicht haben, daß dem Imploranten ein dingliches Recht zuerkannt werde, sondern nur darauf abzielen, daß der Implorant die Possession erhalte, oder behalte; ein Beweiß, daß die Possession an sich weder ein dingliches Recht sey, noch ein solches wirke; denn ein dingliches Recht haftet unmittelbar auf der Sache selbst, sie mag übrigens sich befinden, bey wem sie wolle. Allein von der Art ist kein Besitz; denn man betrachtet den Besitz entweder in so fern er facti, oder in so fern er iuris ist. Im ersten Fall dauert der Besitz nur so lange, als man das

t) Festvs de verb. signif. voc. possessio, Cviacivs in Proleg. ad tit. C. de acquir. et retin. poss. in *Eius* Oper. Tom. IX.

u) L. 1. §. 3. D. de interd. Petrus Mindanvs de interd. c. 7. n. 42. sqq. Hvber ad Inst. L. IV. tit. 15. §. 7.

das physische Vermögen hat, über die Sache zu disponiren, mithin die Sache in unserer Gewahrsam ist. Hierin stimmen Paulus und Cajus überein x). Allein auch im letztern Fall, wenn man sich unter dem Besitz das Possessionsrecht denkt, kann dieses kein dingliches Recht seyn; denn es entspringt aus dem Besitz, dieser ist aber kein dingliches Recht. Die römischen Gesetze geben daher auch um des bloßen Besitzes willen keine actionem *in rem*, wie man z. B. aus der L. 7. D. de vi et vi armata sieht, wo es heißt: cum a te vi deiectus sim, si Titius eandem rem possidere coeperit: *non possum cum alio, quam tecum*, interdicto experiri. Man wende nicht ein, daß dem bonae fidei possessor des verlohrnen Besitzes wegen die actio publiciana zustehe, und diese eine dingliche Klage sey; denn die Publicianische Klage ist ein petitorisches, und kein possessorisches Rechtsmittel, das sich nicht blos auf gehabten Besitz, sondern auf ein präsumtives Eigenthum gründet y). Daher sagt Ulpian in der L. 7. §. 6. D. de publ. in rem act. — publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar *possessionis*, respicit. Scheinbarer ist der Einwurf, den die Vertheidiger der entgegen gesetzten Meynung aus der L. vn. C. de alienat. iud. cauf. facta hernehmen. In diesem Gesetze rescribiren die Kaiser Diocletian und Maximian folgendermaßen: cum in rem actionem possessio pariat aduersario; alienatione etiam iudicii mutandi causa celebrata, in integrum restitutio edicto perpetuo permittatur: intelligis, si rem, ne secum ageretur, qui possidebat, venumdedit et emtori tradidit; quem elegeris, conveniendi tibi tributam esse iure facultatem. Wer sollte also nach den Anfangsworten dieses Gesetzes daran zweifeln, daß der Besitz eine Realklage wirke? Es ist wirklich

x) L. 3. §. 13. L. 15. D. de acquir. poss. L. 5. D. de vsurp.

y) Hr. GJR. Westphal a. a. O. § 983. S. 762.

lich zu bewundern, daß unsere Gegner diese Stütze ihrer Meynung so ganz unbenutzt gelassen haben, bey welcher die Vertheidiger unserer Meynung so viele Schwierigkeiten gefunden haben, sie aus dem Wege zu räumen; daher Cujaz, Schulting und Noodt [z]) sogar zur Emendation ihre Zuflucht nehmen wollen. Allein daß bey dieser Stelle keine Emendation nöthig sey, solche auch unserer Meynung ganz und gar nicht entgegen stehe, sieht man daraus. Die Sache des Attalus, an welchen die Kaiser Diocletian und Maximian in der angeführten L. vn. rescribiren, war von demjenigen, welcher sie in Händen hatte, iudicii mutandi causa, an einen Dritten verkauft, und auch demselben wirklich übergeben worden, blos um durch Veränderung des Gerichtsstandes dem Attalus die Ausführung seiner Ansprüche beschwerlich zu machen. Attalus wandte sich deshalb an die Kaiser, und frug an: ob er den alten oder den neuen Besitzer belangen müsse? Die Kaiser antworteten ihm: er habe unter beyden die Wahl. Gegen denjenigen, welcher iudicii mutandi causa seine Sache an den Dritten veräußert habe, könne er actione in factum ex edicto Proconsulis restitutionem in integrum suchen. Gegen den dritten Besitzer könne er actione in rem klagen, und zwar aus dem Grunde, quod in rem actionem possessio pariat aduersario. Diese Worte können auf zweyerley Art erklärt werden; erstlich, wenn man unter dem aduersario, den Gegner des Besitzers, also den Eigenthümer der Sache, versteht, dem die Realklage gegen den Besitzer zukommt. Nun ist der Sinn dieser: weil der Besitz desjenigen, welcher die Sache in Händen hat, dem Eigenthümer (aduersario) eine Realklage gegen den Besitzer verschafft, d. i. ihn in den Stand setzt, daß er seine Sache

z) Cviac. ad L. 3. C. de edendo. Schvlting ad Prota, Lib. IV. tit. 7. §. 2. Noodt de pactis et transact. c. 13. Idem in Comment. ad Dig. tit. de edendo p. 65. ad tit. de alienat iud. mut. caus. facta in fine.

Sache vindiciren kann. So erklären diese Worte, Hugo Donellus, Averanius, Dompierre, de l' *Espaul* [a]). Zur Bestärkung dieser Erklärung fügt Hr. HR. Glück hinzu, daß es in der Sprache unserer Gesetze gar nichts ungewöhnliches sey, den Kläger, insbesondere aber den Eigenthümer, Aduersarium, gleichsam den Gegner des Besitzers, zu nennen [b]). Zweytens kann aber auch unter dem Aduersario, in der angeführten L. vn. derjenige verstanden werden, dem die Sache iudicii mutandi causſa verkauft worden, und dem eben deswegen sein Besitz eine Realklage zuziehet, oder verursacht, die ohne diesen Besitz nicht wider ihn hätte angestellt werden können. Diese Erklärung nehmen Markart und Hr. Prof. Klüber an [c]). Auch diese Erklärung ist sowohl dem gemeinen, als juristischen Sprachgebrauch gemäß. Man denke nur an das bekannte Sprüchwort: obsequium amicos, veritas odium parit. In eben dieser passiven Bedeutung braucht Ulpian in der L. 35. D. pro socio das Wort parere, wo er schreibt: nemo potest societatem heredi suo sic *parere*, vt ipse heres socius sit.

Es ist also entschieden, daß der bloße Besitz nach dem römischen Recht, dem Besitzer kein dingliches Recht an der besessenen Sache, mithin auch keine Realklage giebt. Ob aber nicht nach kanonischen Rechten ein anderes zu behaupten sey? ist ebenfalls streitig. Ich meines Theils, schreibt Hr. HR. Glück, kann mich davon nicht überzeugen; denn aus den Texten, die man insgemein für diese Meynung anzuführen pflegt, dem can. 3. Cauſſ. III. Qu. I. und dem cap. 18. X. de restit. spol. erhellet nicht,

a) Donell Comm. Lib. XX, c. 3. Averan. Interp. I, 15. n. 17. p. 97. Dompiere de restit, p. 436 de l' Espavl. l. c. §. 29.

b) L. 37. §. 1. D. de procur. L. 33. D. de dolo malo.

c) Marckart. Interp. I, 7. 2. p. 46. Hrn. Prof. Klübers Bibl. 3ten Bandes 9 St. Nr. 27. S. 115.

daß dem Spoliirten wider jeden dritten Besitzer das remedium spolii zustehen solle. Beyde Texte beweisen nichts; denn was zuförderst den can. 3. anbetrifft, so ist derselbe untergeschoben, da er vom Isidor herrührt, und enthält über dieses gar eine falsche Lesearт, weil die Worte violentia maiorum falsch sind, und die besten Codices von Gratians Decret, violentia malorum lesen [d]). Ueberdieses kommt in dieser Stelle nicht die geringste Abänderung des römischen Rechts vor, wie von mehreren Rechtslehrern [e]) ausführlich gezeigt worden ist. Das c. 18. X. de rest. spol. gestattet ausdrücklich die Spolienklage nur gegen denjenigen Besitzer, der wenigstens Wissenschaft von dem Spolium gehabt hat, als er die Sache an sich brachte, weil dieser, da ihm das Spolium nicht unbekannt war, noch in der Folge durch die Erwerbung der spoliirten Sache Antheil daran genommen hat. Dieß läßt sich aber auf einen dritten Besitzer in gutem Glauben nicht anwenden [f]). Als etwas Ausserordentliches verdient es aber bemerkt zu werden, daß durch die Verordnung des Westphälischen Friedens, dem im Normaljahre 1624 gehabten Besitze in kirchlichen Angelegenheiten sowohl, als auch in politischen Sachen, welche mit erstern in Verbindung stehen, die Wirkung eines dinglichen Rechts zwischen den katholischen und evangelischen Religionsverwandten beygelegt worden [g]); welches denn freylich als eine sehr wichtige Ausnahme, von dem zeither angeführten Grundsatz

d) Blondelli Pseudo-Isidorus, p. 570. Eckardt in herm. iur. §. 317. Boehmer in Corp iur. can. ad h. can.

e) Boehmer ad cit. can. Ziegler ad can. redintegr. Dresdae 1699. 4. p. 167 — 201. Woltaer Obs. Fasc. II. Obs. 35.

f) de Cramer D. de restitutione spoliati aduersus bon. fid. poss. in *Eius* Opusc. T. III.

g) G. L. Boehmer in Princ. iur. can. §. 50. 51. Hr. HR. Schnaubert in den Beytr. zum Staats- und Kirchenr. 2 Theil, S. 141.

saß der gemeinem und fremden Rechte in Teutschland, betrachtet werden muß.

Der Hr. RR. Eichmann hat die Frage: ob das Besitzungsrecht für die fünfte species iuris in re gehalten werden müsse, auf folgende Weise beantwortet, indem er S. 276 des 4ten Theils seines Commentars schreibt: Wir kommen auf das Besitzungsrecht, ius possessionis, welches diejenigen Rechte ausmachet, die mir um des Besitzes willen zustehen, oder welche aus dem Besitz entspringen. Es heißt ein Quasibesitzungsrecht, wenn es sich auf einen Quasibesitz bezieht, und die Rechte selbst, welche dasselbe enthält, pflegen Vortheile des Besitzes, beatitudines possessionis genennt zu werden, und stehen mit dem Besitze in einem Verhältnisse, das zwischen Würkungen und Ursache statt findet, mithin lassen sie sich nicht anders denken, als wenn man einen Besitz voraussetzt; sie sind nicht mehr, wenn derselbe weg ist, und nach der Verschiedenheit des Besitzes selbst verschieden. Am gegenwärtigen Orte können wir davon nicht handeln, sondern werden dieselben, nach Anleitung unsers Verfassers, in dem Titel der Pandekten von der Adquisition und Amission des Besitzes, wo besonders auch von der Art und Weise, wie derselbe erworben, erhalten und verlohren wird, zu reden ist, dergestalt anzeigen, daß wir zugleich diejenigen, welche in den Titeln von Contracten, von der Vindications- und Erbschaftsklage, auch noch sonst vorkommen, unter den nach dem Unterschied des Besitzes verschiedenen Arten des Besitzungsrechts remissivisch mit angeben. Nur folgendes bemerken wir: α) Die Rechte wollen, daß einem Besitzer sein Besitz so lange nicht entzogen werde, bis der Andere, welcher sich denselben anmaßen will, seine Ansprüche nach rechtlicher Art ausgeführt hat [h]), weil die Sicherheit des Staats damit nicht bestehen könnte, wenn Privatgewaltthätigkeiten erlaubt seyn sollten, die Ansprüche eines sich selbst

h) §. 4. Inst. de interd.

helfenden Menschen mögen beschaffen seyn, wie sie wollen. Daher β) sollen nicht nur harte Ahndungen gegen denjenigen, welcher hierwider handelt, statt haben [i]), sondern der Besitzer soll auch, wenn man ihn unrechtmäßig entsetzen will, durch Gewalt seinen Besitz vertheidigen und schützen [k]); ja wenn er überwältigt worden ist, denselben auf solche Art, wenn es nur so fort und ohne Aufschub (in continenti) geschieht [l]), wieder zu erlangen suchen können. Selbst gegen einen precarischen Besitzer, der mir die Sache in Güte nicht herausgeben will, bin ich eben so wenig, als gegen denjenigen, der sie mir heimlich oder gewaltthätiger Weise entzogen hat, und welchen ich nicht sofort, und ohne Aufschub nach erlangter Wissenschaft wieder entsetzt habe, einige gewaltsame Entsetzungsmittel zu brauchen berechtigt; mithin ist die Gewalt, welche ich in diesem Falle dennoch brauche, unrecht, und findet daher auf der andern Seite eine Vertheidigung dagegen statt. Eine Ausnahme leidet dieses aber alsdenn, wenn ein solcher precarischer, heimlicher oder gewaltsamer Besitzer, in solchen Umständen sich befindet, daß, weil die Hülfe der Obrigkeit nicht möglich, er mich um die Sache bringen würde, wenn ich sie ihm nicht mit Gewalt abnähme; denn in dergleichen Fällen befinde ich mich gleichsam in den natürlichen Zustand versetzt, in dem ich mir selbst helfen kann. γ) Wenn mich ein Anderer blos in dem Besitze beunruhigt, so kann ich mich nicht nur selbst dagegen vertheidigen, sondern mich auch gewisser possessorischer Rechtsmittel, die deshalb die Gesetze [m]) zu meinem Vortheil eingeführt haben, bedienen, wodurch ich ohne alle Weitläuftigkeiten die Beunruhigung in dem Besitze, welchen ich noch haben muß, abzuwenden im Stande bin; es muß aber nicht so gleich dargethan werden

i) L. 7. C. vnde vi.
k) L. 1. §. 27. D. de vi et vi arm.
l) L. 3. §. 9. D. eod.
m) L. 1. pr. D. vti possid. L. vn. pr. D. vtrubi.

den können, daß ich in Absicht auf meinen Gegner einen fehlerhaften Besitz habe, indem mir in einem solchen Falle der Gebrauch dieser Rechtsmittel nichts hilft. Uebrigens kommt nichts darauf an, wenigstens nach der allerdings billigen Auslegung der dieselben betreffenden Gesetzstellen, ob ich einen natürlichen oder bürgerlichen Besitz habe. δ) Bin ich von einem andern meines Besitzes unrechtmäßig entsetzt worden, und ich habe den gedachten erlaubten Weg der Selbsthülfe nicht genommen, so kann ich, auch wenn der Besitz durch Andere ausgeübt worden ist, als bürgerlicher Besitzer und als Usufructuar n) in meinem Namen, als ein anderer natürlicher Besitzer aber in des andern Namen, jedoch ohne besondere Vollmacht auf die Wiederüberlassung der Sache klagen o), und mich lediglich auf den Besitz gründen, auch selbst alsdenn, wenn ohne besondere Gewaltthätigkeit, aber doch unrechtmäßiger Weise, die Entsetzung des Besitzes erfolgen sollte p). Sollte aber der Beklagte sogleich zeigen können, daß ich mich in einem fehlerhaften Besitze, in Absicht auf ihn q) befunden habe, so würde mir der Gebrauch der in einem solchen Falle eingeführten possess-

n) L. 3. §. 13. D. de vi et vi arm.

o) So erklärt man die L. 1. §. 9. D de vi, wo es heißt: deiicitur is, qui possidet, siue ciuiliter, siue naturaliter possideat, nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet, weil sonst dieses Gesetz mit der L. 1. §. 10. und der L. 12. eod. worin dem colono der Gebrauch des interdicti vnde vi abgesprochen wird, nicht übereinstimmen würde.

p) L. 7. §. 5. D. commun. diuid. L. 34. C. de locato et cond. L. 5. 10. 11. C. vnde vi.

q) L. 1. §. 30. D. de vi et vi arm. Wenn aber eine Gewaltthätigkeit mit Waffen oder mörderischen Instrumenten und mit Gehülfen sollte verübt worden seyn, so kommt das Interdict de vi auch demjenigen zu, der sich selbst in Ansehung des Gegners in einem fehlerhaften Besitz befindet. L. 14. D. de vi. Sed, heißt es hier, si vi armata deiectus es, ficut ipsum fundum recipis, etiamsi vi, clam aut precario eum possideres: ita res quoque mobiles omnino recipies.

possessorischen Rechtsmittel, z. B. das interdictum vnde vi, de vi armata, de clandestina possessione, das remedium spolii, nur alsdenn, wenn ich mit Waffen und Gehülfen aus dem Besitz gesetzt worden, zu statten kommen *). Uebrigens finden diese Rechtsmittel nach dem römischen Rechte wider einen Dritten, welcher inzwischen zu dem Besitze gekommen ist, und keinen Antheil an der Entsetzung genommen hat, nicht statt r); nach dem kanonischen Rechte aber, alsdann, wenn er weiß, daß die Sache mir unrechtmäßiger Weise abgenommen worden, und sie mit dieser Wissenschaft an sich gebracht hat s). Hieraus folgt nun, daß das Besitzungsrecht t) keinesweges als eine Gattung des dinglichen Rechts angesehen werden kann u), indem, wenn ich auch zu beweisen im Stande bin, daß ich einen Besitz, mithin auch ein Besitzungsrecht gehabt habe, dieses sich nicht wider einen jeden gegenwärtigen Besitzer so wirksam zeigt, daß er mir in Rücksicht dieses Besitzungsrechts dieselbe heraus geben muß, welches aber statt finden würde, wenn es als ein dingliches Recht sollte angesehen werden können. Demungeach-

*) L. 3. C. vnde vi.

r) L. 7. D. de vi.

s) c. 18. X. de restit. spol. c. 28. X. de ord. cognit.

t) Wenn man die Frage aufwirft, ob der Besitz ein dingliches Recht sey? so muß man schlechterdings darunter das ius possessionis verstehen, weil der Besitz in einem physischen Vermögen besteht, mithin kein Recht ist. Is. Dan. Fellinger D. de quaestione, an possessio sit species iuris in re? Vltraj. 1737.

u) Diese Meynung vertheidigen unter andern Hvber Digr. IV, 10. Idem ad Inst tit. de interd. n. 2. 7. 10. de Cocceii in iure contr. Lib. I. tit. 8. qu. 2. Zach. Hvber Diss. Lib. III, Diss. c. 5. c. 2. §. 17. Heineccivs in Recit. in elem. iur. ciuil. Lib. 2. tit. 1. §. 234. Heimbvrg D. de retractu gentilit. § 9. not. **). Walch Introd. Sect. II. c. 1. §. 2. Waldeck Inst. §. 248.

ungeachtet behaupten mehrere Rechtsgelehrte x), daß derselbe zu den Gattungen des dinglichen Rechts zu rechnen sey, wenigstens nach dem kanonischen Recht, und sie führen folgende Gründe an. α) Werde in den Gesetzen z. B. in der L. 44. D. de acquir. poss. ausdrücklich eines iuris possidendi gedacht, und sie unterschieden die possessio iuris von der possessio corporis, desgleichen den rechtmäßigen Besitz von dem unrechtmäßigen. β) Führt man an, weil das Besitzungsrecht ein momentaisches Recht sey, folge um so weniger, daß es nicht zu den dinglichen gerechnet werden könne, weil auch selbst ein Pfandrecht, welches doch ein dingliches Recht sey, nur eine gewisse Zeit daure; welches Argument Schaumburg z. B. für sehr wichtig hält. γ) Sagt Hahn, die Publicianische Klage gründe sich auf den Besitz, und könne doch gegen einen dritten Besitzer angestellt werden. δ) Die possessorischen Rechtsmittel, welche durch die Gesetze zur Erhaltung und Wiedererlangung des Besitzes eingeführt worden, fänden wider jeden Stöhrer und unrechtmäßigen Entsetzer statt, wie das c. 18. X. de restit. spol. und c. 3. C. 3. qu. 1. beweise, ja sogar gegen einen solchen dritten Besitzer, der mich nicht aus dem Besitze gesetzt, sondern denselben rechtmäßig erworben hat.

Alle diese Gründe sind von der Beschaffenheit nicht, behauptet der Hr. RR. Eichmann, daß sie einigen Beyfall verdienen könnten; denn 1) müßte das Besitzungsrecht die Eigenschaft eines dinglichen Rechts haben, wenn es eine Gattung desselben seyn sollte; daß es aber diese nicht habe, wird ein Jeder, der diese Rechte ihrer Wirkung nach kennt, bey einer flüchtigen Vergleichung derselben, bemerken. Der Umstand, daß ein Recht mit dem andern

x) Alciat., Mascard., Bachov., Vinnivs, Hahn Diss. cit. c. 6. §. 60. Idem ad Wesenb. tit. de iud. n. 4. Struv Synt. Exerc. III. thes. 89. Thomas. ad Strauch. Diss. p. 64. Schaumburg in Dig. Lib. I. tit. 7. p. 68.

andern in einer gewissen Rücksicht eine Aehnlichkeit hat, wirkt niemals so viel daß es deswegen als eine Gattung desselben angesehen werden könnte, sondern nur alsdenn, wenn man alle wesentliche Stücke dabey antrifft, wird es durch die noch besonders hinzukommende specifike Differenz hierzu geeigenschaftet. 2) Daraus, daß in den Gesetzen von einem Besitzungsrechte die Rede ist, folgt natürlicher Weise gar nichts, und man muß sich daher billig wundern, wie sich Schaumburg, als ein sonst helldenkender Rechtsgelehrter, hierauf hat berufen können. Wir setzen ja eben bey unserer Frage ein solches Recht voraus, und wollen nur wissen, ob es die Eigenschaft eines dinglichen Rechts habe. Dieses wird aber auch dadurch, daß in Gesetzen von einer possessione iuris, und einer solchen, quae corpore consistit, geredet wird, um so gewisser nicht erwiesen, weil, wie uns bereits bekannt ist, hierdurch lediglich zwey Arten des Besitzes angezeigt werden; gleichwie auch aus der Eintheilung des Besitzes in den rechtmäßigen und unrechtmäßigen nichts folgt, was nur mit einigem Schein für die gegenseitige Meynung angeführt werden könnte. 3) Wenn Huber und Andere sagen, daß das Besitzungsrecht ein momentanisches Recht sey, so wollen sie damit so viel zu erkennen geben, daß es mir so lange zustehe, als mein Besitz für verlohren nicht zu achten sey, hingegen ein dingliches Recht an einer Sache mir noch immer verbleibe, und wider einen jeden Besitzer sich wirksam äußere, wenn ich auch den Besitz der Sache nicht mehr hätte. Wenn aber Schaumburg von dem Pfandrechte behauptete, daß es ebenfalls ein momentanisches oder temporarisches Recht sey, so versteht er darunter ein solches, dessen Fortdauer die Interessenten nicht beabsichtiget haben, und welches auch von einem derselben dadurch, daß er dem nachkomme, was die Natur des Vertrags mit sich bringt, aufgehoben werden könne; mithin ändert er ganz offenbar die Bedeutung des Worts. Daß aber das Pfandrecht durch den bloßen Verlust des Besitzes verlohren gehe, ist bekanntermaßen ganz irrig, indem es sich vielmehr, wenn

es

es selbst nicht aufgegeben wird, gegen einen jeden Besitzer, in dessen Gewalt die Sache kommt, wirksam äußert; auch ist es der Natur eines dinglichen Rechts schlechterdings nicht zuwider, daß man bey diesem Rechte keine Fortdauer beabsichtige, da ich selbst das Eigenthumsrecht unter der Bedingung erlangen kann, daß ich nach einer gewissen Zeit dem Andern die Sache wieder zu überlassen verbunden seyn soll. 4) Das Argument, welches man von der Publicianischen Klage hernimmt, ist mehr für, als wider diese Meynung. Der Beklagte muß mir die Sache herausgeben, weil, wenn von mir erwiesen worden ist, daß ich sie unter einem rechtmäßigen Titel erworben habe, und übrigens ein guter Glaube auf meiner Seite ist, der Praetor, um mir gegen einen solchen zu helfen, der ohne rechtlichen Titel oder mit einem unredlichen Glauben die Sache besitzt, annimmt, ich hätte durch eine Verjährung, die nicht vorhanden ist, ein Eigethum daran erlangt. Bedurfte es aber wohl einer Erdichtung des Eingenthums, wenn ich wegen meines gehabten Besitzes von dem Andern die Herausgabe oder Abtretung der Sache hätte fordern können? Giebt dieses nicht einen deutlichen Beweiß ab, daß ein Besitz oder vielmehr das Recht, so aus demselben entspringt, gegen einen Dritten keine Würkung äussert, oder welches eben so viel ist, daß, wenn ein Dritter meine Sache besitzt, es mir wenig oder gar nichts hilft, wenn ich behaupte und auch beweisen kann, daß ich sie vorher besessen habe? Uebrigens aber wissen wir und es ergiebt sich auch aus demjenigen, was wir bereits gehabt haben, daß diese Klage, weil sie sich auf ein erdichtetes Eigenthum gründet, zu den dinglichen zu rechnen sey. 5) Daß die possessorischen Rechtsmittel, welche das römische Recht zur Erhaltung und Wiedererlangung des Besitzes eingeführt hat, wider einen jeden Stöhrer und unrechtmäßigen Entsetzer angestellt werden können, wollen wir gar nicht bezweifeln; allein wir müssen schlechterdings leugnen, daß hieraus die Dinglichkeit des Besitzungsrechts gefolgert werden könne; denn da die Gesetze einen solchen Stöhrer und Entsetzer wegen der Stöhrungs-

rungs- und Entsetzungshandlung, gewisse Verbindlichkeiten auflegen, und jene possessorischen Rechtsmittel darauf, daß sie sich dieser Verbindlichkeiten entledigen sollen, gerichtet sind, so gründen sich dieselben offenbar auf ein persönliches Recht, und finden eben deswegen wider einen dritten Besitzer, der an jenen Handlungen keinen Antheil hat, nicht statt, werden auch daher von den dinglichen Klagen in den Gesetzen unterschieden. Daher sagt Paulus in der L. 7. D. de vi et vi armata so: cum a te vi deiectus sim, si Titius eandem rem possidere coeperit; non possum cum alio, quam tecum interdicto experiri, und in der L. 1. §. 3. D. de interd. zeigt Ulpian die Natur der Interdicte deutlich an, wenn er sagt: interdicta omnia licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt. Hiemit vergleiche man noch den §. 1. Inst. de actionib. Irrig aber ist es 6), wenn man behauptet, daß nach dem kanonischen Rechte, dem man auch in der Praxis folge, wider jeden dritten Besitzer, der mich nicht aus dem Besitze gesetzt, sondern solchen rechtmäßig erlangt hat, die Spolienklage angestellt werden könnte, indem derselbe γ) lediglich jene gedachte Verbindlichkeit auf denjenigen, der um das Spolium gewußt hat, als er die Sache acquirirte, aus dem Grunde aus-

γ) c. 18. X. de restit. spoliat. heißt es: vnde non obstante iuris ciuilis rigore (hiermit wird L. 7. D. de vi et vi armata gemeynt) sancimus, vt si quis de caetero scienter rem talem receperit, cum spoliatori quasi succedat in vitium, contra possessorem et huiusmodi spoliato per restitutionis beneficium succurratur. Zwar beruft man sich zu jenem Behuf auf den can. 3. Causs. 3. qu. 1.; allein α) haben Mehrere bewiesen, daß dieser Canon untergeschoben sey; β) redet er gar nicht von dem spolio überhaupt, am allerwenigsten von der Spolienklage, sondern sagt nur, daß die Bischöffe, wenn ihnen unrechtmäßiger Weise etwas entzogen worden, wieder hergestellt werden sollen, welches auch auf einem andern Wege, als dem des Spolienprocesses geschehen kann, und γ) kann er gegen das neuere bestimmtere Gesetz in keinen Betracht kommen.

ausdehnt, weil er, da ihm das Spolium nicht unbekannt war, durch die Erwerbung subsequenter Antheil daran genommen hat, mithin die Spolienklage, welche wider einen solchen Dritten angestellt wird, sich auf ein, den Verbindlichkeiten, welche die Gesetze wegen dergleichen Handlungen annehmen, entsprechendes persönliches Recht gründet z). Auf die Praxis kann man sich nicht berufen, um diesen Klagen eine größere Ausdehnung geben zu wollen, da unter andern vielen Gründen, die derselben entgegen stehen, mit Recht angeführt wird, daß sie irrig und unbeständig sey a).

Von dem Besitzungsrechte, iure possessionis, ist unterschieden das ius possidendi. Nimmt man dasselbe im weitläuftigen Verstande, und überhaupt für ein Recht, eine Sache zu besitzen, oder für ein Recht auf den Besitz einer Sache, so ist es nicht nur in dem Eigenthums- und Besitzungsrechte, sondern auch in vielen andern enthalten, wie die Natur des Rechts lehrt; in der engern Bedeutung aber versteht man darunter das Recht, vermittelst einer possessorischen Imploration b), den Besitz einer Sache, welchen ich nicht gehabt habe, verlangen zu können. Nämlich der Regel nach muß derjenige welcher ein Recht behauptet, das seinen Würkungen nach, auch auf den Besitz der Sache gehet, dasselbe petitorisch, und so, daß des Gegentheils Einwendungen dagegen zugleich erörtert werden, ausführen, um letztern verlangen zu können; zuweilen aber können Umstände eintreten, die es billig machen, daß man demjenigen, welcher dergleichen Recht,

z) de CRAMER D. de restit. spoliati etc. Tom. III. Opusc. p. 91.

a) de CRAMER l. c. p. 98.

b) So wird sie genannt, weil hierbey blos über den Besitz entschieden wird, mithin der Gegner, ohngeachtet die Entscheidung wegen des Besitzes für mich ausgefallen ist, noch immer zeigen kann, daß ihm, vermöge des ihm zustehenden Rechts der Besitz gebühre.

Recht, nach welchem, wenn es gegründet ist, ihm auch der Besitz der Sache gebühret, behauptet, denselben zuerkennet; und dem Gegentheile, dessen Einwendungen gegen jenes Recht einer weitläuftigen Untersuchung bedürfen, die Ausführung derselben, um sodann auch gründlich über dasselbe urtheilen zu können, überläßt. Daher haben die Gesetze verschiedne possessorische Rechtsmittel, deren ich mich zur Erlangung des Besitzes einer Sache, den ich nicht gehabt habe, bediene, interdicta adipiscendae possessionis; eingeführt, und dadurch dem Rechte zu besitzen, in der engern Bedeutung, iuri possidendi in sensu specialiori, seine Existenz verschafft. Zu diesen interdictis adipiscendae possessionis gehören das interdictum quorum bonorum; quod legatorum; Saluianum; ex Lege finali Cod. de Edicto diui Hadriani tollendo, u. s. f. Hieraus folgt auch, daß nur in den Fällen es statt findet, in welchen die Gesetze dergleichen possessorische Rechtsmittel geben; oder mir erlauben, mich selbst in den Besitz zu setzen, indem im letztern Falle sie mir zugleich, und noch vielmehr erlauben, den Richter um den Besitz zu imploriren. Uebrigens aber ist es keinesweges der Willkühr des Richters überlassen, darüber, ob außerdem eine solche Billigkeit eintrete, zu urtheilen; denn nur die in den Gesetzen anerkannte begründet dergleichen Recht auf den Besitz der Sache, und nur die Gleichheit der Gründe kann die Willkühr des Richters rechtfertigen. Daher kann zum Beyspiel derjenige, welcher eine Expectativ auf ein Lehn hat, um die Einsetzung in den Besitz desselben nachsuchen, wenn er eventualiter damit schon belehnt ist, oder der Lehnsherr ihm die eigenmächtige Besitzergreifung erlaubt hat, und sich noch Niemand in solchem befindet, auch ihm nicht widersprochen wird; denn in beyden Fällen konnte er eigenmächtig Besitz nehmen, mithin muß er noch vielmehr den Richter um eine solche Einrichtung imploriren können. Ob aber in dem Falle, wenn ich eine Expectativ durch einen Vertrag erworben, oder mir dieselbe in einem Testament ausgesetzt worden ist, an welchem man bey der Einsicht und

Durch-

Durchlesung keinen Fehler wahrnimmt, vermöge des remedii ex L. fin. C. de Edicto diui Hadriani tollendo, nach welchem ein Erbe, welcher ein Testament ohne dergleichen sichtbaren Fehler für sich hat, auf den Besitz der Erbschaft klagen kann, den Besitz des Lehns verlangt werden könne, ist allerdings zweifelhaft.

Zum Beschluß dieser äußerst interessanten Materie, will ich noch die Gedanken des Hrn. GTR. Höpfners darüber anführen, welcher S. 255 des Commentars schreibt: Ist denn aber die Possession nicht eine fünfte Gattung des dinglichen Rechts? — Darüber ist ein großer Streit geführt worden, und ob die Frage gleich eine bloße Schulfrage ohne praktischen Nutzen ist (S. 351), so kann ich sie doch nicht mit Stillschweigen übergehen. Man bemerkt also: daß die Frage a) nicht von der Possession selbst, auch b) nicht vom Recht zu besitzen (iure possidendi), sondern vom Recht des Besitzes (iure possessionis) sey. Der Besitz ist, wie wir wissen, physisches Vermögen, über eine Sache zu disponiren, ist also gar kein Recht, und folglich auch kein dingliches. Das Recht zu besitzen ist ein Theil der meisten dinglichen Rechte. Wer z. B. Eigenthümer einer Sache ist, hat auch das Recht sie zu besitzen. Auch davon ist keine Frage; sondern dieß ist der Sinn der Streitfrage: ist das ius possessionis ein ius in re; das heißt, gehört es zu den Possessionsvortheilen, daß man um des Besitzes willen gegen Jeden Klage anstellen kann? Um dieses zu beantworten, bemerke man ferner: aus dem Grunde allein, ich habe die Sache besessen, kann ich nicht gegen jeden jetzigen Besitzer klagen, daß er sie mir herausgebe. Ich muß zeigen, daß sie mir als ein Erbstück, oder eigenthümlich gehöre, oder verpfändet worden sey. In so weit ist also das Possessionsrecht kein ius in re. Indessen da doch der Besitzer gegen Jeden, der ihn aus dem Besitze setzt, oder darinn stört, klagen kann, so läßt sich in dieser Rücksicht wohl sagen, daß die Possession ein ius in re sey. Nach dem

kanonischen Rechte ist das Possessionsrecht den dinglichen Rechten noch näher gebracht worden; denn wenn ich spoliirt, das ist, meines Besitzes auf eine ungerechte Art beraubt werde, so kann ich nach dem c. 18. X. de restit. spoliat. jeden Besitzer, der von dem Spolium Wissenschaft hat, belangen, daß er mir die Sache herausgebe. Ein völliges ius in re ist aber deswegen das Possessionsrecht nicht geworden; denn a) wenn ich den Besitz durch einen Zufall verliere, z. E. ich verliere die Uhr aus der Tasche, so kann ich aus dem Grunde, ich habe die Sache besessen, nicht gegen jeden Besitzer klagen. Auch b) kann der Besitzer, wenn er vom Spolium keine Wissenschaft hat, nicht belangt werden. — Will man den Besitz, der mit gutem Glauben, und einem gerechten Titel verbunden ist, und eine Realklage wirkt, unter die dinglichen Rechte zählen, wie manche thun, so habe ich auch nichts dagegen.

§. 182.

Wir wissen, was Possessionsrechte genennt werden, und welche Besitzer natürliche Besitzer heißen; es fragt sich nun, ob diese ebenfalls Possessionsrechte haben? Damit man durch die Gesetze nicht irre geführt werde, ist beständig auf den Unterschied solcher Possessionsrechte Rücksicht zu nehmen, welche jeder Besitzer hat, und die man folglich gemeine Possessionsrechte nennt. Davon müssen diejenigen unterschieden werden, die einzig und allein mit dem Civilbesitz verbunden sind. Alle Arten von Possessionsrechten dieser letzten Gattung hat kein possessor naturalis, und darauf gründet sich die Verordnung der Gesetze c), daß kein natürlicher Besitzer befugt seyn soll, die im Besitz habende Sache zu verjähren, ja selbst

c) I. 1. C. commun. de vsuc. L. 13. pr. D. de vsurp. et vsucap.

selbst in dem Falle nicht, wenn er den Besitz mit der Absicht des Eigenthums ausüben sollte; jedoch kommt es hierbey zugleich darauf an, ob die Gesetze diese Absicht des Besitzers verwerfen, und den Besitzer nur für einen natürlichen Besitzer gehalten wissen wollen. Als Beyspiel kann der Besitz der Frau angesehen werden, den sie über die ihr von ihrem Manne geschenkten Sachen ausübt. Diesen erklären die Gesetze [d]), so lange der Mann lebt, nur für einen natürlichen Besitz, und für keinen Civilbesitz, folglich soll sie auch die geschenkte Sache jetzt nicht verjähren können. Nach dem Willen der Gesetze [e]), darf der natürliche Besitzer, weder von dem Interdict vti possidetis noch vtrubi Gebrauch machen, da solche nur zum Besten eines Civilbesitzers eingeführt worden.

Andere Grundsätze treten aber alsdenn ein, wenn von solchen Possessionsrechten die Rede ist, welche man gemeine Possessionsrechte nennt; von diesen kann auch der natürliche Besitzer Gebrauch machen, wie schon der Name zu erkennen giebt, da ihm doch eine Art des Besitzes zusteht. Das Wichtigste dieser Rechte ist der Vortheil, daß ihm sein natürlicher Besitz von Niemanden durch Privatgewalt genommen werden darf, und es steht ihm in dergleichen Fällen eben so gut wie dem Civilbesitzer das Recht zu, seinen zeither ausgeübten Besitz mit Gewalt zu behaupten, und gegen jede Störung zu vertheidigen; daher er auch von dem Gebrauch des Interdicts vnde vi schlechterdings nicht auszuschließen ist [f]). Ein wichtiger Vortheil des natürlichen Besitzes ist ferner der, daß ein

d) L. 26. pr. D. de donat. inter vir. et vxor. L. 1. §. 4. L. 16. D. de acquir. vel amitt. poss. L. 13. §. 1. D. de petit. hered. L. 1. §. 2. D. pro donato.

e) L. 9. D. de rei vindic. L. 3. §. 18. D. vti possid. L. 31. §. 4. de vsurp. et vsuc.

f) L. 1. §. 9. 10. 27. L. 3. §. 13. D. de vi et vi arm. L. 1. C. vnde vi.

solcher Besitzer in gewissen Fällen das Retentionsrecht ausüben darf.

Wenn der Begriff des Worts Besitz vollständig aus einander gesetzt werden soll, so muß auch von der so genannten possessio vel quasi oder der Quasipossession etwas bemerkt werden. Verschiedne Rechtslehrer theilen nämlich den Besitz, nachdem der Gegenstand desselben eine körperliche oder unkörperliche Sache ist, in den eigentlichen oder wahren, und den uneigentlichen, analogischen, oder Quasibesitz ein. Andere Rechtslehrer g) erklären diese Eintheilung für falsch, weil 1) der so genannte wahre Besitz weiter nichts sey als der Besitz überhaupt, und keine specifike Differenz, wodurch er zu einer besondern Gattung desselben gemacht werde, enthalte. 2) Werde schon, vermöge des Begriffs, der mit dem Wort Besitz verknüpft wird, ein physisches Vermögen, über eine körperliche Sache disponiren zu können, erfordert, folglich lasse sich kein Besitz, mithin auch keine Gattung desselben, ohne eine körperliche Sache denken. Ob man nun gleich, wie S. 284 bemerkt worden, dasjenige, was bey körperlichen Sachen statt findet, der Analogie wegen auch auf die unkörperlichen angewendet hat, und daher auch, wenn gleich erst in spätern Zeiten, bey Gerechtsamen einen Besitz annahm, so hat man doch das Wort, quasi dazu gesetzt, um dadurch zu verstehen zu geben, daß der Begriff des Besitzes nicht völlig anwendbar sey. Die Benennung quasi possessio kommt vor in der L. 10. D. si seruit. vindic. in der L. 3. §. 17. D. de vi et vi armata, im Pr. Inst. de interdict. Die Partikel quasi ist der unterscheidende Charakter, dessen sich die römischen Rechtsgelehrten bedienten, wenn sie von dem eigentlichen und ursprünglichen Sprachgebrauche abwichen, um hierdurch zu erkennen zu geben, daß zwar dasjenige, was die Benennung mit sich bringt, eigentlich nicht vorhanden sey, allein doch

g) Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 4. S. 266.

doch etwas ähnliches. Unsere Rechtsgelehrten haben den Gebrauch noch weiter ausgedehnt, und oft ganz unrichtig, wie der Ausdruck Quasicontract, Quasidelikt (Thl. 1. S. 26) beweißt h).

Was versteht man aber unter dem Quasibesitz? Einige Rechtslehrer i) sagen: er besteht in dem physischen Vermögen, ein Recht auszuüben. Nach des Hrn. RR. Eichmanns Behauptung, ist dieses nicht hinlänglich, sondern es wird mehr dazu erfordert. Ich behaupte z. B. schreibt er, daß mir das Recht, über des Andern Grundstück zu fahren, zustehe, habe mich auch mehrmals mit meinem Fuhrwerk, neben diesem Grundstück, auf meinem Grund und Boden befunden, so daß ich ohne Hinderniß darüber hätte fahren können. Hier habe ich ohne Zweifel das physische Vermögen gehabt, jenes Recht auszuüben, und doch kann nicht gesagt werden, daß ich mich in dem Quasibesitz desselben befinde, wenn ich nicht wirklich darüber gefahren bin. Wenn ich mich auf meinem Gute befinde, Flinten und alles andere habe, was zum Jagen erfordert wird, auch sogar von hier aus Haasen auf des Nachbars Felde schießen kann, oder es ist Niemand vorhanden, der mich hindert, in der Gegend um mein Gut herum zu jagen, so habe ich ebenfalls das physische Vermögen, das Jagdrecht auszuüben, und gleichwohl befinde ich mich nicht in dem Quasibesitz desselben. Es besteht daher der analogische oder der Quasibesitz in der Ausübung oder in dem Gebrauche eines Rechts, einer Befugniß oder Gerechtsame k);

h) LINCK D. de Syncategorematis *quasi* vsu iuridico, Altorf. 1675. Chr. Gottfr. HOFFMANN D. de significatione et vsu particulae *quasi* in iure romano. Frf. 1727. Io. Dau. DIETRICH D. de genuina *quasi* notione iuridica, Gött. 1740.

i) NETTELBLADT l. c. §. 837. Herr GR. Höpfner im Comment. §. 282.

k) L. 10. D. si seruit. vind. L. 3. §. 17. D. de vi et vi arm.

denn nur in Ansehung dieser und nicht anderer unkörperlicher Dinge hat man einen Quasibesitz angenommen. Wenn wir gleich beym Theophilus Pr. Inst. de interd. folgenden Begriff vom Quasibesitz finden: ἀσωμάτε πράγματος χρῆσιν, rei incorporalis vsum, so beweißt dennoch seine folgende Erklärung, daß er unter rebus incorporalibus eigentlich Gerechtsame verstehen wollen. Hätte daher z. B. Sempronius gegen mich eine Reivindicationsklage angestellt, und Cajus nimmt eben diese Sache als die seinige in Anspruch, so brauche ich mich nicht mit beyden in zwey Processe einzulassen, sondern Cajus muß interveniren. In diesem Falle kann nun Ersterer nicht einwenden, daß er bereits Gebrauch von der Klage gemacht habe, folglich in einem Quasibesitz derselben sey. Uebrigens nahm man den Quasibesitz der Gerechtsame um deswillen in Rechten an, weil es billig ist, daß, wenn sich Jemand in der Ausübung eines Rechts befindet, oder er wohl gar diesen Gebrauch so lange fortgesetzt hat, als die Verjährung eintritt, er in Gemäßheit derjenigen Rechtssätze, die bey dem Besitze körperlicher Sachen gelten, in jenem Falle wenigstens so lange, bis ein Anderer sich besser dazu legitimirt hat, geschützt, in diesem aber, nämlich nach vorhandener Verjährung, ihm das Recht selbst zugesprochen werde, indem der Gebrauch oder die Ausübung einer Befugniß, mit der Handlung, wodurch ich das physische Vermögen erlange, über eine körperliche Sache disponiren zu können, eine große Aehnlichkeit hat. Es scheint daher eine Grille zu seyn, daß deswegen bey Gerechtsamen ein Quasibesitz angenommen worden sey, weil die Handlungen, wodurch Gerechtsame ausgeübt werden, in die Sinne fallen, und also insofern wenigstens sich hierbey etwas Körperliches denken lasse. Uebrigens aber bringt es der Begriff vom Quasibesitz mit sich, daß die Ausübungshandlungen in der Meynung unternommen worden seyn müssen, daß man dazu befugt und berechtigt sey, weil nur bey dieser Voraussetzung gesagt werden kann, daß man eine Befugniß und Gerechtsame habe ausüben oder

brauchen

brauchen wollen [1]). Wenn ich daher, weil ich weiß, daß mir der Eigenthümer aus Freundschaft es erlaubt hat, und nicht in der Absicht eine Fußsteigsgerechtigkeit ausüben zu wollen, über seinen Grund und Boden gehe, so kann ich in der Folge, wenn ich diese Servitut zu haben wünsche, mich auf die geschehene Handlung des Durchgehens nicht berufen, um wenigstens im Quasibesitz geschützt zu werden. Ueberhaupt sind auch hier Handlungen, die heimlich, oder bittweise, oder mit Gewalt vorgenommen worden, vermöge der von dem Besitze hergeleiteten Analogie, gar nicht so beschaffen, daß sie Jemanden einen rechtmäßigen und in Gesetzen bestätigten Quasibesitz verschaffen könnten. Es kommt also hier alles darauf an, die Beschaffenheit dieser Ausübungs- oder Gebrauchshandlungen hinlänglich zu charakterisiren. Man muß zu dem Ende zwischen affirmativischen Gerechtsamen, das ist, solchen unterscheiden, vermöge welcher ich verlangen kann, daß der Andere etwas leiden, oder auch thun soll, und negativischen, worunter diejenigen gemeynt sind, vermöge welcher man von dem Andern fordern kann, daß er etwas unterlassen oder nicht thun soll. Gerechtsamen der ersten Art werden ausgeübt, wenn man dasjenige thut, was der Andere leiden und sich gefallen lassen soll, oder der Andere thut das, was er vermöge meiner Gerechtsame thun soll. So übt man z. B. die Fahrwegsgerechtigkeit aus, wenn man über des Andern Grund und Boden in der angeführten Absicht wirklich gefahren ist. Man übt die Bierzwangsgerechtigkeit aus, wenn man von gewissen Personen verlangt, daß sie ihr Bier bey mir kaufen sollen, und sie thun es auch wirklich. Gerechtsamen der letztern Art übe ich aus, wenn ich dem Andern zu erkennen gebe, daß er dasjenige, was die Natur und Beschaffenheit der Gerechtsame mit sich bringt, unterlasse, und er handelt gleich wohl meiner Erklärung nicht entgegen, oder er weiß, daß ich mir eine solche Ge-

1) Arg. L. 41. D. de acquir. poss.

rechtsame gegen ihn anmaße und gleichwohl schweigt er dazu stille. Dieser Fall würde z. B. eintreten, wenn ich gegen meinen Nachbar behauptete, daß er in seiner Wand, nach meinem Garten zu keine Fenster machen lassen dürfe, weil mein Grundstück dieses Recht habe; er läßt es dabey bewenden, und nimmt nichts vor, was dieser Gerechtsame widerspricht. Hier erlange ich den Quasibesitz der behaupteten Gerechtigkeit [m]).

Zu der Lehre vom Besitz überhaupt, gehört auch die Erklärung des Satzes, der in Gesetzen [n]) oft vorkommt, und gewöhnlich folgendergestalt ausgedrückt wird: nemo sibi ipsi potest causam possessionis mutare. Es wird zwar der Ausdruck causa possessionis in verschiedenem Verstande genommen; denn bisweilen heißt causa possessionis so viel als der Rechtstitel, zuweilen aber auch das Recht, warum Jemand etwas besitzt, es mag ein ius in re oder ad rem seyn [o]); man sieht aber doch auch aus den Gesetzen, wo diese Regel vorkommt, daß hier dadurch der Gedanke ausgedrückt werden soll: ein Besitzer, der bereits eine Art des Besitzes habe, könne zum Nachtheil seines Gegners durch seinen bloßen Willen keine andere Art des Besitzes auszuüben anfangen, um Vortheile davon zu ziehen. Eben deswegen geht es nicht an, daß ein Besitzer die bloße Detention in den Besitz im Rechtsverstande, auf diese Art verwandeln, oder aus seinem zeitherigen natürlichen Besitze den bürglichen machen könnte. In der L. 19. §. 1. D. de acquir. poss. heißt es: quod scriptum est apud veteres, *neminem sibi causam possessionis mutare posse*, credibile est, de eo cogitatum, qui corpore et

m) Herr MR. Eichmann a. a. O. S. 271.

n) L. 3. §. 19. 20. D. de acquir. poss. L. 19. §. 1. D. eod. L. 6. §. 3. D. de precario. L. 6. C. de adquir. vel ret. poss.

o) L. 3. §. 4. D. de acquir. poss. Nettelbladt Syst. elem. iur. posit. p. 319. Idem in introd. in iurispr. posit. §. 826. 827. Herr GR. Höpfner im Comment. §. 282. S. 251.

et animo poſſeſſioni incumbens, *hoc ſolum ſtatuit*, vt alia ex cauſſa id poſſideret. Dieſen Grundſätzen gemäß erlangt mein Pachter, der blos einen natürlichen Beſitz der gepachteten Sache hat, dadurch, daß er ſich entſchließt, nunmehr die gepachtete Sache als die ſeinige zu beſitzen, keinen bürgerlichen Beſitz. Cajus hat die Uhr, die ich bey dem Sempronius habe liegen laſſen, mitgenommen, um mir ſolche zuzuſtellen; da ich ſie aber nicht bey ihm abholen laſſe, ſo fällt ihm ein, ſie als ſein Eigenthum zu behalten, ohne mir etwas davon zu ſagen. Da ich die Uhr nach einiger Zeit verlange, verweigert er mir ſolche, unter dem Vorwande, ſie gehöre ihm zu. In dieſem Falle kann er ſich, wenn ich ihn gerichtlich belangt habe, auf keine Verjährung berufen; weil er ſeine bloße Detention, worauf man keine Verjährung gründen kann, durch ſeinen alleinigen Vorſatz ſchlechterdings in keinen bürgerlichen Beſitz verwandeln konnte. Ganz anders verhält ſich die Sache, wenn ein neues factum dazu kommt, das eine ſolche Veränderung zu verurſachen im Stande iſt; denn durch ſolches wird die bloße Detention in einen Beſitz im engern Verſtande, oder der natürliche Beſitz in den bürgerlichen umgeändert. Daher heißt es in dem bereits angeführten Geſetz: non ſi quis dimiſſa poſſeſſione prima, eiusdem rei denuo ex *alia* cauſſa poſſeſſionem nanciſci velit. Unter dieſe facta gehört 1) der Umſtand, wenn ich dem Andern zu deſſen Nachtheil die Veränderung geſchieht, deutlich zu erkennen gebe, daß mir die Art des Beſitzes, der auf dieſe Weiſe entſtehen ſoll, zuſtehe, und er läßt mich den behaupteten Beſitz fortſetzen, ob er gleich gar nicht damit zufrieden iſt. Hier verſchafft das Wiſſen und Stillſchweigen dieſer ſeiner Behauptung die angeführte rechtliche Würkung, oder macht das neue factum aus p). Hätte ich alſo eine Sache z. B. zeither als Depoſitar oder Pachter beſeſſen, nunmehr erkläre ich aber dem Deponenten oder Verpachter, welcher dieſe Sache zurück verlangt, ich

p) Herr GJR. Weſtphal a. a. O. §. 80.

ich könne ihm die Sache nicht zurückgeben, könne kein Pachtgeld bezahlen, weil die Sache mir eigenthümlich gehöre, und jene Personen beruhigen sich dabey, lassen mich auch den zeitherigen Besitz weiter fortsetzen, so wird solcher in einen bürgerlichen verwandelt, und ich kann darauf sogar die Verjährung anfangen und vollenden, wenn der gute Glaube dazu kommt. Das nämliche kann bey einem bloßen Detentor vorgehen. Für ein solches hieher gehörendes Factum ist es 2) noch mehr zu halten, wenn der Eigenthümer oder derjenige, welcher den Rechten nach mir die andere Art des Besitzes überlassen kann, sogar seine Einwilligung zu einer solchen Veränderung des Besitzes giebt. In der L. 33. §. 1. D. de vsurpat. et vsuc. heißt es von diesem Falle: quod vulgo respondetur, *ipsum sibi causſam possessionis mutare non posse*, totiens verum est, quotiens qui sciret, se bona fide non possidere et lucri faciendi causſa inciperet possidere: idque per haec probari posse, si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non erat, possidebit pro possessore: sed si eundem a domino emerit, incipiet pro emtore possidere. Idemque iuris erit, etiamsi a non domino emerit, cum existimaret, eum dominum esse. Idem hic si a domino heres institutus fuerit, vel bonorum eius possessionem acceperit, incipiet fundum pro herede possidere. Hoc amplius, si iustam causſam habuerit, existimandi, se herdem vel bonorum possessorem domino extitisse, fundum pro herede possidebit. Die L. 3. §. 20. D. de acquir. poss. aber sagt: sed si ei, qui apud me deposuit vel commodauit, eam rem vendiderit mihi vel donauerit, non videbor causſam possessionis *mihi* mutare, quia ne possidebam quidem. Dieser Grund taugt nichts. Man nehme also den Fall an, der Miethmann, der Depositar, der bloße Detentor, der Usufructuar, der Pfandinhaber, haben die zeither besessene Sache vom Eigenthümer gekauft. Jetzt wird die zeitherige Detention oder der natürliche Besitz, mit deutlicher Einwilligung des Eigenthümers,

thümers, in einen bürgerlichen Besitz umgeändert, und dieses mit Recht. Noch gehört 3) der Fall hierher, nämlich es kommt ein neues factum vor, wenn ich Jemanden in gutem Glauben für diejenige Person halte, die das Recht habe, mir eine Art des Besitzes zu überlassen, und ich erhalte auch nun wirklich mit ihrem Willen den Besitz, ob sie gleich nicht dazu berechtigt war; denn die Unwissenheit einer fremden Handlung schadet hier dem Besitze selbst nicht, sondern wird entschuldigt, aber freylich leidet das Recht des Dritten nicht dadurch q). Wenn ich daher z. B. eine Sache, von der ich bisher als bloßer Detentor oder natürlicher Besitzer, Inhaber gewesen bin, von demjenigen kaufe, welcher sich für den Eigenthümer ausgiebt, und welchen ich auch dafür halte, der es aber nicht ist, so wird dennoch mein voriger Besitz in einen bürgerlichen verwandelt. Mehr von dieser Materie bey der Lehre von der Verjährung, wo sie eigentlich hingehört.

Wer die zeither zur Erläuterung dieses achten Titels vorgetragenen Wahrheiten zu beurtheilen im Stande ist, weiß es, daß sie fast in der ganzen Privatrechtsgelehrsamkeit ihre Anwendung finden, wie wir in der Folge sehen werden.

q) L. 33. §. 1. D. de vsurp. et vsucap. verb. idemque iuris erit.

Lib. I. Tit. IX—XXII.

de

Senatoribus et officio Magistratuum Romanorum.

§. 183.

Mit diesem neunten Titel des ersten Buchs der Pandekten, kommen wir zu Grundsätzen der Rechtsgelehrsamkeit von einer ganz andern Beschaffenheit; denn sie gehören zu der Materie von der Art und Weise, wie in einem Staate die richterliche und obrigkeitliche Gewalt gebraucht werden muß, um jeden Menschen bey seinem Rechte zu schützen. Wenn auch die Vernunft den rohen Menschen nicht so gleich auf die Richtigkeit des Satzes führet, daß aus der Selbsthülfe das größte Unglück in der Welt entstehen muß, so hat wenigstens die Erfahrung die Menschen bald davon überzeugt, und keine Nation gab sich deswegen so viel Mühe die Selbsthülfe zu verhindern, als die Römer.

Je mächtigere Bürger ein Staat hat, desto größer ist die Nothwendigkeit, auf die Selbsthülfe die größte Strafe zu setzen. Diese Vorsicht lernten besonders die Römer, nach einer traurigen Erfahrung der bürgerlichen Kriege, da es unter der Republik Bürger gab, die mehr Sclaven hatten, als viele unserer heutigen Regenten. Ein reicher Römer setzte den Kaiser August zum Erben ein, bat aber in seinem Testament, der Kaiser möchte sich die geringe Anzahl seiner Sclaven (17000) gefallen lassen, da er in den bürgerlichen Kriegen mehr als dreymal so viel verloh-ren habe. Nach den römischen Gesetzen [a]) war jede Selbst-

a) L. 13. §. 3. D. de vsufr. L. 176. D. de reg. iur. L. 14. C. de iudaeis L. 13. D. quod met. cauf. L. 3. §. 2. D. quod legat,

Selbsthülfe auf das schärfste verboten, und sogar bloße Drohungen mit der Selbsthülfe sind unerlaubt; daher in dergleichen Fällen derjenige, dem mit der Selbsthülfe gedroht worden, nach Gelegenheit der Umstände auf Sicherheitsbestellung dringen kann, wovon der Besitz unbeweglicher Güter der Regel nach nicht befreyt [b]). Wie unglücklich ein Staat werden kann, wo die Selbsthülfe erlaubt ist, oder wenigstens gebraucht wird, hat Teutschland in den ältern Zeiten, leider nur zu sehr erfahren, und wie traurige Beyspiele hiervon kann man aus unsern Zeiten anführen. Als Teutschland Jahrhunderte lang, unter dem alles verheerenden Faustrechte seufzte, war es keiner Verbindung einer gesitteten bürgerlichen Gesellschaft ähnlich, sondern einer Mördergrube. Dieses Unwesen hatte so viel Gewalt bekommen, daß man sich sogar genöthigt sahe, der Selbsthülfe und den Befehdungen eine gesetzliche Form vorzuschreiben, damit sie wenigstens einigermaßen unschädlich werden sollten. Hiervon belehren uns die Gesetze [c]) aus jenen Zeiten. Kaiser Maximilian I. war endlich so glücklich, dem teutschen Reiche durch Einführung des Landfriedens Ruhe zu verschaffen, zu welchem Ende das Reichskammergericht im J. 1494 eingeführt, und Teutschland im J. 1500 und 1522 in Kreise eingetheilt wurde, welcher Landfriede

legat. L. 7. et fin. D. ad Leg. Iul. de vi priu. L. 2. C. vt nemo priuat. L. 14. C. de iud. L. 4. C. fin. regund. L. 9. C. de obl. et act. L. 34. C. de locat. cond. L. 9. C. sol. matr. L. 5. C. de legat. L. 7. C. vnde vi. L. 5. C. ad Leg. Iul. de vi publ. AVTH. item qui domum morib. C. de sepulchro viol. AVTH. sed neque ante nou. dies. *ibid.*

b) LEYSER Spec. 553. med. 17. de BOEHMER ad Art. 176. C. C. C.

c) Gedoppelter Landfriede Kaiser Friedrichs I. in der Neuen Sammlung der Reichsabsch. Thl. 1. S. 5. Friedebrief Kais. Friedrichs I. vom J. 1187. Gold. Bulle, Cap. 17. Reichsabsch. v. 1442. §. 1. Hr. von Gehlenschlager in der Erl. der gold. Bulle, S. 123. des Urkundenbuchs Nr. 48.

friede in der Folge oft bestätigt worden ist [d]). In allen diesen Gesetzen ist verordnet, es dürfe Niemand dem Andern Gewalt anthun; wer behaupte, er habe an Jemanden eine gegründete Anforderung, der solle diese Forderung dem gehörigen Richter anzeigen, und durch ihn allein Hülfe suchen. Die Strafen der Selbsthülfe sind verschieden, je nachdem mancherley größere oder geringere Verbrechen dadurch begangen worden. Außer der peinlichen Strafe, setzte das römische Recht [e]) fest: 1) der Gläubiger, welcher seine Forderung selbst eintreibt, soll solche verlieren. 2) Derjenige, der den Andern aus dem Besitz einer Sache vertreibt, die er für sein Eigenthums ausgiebt, soll zur Strafe dieses Eigenthum verlieren. 3) Wer dem Besitzer eine fremde Sache mit Gewalt wegnimmt, soll den Werth derselben bezahlen.

Unsere Rechtslehrer streiten darüber, ob diese Vorschriften des römischen Rechts in Teutschland gelten oder nicht. Mehrere behaupten es, und der Hr. RR. Danz führt S. 9 seines ordentlichen Processes folgende Gründe dafür an, nämlich: 1) weil das römische Recht im Ganzen angenommen worden, und folglich für die Gültigkeit der einzelnen darinn enthaltenen Vorschriften eine rechtliche Vermuthung streite. 2) Haben die Reichsgesetze [f]) in mehrern Stellen offenbar

d) R. A. v. 1521. 1522. 1548. 1551. 1555. §. 12. C. C. G. O. Thl. 2. Tit. 10. N. R. A. §. 393. Westph. Friede Art. 17. §. 7. Wahlcapit. Art. 2. §. 3. Art. 15. §. 6. 8. Art. 16. §. 1. 5.

e) L. 13. D. quod met. cauſ. L. 7. D. ad Leg. Iul. de vi priuat. L. 7. C. vnde vi.

f) C. G. O. von 1521. Tit. 32. §. 3. (N. Samml. der R. A. Thl. II. S. 191) R. A. v. 1532. Tit. 3. §. 15 (Ebendaſ. S. 359). Auch in dem Landfrieden von 1548 sowohl, als in der C. G. O. Tit. 3. §. 15. cfr. Tit. 10. wird bey Bestimmung der Strafen des Landfriedensbruches Thl. 2. Tit. 9. §. 5 in den Worten „zusammt andern Pönen“ und „auf die Pön der Rechten“ auf diese Strafen der Selbsthülfe hauptsächlich gezielet.

offenbar auf die Verordnung jener römischen Gesetze Rücksicht genommen, und solche ausdrücklich bestätigt. 3) Die Reichsgerichte selbst sprechen darauf [g]); und 4) bezeugen die bewährtesten Rechtsgelehrten den wirklichen Gebrauch [h]).

Auf diese Gründe antwort Hr. HR. Claproth in seinem ordentlichen Proceß, Thl. 1. S. 10 der dritten Ausgabe folgendes: Was 1) das röm. Recht betrifft, so ist dieß nur so weit angenommen, als die teutsche Verfassung nicht gerade widerspricht. Nun aber habe ich im folgenden Paragraphen gezeigt, daß bey den Teutschen die Selbsthülfe nicht so sehr verhaßt gewesen sey; und es erhellet schon aus dem bereits Bemerkten, daß der sonst so gerechte Einhalt, den ihr das römische Recht thut, in der Macht der römischen Bürger seinen Grund habe. 2) Ist vorläufig zu merken, daß die Stelle der C. G. O. von 1521. Tit. 32. zuerst in dem Landfrieden von 1474. §. 1. und in dem nachherigen Landfrieden vorkommt, mithin von den gröbsten Gewaltthätigkeiten, z. B. von überziehen, belagern, berauben, befechten, bekriegen, fahen, Schlos oder Befestigung absteigen, mit Mord und Brand beschädigen, zu verstehen sey. Dann hat sich vieles in die teutschen Gesetze durch Unkunde der Verfasser, welche die römischen

g) TAFINGER Inst. iurispr. tamer. §. 562. Chr. Sigm. HOFMANN D. sistens positiones ex diuers. iure, Giss. 1729. posit. 26 pag. 10. Ein neueres merkwürdiges Beyspiel erzählt Joh. Aug. Reuß in der teutschen Staatskanzley, Theil 22. Abschn. 9. S. 348.

h) KOCH Instit. iur. crim. §. 241. ibique citati. MEVIVS P. I. Dec. 95. P. IV. Dec. 220. P. V. Dec. 156. EISENHARDT D. de poena legibus Romanis aduersus vindictam priuatam sancita in foris adhuc. recepta, Helmst. 1787. I. H. BOEHMER D. de poena ius sibi dicentis sine iudice, c. 2. de LYNCKER in praescriptionibus public. Viennae 1723. 8. praeser. VII. Gebr. Overbeck in den Meditat. Thl. 1. Med. 51. S. 352 der 3ten Ausgab. Orths Rechtshändel, Theil 6. Abh. 5. Wehren von gerichtl. Einwend. Leipz. 1790. 8. §. 63.

schen Lehrsätze auf die ungereimteste Art auf die teutsche Verfassung angewendet haben, eingeschlichen; so gar daß man es sich hat beyfallen lassen, die Beysitzer das Cammergerichts mit den römischen Senatoren zu vergleichen i). Daß die Leute zu der Zeit nicht wußten, wo sie zu Hause gehörten, davon ist nichts überzeugender, als daß in der C. G. O. von 1471. die Orientalischen Kaiser die Vorfahren der Teutschen genannt, auch die Sporteln des römischen Rechts beybehalten, jedoch im R. A. von 1498. §. 30. wieder abgeschafft sind. Dem sey aber, wie ihm wolle, so ist doch in der neuen Cammergerichtsordnung von 1555 Theil 2. Tit 21. diese Stelle ganz weggelassen, und der Erinnerung der Stände in den Cameralzweifeln k) ohngeachtet, giengen die Schlüsse des Cammergerichts dahin, daß das, was im römischen Gesetzbuche enthalten sey, ganz sicher in der Ordnung ausgelassen werden könne. Nach dem gleich darauf folgenden 22 Titel verliert derjenige, welcher mittelst ungesetzmäßigen Arrests, welcher doch eine sehr sichtbare Selbsthülfe ausmacht, sich selbst Recht schafft, seine Sache keinesweges. Wie? wenn auf den Landfriedensbruch selbst, der Verlust der Güter nicht schlechterdings gesetzt ist, sondern sie sämmtlich dem Friedensbrecher zurückgegeben werden müssen, wenn er dem Beleidigten Genugthuung verschafft; folgt daraus nicht deutlich: daß die Teutschen nie an den Verlust der Güter gedacht haben? Von nicht geringerem Gewicht ist das Stillschweigen der besondern Proceßordnungen, die aus der Cammergerichtsordnung, als ihrer Hauptquelle, hergenommen sind l); vielmehr ist schicklicher in den neuern Proceßordnungen, allen die sich unerlaubte Selbsthülfe erlauben, eine außerordentliche Strafe ange-

i) C. C. G. O. Thl. 1. tit. 1. Prooem.

k) Beym Hrn. v. Ludolf de iure cam. in app. S. 11. 12. DENAISIVS de iure cam. bey dem Worte: possessio, tit. 221.

l) Reichsdep. Absch. von 1600. §. 15. C. C. G. O. II, 31. 9. N. R. A. §. 137.

angedrohet [m]). Wenn die Selbsthülfe mit einem Mißbrauche der anvertrauten Gewalt verknüpft ist, so wird die Strafe hiernach erhöhet; z. B. wenn ein Richter in seiner eigenen Sache thätlich zufährt. 3) Kann auch in einer so häufig vorkommenden Materie, das eine oder andere Beyspiel, keine Observanz ausmachen. Nach der Erzählung des Hrn. von Cramer [n]), hat das Capitel einen Grafen mit bewaffneter Hand aus einem Gute gesetzt, welches der vorige Bischoff und der größte Theil des Capitels demselben zu Lehen gegeben hatte, weil sie dieses für eine ungültige Veräußerung ansahen. Es ist aber die Sache wie ein bloßes Spolium angesehen, und nicht auf den Verlust des Anspruchs oder Erstattung des Werths erkannt worden [o]). 4) Werden die Rechtsgelehrten so oft, durch eine gar zu große Liebe zum fremden Rechte hingerissen. Und was für Ansehen haben sie denn? Nicht das Zeugniß der Gelehrten, sondern der wirkliche Gerichtsgebrauch bestimmt die Observanz. Daß aber diese fehle, lehrt die tägliche Erfahrung; denn nicht einmal oder zweymal geschieht es, daß Jemand gegen diese römischen Gesetze handelt; sondern alle Augenblicke kommt ein solcher Fall vor; und doch läßt sich kein einziger Fall anzeigen, wo der Gläubiger seine Forderung,

m) Calenb. Canzl. Ord. tit. 37. §. 9. CARPZOV P. IV. Const. 35. Def. 11. 12.

n) v. Cramers Nebenstunden, Thl. 1. Abh. 2.

o) BEHRENS in Diss. de moderno vsu Const. pac. publ. c. 5. §. 10 — tanta igitur difficultate obuia, recurres fortassis ad alias poenas praeter bannum occurrentes, qualis est e. g. poena L. 7. C. vnde vi. Verum ex identitate rationis, hanc quoque poenam frustraneam censeo. Nam etsi non huiusmodi supplicationum exempla exhibita legantur apud BLVMIVM et HOFFMANN. in Suppl. camer., quas inter in causa *Biebrestel* contra *Fuld* de 1567. d. 13 Aug. talis citatio decreta extat apud BLVMIAM Tit. 18. n. 31., tamen, cum non de libellis aduocatorum, non de decretis processibus, sed de sententia loquamur, quae sola affert celebritatem actioni, condemnationem ad praespriptum dictae legis secutam nullibi leges.

oder der, welcher den andern wegen eines Anspruchs an der Sache eigenmächtig aus dem Besitze verdrängt hat, seine Sache verlohren hätte, oder deren Werth bezahlen müssen, und über dieses unehrlich geworden wäre. So ist es z. B. im römischen Rechte p) verordnet, daß der Pachter, oder der, welchem eine Sache nur nach Willkühr des Leihers übergeben ist, die Sache nebst dem Werthe erstatten soll, wenn er nach geendigter Pachtzeit die verpachtete, oder ihm widerruflicher Weise eingeräumte Sache, ohne rechtmäßige Ursache der Zurückbehaltung nicht räumen will. Nichts kommt heutiges Tages häufiger vor, als dergleichen Fälle, und doch weiß man von Bezahlung des Werths nicht das Geringste. Hierzu kommt noch 5), daß wegen Verschiedenheit der öffentlichen Verfassung die fremden Strafgesetze nur mit äußerster Sorgfalt angewendet werden dürfen. Und wenn ich gleich 6) zugeben wollte, daß meine Meynung zweifelhaft sey, so ist doch ausgemacht, daß in Strafsachen die gelindere Meynung, der härtern allezeit vorzuziehen sey.

Offenbare unerlaubte Selbsthülfe muß der Richter von Amtswegen zu verhindern suchen, wenn er zeitig genug etwas davon erfährt; wäre sie aber bereits gebraucht worden, so darf er bey der Bestrafung nicht zu gelinde seyn. Bey Untersuchung der hier in Betrachtung kommenden Fälle muß man wissen, daß eine unerlaubte Selbsthülfe entweder in einer rechtswidrigen Handlung, während daß ein Proceß geführt wird, bestehen kann, welches ein Attentat genennt wird, oder in einer Besitzentsetzung oder Spolium, oder in einer bloßen Besitzstöhrung, oder in einer öffentlichen Gewalt, oder in einer Privatgewalt, oder in einem Landfriedensbruche. Jeder Fall erfordert andere richterliche Maaßregeln. Einer eigentlichen besorglichen Gewalt wird durch die Bitte um einen Strafbefehl, nicht eigenmächtig sondern im Wege Rechtens zu verfahren, vorgebeugt q).

Die

p) L. 34. C. de locato cond.

q) C. C. G. O. Thl. 2. Tit. 28. Pr. §. 1. 2.

Die Selbsthülfe kann jedoch nur blos alsdenn für unerlaubt und strafbar gehalten werden, wenn man sein Recht ohne allen Nachtheil gerichtlich hätte verfolgen und erhalten können. Sie ist daher erlaubt, wenn sie blos zur Vertheidigung des Unsrigen in einem solchen Falle gebraucht wird, wo die Hülfe des Richters nicht so geschwind zu erlangen möglich ist, daß bis dahin kein unersetzlicher Verlust verursacht werden sollte. Die Grenzen einer solchen unerlaubten Privatgewalt werden nach dem Angriffe oder nach der wahrscheinlichen Besorgniß abgemessen, und hierbey kommt eine geringe Ueberschreitung der Selbstvertheidigung, die ein jeder Anderer ebenfalls unternommen haben würde, nicht in Betrachtung. Die Anzahl der Fälle, wo nach dem römischen und teutschen Rechte die Selbsthülfe für erlaubt erklärt wird, muß jedem Rechtsgelehrten bekannt seyn, daher haben sich mehrere Rechtsgelehrte r) mit Anführung derselben beschäftigt, und ich will sie ihrer Brauchbarkeit wegen hier ebenfalls anführen. Hr. HR. Claproth schreibt: Im römischen Rechte kommen folgende Fälle vor, wo die eigene Gewalt zugelassen ist, nämlich:

1) Gehört hierher die Retorsion, welche bey den Alten Lex Rhadamanti genannt wird. Sie gründet sich auf die Regel des Naturrechts, und der Billigkeit: Was dem einem Recht ist, muß auch bey dem Andern Recht seyn. Die eigentliche Beschaffenheit der Retorsion wird bey dem Titel: Quot quisque iuris in alterum statuerit, erklärt werden.

2) Die Vertheidigung des Besitzes, und die Verhinderung, daß Niemand in unser Eigenthum eindringe s).

r) Hr. HR. Claproth im ordentlichen bürgerlichen Proceß, 1. Thl. S. 6. Hr. RR. Danz im ordentlichen bürgerlichen Proceß, S. 4.

s) So unrecht es ist, Jemanden aus seinem Besitze zu verdrängen, so erlaubt ist es, sich wider diese Gewalt zu schützen. Leyser Spec. 591. Arg. L. 18 21. D. de in ius voc. L. 103. D.

Auch einem unrechtmäßigen Besitzer t) stehet diese Vertheidigung wider einen Dritten, der ihn aus dem Besitz verdrängen will, zu; allein wenn er den vorigen Besitzer verdrungen hat, und dieser auf frischer That den verlornen Besitz auch gewaltthätig wieder zu erlangen sucht, so ist dieses nicht allein erlaubt u), sondern auch des Erstern Vertheidigung nicht zu rechtfertigen. Die Grenzen der erlaubten Gewalt werden nach dem Angriffe, oder nach der wahrscheinlichen Besorgniß abgemessen, und eine geringe Ueberschreitung der Selbstvertheidigung, die ein jeder Anderer unternommen haben würde, kommt dabey nicht in Betrachtung. Auch dem Richter, welcher nicht nach Vorschrift des gerichtlichen Verfahrens, sondern einseitig und gewaltthätig verfährt, darf man sich widersetzen x). Ein Miß-

D. de R. I. L. 3. §. 1. D. de acquir. rer. domin. §. 12. Inst. de rer. diuis. L. 13. §. f. L. 5. L. 23. D. de iniur. L. 31. D. depos. Arg. c. 6. X. de cauf poss. et propr. Sachsensp. 3tes Buch 78. Art. Nur geht Berger in s. Elect. proc poss. zu weit, wenn er §. 38. nach einem rechtskräftigen Urtheil, die eigenmächtige Execution für erlaubt hält, und diese Gewalt für weiter nichts als für eine Fortsetzung des Besitzes erklärt. Dadurch würden nur Thätigkeiten veranlaßt werden, denen doch vorgebeugt werden soll. Arg. L. 5. L. 33. D. de acquir. poss. L. 18. pr. D. de vi et vi arm. L. 6. §. 2. D. de re iudic.

t) L. 2. D. vti possid. L. f. D. de acquir. poss.

u) L. 29. §. 1. D. L. ad Aquil. L. 6. §. 1. L. 18. §. 3. D. de acquir. poss. L. 1. §. 23. 27. 28. L. 3. §. 9. L. 17. D. de vi et vi arm. L. 7. §. 3. D. quod vi aut clam. L. 1. C. vnde vi. c. 12. X. de restit. spoliat. c. 6. de sent. excomm. in 6to. Landfr. von 1521. §. Die Pön aller Friedbrecher vers. aber dem Beschädigten. C. C. G. O. II. 9. §. So Jemand ꝛc. am Ende. Der §. 6. Inst. de interd. ist von einer Wiedererlangung des Besitzes, welche nicht auf frischer That geschieht, zu verstehen, wie Vinnius über diesen Paragr. zeigt.

x) L. 5. C. de iure fisci L. f. C. de discuss. verb. sed et L. 5. C. de execut. Mynsinger Cent. V. Obs. 18. Carpzov Resp. Lib. I. Resp. 2. n. 10. Struv Exerc. 42. §. 23. Klock Consil. Tom I. Cons. 168. Selecta iuris publ. Part. 29. S. 157. Strubens Bed. 4 Thl. 146. Bed. S. 355.

Mißbrauch bey den Jagdpfändungen ist es, die Gewähre oder Jagdgeräthe confisciren zu wollen. Hunde, die in der Jagd betroffen werden, todt zu schießen, ist hingegen hergebracht. Ersteres ist, durch die in den Hannöverischen Ländern bekannt gemachte Declaration und Erweiterung der gegen die Wilddiebe den 27. Jan. 1773 ergangenen Verordnung, allgemein so weit gebilliget, wenn kein Zweifel bey der wirklichen Jagdbefugniß vorkommt.

3) Der außergerichtliche Widerspruch bey einer geschehenen so genannten neuen Anlage, oder die nunciatio noui operis [y]).

4) Die eigenmächtige Niederreißung eines auf unserm Grund und Boden angelegten neuen Werkes, welche aber ebenfalls auf frischer That vorgenommen werden muß [z]).

5) Die Vertheidigung der uns zustehenden Dienstbarkeiten, welches jedoch nicht anders als bey offenbarem Rechte, und ebenfalls auf frischer That geschehen muß [a]).

6) Die außergerichtliche Zurückgabe einer gekauften, aber mangelhaft befundenen Sache [b]).

7) Die Zurückbehaltung einer im rechtmäßigen Besitz habenden fremden Sache, wegen einer habenden Anforderung, welche dieser Sache wegen entstanden, und welche

y) L. 5. §. 10. D. de nou. op. nunciat. L. 20. §. 1. D. quod vi aut clam.

z) L. 27. pr. D. de seru. vrb. praed. L. 29. §. 1. D. ad Leg. Aquil. L. 24. D. de damn. inf. L. 7. §. 3. L. 22. §. 2. D. quod vi aut clam, L. 2. C. vt nem. lic. L. 3. §. 9. D. de vi L. 3. §. 4. D. vti possid. L. 1. §. 2. D. de via publ. L. 1. §. 5. 7. L. 6. §. 2. D. arb. furt. L. 2. C. vt nemo priuat. L. 1. C. de interd. Wernher P. IV. Obs. 108. Strubens Bedenk. Thl. 5. S. 40.

a) L. 7. D. quod vi aut clam.

b) L. 31. §. 17. L. 56. D. de aedil. edicto.

Forderung so gleich liquid seyn muß c). Bey einer zur Verwahrung gegebenen Sache findet die Zurückbehaltung in keinem Falle statt; desgleichen auch alsdenn nicht, wenn der Contract nichtig ist d). Wegen eines unzinsbaren Capitals, darf der Gläubiger die Nutzungen des Unterpfandes bis zum Betrage der rechtmäßigen Zinsen zurückbehalten e).

8) Die Entleibung eines Ehebrechers und einer Ehebrecherin, welche sowohl dem Vater als Ehemann der letztern erlaubt ist, wenn solche in der wirklichen fleischlichen Vermischung, oder einer doch sonst höchst verdächtigen Lage angetroffen wird f). Gewöhnlich dehnet man diese Selbsthülfe auch auf die Frau, ja sogar auf die Braut und den Bräutigam aus, wiewohl der Hr. v. Leyser dieses nicht zugeben will g). So kann auch der Ehemann seine überwiesene ehebrecherische Frau, und die Ehefrau ihren überführten ehebrecherischen oder grausamen Ehemann verlassen h).

9) Auch der Entführer und

10) Der gewaltsame Schänder können ungestraft entleibt werden i).

11) Die

c) L. 22. D. de hered. vel act. vend. L. 13. §. 8. D. de act. emt. vend. L. 31. §. 8. D. de aedil. edicto L. 20. §. 1. D. qui test. fac. poss. L. 15. §. 2. D. de furt. Arg. L. fin. D. de comp. Mevii Decis. Part. II. Dec. 15. n. 3. et 5. Dec. 33. n. 5.

d) L. 11. C. depos. L. 25. D. de pignor. act.

e) L. 8. D. in quib. caus. pig. vel hyp. tac. contrah.

f) Art. 142 et 150. C. C. C. L. 3. §. 3. D. ad Sctum. Silan. L. 20. 25. 32. 38. §. 9. D. ad Leg. Iul. de adult. L. 4. C. eod. Novella 117. c. 15. c. 3. X. de sent. exc. Koch inst. iur. crim. §. 320.

g) de Boehmer ad Carpz. Qu. 52. Obs. 1. Koch l. c. Leyser Spec. 578. med. 9. Herr von Quistorp im peinl. Rechte, 1 Thl. §. 460. S. 692.

h) c. 8. X. de restit. spol. c. 4. X. de diuort. Leyser Spec. 578. corol.

i) L. vn. C. de rapt. virg. de Boehmer ad Art. 118. C. C. C. § 7. Quistorps peinl. Recht, a. a. O. §. 513 und 488.

11) Die Entleibung eines nächtlichen Diebes, wenn derjenige, welcher seine Güter wider selbigen zu vertheidigen bemüht ist, sich in Gefahr seines Lebens oder Glieder befindet [k]).

12) Eben dieses findet noch viel mehr statt bey einem Straßenräuber;

13 desgleichen bey einem sich widersetzenden Ueberläufer, oder

14) Ausreißer [l]).

15) Ueberhaupt jede Nothwehr [m]).

16) Wenn der Herr seinen Sclaven grausam behandelte, so konnte er sich auf die Flucht begeben, welches unstreitig noch mehr bey unsern Leibeigenen und Dienstgesinde statt findet [n]).

17) Ein Ehemann kann seine überwiesene ehebrecherische Ehefrau aus dem Hause stoßen, und die Ehefrau ihren überführten ehebrecherischen oder überwiesenen Ehemann verlassen, wie bereits bemerkt worden.

18) Wenn der Erblasser gestattet hat, den Besitz einer Sache zu ergreifen, nur muß solcher leer seyn, und der Besitzer sich nicht widersetzen [o]).

19) Meinen auf der Flucht befindlichen Schuldner darf ich anhalten, und mich seiner bey sich habenden Sachen bemächtigen, jedoch muß ich, sobald ich kann, dieses dem Richter anzeigen, in dessen Gerichtssprengel die Arre-

k) L. 4. §. 1. L. 5. pr. D. ad Leg. Aquil. L. 9. D. ad Leg. Corn. de sicar. L. 54. §. 2. D. de furt. c. 3. X. de homic. P. G. O. Art. 150. Hr. v. Quistorp a. a. O. §. 243. 247.

l) L. 3. L. 4. C. ad Leg. Corn. de sicar. L. 2. C. quando liceat vnic.

m) L. 3. D. de iust. et iure L. 4. 5. 45. §. 4. L. 52. §. 1. D. ad Leg. Aquil. L. 1. §. 4. D. ad Leg. Corn. de sicar. L. 2. C. eod. Art. 138. C. C. C. Koch Inst. iur. crim. §. 447. Herr v. Quistorp a. a. O. Thl. 1. §. 237. S. 349. Hr. Synd. Dorn im peinl. Rechte, Thl. 1. S. 309.

n) §. 2. Inst. de his, qui sui L. 2. D. eod. de Selchow Iur. Germ. §. 267.

o) L. 36. L. 37. D. ad Setum Trebell.

tirung geschehen ist, und ihm den Schuldner nebst den abgenommenen Sachen übergeben [p]).

2o) Die eigenmächtige Befreyung eines vor Gericht Gezogenen, welcher gar nicht, oder wenigstens nicht auf die geschehene Art hätte vor Gericht geschleppt werden sollen [q]).

Nach teutschen Gesetzen giebt es noch mehr Fälle, wo die Selbsthülfe erlaubt ist, und darunter gehört:

1) Der Fall, wenn besondere Gesetze oder Statuten, dem Privatgläubiger die Pfändung zu dem Ende erlauben, daß er seine Befriedigung bekommen soll. Eine Sammlung solcher Gesetze hat der verstorbene Hr. Vicepräsident von Pufendorf herausgegeben. Vermöge solcher Gesetze dürfen im Lüneburgischen die Adelichen, desgleichen der Rath zu Göttingen, in fremden Gerichten, wegen ihrer unbezweifelten Gefälle und Dienste, Pfändungen vornehmen. Das nämliche Pfändungsrecht ist auch an einigen andern teutschen Orten erlaubt [r]). Ob ein solches Pfändungsrecht noch heut zu Tage durch einen Vertrag könne erworben werden, darüber streiten die Rechtslehrer; denn sehr viele halten es für unerlaubt [s]), und behaupten, auch bey den klärsten und unstreitigsten Fällen müsse man bey dem Richter um Hülfe bitten. Andere eben so berühmte Rechtslehrer [t]) halten hingegen die Selbsthülfe in diesen Fällen für erlaubt, weil dieses schon nach dem alten teutschen

p) L. 10. §. 16. D. quae in fraud. cred. L. 54. C. de decur.

q) L. 1. §. 2. L. 2. 3. pr. §. 1. L. 4. §. 2. D. ne quis eum.

r) de Pufendorf de iurisd germ. Part. III. Sect. 2. c. 3. §. 7. c. 5. §. 8. Idem in Obs. T. II. Obs. 61. Strubens Bedenk. Thl. 5. S. 194. Kopp von Hessischen Gerichten, Thl. 1. §. 278.

s) Strubens Bedenk. Thl. 2. S. 128. Herr RR. Danz im ordentl. Proceß, Thl. 1. S. 7. de Selchow Elem. iur. Germ. §. 486.

t) de Pufend. Obs. T. II. Obs. 62. Kopp de iure pignor. conuent. §. 19. 20. Herr HR. Claproth im ordentl. Proceß, Thl. 1. S. 19. der 3ten Ausgabe.

schen Herkommen üblich gewesen, dessen Beybehaltung man vermuthen müsse, da die Selbsthülfe in Teutschland gar nicht so verhaßt sey, wie bey den Römern. Eine dergleichen Selbsthülfe habe besonders statt, wenn sie sich auf die Clausel: „mit oder ohne Recht" gründe; denn jetzt könne noch vielmehr ein unbedingter Strafbefehl erlassen werden [u]). Alsdenn sey freylich eine solche Selbsthülfe nicht erlaubt, wenn sich der Schuldner mit solcher Macht dagegen setze, daß ihm die Pfänder nicht ohne Tumult und Streit abgenommen werden können.

2) Die Selbsthülfe ist in Teutschland erlaubt, wenn die Gerichte völlig unthätig sind, oder ein so genannter Stillestand der Gerichtsbarkeit vorhanden ist, da hier der natürliche Zustand gleichsam wieder eintritt; jedoch ist diese Art der Selbsthülfe unerlaubt, wenn es zwar an dem Unterrichte fehlt, man konnte sich aber an den Oberrichter wenden; denn hier kann man nicht sagen: es fehle ganz und gar an einer richterlichen Hülfe. Ueberdieses muß die gebrauchte Selbsthülfe und Gewalt, nicht etwa an sich selbst unerlaubt seyn [x]). Die Rechtslehrer dehnen diese Verordnung der Gesetze auf den Fall aus, wenn zwar nicht gesagt werden kann, daß ein Stillestand der Gerichte vorhanden sey, es ist aber doch der Fall vorhanden, daß für jetzt gleich die richterliche Hülfe unmöglich erlangt werden kann, und gleichwohl hat man die größte Gefahr bey dem Verzuge zu befürchten [y]).

3) Wird die Selbsthülfe, nach teutschen Rechten, den Handwerksinnungen bisweilen alsdann erlaubt, wenn Personen, die nicht zur Innung gehören, ohne erhaltene besondere Vergünstigung, Arbeiten oder Handelschaft unternehmen, wozu die Innung ausschließungsweise berechtigt

u) Reichsdep. Absch. von 1600. §. 32.

x) I. H. Boehmer D. de eo quod iustum est tempore iustitii, Hal. 1705.

y) Hugo Grotius de iure belli, Lib. I. c. 3. §. 2.

rechtigt ist. Eben diese Selbsthülfe darf geschehen, wenn Innungsverwandte ihre verfertigten Arbeiten nicht hergebrachtermaßen verkaufen; oder wenn sie Arbeit außer ihren Wohnungen selbst suchen, und nicht die Bestellung derselben zu Hause abwarten. In allen diesen Fällen können die Vorsteher der Innung, nach Beschaffenheit der Umstände, theils die Arbeiten, theils die Geräthschaft wegnehmen; jedoch müssen sie ihr Vorhaben vorher dem Gericht melden, damit ein Gerichtsbedienter bey der Selbsthülfe zugegen ist, und keine Ueberschreitung derselben vorgenommen wird z).

4) Die Selbsthülfe ist in Teutschland erlaubt, wenn neue Zölle eingeführt worden, ohne die in den Reichsgesetzen vorgeschriebenen Maaßregeln zu befolgen a).

5) Wenn gegen den Westphälischen Frieden gehandelt worden; jedoch muß hier auf die nöthigen Einschränkungen gesehen werden; so wie auch außer diesen erlaubten Fällen, kein Reichsstand gegen den andern Repressalien brauchen darf b).

6) Ein teutscher Reichsstand kann sich selbst, oder mit Hülfe der benachbarten Stände, gegen seine Unterthanen schützen, wenn es auf die Erhaltung hergebrachter landesherrlicher Gerechtsame ankommt, und man gegen seine habende Landeshoheit gar nichts einwenden kann c).

7) Ist den Vasallen die Selbsthülfe erlaubt, wenn der Lehnsherr durch das Lehnsgericht verurtheilt worden; und er leistet diesem Urtheil keine Folge. Hier darf der Vasall

z) Ayrer Progr. de via facti colleg. opif. etc. Gött. 1752. Weissers Recht der Handw. S. 206.

a) Wahlcapitul. Art. 8. §. 16. 20.

b) Westphäl. Friedensinstr. Art. 17. §. 4. 6. 7. Strubens Nebenst. Thl. 4. Abhandl. 4. Abtheil. 27.

c) Inst. Pac. Osnabr. Art. 17. §. 7. RA. v. 1654. §. 143. Wahlcap. Art. 15. §. 8.

Vasall Gewalt brauchen, wenn der Lehnherr keinen Obern hat [d]).

8) Die Reichsgesetze befehlen, gegen die Geächteten und Landfriedensbrecher Gewalt zu brauchen, so daß man strafällig werden soll, wenn man dieses nicht gethan hat [e]). Die Reichsgesetze, die von Geächteten und Landfriedensbrechern reden, sagen — daß eines solchen Leib allermänniglich erlaubet, und Niemand daran freveln oder verhandeln soll.

9) Ist gegen die Stöhrer des Hausfriedens (S. 168) die Selbsthülfe erlaubt *).

10) Was der R. A. v. 1500 Tit. von Zigeunern, und die R. P. O. von 1577. Tit. 28. wegen der Zigeuner verordnen, findet keine Anwendung mehr.

Die katholischen Rechtsgelehrten sind der Meynung, wenn eine Kirchensache nichtiger Weise veräußert worden, so behalte die Kirche immer noch den bürgerlichen Besitz, und daher könne sich die Kirche desselben anmaßen, so bald der jetzige Besitzer den Besitz auf irgend eine Weise verloren habe, und er könne auch nicht gegen die Kirche auf die Wiedereinsetzung in den Besitz possessorisch klagen [f]). Diese Behauptung wird aber in den Protestantischen Gerichten verworfen, und hier muß die Rechtmäßigkeit

d) II. Feud. 22. §. 1. Ius feud. Alem. c. 13. §. 2. 14. 20. c. 236. §. 4.

e) Herr HR. Claproth im summar. Proceß, vom Verfahren beym Landfriedensbr. §. 4.

*) Arg. L. 18. 21. D. de in ius voc. L. 103. D. de reg. iur. L. 1. C. de praetor. Arg. L. 3. §. 1. D. de acquir. rer. domin. §. 12. Inst. de rer. diuis. L. 5. L. 13. §. f. L. 23. D. de iniur.

f) Arg. L. 11. D. de acquir. rer. dom. L. 14. C. de SS. eccles. et AVTH. ibid. BARTHEL in Opusc. T. II. Opusc. 8. de reb. eccles. Art. 4. §. 11.

keit oder Unrechtmäßigkeit des Besitzes gehörig ersucht werden g).

Uebrigens ist es eine ungegründete Meynung, daß bey den alten Teutschen die Selbsthülfe eben so verhaßt gewesen, als bey den Römern; denn dagegen sprechen die Beweise aus der Geschichte, und die noch heut zu Tage vorkommenden Fälle einer erlaubten Selbsthülfe; desgleichen die erlaubten Retorsionen bey Injurien, die Bauerköhre, u. s. f. h).

Nachdem die Grundsätze von der erlaubten und unerlaubten Selbsthülfe kurz erläutert worden, komme ich auf den Inhalt der übrigen Titel des 1sten Buchs der Pandekten. Es enthalten solche vom 9ten bis zum 22. Titel, Grundsätze von den Rechten und Pflichten der römischen Magistratspersonen, die man wissen muß, um den Inhalt der Gesetze zu verstehen, und mit der römischen Gerichtsverfassung hinlänglich bekannt zu werden. Die ausführliche Erklärung dieser Wahrheiten wird in der Geschichte des römischen Rechts vorgetragen, weil die Sache zur genauen Kenntniß der Theorie des römischen Rechts schlechterdings nöthig ist; daher auch Noodt z. B. in seinem Commentar über die Pandekten, welcher mit Recht für den besten theoretischen Commentar über die Pandekten gehalten wird, etwas davon angeführt hat. Da es mich aber zu weit von meinem Zweck abführen würde; es auch in einem praktischen Commentar über die Pandekten, nicht leicht gesucht werden wird, so übergehe ich die Erklärung der hier vorkommenden Titel, und führe blos die Ueberschriften derselben an, damit man wenigstens auf den Inhalt

g) Frhr. v. Cramer in den Wetzl. Nebenst. 1. Thl. 1. Abhandl.

h) Pomp. Mela de situ orb. III. Amm. Marcellin. hist. XVII, 10. 12. Sid. Apollin. VIII, 6. Livius V. Vell. Paterc. hist. II, 118. Strubens Bedenk. Thl. 1. Bed. 86. S. 200. Schmidts Geschichte der Teutschen, 1 Thl. S. 19.

Inhalt schließen kann. Die Rubrik des Tit. IX. besteht aus den Worten: de Senatoribus. Tit. X. de Consulibus. Tit. XI. de officio Praefecti Praetorio. Tit. XII. de officio Praefecti Vrbi. Tit. XIII. de officio Quaestorum. Tit. XIV. de officio Praetorum. Tit. XV. de officio Praefecti vigilum. Tit. XVI. de officio Proconsulis et Legati. Tit. XVI. de officio Praefecti augustalis. Tit. XVIII. de officio Praesidis. Tit. XIX. de officio Procuratoris Caesaris vel Rationalis. Tit. XX. de officio Iuridici. Tit. XXI. de officio eius, cui mandata iurisdictio est. Tit. XXII. de officio Assessorum. Auch in meinem praktischen Commentar über die Pandekten, kommen eine große Anzahl von Rechtswahrheiten aus diesen Titeln, bey Erklärung mehrerer Rechtsmaterien vor, woraus sich folglich jeder Rechtsgelehrte die Bekanntschaft mit den wichtigsten Grundsätzen dieser Materie verschaffen kann. In dem Register über das ganze Werk, wird man diese Rechtssätze zusammen getragen finden, wo man sodann nur die Namen der römischen Magistratspersonen, z. B. das Wort Consul aufsuchen darf, um sich davon zu belehren.

Lib. II. Tit. I.
de
Iurisdictione.

§. 184.

Es ist eine bekannte Sache, daß der Proceß den zweyten Haupttheil des Privatrechts ausmacht. Eben so gewiß ist es, daß, ohne die Grundsätze von dem richterlichen Verfahren in allen Arten bürgerlicher Rechtsangelegenheiten anzuführen, kein praktischer Vortrag des Privatrechts gedacht werden kann. Von dieser Seite betrachtet, läßt sich gewiß nichts Gegründetes einwenden, daß in unsern Pandekten, schon im Anfange Materien vorkommen, die zum Proceß gehören, und welche die folgenden Grundsätze sehr interessant machen, und zu ihrer leichtern Uebersicht viel beytragen. So gewiß aber die Gerichtsbarkeit als die Quelle des gerichtlichen Verfahrens, und als eine vorzügliche Stütze der Sicherheit im Staate betrachtet werden muß, so wenig wird es von allen Rechtsgelehrten geläugnet, daß die in Teutschland geltenden Gesetze über diese Angelegenheit, unter die schwersten gehören, und man sich bey dem Studium der daraus hergeleiteten Rechtswahrheiten für nichts so sehr zu hüten habe, als für einer Verwechselung römischer und teutscher Grundsätze.

Ohne die Natur und Beschaffenheit der römischen Gerichtsbarkeit vollkommen zu kennen, ist alle Bemühung, sich eine genaue Kenntniß der heutigen in Teutschland eingeführten Gerichtsbarkeit zu verschaffen, vergeblich,

so

so schwer auch übrigens das Studium der Grundsätze von der römischen Gerichtsbarkeit ist, weil die Rechtsgelehrten in ihren Schriften [a]) so verschiedne Meynungen als richtig annehmen, die ganz falsch sind, und eine völlige Unbekanntschaft mit der römischen Staatsverfassung verrathen. Vor allen Dingen ist zu bemerken, daß zwischen der Gerichtsbarkeit, wie sie unter der republikanischen Staatsverfassung in Rom beschaffen war, und wie sie in der Folge unter der kaiserlichen Regierung eingerichtet gewesen, beständig unterschieden werden muß. Bis auf die Kaiser bestand die Gerichtsbarkeit in dem Rechte, welches der zur Verwaltung derselben öffentlich bestellten Person ertheilt worden, die Privatrechtshändel zu entscheiden; denn peinliche Fälle gehörten gar nicht dazu. Die einzelnen, bey Untersuchung dergleichen streitigen Privatsachen vorkommenden Handlungen machten den Proceß aus. Weil diese Handlungen verschieden waren, und dabey mit der Zeit Abänderungen gemacht wurden, so ist es sehr leicht möglich, diese einzelnen Handlungen falsch zu erklären, und sich bey der Zeit, wenn sie gewöhnlich gewesen, zu irren.

Niemand durfte sich die Verwaltung der Gerichtsbarkeit anmaßen, der nicht nach der jedesmaligen Staatsverfassung dazu berechtigt war. Hierbey sind aber nach und

nach

a) Ernesti Clau. Cicer. voc. Iurisdictio. Bach hist. iurispr. roman. edit. quintam obs. auxit, Aug. Corn. Stockmann, Lipsi. 1796. p. 103. Noodt de iurisdictione et imperio libri duo in *Eius* Opp. T. I. Ant. Goveani Comment. aduers. Eguin. Baronem de imperio et iurisdictione. Charondas de iurisdictione et imperio libellus, Paris. 1554. Hal. 1771. Arn. Vinnivs de iurisdictione, Lugd. Bat. 1644. Gentilis de iurisd. libri III. Frs. 1613. Ant. Qvintanadvegnas Tr. de iurisd. et imper. in Meerm. Thes. T. II. Ios. Finestres lib. de iurisdict. et imper. magistrat. tam vrban. quam prouinc. Cer. Lacet. Gebauer comm. de iurisd. Lipsi. 1733.

nach manche Veränderungen vorgenommen worden, wie in der Geschichte des römischen Rechts unter der republikanischen Staatsverfassung gezeigt werden muß. Auf diese Einrichtung gründete man mehrere wichtige Rechtsgrundsätze, welche auch in der Folge beybehalten worden sind, da die kaiserliche Regierung eingeführt worden war. Ein solcher Grundsatz war es, daß die Verwaltung der Gerichtsbarkeit Jemandem nur vermöge seines öffentlichen Amtes zustehen könne b), und keiner Privatperson; ein Grundsatz, der in unzähligen Fällen angewendet worden ist.

Weil mehrere obrigkeitliche Personen bey den Römern das Recht hatten, Edicte anzuschlagen, in Fällen, wo ihr Amt dieses nothwendig machte, so erhielten auch diejenigen Magistratspersonen, die zur Ausübung der Gerichtsbarkeit bevollmächtigt worden, diese Befugniß, da hierbey wegen Unvollständigkeit der Gesetze dergleichen Edicte am allernöthigsten waren.

Nach der Einrichtung des alten römischen Processes beschäftigten sich diejenigen Magistratspersonen, die zur Ausübung der Gerichtsbarkeit bestellt worden, nicht mit Untersuchung der streitigen Thatsachen, worauf es bey der Entscheidung eines Rechtshandels ankam, sondern ihr Amt bestand bloß in der Annahme der Klage, nach unserer Art zu reden, und daß sie den Inhalt des Urtheils bekannt machten, bey dessen Abfassung auf die Beschaffenheit der Sache Rücksicht genommen, und solches entweder vom iudicium centumuirale abgefaßt wurde, oder nicht. Die Untersuchung des streitigen Factums gehörte vor die iudices pedaneos, an welche der Prätor diese Angelegenheit zu verweisen schuldig war.

Endlich gehörte auch die sogenannte Vollstreckung des gegebenen richterlichen Ausspruchs zur Gerichtsbarkeit, wie sie zur Zeit der Republik verwaltet wurde, wobey aber frey-

b) L. 1. pr. D. de officio eius, cui mand. est iurisd.

freylich ganz anders verfahren wurde, als unter der kaiserlichen Regierung.

Daß diese zeither angeführten Bestandtheile der heutzutage sogenannten bürgerlichen Gerichtsbarkeit unter den Kaisern, eine ganz andere Beschaffenheit bekommen, sieht man aus den Gesetzen, wie sie unter dem Justinian galten, ganz deutlich. Nach diesen Gesetzen unterscheiden die Rechtslehrer die Gerichtsbarkeit in doppelter Rücksicht, und reden von der Gerichtsbarkeit im engern und eigentlichen Verstande des römischen Rechts, wovon sie die Gerichtsbarkeit in einer ausgedehntern Bedeutung des Worts, genau getrennt wissen wollen.

Die Gerichtsbarkeit nach der engern Bedeutung dieses Worts, schreibt Hr. HR. Glück, S. 4 des 3ten Theils seines Commentars, war die einer obrigkeitlichen Person vermöge ihres Amtes (iure magistratus) zustehende Befugniß, über streitige Privatrechtssachen sowohl selbst zu erkennen und Recht zu sprechen, als auch, wenn es auf die Untersuchung der Wahrheit einzelner Thatumstände ankam, den Partheyen einen Richter zu bestellen. In der L. 3. D. h. t. am Ende sagt Ulpian ausdrücklich: iurisdictio est etiam *iudicis dandi licentia*, und es ist daher kein hinreichender Grund vorhanden, diese Stelle für corrupt zu halten, wie Poletus behauptet, den aber andere Rechtsgelehrte widerlegen c). Folgende Sätze hat Hr. HR. Glück von dieser Art der römischen Gerichtsbarkeit aufgestellt, und zwar

1) alle römische Gerichtsbarkeit in diesem strengen Sinne genommen, stand einer obrigkeitlichen Person, die sie ausübte, nur als ein öffentliches Amt, mithin verwaltungsweise zu. Sie war also immer nur ein obrigkeitliches Amt (S. 450).

c) Poleti histor. fori roman. Lib. III. c. 1. p. 202. Hotomann Obs. VII, 16. Marckart Interpr. II, 7.

2) Die römische Gerichtsbarkeit im strengen Verstande, gab nur ein Recht, streitige Civilrechtssachen zu untersuchen und zu entscheiden [d]); denn dieß ist der eigentliche Sinn des Ausdrucks: ius dicere, Recht sprechen [e]). Gewöhnlich verfügte jedoch eine römische Magistratsperson nur dasjenige, was zur Einleitung des Processes gehörte, und bestellte alsdann, wenn die Entscheidung der Sache auf der Untersuchung der Wahrheit einzelner Thatsachen beruhete, den Partheyen einen iudex. Dieß war der ordentliche Gang des Processes (ius ordinarium); in gewissen Fällen aber mußte der Prätor selbst die Handlung untersuchen, ehe er den Ausspruch that, und diese Art des Verfahrens wurde extraordinaria cognitio genennt. Die römische Gerichtsbarkeit, wie man den Begriff in den Pandekten braucht, bestand folglich hauptsächlich in decernendo et iudicis datione; decernere aber sagte man, quoties magistratus ipse extra ordinem cognoscebat [f]). Man unterschied daher

3) von iurisdictio das Recht einer römischen Magistratsperson, die bey Ausübung der Gerichtsbarkeit zu befolgenden Rechtssätze durch öffentlichen Anschlag bekannt zu machen. Man sieht dieß aus den Worten des Edicts: si quis id, quod *iurisdictionis* perpetuae causa in albo propositum erit, dolo malo corruperit etc. [g]). Dieses ius edicto magistratus constitutum wird in unsern Gesetzen [h]) forma iurisdictionis genennt.

4) Die eigentliche Gerichtsbarkeit faßte nicht auch den Gerichtszwang in sich, sondern diese Gewalt hatte die Magistrats-

d) L. 1. §. 9. D. de oper. nou. nunciat.
e) DVAREN. Disput. anniu. I, 53. GENTILIS de iurisd. I, 23.
f) SIGONIVS de iudiciis, I, 7. HEINECC. Comp. Pand. §. 244. IDEM in histor. edict. p. 318. not. b.
g) L. 7. pr. D. h. t. L. 2. §. 10. D. de orig. iur.
h) L. 20. pr. D. fam. ercisc. L. 5. §. 1. D. vt. legat. cauf. cav. L. 1. C. vbi in rem. actio. GENTILIS de iurisd. Lib. I. c. 1. p. 4.

gistratsperson vi imperii i). Geringere Magistratspersonen und Obrigkeiten in den Municipalstädten, hatten kein imperium k), sondern sie übten den Gerichtszwang vermöge einer besondern Concession aus, in so fern er nicht blos dem imperium vorbehalten war.

5) Handlungen, die nicht zum Proceß gehörten, die aber doch entweder vor einer Magistratsperson selbst vorgenommen werden mußten, z. B. die Bestellung eines Vormundes l), oder wenigstens die obrigkeitliche Bestätigung nöthig hatten, z. B. die Adoption, Emancipation, Manumission, gehörten nicht zur Jurisdiction, sondern das Recht solche gerichtliche Handlungen vor sich zu ziehen, bekam eine dazu bestellte Magistratsperson vermittelst einer besondern Uebertragung, und man nennte dieses eigene Recht legis actio, und sagte von solchen Personen, Magistratus, apud quem est legis actio, magistratus, qui habet legis actionem, dergleichen übrigens auch Obrigkeiten in den Municipalstädten haben konnten m). In andern Gesetzen wird diese legisactio auch *iurisdictio voluntaria* genennt, wie die L. 2. et 3. D. de offic. Proconf. beweisen, wo es heißt: omnes proconsules statim, quam *vrbem* egressi fuerint, habent *iurisdictionem*, sed non contentiosam, sed *voluntariam;* vt ecce, manumitti apud eos possunt tam liberi, quam serui; et adoptiones fieri. Apud Legatum vero proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet *iurisdictionem talem.* Nec adoptare potest: omnino enim non est apud eum *legis actio.*

i) AVERAN. Interpr. I, 4.

k) L. 32. D. de iniur. L. 26. D. ad municip. MERILL. Variant. I, 3. IDEM in Obs. III, 37. SCHULTING ad Prota h. t. §. 35. AVREL. Variant. Disp. 4. OTTO de aedilib. c. 13. §. 2. p. 444.

l) L. 6. §. 2. D. de tutel.

m) L. 4. D. de adopt. L. 3. D. de offic. proconf. L. 1. D. de offic. iurid. L. 1. C. de adopt. PAVLI rec. sent. II, 25. 4. GENTILIS de iurisd. I, 34. p. 146.

6) Eine bekannte Sache ist es, daß die Jurisdiction mit der Untersuchung peinlicher Fälle gar nichts zu thun hatte, sondern die Besorgung dieser Angelegenheiten hieß quaestio, cognitio criminalis, iudicium publicum [n]). Anfangs geschahe die Anklage und Untersuchung eines Verbrechens vor der ganzen Nation in den Comitiis centuriatis; als sich aber die Anzahl der Verbrechen zu sehr vermehrt hatte, und diese Art der Untersuchung der öffentlichen Wohlfahrt nachtheilig wurde, weil viele Verbrechen unbestraft blieben, so führte man eine andere Art des peinlichen Verfahrens ein. Man ernannte nämlich gewisse Magistratspersonen zur Untersuchung einzelner Verbrechen, und diese nennte man Quaesitores, auch Praetores quaestionum, weil Prätoren dazu genommen wurden. Jedes auf diese Art zu untersuchende Verbrechen hieß quaestio perpetua. Die auf diese Art erhaltene Gewalt, peinliche Verbrechen zu untersuchen und solche durch die iudices entscheiden zu lassen, hieß in der Folge potestas gladii, imperium merum.

7) Wird in den Gesetzen bisweilen notio und iurisdictio unterschieden. Erstere nennte man jede gerichtliche Untersuchung einer streitigen Privatsache, die nicht nur von einer Magistratsperson, welche die Gerichtsbarkeit hatte, sondern auch von dem iudex pedaneus vorgenommen werden konnte [o]). In der L. 8. §. 1. D. de transact. L. 3, §. 3.

n) Fr. HOTMANN ad Cicer. Oratt. pro Rosc. Amer. c. 21. Car. BRETI ordo perantiquus iudiciorum ciuilium eorumque solennia, Paris. 1604 4. Ant. POPMAE de ordine et vsu iudiciorum, libri III, Leouard. 1617. 4. Laurentii a SANTAIANA et de BVSTILLO, Salmaticensis Icti, Senatus romanus, iustus criminum vindex, siue de SCtis romanis ad Leges publicorum iudiciorum factis, Ceruariae 1733. 8. Chr. Gottl. HEYNE comment. I. II. de accusationum et iudiciorum publicorum ratione et ordine apud Graecos et Romanos, Götting. 1788. 1789 fol.

o) HVBER in Prael. ad Dig. h. t. §. 2.

§. 3. D. de lib. exhib. wird von der notione Praetoris geredt, und in der L. 10. D. de offic. Praesid. kommt der Ausdruck notio praesidis vor p). In der L. 99. pr. D. de verb. signif. sagt Ulpian: *notionem* accipere possumus et cognitionem et iurisdictionem q); und in der L. 5 pr. D. de re iud. heißt es: *notionis* nomen etiam ad eos pertinet, qui *iurisdictionem non habent*, sed habent de quauis alia causa *notionem*. Unter die Gesetze, wo notio so viel als iurisdictio heißt, gehören §. 1. Inst. de eo, cui libert. caus. L. 5. §. 16. D. vt in poss. legat. L. f. §. 1. D. de oblig. et act.

Auf diese zeither vorgetragenen Wahrheiten, muß man schlechterdings Rücksicht nehmen, wenn man die Materie von der römischen Gerichtsbarkeit in der engern Bedeutung des Worts richtig verstehen will. Da aber gleichwohl Gesetze in unserm Corpus iuris, besonders im Codex vorkommen, worin andere Grundsätze liegen, so haben die Rechtsgelehrten diese Eigenschaften dazu gebraucht, um einen weitläuftigern Verstand des Worts Gerichtsbarkeit nach dem Sinne des römischen Rechts anzunehmen, und sie verstehen die ganze heutzutage sogenannte richterliche Gewalt darunter. Aus der Rechtsgeschichte ist nämlich bekannt, daß, unter den spätern römischen Kaisern, die Einrichtung mit dem index pedaneus größtentheils abgeschaft wurde, und die Richter den Befehl erhielten, dasjenige zu thun, was sonst vom iudex pedaneus geschahe. Nach diesen Verhältnissen muß man diejenigen Gesetze beurtheilen, in denen verschiedene Handlungen, als zur Gerichtsbarkeit gehörig, angeführt werden, welche nach der vorigen Einrichtung vom iudex pedaneus vorgenommen

p) FINESTRES in Hermog. T. I. p. 415.

q) GOEDDAEVS ad L. 99. D. de verb. signif. WESTENB. in diuo Marco, p. 317.

wurden r). So heißt es z. B. in der L. 1. D. de iurisd. welches Gesetz vom Ulpian herrührt: ius dicentis officium latissimum est: nam et bonorum possessionem dare potest, et in possessionem mittere, pupillis non habentibus tutores constituere, iudices litigantibus dare, und in der L. 7. §. 2. D. de offic. Proconf. heißt es: cum plenissimam iurisdictionem *Proconsul* habeat, omnium partes, quae Romae vel quasi Magistratus, vel extra ordinem ius dicunt, ad ipsum pertinent. Eben deswegen wird in den Gesetzen bisweilen die nämliche Gerichtshandlung, bald dem imperium bald der Gerichtsbarkeit zugeschrieben s). In der L. 26. D. ad municip. werden die Einsetzungen in den Besitz und vorigen Stand zum imperium gerechnet, und in der L. 4. §. 3. D. de damno inf. in der L. 1. §. 10. D. de postul. in der L. vlt. C. vbi et apud quem zur Jurisdiction. So wird auch in jener weitläuftigen Bedeutung des Worts iurisdictio dasjenige, was in den ältern Zeiten zur legis actio gehörte, als Handlung der willkührlichen Gerichtsbarkeit oder iurisdictionis voluntariae angeführt, wie man z. B. aus der L. 2. et 3. D. de offic. Proc. sieht. Eben so wird die Untersuchung des Prätors bey einem zu bestätigenden Vergleiche über künftige Alimente für eine Sache der Jurisdiction erklärt t), welches auch von der Bestellung der Vormünder gesagt wird u). Daher rührt es auch, daß zur iurisdictioni criminali gerechnet wird, was ehedem zum merum imperium gehörte,

r) L. 2. C. de pedan. iudicib. §. fin. Inst. de interd. Hopp D. de iudicibus a Praetore et prouinciarum rectoribus ad causas priuatas diiudicandas dari solitis, cap. fin. in Oelrichs Thes. Vol. I. T. II. p. 558.

s) Noodt de iurisd. lib. I. c. 1. Qvintanadvegnas l. c. Lib. 1. tit. 2. n. 4. Merill. Variant. I, 4. Schulting ad Prota h. t. §. 34. et in Iurispr. ant. p. 447.

t) L. 8. pr. et §. 18. D. de transact.

u) L. 3. D. de postul. L. 3. § 5. D. iudic. solui L. 3. C. de conf. tut. Noodt de iurisd. Lib. I. c. 1.

hörte x). Daß selbst das Wort notio von peinlichen Sachen gebraucht worden, sieht man aus der L. 1. §. 4. D. de offic. praef. vrb. Eben dieser weitläuftige Begriff des Worts iurisdictio liegt bey den drey Worten zum Grunde, welche man von der Gerichtsbarkeit des Prätors brauchte, und folgende waren: do, dico, addico, die Heineccius y) ausführlich erklärt hat.

Wer die Schwierigkeiten kennt, welche zu überwinden sind, ehe man alles gelesen und geprüft hat, was in den Schriften der Rechtsgelehrten Falsches und Wahres von der Beschaffenheit der römischen Gerichtsbarkeit vorgetragen worden, wird die Frage nicht für unbedeutend halten, ob die Grundsätze, welche im römischen Rechte von der Gerichtsbarkeit aufgestellt worden, in den teutschen Gerichten angewendet werden können oder nicht? Einige Rechtslehrer, z. B. Titius z), erklären die ganze Sache für unbrauchbar, weil die teutsche Staatsverfassung dagegen sey. Diese Behauptung wird aber durch die tägliche Praxis widerlegt, wo beständig römische Gesetze in dieser Materie angeführt werden a). Da aber gleichwohl bey der großen Verschiedenheit der römischen und teutschen Staatsverfassung, nicht alles in Teutschland anwendbar ist, was bey der römischen Gerichtsbarkeit Rechtens war, so kommt eben alles darauf an, diese Verschiedenheit richtig zu kennen, und folglich muß nunmehr auch der Begriff der Gerichtsbarkeit erklärt werden, wie es den Grundsätzen des allgemeinen und des teutschen Staatsrechts gemäß ist *).

x) L. 2. C. de veter. L. 2. C. de priuil. schol.

y) Heineccii hist. edictor. Lib. 1. c. 6. §. 8—10. p. 83.

z) Titius in iure priuato, Lib. VIII. c. 10. §. 14.

a) de Cocceii in iure contr. h. t. qu. 29. ibique Emminghaus, p. 188. not. u.

*) Hr. HR. Schnaubert in den Beyträgen zum teutschen Staats- und Kirchenrechte, 2ter Thl. 2 Stck. §. 6. S. 112. Einige Bemerkungen über den Einfluß der ältern Begriffe von der Gerichtsbarkeit auf heutige Sitten und Gesetze, Leipz. 1791. 8.

§. 185.

Nach unserer Verfassung, schreibt Hr. RR. **Eichmann**, ist die **Jurisdiction**, oder **Gerichtsbarkeit** ein Landeshoheitsrecht über Justizsachen entscheiden, und ihnen eine Gültigkeit oder Glaubwürdigkeit verschaffen zu können [b]). Zur Erläuterung dieses Begriffs ist zu bemerken:

1) Die Gerichtsbarkeit fließt aus dem Begriffe der bürgerlichen Oberherrschaft, und ist ein wesentliches Landeshoheitsrecht, da die Ruhe und Sicherheit im Staate schlechterdings nicht bestehen kann, wenn sich die Unterthanen, wegen ihrer Forderungen, die sie an einander machen, selbst Recht schaffen, und einander zu deren Befriedigung zwingen wollen [c]). Der Regent des Staats muß hier ins Mittel treten; an diesen müssen sich die streitenden Theile wenden, und von ihm die Anwendung der Gesetze auf ihre Rechtssache, und Hülfe wider den Beleidiger bitten. Um dieses Zwecks willen, haben sich die Menschen zu Staatsbürgern vereinigt, und ihre natürliche Freyheit aufgeopfert. Die Erfahrung hat ferner gelehrt, daß es die Wohlfahrt der Bürger erfordere, daß viele wichtige Handlungen nicht von denjenigen Personen allein vorgenommen werden, welche die

b) Math. STEPHANI tract. de iurisdictione, qualemcunque habeant omnes iudices, tam seculares, quam ecclesiastici, Frf. 1623 4. Io. Andr. HANNESEN D. de iurisdict. Gött. 1750. 4. Chr. THOMASII D. de iurisdictione et magistratuum differentia secund. mores Germanorum, Hal. 1714. de PVFENDORF de iurisdictione germanica, Lemg. 1786. Hauschilds Gerichtsverfassung der Teutschen, Leipz. 1741. Kopps Nachrichten von der ältern und neuern Verfassung der geistlichen und Civil-Gerichte in den Hessen-Casselischen Landen, 1 und 2 Theil. Cassel 1769 und 1771. 4. Jo. Jac. Moser von der Landeshoheit in Justizsachen, Frankf. und Leipz. 1773.

c) Hr. HR. Schnauberts Territorialstaatsrecht, § 317 und 321. Hr. Prof. Scheidemantel im allgem. Staatsrechte, Thl. 3. S. 13.

die Handlung hauptsächlich angeht, sondern daß dieses mit Wissen und Bewilligung des Regenten geschehen müsse, von dem es auch abhänge, was solche Handlungen für eine Form und was für Würkungen sie haben sollen. Von dieser Seite betrachtet, sieht man bald ein, daß der Begriff der Gerichtsbarkeit nicht blos die sogenannten Handlungen der streitigen Gerichtsbarkeit, sondern auch der willkührlichen enthalten müsse.

Die Geschichte belehrt uns, daß die alten teutschen Völker, weil sie aus mehrern von einander unabhängigen Nationen bestanden, weder einen gemeinschaftlichen Regenten noch Richter über sich erkannt haben [d]) Jedes Volk hatte zwar seine eigne Verfassung; in den wichtigsten Angelegenheiten kamen solche jedoch größtentheils überein. Eine anerkannte Nationalsitte war es, daß dem Hausvater verstattet wurde, die Streitigkeiten seiner Familie, wozu seine Ehegattin, seine Kinder und sein Gesinde gehörten, zu untersuchen und zu entscheiden; ja daß es ihm sogar frey stand, ihre Verbrechen zu ahnden; nur mußte dieses mit Zuziehung der Verwandten geschehen, wenn sie wichtig waren. Bey den Westgothen hatte aber ein Hausvater keine so großen Vorrechte. Eine ganz andere Beschaffenheit hatte es hingegen bey den Streitigkeiten, welche freye Personen mit einander führten, und mit den Verbrechen derselben; denn hierüber wählte man in den öffentlichen Volksversammlungen, die Vornehmsten zu Richtern, und gab ihnen die Würdigsten des Districts zu Beysitzern, welche mit der Zeit den Namen Schöppen erhielten [e]). Die Verbrechen und selbst wichtige bürgerliche Rechtshändel, wurden von der ganzen Nation

d) Caesar de bello gallico, VI, 23. Tacitvs de morib. Germ. c. 12.

e) Hertii notit. vet. German. c. 4. §. 7.

tion in ihren Versammlungen in Untersuchung gezogen und entschieden [f]).

Als die Franken durch ihre Macht das große Reich gestiftet hatten, wurde die Gerichtsbarkeit, wie es von jeher bey ihnen gewesen war, als ein Hoheitsrecht in diesem großen Staate ausgeübt, und die Könige aus dem Merovingischen und Carolingischen Stamme waren die höchsten Richter. Das weitläuftige Fränkische Reichsgebieth bestand aus Districten, die man Gaue nannte, und darüber setzte der König Richter, welche Grafen hießen, die wieder andere unter sich hatten [g]). Der Kaiser Carl der Große richtete besonders seine Aufmerksamkeit auf die Verwaltung der Gerichtsbarkeit bey den Sachsen; denn die Geschichte sagt uns, daß er z. B. den Bischöfen in Sachsen befahl, auf die Unternehmungen der damaligen Grafen ihre Aufmerksamkeit zu richten. Er ordnete die Missos regios s. dominicos an, daß sie über das Betragen der Bischöfe wachen, die Klagen der Unterthanen anhören, und die Verwaltung der Gerichtsbarkeit scharf untersuchen, auch überhaupt auf alle Arten der Versammlungen die strengste Aufmerksamkeit verwenden sollten [h]). Es ist also wider die Geschichte der damaligen Zeiten, wenn man immer noch den Hausvätern die ehemalige häusliche Gerichtsbarkeit beylegt; und man geht zu weit, wenn man alles dasjenige, was Hausväter, welche noch der kriegerische Freyheitsgeist ihrer Vorfahren belebte, eigenmächtig, besonders

f) Hrn. v. Hellfelds Geschichte der Landesherrl. Gerichtsbarkeit und der Hofgerichte in Sachsen, S. 4.

g) Georgisch Corp. iur. germ. p. 543. 584. 742. 769. 779. 907. 909. Balvzzi Capitul. T. I. p. 250. Marcvlfi form. T. II. p. 340. Kopp de insigni. differenr. inter. S. R. I. comites et nobil. med. p. 25. Heinecc. Ius germ. Lib. III. §. 23. G. L. Boehmer de cent. subl. §. 2. Struben hor. subsec. T. IV. p. 334.

h) Capit de part. Sax. c. vlt. in Balvzz. p. 256. Lambec. Orig. Hamb. Lib. I. p. 7. Schaten. hist. Westph. Lib. I. p. 600. Fr. du Roy de missis domin. c. 1. p. 44.

bers bey tumultuarischen Zeiten, ungestraft gethan haben, für Beweise der damaligen häuslichen Gerichtsbarkeit hält, da es ja schon damals am Ende der Carolinaischen Regierung, traurige Auftritte des Faustrechts gab i).

Mit der Theilung der Fränkischen Monarchie, wo Ludewig Teutschland bekam, fiengen sich schon einigen Aenderungen in der Verwaltung der Gerichtsbarkeit zu zeigen an; denn da dieser Kaiser die Grenzen seines Reichs, gegen die Anfälle der Feinde nicht anders vertheidigen zu können glaubte, als wenn er den zeither minder mächtige Grafen mehr Macht ließ, damit sie die Feinde zurück zu treiben es sich angelegen seyn lassen sollten, um damit zugleich ihr Eigenthum zu vertheidigen, so entstanden bald mächtige Grafen, worunter z. B. Ludolf, Graf von Sachsen gehört. Dieser und andere Grafen machten sich mit Zufriedenheit des Kaiser Ludwigs, ganz wider die Politik Carls des Großen zu Herzogen, unterwarfen sich die Grafen ihrer Gegend, und wurden bald so mächtig, ob sie gleich den Kaiser für ihren Oberherrn erkannten, daß schon damals eine Landeshoheit dieser Herzoge entstanden seyn, und man die Oberherrschaft des teutschen Kaisers nicht weiter für die einzige Quelle aller Gerichtsbarkeit anerkannt haben würde, wenn nicht Heinrich, ein Enkel des angeführten Ludolfs, zum teutschen Kaiser wäre erwählt worden, der diese Gewalt der Herzoge niederdrückte, und die alten königlichen Rechte in ihren Provinzen ausübte k). Nunmehr blieb die Gerichtsbarkeit ein kaiserliches Hoheitsrecht über alle Provinzen des teutschen Reichs, bis zur Entstehung der wirklichen Landeshoheit der teutschen Reichsstände, welches aber nicht überall zu gleicher Zeit geschahe, da sie in dem einen Lande eher, und in

i) Datt de pace publ. Lib. I.

k) Leibnitz de init. ducat. Saxon. in Pistorii amoen. hist. T. VII. p. 3011. Herr GJR. Pütter in der hist. Entwickel. Thl. I. S. 81. flg. Herr v. Helfeld a. a. O. S. 19.

in dem andern später eingeführt wurde [l]). Von dieser Zeit an, und nachdem die Landeshoheit hauptsächlich im Westphälischen Frieden den teutschen Reichsständen auf immer zugesprochen worden war, wodurch sie alle Rechte der bürgerlichen Oberherrschaft bekommen haben, die nach dem allgemeinen Staatsrechte dafür anerkannt werden, und folglich allen Regenten freyer Staaten zustehen, ist solche auch als die einzige Quelle der Gerichtsbarkeit innerhalb der Grenzen ihres Territoriums zu betrachten [m]). Hieraus folgt, daß, wenn gleich die Gerichtsbarkeit Jemandem in einem solchen Lande vom Kaiser verliehen worden seyn sollte, sie gleichwohl heutiges Tages, da die Landeshoheit die kaiserlichen Rechte begreift, dem Landesherrn unterworfen seyn müsse, oder wenn dieses nicht seyn sollte, sich der Kaiser bey der Zusicherung der Landeshoheit deshalb etwas vorbehalten haben müßte, wovon aber kein Beweiß vorhanden ist.

2) Ist zur Erläuterung des angenommenen Begriffs der heutigen in Teutschland geltenden Gerichtsbarkeit zu bemerken, daß durch solche, Justizsachen mit Nachdruck entschieden werden sollen. Es kommt hierbey also darauf an, daß man den rechten Begriff von dem, was Justizsachen sind, festsetzt und anwendet. Hier finden sich aber die größten Schwierigkeiten. Zur Erklärung dieses Begriffs führen die Rechtslehrer an: die Regierungsangelegenheiten im weitläuftigen Verstande des Worts, sind entweder von der Beschaffenheit, daß auf solche, die bereits vorhandenen Gesetze, um Verletzungen zu verhüten, oder zu vergüten, oder zu bestrafen, nach geschehener Untersuchung und Prüfung angewendet werden sollen (Thl. 1. S. 284),

l) Herr v. Günderode von der Staatsverf. Teutschlands unter Otto I. S. 76.

m) Inst. Pac. Westphal. Art. VIII. §. 1. Ziegler de iurib. maiest. Lib. I. c. 29. §. 11. Jargow von Regalien, 1 Buch, 6. Kap. §. 5. Meisters peinl. Proceß, 3. Thl. 1 Abschn. 11 Hauptst. §. 26.

S. 284), oder dieses ist nicht der Zweck der Regierung, sondern sie beschäftigt sich auf andere Weise mit der Wohlfahrt des Staats. Im ersten Falle heißen die Regierungssachen, Justizsachen; im zweyten aber werden sie Regierungssachen im eigentlichen Verstande genennt. Diese letztern bestehen nochmals aus Polizeysachen in der weitläuftigern und in der engern Bedeutung des Worts. Zu diesen letztern gehören alle Angelegenheiten, welche besonders die allgemeine Sicherheit, Bequemlichkeit, Bevölkerung, Gesundheit, Industrie und Nahrung betreffen, und nicht, wie sich aus der oben angeführten Eintheilung der Regierungssachen ergiebt, in den Begriff der Justizsachen fallen; da auch diese gewissermaßen dergleichen Gegenstände betreffen. Wie schwer es sey, hier den rechten Unterschied zu treffen, sieht man daraus, daß die Gelehrten über den Unterschied zwischen Justiz- und Polizeysachen gar nicht einig sind, wie ihre Schriften n) beweisen. Ob nun wohl Polizeysachen aus dem Grunde nicht aufhören dergleichen zu seyn, wenn entweder dadurch hie und da der Privatnutzen einzelner Unterthanen befördert werden sollte, indem dieses nur, um die gemeinschaftlichen Vortheile zu bewirken, mittelbar geschieht, oder durch die Einrichtungen, welche der Landesherr in Ansehung des Polizeywesens zur Beförderung des Wohls des Ganzen macht, die Rechte einzelner Unterthanen oder Gesellschaften anders bestimmt werden, als sie bisher waren, dergestalt, daß einer oder der andere hierunter leidet,

n) Pufendorf de officio hominis, Lib. II. c. 12. §. 11. c. 14. §. 3. Reinhardt ad Christ. Vol. II Obs. 9. n. 3. C. Otto Rechenberg Progr. de politiae et iurisdict. terminis accurate definiendis, Lips. 1739. Daries de different. iurisprud. atque politiae, Frf. 1763. de Hohenthal lib. de politia, Lips. 1776. de Nevrath D. hist. obs. nonnullas de cognitione et potestate iudiciaria in causis, quae *politiae* nomine veniunt, cont. Erl. 1780. Struben von Regierungs- und Justizsachen, S. 172. ff.

leidet, und seine Befugnisse verändert werden, indem das Wesen des bürgerlichen Regiments mit sich bringt, daß jeder Unterthan erforderlichen Falls, seine besondern Vortheile zum Wohl des gemeinen Wesens o) aufopfern muß p); so ist doch alsdenn von einer Justizsache die Rede, wenn Jemand durch die schon bestehenden Polizeyeinrichtungen, ein rechtmäßig erworbenes Recht erlangt zu haben behauptet, und von einem andern dagegen zur Schmä-

o) Strobens Nebenst. 3 Thl. Nr. 13. §. 4. Daher schränkt der Reichsabschied vom Jahre 1654 §. 106. die richterliche Gewalt in Polizeysachen ein, und befiehlt dem Cammergerichte, sie ab- und an des Orts Obrigkeit, als die ohnedem die Gewalt habe, Statuten nach Gelegenheit der Umstände und Zeiten zu wiederrufen, zu verweisen. Als das Ostfriesische Hofgericht seine Gewalt zu weit ausdehnen wollte, rescribirte der Reichshofrath im Jahr 1717 dahin, daß es in den Fällen, so zur Polizey gehörten, und der Landesfürstlichen Oberbothmäßigkeit zur Disposition unterworfen, folglich von den iustitiariis ihrer Eigenschaft nach, separirt wären, sich nicht einmischen, noch einer Cognition über die deswegen ausgehenden fürstlichen Verordnungen, oder sonst einer Einschränkung der landesfürstlichen Obrigkeit, in den dahin gehörigen Satzungen und Landesaccorden anzumaßen habe. Reichshofraths-Conclusa, Thl. 1. Concl. 354. Rovsset Recueil historique, T. 8. p. 109.

p) Ob wohl, der Regel nach, keine Beschwerden der Unterthanen dagegen angenommen werden; so sind sie doch alsdenn billig zu hören, wenn sie sich auf gewisse besondere Rechte gründen, nach welchen ihnen der Gebrauch der Freyheit, der Genuß gewisser Einkünfte und andere Rechte nicht entzogen werden sollen, oder wenn von einem Fürsten die Rede ist, dessen Gewalt durch Privilegien und Verträge eingeschränkt worden ist. Herr Cammergerichtsass. von Neurath a. a. O. §. 8. 9. Noch vielmehr muß dieses statt finden, wenn diejenigen, welche bestellt sind, über die Polizeyordnungen zu wachen, und sie durch Verfügungen wirksam zu machen, unter dem Vorwande einer Polizeysache, Jemandem ein rechtmäßig erworbenes Recht entziehen wollen. Herr CGA. v. Neurath a. a. O. §. 28. Uebrigens können zuweilen allerdings Fälle der Schadloshaltung, wegen der Aufopferung rechtmäßig erworbener Rechte eintreten. Ebenderselbe §. 16 und 17.

Schmälerung und Verkürzung desselben gehandelt wird q), oder in Ansehung derselben, und in Beziehung darauf, das vollkommene Recht des Andern von einem Dritten dergestalt verletzt wird, daß anjetzt auf die Handlung, welche eine solche Verletzung enthält, die Gesetze in gedachter Art, nämlich um sie abzuwenden, oder gut zu machen, oder gebührend zu ahnden, nach erfolgter, der Sache angemessener Prüfung anzuwenden sind. So gehört es ohne Zweifel zur Polizey, dafür zu sorgen, daß tüchtige und geschickte Hebammen in einem Lande angestellt werden, solche ihr Amt gehörig und pflichtmäßig verrichten, allenfalls ihres Amts wieder entlassen werden, übrigens auch der Gebrauch derselben den Unterthanen nicht zu lästig falle, sondern so viel wie möglich erleichtert werde. Wenn sich aber die Hebamme bey ihrer Amtsverrichtung etwas hat zu Schulden kommen lassen, was ein Verbrechen ausmacht, es mag nun groß oder klein seyn, und anjetzt davon die Rede ist, was sie deshalb für eine Strafe verdient habe, so ist dieses keine Polizey- sondern Justizsache; gleichwie auch, obwohl von anderer Art, dafür zu halten, wenn die Hebamme eines Orts ein Recht zu haben vermeynet, daß bey dem Kindtaufsessen jedesmal ein Teller über den Tisch gegeben, und das von den anwesenden Gevattern und andern Gästen, auf diesem Teller gesammelte Geld, zwischen ihr und der Köchin in zwey gleiche Theile getheilt werde, letztere aber zur Schmälerung des behaupteten Rechts der erstern, das Geld allein für sich behalten will, und daher zwischen beyden ein Streit darüber entsteht. Dieses ist und bleibt eine Justizsache, ohne daß darauf gesehen werden darf, ob die Hebamme sich eines possessorischen oder petitorischen Rechtsmittels, zu Ausführung ihres Rechts bedient habe r). Eine andere Einrichtung hierin für die Zukunft zu machen, ist

q) Struben a. a. O. §. 6. Herr CSA. v. Neurath a. a. O. §. 19.

r) Hommel Rhapf. Obf. 502. n. 16.

ist ganz eine andere Sache, und ein Polizeygegenstand, der von dem Landesherrn in Gemäßheit dessen, was wir bereits bemerkt haben, bestimmt werden kann. Zur Polizey gehört es, ob Zünfte oder Innungen beybehalten werden sollen, die Mißbräuche bey denselben abzuschaffen, das Betragen bey ihren Versammlungen zu bestimmen, die Grenzen der Handwerksbefugnisse gegen andere festzusetzen, die Handwerksartikel gehörig einzurichten, darauf zu sehen, daß darüber gehalten, und besonders keine untüchtige Person, auch wenn sie wegen ihrer Untüchtigkeit etwas bezahlen wollte, zu einem Mitglied angenommen werde, u. s. w. Wenn hingegen zwischen verschiedenen Zünften, oder zwischen einzelnen Mitgliedern derselben und Andern, über die Verletzung eines rechtmäßig erworbenen Rechts Streit entsteht, besonders auch, wenn es dabey auf die Erklärung ihrer Artikel oder Verträge ankommt, so ist dieses keine Polizey- sondern Justizsache s); gleichwie es auch zu letztern gehört, wenn bey einer Handwerksversammlung, oder sonst, ein Mitglied gegen das andere sich eine strafbare Handlung erlaubt, und anjetzt die verdiente Strafe nach den Gesetzen bestimmt werden soll. Zur Polizey gehört es, dafür zu sorgen, daß die Bürger von Verschwendungen abgehalten werden, damit sie nicht dem Staate zur Last fallen; eine Justizsache aber ist es, einem Menschen die ihm zustehenden Rechte der freyen Disposition über das Seinige zu nehmen, und ihn für einen Verschwender zu erklären t). Das späte Nachtzechen in den Wirthshäusern ist ein Polizeygegenstand; hieraus aber folgt nicht, daß ein Patrimonialgerichtsherr, dessen Gerichte auch mit auf die

s) Der Herr CGA. v. Neurath a. a. O. §. 20. scheint blos alsdenn dergleichen Streitigkeiten für Justizgegenstände zu halten, wenn es dabey auf die Erklärung der Artikel und Verträge ankomme; allein es läßt sich kein richtiger Grund einer solchen Einschränkung denken.

t) Herr CGA. v. Neurath a. a. O. §. 24.

die Beobachtung der Polizeygesetze zu sehen haben, befugt sey, unter dem Vorwande, das Nachtschwärmen zu vermeiden, die Musik an vorgeblich gewissenhafte Leute zu verpachten, und dadurch den Bauern die Freyheit, sich ihrer Dorfmusikanten zu bedienen, zu entziehen. Entsteht hierüber Streit zwischen den Bauern und dem Gerichtsherrn, so ist das eine Justiz- aber keine Polizeysache u), und kann der Vorwand als lächerlich in Hinsicht auf letztere, in keinen Betracht kommen. Uebrigens kann der Landesherr, wegen dergleichen und anderer ähnlicher Anmaßungen, z. B. Gewerbezins von gewissen Leuten auf den Dörfern zu erheben, ins Mittel treten, und er wird es auch thun, wenn er aufmerksam auf seine Gerechtsame ist, und weiß, worin das Recht, Privilegien zu ertheilen, besteht. Streifereyen, wie man es nennt, zur Sicherheit eines Landes vorzunehmen, ist eine Polizeysache; sollte man aber dabey Verbrecher entdecken, und nunmehr von der Untersuchung ihrer Verbrechen, und der verdienten Strafe die Rede seyn, so ist das eine Justizsache. Für die Reinlichkeit der Straßen in einer Stadt zu sorgen, ist Polizeysache; wenn aber Jemand, wider die Polizeyordnung, vor seiner Thür den Mist hat liegen lassen, und ein Anderer, der dieses nicht weiß, stürzt des Nachts mit dem Pferde über den Misthaufen, und bricht ein Bein, so ist die Bestimmung des Schadenersatzes, und die Bestrafung eine Justizsache. Hieraus sehen wir, daß Sachen eine bald stärkere, bald schwächere Beziehung auf das Polizeywesen haben können, und deswegen doch nicht Polizeysachen, sondern Justizsachen sind. Auch würde es schlechterdings unmöglich seyn, die Grenzen zwischen Polizey- und Justizsachen festsetzen zu können, wenn man lediglich dergleichen Beziehung bey Bestimmung dessen, was Polizeysache sey, beabsichtigen wollte, ja man würde fast alles nur mögliche unter diese Dinge rechnen können. Uebrigens

u) Hommel l. c. nr. 20.

gens kann das, was wir behauptet haben, sehr wohl mit den Einrichtungen, die man in verschiednen Ländern gemacht hat, bestehen, und damit vereinigt werden, wenn man nur nicht gleich Dinge, die ihrer Natur nach verschieden sind, aber beysammen angetroffen werden, und deren Besorgung eine und eben dieselbe Person hat, für Dinge von einerley Art hält. Nämlich diejenigen, welche die Gerichtsbarkeit an einem Orte ausüben, müssen unter der Aufsicht und Direction dererjenigen, welche im Namen des Landesherrn für das Polizeywesen zu sorgen haben, neben den Justizsachen auch die Polizeysachen, in Gemäßheit der vorhandenen Ordnungen zum Gegenstande ihrer Aufmerksamkeit und Sorgfalt machen, wenigstens so lange, als der Landesherr keine besondere Einrichtung darüber getroffen hat, welche jedoch, wenn deshalb ein rechtmäßig erworbenes Recht, dessen sie sich nicht unwürdig gemacht haben, für sie sprechen sollte, zum Nachtheil und zur Schmälerung desselben nicht gereichen darf. Setzen wir eine solche Einrichtung nicht voraus, so kann zwar in so fern darüber kein Conflict entstehen, wohin eine Sache als Polizey- oder Justizsache gehöre; allein der Richter muß doch genau darauf sehen, ob sie in die Definition der Justizsachen falle. Dieses ist in doppelter Rücksicht nöthig, theils wegen des Verfahrens, theils um zu wissen, wohin er bey sich ereignetem Falle, die Acten und den Bericht zu schicken habe, indem bloße Justizcollegien des Landes mit Polizeysachen nichts zu thun haben, und daher auch der Bericht in dergleichen Sachen an solche nicht eingeschickt wird. Wenn aber an einem Orte ein dergleichen Polizeyinstitut existirt, wie man in vielen Städten findet, so hat dasselbe, weil es außerdem von wenig wesentlichem Nutzen seyn würde, zugleich mit eine Art der Jurisdiction in folgenden Justizsachen, als: α) wenn durch eine Polizeyeinrichtungswidrige Handlung, sie mag begehungsweise oder unterlassungsweise geschehen seyn, blos der Staat wegen Uebertretung solcher Verordnungen beleidigt worden ist; z. B. wenn Verordnungen dieser Art zuwider, die Straßen

nicht

nicht zu rechter Zeit gekehrt worden sind; die Leute in den Schenken unter den Kirchen spielen; oder sich Jemand auf der Straße ungebührlich aufgeführt hat; oder in den Wirthshäusern über die gesetzte Zeit geschwärmt wird; sich Jemand darin betrinkt, flucht oder schwört; wenn die Handwerksleute und Krämer ihre Sachen theurer verkaufen, als es nach der Polizeyverordnung geschehen soll; wenn die Apotheker die Medicin nicht genau nach den Recepten bereitet haben, ohne daß jedoch Jemand hierdurch Schaden an seiner Gesundheit gelitten hat, und von Bestrafung aller dieser gesetzwidrigen Handlungen die Rede ist. Diese und dergleichen Sachen können zwar in gewisser Rücksicht als Polizeysachen angesehen werden; in anderer aber, nämlich in so fern hier untersucht wird, ob die Handlung den Gesetzen gemäß sey oder nicht, und wenn das letztere seyn sollte, die nöthigen Strafen damit verbunden werden sollen, sind sie Justizsachen. β) Wenn über Polizeyeinrichtungen, Irrungen entstehen, wobey jedoch Niemand ein besonderes rechtmäßig erworbenes Recht, rechtlich zu verfolgen gemeynet ist, oder Willens seyn kann, und diese in Gemäßheit solcher Einrichtungen, und nach den vorhandenen Vorschriften beurtheilt und zu Vermeidung aller nachtheiligen Unordnung gehörig bestimmt werden sollen. Auch dieses sind, nachdem man sie in dieser oder jener Rücksicht betrachtet, Polizey- und Justizsachen, über welche sowohl von einem solchen Institut, als auch wenn dergleichen nicht existirt, von dem vorher erwähnten ordentlichen Richter eines Orts, an das Collegium, welches die Polizeysachen in der höhern Instanz besorgt, nöthigen Falls Bericht zu erstatten ist. Wenn aber ein dergleichen Polizeycollegium an einem Orte existirt, so ist gemeiniglich der ordentliche Richter des Orts eingeschränkter, als ein anderer, und kann nicht alles dasjenige thun, was Letzterer berechtigt ist.

Herr HR. Glück x) hat zur Erläuterung des Begriffs der Gerichtsbarkeit, wie solcher nach teutschen Grund-

x) Herr HR. Glück im Comment. Thl. 3. S. 15.

sätzen bestimmt werden muß, folgende Wahrheiten angeführt. Die teutsche Gerichtsbarkeit unterscheidet sich in mehr als einer Rücksicht von der römischen Jurisdiction; denn a) kann diese Gerichtsbarkeit sowohl ein eigenthümliches Recht desjenigen, welchem sie zusteht, als ein öffentliches Amt seyn, dahingegen die römische Jurisdiction der obrigkeitlichen Person, die sie ausübte, nur immer verwaltungsweise zustand. b) Die teutsche Gerichtsbarkeit umfaßt nicht nur die Untersuchung und Entscheidung der Rechtsfälle, sondern auch den Gerichtszwang [y]), d. i. die Anwendung der nöthigen Zwangsmittel zur Vollziehung rechtskräftiger Erkenntnisse, oder was die Römer zum imperio mixto rechneten [z]). c) Ist nach der heutigen Gerichtsverfassung dasjenige ordentlicher Weise mit jeder bürgerlichen Gerichtsbarkeit verbunden, und bedarf keiner besondern Concession, was bey den Römern einer Magistratsperson, vermöge ihres Amtes, nicht zustand, sondern ihr, vermittelst einer besondern gesetzlichen Verordnung, aufgetragen werden mußte [a]). So z. B. kann nach teutschen Rechten ein jeder ordentlicher Richter, welcher Jurisdiction hat, vermöge derselben Vormünder bestellen, und andere nicht

y) Daher bedeutet Gerichtszwang zuweilen die Gerichtsbarkeit selbst; z. B. in den Reichsabschieden von 1548. 1551 und 1577. Man sehe D. Joh. Chr. Konr. Schröters vermischte juristische Abhandlungen, 2ter Band, (Halle 1786. 8.) S. 45. flg.

z) vid. PVFENDORF de iurisd. germ. P. I. c. I. §. 2 et II. cap. III. §. 2.

a) THOMASIVS in Scholiis ad HVBERI Praelection. ad Dig. Tit. de iurisdictione §. 4. sagt: Moribus Germaniae, secundum quos Iurisdictionis laxior natura est, omnia fere illa, quae olim speciali lege concedebantur, Magistratui iure magistratus competunt, tanquam necessarium connexum. Hinc hodie tutoris datio, decreti interpositio omni illi competit, qui ordinariam iurisdictionem habet, quod in specie, quoad tutoris dationem, approbatum per ordin. polit. de Ann. 1548. Tit. 31. §. 1. Add. STRYCK Vsus mod. Pand. h. t. § 21. et Sam. de COCCEII iur. contr. h. t. qu. 4.

nicht streitige Privatrechtshandlungen bestätigen [b]). Kurz, die so genannte iurisdictio voluntaria, welche bey den Römern von eigenen Aufträgen abhieng, ist heut zu Tage ein Theil der ordentlichen Gerichtsbarkeit [c]). Endlich d) ist es heutiges Tages auch eine bekannte Sache, daß kein richterliches Amt an sich, mehr mit der gesetzgebenden Gewalt verbunden ist, wie zur Zeit der römischen Prätoren, indem vielmehr alle gesetzgebende Gewalt in den Händen des Landesfürsten sich befindet. Kein Richter ist demnach befugt, ein neues Recht einzuführen, sondern vielmehr schuldig nach den Gesetzen zu sprechen.

Solchemnach ist also die heutige oder die teutsche Gerichtsbarkeit, von welcher wir hier im Privatrechte reden, eine öffentliche, das ist, vom Landesherrn verliehene Gewalt, nicht nur streitige Rechtssachen auf vorgängige Erörterung nach den Gesetzen zu entscheiden, und das Erkenntniß, vermittelst äußerlichen Zwanges zu vollziehen, sondern auch nicht streitige Rechtshandlungen durch öffentlichen Glauben zu befestigen, oder denselben durch gerichtliche Bestätigung eine Gültigkeit zu verschaffen [d]). Ich habe hier noch zweyerley zu bemerken.

b) PVFENDORF de iurisd. germ. P. II. Sect. IV. cap. un. §. 11. sqq. p. 523.

c) Pet. MÜLLER ad STRVVIVM h. t. th. LXXI. not. *e*. LAVTERBACH in Colleg. theor. pr. Pandect. h. t. §. 7. und Claproth in der theoret. pract. Rechtswissenschaft von freywilligen Gerichtshandlungen (prim. lin. Iurispr. Extraiud. theor. pract.) §. 13. auch Ebenderselbe im ordentl. bürgerl. Proceß, 1 Thl. §. 15. not. c.

d) Die angesehensten Rechtslehrer kommen hierinnen mit einander überein. So z. B. sagt SCHAVMBVRG in compend. iuris Digestorum h. t. §. 8. Est *iurisdictio* Germanis facultas a superiore concessa, de causis cuiuscunque generis, quae auctoritatem, vel decisionem iudicis expectant, pro imperio statuendi. Add. de SELCHOW in Elem. iur. germ. §. 659. EISENHARDT Instit. iur. germ. priu. Lib. IV. tit. 1. §. 1.

1) Es giebt Rechte, welche zuweilen bey der teutschen Gerichtsbarkeit angetroffen werden, wohin z. B. das Recht, Abzugsgelder zu fordern, das Recht, erbloſe Güter zu occupiren, das ius retorſionis, das Recht, beſondere Steuern einzufordern u. d. gl. gehört. Alle dieſe Rechte können auf keine Weiſe als ein Theil der teutſchen Gerichtsbarkeit betrachtet werden, und ſie kommen daher keiner Gerichtsherrſchaft, als ſolcher, zu, ſondern man muß ſie vermöge eines beſondern Privilegiums, oder durch das Herkommen erlangt haben [e]); daher diejenigen Rechtsgelehrten irren, welche aus unrichtigen Begriffen des meri imperii bey den Römern, den Gerichtsherren das ganze ius fiſci beylegen.

2) Die teutſche Gerichtsbarkeit hat auch dieſes Beſondere, daß zuweilen nicht alles, was dem Begriffe nach zu derſelben gehört, dabey anzutreffen iſt. Sie begreift z. B. bisweilen blos die gerichtliche Unterſuchung, aber nicht das Recht, eine Entſcheidung abzufaſſen; oder es gehören zwar dieſe beyden Rechte dazu, aber nicht das Recht, rechtskräftige Urtheile zu vollſtrecken, welches letztere Recht bisweilen ein anderer Richter hat [f]). Uebrigens iſt es eine nur unvollkommne Gerichtsbarkeit, wenn dem Richter dieſes letzte Recht fehlt, daher dieſes nicht vermuthet wird, ſondern man vielmehr ſo lange annehmen muß, daß Jemand die vollkommne Gerichtsbarkeit habe, bis aus Geſetzen,

e) Ayrer D. de iure occupandi bona vacantia. G. L. Boehmer de iure fiſci ciuit. mediat. Ge. Engelbrecht D. de iurisd. ſuper. ſ. alta et inferiori ſ. baſſa ſec. mores Germanor. Sect. II. mbr. 1. §. 12. Jorgow von Regalien, 2tes Buch, 6 Cap. §. 2. Meiſters peinl. Proceß, S. 507—518. Striubens rechtl. Bedenk. 1r Thl. 74 Bed. Bemerkungen über den Einfluß der ältern Begriffe von der Gerichtsbarkeit auf heutige Sitten und Gebräuche, S. 46.

f) Stryck Vſus mod. h. t. §. 9. 10. Wernher lect. comm. h. t. §. 30. p. 85.

Gesetzen, Gewohnheiten, oder Verträgen etwas anders bewiesen worden [g]).

§. 186. 187. 188.

Die größte Schwierigkeit haben die Rechtslehrer alsdenn gefunden, wenn sie eine richtige Auseinandersetzung dessen angeben sollen, was die Römer imperium *merum*, und imperium *mixtum* nannten. In der L. 3. D. de iurisd. welches Gesetz ein Bruchstück aus Ulpians libr. 2. de officio quaestoris ist, heißt es: *imperium aut merum aut mixtum est. Merum* est *imperium*, habere gladii potestatem ad animaduertendos facinorosos homines, quod etiam *potestas* appellatur. *Mixtum* est imperium, cui etiam iurisdictio inest etc. Ferner heißt es in einer Stelle des Papinians [h]) lib. 1. quaestionum: — quaecunque specialiter Lege vel Senatusconsulto vel constitutione Principum tribuuntur, *mandata* iurisdictione non transferuntur: quae vero iure magistratus competunt, *mandari* possunt. Et ideo videntur *errare magistratus*, qui, cum *publici iudicii* habeant exercitionem Lege vel Senatusconsulto delegatam (veluti Legis Iuliae de adulteriis, et si quae sunt aliae similes) *iurisdictionem* suam mandant. — Verius est enim, more maiorum *iurisdictionem* quidem transferri; sed *merum imperium*, quod Lege datur, non posse transire. Quare nemo dicit, *animaduersionem*, Legatum Proconsulis habere mandata *iurisdictione*.

Zur Erklärung dieses Unterschiedes führen die Rechtsgelehrten an: Nach der Natur der Gerichtsbarkeit könne der sogenannte Gerichtszwang nicht von solcher getrennt werden,

g) Stryck l. c. h. t. §. 7. Pufendorf de iurisd. p. 521. Herr Prof. Lobethan von der Gerichtsb. S. 18.

h) L. 1. D. de officio eius, cui mand. est iurisd. cfr. L. 6. pr. D. de officio Proconf. et legati.

und sey daher als ein wesentliches Stück zu betrachten, da alle rechtliche Entscheidungen unsonst seyn würden, wenn der Richter nicht zugleich das Recht und die Gewalt hätte, diejenigen durch Zwang anzuhalten, seine Entscheidung zu befolgen, die es nicht freywillig thun wollen. Daher wird auch in Gesetzen dieses deutlich erklärt und z. B. in der L. f. §. 1. D. de officio eius, cui mand. est iurisdict. heißt es: quod iurisdictio sine modica coercitione *nulla* sit i. e. sine effectu. Nach einer besondern Vorstellung trennten aber die Römer den Gerichtszwang von der Jurisdiction, und rechneten solchen zum *imperio* einer Magistratsperson, wiewohl z. B. Noodt und Westenberg i) behaupten, iurisdictio und imperium sey blos dem Namen nach und nicht in der That unterschieden worden. Sie führen die L. 7. §. 4. D. de pact. für sich an, wo es heißt: si paciscar, ne operis noui nunciationem exquar, quidam putant, non valere pactionem, quasi in ea re praetoris *imperium* versetur; Labeo autem distinguit, vt, si ex re familiari operis noui nunciatio sit facta, liceat paciscí; si de re publica, non liceat, quae distinctio vera est. Man beruft sich ferner auf die L. 3. D. de iurisd. wo Ulpian sagt: iurisdictio etiam est iudicis dandi licentia etc. Beyde Gesetze beweisen aber nichts; denn im erstern ist blos von einem Befehl des Prätors die Rede, und nicht von einer Untersuchung der Streitsache, worin das Wesen der römischen Jurisdiction bestand. Daß aber bey Gelegenheit einer noui operis nunciatio, auch die Gerichtsbarkeit des Prätors eintreten könnte, wird in diesem Gesetz blos gesagt, und weiter nichts k). In dem andern Gesetz hat Ulpian gar keinen Begriff von der Gerichtsbarkeit geben wollen, und wie dieses Gesetz zu verstehen sey, sieht man aus der L. 12. §. 1.

i) Noodt de iurisd. I, 2. Westenb. in Princ. iur. Dig. h. t. §. 9. 10.

k) L. 1. §. 9. D. de nou. op. nunc.

§. 1. D. de iud. Die ersten Worte dieses Gesetzes beweisen nämlich, daß das ius dandi iudicem eine besondere Concession voraussetze, und hieraus folgt, daß es nicht schon in der Jurisdiction gelegen habe. Die folgenden Worte sollen blos zur Erläuterung dienen, und man sieht zugleich daraus, daß das imperium *mixtum*, zugleich mit der Jurisdiction für übertragen gehalten worden [1]). Dieses beweißt auch die L. 5. §. 1. D. de officio eius, cui mand. est iurisd. wo es heißt: mandata iurisdictione priuato, etiam imperium, *quod non est merum*, videtur mandari, quia iurisdictio sine modica coercitione nulla est. Dieses ist aber nicht zu läugnen, daß mit der Jurisdiction das imperium *mixtum* verknüpft war, weil ohne solches die Gerichtsbarkeit nicht ausgeübt werden können. In der L. 2. D. h. t. heißt es: cui iurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus iurisdictio explicari non potest. Damit ist die L. 1. §. 1. D. de officio eius, cui mand. est iurisd. zu verbinden, wo gesagt wird: *imperium*, *quod iurisdictioni cohaeret*, mandata iurisdictione transire verius est. Bey dem allen unterschied man dennoch beyde Dinge sehr genau, und rechnete gewisse Amtsverrichtungen blos zur Jurisdiction, und andere zum imperium mixtum, wie die L. 4. D. h. t. beweißt, wo gesagt wird: iubere caveri praetoria stipulatione, et in possessionem mittere, *imperii magis est*, *quam iurisdictionis*. In der L. 26. D. ad munic. bemerkt Paulus: ea, quae magis *imperii* sunt, quam *iurisdictionis*, magistratus municipalis facere non potest. Magistratibus igitur municipalibus non permittitur in integrum restituere, aut bona rei seruandae caussa iubere possidere, aut dotis seruandae causa aut legatorum seruandorum. Die Muni-

1) Hvber Eunom. ad L. 3. D. de iurisd. Mencken Progr. me um imperium iurisd. criminalem non esse, Helmst. 1749 p. 15. Hr. RR. Eichmann, Thl. 4. S. 325.

Municipalobrigkeit hat kein imperium, und Paulus unterscheidet sie deswegen ganz deutlich von denjenigen Magistratspersonen, qui imperium, potestatemque habebant m). Einigen Gerichtszwang, so weit solcher zur Ausübung der Gerichtsbarkeit schlechterdings nöthig ist, hatten sie zwar, er war aber dabey sehr eingeschränkt, und durfte auch gar nicht anders als mit Vorwissen des Statthalters in der Provinz ausgeübt werden. In der L. vn. pr. D. si quis ius dic. heißt es: omnibus magistratibus, non tamen *duumuiris*, secundum ius potestatis suae concessum est, iurisdictionem suam defendere *poenali iudicio*, welcher letzte Ausdruck, wie ihn Otto a. a. O. S. 464 richtig erklärt, von der actione personali in factum zu verstehen ist, quae rei vel petitoris contumacis aduersario datur, non tantum in id, quod interest, sed quanti ea res est in iudicium deducta n). Hoc enim poenale iudicium, ex quo poena actori applicatur, duumuiris concedere non licuit, qui ad certam tantum summam ius dicere poterant, sed solis maioribus magistratibus, ad tuendum imperium, quod habebant o). Bey diesen Obrigkeiten war also der Unterschied zwischen iurisdictio und imperium sehr wichtig, dahingegen bey höhern Magistratspersonen, welche more maiorum das imperium hatten, den Consulen, Prätoren, den Statthaltern in den Provinzen, weniger darauf ankam, ob diese oder jene Amtsverrichtung zur Jurisdiction oder zum imperium gerechnet wurde p). Hieraus

m) PAVLI rec. Sent. V, 5. 1. Eu. OTTO de aedilib. colon. et municip. c. 13. §. 1. 5. AVERAN. Int. I, 4. n. 25.

n) L. 53. D. de re iudic.

o) L. 12. §. 1. D. de iudic. DVAREN. Disp. anniu. Lib. I, c. 50. HVBER in Eunom. ad h. l. AVERAN. Int. I. 4. n. 42. PAVLI rec. Sent. Lib. IV. tit. 4. §. 2. Westphal vom Pfandrechte, 3 Cap. §. 50. not. 69. b).

p) L. 2. D. de in ius voc. MARKART. Int. p. 219. sqq.

aus läßt sichs erklären, warum in den Gesetzen q) bisweilen imperium und iurisdictio als gleiche Dinge angegeben werden.

Nachdem wir dieses wissen, soll der wahre Verstand der Worte imperium, imperium merum, imperium mixtum erklärt werden, wozu aber die richtigste Kenntniß der römischen Staatsverfassung erfordert wird. Aus den Schriften des Cicero sehen wir, daß imperium die Rechte der höhern Magistratspersonen genennt worden; und der Ausdruck: est in imperio, so viel geheißen habe, als wenn wir sagen: er verwaltet eine der ersten Staatsbedienungen. Hatte Jemand bey den Römern zur Zeit der Republik das Commando über eine Armee, so sagte man von ihm: est cum imperio. Dieses letzte mußte allemal durch eine Lex curiata besonders ertheilt werden r). Nach den Gesetzen, die in unserm Corpus iuris stehen, wird unter imperium die eminente Gewalt einer höhern Magistratsperson verstanden, schreibt Hr. HR. Glück, vermöge welcher dieselbe nicht nur mit Nachdruck etwas gebieten, oder ververbieten, sondern auch die Ungehorsamen züchtigen, und die Verbrecher strafen konnte s). Es wird aber auch dieses Wort zuweilen für den, vermöge obrigkeitlicher Amtsgewalt ertheilten Befehl selbst genommen, z. B. in der L. 7. D. ne quid in loco publ. Daß nur die höhern Magistratspersonen bey den Römern, ein eigentliches imperium gehabt, und dieses vorzüglich in dem Recht bestanden

q) L. 7. §. 14. D. de pact. L. 1. §. 9. D. de nou. op. nunc. L. 13. §. 4. D. ad Sctm. Treb. L. 7. in f. L. 8. 9. pr. D. de offic. Proc. L. 215. D. de verb. signif. L. 3. D. h. t. L. 12. §. 1. D. de iudic. L. 26. pr. §. 1. D. ad. munic. L. 16. §. f. D. de minorib. §. 1. Inst. de adopt. L. 2. D. de offic. Proc.

r) ERNESTI Clau. Cic. voc. imperium.

s) L. 14. et 53. D. de re iud. L. 4. D. de rec. arbitr. L. 214. 215. D. de verb. signif. L. 199. D. de reg. iur. L. 5. §. 1. D. de offic. eius, cui mand. L. 1. 2. C. si in causa iud. COCCEII ius contr. T. I. h. t. p. 160. ib. EMMINGHAVS.

den habe, zur Vollstreckung des gegebenen Befehls, die Lictoren zu gebrauchen, und die Ungehorsamen gefangen nehmen zu lassen, sieht man aus mehrern Stellen t); denn z. B. in der L. 2. D. de in ius voc. heißt es: in ius vocari non oportet, neque consulem, neque praefectum, neque praetorem, neque proconsulem, neque caeteros magistratus, qui *imperium* habent, qui coercere aliquem possunt, et *iubere in carcerem duci.* Beym Gellius findet man folgende Erklärung: in magistratu habent alii *vocationem*, alii *prehensionem;* alii neutrum, *Vocationem*, vt consules et caeteri, qui habent *imperium. Prehensionem*, vt tribuni plebis, et alii, qui habent viatorem. *Neque* vocationem, *neque* prehensionem, vt quaestores, et caeteri, qui neque lictorem habent, neque viatorem. Qui vocationem habent, iidem et prehendere, et tenere, et abducere possunt.

In neuern Zeiten theilte man das *imperium* der römischen Magistratspersonen in *merum* und *mixtum* ein, wovon in der L. 3. D. h. t. der Begriff vorkommt, wie wir S. 473. gesehen haben. Es heißt nämlich daselbst: *merum* est *imperium*, habere gladii potestatem ad animaduertendum *facinorosos* homines, quod etiam *potestas* appellatur: *Mixtum* est *imperium*, cui etiam iurisdictio in est, quod in danda bonorum possessione consistit. Was diese beyden Ausdrücke nach dem römischen Rechte sagen wollen, darüber haben die Rechtsgelehrten viel Seltsames angeführt, wie ihre Schriften beweisen. Sehr viele Rechtsgelehrten u) behaupten, *merum* imperium sey eben das

t) Gellii N. A. XIII, 12. Sigonius de ant. iure prouinc. Lib. III. c. 5. Tom. II. de ant. iur. pop. rom. p. 291. edit. Thomas. Idem de ant. iure ciuium Rom. I, 20.

u) Noodt de iurisd. I, 4. Gebauer de iurisd. I, 4. 5. Westenberg h. t. §. 11 sqq. Cocceii h. t. qu. 17. Hahn Opin. iurid. Cl. I. opin. 10. Avrell. var. *Cuiac.* Disp. 3. in Ottonis Thes. T. III. p. 699. Petr. Martres. in Meerm. Thes. T. VI. p. 724.

das gewesen, was wir heutzutage die peinliche Gerichtsbarkeit nennen; denn *merum* sey so viel, als acre, vehemens, summum; unter imperium *mixtum* habe man hingegen mite, temperatum, lene imperium verstanden, und dieses habe in dem Rechte der Magistratsperson bestanden, die vermöge der habenden Jurisdiction gegebenen Befehle zu vollstrecken x). Diese Erklärung wird aber von andern Rechtsgelehrten y) für falsch erklärt, und sie behaupten, das Recht, die Verbrecher zu bestrafen, habe zwar zum imperium *merum* gehört, aber über dieses noch andere Rechte, so wie das Recht ein gesprochenes Urtheil zu vollstrecken, nur ein Theil des imperii mixti gewesen sey. Man findet aber in den Schriften derjenigen Rechtsgelehrten, die diese Erklärung annehmen, eine verschiedene Erklärung hiervon; denn so unterscheidet Albrecht z) ein dreyfaches imperium, nämlich merum, summum et mixtum, und sagt: imperium *summum* est summa in imperio potestas cum gladii iure, dergleichen imperium die Praefecti Praetorio und der Praefectus vrbi gehabt haben. Unter imperium *merum* müsse summa in *prouincia* potestas cum iure gladii coniuncta verstanden werden, welche Gewalt der Statthalter gehabt habe. Um diese Erklärung zu beweisen, schreibt Albrecht, Ulpian sage nicht: merum imperium *est* gladii potestas, sondern er bediene sich des Worts *habere*, indem er sage: *habere* gladii potestatem, und das Wort *habere* werde von derjenigen Gewalt gebraucht, die durch eine besondere Concession erlangt werden müsse, daher nenne Ulpian in mehrern Stellen, z. B. in der L. 6. pr. D. de offic. proc. in der L. 70. D. de reg. iur. die potestatem gladii Procon-

x) Emminghavs ad Coccеii ius contr. T. I. p. 160.

y) Mencken Progr. cit. in *Eius* Opusc. Hal. 1770. 8. n. 14. Emmingh. l. c. p. 174. Hr. GtR. Höpfner im Comment. §. 1235. Hr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 4. S. 328.

z) Albrecht D. de mero imperio, Lipſ. 1751. §. 8.

Proconsulis, eine potestatem *datam*. Ueberdieses müsse man behaupten, bemerkt Hr. Albrecht, daß Ulpian das imperium *merum* nicht materialiter durch gladii potestatem beschreiben, und behaupten wollen, es bestehe das imperium merum einzig und allein in dem Rechte am Leben zu strafen. Er nenne vielmehr dasselbe blos von dem Symbol, *gladii* potestatem, weil der Staatsbeamte bey seiner Einführung ein Schwerdt überreicht bekommen, welche Meynung auch Jac. Gothofredus [a]) bereits angenommen habe. Ulpian habe also sagen wollen: *merum* imperium est beneficio et gladio tradito data potestas, vt facinorosi homines etiam vltimo supplicio animadverti possint. Endlich das imperium *mixtum* hält Hr. Albrecht für die bloße Jurisdiction, weil jener Ausdruck von den römischen Rechtsgelehrten blos in der Absicht eingeführt worden, um die Jurisdiction der höhern Magistratspersonen von der so genannten Notion der Obrigkeiten in den Municipalstädten zu unterscheiden, da diese Beamten kein imperium gehabt, sondern die Notion nur von einem besondern Auftrage des Statthalters erhalten hatten. In der L. 4. §. 3. D. de damno inf. heiße es daher: *duas* ergo res *magistratibus municipalibus* Praetor vel Praeses iniunxit: cautionem et possessionem: *caetera suae iurisdictioni reseruauit.*

Der verstorbene berühmte Hr. Prof. Bach [b]) behauptete, das Commando einer Armee habe imperium merum geheißen, wobey folglich an keine Gerichtsbarkeit zu denken gewesen. Hr. Prof. Menken a. a. O. versteht darunter das Recht, eine Sentenz zu exequiren, die ein Anderer gesprochen habe. Das *mixtum* imperium halten die meisten Schriftsteller für das Recht, eine Sentenz in Civil-

a) Iac. Gothofr. ad Leg. vn. Cod. Theod. ne sine iussu Princ. Tom. III. Lib. IX. tit. 41.

b) Bach hist. iur. p. 103 et 116. edit. illustr. Stockm. Ebendersf. in der Critik, 3ter Band, S. 176.

Civilsachen zu exequiren. Daß Hr. D. Albrecht weiter nichts als die Jurisdiction darunter verstanden habe, ist bereits bemerkt worden c). Hr. Prof. Bach behauptete: man habe nichts weiter als die Gerichtsbarkeit in den Provinzen darunter verstanden.

Hr. HR. Glück schreibt: mich dünkt, daß noch immer diejenigen die sicherste Bahn betreten haben, welche sich an die Worte Ulpians halten, und unter imperium mixtum eine solche obrigkeitliche Gewalt verstehen, welche mit der Jurisdiction verknüpft war, und die der Obrigkeit, welche die Gerichtsbarkeit hatte, zur Handhabung derselben, iure magistratus zustand; imperium *merum* aber von einer solchen Gewalt erklären, welche einer Obrigkeit iure magistratus nicht zustand, sondern derselben durch ein ausdrückliches Gesetz verliehen werden mußte, vermittelst welcher dieselbe nicht nur Verbrecher strafen, sondern so gar Todesstrafen verfügen konnte d). Beydes war auf eine doppelte Art unterschieden. Erstens das imperium mixtum übte die Obrigkeit, welche die Jurisdiction hatte, suo iure aus, sie war eine Gewalt, welche, wie Papinian in der L. 1. D. in f. de offic. eius, cui mand. sich ausdrückt, der Jurisdiction adhärirte. Uebertrug daher eine höhere Magistratsperson ihre Jurisdiction einer andern, so gieng auch das imperium mixtum auf den Stellvertreter über, so weit es sich die Obrigkeit nicht vorbehielt. Allein das imperium merum war von der Jurisdiction ganz abgesondert, hieng von besonderer Concession ab, und durfte daher von der Obrigkeit, der es verliehen worden, keinem andern aufgetragen werden e). Es war Sitte der römischen Kaiser, ein solches imperium durch das Symbol

c) Hamberger in Opusc. p. 288.

d) Cviacii Obs. XXI, 30. Dvaren. Disp. I, 53. Faber ad L. 3. D. h. t. in Rat. Averan. Int. I, 1. Hyber Prael. h. t. p. 85. Heinecc. Comp. Dig. §. 255.

e) L. 6. pr. D. de offic. Proconf.

bol eines Schwerdts zu ertheilen [f]). Den Nachrichten des Dio Cassius [g]) zu Folge, durften daher nur solche Obrigkeiten einen Degen tragen, denen das Recht über Leben und Tod zustand, Andere nicht, und ihre Chargen hießen davon honores iuris gladii, daher Lampridius [h]) schreibt: honores iuris gladii nunquam vendi possunt. Befahl der Kaiser einer solchen obrigkeitlichen Person, den Degen abzulegen, so war dieses ein Zeichen ihrer Cassation [i]). Zweytens das imperium *mixtum* zeigte sich hauptsächlich in Civilsachen wirksam. Für dieses gehörten Einsetzungen in den Besitz und den vorigen Stand [k]), Cautionsleistungen [l]), Vollstreckung aller Rechtssprüche, die aus obrigkeitlicher Gewalt geschahen, und der rechtskräftigen Entscheidungen anderer Richter [m]), Verfügung leichter Strafen gegen Ungehorsame, so wie sie der Gerichtszwang erfordert; Geld- oder Gefängnißstrafen [n]), außer der Ordnung auch Bestrafung geringer Vergehungen, so weit die Cognition derselben vor den Civilrichter gezogen werden konnte [o]). Dieser Behauptung steht die L. 8. §. 9. die

f) Stativs Syluar. V, 2. 176. Iac. Gothofr. ad Cod. Theod. T. III. p. 351. Greg. Nazianz. Ep. 65. Panciroll. var. lect. I, 11. Averan. Intr. l. c. n. 10. Hvber l. c. h. t. de imperio §. 4. Otto de aedil. p. 458.

g) Dio Cassivs hist. Rom. Lib. LIII. Averan. l. c. n. 10. p. 3.

h) Lamprid. in Alex. Seuero c. 49.

i) Plvtarch in Galba, verb. Tigellino collegae imperauit, vt gladium deponeret.

k) L. 4. D. de inrisd. L. 4. §. 1. D. de offic. eius cui mand. L. 26. D. ad municip.

l) L. 4. D. de damno inf. L. 4. §. 1. D. de offic. eius, cui mand.

m) L. 15. D. de re iudic.

n) L. vn. D. si quis ius dicenti non obt. L. 131. §. 1. D. de verb. signif. L. 2. pr. D. de in ius voc.

o) L. 4. pr. D. de offic. eius, cui mand. est iur. L. 1. §. 4. D. de aleat. Poleti hist. fori Rom. Lib. 5. c. 14. p. 524. de Boehmer ad C. C. p. 60.

die L. 35. D. de poen. die L. 6 und 23. C. eod. nicht entgegen; denn darin wird blos die Verurtheilung zu einem ewigen Gefängniß verboten [p]). Dem imperio mero waren alle peinliche Strafen vorbehalten, vorzüglich aber die Lebensstrafen [q]). Die Obrigkeit, welche das imperium merum hatte, cognoscirte jedoch nicht selbst, sondern mußte die Untersuchung andern Richtern überlassen [r]). Sie selbst war eigentlich Director des peinlichen Gerichts, dirigirte den Criminalproceß, und ertheilte sodann die Befehle zur Vollstreckung der dem Verbrecher zuerkannten peinlichen Strafe. Eine Stelle aus dem Polletus [s]) wird dieses am besten erläutern. Sunt multi, qui cum cognoscendi et disquirendi potestatem habeant, *imperium* tamen non habent, vt sunt *iudices* in publicis quaestionibus Praetore praesidente: nam vt cognoscunt sententiamque tabella conceptam ferunt tantum, ita *Praetor* in iisdem iudiciis nullam iurisdictionem habet, sed *merum* nudumque *imperium*, vt numerum iudicum ineat, sortes ducat, iudices citet, contumaces mulctet, tempora clepsydrarum praescribat, iudices in consilium mittat, sortes eductas numeret, et collato numero pro maiore pronunciet, quae plane *meri* sunt *imperii* et a iurisdictione seiuncti. — Itaque *Vlpiani* verba in L. 3. D. de iurisd. *merum imperium* est habere gladii potestatem non definitio sunt, sed paradigma, tanquam interiicienda esset particula *vt*, quae exemplorum index est: merum imperium est, vt habere gladii potestatem. Merum enim imperium amplius et latius est gladii potestate, cum

p) MATTHAEI de criminib. ad Lib. 48. tit. 10. D. de poen. n. 13. p. 764.

q) L. 6. §. 8. D. de offic. Praesid. L. 6. §. 2. D de poen.

r) Lud. Gottf. MADIHN viciss. cognit. crim. ap. Rom. vsque ad Caes. temp. §. 15. 16.

s) POLLETI hist. for. Rom. Lib. III. c. 1. p. 202.

extendatur ad ea, quae citra causae cognitionem expediuntur.

Uebrigens muß ich noch anmerken, daß das imperium merum nicht bey allen Obrigkeiten, denen solches zustand, von einerley Umfang war. Man sollte zwar denken, wer Todesstrafen zu verfügen berechtigt ist, muß auch wohl geringere auflegen dürfen. Allein der Schluß a maiori ad minus galt hier nicht. Alles kam auf die Lex concessionis an. So war z. B. das merum imperium des Praeses einer Provinz, nicht von demjenigen Umfange, wie dasjenige, so der Praefectus vrbi, und die Praefecti praetorio ausübten; denn diese letztern hatten das Recht der Einziehung der Güter und der Deportation [t]; die Praesides hingegen, ob sie gleich das ius gladii hatten, durften dennoch ohne besondere Genehmigung des Kaisers weder eine Deportation noch Confiscation verfügen [u]; ein Umstand, der auf die Gültigkeit des Testaments eines verurtheilten Bürgers einen wichtigen Einfluß hatte. Bedurfte nämlich das Urtheil noch einer Bestätigung des Kaisers, so gieng die Würkung desselben erst von der Zeit der Bestätigung an; starb aber der Verurtheilte noch vor erfolgter Bestätigung, so war sein Testament oder Vermächtniß noch gültig [x]. Auch im Verhältniß gegen die Praetores quaestionum war die Criminalgewalt der Praefectorum viel uneingeschränkter [y]; denn jene waren an die Strafe der

t) L. vn. Cod. Theod. ne sine iussu L. 2. §. 1. D. de poen.

u) L. vn. Cod. Theod. cit. L. 6. §. 1. D. de interd. et relegat.

x) L. 6. §. 7. D. de iniusto rupto, L. 1. §. 3 et 4. D. de legat. III. Herr GJR. Westphal von Testam. S. 664. Ebenderf. von Vermächtnissen, 1 Thl. S. 30.

y) Schulting D. de recusat. iud. c. 7. in *Eius* Comm. Hal. 1770. 8. Vol. 1. p. 100.

der Gesetze gebunden; von ihnen galt, was Papinian z) sagt: Facti quidem quaestio in arbitrio est iudicantis; poenae vero persecutio non eius voluntati mandatur, sed *legis auctoritati* reseruatur a). Allein die Praefecti vrbi und praetorio durften aus wichtigen Ursachen von der Strafe der Gesetze abweichen, und eine andere entweder härtere oder gelindere Strafe verfügen, nachdem es die Umstände mit sich brachten. Von diesen ist Ulpian in der L. 13. D. de poenis zu verstehen, wenn er sagt: hodie licet ei, qui extra ordinem de crimine cognoscit, quam vult, sententiam ferre, vel grauiorem vel leviorem: ita tamen, vt in vtroque modo rationem non excedat. Ulpian schrieb dieses unter dem Antoninus Caracalla; denn an einem andern Orte b) nennt er diesen Kaiser Imperatorem nostrum *Antoninum*, worunter aber kein anderer Antoninus zu verstehen ist c).

§. 189.

Was in den vorigen Paragraphen, zur Erklärung des Begriffs der Gerichtsbarkeit nach der römischen und teutschen Staatsverfassung gesagt worden, wird jeder gründliche Rechtsgelehrte für richtig erklären, und die Brauchbarkeit dieser Wahrheiten zeigt sich in unzähligen

z) L. 1. §. 4. D. ad SCtum Turpill. L. 15. pr. D. ad munic. Paulus schrieb daher noch zu seiner Zeit ein ganzes Buch de poenis omnium Legum, woraus L. 2. D. ad SCtum Turpill. und L. vlt. D. de L. Pompeia de parricid. genommen sind.

a) Auf diese Praetores quaestionum beziehen sich auch die Worte des Paulus in der L. 8. D. de publ. iudic. ordo exercendorum publicorum capitalium in vsu esse desiit, *durante tamen poena legum*, cum extra ordinem crimina probantur.

b) L. 5. §. 3. D. de appell. rec.

c) Brisson. de verb. signif. voc. Antoninus Imp. Spanheim in orbe Rom. Exerc. II. c. 4.

Fällen. Es giebt aber noch viel wichtige Grundsätze von der eigentlichen Beschaffenheit der heut zu Tage in Teutschland vorkommenden Gerichtsbarkeit, ohne deren Bekanntschaft man beständig zu Irrthümern verleitet werden muß, und dahin gehört besonders die Lehre von dem Unterschiede zwischen der landesherrlichen höchsten Gerichtsbarkeit und derjenigen, welche der Regent von Unterthanen verwalten läßt. Die Erfahrung hat die Regenten bald darauf geführt, daß es unmöglich sey, die Gerichtsbarkeit in dem ganzen Staate überall selbst auszuüben, und daß sie daher die Hülfleistung anderer Menschen nöthig haben. Auf diesen Umstand bezieht sich die Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die oberste und höchste, iurisdictio eminens, sublimis, und die Gerichtsbarkeit schlechtweg, iurisdictio simplex, wie die Rechtslehrer sagen [d]). Auf diesen Unterschied beziehen sich die wichtigsten Rechtssätze, und dahin gehört

1) Der Satz: In einem zweifelhaften Falle kann man nicht annehmen, daß Jemandem die Gerichtsbarkeit von dem Landesherrn überlassen worden sey, da diese Verstattung eine Handlung ist, Handlungen aber nicht vermuthet werden. Daher muß derjenige Unterthan, welcher sich die Ausübung der Gerichtsbarkeit anmaßt, zeigen, daß er solche auf eine gesetzmäßige Art an sich gebracht habe. Kunstmäßig gesprochen, sagt man: er muß den Rechtstitel seiner behaupteten Gerichtsbarkeit darthun. Unter die rechtmäßigen Erwerbungsarten der Gerichtsbarkeit gehört aber die landesherrliche Concession und die Immemorialpräscription [e]). Auf eine andere Erwerbungsart der Gerichtsbarkeit kann sich daher Niemand gegen den Landesherrn berufen, wenn er solche an einem Orte ausüben will, der

d) Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 4. S. 329.

e) Leyser Spec. 404. med. 1. L. 2, 3, 4. Mevii Dec. P. I. Dec. 6. n. 6. Io. Aug. Hellfeld de auctoritate vetustae possessionis, §. 16.

der seinen bestimmten Regenten hat. Eben deswegen muß die summarische Possessorienklage, die sich blos auf den neuesten ruhigen Besitz gründet, und weswegen der Kläger verlangt, im Besitze ferner gerichtlich geschützt zu werden, als unstatthaft gegen den Regenten erklärt werden, um dadurch bey dem Besitz der Gerichtsbarkeit geschützt zu werden, da Unterthanen der bloße Besitz derselben wider den Regenten nichts hilft, sondern sie ihr Recht darthun müssen. Eine ganz andere Bewandtniß hat es freylich alsdann, wenn nicht der Regent dem Besitzer die Gerichtsbarkeit streitig macht, sondern eine Privatperson; denn hier kann sich der Besitzer allerdings durch possessorische Rechtsmittel bey der Erhaltung des Besitzes zu schützen suchen.

2) Ferner ist zu bemerken: wenn es auch für gewiß angenommen werden muß, daß eine Privatperson die Gerichtsbarkeit vom Regenten wirklich erhalten hat, so ist diese Concession dennoch nicht anders zu verstehen, als mit der Bedingung, der Regent behalte die Oberaufsicht über die Verwaltung derselben, oder kunstmäßig gesprochen, die der Privatperson ertheilte Gerichtsbarkeit bleibe dem Regenten subordinirt [f]). Die Beschaffenheit dieser Subordination zeigt sich in folgenden Umständen, und zwar: a) muß der Erwerber der Gerichtsbarkeit sich bey der Ausübung derselben beständig nach den Landesgesetzen über diesen Gegenstand richten. Daher kann ihm b) wegen eines Mißbrauchs der Gerichtsbarkeit, wenn die gebrauchten Erinnerungen und Strafen nichts gefruchtet, die concedirte Gerichtsbarkeit zur Strafe wieder genommen werden. Wollte man hier etwas anders annehmen, so würde die Wohlfahrt des Staats großen Nachtheil erfahren. c) Da die Gerichtsbarkeit unter die eigentlichen und ersten Ho-

f) de Ludolf Obs. for. P. I. Obs. 108. de Ickstadt in Opusc. T. I. Obs. 10. §. 111. Herr HR. Meister im pein. Proceß, 3 Thl. 1. Abschn. 11. Hptstck, §. 26. Herr HR. Schnaubert a. a. O. S. 108.

heitsrechte (S. 458) gehört, die kein Regent ganz fahren lassen kann, so bleibt ihm allemal noch ein Antheil an derselben übrig, und darauf gründet sich das landesherrliche Recht, Appellationen annehmen zu können; ja wenn auch keine Appellation im eigentlichen Verstande statt finden sollte, so kann der Regent auf Verlangen der dabey interessirten Personen, vermöge seiner höchsten Oberaufsicht und der zwischen dem Regenten und den Unterthanen unauflösbaren Verbindung, ins Mittel treten g). Dieses beständige landesherrliche Recht hat aber außer diesen Fällen keine Würkung, und kann nicht dazu gebraucht werden, den mit der Gerichtsbarkeit Beliehenen, bey Ausübung derselben auf irgend eine Weise einzuschränken, wenn er dabey die Vorschrift der Gesetze vollkommen beobachtet hat, die bey der Concession deutlich angegeben worden sind. Es kommt nämlich bey der Ausübung derselben darauf an, was bey der Ertheilung der Gerichtsbarkeit zwischen dem Regenten und den damit Beliehenen verabredet und festgesetzt worden, was die Staatsgrundgesetze des Landes darüber enthalten, und was selbst in der Natur der Gerichtsbarkeit liegt h). Der Regent hat d) außer dem angeführten Falle bey der Ausübung die höchste Oberaufsicht, und vermöge derselben, ist er befugt, dafür Sorge zu tragen, daß dem Staate die Concession der Gerichtsbarkeit auf keine Weise nachtheilig werde. Hierauf gründet sich das Recht des Fürsten, die Gerichtsverfassung und die Gefängnisse der Gerichtsherren einer Untersuchung unterwerfen zu können, die entdeckten Fehler abzustellen, und bessere Einrichtungen zu treffen. Da übrigens e) der Regent, im Fall er,

g) Grotius de iure belli et pacis, Lib. II. c. 5. §. 13. C. A. C. Ulichs Abh. von Appellationen und Läuterungen, Wittenb. 1788. §. 3. S. 9.

h) Struv Synt. iur. feud. c. 6. aphor. 18. n. 14. Herr HR. Schnaubert im Comment. über das Böhmerische Lehnrecht, §. 64.

er, vermöge seiner höchsten Gerichtsbarkeit, als ein Hoheitsrecht betrachtet, über die Ausübung der Gerichtsbarkeit, die er einer Privatperson ertheilt hat, etwas verordnet hat, dadurch andere Hoheitsrechte, z. B. das Recht zu begnadigen, Strafen zu verwandeln, zu mildern, Verbrechen zu aboliren, nicht verliert, so behält er die volle Ausübung aller dieser Hoheitsrechte immer noch, wenn er gleich Jemanden die Gerichtsbarkeit überlassen hat; ja es schadet ihm nicht, wenn in der Verleihungsurkunde kein Vorbehalt dieser Rechte ausgedrückt seyn sollte, das heißt, wenn die Worte: „unserer Landeshoheit Herrlich- und Gerechtigkeiten unnachtheilig," nicht darin stehen sollten i). Uebrigens muß f) derjenige, dem die Gerichtsbarkeit verliehen worden, alle Arten der Verbindlichkeiten erfüllen, die aus der Art der Ertheilung der Gerichtsbarkeit entspringen. Wäre er also z. B. damit belehnt worden, so gehört die Vasallenpflicht unter seine besondern Verbindlichkeiten, die ein Anderer nicht hat, dem sie erblich verliehen worden ist.

3) Unter der eben vorgetragenen Voraussetzung, ist es ein richtiger Grundsatz, daß derjenige, dem die Gerichtsbarkeit vom Regenten ertheilt worden, berechtigt ist, sie allein und privativisch auszuüben, das heißt, der Regent kann sich nicht für berechtigt halten, die Ausübung der Gerichtsbarkeit zugleich mit vornehmen zu dürfen. Soll ihm dieses Recht zustehen, so muß er sich die Freyheit, bey der Ausübung der Jurisdiction zu concurriren, vorbehalten haben, oder die positiven Staatsgrundgesetze geben ihm dieses Recht der Concurrenz, ohne daß es eines Vorbehalts bey der Verleihung der Gerichtsbarkeit bedarf. Diese wichtige Eigenschaft der an Unterthanen überlassenen Gerichtsbarkeit, zeigt die größten Würkungen, wie wir

i) Ziegler de iurib. maiest. Lib. I. c. 29. §. 12. Schilter Exerc. VI. §. 12. Hert. de consult. legibus et iudiciis, §. 22. Herr HR. Meister a. a. O. §. 26.

in der Folge sehen werden, wo ich mich auf diese Stelle berufen werde, um diese dunkele Materie mehr zu erläutern k). Der Grund dieser Regel ist der Umstand, daß der Regent allerdings befugt ist, Jemandem die Ausübung dieses Hoheitsrechts dergestalt zu überlassen, daß ihm keine Mitausübung zustehen solle, da hierdurch die Wohlfahrt des Staats auf keine Weise untergraben wird. Bey dieser Beschaffenheit der Sache muß die Auslegung wider den Regenten gemacht werden, weil er, im Fall er sich die Concurrenz bey der Ausübung der Gerichtsbarkeit vorbehalten wollen, dieses deutlich zu verstehen geben sollen, da es wider die Natur einer Begebung dieses oder jenes Rechts streitet, dasselbe in Zukunft zugleich mit demjenigen ausüben zu wollen, dem man es überlassen hat, und der Regent hier nicht anders beurtheilt werden kann, als jeder andere Mensch. Ueberdieses ist jede Reservation eine Handlung; diese werden aber nicht vermuthet. Eine andere hierher gehörende Frage ist es ferner: ob nicht wenigstens die Concurrenz des Regenten gestattet werden müsse, wenn er Jemanden die Gerichtsbarkeit über ein ganzes Land ertheilt habe? Nach der Behauptung mehrerer Rechtslehrer l) kann der Regent wesentliche Hoheitsrechte, wozu auch die Gerichtsbarkeit gehört, nicht anders als über einen gewissen District, mit Ertheilung des Eigenthumsrechts an Privatpersonen überlassen; und wenn man auch das Gegentheil zugeben wollte, so bleibt doch diese Gerichtsbarkeit schlechterdings dem Regenten subordinirt.

4) Ein wichtiger Umstand bey der Ueberlassung der Gerichtsbarkeit ist der, daß sie sowohl bestimmt, definite, als unbestimmt, indefinite, vom Regenten ertheilt

k) Boehmer Consult. et Decis. Tom. I. p. 2. Itter de feud. imperii, c. 8. §. 8. Herr v. Bari im Lehnrecht, S. 673. Herr HR. Schnaubert a. a. O. § 65.

l) G. L. Boehmer Princ. iur. feudal. §. 63. Herr HR. Schnaubert im Comment. über diese Stelle S. 103. Io. Steph. Pütter in Opusc. iur. publ. p. 340 sqq.

theilt werden kann. Bey der Anwendung dieses Satzes finden sich wieder mancherley Schwierigkeiten. Als bestimmt überlassen muß die Gerichtsbarkeit betrachtet werden, wenn die Gattung derselben, und die Art und Weise, wie sie ausgeübt werden soll, deutlich und genau festgesetzt worden; für unbestimmt überlassen ist sie hingegen zu halten, wenn entweder beyde Bestimmungen fehlen, oder doch die eine derselben. Kommen nun über die rechtmäßige oder unrechtmäßige Ausübung der Gerichtsbarkeit Streitigkeiten vor, und dieselbe ist für bestimmt ertheilt zu halten, so wird die Sache in Gemäßheit der geschehenen deutlichen Bestimmung entschieden; ja selbst alsdann, wenn wenigstens die Gattung der Gerichtsbarkeit deutlich bestimmt worden, die der Andere bekommen sollen, so kann die darüber geführte Rechtssache leicht und sicher entschieden werden. Betreffen die Streitigkeiten blos die Art und Weise der Ausübung der Gerichtsbarkeit, so ist die Entscheidung hier nicht sehr schwer; denn der mit der Gerichtsbarkeit Beliehene muß sich hier nach den Regeln richten, welche andere Besitzer der nämlichen Gerichtsbarkeit befolgen, und er darf kein Vorrecht verlangen, wenn es ihm nicht deutlich ertheilt worden seyn sollte. Ungegründet würde aber die Behauptung eines solchen Vorrechts seyn, wenn zu dessen Beweis weiter nichts angeführt werden könnte, als der Umstand, daß man die Gerichtsbarkeit nicht umsonst, sondern gegen ein Aequivalent erhalten habe. Es tritt hierbey so gar eine stillschweigende Anerkennung der gleichen Verbindlichkeiten ein, wenn die Ausbedingung eines Vorrechts nicht deutlich bewiesen ist. Daher müssen sich z. B. die Patrimonialgerichtsbarkeiten nach der Sporteltaxe richten, die eingeführt wird, und man verstattet ihnen nicht anzuführen: da bey der Ertheilung der Gerichtsbarkeit eine andere gegolten, so dürfe ihnen diese nicht genommen werden. So müssen sie ferner das anerkennen, was die Gesetze, es mögen einheimische oder römische seyn, wegen der schuldigen Auslieferung eines Verbrechers an den Richter, in

dessen

dessen Gerichtsbezirk das Verbrechen begangen worden ist, oder wegen der Prorogation der Gerichtsbarkeit verordnen.

Weit schwerer ist die Frage zu beantworten: was alsdenn angenommen werden müsse, wenn die Gattung der Gerichtsbarkeit nicht bestimmt, sondern solche blos mit dem Ausdruck, Gerichtsbarkeit, Gerichte, Jurisdiction, überlassen worden ist? Die Meynungen der Rechtsgelehrten über diese Frage sind sehr getheilt. Einige [m]) behaupten, daß nach dem Inhalt einer solchen Confession, nicht blos die bürgerliche oder niedere Gerichtsbarkeit, sondern zugleich auch die peinliche oder obere Gerichtsbarkeit für ertheilt angenommen werden müsse. Ihre Gründe sind folgende, und zwar α) sey die Gerichtsbarkeit ein Ganzes, welches aus der peinlichen und bürgerlichen Gerichtsbarkeit bestehe, folglich müßten auch demjenigen, dem das Ganze überlassen worden, die solches ausmachenden Theile, die man gewöhnlich dafür halte, gehören. β) Lasse sich hier die L. 3. D. de constit. Princ. anwenden, nach welchem Gesetz fürstliche Wohlthaten nicht eingeschränkt erklärt werden dürfen. γ) Sey diese Auslegung auch der L. 3. D. de iurisd. folglich dem römischen Rechte gemäß. Diese Gründe halten aber die mehresten Rechtsgelehrten [n]) für unbe-

m) Mevii Decis. P. I. Dec. 34. n. 1. Horn in Iurispr. feud. c. 7. §. 1. Beyer Posit. ad Digesta h. t. pos. 49. de Boehmer ad Constit. Carol. Art. I §. 11. p. 23. Strubens Bedenk. Thl. 4. Nr. 122. S. 316.

n) Stephani de iurisd. Lib. II. Part. I. c. 7. m. 2. n. 156. Knichen de vestiturarum pactionibus, c. 1. n. 54. Klock in Consil. Vol. I. Cons. 29. n. 612. Struv. Syntag. iur. ciuil. Exerc. IV. §. 80. Meischner Dec. 23. n. 37. Ockel de palatio regio, §. 66. Schilter Exerc. VI. §. 10. Pufendorf de iurisd. german. P. II. Sect. IV. §. 134. Kress de iurisd. omnimoda, §. 26. Berger Oecon. iuris, Lib. IV. tit. 3. th. 1. not. 19. Struck Vsus mod. h. t. §. 12. 13. Hellfeld Elem. iuris feudal. §. 123. G. L. Boehmer Princ. iur. feud. §. 66. Hr. v. Buri in der Erläut. des Lehnrechts, S. 660. Hr. HR. Schnaubert a. a. O. S. 112. flg. Hr. RR. Eichmann a. a. O. S. 338.

unbedeutend, und sie glauben, nach dem Wortverstande sey durch eine solche Concession nur die niedere Gerichtsbarkeit für ertheilt zu halten; denn α) haben die Wörter: Gericht, Gerichtsbarkeit, Jurisdiction, schon in ältern Zeiten eine doppelte Bedeutung gehabt, und sind zwar bisweilen gebraucht worden, um die ganze Gerichtsbarkeit, obere und niedere, anzuzeigen; weit öfterer hat man aber blos die bürgerliche und niedere Gerichtsbarkeit, darunter verstanden °). Die gewöhnliche Bedeutung war die letztere, und deswegen brauchte man Zusätze, wenn die peinliche Gerichtsbarkeit ebenfalls damit verknüpft werden sollte. Es ist dieses auch nicht wider die Analogie des teutschen Rechts, vielmehr derselben gemäß, da wir wissen, daß die alten Teutschen die peinliche Gerichtsbarkeit für ein ganz vorzügliches Vorrecht des Königs hielten. Man nannte sie daher die hohe Gerichtsbarkeit; die Gerichte, denen sie zustand, hießen die obersten Gerichte, Ungerichte. Das Wort Blutbann, war ihnen eins der wichtigsten in ihrer Sprache. So leicht die teutschen Regenten Jemanden die bürgerliche Gerichtsbarkeit überließen, so schwer hielt es, wenn Jemand den Blutbann erhalten sollte p). Selbst der Gebrauch des römischen Rechts in den teutschen Gerichten veranlaßte keine andere Einrichtung; es gab sogar Anlaß, aus solchem neue Gründe für die zeitherige Auslegung der Sache herzunehmen, weil man glaubte, die Römer hätten unter dem merum imperium die peinliche Gerichtsbarkeit verstanden, solche sey ein besonderes Recht gewesen, das Niemand leicht erhalten, und dem man daher eine besondere Benennung beygelegt habe. Kurz, die Teutschen bedienten sich deutlicher Zeichen der Allgemeinheit, wenn beyde Arten der Gerichtsbarkeit ertheilt werden sollten, und

o) Haltaus im Glossarium unter dem Wort, Gerichte, S. 668. Hr. HR. Meister im peinl. Proceß S. 469.

p) Byder in Praef. ad Engelbr. de seruitut. iuris publ. p. 8.

und sie setzten sehr oft erklärende Ausdrücke der obern und niedern Gerichtsbarkeit dazu, oder man drückte sie als zwey einander entgegen gesetzte Arten, durch gewisse Formeln aus q). Diese alte Art, sich hierüber zu erklären, hat sich größtentheils durch die mehrentheils wörtlich geschehenen Wiederholungen der alten Concessionsurkunden, bis auf unsere Zeiten erhalten; es ist auch solche wohl gar durch Landesgesetze oder doch durch ein Gewohnheitsrecht noch mehr bestätigt worden, wie man Beweise hiervon beym Hrn. HR. Meister a. a. O. S. 471. findet. β) Sagen diese Rechtslehrer: Da es doch wenigstens zweifelhaft ist, ob man unter den unbestimmten Ausdrücken, Gerichtsbarkeit, Jurisdiction, Gerichte, die peinliche Gerichtsbarkeit ganz gewiß mit verstanden habe, so muß in dergleichen Fällen, die sich auf die Natur der Hoheitsrechte, und den zu vermuthenden Willen des Regenten, daß er bey der Verleihung eines so wichtigen Regierungsrechts, so viel für sich habe behalten wollen, als nur die Concession der Gerichtsbarkeit verstatte, desgleichen auf den sonst als richtig angenommeren Satz, daß derjenige, der sich ein wichtiges Recht erwerben wollen, zu dessen Erwerbung er eigentlich unfähig war, für eine deutliche Angabe dessen, was ihm für Rechte ertheilt worden, hätte sorgen sollen, gegründete Regel: concessio regalis est strictae (Thl. 1. S. 504) interpretationis, um so mehr ihre Anwendung finden, da man eines Theils zweydeutigen Worten den Verstand beylegen soll, der mit der Absicht der Sprechenden übereinstimmt; auch dafür gehalten werden muß, daß Jemand dasjenige, was ihm Nutzen bringt, oder nur den geringsten Nachtheil verursacht, gemeynt habe r); andern Theils,

q) Hr. RR. Meister a. a. O. §. 23. 24. KRESS l. c. GRUPEN Ant. Hanov. p. 241. Haltaus a. a. O. S. 1336.

r) L. 96. D. de regul. iur. L. 66. D. de iudiciis, Hr. HR. Schnlubert a. a. O. S. 111.

Theils, da hier bey einem streitigen Falle bestimmt werden soll, wie groß etwas sey, wie weit es gehe, die Gesetze s) deutlich angeben, was hier zu thun sey, und man daraus den Satz hergeleitet hat: in dubio illud, quod minimum, sequendum. γ) Ist es den Regeln der Gerechtigkeit gemäß, daß der Regent, wenn er mit seinen Unterthanen Verträge geschlossen hat, nicht schärfer beurtheilt werde, als diese. Da aber bey letzteren, wenn sie mit einander einen Vertrag geschlossen haben, nach dem der eine von den Paciscenten dieses oder jenes Recht verlieren soll, die Entsagung nur darauf gehet, was man wirklich zur Absicht gehabt hat, und über dieses die Natur der Privilegien überhaupt, besonders aber, wenn dadurch gewisse Regalien verliehen worden, aus einem doppelten Grunde eine einschränkende Auslegung erfordert, so kann aus der L. 3. D. de constit. welches Gesetz doch eigentlich weiter nichts enthält, als den Gedanken, daß Privilegien so ausgelegt werden müssen, daß derjenige, dem sie ertheilt worden, den völligen Genuß derselben, nach seinem ganzen Umfange, so wie es der Wille des Regenten gewesen, erlange (Thl. 1. S. 505), um so weniger ein gegründeter Zweifel gegen die ausgeführte Behauptung hergenommen werden, weil dieses gewiß nicht von der Ueberlassung eines Hoheitsrechts, davon überhaupt die Römer nichts wußten, für dessen einschränkende Auslegung bey wirklich vorhandenem Zweifel, so viel Gründe vorhanden sind, handelt. Was δ) die angeführte L. 3. D. de iurisd. anbetrifft, so läßt sich daraus ebenfalls, auch nicht mit dem geringsten Anschein der Wahrheit, etwas schließen, was unsere Meynung wirklich widerlegen könnte, man mag das Gesetz auslegen und verstehen, wie man will, indem selbst alsdann, wenn man die Ausdrücke, merum imperium, und Criminaljurisdiction für gleichbedeutend hält, nicht geläugnet werden kann, daß hierunter unsere peinliche

s) L. 34. D. de regul. iuris, c. 30. eod. in 6to.

liche Gerichtsbarkeit nicht verstanden worden, da diese beständig als ein besonderes Recht angesehen worden t); mithin wird vielmehr unsere Meynung durch dieses Gesetz sogar befestigt. Endlich ε) wird man finden, daß, wenn in der Concessionsurkunde von Gerichten, Gerichtsbarkeit, Jurisdiction schlechtweg die Rede ist, man sich blos im Besitz der niedern Jurisdiction befindet. Es lassen sich jedoch hierbey folgende Ausnahmen denken, nämlich a) wenn die Concessionsurkunde zwar auf gedachte Art unbestimmt von der Jurisdiction redet, ich aber dennoch darthun kann, daß die peinliche Gerichtsbarkeit seit undenklichen Jahren ausgeübt worden ist. Ein gewöhnlicher Besitz scheint um deswillen nicht hinlänglich zu seyn, weil man diese Art der Gerichtsbarkeit doch immer als eines der wichtigsten Hoheitsrechte angesehen hat; wenigstens veranlaßt dieser Umstand einen Zweifel gegen die sonst hier offenbar eintretende Usualinterpretation. b) Wenn es in einem Lande einem unstreitigen Herkommen gemäß ist, daß dergleichen Ausdrücke von der niedern und obern Gerichtsbarkeit verstanden werden; und c) wenn die ältern Concessionsurkunden, woraus die neuern erklärt werden müssen, die peinliche Gerichtsbarkeit ganz deutlich voraussetzen, auch keine Gründe angeführt werden können, woraus es wahrscheinlich wird, daß man von dem Sinne der ältern Urkunde in der neuern habe abgehen wollen.

5) Ist zu bemerken, da der Regent, vermöge seiner höchsten Gerichtsbarkeit, mit Nachdruck entscheidet, das heißt, befugt ist, die Partheyen durch Zwangsmittel zur

t) Da es in diesem Gesetz heißt, mit dem mixto imperio sey auch die Jurisdiction verbunden, und die L. 5. §. 1. D. de offic. eius, cui est mand. iurisd. folgenden Satz enthält: mandata iurisdictio priuato, etiam *imperium*, quod *non merum*, videtur mandari: quia iurisdictio sine modica coercitione nulla est; so ist wohl kein Zweifel, daß die Römer unter dem Worte Jurisdiction das Recht Verbrechen zu bestrafen nicht verstanden haben.

zur Annahme seiner Entscheidung zu zwingen, und alles das vollziehen kann, was dieselbe mit sich bringt, daher auch bey den Römern mixtum imperium et iurisdictio ververknüpft wurden, so folgt hieraus, daß, wenn der Regent Jemandem die Gerichtsbarkeit überlassen hat, ihm damit zugleich das Recht, den Entscheidungen eine vollstreckende Kraft zu geben, ertheilt worden seyn müsse; es wäre denn, daß darüber etwas anderes deutlich erklärt worden, welches sehr oft bey der peinlichen Gerichtsbarkeit der Fall ist, wo die Execution nicht mit verliehen wird. Unter diesen Umständen entsteht aber nur eine unvollkommne und unvollständige Gerichtsbarkeit. Diese Einschränkung darf aber in einem zweifelhaften Falle nicht vermuthet werden, vielmehr ist so lange dafür zu halten, daß die Gerichtsbarkeit die dazu gehörigen Stücke, das heißt, die Untersuchung, Entscheidung, Execution, desgleichen das Recht, Handlungen, die sich auf Justizsachen beziehen, oder wo es auf Rechte und Verbindlichkeiten ankommt, eine Gültigkeit oder Glaubwürdigkeit zu verschaffen, in sich fasse, bis nicht aus den Gesetzen, oder Gewohnheiten, oder Verträgen, sich etwas anderes ergiebt. Auch selbst die Polizeygeschäffte, welche nach der Verfassung des Landes und Ortes, gewöhnlich mit der concedirten Art der Gerichtsbarkeit verbunden zu werden pflegen, weil es die Wohlfahrt des Staats hindern würde, besondere Personen dazu anzustellen, können so lange als ein Anhang der Gerichtsbarkeit betrachtet werden, bis an dem Orte eine besondere Einrichtung statt hat. Findet man diese besondere Polizeyverwaltung nicht, es ist aber an dem Orte die peinliche und bürgerliche Gerichtsbarkeit an zweyerley Personen übertragen worden, so gehört die Polizey der Regel nach für die letztere Gerichtsbarkeit, und eine Ausnahme ist es, wenn sie der Criminalrichter zu verwalten hat. Andere Rechte hingegen, welche keinesweges als ein Theil der concedirten Gerichtsbarkeit betrachtet werden können, wenn sie gleich bisweilen dabey vorkommen, müssen besonders auf eine rechtmäßige Weise erlangt worden seyn, wenn sie ein Gerichtsherr und Unterthan haben soll.

Diese Erwerbung kann alsdenn, wenn von solchen Rechten die Rede ist, die als Hoheitsrechte zu betrachten sind, worunter hauptsächlich das Recht des Fiskus gehört, dessen Theil das Abzugsrecht ist [u]), nicht anders als vermittelst einer Concession oder durch die unerdenkliche Verjährung geschehen [x]); folglich kann das Anführen, daß mehrern Gerichtsherren im Lande eines und das andere hierzu gehörende Recht zustehe, keinen rechtlichen Grund für einen Dritten zu dergleichen Anmaßungen abgeben [y]).

6) Muß bemerkt werden, daß der Landesherr sein Hoheitsrecht der höchsten Gerichtsbarkeit so weit auszuüben berechtigt ist, als sein Territorium sich erstreckt [z]). Bey derjenigen Gerichtsbarkeit aber, die er in dem Lande eines andern Regenten auf die eine oder die andere Art erworben hat, sind eben die Grundsätze anzuwenden, welche bey Privatpersonen gelten, die sich eine Gerichtsbarkeit beylegen wollen, wenn nicht die Beschaffenheit der Umstände andere Grundsätze erfordert. Auch ist die Ausübung derselben auf denjenigen District eingeschränkt, über den sie sich nach der Concession oder der unerdenklichen Verjährung [a]), und unter den vorigen Bemerkungen erstrecket. Eine solche Einschränkung muß man auch bey allen denjenigen annehmen, welchen der Regent in seinem Lande die Gerichtsbarkeit, es sey verwaltungsweise, oder als ein eigenes Recht über-

u) Frhr. v. Cramer in den Nebenst. Thl. 6. S. 1. Hr. HR. Schnaubert in den Anfangsgründen des Staatsrechts, S. 250. Fresenius in den Meditat. für Rechtsgel. S. 71. de Selchow Elem. iur. germ §. 105.

x) Strubens Bedenk. Thl. 1. Nr. 171. §. 2. Thl. 3. Nr. 41. Hr. HR. Schnaubert a. a. O. S. 206. de Selchow Elem. iur. publ. § 445

y) de Selchow Elem. iur. germ. §. 290.

z) Io. Wolf. Textor de iurisd. territoriali, Alt. 1669. et in *Eius* Diss. n. 6. Io. G. Simon tract. de iurisdictione territoriali imperii, Ien. 1672.

a) B. G. Struv D. de praescriptione iurisd. territorialis, Ien. 1729.

überlassen hat, indem sie dieselbe lediglich in dem ihnen angewiesenen Bezirk, jedoch überall ausüben dürfen, wenn nicht etwa ein gewisser Ort, Haus oder Flecken in demselben, davon ausgenommen worden ist. So findet man z. B. in mehrern Städten sogenannte schriftsäßige Häuser, die nicht der Gerichtsbarkeit des Stadtraths, sondern entweder dem Regenten unmittelbar, oder dem höchsten Landesgericht unterworfen sind. Man findet ferner in den Städten sogenannte amtsäßige Häuser und Plätze, worüber das landesherrliche Amt die Gerichtsbarkeit ausübt. Man muß also die bekannte Regel: vbi iudex, ibi iudicium, wo der Richter und Beysitzer des Gerichts angetroffen werden, daselbst ist auch das Gericht, nur unter jener Bestimmung anwenden, das heißt, sie müssen sich innerhalb der Grenzen ihres Gerichtssprengels befinden. Da sich die Richtigkeit dieses Satzes auf die Natur der Sache gründet, weil sonst die größte Verwirrung und beständige Streitigkeiten daraus entstehen würden, wenn dieses nicht statt finden sollte, sondern die Gerichtsbarkeit an einem Orte ausgeübt werden könnte, wo man dieselbe gar nicht hat; auch das über einen bestimmten Bezirk ertheilte Jurisdictionsrecht sich nicht weiter erstrecken kann, als die Absicht bey der Ueberlassung war, so sind die Jurisdictionshandlungen, welche außerhalb des Gerichtssprengels vorgenommen worden, null und nichtig. Dieser Satz liegt auch in der teutschen Parömie: so weit die Flur geht, so weit geht auch das Gericht; welches den Gedanken ausdrücken soll, daß die Obrigkeit einer Stadt oder eines Dorfes die Gerichtsbarkeit in dem ganzen Bezirk, der dazu gehört, ausüben könne b). Das Wort Flur begreift im weitläuftigen Verstande den ganzen Bezirk von Ländereyen, der die Feldmark einer Stadt oder eines Dorfes ausmacht und aus Aeckern, Holzungen, Wiesen, Weinbergen u. dgl. besteht, mithin versteht man in dieser Bedeutung

b) Hr. HR. Eisenhart von Sprichwörtern, S. 458. der 1sten Ausg.

die Markung eines Orts darunter, welche auch das Weichbild, das Reich genannt wird c). Im engern Verstande bedeutet es einen gewissen Theil von Ländereyen, die zu einem Dorfe oder zu einer Stadt gehören, als z. B. die Sommerflur, die Winterflur. Daß diese Parömie ebenfalls mit der bereits angeführten Bestimmung, wenn nämlich nicht gewisse Plätze oder Häuser ausgenommen worden, zu verstehen sey, kann nicht geläugnet werden. Besonders ist die Gerichtsbarkeit über die Landstraßen, als eine solche Ausnahme von dieser Parömie zu betrachten d); auch veranlassen Privilegien oft eine andere Beschaffenheit. Uebrigens ist noch zu bemerken, daß diese Grundsätze von dem Umfange der Gerichtsbarkeit bey der sogenannten streitigen Gerichtsbarkeit allgemein anerkannt werden e); aber nicht bey Handlungen der sogenannten willkührlichen Gerichtsbarkeit, wie sich bald zeigen wird.

Einen deutlichern Beweiß, wie wichtig die zeither vorgetragenen Grundsätze sind, kann man wohl nicht anführen, als wenn man die Ausführung derselben damit vergleicht, wie sie vom Hrn. HR. Glück vorgetragen worden ist. Im 3ten Theil des Commentars, S. 33 heißt es: Nach Entwickelung des Begriffs von der Gerichtsbarkeit, wollen wir nunmehr einige allgemeine Grundsätze von derselben vortragen, und darunter gehört

1) der Satz: alle Gerichtsbarkeit, man betrachte sie entweder nach römischer oder teutscher Verfassung, ist

c) de Lvdolf Obs. forens. Tom. III. p. 454.

d) Ziegler de iurib. maiest. Lib. II. c. 17. §. 30 seqq. Pvfendorf de iurisd. P. II. Sect. 5. §. 30. seqq.

e) Dan. Stavinsky D. de iurisd. extra territorium, occas. L. f. D. de iurisd. Regiom. 1704. Fr. Friese Progr. num pro violatione aut turbatione iurisdictionis sit habendum, si quis in alio loco iudicis officii partes tenens, subditis suis, adhibitis scabinis et assessoribus sui iudicii ius dicat in loco aliquo, alterius iurisdictioni subiecto, Lips. 1732.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684934/phys_0566
DFG

ist als ein Ausfluß der höchsten Gewalt anzusehen, und Niemand darf sich dieselbe anmaßen, der solche nicht entweder durch ausdrückliche oder stillschweigende Verwilligung des Regenten erhalten hat. So wenig dieser Satz nach dem römischen Rechte einem gegründeten Widerspruche ausgesetzt seyn dürfte [f]; so viel Bedenken finden einige neuere Rechtsgelehrten dabey in Absicht der teutschen Verfassung. Sie glauben, man werde in unauflößliche Schwierigkeiten verwickelt, wenn man in unserem teutschen Vaterlande die höchste Gewalt für die einzige Quelle aller Gerichtsbarkeit annehmen wollte. Man will daher vielmehr die heutige Gerichtsbarkeit aus einer doppelten Quelle herleiten, und zwar erstens aus dem Rechte der Oberherrschaft, und zweytens aus dem Rechte des freyen Eigenthums [g]. Aus dem letztern sollen die Eigengerichte entstanden seyn, welche das Recht enthielten, sein Eigenthum zu handhaben, die dazu gehörigen Dienstpflichtigen und Leibeigenen zu ihrer Gebühr, auch mit Zwang, anzu-

f) ZIEGLER in Dicast. Concl. 10. §. 13. p. 147. Leges ciuiles tale delictum, quo quis iurisdictionem sibi arrogat, ad laesae maiestatis crimen referunt, vti disertus habetur textus in L. 3. D. ad Leg. Iul. maiest. quo teneri hac lege dicitur, quando *priuatus* pro potestate magistratuue quid sciens dolo malo gesserit. *Dolo malo*, inquit, i. e. animo sibi vsurpandi iurisdictionem. Cumque iurisdictio omnis, tum quoad originem suam, tum quoad latitudinem, tum denique quoad totum suum esse et operari, a *maiestate* dependeat, et nunquam sine eius, qui summum imperium tenet, tacito vel expresso consensu alicui competere possit, facile hinc patet, etiam extra legem ciuilem, iniquum et iniurium esse in maiestatem, qui iurisdictionem ab illa non petit, neque ei acceptam refert.

g) Kopp von Heß. Gerichten, Thl. 1. S. 349. Hr. v. Senkenberg von der kaiserl. Gerichtsb. §. 1. 2. Hr. HR. Runde im Privatrechte, §. 702. Gedanken von dem ächten Begriff und Grunde der Unmittelbarkeit und Territorialgerechtigkeit in vermischten Reichslanden. Frkf. 1736. 8. §. 9. S. 80. SCHILTER et MEINDERS de curiis dominicalibus.

halten, auszupfänden, ein- und abzusetzen. Allein mich dünkt, man verwechselt hier, Dienstzwang des Eigenthumsherrn (Thl. 2. S. 337) mit der eigentlichen Gerichtsbarkeit, wie der Hr. GR. von Selchow in seinem Privatrechte §. 290 bemerkt hat. Die Geschichte der teutschen Gerichtsverfassung lehrt zum wenigsten auf eine unwidersprechliche Art, daß vor Entstehung der Landeshoheit, der Grundsatz in Teutschland allgemein herrschend gewesen: der Kaiser sey die Quelle aller Gerichtsbarkeit, und von ihm komme daher alle richterliche Gewalt der Reichsstände her [h]). Das Alemannische Landrecht sagt dieses ausdrücklich, wo es Kap. 4 heißt: Merk ein ander Kapitel von dem Laienfürsten, daß sämtliche Laienfürsten das Recht haben, daß sie Hofgebieten für sich selbst. Das Recht haben sie von den Königen. Und in dem noch ältern sächsischen Landrechte [i]) wird nicht nur die Gerichtsbarkeit der Stände, für ein vom Kaiser ertheiltes Lehen ausdrücklich erklärt, sondern auch das Recht des Kaisers, die Gerichtsbarkeit in den Provinzen der Stände neben diesen auszuüben, behauptet. Es war eine allgemeine Rechtsparömie: Wo der Kaiser hinkommt, da stehe ihm das Recht offen. Kam dieser daher selbst in die Provinzen, so hörte indessen die richterliche Gewalt des Fürsten oder Grafen auf, so lange derselbe gegenwärtig war [k]).

Den

h) Chr. Gottl. Biener D. de iurisdictione ordinaria et exempta, Lipf. 1777. c. 1. §. 4—9. Hr. Prof. Klüber im Versuch über die Geschichte der Gerichtslehen, Erlangen 785. 8.

i) Im sächs. Landr. 3 Buch, 52 Art. heißt es: Den König wählet man zum Richter über eigen und über Lehen und über eines jeglichen Mannes Leib; (also in Civil- Lehns- und Criminalsachen) der Kaiser mag aber in allen Landen nicht seyn, noch auch alle Ungericht richten zu aller Zeit, und darumb so leihet er den Fürsten Fahnlehen und Grafschaften, und den Grafen ihre Schultheißthumb, daß sie und die Schultheissen mögen fortrichten an seiner Statt.

k) Sachsensp. 2tes Buch, 58 Art. 3tes Buch, 60 Art. Schwabensp. 1 Th. 13 Kap. Kochs Anmerk. von Westphäl. Gerichten, S. 11. 20. 21. Gvdeni. Cod. dipl. T. I. p. 417.

Den eigenthümlichen Gütern des niedern Adels stand keine Gerichtsbarkeit zu, sondern es ist hinlänglich erwiesen, daß der niedere Adel mit ihren Leibeigenen und Meyerleuten vor den Gerichten der Grafen Recht suchen mußten. Struben l), der anfangs auf der Seite derjenigen Rechtsgelehrten stand, welche die Gerichtsbarkeit des niedern Adels, von der ehemaligen herrschaftlichen Gewalt über ihre Leibeigenen herleitete, hat diese seine Behauptung nach der Zeit für unrichtig erklärt und aus Urkunden bewiesen, wie der niedere Adel, durch besondere Concessionen, seine Leibeigenen und Meyerleute von der Gerichtsbarkeit der ordentlichen Gerichte frey gemacht, und damit die Patrimonialgerichtsbarkeit bekommen habe. Die Kaiser behielten sich aber der Regel nach den sogenannten Blutbann m) allein vor, und wenn sie solchen auch hin und wieder ansehnlichen Reichsständen und Klöstern überließen, so geschahe es doch nur unter verschiednen Einschränkungen n). Merkwürdig ist es, daß bey der Belehnung mit dem Blutbanne, der Kaiser dem Vasallen eine rothe Fahne zu überreichen pflegte, welche man die Blutfahne oder das Blutbanier nennte, und als Symbol der Blutbannsbelehnung betrachtete o). Wer nicht mit dem Blutbanne belehnt war, mußte gestatten, daß ihm vom Kaiser

l) Strubens Nebenst. 5 Theil, 34 Abhandl. §. 1. 2. 3.

m) Man nennte daher die peinliche Gerichtsbarkeit den Königsbann, weil man das Recht über Leben und Tod zu richten, Niemanden als dem König zuschrieb. Wer, wie es in den alten Urkunden heißt, über das Blut richten wollte, mußte von dem König ausdrücklich dazu autorisirt seyn. In dem Verzeichniß alter Wörter, das dem Sächs. Weichbilde beygefügt ist, heißt es vom Königsbanne: er sey eine solche Gewalt oder Zwang, als der König selbst hat, zu richten Haiß und Haupt.

n) S. Boders Vorrede de cura et cautione, quam in concedendo banno sanguinis adhibuerunt reges nostri, vor Engelbrecht de seruitutibus iuris publici.

o) J. J. Reinhard von der Blutfahne bey teutschen Reichsbelehnungen in Schotts Wochenblat 2ter Jahrg. Nr. 24.

oder seinem Statthalter, in seinem Lande ein **Blutrichter** gesetzt wurde, wenn er von dieser Beschwerde nicht etwa durch ein kaiserliches Privilegium befreyt worden war, vermöge dessen ihm das Recht zustand, den Blutrichter selbst zu bestellen; jedoch mußte dieser dem Kaiser vorgestellt werden, um ihn zu belehnen. Es war eine allgemeine Regel im Mittelalter: der Kaiser sey oberster Blutrichter, und jeder, der die peinliche Gerichtsbarkeit ausüben wolle, müsse dieselbe entweder vom Kaiser selbst, oder von seinem Statthalter erhalten haben p). Anders verhielt es sich, nachdem die heutigen Reichsstände zu dem völligen Besitz der Landeshoheit gekommen waren; denn nunmehr hielten sie es nicht mehr für nothwendig, um die Belehnung mit der Gerichtsbarkeit beym Kaiser nachzusuchen q). Sie betrachteten solche vielmehr als ein mit der **Landeshoheit** verbundenes Recht, zu dessen Ausübung sie ohne besondere kaiserliche Concession befugt wären, und welches sie nach ihrem Gefallen entweder selbst, oder durch den bestellten Richter ausüben könnten. Eben deswegen bemühten sie sich von dieser Zeit an nicht mehr, den Blutbann vom Kaiser durch besondere Concessionen und Belehnungen zu erlangen, und dadurch diesen für den obersten Blutrichter, von dem alle peinliche Gerichtsbarkeit herkomme zu erklären. Wenn gleich der **Gerichtsbarkeit** in den kaiserlichen Lehenbriefen noch sehr oft durch die Worte: **mit hohen und niedern Gerichten, mit allen Gerichten**, cum omnibus iurisdictionibus, gedacht wird, so hielten die Stände diesen Umstand mehr für eine unnöthige Beybehaltung der ehemaligen, vor Entstehung der Landeshoheit bey Belehnungen, üblichen Formeln, als für ein wesentliches Stück der Belehnung r). Eben so erweislich ist es, daß unmittelbare **Reichsritter** auf ihren Rittergütern die Gerichtsbarkeit

p) Hr. Prof. Klüber a. a. O. S. 57.
q) Hr. v. Hellfeld im Versuch einer Geschichte, u. s. f.
r) Ryder de feudo iurisdictionis, §. 3. Hr. Prof. Klüber a. a. O. S. 64.

keit, den Blutbann nicht ausgenommen, nicht später als die Reichsstände, theils eigenthümlich, theils als Lehn, an sich gebracht haben, und daher streitet, nach den Grundsätzen unsers gegenwärtigen teutschen Staatsrechts, die rechtliche Vermuthung allerdings für sie [s]), wenn gleich Hr. Kerner in Ansehung der Criminalgerichtsbarkeit dieses nicht zugeben will, und sich folgendergestalt darüber erklärt: Will sich ein Reichsritter die Criminalgewalt auf seinem Territorium anmaßen, so muß er deswegen einen speciellen Erwerbungsgrund anführen und darthun können, daß ihm oder seinen Vorfahren dieselbe entweder unmittelbar von dem Kaiser, oder einem andern rechtmäßigen Besitzer überlassen worden sey; allein Hr. Prof. Klüber hat durch eine Menge Beyspiele das Gegentheil bewiesen [t]). Die Gerichtsbarkeit ward in den teutschen Territorien überall, entweder im Namen des Landesherrn selbst, oder von Unterobrigkeiten, dem er solche als ein eigenes Recht überlassen hatte, ausgeübt, und man ließ dem Kaiser keinen Antheil daran nehmen, ja nicht einmal seine persönliche Gegenwart änderte hierin etwas. Finden sich auch nach dieser Zeit noch Beyspiele von besondern kaiserlichen Belehnungen mit der Gerichtsbarkeit, so betreffen sie doch entweder nur solche Reichslehne, oder unmittelbare Güter, denen die Landeshoheit noch nicht in ihrem ganzen Umfange zustand, deren Besitz also zur Ausübung der Gerichtsbarkeit, vorzüglich der peinlichen, einer ausdrücklichen kaiserlichen Concession oder Belehnung bedurften, oder sie sind blos auf Richterämter und auf die Gerichtspflege in gewissen unmittelbaren Districten und Gütern gerichtet, ohne mit dem Besitze der letztern verbunden zu seyn [u]). Seit-

s) Vermischte Betrachtungen über den Blutbann der unmittelbaren freyen Reichsritterschaft in Schwaben 1783. (vom Hrn. GR. Spittler zu Stuttgart) steht auch in Maders Magazin, 2ter Band.

t) Kerners Staatsrecht der Reichsritterschaft, §. 70, 75, S. 256. Hr. Prof. Klüber a. a. O. S. 77, und 78.

u) Hr. Prof. Klüber a. a. O. S. 88.

dem also die Reichsstände ihre Hoheitsrechte nicht nur kannten, sondern sich auch stark genug fühlten, die Ausübung derselben nach ihren ganzem Umfange vertheidigen zu können, so fiengen sie häufig an, dem Adel, den Klöstern, Städten und andern Gemeinheiten ihrer Territorien, die Gerichtsbarkeit entweder lehnsweise zu überlassen, oder gar als ein eigenthümliches Recht. Aus oberstrichterlicher landesfürstlicher Gewalt, verstatteten sie Niemanden die Ausübung der Gerichtsbarkeit, der solche nicht von ihnen ausdrücklich oder stillschweigend bekommen hatte; auch durften diese Personen keinen andern Gebrauch davon machen, als es mit den deshalb geschlossenen Verträgen, ertheilten Concessionen, Belehnungen, Privilegien, dem Herkommen oder Besitz seit undenklichen Zeiten genau übereinstimmte, und daher müssen die einzelnen Fälle, wo sich in einer Provinz entweder das Recht des Kaisers, oder ein Recht der benachbarten Reichsstände, gewisse Gerichtslehen zu ertheilen, erhalten hat, als Ausnahmen betrachtet werden, die sich auf das Herkommen gründen; jedoch ist auch hier diese Gerichtsbarkeit der Landeshoheit des Territorialherrn unstreitig unterworfen x). Am schwersten waren die ehemaligen teutschen Reichsstände zur Verleihung der peinlichen Gerichtsbarkeit zu bewegen, daher nur die wichtigsten Landstädte solche vermittelst der Belehnung oder eines Privilegiums erlangten y). Eine Folge von dieser Denkungsart war es, daß man die Gerichtsbarkeit in vielen Ländern auf eine dreyfache Weise unterschied, und sie in die hohe, mittlere und niedere eintheilte z). Die hohe Gerichtsbarkeit bestand in dem Gericht über Hals und Hand;

x) Herr Prof. Klüber a. a. O. S. 113 und 132. Herr HR. Schnaubert im Reichsständ. Staatsr. S. 214.

y) BVDER D. de modis acquisitae a ciuitatibus German. mediatis iurisdict. criminal. Ien. 1749.

z) PVFENDORF de iurisd. germ. P. I. c. I. §. 13. HALTAVS in Gloss. p. 666.

Hand; zur mittlern rechnete man die geringen Frevel; und die niedere oder geringste, welche man auch niedestes Gericht nannte, begriff das Gericht über Schulden [a]). Noch im 15ten Jahrhunderte überließen die Landesherren, die peinliche Gerichtsbarkeit dem Landsäßigen Adel äußerst selten, weder durch Belehnung, noch auf andere Art, woraus deutlich erhellet, wie wenig der Besitz eigenthümlicher Güter, oder die Leibeigenthumsrechte Jemandem in Teutschland, das Recht zur Ausübung der Gerichtsbarkeit verschaffen konnten [b]).

II. Wenn also der Regent die erste Quelle der Gerichtsbarkeit im Staate ist, so hängt es auch von seinem Willen ab, Bestimmungen zu machen, wodurch Andern entweder die Verwaltung derselben an seiner Statt aufgetragen, oder die Befugniß, sie auszuüben, und für deren Verwaltung Sorge zu tragen, als ein eigenthümliches Recht, und zwar entweder ausschließend, priuatiue, oder mitwirkend, cumulatiue, überlassen wird. Die Rechtsgelehrten streiten zwar darüber, was hiervon in einem zweifelhaften Falle anzunehmen sey. Am richtigsten ist wohl die Behauptung derjenigen Rechtslehrer [c]), welche sagen: wenn die Gerichtsbarkeit Jemandem lehnweise, oder gar als ein eigenthümliches Recht, vom Regenten überlassen worden, und er hat sich bey dieser Concession die Concurrenz zur Ausübung nicht ausdrücklich vorbehalten, so ist in zweifelhaften Fällen allerdings dafür zu halten, daß der Regent die Gerichtsbarkeit demjenigen, dem er sie auf diese Art überlassen hat, priuatiue, das heißt,

a) PVFENDORF l. c. P. III. Sect. II. c. 5.

b) Herr Prof. Klüber a. a. O. S. 114. flg.

c) G. L. BOEHMER Princ. iur. feud. §. 65. COCCEII in iure contr. h. t. qu. 20. BERGER in Resp. P. II. Resp. 20. 56. MOELLER distinct. feud. c. 9. dist. 3. HOMMEL Rhapf. Vol. V. Obf. 625. Buri Erl. des Lehnr. S. 672. flg. Herr HR. Schnaubert in der Erläut. des Lehnr. §. 65. Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 4. S. 334.

heißt, ganz allein zur Verwaltung habe überlassen wollen, jedoch dergestalt, daß das gemeine Beste dabey nicht leide. Diese Meynung hat die Rechtsanalogie für sich; denn unstreitig ist der Vorbehalt einer Concurrenz bey einer unbedingten Concession der Gerichtsbarkeit, welche hier vorausgesetzt wird, eine Thatsache oder res facti, und kann eben deswegen, wenn nicht, vermöge der Vorschriften des besondern Staatsrechts, in diesem oder jenem Falle, etwas anders angenommen werden muß, nicht vermuthet, sondern muß von dem, der solche behauptet, gehörig bewiesen werden. Ueberdieses ist hier der Landesfürst wohl ohne Zweifel derjenige, der sich deutlicher und weniger zweifelhaft hätte erklären sollen, da er ein Recht verlangt, das von den Grundsätzen des gemeinen Rechts ganz abweicht, und an sich schon durch den Begriff des dem Erwerber, vermöge der ihm geschehenen Verleihung zuständigen, entweder vollkommenen oder wenigstens nutzbaren Eigenthums ausgeschlossen wird. Es ist auch kein Grund vorhanden, warum nicht bey diesem Falle ebenfalls der Satz gelten sollte: Interpretatio facienda est contra eum, qui clarius loqui debuisset [d]); folglich kann man den ältern Rechtslehrern [e]), die dem Regenten die Concurrenz beylegen, nicht Recht geben.

III. Die Gerichtsbarkeit mag nun erworben seyn, wie es geschehen kann, so ist gleichwohl die ertheilte Concession nie anders zu verstehen als mit beybehaltener Unterwürfigkeit gegen den Regenten [f]); denn da die Gerichtsbarkeit ein wesentliches Hoheitsrecht ist, so steht es nicht einmal

d) Herr RR. Semlers Abhandl. über das Hoheitsrechtslehn, in Hagemanns Archiv, Thl. 3. S. 179.

e) Casp. LEIPOLD D. de concurrentia iurisdict. in imp. Rom. Germ. qu. 9. sqq. in LEVCHT. tract. de iurisd. p. 508. Chr. Phil. RICHTER D. de iurisd. Sect. 9. concl. 2. MEVII Dec. P. I. Dec. 44. P. II. Dec. 313.

f) COCCEII in iure contr. h. t. ibique EMMINGHAVS. p. 177. de LVDOLF Obs. P I. Obs. 108. G. L. BOEHMER Princ. iur. feud. §. 285. Meisters peinl. Proceß, 3 Thl. 1. Abschn.

einmal in der Gewalt des Regenten, alle seine Rechte darauf fahren zu lassen. Die geschehene privative Concession wirkt nur so viel, daß demjenigen, dem die Gerichtsbarkeit ertheilt worden, kein Einhalt gethan werden darf, wenn er solche auf die Art und Weise ausübt, wie es nach dem Ertheilungsvertrage und den dabey festgesetzten Bestimmungen geschehen soll, man auch nicht sagen kann, daß die Wohlfahrt des Staats dadurch sichtbar verletzt werde. In Gemäßheit jener Unterwürfigkeit und Subordination, hat der Regent die höchste Oberaufsicht über die Verwaltung dieser Gerichtsbarkeit, damit der Staat, oder doch wenigstens ein dazu gehörender District, von der Ausübung derselben keinen Schaden leide, sondern vielmehr Nutzen ziehe. Eben deswegen ist der Regent berechtigt, Appellationen von diesen Gerichten anzunehmen, desgleichen kann er die Beschwerden über nichtiges und gesetzwidriges Verfahren derselben, oder über die Verzögerung der Justiz untersuchen lassen. Unter allen diesen Umständen übt der Landesherr die Gerichtsbarkeit selbst aus, und er hat das Recht, durch seine Aussprüche gesetzwidrige Handlungen der Unterrichter abzuändern; ja es ist nicht unrecht, wenn er bey allen dazu erforderlichen Umständen, wegen des bewiesenen groben Mißbrauchs, dem Gerichtsherrn seine zeither gehabte Gerichtsbarkeit wieder entzieht, wie schon im 2ten Thle dieses Commentars S. 22 bemerkt worden [g]).

IV. Damit die Gerichtsbarkeit nicht unrecht verwaltet werde, so wollen die Gesetze, daß solche nicht außer dem Territorium des Landesherrn, von dem solche ertheilt worden, und auch selbst hier nicht weiter als in dem angewiesenen Gerichtssprengel ausgeübt werde [h]). Außer seinem

Abschn. 11 Hptstck. §. 26. Herr HR. Schnaubert in der Erl. des Lehnrechts, §. 64.

g) Herr RR. Semmler in der ang. Abh. §. 17.

h) Herr HR. Schnaubert in den Beytr. zum Staatsr. Thl. 2. S. 114.

nem Gerichtssprengel ist der Richter weiter nichts als eine Privatperson, und keine öffentliche, die Gerichtsbarkeit habende Person, daher die Römer sagen: Iudici *extra territorium* ius dicenti impune non paretur i). Dieser Bestimmung der Gesetze gemäß, hat derjenige Richter, dem von einem andern Richter ein Eingriff in seine Gerichtsbarkeit geschehen ist, das Recht, sich nicht nur durch Selbsthülfe sogleich Recht zu verschaffen, wenn die Umstände dazu da sind, sondern er kann auch wider jenen die Spolien- oder Negatorienklage anstellen k). Was hier in Rücksicht auf die schlechterdings freywilligen Gerichtshandlungen Rechtens sey, wird nach Anleitung des §. 194. bemerkt werden.

V. Wenn die **Gerichtsbarkeit** Jemandem auf eine bestimmte Art überlassen worden, indem die Gattung derselben deutlich genannt und angeführt ist, so kann über den Umfang der Ausübung derselben kein gegründeter Zweifel statt finden. Hier darf auch nicht etwa eine Ausdehnung vorgenommen werden, da es nach dem Satze geht: limitatio vltra suos terminos non est extendenda. Sehr streitig hingegen ist die Frage: ob unter einer unbestimmten Concession der Gerichtsbarkeit, auch die peinliche Gerichtsbarkeit zu verstehen sey? Mich dünkt, schreibt Hr. HR. Glück, es sey zuförderst ein Unterschied zu machen, ob ein Regallehn verliehen worden, bey dem die Ober- und Niedergerichte nebst andern Hoheitsrechten hergebracht sind, oder dieses ist nicht geschehen. Im ersten Falle wird die aufgeworfene Frage bejahend zu beantworten seyn; denn bey solchen Regallehen pflegte man schon von Alters her, die Ober- und Niedergerichte oft nicht anders, als

i) L. f. D. h. t. L. f. D. de offic. praef. vrbi, L. 3. D. de offic. praef.

k) Voet ad Dig. h. t. n. 46. Herr HR. Claproth im ordentl. Proceß, Thl. 1. S. 53 der 3ten Ausgabe. Hr. RR. Danz in den Grundf. des ord. Proceß. 1. Thl. S. 26 der 2ten Ausg.

als unter dem gemeinen Worte Gericht zu verleihen l). Im andern Falle kommt es darauf an, ob die Worte der Verleihung ganz allgemein abgefaßt sind, z. B. mit allen Gerichten, oder mit allen und jeden Gerichten m); oder ob das Lehn ein altes Lehn ist, und die ältern Lehnbriefe, nach deren Sinn und Ausdruck die neuern im Zweifel interpretirt werden müssen, die peinliche Gerichtsbarkeit in bestimmten Ausdrücken enthalten, oder nicht. Im ersten und andern Falle ist ebnermaßen auf das Recht zur Ausübung der peinlichen Gerichtsbarkeit mit Grunde zu schließen; in allen andern Fällen hingegen ist die unbestimmte Verleihung der Gerichtsbarkeit im Zweifel von der niedern zu verstehen, wie die mehresten Rechtslehrer n) behaupten; denn einmal erfordert überhaupt die Natur der Privilegien, besonders wenn dadurch, wie hier der Fall ist,

l) Io. Paul Endtner D. de symbolica possessione iurisd. criminalis, Alt. 1712. §. 12. Dan. Scheinemann Disp. de iurisd. Tub. 1674. §. 10. Schilter Exerc. VI. §. 10.

m) Die Formel „mit allen Gerichten" kann jedoch zuweilen eine andere Auslegung haben. Es kann z. B. von mehrern Gütern die Rede seyn, bey denen allen nur die niedern Gerichte sind, oder es kann die Gerichtsbarkeit einem Gute an unterschiednen Orten zukommen, und daher jene Formeln nur den Sinn haben, daß die Belehnung auf alle diese zusammen gehen solle. Man nehme also bey Auslegung jener Formel zugleich auf die Beschaffenheit des Vasallen und des Landes, nicht weniger auf den Zusammenhang des Lehnbriefes, und die übrigen Umstände Rücksicht. Die Anwendung dieser Regel findet man beym Hrn. von Buri im Lehnrechte, S. 670.

n) Struv Exerc. IV. §. 80. Idem in Synt. iur. feud. c. 6. aphor. 18. n. 4. Schweder D. de iurisd. per infeft. feudal. concessa, §. 14. in *Eius* Diss. T. I. p. 1089. de Lyncker Decis. Centur. XI. Decis. 1070. Berger Oecon. iur. Lib. IV. tit III. th. 1. not. 19. Stryck Vsus mod. h. t. §. 13. Cocceii in iure contr. h. t. ibique Emmingh. p. 176. Kress D. de iurisd. omnimoda, in Ienich. Thes. iur. feud. T. II. p. 869. Henr. Linck D. de iurisdict. centenae, c. 2. §. 8. in Leycht Tr. de iurisd. p. 379. Hellfeld Elem. iur. feud. c. 5. §. 82. G. L. Boehmer Princ. iur.

ist, Hoheitsrechte ertheilt werden, eine solche einschränkende Erklärung o). Sodann muß zweytens bey Verleihungen hauptsächlich auf den Sprachgebrauch gesehen werden. Wenn nun gleich die Ausdrücke, Gericht, Gerichtsbarkeit, an sich ein genus bezeichnen, welches mancherley Arten unter sich faßt, so hat jedoch von jeher der Sprachgebrauch diejenige Bedeutung, als die gewöhnlichste adoptirt, nach welcher jene Ausdrücke nur von der niedern Gerichtsbarkeit verstanden werden p). Nicht leicht begriff man schon in ältern Zeiten, unter dem Worte Gericht, die peinliche Gerichtsbarkeit; man unterschied vielmehr die letztere mit vieler Sorgfalt, von der gewöhnlichen oder niedern Gerichtsbarkeit durch eigene Benennungen, und nannte sie Ungericht, Blutbann, Frayß, Halsgericht, hohes Gericht, Malefizgericht, u. s. w. wie die Stellen beym Hrn. v. Buri S. 669 beweisen. Auch in neuern Zeiten ist es gar nicht gewöhnlich, ein so wichtiges Recht, als das Recht über Leben und Tod der Unterthanen zu richten ist, mit dem generellen Ausdrucke der Gerichte zu bezeichnen, sondern es pflegen sich unsere Landesherren deshalb bestimmterer Ausdrücke zu bedienen q). Hierzu kommt drittens, daß man den Blutbann seit Entstehung der Landeshoheit, als ein vorzügliches Kleinod dersel-

iur. feud. §. 67. WERNHER in lect. comment. h. t. §. 33. BIENER D de iurisd. ordinar. et exempta, c. 2. §. 21. Herr v. Buri im Lehnrechte, S. 659. Herr HR. Meister im peinl. Proceß, 1 Abschn. II Hptst. §. 23. 24. Herr HR. Schnaubert in der Erläut. des Lehnr. S. 112. Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 4. S. 339. Herr Prof. Klüber in der Geschichte der Gerichtslehen, S. 137. flg.

o) Herr HR Glück im Comment. 1. Thl. S. 546. L. 2. §. 16. D. ne quid in loco publ.

p) HALTAVS in Glossar. germ. sub voc. Gerichte. Herr HR. Meister a. a O. S. 469.

q) Io. Geo. LAM Obs. an iurisdictione simpliciter concessa tam altam quam bassam vasallus consequatur, in ZEPERNICK Anal. iur. feud. T. II. p. 70.

derselben betrachtete, mit dessen Verleihung die Landesherren immer sehr sorgfältig und sparsam umgegangen sind r). In den alten Urkunden wird daher der Ausdruck Blutbann häufig für die ganze Landeshoheit genommen, und mit dem Namen Königsbann, bannum regium, belegt, wie Hertius s) mit vielen Urkunden bewiesen hat. Sehr merkwürdig sind daher folgende Worte in dem königl. Preußischen Manifest vom 6. Decbr. 1713 wegen der Limburgischen Länder t), — gleichwie allen denjenigen, welche von der antiquitate germanica Information und Wissenschaft haben, nicht unbekannt seyn kann, daß temporibus antiquis das merum imperium seu alta iurisdictio cum banno regali, seu Blutbann, pro ipso iure territorii genommen worden, und sonderlich in Grafschaften das höchste Regale gewesen, dergestalt, daß, wer dieses hohe Recht von Kaiser und Reich zu Lehn gehabt, derselbe auch zugleich völliger Landesherr gewesen ꝛc. ꝛc. Bey dieser Beschaffenheit der Sache kann daher ohne hinlänglichen Grund um so weniger vermuthet werden, daß der Landesherr einem Unterthanen, den er mit den Gerichten schlechtweg beliehen hat, auch die peinliche Gerichtsbarkeit werde mitgetheilt haben, je mehr überhaupt schon nach politischen Gründen die Ausübung dieser Gerichtsbarkeit so viel möglich ein ausschließendes Vorrecht der obersten Gewalt im Staate bleiben muß. Zuletzt stimmt selbst das römische Recht

r) Heineccius Elem. iur. germ. Lib. III. §. 46. Westphalen Dipl. Mecklenb. Tom. IV. n. 14. 32. 48. Buder in Praef. ad Engelbr. tr. de feruit. iur. publ. p. 8.

s) Hertius de super. territoriali, §. 2. Gercken Fragm. marchic. p. 34.

t) Fabers Staatskanzl. Thl. 23. S. 723. J. J. Reinhards Beweis, daß die Belehnung unter der Formel: Blutbann und Wildbann mit ihren Herrlichkeiten, im 15. Jahrh. die ganze Landeshoheit in sich begriffen, in Schotts Wochenblatte, 2tr. Jahrg. Nr. 23. S. 643. G. L. Boehmer D. de centena sublimi.

Recht mit dieser Erklärung überein, nach welchem das merum imperium an sich mit der Jurisdiction nicht verbunden war, sondern vom Kaiser besonders übertragen werden mußte, wie S. 48, gezeigt worden.

Nicht weniger streitig ist die Frage: ob unter der generellen Verleihung aller Gerichte, auch die geistliche Gerichtsbarkeit zu verstehen sey? Die mehresten Rechtsgelehrten leugnen dieses deswegen, weil solche eine ganz eigene Art der Gerichtsbarkeit sey, die der Regent nicht leicht Jemandem überlasse, und welche er folglich bey einer unbestimmten Verleihung aller Gerichte um so weniger gemeynt haben könne, je unzertrennlicher solche mit der Landeshoheit verknüpft sey [u]). Einige Rechtsgelehrte [x]) behaupten sogar, wenn auch Jemand ausdrücklich mit den weltlichen und geistlichen Gerichten belehnt worden sey, so könne man dennoch blos das Patronatrecht darunter verstehen, oder das Recht Jemanden zu einer geistlichen Stelle vorzuschlagen. Allein so irrig die letztere Behauptung ist, schreibt Hr. HR. Glück, indem der Unterschied zwischen Patronatrecht und geistlicher Gerichtsbarkeit zu deutlich in die Augen fällt, als daß man glauben könnte, daß blos das Patronatrecht darunter verstanden werden könne, wogegen der Ausdruck Gerichte schlechterdings streitet [y]); eben so wenig Gründe hat die Behauptung für sich, daß unter den Worten: „mit allen Gerichten“ die geistliche Gerichtsbarkeit deswegen nicht mit

u) Berger Oec. iur. Lib. IV. tit. III, §. 2. not. 1. Wernher Obs. T. II. P. IX. Obs. 85. p. 503. I. H. Boehmer in iure eccles. T. 1. Lib. 1. tit. 28. §. 28. Leyser Spec. 76. med. 2. Wernher lect. comment. h. t. §. 29. Quistorps peinl. Recht, Thl. 2. §. 559. not. c.

x) Berger l. c. Horn in Resp. Class. 1. Resp. 2. Idem in iur. feud. c. 7. §. 12.

y) Leyser Spec. 76. med. 3. Struv Elem. iur. feud. § 123. Fleischer instit. iur. feud. c. 9. §. 43. Buri im Lehnr. S. 671 flg. Herr HR. Schnaubert ebend. §. 67.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684934/phys_0580
DFG

mit verstanden werden könne, weil sie mit der Landeshoheit auf das genaueste verknüpft sey, da die vielen Beyspiele dieses Argument widerlegen, welche beweisen, daß dem landsässigen Adel und den Landstädten die geistliche Gerichtsbarkeit durch Recesse und Privilegien zugestanden worden ist [z]). Von gleicher Beschaffenheit ist das Argument, daß wenigstens die Verleihung der geistlichen Gerichtsbarkeit seltener geschehen sey, als die der weltlichen, und folglich hieraus eine Vermuthung gegen solche Verleihungen entstehe; denn dagegen streitet der Wortverstand, da es heißt: mit allen Gerichten. Wollte man aber einwenden, die geistliche Gerichtsbarkeit sey nach der teutschen Staats- und Kirchenverfassung ein Theil der geistlichen oder bischöflichen Gewalt, so ist dieser Gedanke theils noch streitig, da selbst helldenkende katholische Rechtsgelehrte [a]) zugeben, die bürgerliche Oberherrschaft sey heut zu Tage die einzige Quelle der geistlichen Gerichtsbarkeit; theils kann auch daraus kein hinreichender Grund für jene Behauptung hergenommen werden; vielmehr folgt daraus, daß, wenn dem Landesherrn zugleich die geistliche oder bischöfliche Gewalt in seinem

z) Inst. Pac Osnabr. Art. 5. §. 31. DONDORF D. de iurisd. ecclesiastica, quatenus magistratui municipali competat, c. 3. §. 12. MEVII Dec. P. II. Dec. 305. G. L. BOEHMER Princ. iur. can. §. 173.

a) Ant. SCHMIDT Inst. iur. eccl. T. I. §. 245. HAMMER D. de iure Princ. cathol. circa sacra, Bamb. 1744. c. 4. Sect. 1. §. 5. 6. in SCHMIDT Thes. T. III. n. 15. ab ECKARDT Diss. de iure Princ. cathol. circa sacra subditor. suorum protestant. Mogunt. 1750. §. 40. sq in SCHMIDT. thes. Tom. IV. p. 60. Ge. Ios. WEDECKIND D. de iurisd. eccles. Heidelb. 1766. §. 11. 12. in SCHMIDT thes. T. IV. p. 508. Io. Geo. REUTER D. ad Art. 5. §. 48. Instr. P. O. de vestig. iurisd. eccles. Mogunt. 1762. c. 2. §. 10. Pet. Ant. FRANCK D. de censura principii: iurisd. suprem. imp. trib. Mog. 1771. §. 10. sqq. in SCHMIDT thes. T. III. p. 530. LACKIS in iure publ. eccles. Viennae 1774. p. 215. Riefel in den critischen Betracht. Thl. 1.

Lande zustehet, er nicht nur vermöge derselben die geistliche Gerichtsbarkeit habe verleihen können, sondern auch, indem er alle Gerichtsbarkeit verliehen, und dabey die geistliche nicht ausdrücklich ausgenommen hat, dieselbe habe verleihen wollen. Ich bin daher mit dem Hrn. HR. Schnaubert der Meynung, daß, wenn der Landesherr die geistliche Gerichtsbarkeit hat verleihen können, und auch das Subject, welches alle Gerichte erhält, zur geistlichen Gerichtsbarkeit, eben so wie zur weltlichen, fähig ist, vermuthet werden müsse, daß unter dem allgemeinen Ausdruck, alle Gerichte, auch die geistliche Gerichtsbarkeit zugleich mit überlassen worden [b]). Wäre aber freylich das Subject hierzu nicht fähig, so kann auch diese Vermuthung nicht vorhanden seyn, daher, wenn z. B. das Subject, dem in einem katholischen Reichslande, alle Gerichte verliehen worden sind, ein katholischer Laye ist, so kann es freylich, da nach dem katholischen Kirchenrechte [c]) Layen, der geistlichen Gerichtsbarkeit unfähig sind, keinem Zweifel unterworfen seyn, daß hier unter einer allgemeinen Verleihung aller Gerichte, gleichwohl die geistliche Gerichtsbarkeit nicht mit begriffen sey. Etwas anders ist es freylich, wenn der Bischof einem geistlichen Prälaten seiner Diöces, alle Gerichte über seine Klöster, Zubehör und Hintersassen verliehen hätte. Daß aber in protestantischen Ländern, Layen der geistlichen Gerichtsbarkeit fähig sind, ist eine bekannte Wahrheit [d]).

VI. Was den Fall betrifft, wenn Streit darüber entsteht, ob Einem die Gerichtsbarkeit, welche er zeither ausgeübt hat, rechtmäßig sey ertheilt worden, so ist die Frage alsdenn von großer Wichtigkeit: ob sich der in Anspruch

b) Herr HR. Schnaubert in der Erl. des Lehnr. S. 114. flg.

c) c. 22. C. 16. qu. 7. c. 4. X. de immun. eccles. c. 2. X. de iud. c. 16. X. de foro comp.

d) G. L. Boehmer Princ. iur. can. §. 173.

spruch genommene Theil auf seinen Besitz berufen, und die Vortheile der sonst aus dem Besitze entspringenden rechtlichen Vermuthung sich zueignen könne, oder ob er nicht vielmehr seinen Rechtstitel, durch welchen er die Gerichtsbarkeit erworben, anzugeben verbunden sey? Meiner Einsicht nach, schreibt Hr. HR. Glück, wird es darauf ankommen, ob ihm von dem Landesherrn selbst, oder wenigstens in seinem Namen, die Gerichtsbarkeit streitig gemacht wird, oder ob solches von einem Dritten geschieht? Im letztern Falle kann der Besitzer zur Edition eines Titels schlechterdings nicht angehalten werden, sondern er ist so lange in dem Besitze zu schützen, bis derjenige, der ihn von der fernern Ausübung der Gerichtsbarkeit ausschließen will, seine Ansprüche durch den gehörigen Weg Rechtens ausgeführt hat [e]). Die rechtliche Vermuthung, die für einen jeden Besitzer streitet, daß solcher die im Besitz habende Sache, rechtmäßiger Weise besitze [f]), findet auch hier ohne allen Zweifel statt; denn beyde Theile befinden sich hier in pari causa, und in diesem Falle muß, nach der L. 128. pr. D. de reg. iur. wo es heißt: in *pari* causſa *possessor* potior haberi debet, jederzeit für den Besitzer gesprochen werden. Sehr streitig ist es nun, ob dieser fauor possessionis auch dem Besitzer wider den Landesherrn zu statten komme? Die mehresten Rechtsgelehrten [g])

e) HANNESEN Diss. de iurisd. §. 7. Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 4. S. 331.

f) §. 4. Inst. de interd. L. 11. C. de petit. hered. L. 28. C. de rei vind.

g) STRYCK Vsus mod. h. t. §. 27. IDEM de necessit. edendi titul. possess. c. 3. G. L. MENCKEN D. de qualitate possess. in processu possessorio summariissimo, Lipsi. 1744. §. 6. HANNESEN Diss. cit. Herr RHR. v. Braun in der Abh. in wie fern man den Titel anzugeben hat, wenn man sich wider den Landesherrn auf den Besitz gründet, §. 7. in Erlang. Anz. v. J. 1750. Nr. 10. S. 78. desgl. in Siebenkens juriſt. Magaz. 2ter Band, Jen. 1783. Nr. 9. Herr HR. Claproth im summar. Proceß, §. 32. Herr RR. Eichmann a. a. O. S. 330.

leugnen es, und glauben, der Landesherr sey befugt, von seinem Unterthanen, der sich ein wesentliches Hoheitsrecht angemaßt habe, zu verlangen, sogar die Rechtmäßigkeit des Besitzes dieses Rechts auszuführen. Daher könne sich auch der Besitzer der Gerichtsbarkeit, nicht blos mit seinem habenden Besitze derselben gegen den Landesherrn schützen, sondern er sey schuldig den Titel anzugeben, und müsse beweisen, daß die zeither ausgeübte Gerichtsbarkeit von ihm gesetzmäßig, entweder durch Belehnung, Privilegium, Contract, oder eine unerdenkliche Verjährung, welche die Stelle der ausdrücklichen Concession vertrete, erworben worden sey. Andere Rechtslehrer b) verwerfen diese Behauptung, und wollen, auch der Landesherr müsse die Anführung des Besitzes, und die daraus für den Besitzer entstehende rechtliche Vermuthung wider sich gelten lassen, folglich könne der Besitzer der Gerichtsbarkeit die summarische Possessorienklage zur Beybehaltung des Besitzes wider ihn anstellen. Darauf antwortete Hr. HR. Glück S. 55.: Ich kann mich von der Richtigkeit dieser Meynung zur Zeit noch nicht überzeugen; denn da der Landesherr die Quelle aller Gerichtsbarkeit in seinem Lande ist, so können doch unstreitig Unterthanen solche anderergestalt nicht haben, als wenn ihnen solche vom Landesherrn überlassen worden ist. Der Landesherr, der seinem Unterthan die angemaßte Gerichtsbarkeit streitig macht, hat daher jederzeit die rechtliche Vermuthung für sich, da die Landeshoheit für ihn spricht. Dahingegen ist für den Besitz des in Anspruch genommenen Unterthanen nichts vorhanden, was ihn bey diesem Besitz schützen könnte, da der streitige Gegenstand so beschaffen ist, daß solchen kein Unterthan besitzen kann, der nicht einen gerechten Titel, oder wenig-

b) Reinhardt ad Christin. Vol. 1. Obs. 38. Hommel. Rhapf. Obs. Vol. 1. Obs. 146. Hofmanns teutsche Reichspraxis. 2tr Thl. S. 254. Struben von Regierungssachen, §. 14. not. c. Herr HR. Schnaubert im Staatsr. der Reichsl. S. 83. Herr Prof. Lobethan von der Gerichtsb. S. 45.

wenigstens eine unerdenkliche Verjährung, welche die Stelle des Titels vertritt, zu beweisen vermag. Aus diesen Gründen kann demnach, die sonst für den Besitzer streitende rechtliche Vermuthung hier in keine Betrachtung kommen, sondern es muß dieselbe als die schwächere Vermuthung nothwendig der stärkern, welche für den Landesherrn, als der ersten Quelle aller Gerichtsbarkeit in seinem Staate streitet, weichen. Hiermit stimmt nicht nur das kanonische Recht überein, sondern man spricht auch in den höchsten Gerichten diesen Grundsätzen gemäß i), welcher letzte Umstand aber freylich nichts beweißt, wenn die Meynung falsch ist. Uebrigens versteht es sich von selbst, daß der Unterthan seines vermeyntlich hergebrachten Rechts, durch einseitige Regierungsverordnungen de facto nicht beraubt werden dürfe, indem ein solcher Fall, wo Jemandem sein Besitz genommen werden soll, den er für rechtmäßig ausgiebt, sich nie zur bloßen Regierungssache qualificirt, sondern allerdings in die Zahl der Justizsachen gehört, worüber Niemandem das rechtliche Gehör genommen werden kann k).

§. 190.

Wer mit der römischen und teutschen Gerichtsbarkeit so genau bekannt werden will, als es schlechterdings nöthig ist, wenn man alle sich darauf beziehende alte und neue römische und teutsche Gesetze richtig verstehen will, der muß auch die Personen und Gerichte kennen, denen die Ausübung der Gerichtsbarkeit bey beyden Nationen anvertraut worden ist. Unendlicher Nachtheil muß denjenigen Rechtsgelehrten treffen, der diese Materie deswegen nicht seiner Aufmerksamkeit werth achtet, weil er es für über-

i) c. 9. X. de probat. c. 7. de priuil. in 6to. de Cramer Obs. T. I. Obs. 378.

k) Herr GJR. Pütter in den Rechtsfällen, 2ten Bandes 4tr Thl. S. 1062.

überflüßige, und folglich unnöthige theoretische Kleinigkeit hält. Alle gründliche Rechtsgelehrte wissen es, daß man ohne Kenntniß der alten Gerichtsverfassung bey den Römern und Teutschen auch die neueste nicht richtig kennen lernen kann, folglich beständig in Gefahr ist, die Gesetze, welche davon handeln, falsch zu verstehen, und also auch unrichtig anzuwenden. Unpartheyische Rechtsgelehrte werden es daher für keinen Fehler erklären, daß ich in einem praktischen Commentar über die Pandekten, diese Materie etwas ausführlich abgehandelt habe, die doch zur Theorie gehört, da sie wissen, ohne Verbindung der Theorie ist kein praktischer Vortrag möglich, wie im 1sten Theile dieses Commentars S. 212 gezeigt worden ist.

Was die Verwaltung der Gerichtsbarkeit bey den Römern anbetrifft, so wissen wir aus der Rechtsgeschichte, daß die Könige, und sodann die Consuls, die oberste Richterstelle verwalteten [l]). Verschiedne Umstände gaben in der Folge zur Einführung der Prätoren Anlaß, welche in Rom die Ausübung der Jurisdiction zu dirigiren hatten [m]). Wenn man die eigentliche Beschaffenheit seiner Rechte und Pflichten richtig kennen lernen will, muß man wissen, was man bey den Römern Jurisdiction genennt habe, und hier berufe ich mich auf die S. 451 vorgetragenen Grundsätze. Wie wir S. 452 gesehen haben, untersuchte der Prätor anfangs die mehresten Rechtshändel selbst, wenn gleich das Factum streitig war, und faßte sodann den Ausspruch, nach dem Gutachten der dazu bestellten Person, darüber ab. Weil in der Folge die Anzahl dieser Rechtssachen zu groß wurde, daß der Prätor deren Untersuchung und Entscheidung allein nicht dirigiren konnte, veranlaßte

l) Bach histor. iurispr. p. 8 et 21. Adr. van der Hoop D. de iis, qui antiquitus apud Romanos de criminibus iudicarunt, Lugd. Bat. 1723. et in Suppl. Thes. iur. ciuil. et can. Meermann. p. 605.

m) Bach hist. iur. p. 77. Cicero de legib. III, 51.

anlaßte dieses die Einführung der neuen Verfassung, vermöge deren der Prätor solche Rechtsangelegenheiten, die nicht so gleich zur Entscheidung klar waren, einem oder mehrern so genannten iudicibus pedaneis übertrug, damit sie solche nach der von ihm, auf geschehene summarische Untersuchung, was für eine Klage statt habe, und welche Einreden ihr entgegen standen, folglich ob überhaupt die Klage gegründet sey, und was nach Beschaffenheit der Umstände, der Kläger oder der Beklagte zu beweisen habe n), abgefaßten Instruction, untersuchen sollten. Auf diese Einrichtung wurde die ganze Lehre von dem Unterschiede zwischen dem, was der zur Verwaltung der Jurisdiction bestellte Prätor, und die iudices pedanei für Rechte und Verbindlichkeiten haben sollten, gegründet. In außerordentlichen wichtigen Fällen durfte der Prätor die Entscheidung eines Rechtshandels nicht allein abfassen, sondern er mußte das Centumviralgericht darüber stimmen lassen, welche Angelegenheiten causae centumuirales o) genennt wurden. Ueber die eigentliche Beschaffenheit des so genannten Centumviralgerichts, iudicium centumvirale, ist noch nicht aller Streit unter den Rechtsgelehrten p) beygelegt, da manche die Einrichtung desselben zur Zeit der Republik in Rom, und unter der kaiserlichen Regierung nicht gehörig unterscheiden. Zu der Benennung iudicium centumuirale hat der Umstand Anlaß gegeben, daß wenigstens hundert Beysitzer dieses Gerichts waren. Die immer größer werdende Menge der Rechtshändel in Rom veranlaßte nothwendig eine Vermehrung der Personen, die zur Verwaltung der Justiz bestellt wurden;

n) AVERAN. Int. I, 5. 10. II. I, 14. 27. sqq. NOODT de iurisd. I, 13. 7. 8. SICCAMA de iud. cent. c. 4. de PVFENDORF Obs. T. III. Obs. 15. §. 10.

o) CICERO de orat. I, 38. C. Fr. ZEPERNICK Diatr. de causis centumuiralibus, adiecta *Eius* edit. Siccamae, p. 230 sqq.

p) Sibr. Tetardi SICCAMA de iudicio centumuirali libri II, Franequ, 1596. 8. ex edit. C. F. ZEPERNICK Hal. 1776. 8.

daher kam es, daß man den Praetor peregrinus, im 512. J. n. E. d. St. oder 242 J. v. Ch. G. ernannte. Das Jahr darauf, behaupten die Rechtslehrer, sollen auch die ersten centumuiri gewählt worden seyn; nämlich jede von den 35 Tribus, in welche alle römischen Bürger abgetheilt wurden, habe drey Beysitzer dieses Collegiums wählen müssen, und auf diese Weise wären 105 Beysitzer entstanden, die man aber nur nach der runden Zahl, centumuiri nannte, und es sey unerweislich, daß unter der republikanischen Staatsverfassung in Rom mehr als 105 solche Centumuiri gewesen q). Unter den Kaisern wurde die Zahl derselben bis auf 180 Personen vermehrt; auch bestand dieses Collegium damals aus vier Cammern oder Senaten, nach unserer Art zu reden, consilia, woraus die Rechtsgelehrten r) den Schluß machen, es müsse schon unter der Republik eine ähnliche Eintheilung gewöhnlich gewesen seyn. In wichtigen Rechtsfällen, hauptsächlich, wo es auf eine streitige Rechtsfrage ankam, durfte der Prätor nichts für sich entscheiden, sondern nach dem Gutachten des Centumviralgerichts s). Zehen Mitglieder dieses Gerichts hießen decemuiri litibus iudicandis; über ihre Beschäfftigung ist aber manche Dunkelheit aufzulösen t). In der L. 2. §. 29. D. de orig. iur. heißt es von ihnen: deinde cum esset necessarius magistratus, qui hastae praeesset;

q) Illust. ZEPERNICK ad SICCAM. p. 70. not. h.

r) PLIN. Epist. IV, 24. VI, 33. VAL. MAXIM. VII, 7. CVIACII Obseruat. X, 20. BRETVS de ordine iudicior. c. 9. SCHVLTING D. de rescis. testam. ad VALER. MAXIM. VII, 7. in *Eius* thes. contr. p. 550. NOORDKERCK ad Leg. Petron. p. 68. sqq. GRAEVII Praef. ad Tom. II. Thes. Antiqu.

s) QVINCT. Inst. orat. XII, 5. SENECA de benef. III, 7.

t) PLINII Epist. V. epist. vlt. SVETON. Aug. c. 36. ZEPERNICK ad SICCAMAM, p. 73. SICCAMA de iud. centumu. c. 9. HOP Diss. cit. c. 1. p. 512. NOODT de iurisd. I, 12. RAEVARD in Protrib. c. 19. GEBAVER de iurisd. c. 1. §. 10.

esset: *decemviri litibus iudicandis* sunt constituti etc. Nach der Behauptung der einsichtsvollsten Rechtsgelehrten scheinen sie bey den verschiednen Abtheilungen des Centumviralgerichts im Namen des Prätors den Vorsitz gehabt zu haben [u]; auch wurden sie bey wichtigen Rechtsfällen als iudices pedanei gebraucht. Einige Rechtslehrer halten sie für niedere Magistratspersonen [x], weil Pomponius dieses in der L. 2. §. 29. D. de orig. iur. behaupte. Man muß ihn aber nicht von den Zeiten der republikanischen Staatsverfassung verstehen, sondern von den Zeiten des Augusts; denn unter diesen gehörten sie unter die vigintiuiros. Was die Beysitzer des Centumviralgerichts in Rom zu besorgen hatten, dieses verrichteten in den Provinzen unter der Direction des Statthalters zwanzig Recuperatores [y].

Wie die Gerichtsbarkeit von dem Prätor verwaltet worden, haben wir schon S. 452 gesehen. Der Prätor mußte nämlich, in den mehresten Fällen, die Untersuchung der streitigen Handlungen, worauf es bey Abfassung des Urtheils ankam, dem iudex pedaneus überlassen, welche Benennung daher entstand, quia ad pedes Praetoris sedebat in subsellis [z]. Mußte sich der Iudex pedaneus einzig und allein nach dem Wortverstande der vom Prätor abgefaßten Entscheidung der Sache richten, und vermöge dieses Endurthels den Kläger entweder verurtheilen, oder lossprechen, so hieß das Verfahren iudicium stricti iuris.

Uebri-

u) Zepernick ad Siccam. p. 97.

x) Heinecc. in hist. iur. I, 58. p. 113. Sveton. Aug. c. 36. ibique Torrentivs.

y) Zepernick ad Siccam. p. 87. not. c.

z) Cicero ad Quint. Fratr. I, 2. Noodt de iurisd. I, 8. Glück in Opusc. Fasc. II. p. 389. sqq. Hop Diss. de iudicib. in Oelrichs Thes. Vol. I. T. II. Dietmar D. Iudex pedaneus, Ien. 1743. Knorr D. de vsu pract. doctr. de Praetore et iud. pedan. Hal. 1756.

Uebrigens konnte ein solcher iudex auch den Beklagten lossprechen, wenn es gleich in dem Endurthel hieß: si paret, condemna, wie man aus der L. 3. D. de re iud. und der L. 37. D. de reg. iúr. sieht. War die Freyheit des Iudex pedaneus größer, weil der Prätor dem Endurtheil die Worte eingerückt hatte: quantum aequis melius id dare, so hieß das Verfahren iudicium bonae fidei; denn hier war der Iudex schuldig, die Billigkeit zu beobachten, und vermöge derselben mußte er dem Kläger die Verzugszinsen, die Früchte und alle andere Arten von Leistungen zusprechen, die zwar nicht ausdrücklich versprochen worden waren, die aber doch der anerkannten Billigkeit gemäß waren. In solchen Rechtsangelegenheiten erhielt der Iudex pedaneus den besondern Namen arbiter, und das ganze Verfahren wurde arbitrium genannt [a]). Mußte die Untersuchung der streitigen Handlung, weil es gleich anfangs bey der Klage nicht ausgemacht werden konnte, wie viel der Kläger zu fordern habe, oder der Rechtshandel betraf Besitzstreitigkeiten, mehrern Beysitzern des Centumviralcollegiums vom Prätor übertragen werden, so nennte man die dazu bestellten Personen Recuperatores [b]).

So lange in Rom die bey der Ausübung der Gerichtsbarkeit vorkommenden Handlungen zwischen dem Prätor und den iudicibus pedaneis getheilt waren, kam auf diesen Unter-

a) Cicero de offic. III, 17. Idem in Orat. pro Roscio Com. c. 4. et 9. Idem pro Roscio Amer. c. 39. Io. Matth. Magni rationum et differentiarum liber primus, in Meerm. Thes. T. III. p. 266. Gabr. de Gast Disp. de act. arbitr. ibid. T. VI. p. 735. Zepernick p. 26. not. d. Hopf l. c. c. 3. Bach hist. iur. p. 104.

b) Ernesti in Clav. Cicer. voc. recuperator, Rupert. ad Pompon. p. 251. Cuiac. Obs. III, 32. Panciroll. var. lect. Lib. I. c. 35. Cicero pr. Flacco, c. 21. Idem in Verrem III, 12. V, 30. Idem in orat. pro Caecinna c. 3. et 21. et Hotmann. ad c. 1. Idem in Divinat. in Caecil. c. 17. Gellii Noct. Att. XX, 1.

Unterschied sehr viel an, und man muß ihn genau vor Augen haben, um manche Gesetze richtig zu verstehen, obgleich die Sache unter Justinian ganz anders war, und diese Gesetze zwar nicht gegen jene angeführt, aber auch nicht so wie jene erklärt werden können. Ein iudex pedaneus untersuchte blos die streitige Handlung, wenn er vom Prätor dazu bevollmächtigt worden war, und er entschied die Sache, wie der Prätor das Formular vorgeschrieben hatte. Mit der Publikation dieses Urtheils hörte sein Amt auf, und der Prätor vollstreckte die Sentenz c). Ein anderer Unterschied zwischen einer zur Ausübung der Gerichtsbarkeit bestellten Magistratsperson und einem iudex pedaneus bestand darin, daß Jene weder in seiner eigenen Rechtsangelegenheit, noch in Sachen von Personen, die zu seiner Familie gehörten, die Gerichtsbarkeit ausüben durfte, wie man aus der L. 10. D. h. t. sieht; allein der Vater konnte in Sachen seines Sohnes, und dieser in Sachen seines Vaters zum Iudex pedaneus bestellt werden, und daher heißt es in der L. 77. D. de iudic. — in priuatis negotiis pater filium, vel filius patrem *iudicem* habere potest. Die Ursache hiervon war, daß bey Bestellung eines iudex pedaneus die Partheyen das Recht hatten, den ihnen vom Prätor ernannten Iudex pedaneus zu verwerfen, wenn sie ihn für verdächtig und unfähig halten konnten d), ihre Sache zu untersuchen. Nach den Gesetzen kam es also auf den Willen der Partheyen an, ob der vom Prätor bestellte iudex pedaneus ihre Sache untersuchen dürfe, da er doch die gesetzlichen Eigenschaften nicht hatte. Wollte sichs also der Gegner bey einem Rechtshandel gefallen lassen, daß der Prätor den Vater in Sachen seines Sohnes zum iudex pedaneus angeordnet hatte, den er doch zu verwerfen berechtigt war, so stand nichts im Wege, warum der Vater dieses

c) L. 15. pr. L. 55. D. de iudic.

d) Schulting. Diss. de recusat. iudicis, c. 6. §. 2. c. 7. §. 2.

ses Amt nicht hätte verwalten sollen e). Es gieng ja auch an, daß die streitenden Theile, den Sohn in Sachen des Vaters zum Schiedsrichter bestellten, wie die L. 6. D. de recept. arbitr. beweißt, wo es heißt: quin etiam de re patris dicitur *filium familias* arbitrum esse: nam et *iudicem* eum esse posse, plerisque placet, warum hätte man es also nicht gestatten wollen, daß er iudex pedaneus war. Ein dritter Unterschied zwischen der Magistratsperson, welche die Gerichtsbarkeit verwaltete, und dem iudex pedaneus, kommt bey den Handlungen des alten römischen Processes vor, wovon einige actus in iure hießen, nämlich alle diejenigen, die vor dem Prätor u. s. f. vorgenommen werden mußten, und andere actus in iudicio genennt wurden, nämlich diejenigen, welche unter der Direction des iudex pedaneus geschahen. Was für Handlungen zu diesen beyden Gattungen gehört haben, kann ich hier nicht ausführen, da einige schon vorgekommen sind, und die übrigen in der Folge vorkommen werden. Im Register über das ganze Werk, werden sie meine Leser zusammen getragen finden.

Es wird bey der Erklärung vieler folgenden Materien manchen Vortheil gewähren, wenn ich hier die Personen kurz anführe, die bey den Römern zur Ausübung der Gerichtsbarkeit ernannnt worden sind. Unter der republikanischen Staatsverfassung in Rom, muß man die Richter in der Stadt Rom, in den sogenannten Municipalstädten, und in den Provinzen unterscheiden. In Rom hatte man theils ordentliche und gewöhnliche Gerichte, theils außerordentliche. Das ordentliche Gericht bestand aus dem Prätor mit seinen Beysitzern, die wir schon kennen. Zu den Zeiten des Dictators Sylla, waren besondere Prätoren zur Direction der Untersuchungen über ein begangenes Verbrechen vorhanden. Es waren deren nicht viere,

e) MERILL. Obs. I, 35. AVERAN. Int. I. 5. STHVLTING. l. c. c. 9. §. 6.

viere, sondern nur zwey f). Außerordentliche Richter in Rom waren der Dictator, die Volkstribune, und der Rath alsdann, wenn eine Verschwörung, oder ein anderes Verbrechen wider den Staat untersucht werden mußte. In den Municipalstädten verwalteten die Duumiuri mit den Decurionen die Gerichtsbarkeit; in den Provinzen aber die Proconsuls und die Prätoren. Ein Legatus durfte es nicht anders thun, als vermöge eines vom Proconsul erhaltenen Auftrags, oder wenn ihn der Senat zu Rom selbst dazu bevollmächtigt hatte.

Nach Einführung der kaiserlichen Regierung, waren die Prätoren ebenfalls noch die Directoren der bürgerlichen Gerichtsbarkeit, und ihre Zahl wurde dadurch vermehrt, daß ein Praetor fideicommissarius, tutelaris und fiscalis eingeführt worden. Ihre Gerichtsbarkeit verlohr aber bald gar sehr von ihrem Umfange, nachdem die Kaiser dem Praefectus vrbi, praetorio, vigilum und den magistris officiorum, ihre eigene Art der Gerichtsbarkeit verliehen hatten. In Ansehung der Gerichtsbarkeit in den Provinzen kam es anfangs auf den Unterschied an, ob der Rath den Statthalter einer Provinz ernannte, oder der Kaiser. In diesen letztern Provinzen hatten die Legati Augusti pro Consule, pro Praetore, die Praefecti Augustales, die Legati Caesaris, die Praesides, die Procuratores Caesaris, die Iuridici, die Ausübung der Gerichtsbarkeit zu besorgen. In den Provinzen des Senats verwalteten die Statthalter, welche alle den Namen Proconsul führten, die Gerichtsbarkeit. Nach einiger Zeit verlohr der Rath alle Rechte bey der Besetzung der Statthalter in den Provinzen, und der Kaiser war der oberste Richter im Staate, der die Gerichtsbarkeit durch seine Statthalter verwalten ließ.

f) L. 2. §. 32. D. de orig. iur. Dio Cassius Lib. XLII. Cicero in Orat. pro Sextio et pro Milone. Walchs Rechtsgeschichte, S. 48.

ließ g). In den Municipalstädten waren die Duumuiri nebst den Decurionibus, wie auch die Defensores die Richter der ersten Instanz, und die zweyte Instanz war vor dem Statthalter der Provinz.

Die Grundsätze von der teutschen Gerichtsbarkeit bleiben dunkel, wenn man die Personen nicht kennt, welche in ältern und neuern Zeiten die Gerichtsbarkeit verwaltet haben. In den ältesten Zeiten hatten die Priester eine Art der Gerichtsbarkeit, welche sich hauptsächlich auf Verbrecher erstreckte, die im Kriege oder auf den allgemeinen Volksversammlungen begangen worden waren. Die wichtigsten Staats- oder andere Verbrechen entschied man auf den allgemeinen Volksversammlungen. Ueber Privatsachen und Verbrechen der gemeinen Leute, entschieden die Grafen. Sie hatten die sogenannten Schöppen an der Seite, die sie um ihre Meynung fragen mußten; denn diese stellten das Volk vor, weil solches der oberste Richter war, und sie mußten mit dem Beklagten von gleichem Stande, und in dessen Vaterlande mit Gütern angesessen seyn h). Sie hatten ihre besondere Tracht, und wurden wegen ihrer Erfahrung in Rechtssachen, die Weisen oder Wissenden genannt. Eine etwas andere Beschaffenheit hatte die Ausübung der Gerichtsbarkeit bey den Franken; denn hier hielt man den König und die Nation für den höchsten Richter. Unter dem Könige standen gewisse öffentliche Beamte, welche entweder Grafen, oder missi dominici genennt wurden. Die Grafen waren in allen Sachen, welche in den Districten, worüber sie gesetzt waren, vorfielen, die ersten und ordentlichen Richter, und hießen daher schlechtweg nur iudices, oder auch wohl iudices publici. Sie übten die Gerichtsbarkeit theils in einzelnen Städten, worüber sie gesetzt waren, aus, theils in ganzen Districten oder so-

g) Heinecc. Antiqu. Lib. I. c. 4. p. 374.

h) Hauschilds Gerichtsverfassung der Teutschen. S. 149. Estors bürgerl. Rechtsgelehrs. 2 Th. S. 1116.

so genannten Gauen, wozu folglich Städte und Flecken gehörten, und hier waren ihnen alle Personen unterworfen, es mochten Freye oder Leibeigene seyn. Unter den Grafen standen die kleinern Richter, welche centenarii, desgleichen decani hießen, und die Gerichtsbarkeit in den centenis oder decaniis in gewissen Fällen ausübten. Die Oberaufsicht über die Grafen hatten die missi dominici, missi regii, missi palatii, missi de latere, missi ex latere. Sie wurden von den Königen in die Provinzen geschickt, um die Gebrechen bey der Verwaltung der Gerichtsbarkeit zu untersuchen; überdieses konnte man an sie appelliren. Als die teutschen Kaiser von der Sächsischen Nation regierten, wurden bey der Ausübung der Gerichtsbarkeit verschiedne Aenderungen gemacht. Der König war der oberste Richter, und an seiner Stelle verwaltete der kaiserliche Pfalzgraf die Gerichtsbarkeit. Ueber die Provinzen und die kleinern Districte, waren die Herzöge, Landpfalzgrafen, Landgrafen, Markgrafen und Burggrafen gesetzt. Außer diesen gab es die sogenannten Vögte, welche die Gerichtsbarkeit verwalteten, und eine große Menge von Gerichten, die ihre eigenen Namen hatten. Die wichtigsten damaligen Gerichte waren der Reichshof und das kaiserliche Pfalz- und Cammergericht, die alten herzoglichen Hofgerichte in Bayern, Schwaben, Westphalen, Lothringen, u. s. f. ferner die Landgerichte, als zu Hirschberg, Onolzbach, Wirzburg; die Burggrafenämter, Gaugerichte, Schultheißeyen, die westphälischen Fehm- und Freygerichte, Sendgerichte, Schöpfenstühle, Zentgerichte, Botting und Loding i). Diese Gerichte hörten in der Folge theils auf, theils sind sie durch Schenkungen, Belehnungen, Erbpacht, Verpfändungen, Käufe, u. s. f. in andere Hände gekommen, wodurch sie auch eine veränderte Gestalt erhielten. Eine sehr merkwürdige Art alter teutscher Gerichte, waren die Vogtgerichte, die Vogtey. Man hatte nämlich damals

i) Hr. Prof. Fischer im Cameralrechte, Thl. 2. S. 20.

mals Beamten verschiedner Arten, welche **Vögte** hießen. Es gab Landvögte, Reichsvögte, Obervögte, Großvögte, Stadtvögte, Kirchenvögte, Kastenvögte, Stiftsvögte, Klostervögte, Gerichtsvögte, Frohnvögte, Burgvögte, Amtsvögte, Hausvögte, u. s. f. Sie waren die Aufseher, Beschützer und Verwalter über gewisse Gerechtsame und Sachen. Ihre Einkünfte bestanden im Genusse gewisser Lehne und Güter, der sogenannten Vogtdienste, und in der Erhebung gewisser Einkünfte, unter der Benennung Vogtgeld, Vogthaber, Vogthühner. Ihre Pflicht bestand in der Beschützung der ihnen anvertrauten Gegend, und in der Erhaltung der Sicherheit. Ihre Gerichtsbarkeit erstreckte sich der Regel nach nur über freye Personen, und der Gegenstand derselben bestand mehrentheils in bloßen Polizeysachen, so wie sie auch nur geringe Vergehungen, die man nicht unter die vier peinlichen Fraischfälle zählte, bestrafen konnten. Blos bey Kirchen- und Kastenvögten war es aus besondern Ursachen eingeführt worden, daß sich ihr Gerichtszwang auch über die Leibeigenen und über die bürgerlichen Rechtssachen erstreckte. In neuern Zeiten dehnte man diese Gerichtsbarkeit, aus Unbekanntschaft mit der ursprünglichen Verfassung weiter aus, als es nach den Gesetzen hätte geschehen sollen [k]). Ihre Gerichte nennte man das Vogtding, Vogtgericht, Ehehaftgericht, Ungebotending, Quatembergericht, Vogtrügegericht, Brüchtengericht, Dreyding, Jahrgerichte, Echteding, Ruhrgericht. Sie werden fast in ganz Teutschland, und besonders unter der Benennung **Rügegericht** noch angetroffen, in Wirtenberg, Badendurlach, Nürnberg, Meklenburg, Hessen, u. s. f. Sie sind eine Art von Polizeygericht, werden nur zu gewissen Zeiten gehalten, und beschäfftigen sich hauptsächlich mit solchen Vergehungen, die wider die Rechte der ganzen Gemeine begangen worden, z. B. mit Garten- und Feldfreveln, mit Scheltworten, unehrbarem Wesen u. dg.

k) PUFENDORF de iurisd. P. II. Sect. III. c. I. §. 319.

u. dg. Aus der Vogteygerechtigkeit der unmittelbaren teutschen Reichsmitglieder, ist sehr oft die Landeshoheit entstanden. Heutzutage theilt man sie in die hohe und niedere, mittelbare und unmittelbare, geistliche und weltliche, allgemeine und besondere, beschränkte und unbeschränkte Vogtey ein. Es giebt in den Oestreichischen Provinzen, im Schwäbischen und in andern Gegenden, viele Ländereyen, welche ihre eigene Gerichtsbarkeit haben. In Obersachsen heißen sie Landeshauptmannschaften, und in Niedersachsen Landvogteyen.

Nach der Einführung der **Landeshoheit** in den teutschen Provinzen haben die zur Verwaltung der Gerichtsbarkeit bestimmten Gerichte, eine sehr veränderte Gestalt bekommen, und diese gründet sich auf den Unterschied, ob sie **Obergerichte** oder **Untergerichte** heißen. Unter erstern versteht man solche Gerichte, an welche man zu appelliren berechtigt ist; jedoch werden die **Consistorien** auch dazu gerechnet, wenn gleich nicht an sie appellirt wird, es müßte denn in einem Lande, Ober- und Unterconsistorien geben. **Untergerichte** werden die Gerichte genannt, wenn sie keine Appellation annehmen dürfen. Alle diese Arten der Gerichte haben verschiedne Benennungen, und hierher gehören als die vorzüglichsten, die Justizcanzleyen, Regierungen, Hofgerichte, u. s. f. Der Ausdruck **Canzley**, hat gegenwärtig eine doppelte Bedeutung, denn bisweilen versteht man den Ort darunter, wo überhaupt alle Landesherrliche Collegien versammelt sind, alle Geschäffte ausgefertigt, und die Schriften verwahret werden; bisweilen bekommt aber blos der Ort der schriftlichen Ausfertigung und Aufbewahrung eines jeden besondern obern Collegii diesen Namen. Ueber die Entstehung derselben verdient folgendes bemerkt zu werden. In den ältesten Zeiten besorgte der **Canzler**, Notarius, oder sogenannte Geheimschreiber, die Ausfertigung aller Geschäffte. Endlich wurden ihm verschiedne Unterkanzler, Notare, Protonotare, Referendarien, Räthe und Secretairs untergeordnet. Hierdurch sind wegen vermehrter Geschäffte zuletzt ganze Col-

legia entstanden, worüber eigene Chefs, unter dem Titel eines Erznotarius, Erzcanzlers, Großreferendars, Großcanzlers, Oberhofcanzlers, Geheimenhofcanzlers, Regierungscanzlers, Staatscanzlers, die Oberaufsicht haben [l]). Anfangs wurde das allgemeine und oberste Collegium eines teutschen Reichsstandes, die Canzley genannt; nachdem sich aber die Regierungsgeschäffte so sehr vermehrt hatten, daß man sie schlechterdings, um die größte Verwirrung zu vermeiden, trennen mußte, so blieb den Canzleyen blos die Verwaltung der Gerichtsbarkeit, Namens des Regenten übrig, und dieser Umstand hat zu der Benennung Justizcanzley Anlaß gegeben [m]).

Nebst den Justizcanzleyen, deren Errichtung übrigens ein Hoheitsrecht ist [n]), verwalteten auch die Hofgerichte die Gerichtsbarkeit in den teutschen Provinzen, von deren Entstehung folgendes bemerkt werden muß. Daß ehedem die Vögte, Namens des Kaisers oder der Herzoge, die Gerichtsbarkeit in Teutschland besorgt haben, ist bereits bemerkt worden. Vor ihnen und den übrigen Beysitzern des Gerichts, wurden die Streitigkeiten, die in ihrem Bezirk vorkamen, untersucht und entschieden. Außer diesen kleinen Gerichtshöfen gab es größere, nämlich die Landgerichte, und diese waren zweyerley. Einige wurden von den Vögten gehalten, und bestanden in öffentlichen Versammlungen, vor denen jeder seine Beschwerde anbringen konnte. Hiervon waren die allgemeinen Landgerichte unterschieden, welche von dem Regenten selbst, oder unter der Direction eines von ihm dazu bevollmächtigten Deputirten gehalten wurden. Aus diesen entstanden in der Folge die noch heutzutage existirenden Hofgerichte. Hier wurden die Streitigkeiten derjenigen Personen, die den Vögten nicht unterworfen waren, oder wenn sich Jemand

l) Mascov D. de origin. offic. aulic. §. 4. sqq.
m) Estors bürgerl. Rechtsgelehrs. 2 Theil §. 312.
n) Fritsch tract. de iure archivi et cancellariae.

mand über den Ausspruch derselben beschwert hatte, untersucht. Diese Hofgerichte bestanden aus einem Canzler, und einigen Beysitzern, wozu man einige vom Adel nahm, und der Fürst war selbst dabey zugegen o). Endlich veranlaßte die Einführung des römischen Rechts eine abermalige Abänderung; denn weil die zeitherigen Beysitzer mit den Grundsätzen des römischen Rechts nicht bekannt waren, und folglich auch die Streitigkeiten nicht darnach entscheiden konnten, so veranlaßte dieses die Einführung der heutzutage sogenannten Justizcollegien, und aus den ehemaligen, von den Vögten gehaltenen Landgerichten, entstanden die Aemter, oder wie sie in Niederteutschland hießen, die Drosteyen. Hofgerichte giebt es zu Leipzig, Wittenberg, Jena, Tübingen, Hildesheim, Marburg, Hannover, Wolfenbüttel, Stade, Greifswalde u. s. f.

Unter den Aemtern, oder Drosteyen, welche hauptsächlich von der ehemaligen Eintheilung Teutschlands in Districte, worüber ein Graf gesetzt war, herrühren, versteht man heutzutage einen bestimmten Landesdistrict, worin ein landesherrlicher Beamter, welcher nach Verschiedenheit der Kreise in Teutschland, Oberamtmann, Amtshauptmann, Drost, Amtsschulze, Landrichter, Amtsverwalter, Kreishauptmann, Vitzthum u. s. f. heißt, alle Landesherrschaftliche Rechte ausübt p). In Oberteutschland haben sie blos Justiz- und Polizeysachen, in Niederteutschland aber auch zugleich Oeconomiesachen zu besorgen. Diese Beamte haben ihre besonderen Amtsgerichte unter sich, die theils verschiedne Benennungen führen, theils von ganz verschiedner Beschaffenheit sind.

Von der Entstehung der sogenannten Bauergerichte ist folgendes zu bemerken q). Das alte Genossenrecht

o) Struben von Regierungs- und Justizsachen, S. 9.
p) Hr. Prof. Fischer im Cameralrechte, 2tr Band. S. 69.
q) Hr. Prof. Fischer a. a. O. 2tr Band S. 84.

erstreckte seine Würkung bis auf den Bauernstand. Jede Bauernklasse, ihre Verschiedenheit mochte nun von der besondern Art des Pachtcontracts, oder von der Beschaffenheit und Benennung ihrer Abgaben herrühren, (Thl. 2. S. 300) hatte ihre eigenthümlichen Gerichte. Hierher gehören z. B. die Meyerdinge (Thl. 2. S. 304). Alle Sachen, die Meyerdingegüter betreffen, werden vor einem eigenen Gericht, dem sogenannten Meyerding entschieden, und jedem Bauer, der sich demselben nicht unterwerfen will, wird sein Gut genommen [r]). Vor diesem Gerichte geschehen die förmlichen Gutsauflassungen, und die Eintragungen in das Meyerdingsbuch. Von den Ausprüchen desselben appellirt man an das Amt, oder an das hohe Meyerding. Die Meyerdinge werden von dem Meyerdingsherrn, oder seinem Bevollmächtigten, dem Landesherrlichen Beamten, und den Dinggenossen, welches Meyerdingsleute sind, besetzt, und sie beobachten bey ihrem Verfahren viele altteutsche Gebräuche [s]).

Eine andere Art von Bauergerichten sind die Märkerdinge, Holtdinge, Holzgerichte, dergleichen in Westphalen, Niedersachsen, in der Wetterau, in Franken und am Rhein, vorkommen. Sie sind bisweilen wahre Holz- und Waldgerichte, bisweilen zugleich Dorfgerichte über die Markgenossen, die gemeiniglich unter dem Namen Mitmärker, gemeine Märker dessen Beysitzer sind, und zuweilen Mahlmänner heißen. Sie gehören der Markherrschaft, und werden vom Holzgrafen, Obermärker, obersten Erben, obersten Waldboten, Holzrichter, gehalten. Die Markschreyer geben die Frevel an, und ziehen die Waldbussen ein. Es giebt auch Unterholzgrafen, deren Amt umwechselt, und auf Grundstücken haftet [t]).

Auf

r) Strubens rechtl. Bedenken, Thl. 1. S. 332. Ebenderselbe de bonis meierd. p. 275.

s) Gericke in Schottelio illustr. c. 2. §. 4.

t) Hr. GJR. Westphal im teutsch. Privatr. Thl. 1. S. 294.

Auf gleiche Art haben die Hägergüter ihre Hägergerichte; die Zeidler ihre Zeidelgerichte; die Laßgüter ihre Laetgerichte, Laetbänke, Hofgedinge; die Probstdingsgüter das Probstding, welches auf dem Kirchhofe oder in der Kirche gehalten wird; die Gülthöfe ihre Grundrechte und Grundrichter. Die Hüber, Hübner, Dinghofmayer haben ihre besondere Dinghöfe, wobey sie selbst unter dem Namen der Dinghofsleute Beysitzer sind, und der gutsherrliche Justizbeamte wird der Hofhuber genannt. Das Gericht wird bey dem Dinghofsmeyer gehalten, und die Urbarsleute erkennen seinen Gerichtszwang mittelst Abschwörung des Hubereides.

Die Hobs- Hof- Laten- Toes- Erb- Leibgewinns- und Behandigungsgüter, welche sämtlich von einerley Beschaffenheit sind [u]), und im Stift Essen, in Cleve, Moeurs, und in der Grafschaft Mark angetroffen werden, haben ihre eigene Laten- und Holzgerichte, unter dem Vorsitze des Hauptpächters, als Hof- und Latenrichters, und in Gegenwart der Erblaten als Gerichtsbeysitzer. Vor diesen Gerichten werden übrigens hauptsächlich die Behändigungen vorgenommen.

Zum Beschluß dieser praktischen Materie, will ich noch über die Verwaltung der Gerichtsbarkeit in den Städten in Teutschland, etwas bemerken [x]). In den ältesten Zeiten ließen die Teutschen Könige und Kaiser, die Gerichtsbarkeit in den Städten durch ihre Vögte ausüben; als aber die Städte durch Handel und Gewerbe reich und mächtig geworden waren, brachten sie die Gerichtsbarkeit durch erhaltene kaiserliche oder landesherrliche Ertheilungen an sich. Heuzutage ist der Umfang derselben nicht überall von gleicher Größe. Viele Städte haben die ganze Gerichtsbarkeit, nämlich die niedere und hohe oder den Blut-

u) v. Hymmens Beyträge zur juriſt. Litteratur in den Preuß. Staaten, Thl. 3. S. 389.

x) Strubens Nebenſt. Thl. 5. S. 457.

bann dessen Kennzeichen Stock und Galgen, so wie von jener in Niederteutschland der Roland, das Merkmal, ist. Nicht selten besitzen die Städte nur einen Theil der niedern Gerichtsbarkeit, oft haben sie die Gerichtsbarkeit blos in Markt- Wechsel- und Handelssachen, oder nur die Waisengerichte und Vormundschaftsämter y). Der Gerichtszwang der Städte erstreckt sich manchmal über die ganze Feldmark der Stadt, und sodann heißt er besonders in Niederteutschland das Weichbildrecht; manchmal geht er nicht über die Stadtmauern, welches hauptsächlich bey den so genannten Amtsässigen Städten der Fall ist. Die Kennzeichen des Weichbildrechts sind Kreuze, oder mit dem Stadtwappen versehene Grenzstöcke. Bisweilen ist der Rath berechtigt, die Gerichtsbarkeit auf seinen Dorfschaften auszuüben. — Diese kurze Ausführung des teutschen Gerichtswesens, wird unpartheyischen Rechtsgelehrten nicht unangenehm seyn, noch weniger werden sie die Sache für unnöthig erklären, da bey der Materie vom Gerichtsstande der streitenden Partheyen so viel darauf ankommt, wo ich hierher verwiesen werde.

§. 191.

Wie viel umfassend die Materie von der Gerichtsbarkeit seyn müsse, kann man schon daraus schließen, daß es so viele Arten derselben giebt, wodurch wichtige Eintheilungen nothwendig werden, damit keine Verwechselung der Grundsätze geschehen möge; die Rechtslehrer z) stimmen aber in der Ordnung, wie sie die Haupt- und Unterabtheilungen auf einander folgen lassen, nicht mit einander überein.

y) Hr. Prof. Fischer im Cameralrechte, Thl. 1. S. 590.

z) Herr HR. Claproth im ordentl. Proceß, Thl. 1. S. 62. Herr RR. Danz ebend. S. 32 Herr D. und Prof. Schmidt in der Theorie des ordentl. Processes, S. 12. Herr Prof. Lobethan von der Gerichtsbarkeit, S. 10. u. f.

ein. Ich glaube, diejenigen gehen den sichersten Weg, welche bey den Hauptabtheilungen 1) auf die Personen Rücksicht nehmen, welche die Gerichtsbarkeit haben; 2) auf die Sachen sehen, wo sie angewendet wird, und 3) auf die Grenzen aufmerksam sind, wie weit sich jede Art der Gerichtsbarkeit erstreckt. Sieht man auf die Personen, welche die Gerichtsbarkeit haben, so ist sie entweder die höchste, oder die unterworfene. Die Gerichtsbarkeit wird die höchste genennt, iurisdictio eminens s. sublimis, wenn sie der Regent selbst ausübt; da es aber unmöglich ist, daß er sie in seinem ganzen Staat überall selbst ausüben kann, so giebt er andern Personen das Recht, sie in seinem Namen, das heißt, an seiner Stelle auszuüben, und diese Art der Gerichtsbarkeit nennt man die subordinirte, oder die unterworfene, iurisdictio subordinata, weil allemal dabey vorausgesetzt wird, daß der Regent sie nicht anders, als mit der Bedingung überlassen habe, daß ihm die Oberaufsicht über die Verwaltung derselben zustehe. Diese unterworfene Gerichtsbarkeit zeigt sich in verschiednen Verhältnissen, und daher theilt man sie 1) in die ordentliche Gerichtsbarkeit ein, iurisdictio ordinaria, und in die außerordentliche, iurisdictio extraordinaria. Unter der erstern versteht man diejenige, welche gleich anfangs mit einem öffentlichen Amte verbunden worden; letztere hingegen ist eine solche, die Jemand wegen besonderer Umstände erhalten hat. Die subordinirte ist 2) entweder eine persönliche und verwaltende Gerichtsbarkeit, oder eine dingliche und Patrimonialgerichtsbarkeit. Wenn die Gerichtsbarkeit Jemandem blos für seine Person ertheilt worden ist, so heißt sie die persönliche oder verwaltende, iurisdictio personalis seu administratoria; wenn sie aber mit einer Sache oder einem Amte verbunden worden, so wird sie die dingliche oder Patrimonialgerichtsbarkeit, iurisdictio realis seu patrimonialis genennt.

Was die Eintheilungen der Gerichtsbarkeit anbetrifft, wobey auf die Sachen gesehen wird, bey denen sie ge-

braucht wird, so sind hauptsächlich folgende zu merken. In dieser Rücksicht ist sie nämlich 1) entweder eine zuständige, iurisdictio competens, oder eine prorogirte, iurisdictio prorogata, und erstere ist diejenige, welche der Richter über diejenigen Personen ausübt, welche der Regel nach, und vermöge der ursprünglichen Einrichtung seiner Gerichtsbarkeit unterworfen sind; letztere aber übt er nur in besondern Fällen über solche Personen aus, die er sonst nicht für seiner Gerichtsbarkeit unterworfen halten kann. Diese Art der Gerichtsbarkeit äußert sich in zwey unterschiednen Fällen, und davon rührt die Eintheilung her, in die freywillig prorogirte Gerichtsbarkeit, iurisdictio prorogata voluntaria, wenn Jemand freywillig, ohne es schuldig zu seyn, eine fremde Gerichtsbarkeit anerkennt; und die nothwendig prorogirte, iurisdictio prorogata necessaria, wenn sich Jemand wider seinen Willen einer fremden Gerichtsbarkeit, das heißt, einem solchen Richter, unter dessen Gerichtsbarkeit er sonst nicht steht, unterwerfen muß. Die Gerichtsbarkeit wird, 2) wenn man auf die Sachen sieht, wo sie angewendet wird, in die geistliche, weltliche und peinliche eingetheilt, und die weltliche ist wieder eine streitige, iurisdictio contentiosa, oder nicht streitige, sondern freywillige, iurisdictio voluntaria, desgleichen eine hohe iurisdictio superior s. alta, oder niedere Gerichtsbarkeit, iurisdictio inferior seu bassa.

In Rücksicht des Umfanges und der Grenzen, wie weit die Gerichtsbarkeit geht, kann sie entweder über eine ganze Gegend gehen, oder sie darf blos in Ansehung gewisser Sachen, Personen, oder an einem bestimmten Orte ausgeübt werden. Im ersten Falle wird die Gerichtsbarkeit eine allgemeine, iurisdictio vniuersalis, genennt, im zweyten aber die besondere, iurisdictio particularis. Unter diese Arten der Gerichtsbarkeit gehört die Bergwerks- Lehns- Forst- Salzwerksgerichtsbarkeit, die Zaun- Pfahl- Straßengerichte u. s. f. Alle diese verschiednen

schiednen Arten der Gerichtsbarkeit, werden in der Folge weitläuftig oder wenigstens kurz erläutert werden.

Nach Anleitung dieses Paragraphens ist die Eintheilung der Gerichtsbarkeit in die eigene, iurisdictio propria, und administratorische, iurisdictio administratoria, zu erklären. Wenn man nämlich auf das Recht sieht, wie Jemand die Gerichtsbarkeit bekommen hat, so kann sie ihm als ein eigenes Recht zuständig seyn, oder er darf sie nur deswegen ausüben, weil ihm der Regent ein öffentliches Amt verliehen hat, womit die Ausübung der Gerichtsbarkeit verbunden ist. Bey dieser letzten, oder der so genannten administratorischen Gerichtsbarkeit findet man heutiges Tages eben so wenig eine gleichförmige Einrichtung des Justizwesens in den teutschen Provinzen, als man solche in den ältern Zeiten bemerkt [a]). Nachdem die teutschen Reichsfürsten schon in der That die Landeshoheit ausübten, ob sie gleich den Namen noch nicht brauchten, gab es nicht auch schon immerwährende Gerichte, welche aus Personen bestanden, die beständig in der Absicht zusammen kamen, um die Gerichtsbarkeit auszuüben, wie dieses heut zu Tage der Fall ist. Der Regent bestellte blos gewisse Personen über ein Land oder einen Ort, welche die Einkünfte erheben und über Ordnung und Ruhe halten sollten, dabey aber mehrentheils auch bevollmächtigt waren, die Gerichtsbarkeit in der ersten Instanz auszuüben. Diese Männer wurden mehrentheils Vögte genennt. Daß aber nicht nur jeder Richter, sondern auch andere keine Gerichtsbarkeit habende Personen oft Voigte genannt worden, und daß die Gerichtsbarkeit nicht schlechterdings und in allen Fällen zugleich mit der Voigtey verbunden gewesen, hat der verstorbene Herr Vicecanzler Struben [b]) zu beweisen gesucht; welcher auch der Meynung ist, es lasse sich nicht darthun, daß alle Voig-

a) Struben von Regierungs- und Justizsachen, §. 3.
b) Strubens Nebenst. 1 Thl. 3 Abthl. 1 Cap. §. 6. u. f.

Voigteyen und Landgerichte, oder doch wenigstens der größte Theil derselben von den alten Centenen, die in Gauen abgetheilt waren, herrühren, und sich folglich nur über gewisse Dörfer erstreckt haben, welches einige Gelehrte c) behaupten wollen. Wenn der Voigt die angebrachten Beschwerden in Untersuchung ziehen wollte, so besetzte er das Gericht, das heißt, er ernannte eine gewisse Anzahl von den Bewohnern des unter ihm stehenden Districts zu Beysitzern des Gerichts, und mit diesen wurden unter seiner Direction die Streitigkeiten entschieden, und andere nöthige Angelegenheiten besorgt. Außerdem hielt auch der Voigt zu gewissen Zeiten, mit den dazu ernannten Schöppen öffentliche Gerichte, die man Landgerichte nannte, wo Jeder seine Klage anbringen konnte. Mit solchen Landgerichten dürfen aber die allgemeinen Landgerichte nicht verwechselt werden, deren es in jeder Provinz nur eins gab, das nur einigemal im Jahr, und allemal mit außerordentlichen Feyerlichkeiten gehalten wurde, wo der Landesherr, oder der ausdrücklich von ihm dazu ernannte Richter, auf einem in freyem Felde stehenden Richterstuhle sitzend, mit dem Gerichtsstabe in der Hand, und von beyden Seiten mit Schöppen umgeben, die Klagen und die Partheyen anhörte, mit den Schöppen die Sache untersuchte, und von ihnen das Urtheil sprechen ließ, welches er sodann bekannt machte d). Weil man diese großen Landgerichte unbequem fand, so zogen die Landesherren in der Folge die vor solchen bisher verhandelten Streitigkeiten an ihren Hof, und errichteten daselbst für diejenigen Personen, die unter den ordentlichen Landgerichten standen, oder auch in Sachen, welche von diesen an sie gekommen waren, eine besondere Instanz, die in der letztern

c) Entwurf einer gründlichen Nachricht von den ehemaligen landesherrlichen Voigteyen und Landgerichten.

d) Herr v. Hellfeld a. a. O. S. 112. flg. Koehler historia comitum Wolfsteinensium, p. 2.

tern Rücksicht als die zweyte Instanz betrachtet wurden. Hier untersuchten sie die Rechtsangelegenheiten mit Zuziehung ihres Canzlers, welcher damals der erste Schreiber war (S. 531); in wichtigen Dingen aber beriefen sie einige Stände an ihren Hof, und bestellten von solchen ein Gericht, wobey sie selbst den Vorsitz hatten. Die Untersuchung war kurz, und mit keinen Formalitäten verbunden; die Entscheidung der Sache aber geschahe nach den allgemeinen bekannten Landesgesetzen und Gebräuchen [e]). Nachdem die fremden Rechte in Teutschland die Oberhand erhalten, und durch mancherley Umstände, auch selbst dadurch, daß die Richter diese Gesetze nicht verstanden, folglich nach solchen falsch entschieden, oder weil diejenigen, welche sie verstanden, darnach, und nicht nach teutschen Gesetzen entschieden, dieses aber vielen, welche aus Interesse dawider eingenommen waren, mißfiel; die Rechtshändel, folglich auch die Beschwerden, die man an die Landesherren brachte, sich vermehrten, letztere aber hierdurch sich in eine üble Verlegenheit gebracht sahen, da ihre Canzler und Richter auch wenig von dem fremden Rechte verstanden, so sahe man sich genöthigt, eigene, heut zu Tage so genannte Justizcollegia anzuordnen, deren Beschäfftigung die Verwaltung der Gerichtsbarkeit war. Ueberdieses vermehrten sich auch die Staatsangelegenheiten so sehr, daß der Regent keine Zeit zur Untersuchung der Justizsachen hatte. Aus den unter der Direction der Vögte gehaltenen Landgerichten, sind eine große Anzahl unserer heutigen Aemter und Drosteyen entstanden [f]).

Was

e) Falckenstein. in Cod. diplom. antiqu. Nordgau. p. 129. Seckendorf in histor. lutheran. Lib. I. §. 75. L. 9. p. 177. Struben a. a. O. Wecks Beschreib. von Dresden, S. 173. Horns Leben Friedrichs, S. 274. Handbiblioth. von Sachsen, Thl. 6. S. 571.

f) Beyer in iure germ. Lib. I. c. 7. §. 41. Spener in iure publ. Lib. II. c. 10. §. 4. Struben von Regierungssachen, §. 3.

Was nun die Art und Weise anbetrifft, wie die heutigen Regenten die Justiz ausüben lassen, so geschieht solches entweder von mehrern, die ein Collegium ausmachen, wohin die Canzleyen, Hofgerichte, Appellationsgerichte, Regierungen, Oberamtsregierungen u. s. f. gehörten, oder von einzelnen Justizbeamten, die verschiedne Namen haben, z. B. Drosten, Amtshauptleute, Amtleute, Gerichtsschulzen, Grafen, und welche nebst den übrigen Personen, den Secretairen, Amtscommissairen, Actuarien, Amtsschreibern, Beysitzern, u. dgl. die Gerichtsbarkeit verwalten g). Bey den Regierungen muß man diejenigen unterscheiden, die mit den Justizsachen gar nichts zu thun haben, es müßte denn die Polizey dieses nothwendig machen. Andere beschäfftigen sich zwar damit, jedoch nur so lange, bis die Sache den gewöhnlichen ordentlichen processualischen Gang zu nehmen angefangen hat. Noch andere Regierungen sind ordentliche Justizcollegia, denen aber zugleich die Besorgung der Regierungssachen übertragen worden.

Bey der eigenen Gerichtsbarkeit kommt es vor allen Dingen auf den Unterschied an, ob sie dergestalt auf den Gütern haftet, daß sie mit solchen auf jeden Besitzer des Gutes übergeht, oder dieses geschieht nicht. Im ersten Fall wird die Gerichtsbarkeit eine Erbgerichtsbarkeit genennt, iurisdictio praediatoria, patrimonialis, realis; im zweyten Falle hingegen, heißt sie die eigene Gerichtsbarkeit in der engern Bedeutung, iurisdictio propria in specie. Manche Rechtslehrer nennen die eigene Gerichtsbarkeit die dingliche, realem, und die administratorische die persönliche; da aber a) bey dieser Benennung nicht darauf Rücksicht genommen wird, über welche Personen die Gerichtsbarkeit ausgeübt wird, und an sich ein Recht einer Gemeine deswegen, weil es einer Gemeine

g) Io. Paul Kress de iure officiorum et officialium, Helmst. 1732. Leyser Spec. 70. med. 2. 3.

meine zusteht, nicht schicklich ein dingliches genannt werden kann; b) auch zuweilen einer einzelnen Person für sich, iure proprio eine Gerichtsbarkeit zusteht, und diese dann ohne Zweifel eine persönliche ist, so hat wohl jene Benennung keine richtige Ursache; nur ist zu bemerken, wenn die iurisdictio propria der mandata entgegen gesetzt wird, daß alsdenn erstere etwas ganz anders anzeigt, und in einem andern Verstande gebraucht wird. Uebrigens ist es ganz unrichtig, da die Erbgerichtsbarkeit aus der obern und niedern Gerichtsbarkeit bestehen kann, daß gleichwohl selbst in manchen Gesetzen, die Erbgerichtsbarkeit der obern, und die Erbgerichte den Obergerichten entgegen gesetzt werden. So ist es auch wider die Natur der Sache, blos die Gerichtsbarkeit, die auf den Gütern des Adels haftet, eine Patrimonialgerichtsbarkeit zu nennen, wenigstens kann der Umstand, daß die Güter des Adels diese Art der Gerichtsbarkeit zeitiger gehabt haben, als die Güter anderer Personen, für keine gegründete Ursache dieser Benennung gehalten werden.

Es giebt verschiedne Arten der eigenen Gerichtsbarkeit in der engern Bedeutung, und dahin gehört z. B. die Gerichtsbarkeit der Universitäten, der landsäßigen Städte; die Zunftgerichtsbarkeit, wenn diese letztere gesetzmäßig hergebracht ist; die Gerichtsbarkeit der tolerirten Juden, wenn sie dieses große Vorrecht haben, (Thl. 1. S. 127); jede andere Gerichtsbarkeit, die einer andern Gemeine, oder einzelnen Personen, als ein eigenes Recht zusteht, dergestalt, daß sie nicht auf gewissen Gütern haften soll.

Nunmehr soll von der eigentlichen Beschaffenheit der so genannten Patrimonialgerichtsbarkeit h) das Wichtigste

h) Oppel D. de iurisd. patrimoniali, Vit. 1711. Io. Gottl. Heineccius de origine atque indole iurisd. patrimon. Hal. 1716. C. R. Graefe D. de praecip. et singularibus iuribus

tigste vorgetragen werden. Die erste hier vorkommende, aber sehr streitige Frage betrifft den Ursprung derselben. Hierbey muß man aber ja nicht etwa an den Ursprung derjenigen Gerichtsbarkeit denken, welche die alten Dynasten in Teutschland hatten, woraus in der Folge die Landeshoheit entstanden ist i), in welchen Fehler einige k) gefallen sind. Es ist hier die Frage von der Gerichtsbarkeit des niedern Adels und anderer Personen, welche die Gerichtsbarkeit als ein auf ihren Gütern haftendes Recht besitzen. Mehrere Rechtsgelehrte l) behaupten, daß diese Art der Gerichtsbarkeit aus der vormaligen herrschaftlichen Gewalt der alten Teutschen über ihre Leibeigene entstanden sey, indem solche in die Gerichtsbarkeit umgeschaffen worden, nachdem man das Justizwesen in Teutschland zu verbessern angefangen. Diese Behauptung erkären aber die mehresten heutigen Rechtsgelehrten m) für unrichtig. Hr. RR. Eich-

ribus iurisd. patrrim. Lipſ. 1730. de Lvdewig de praediatoria iurisd. Hal. 1742. Lochmann D. de iurisd. patrimon. Lipſ. 1766. Taddel D. de iurisd. patrim. Roſt. 1766.

i) Biener D. de iurisd. ord. et exemta, §. 13. p. 25.

k) Strvben de orig. nobil. auit. Lib. II. §. 4. Heineccivs in iure Germ. T. I. p. 387.

l) Thomas. Diſſ. de hom. propr. §. 86. Heineccivs in Diſſ. cit. §. 18. Gvndling ad Prota h. t. §. 26. p. 142. Pottgiesser de ſtatu ſeruor. Lib. II. c. 1. §. 33. Lib. V. c. 2. §. 16. Eſtors bürg. Rechtsg. Thl. 2. §. 4950. Beneckend. Oecon. for. Thl. 1. §. 85. Herr HR. Kunde im Privatrechte, §. 702.

m) Leyser Spec. 29. med. 4. de Lvdewig, Diſſ. cit. Diſſ. 5. Pvfendorf de iurisd. germ. P. II. Sect. III. c. 1. §. 225. de Lvdolf Obſ. for. Obſ. 108. p. 295. ab Engelbrecht Obſ. Spec. 1. Obſ. 43. p. 195. Kress D. de variis iurisd. crim. gen. c. 2. Obſ. 5. §. 6. de Boehmer in elem. iur. crim. Sect. 1. §. 58. et ad C. C. Art. 2. §. 2. Eisenhart in iure germ. Lib. 4. tit. 1. §. 6. de Selchow in iur. germ §. 290. Püttmann in iure feudali, §. 728. Herr v. Buri im Lehnrechte, 4te Fortſ. S. 35. Jargow von Regal. S. 234. Herr HR. Meiſter im peinl. Proceß, S. 459. Herr v. Quiſtorp im peinl. Rechte, Thl. 2. §. 563. Herr HR. Schnau-

Eichmann schreibt: Freylich kann es seyn, daß zuweilen jene herrschaftliche Gewalt einen oder den andern teutschen Fürsten veranlaßt hat, diesem oder jenem Gutsbesitzer die Gerichtsbarkeit zu ertheilen; hieraus folgt aber gar nicht, daß alle heutige Patrimonialgerichtsbarkeit sich auf die ehemalige herrschaftliche Gewalt gründe, und besondere Gerechtigkeiten damit verbunden sind. Die Gründe gegen diese Meynung sind nun folgende, und zwar a) gehört der Umstand hierher: da nicht bewiesen werden kann, daß ehedem in ganz Teutschland nur leibeigene Bauern gewesen, sondern es dergleichen blos in den Ländern gegeben, welche von den Besitzern der Slaven beherrscht wurden, wie im 2ten Theile dieses Commentars, S. 291 gezeigt worden, so folge, daß nur in diesem Ländern sich allenfalls ein solcher Ursprung der Patrimonialgerichtsbarkeit denken ließe, die aber von jener gar unterschieden ist n), indem b) die Bauern in gar keinem solchen Verhältnisse mit dem Gutsherrn standen, daß letzterm eine Art von herrschaftlicher Gewalt ertheilt worden ist, und beygelegt werden kann, wie man daraus sieht, was im 2ten Theile dieses Commentars S. 291 ausgeführt worden. c) Finden wir in denjenigen Gegenden, wo man blos Bauern und keine Leibeigene gehabt hat, eben so zeitige Beweise einer Patrimonialgerichtsbarkeit, als in denjenigen Provinzen, wo dergleichen gewesen sind, wenigstens kann dieses so lange für richtig angenommen werden, bis das Gegentheil dargethan ist. d) Findet man, wie die Urkunden zeigen, in verschiedenen Ländern, wo die Leibeigenschaft eingeführt war, adeliche Gutsbesitzer, die keine Patrimonialgerichtsbarkeit haben. e) Besitzen die adelichen sowohl als übrigen Gutsbesitzer, die Ge-

Schnaubert im Staatsrechte der ges Reichslande, §. 322. Herr Prof. Lobethan von der Gerichtsb. 1. Thl. 2. Abschn. 1. Hptstck. §. 6. Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 4. S. 364. Herr HR. Glück a. a. O. Thl. 3. S. 70.

n) Hr. Prof. Lobethan von der Gerichtsb. S. 53.

Gerichtsbarkeit bey ihren Gütern meistentheils als Vasallen, welches nicht der Fall seyn würde, wenn sie solche schon, vermöge ihrer ehemaligen herrschaftlichen Gewalt gehabt hätten; denn wozu bedurfte es jetzt der Belehnung damit? Wollte man dagegen anführen, daß die Entlassung aus der Leibeigenschaft, und die Abschaffung der herrschaftlichen Gewalt dazu Anlaß gegeben, so beweißt dieses doch immer noch die Sache nicht; denn das, was zuweilen Veranlassung war, um die Belehnung mit der Gerichtsbarkeit nachzusuchen, kann doch gewiß nicht für die Quelle und den Ursprung der Gerichtsbarkeit gehalten werden. Man findet z. B. in der Herzoglich-Mecklenburgischen Erklärung auf die Beschwerden der Stände folgende Stelle o): Es erklären sich Ihro Durchlaucht gnädigst, daß sie die Ritter- und Landschaft bey der ihnen cum feudo und übrigen Gütern vormals verliehenen Jurisdiction, und deren Instanz, durch die Beamten oder Andere beeinträchtigen zu lassen nicht gemeynet, solchergestalt Ihro Fürstl. Durchlaucht einem Jedweden seine Jurisdiction, um die Sache zuerst zu verhören und zu entscheiden, gnädigst lassen. f) Gaben mehrere Landesherren bey Gelegenheit der Landtagsbeschwerden, und selbst in Landesgesetzen zu erkennen, daß die Ritter und die Landschaft ihre Patrimonialgerichtsbarkeit durch Concession erlangt hätten. g) Beweißt die Geschicht, daß den alten Teutschen die Patrimonialgerichtsbarkeit ganz unbekannt gewesen, und daß, nachdem die Landeshoheit in Teutschland eingeführt worden, die Landesherren die Gerichtsbarkeit selbst persönlich, oder durch ihre Diener haben verwalten lassen. Aus Urkunden des 13 und 14 Jahrhunderts sieht man deutlich, daß die vom niedern Adel, welche man aus verschiednen Gründen selbst noch damals, da auch wegen der Hofdienste Güter als Lehn vergeben wurden, lieber zu Vasallen hatte, als andere Freygebohrne, aus dem ihnen eigenen bekannten Bestreben,

o) Tarnov de feud. Meckl. P. II. p. 221.

ben, eine Aehnlichkeit mit den zu Grafen, Fürsten und Herzogen erhobenen Dynasten zu haben, sich bemüht haben, zu ihren Gütern die Gerichtsbarkeit zu bringen, oder auch andere Güter, worauf solche schon hastete, an sich zu bringen p). So heißt es beym Menken, daß einem von Gleichen im Jahr 1264. iudicium in villis Tutelstett, Zimmern, Benistet und Hebech, welches ihm genommen worden, wieder sey restituirt worden. So kommt in Wilkens Ticemannus eine Urkunde vom J. 1302 vor, worin Theodorich erklärt: quod Sifridum militem, fidelem nostrum, quem speciali gratia et singulari fauore prosequimur, propter fidelia obsequia, quae in ipso comperimus, beneficio respeximus singulari, homines et rusticos ipsius in villa — ab omni *iurisdictione* nostra, quam in ipsos habuimus omnimodis, absoluendo volumus et concedimus, vt ab omni precaria seu exactione, quae in ipsos posset fieri semper liberi maneant et soluti, adiicientes, quod ab omnibus officiatis et officialibus nostris et ab ipsorum praeconibus et ab omnibus vexationibus sint exemti. So verkauften im Jahr 1351. die Grafen von Habsburg, ihrem Diener Johann von Bosvile die Gerichte zu Utendel, und behielten sich nur vor, die Todtschläge zu richten, andere Fälle nicht zu gedenken, die in den angeführten Schriften stehen. Von ganz Bayern schreibt der Hr. v. Kraitmair: Nachdem die Landstände im Jahr 1311 mittelst der Handfest Herzogs Otrons, die Niedergerichtsbarkeit erhielten, so blieben jenem nichts mehr zu bestrafen übrig, als Diebstahl, Todtschlag und Nothzwang. Der Geldmangel, die schlechte Wirthschaft,

p) MENCKEN. Script. rer. germ. T. I. p. 535. WILCKII Ticemannus, n. 124. doc. HERRGOT. Geneal. Habsb. Vol. II. p. 685. de LVDEWIG Reliqu Manuscr. p. 112. SCHÖTTGEN Diplom. T. II. p. 301. ADELSREITER Annal. Boicae, P. V. Lib. 25. c. 24. de KREITMAYER ad Cod. Bavar. crim. p. 5. sq. KRESS l. c. p. 56. LEXER Spec. 29. med. 4.

und der Wunsch, die Einkünfte zu vergrößern, auf Seiten der Landesherren, das Anerbieten beträchtlicher Geldsummen bey dem damaligen Geldmangel, die Berufung auf die dem Lande und dem Regenten geleisteten Dienste, das Vorgeben, daß die Leibeigenen und Bauern durch die richterliche Gewalt zu besserer Erfüllung ihrer Schuldigkeiten veranlaßt werden könnten, verbunden mit den Beschwerden über die landesherrlichen Beamten, von Seiten des Adels, waren die wichtigsten Ursachen, der Bemühung um die Gerichtsbarkeit einen glücklichen Erfolg zu verschaffen q). Eben dieser angeführte Geldmangel verschaffte besonders den Städten die Gerichtsbarkeit, da diese durch den Handel reich geworden waren, und an welche die Fürsten die Gerichtsbarkeit mit dem Vorbehalt des Wiedereinlösungsrechts versetzten.

Diese Patrimonialgerichtsbarkeit der Güter war theils die niedere, theils die obere; irrig aber ist es, daß erst im 15ten Jahrhunderte, besonders in Sachsen, den Gutsbesitzern die peinliche Gerichtsbarkeit sey concedirt worden, indem wir schon früher, auch in Sachsen, jedoch freylich selten, dergleichen Belehnungen mit der Obergerichtsbarkeit finden r). Daher steht z. B. in einem Diplom vom J. 1258. quicquid habet Hundorp cum omni iustitia *alta* et bassa transfertur, und in einer andern Urkunde wird gesagt: omnia iudicia *alta* et inferiora, parua et maxima s). So hat Lochmann aus Urkunden bewiesen, daß im Jahr 1398 das Dorf Steinsdorf mit allen Zubehörungen, Gerichten, obersten und niedersten, einem von Wilcknitz überlassen worden sey, ingleichen daß Ernst

q) Kress Diss. cit. c. 2. obs. 5. §. 6. Leyser Spec. 29. med. 4. Biener Diss. cit. de iurisd. § 13. Lochmann Diss. cit. §. 4. Meister a. a. O. S. 420 flg.

r) Herr HR. Meister a. a. O. S. 422. Weck's Beschreib. von Dresden, S. 438. Lochmann Diss. cit. §. 9. p. 27.

s) Miraei Cod. dipl. Belg. p. 108.

Ernst und Albert im Jahr 1490 einen Leipziger Bürger, Namens Bruser, mit der Gerichtsbarkeit über Hals und Hand, in den Dörfern alten Mockau und Plesen belehnt habe. So lange es übrigens gewöhnlich war, nur dem Adel Güter zu Lehn zu geben, so lange erhielten auch nur diese die Patrimonialgerichtsbarkeit; daher findet man vor dem 15. Jahrhunderte keine Spuren davon, daß ein anderer Freygebohrner solche bekommen habe; sondern erst nach dieser Zeit, wo sie auch für Lehensfähig gehalten wurden t). Rothe erzählt einen Streit, der bey einer solchen Gelegenheit entstanden sey, in folgenden Worten: Alß man schrieb nach Christus Gebort tausent dreyhundert unde IX Jar, da hub sich ein großer Zweytracht zeuschen Lantgrafin Frederiche zcu Doringen — unde den Borgern zcu Erforte darumme daz dy von Efforte vele Dorf unde Gerichte, unde Vogetyn yn den Dorffern umme sich gekauft haben — — Do sprachen dy Grafin unde dy erbare Luthe in dem Lande czu Doringen: Ez gehorte keynen Borgern yme rechtin, daz sy Lehinguthe, dy Rittern unde Knechtin gemacht werin, unde darmede uz gesagt, daz sy dy Besitzein noch haltinn soldin. Eben dieses wird auch noch mehr erzählt x). Es läßt sich also wohl nicht widerlegen, daß derjenige, welcher eine Patrimonialgerichtsbarkeit behauptet, sich auf eine landesherrliche Ertheilung, oder auf einen unerdenklichen Besitz gründen müsse, folglich auch die bürgerliche Oberherrschaft die Quelle der Gerichtsbarkeit sey. Beyde Titel justificiren die Erwerbung der Gerichtsbarkeit, es sey die Gerichtsbarkeit durch Belehnung ertheilt worden, oder auf andere Weise y).

Hr. HR. Glück führt den Inhalt des angeführten streitigen Satzes auf folgende Art aus, und schreibt: In

t) Rothe in der Thüring. Chronik, in MENKEN. Scr. R. G. T. II. p. 1773.

x) Chronic. Sampret. Erfurt. in MENCKEN T. III. p. 320.

y) Ioh. Steph. PÜTTER D. de iurisd. in feuda imperii, Gött. 1767.

Ansehung des Rechts, mit welchem die Gerichtsbarkeit zustehen kann, theilt man dieselbe in die persönliche (personalis s. administratoria) und in die dingliche oder eigene Gerichtsbarkeit (realis s. propria iurisdictio) ein, je nachdem sie entweder vermöge eines vom Landesherrn verliehenenen öffentlichen Amtes ausgeübt wird, oder als eigenes Recht zuständig ist. Die persönliche Gerichtsbarkeit wird entweder von mehrern, die ein Collegium ausmachen, z. B. Canzleyen, Hofgerichten, Regierungen, oder von einzelnen Justizbeamten ausgeübt, daher die Amtsgerichte entstehen. Die dingliche Gerichtsbarkeit hingegen ist wieder von zweyerley Art, entweder die eigentlich sogenannte dingliche Gerichtsbarkeit, iurisdictio realis in specie talis, welche entweder einer moralischen Person d. i. einer ganzen Gemeinheit, z. B. einer Akademie, einem Domcapitel, einer Stadt oder Zunft zusteht, oder einer einzelnen Person als ein eigenthümliches Recht verliehen worden ist, man denke hierbey an die häufigen Gerichtslehen, welche zuweilen auch ohne den Besitz eines gewissen Grundstücks gegeben werden, wovon Hr. Prof. Klüber in seiner Geschichte der Gerichtslehen viele Beyspiele gesammelt hat, oder die erb- und eigenthümliche Gerichtsbarkeit (iurisdictio patrimonialis s. praediatoria, die Gutsgerichtsbarkeit), welche einem Gute als eine Pertinenz anklebt, und mit demselben auf jeden Gutsbesitzer übergeht. Letztere hat insgemein der niedere Adel auf seinen Gütern; doch können auch zuweilen andere Gutsbesitzer eine Patrimonialgerichtsbarkeit erworben haben. Im römischen Rechte ist dieselbe nicht gegründet, wenn gleich Molinäus, aus einer unrichtig verstandenen Novelle des Kaisers Justinian, dieses zu beweisen gesucht hat, welcher von andern z) gründlich widerlegt worden.

z) Molinaei consu. Paris. §. 2. gl. 4. n. 9. Charle Loyseau de Seigneuries chap. 10. n. 47, Herald. rer. quot. Lib. I. c. 7. n. 2.

den. Er beruft sich auf die Nou. 80. c. 2. aber die Worte: qui a nobis sunt iudicis constituti, sind nicht, wie Molinäus irrig dafür hält, auf die vorhergehenden agricolarum domini zu ziehen, sondern sie gehen auf die vom Justinian bestellten Richter, vor welchen die Processe zwischen den Gutsherrschaften und ihren Bauern summarisch und ohne Aufenthalt verhandelt werden sollten, wie man aus der richtigern Hombergischen Uebersetzung dieser Novelle deutlich sieht [a]). Diese Gerichtsbarkeit ist unstreitig teutschen Ursprungs; daher kann das römische Recht, in so fern dieses, die bey den Römern allein üblich gewesene persönliche Gerichtsbarkeit voraussetzt, auf dieselbe schlechterdings nicht angewendet werden. Allein so gewiß dieses ist, so wenig kommen die Rechtsgelehrten darin mit einander überein, aus was für einer Quelle dieselbe herzuleiten sey. Sehr viele [b]) behaupten, daß diese Art der Gerichtsbarkeit eine Reliquie der ehemaligen Leibeigenschaft sey; denn die herrschaftliche Gewalt, welche den adelichen Gutsbesitzern über ihre Leibeigenen zugestanden, habe ihnen in den Zeiten, wo Selbsthülfe in Teutschland erlaubt und unentbehrlich war, die Befugniß gegeben, sich selbst durch Strafen und Zwangsmittel zu dem zu verhelfen, was sie von ihren Bauern zu fordern hatten. Diese ehemalige Gewalt sey nach dem in Teutschland verbesserten Gerichtswesen, in eine förmliche Gerichtsbarkeit verwandelt worden, welche den Namen Patrimonialgerichtsbarkeit daher erhalten, weil sie ein zum Patrimonium gehöriges veräußerliches Recht ist. Allein eben so Viele, wo nicht noch Mehrere [c]) verwerfen jene Meynung gänzlich, und wollen vielmehr den Grund der Patrimonialgerichtsbarkeit in ausdrücklichen oder stillschweigenden Concessionen der Regenten setzen; und

a) de Ludewig D. de iurisd. praed. nobil. ad Nov. 21. et 80. Hal. 1742. Differ. 3.
b) Heinecc. §. 544 not. l.
c) de Ludewig Diss. de praed. §. 544. not. m.

dieser ihre Behauptung scheint allerdings gegründet zu seyn. Denn die herrschaftliche Gewalt gab den adelichen Gutsbesitzern blos das Recht zum Dienstzwange, dieser aber ist von der Patrimonialgerichtsbarkeit ganz verschieden. Es ist auch nicht erweißlich, daß die Edelleute und andere Gutsherren, vermöge ihrer herrschaftlichen Gewalt das Recht gehabt hätten, ihre Bauern vor sich, als ihre Richter, zu laden, und ihre unter einander oder mit Fremden habenden Streitigkeiten wider ihren Willen zu entscheiden. Sie mußten vielmehr die Untersuchung und Entscheidung derselben der ordentlichen Obrigkeit überlassen; daher man noch heutiges Tages in verschiednen Ländern, wo noch Leibeigenschaft herrscht, ordentliche Gutsbesitzer antrifft, welchen keine Patrimonialgerichtsbarkeit zustehet, wie auch diejenigen nicht läugnen können, die die entgegen gesetzte Meynung vertheidigen [d]). Dahingegen finden wir in denjenigen Ländern, wo man keine leibeigenen Bauern gehabt hat, eben so frühe Spuren einer Erbgerichtsbarkeit. Es ist daher mehr glaublich, was der sel. Canzler v. Ludewig [e]) behauptet hat, daß die teutschen Landesherrn dem niedern Adel zur Vergeltung des von demselben übernommenen Lehnsnexus, die Patrimonialgerichtsbarkeit verliehen haben, um andere zugleich dadurch anzulocken, ihnen ihre freyen Allodien zu Lehen aufzutragen. Hieraus läßt sich wenigstens erklären, warum die Patrimonialgerichtsbarkeit den Adelichen bey ihren Gütern, und mit denselben meistentheils als ein Lehen zusteht, bey den Allodialgütern derselben aber nur sehr selten angetroffen wird. Ueberdieses kann man dafür anführen: wenn alle adeliche Gutsbesitzer, die Gerichtsbarkeit vermöge ihrer herrschaftlichen Gewalt über ihre Leibeigene gehabt hätten, wozu wäre es denn nöthig gewesen, in den Provinzen mit nicht geringen Kosten Gaugrafen und Landrichter zu erhalten? Mit dem Ursprunge der adelichen Gerichte kamen in

d) Pottgieser l. c. Lib. II. c. 1. §. 36.

e) de Ludewig Diss. cit. diss. 5. et in Praef. ad ius client.

in der Folge die sogenannten Landgerichte ab [f]). Wie hätte der Verfasser des Allemannischen Landrechts [g]) schreiben können: Niemand mag gesprechen, daß ein Gericht sein aigen sey? ein Beweiß, daß die Patrimonialgerichtsbarkeit eine Erscheinung neuerer Zeiten seyn müsse. Denn in den Urkunden des 10. und 11. Jahrhunderts, finden sich noch keine sichere Spuren von derselben; ob sie aber noch vor dem 13 Jahrhunderte aufgekommen sey, ist streitig. Lochmann [h]) bemüht sich, solches zu erweisen; allein die Urkunden, die er anführt, gedenken der Erbgerichte nicht ausdrücklich, jedoch nehme ich diejenige aus, welche er vom J. 1187 anführt, wo Bischoff Hartwich von Bremen in einer Stiftsurkunde sagt: donamus eis etiam Horst et Sture cum banno, decimis, et *omni iurisdictione* [i]). Es beweißt aber auch diese unsern Satz, daß der Ursprung der Patrimonialgerichtsbarkeit aus landesherrlicher Concession herzuleiten sey. Eine Menge Urkunden des dreyzehnten Jahrhunderts läßt uns noch weniger hieran zweifeln [k]). Diese beweisen zugleich, daß vor geschehener Concession, die Landesherren entweder selbst, oder durch ihre Beamten die Gerichtsbarkeit über die Bauern und Leibeigenen der adelichen Gutsherrschaften haben verwalten lassen [l]). Ich übergehe andere Gründe, und bemerke nur noch, daß die so sehr bestrittene Frage, ob im Zweifel die Vermuthung für den Edelmann streite, daß ihm die Gerichtsbarkeit über seine Bauern zustehe, aus

f) Entwurf einer gründl. Nachricht von den ehemaligen Landgerichten in Teutschland.

g) Ius prou. Alemann. c. 9 p. 147. ed. Berg.

h) Lochmann Diss. cit. §. 6.

i) Mencken Script. R. G T. I. p. 589.

k) Hr. RR. Eichmann a. a. O. S. 367. not. a.

l) Eine sehr merkwürdige Urkunde vom Jahr 1302 aus Wilkens Licemanno l. vita Theodorici n. 126. führt Hr. Assessor Biener an in Diss. de iurisd. ordin. et exemta c. 2. §. 13. in fine.

jenen Prämissen lediglich zu entscheiden sey. Sie wird von allen denjenigen bejahend beantwortet, welche die Patrimonialgerichtsbarkeit für eine Folge der ehemaligen Leibeigenschaft halten [m]); von denjenigen aber für den Landesherrn entschieden, welche über den Ursprung der Erbgerichte mit uns einerley Meynung sind [n]). Es muß daher billig der Edelmann, welcher sonst keine Vermuthung für die Befugniß seiner Gerichtsbarkeit anzuführen weiß, als daß die Bauern, über die er sich solche anmaßt, nach seinem Hofe oder Gute frohnen, oder Zinß entrichten, beweisen, daß ihm die Gerichtsbarkeit entweder von dem Landesherrn verliehen worden sey, oder daß er solche durch rechtmäßige Verjährung bey seinem Gute hergebracht habe. Man sagt zwar insgemein, wer das Rauchhuhn und den Hofedienst hat, sey für den Gerichtsherrn zu halten [o]); allein diese Meynung ist längst, bestritten worden [p]). Es ist merkwürdig, daß Heineccius in der oft angeführten Abhandlung §. 21. seiner entgegengesetzten Meynung vom Ursprunge der Patrimonialgerichtsbarkeit ungeachtet, doch mit den angeführten Grundsätzen übereinstimmt. Die Art, wie er diese Folge mit seinem Grundsatze in Verbindung bringt, ist folgende: Cum iurisdictio, sagt er, *conniuentibus principibus* ex potestate in rusticos dominica nata sit, atque adeo nulla pro *nobilibus* militet praesumtio, quod iis concessa sit iurisdictio, merito sibi princeps titulum edi postulat, nec sufficit adeo, quae alias sufficere aliquamdiu solet, nuda possessio. Allein wer fühlt das Gezwungene dieser Vorstellungsart nicht? Uebrigens kann die Meynung

m) Pottgiesser l. c. §. 47. p. 139. Heinecc. Elem. iur. germ. Lib. III. tit. I. §. 52—60.

n) von Bori, Erl. des Lehnr. S. 39. v. Selchow Elem. iur. germ. §. 290.

o) von Hymmens Beytr. 1. Samml. S. 215. Pottgiesser a. a. O. §. 44.

p) Grundmann in der Adelshist. Kap. 1. not. 1. S. 17.

nung einiger Rechtsgelehrten q), als ob die Patrimonialgerichtsbarkeit gewöhnlich mit den Lehngütern verbunden sey, den Vasallen, so fern derselbe vom Landesherrn in Anspruch genommen wird, von der Edition seines Titels nicht befreyen, wenn ihm nicht etwa, wie in Mecklenburg und Pommern, die Observanz zu statten kommt r).

§. 192.

Wir wissen, was für Grundsätze vom Ursprung der Patrimonialgerichtsbarkeit in den Schriften der berühmtesten Rechtsgelehrten enthalten sind; nunmehr muß auch über die Beschaffenheit und die Natur dieses Rechts das Wichtigste bemerkt werden. Sie ist ein Eigenthumsrecht desjenigen, dem solche zusteht, und hieraus folgt, daß sie mit dem Eigenthumsrechte des Grundstücks, worauf sie haftet, auf jeden Besitzer desselben übergeht, er mag für seine Person so beschaffen seyn oder nicht, wie die Gesetze Personen, die das Richteramt verwalten wollen, beschreiben. Es geht daher an, daß Frauenspersonen, Minderjährige, Taube, Stumme, Blinde, Blödsinnige, und andere fehlerhafte Personen, das Eigenthum der Patrimonialgerichtsbarkeit erwerben, wenn sie das Gut bekommen, worauf solche haftet s); ja es wollen verschiedne Rechtslehrer einer Gerichtsherrin sogar das Recht beylegen, ihre habende Gerichtsbarkeit selbst zu administriren, wenn sie die nöthigen Kenntnisse besitzt t); welcher Fall aber wohl nicht eintreten wird.

q) Beyer Delineat. iur. germ. Lib. I. c. 4. §. 13. Wernher lect. comment. h. t. §. 32.

r) Mevius Dec. P. II. Dec. 314. n. 4. Tornov de feud. Mecklenb. Sect. II. c. 5. §. 5. Taddel D. de iurisd. patrim. sec. iura Mecklenb. Rost. 1765. §. 5. 7. 13.

s) Io. Hen. Grams Exerc. de foemina iurisd. patrim. habente, Alt. 1706. Lochmann Diss. de iurisd. patr. §. 7. p. 22.

t) de Ludewig Diss. cit. diss. 10 Grams Diss. cit. §. 3. ibique citati DD. Pavermeister D. de iurisd. Lib. II. c. 9. n. 10.

wird. Es steht in dem freyen Willen des Gerichtsherrn, ob er die Gerichtsbarkeit selbst ausüben will, da er die nöthige Rechtskenntniß dazu besitzt, oder ob er solche durch andere verwalten lassen will x). Einige Zeit hielten es viele vom Adel für eine Ehre, ihre habende Gerichtsbarkeit selbst zu administriren. Nach der Zeit kamen aber andere Grundsätze auf, nach denen es für unanständig gehalten wurde; daher dieses Vorurtheil in der Gerichtsordnung Carls V. gemißbilligt wird. Uebrigens streiten für die Befugniß des Gerichtsherrn, die habende Gerichtsbarkeit durch einen Gerichtsverwalter zu administriren, folgende Gründe, und zwar a) haben sie deswegen das Recht, weil sie für dasjenige, was von dem Gerichtshalter, als ihrem Bevollmächtigten gethan wird, stehen, und seine Handlungen vertreten müssen y). Da b) Jeder der Regel nach sein Recht, wenn die Gesetze es nicht verbiethen, durch Andere ausüben lassen kann, diese Befugniß aber hier nicht fehlt, so muß es auch dem Gerichtsherrn erlaubt seyn, zur Verwaltung der Gerichtsbarkeit einen Gerichtsverwalter zu bestellen. c) Ist auf die Einschränkung des römischen Rechts in Ansehung der Delegation der Gerichtsbarkeit hier keine Rücksicht zu nehmen, da die Beschaffenheit der Patrimonialgerichtsbarkeit jene Grundsätze unanwendbar macht. So bald der Eigenthümer dieser Gerichtsbarkeit die erforderliche Rechtskenntniß nicht hat, ist er schlechterdings schuldig, Jemanden zu bestellen, der für ihn die Gerichtsbarkeit ausübt z), da es die Natur der Gerichtsbarkeit mit sich bringt, daß der Richter die Eigenschaft habe, die von jedem Richter in den

x) Gottfr. BARTH D. de iurisd. quam Illustres et Nobiles per officiales exercere solent, Lips. 1698. et in *Eius* Diss. p. 463. Chr. SPECHT D. de praefectis nobilium iudiciis, Viteb. 1737. BROCKES Obs. 362. Nettelblatts pract. Rechtsg. §. 41.

y) BARTH Diss. cit. §. 9. GRAMS Diss. cit. §. 20.

z) ENGAU in Decis. P. I. Dec. 206 p. 213. BARTH Diss. in prax. Cent. II. diss. 224. de BOEHMER ad Art. 2. C. C. §. 1.

den Gesetzen gefordert werden. Was nach der Gerichtsordnung Carls V. Art. 2. von der Ausübung der peinlichen Gerichtsbarkeit verordnet worden, ist auch auf die bürgerliche anwendbar.

Was die Bestellung des Gerichtsverwalters anbetrifft, so steht es bey dem Patrimonialgerichtsherrn, auch ohne Vorwissen seines Oberrichters, denselben entweder überhaupt, oder nur zu bestimmten Fällen anzunehmen, es müßten denn die Landesgesetze diese Freyheit abgeschafft haben [a]). Wenn der Gerichtsverwalter die peinliche Gerichtsbarkeit ausüben soll, so ist in der Gerichtsordnung Carls V. Art. 2. befohlen, daß die Ernennung desselben nicht anders als mit Wissen und Bewilligung des Oberrichters geschehen dürfe, indem es daselbst heißt: soll der oder dieselbe gegen andere tügliche Personen zu Besitzung des peinlichen Gerichts an ihrer Statt ordnen und bestellen, mit Wissen und Willen dessen Oberrichters. Diese Verordnung erklären viele Rechtslehrer [b]) deswegen für ungültig, weil, vermöge einer Observanz etwas anders hergebracht sey. Befehlen die Landesgesetze nichts anders, so braucht der Gerichtsherr seinen neuen Gerichtsverwalter, dem Oberrichter weder zum Examen, noch zur Bestätigung zu präsentiren; er muß sich aber in diesem Falle gefallen lassen, daß ihm eine bessere Wahl anbefohlen wird, wenn der Gerichtsverwalter wegen seiner Unwissenheit schlechte Handlungen vorgenommen hat; und sind die Mißbräuche zu groß, so verliert er zur Strafe die Gerichtsbarkeit [c]). An sich ist es auch nicht nöthig, daß ein solcher Gerichts-

a) ENGELBRECHT Obs. 34. de SELCHOW in iure germ §. 191. Hr. HR. Runde im Privatr. §. 706. S. 596. Hr. Prof. Lobethan von der Gerichtsbarkeit, 1 Thl. 2. Abschn. §. 7.

b) STRYCK in vsu mod. Lib. I. tit. 21. §. 5. BRVNNEMANN in Proc. inquis. ic. 3. n. 51. BOEHMER ad C. C. Art. 2. §. 1.

c) Illustr. GREEN Progr. de obligat. domini iurisd. ad praestanda facta actuarii. BARTH Diss. cit. §. 9. Herr HR. Glück, Thl. 3. S. 247.

Gerichtshalter zugleich Landesadvocat sey, oder im Lande wohne; sehr oft befehlen es aber die Landesgesetze. Sind nun in einem Lande solche Gesetze vorhanden, so pflegt man gegen dieses Land in andern Ländern, wo man dergleichen Gesetze nicht hat, die Retorsion auszuüben, wozu man nicht nur befugt ist, schreibt Hr. RR. Eichmann [d]), sondern dessen Gebrauch auch viele Gründe anrathen, besonders wenn man auf an einander grenzende Länder sieht, in welchen oft darüber, wie weit die diesseitige und jenseitige Gerichtsbarkeit gehet, Streit entsteht. Auch kann in einem solchen Falle der Gerichtsherr, der sonst nach der Landesverfassung zum Gerichtsverwalter annehmen kann, wen er will, sich über eine Einschränkung seiner Wahlfreyheit nicht beschweren; denn niemals kann er sich derselben so bedienen, daß ein Nachtheil für den Staat daraus entstehen muß. Daher ist überhaupt der Landesherr befugt, auch außer dem Retorsionsfalle, jener Wahlfreyheit eine solche gesetzliche Bestimmung zu geben, nach welcher lediglich Rechtsgelehrte und Advocaten, die sich im Lande befinden, zu Gerichtshaltern bestellt werden können.

Die wirkliche Uebernahme der Gerichtsverwalterstelle geschieht auf folgende Art [e]). Wenn vom Gerichtsherrn ein neuer Gerichtsdirector ernannt worden, oder es ist mit der Person des zeitherigen Gerichtsherrn eine Veränderung vorgegangen, weil er gestorben, oder das Gut verkauft hat, so werden alle Gerichtsunterthanen vorgeladen, in Person, oder wenn ihre Anzahl zu groß ist, durch ihre Vorsteher zu erscheinen. In ihrer Gegenwart wird sodann der neue Gerichtsverwalter, entweder durch den Gerichtsherrn selbst, oder durch einen dazu requirirten Notarius mit Zuziehung seiner Zeugen, mit dem gewöhnlichen Eyde belegt, und die Gerichtsunterthanen werden zum Gehorsam gegen ihn ange-

d) Herr RR. Eichmann a. a. O. S. 376.

e) Herr Canzley von Trützschler in der Anweis. zur Abfass. rechtl. Aufs. Thl. 1. S. 204 der 3ten Ausgabe.

angewiesen, welchen sie durch den Handschlag angelobet müssen. Der Notarius führt über die geschehene Verpflichtung ein Protokoll, und fertigt sodann das gewöhnliche Instrument darüber aus. Wenn die Landesgesetze die Gegenwart der Gerichtsverwandten bey der Verpflichtung des Gerichtsverwalters nicht ausdrücklich verlangen, so kann sie ohne Beyseyn derselben geschehen [f]). Nach der Churfächs. Erl. Proc. Ord. ad Tit. II. §. 3. soll die Verpflichtung in Gegenwart der Gerichtsunterthanen geschehen, jedoch wird es für hinlänglich gehalten, wenn nur einige davon zugegen gewesen. Sollte ein auswärtiger Rechtsgelehrter oder Advokat zum Gerichtsverwalter angenommen worden seyn, und er hat den Unterthaneneyd oder die Dienerpflicht noch nicht geleistet, so muß er von dem Oberrichter in Pflicht genommen werden [g]). Einige Gerichtsherren pflegen ihren Gerichtsverwalter, zur Treue und Gehorsam gegen ihre Person in der Verpflichtungsformel zu verbinden; diese Handlung ist aber gesetzwidrig, und macht, daß die Glaubwürdigkeit desselben in Sachen, die zum Vortheil der Gerichtsherrschaft gereichen könnten, ganz wegfällt [h]).

Weil die Patrimonialgerichtsbarkeit unter die eigenthümlichen Rechte gehört, so kann sie auch veräußert werden, und wenn dieses geschehen soll, ist eine Bestimmung des Werths derselben nöthig [i]). Bey dem Anschlage und der Bestimmung des Werths der Gerichtsbarkeit kommt nicht blos der Nutzen derselben, welcher aus den eingehenden Gerichtssporteln, Geldstrafen und andern Einkünften, gezogen wird, in Anschlag, sondern vorzüglich auch die damit

f) WERNHER Obs. P. III. Obs. 170. CARPZOV Resp. Lib. I. tit. 10. Resp. 99. n. 4

g) Der Herr RR. Eichmann a. a. O. Thl. 4. S. 378.

h) Der Herr Canzler v. Trützschler a. a. O.

i) Mich. GRASS tract. de modo et iure taxandi iurisdictionem, Tubing. 1724.

damit verknüpfte Ehre und Würde eines Gerichtsherrn, wodurch nach der Behauptung der Rechtslehrer k) der Werth der Gerichtsbarkeit dergestalt erhöht wird, daß, wenn die Gerichtseinkünfte z. B. in einem Jahr 200 Rthlr. betragen, gleichwohl solche in Rücksicht auf die Würde zu 500 Rthlr. angesetzt werden könnten. Da aber diese Gerichtseinkünfte ungewiß sind, und nicht alle Jahre so viel ausmachen, als in den vorigen Zeiten, so bestimmt man den wahrscheinlichen Werth nach der Summe der Einkünfte von wenigstens 10 Jahren. Man rechnet nämlich die Einkünfte von zehen Jahren zusammen, und dividirt die ganze Summe mit zehen, um herauszubringen, wie hoch man den ohngefähren Betrag der Einkünfte aus der Gerichtsbarkeit von einem Jahre anschlagen könne. Dieses jährliche Einkommen wird zum Capital geschlagen, daraus der Calculus gezogen, und nach dieser Berechnung der Werth der Gerichtsbarkeit bestimmt, wie man aus den Beyspielen solcher Berechnungen beym Graß, S. 91 — fl. sieht. In der angeführten Stelle aus dem Struv kommt folgender Gedanke vor: — iurisdictiones praefatum modum ex reditibus aestimandi non admittunt, vt videlicet, pro quinque singulis annis percipiendis centum soluens, iustum pretium dare dicatur, quoniam haec maiori pretio digna sunt, propterea quod iurisdictio etiam dignitatem nobis afferat l), vt proinde plus sit trecenta ex iurisdictione capere, quam octingenta ex aliis rebus. Et duo ex iurisdictione qui percipiuntur, centum ex forte conficiunt, cum ex aliis rebus demum quinque percepti etiam tantum conficiant. Uebrigens taxirt man die Gerichtsbarkeit auf zweyerley Weise,

k) Lavterbach Coll. Pand. Lib. 18. tit. 1. §. 57. Grass cit. tract. §. 9. Müller ad Struv Exerc. XXII. th. 19. not. d. nr. X.

l) Nov. 8. c. 6. in fin. Nov. 15. in fin. praef.

Weise, nämlich erstlich dergestalt, daß sie mit dem Gute, worauf sie haftet, in Anschlag gebracht wird, wie z. B. bey dem Verkauf oder der Verpachtung des ganzen Gutes geschieht, in welchen Fällen die Gerichtsbarkeit unter den nutzbaren Rubriken eines Gutes angeführt wird m). Ist das Gut mit allen Zubehörungen, ohne ausdrückliche Ausnahme der Patrimonialgerichtsbarkeit verpachtet worden, so ist solche im Zweifel für mit verpachtet zu halten n); außer diesem Falle hat der Pachter die Vermuthung wider sich o). Die Gerichtsbarkeit kann aber auch zweytens für sich allein, ohne das Gut taxirt werden; denn da sie ein Gegenstand des Handels ist, so kann man sie auch Jemandem ohne das Gut überlassen p), oder es kann sich der Gerichtsherr die Gerichtsbarkeit bey Verpachtung des Guts, oder wenn er dasselbe verkauft, vorbehalten, wodurch aber freylich der Werth des Gutes, und die davon zu erwartenden Nutzungen vermindert werden.

Derjenige, dem die Patrimonialgerichtsbarkeit zusteht, hat zum Gebrauch aller derjenigen Mittel ein Recht, ohne welche man die Gerichtsbarkeit gar nicht ausüben kann, welches sogar dem römischen Rechte gemäß ist, wie man aus der

m) Herr von Benekendorf in der Oecon. forens. im Anst. Thl. 1. S. 46.

n) CARPZOV Resp. Lib. V. tit. III. Resp. 15. n. 5. sqq. IDEM in disp. feud. c. 4. §. 24. LAVTERB. ad Dig. Lib. XIX, tit. 2. §. 20. STRYCK Vs. mod. eod. tit. §. 67.

o) STRYCK Caut. contr. Sect. II. c. 9. §. 11. STRVV Synt. iur. feud. c. 6. aph. 18. n. 4. FRANCKENSTEIN D. de locat. iurisd. Lips. 1747. §. 55.

p) FRANCKENST. Diss. cit. §. 15. MEVIVS in Dec. P. II. Dec. 314. n. 6. GYLMANN Dec. camer. Lib. II. Dec. 35. n. 20. MYLII Diss. de oppignorat. iurisd. Lipsi. 1742. §. 11.

der L. 2. D. h. t. steht; nur darf in dieser Voraussetzung nichts vorgenommen werden, was wider die Rechte des Landesherrn, oder die Rechte dritter Personen streitet [q]). Diesen Sätzen gemäß ist der Gerichtsherr befugt, Gefängnisse und Gerichtsplätze anzulegen, die eingefallenen wie er herzustellen oder auszubessern, ohne daß er nöthig hätte, die Erlaubniß dazu vom Regenten auszuwirken, wenn auch gleich diese Rechte bey der Concession der Patrimonialgerichtsbarkeit nicht ausdrücklich mit genannt seyn sollten [r]). Diese Befugniß erstreckt sich aber nicht auch auf das Recht, ein Zuchthaus anzulegen [s]).

Eine der wichtigsten hierher gehörenden Fragen ist es: was für Personen der Patrimonialgerichtsbarkeit unterworfen sind. Verschiedene Rechtslehrer [t]) behaupten, sie erstrecke sich über alle im Gerichtssprengel des Gutes wohnende Personen, sowohl Leibeigene als Bauern, Freye und Unfreye, jedoch sey die Ehefrau des Gerichtsherrn, seine Eltern und Kinder davon ausgenommen; denn diese haben die Rechte des Vaters und Ehemannes zu genießen [u]). Andere Rechtslehrer treten dieser Meynung mit der Einschränkung bey, daß sie behaupten, die Familie des Gerichtsherrn sey seiner Gerichtsbarkeit unterworfen, wegen der Verbrechen, die hier begangen worden, oder in Angelegenheiten eines Contracts, der von diesen Personen hier geschlossen worden. Wieder andere führen

q) Mevii Dec. Part. VII. Dec. 407. n. 7. Quistorps peinl. Recht, Thl. 2. §. 564.

r) Taddel Diss. cit. p. 47.

s) Io. Tob. Reinhardt D. de ergastulis eorumque iure.

t) de Boehmer ad Art. 2. C. C. §. 2. Herr v. Quistorp im peinl. Rechte, §. 564.

u) Leyser Spec. 79. med. 6. Carpzov. P. IV. Const 43. Def. 11. Io. Tob. Richter D. de filio iurisd. paternae patrimoniali non subj. Lipsiae 1745. Herr v. Quistorp a. a. O.

ren an: es ist bekannten Rechtens, daß es eine Competenz des Gerichtsstandes, welche für Jemanden aus eines andern Person entsteht, giebt, und aus diesem Grunde ist besonders die Familie des Hausherrn eben dem Gerichtszwange unterworfen, den dieser anerkennen muß; dieses muß aber so gut in Absicht auf den Hausherrn, dem die Patrimonialgerichtsbarkeit zusteht, wahr seyn, als es in Rücksicht desjenigen Hausvaters gewiß ist, der eine persönliche Gerichtsbarkeit verwaltet x). Der Hr. RR. Eichmann y) schreibt: Da der Umstand, daß Jemandem die Gerichtsbarkeit als ein eigenes Recht, und nicht blos verwaltungsweise zusteht, keinen vernünftigen Grund zu einer Ausdehnung derselben abgeben kann, so muß das in Ansehung der Patrimonialgerichtsbarkeit statt finden, was wir bey dem 189 Sphen unter nr. 6. gehabt haben (S. 498); übrigens bestimmt die Lehre von dem privilegirten und gemeinen Gerichtsstande, welcher letzterer wieder ein genereller oder specieller seyn kann, die Grenzen derselben, die bey der Ausübung zu beobachten sind, und daraus ergiebt sich, daß nicht ohne Unterschied diejenigen, welche in dem District sich aufhalten, dergleichen Gerichtsbarkeit anzuerkennen haben, gleichwie auch nicht geleugnet werden kann, daß Verbrechen, Contracte und andere Umstände, z. B. die Administration gewisser Güter, zuweilen eine solche Anerkennung nothwendig machen. Ich halte daher die Meynung, daß die Frau und Kinder nicht der Patrimonialgerichtsbarkeit ihres Mannes und resp. Vaters unterworfen sind, um deswillen für gegründet, weil die Rechte des Gerichtsstandes des letztern auch jenen mit zukommen, und die Gesetze uns zu Annahme einer Ausnahme, die hier gemacht

x) Herr Prof. Lobethan von der Gerichtsb. S. 80.

y) Herr RR. Eichmann in den Erkl. des bürgerl. Rechts, Thl. 4. S. 380.

macht werden müsse, nicht berechtigen. Das nämliche muß auch von der Mutter eines solchen Gerichtsherrn behauptet werden, die sich bey ihrem Sohne auf seinem Gute aufhält.

Noch wichtiger ist die Frage: ob ein Patrimonialgerichtsherr diejenigen, welche seiner Gerichtsbarkeit unterworfen sind, in seiner eigenen Sache vor seinen Gerichten belangen, und ob er von diesen daselbst belangt werden könne? Wenn keine Gelegenheit zu Mißverständnissen gegeben werden soll, so ist zu bemerken, daß bey dieser Frage niemals der Unterschied zwischen Handlungen der streitigen und der willkührlichen Gerichtsbarkeit aus den Augen gesetzt, und sodann darauf gesehen werde, ob von der Person des Gerichtsherrn oder der Gerichtsunterthanen die Rede sey. Was in Rücksicht auf die Angelegenheiten der willkührlichen Gerichtsbarkeit für Grundsätze anzunehmen sind, werden wir in der Folge sehen. Es ist also hier erstlich die Frage: ob der Gerichtsherr seine Gerichtsunterthanen, in seinen eigenen Rechtsangelegenheiten vor seinem Gericht verklagen könne? Die größten Rechtsgelehrten z) halten dieses für erlaubt. Hr. GR. Glück schreibt: Ob die Patrimonialgerichtsbarkeit auch in eigenen Ansprüchen des Gerichtsherrn an seine Unterthanen zuständig sey? ist eine sehr streitige Frage. Ich trete ohne Bedenken denen bey, welche dieselbe bejahen, und glaube, daß diese Meynung

z) Mencken Diss. de iure conuen. subditos in propr. iudicio, §. 11. Hartmann D. de iurisdictione in sua et suorum causa, Ien. 1749. §. 3. Heineccii Diss. de dominis subditos suos in iudicio suo conuenientibus, Hal. 1738. Boehmer de iure et statu hom. propr. Sect. III. § 5. Thomas. de hominib. propr. §. 80. de Ludewig de iure clientel. Sect. III. c. 4. lit. d. Schilter Exerc. VI. 16. §. Siebers Abhandl. von der Macht der Reichsstände und Gerichtsherren selbst Recht zu sprechen, Gött. 1783. S. 340. Hr. HR. Runde im Privatr. §. 703. S. 595.

nung der Natur dieser Gerichtsbarkeit, und der Observanz in den meisten teutschen Landen angemessen, auch der Rechtsanalogie nicht zuwider sey. Ich glaube also, daß der Gerichtsherr seine Gerichtsunterthanen bey seinem eigenen Gerichte ohne Unterschied der Sachen belangen könne, wenn er demselben einen Gerichtshalter vorgesetzt, und ihn in besondern Eyd und Pflicht auf eine unpartheyische Gerichtspflege gehörig genommen hat. Die Hauptgründe der entgegengesetzten Meynung, welche zu vertheidigen Hr. RR. Eichmann unter den neuern Rechtsgelehrten, sich vorzüglich angelegen seyn lassen, sind, daß Niemand in seiner eigenen Sache Richter seyn könne a), der Gerichtshalter seines Prinzipals Person vorstelle, wenigstens demselben die Vermuthung der Partheilichkeit entgegen stehe. Allein aus dem erstern Grunde folgt nur so viel, daß der Gerichtsherr nie Urtheiler und Parthey zugleich seyn dürfe. Er muß sich daher freylich alles Einflusses auf die Direction und Entscheidung des Processes enthalten. Nur unter diesen Umständen würde die L. vn. C. ne quis in sua causa iudicet, gegen ihn Anwendung finden, wo es heißt: Generaliter lege decernimus, neminem sibi esse iudicem, vel ius sibi dicere debere: in re enim propria iniquum admodum est, alicui licentiam tribuere sententiae. Allein unrichtig ist es gänzlich, daß der Gerichtshalter in einem solchen Falle Richter in seiner eigenen Sache sey, da er im Grunde weder Vortheil noch Schaden hat, und es ihm natürlich gleich seyn muß, ob der Unterthan oder sein Herr den Proceß gewinne. Und wenn er gleich von dem Gerichtsherrn bevollmächtigt ist, das Gericht zu halten, und er also mit demselben für einerley Person anzusehen seyn möchte, so fällt doch die daher geleitete Folge von selbst weg, indem er ja darauf beeydigt ist, nach seiner Ueberzeugung Recht zu

a) L. 10. D. h. t. L. vn. C. ne quis in sua causa L. 6. C an seruus pro suo facto.

sprechen. Hierdurch erlediget sich zugleich der aus einer Vermuthung der Partheylichkeit entlehnte Grund von selbst. Nicht zu gedenken, daß es schon an sich unbillig ist, aus einer etwa möglichen Furcht, die Gnade seines Herrn, durch ein gegen ihn gesprochenes Urtheil, zu verscherzen, gegen die Rechtschaffenheit eines in Pflichten stehenden Mannes ein Argument herzuleiten. Gesetzt indessen, der Gerichtshalter wollte auch seinem Gerichtsherrn favorisiren, und ihm eine unbillige Forderung zu erkennen, was würde ihm dieses helfen? Denn ohne Zweifel wird der verlierende Unterthan dagegen ein Rechtsmittel einwenden, und der Oberrichter wird das partheyische Erkenntniß so fort abändern. Nach der entgegengesetzten Meynung würde überdem der Gerichtsherr seine Unterthanen gegen die Regel: actus sequitur forum rei, in seinem Forum belangen müssen, welches auch wirklich einige Rechtslehrer [b]) behaupten, zu welcher Ausnahme aber kein hinlänglicher Grund vorhanden ist, weil die Bauern dadurch um das Recht der ersten Instanz kommen würden. Endlich bestätigen diese Meynung verschiedne Landesgesetze [c]) ausdrücklich, und der Gerichtsgebrauch nimmt sie gleichfalls an [d]). Ob nun gleich aus den angeführten Gründen der Gerichtshalter keine Nichtigkeit begehet, wenn er das Erkenntniß in Sachen seines Gerichtsprincipals selbst abfaßt und eröffnet [e]), in so fern nicht etwa in den Landesgesetzen ausdrücklich befohlen seyn sollte, die Acten

b) de Pufendorf Obs. T. III. Obs. 88. §. 1.

c) Churf. Erl. Proc. Ord. Tit. 2. §. 3. Königl. Preuß Allg. Landr. Thl. 3. Abth. 5. Tit. 1. Abschn. §. 28. Von den Hannöverischen Landen bezeugt es Sieber in der ang. Abh. § 269. und von der Mark Brunnemann in Comm. ad L. 20. D h. t.

d) Berlich Dec 109. n. 9. Brunnemann Cons. Vol. II. Cons. 146. Schilter Exerc. VI. §. 16.

e) Sieber in der angef. Abh. §. 271.

Acten zu Abfassung eines Urthels an eine nicht ausgenommene Juristenfacultät, oder an ein Obergericht einzusenden, so ist es doch wenigstens der Klugheit gemäß, wenn der Gerichtshalter in dergleichen Fällen nicht selbst das Urtheil abfaßt, sondern desselben Abfassung Andern überläßt; eine Cautel, die auch Hellfeld empfiehlt, wenn er gleich in der Hauptsache seine Meynung auf einen verworfenen Satz gebaut hat. Wenn der Hr. von Leyser f) aus dem Carpzov, Ziegler, und Zanger beweisen will, daß der Gerichtshalter in des Gerichtsherrn Sache nicht selbst erkennen dürfe, so kann deren Zeugniß, da sich solches blos auf die Sächsische Gerichtsordnung gründet, in Absicht derjenigen Länder, wo das gemeine Recht gilt, von keiner Gültigkeit und Stärke seyn.

Diesem Argumente hat der Herr RR. Eichmann folgende Ausführung entgegen gestellt, welcher S. 383 seines Commentars schreibt: Die Gründe, welche man für die bejahende Antwort dieser Frage anführt, sind folgende: α) Sey es der natürlichen Billigkeit eben nicht entgegen, das römische Recht aber könne hier keine Anwendung finden, indem die teutsche Gerichtsbarkeit, wenn man nicht selbst die Verfassung der teutschen Reichslande verändern wollte, aus dem vaterländischen und nicht aus jenem fremden Rechte, das eine solche Gerichtsbarkeit gar nicht voraussetze, beurtheilt werden müsse. β) Ueber dieses sey auch den Römern eine Art der häuslichen Gerichtsbarkeit bekannt gewesen, vermöge welcher ein Vater Streitigkeiten zwischen seinen Kindern und Sclaven entschieden, und sich selbst wider diese Recht gesprochen habe; besonders aber γ) müsse man immer auf den Ursprung der Patrimonialgerichtsbarkeit zurück gehen und erwägen, daß ein Leibherr gegen seine Leibeigene in seiner eigenen Angelegenheit habe

f) Leyser Spec. 68. med. 4.

Zwangsmittel gebrauchen können, und daß eben dieses Zwangsrecht in der Folge in eine Gerichtsbarkeit umgeschaffen worden sey, mithin letztere nicht weniger begreifen könne, als die herrschaftliche Gewalt ehemals enthalten habe. Dazu komme endlich auch noch, δ) daß der Gerichtsherr die Gerichtsbarkeit müsse durch Andere ausüben lassen, folglich nicht einmal behauptet werden könne, daß er Richter in seiner eigenen Sache sey.

Ob nun wohl diese Gründe, schreibt Herr RR. Eichmann, allerdings mitunter wichtig zu seyn scheinen, so kann ich mich doch dadurch zum Beytritt zu jener Behauptung nicht bewegen lassen; denn α) haben die meisten Menschen gewisse schwache Seiten, besonders aber zeigen sie sich auf einer solchen Seite, wenn sie über ihre eigenen Handlungen, und etwas, was sie selbst betrifft, urtheilen sollen; sie lassen in solchen Fällen, wenn sie sonst auch noch so rechtschaffen denken, sich durch die ihnen zu ihrem Vortheil beygehende Idee um so mehr leiten, da jeder Mensch doch das will, was ihm selbst gut dünkt. Hierüber verlieren sie den wahren Gesichtspunct der Sache, achten die Zweifel nicht, so ihnen entgegengesetzt werden, täuschen sich selbst, und werden in einer solchen Sache vielleicht wider ihren Willen zu einem unrichtigen Urtheil geführt. Da selbst die Vernunft den Menschen so darstellt, so gründen sich die römischen Gesetze, und besonders der aus dem Codex angeführte L. vn. C. ne quis in sua causa etc. wo es heißt: Generaliter lege decernimus u. s. f. (S. 565) hierauf, und auf ein gesundes Urtheil über den Menschen, wenn sie sagen, es würde unbillig seyn, wenn man Jemanden zum Richter in seiner Sache machen, und ihm hierin Recht zu sprechen erlauben wollte. Ist dieses richtig, und entspricht dieses Gesetz dem ganzen Willen, den man bey Errichtung der Staaten hatte, nämlich dem Rechte, sich selbst zu helfen, welches auf das Rechtsprechen und auf den Gebrauch der Zwangsmittel gieng, so gehört ein solches Gesetz zu den ersten

sten Bedürfnissen eines Staats, und verbietet die Anwendbarkeit der Gründe auf eine jede Gerichtsbarkeit, die entweder verwaltungsweise, oder als ein eigenes Recht ausgeübt wird, demselben dadurch, daß man eine Ausnahme in Ansehung der Patrimonialgerichtsbarkeit macht, eine einschränkende Bestimmung zu geben. Es beruhet daher jenes römische Gesetz nicht auf der eigenen römischen Verfassung, sondern auf der Natur der Sache, die auch wir Teutsche selbst bey der den Römern unbekannten Art der eigenen Gerichtsbarkeit nicht verkennen, mithin muß dasselbe um so mehr eine Gültigkeit haben, da bekanntermaßen das römische Recht, wenn keine vaterländischen Gesetze ihm entgegen stehen, auch bey solchen Dingen, die von besonderer Beschaffenheit, und den Römern unbekannt gewesen sind, alsdenn zur Richtschnur dienen muß, wenn es ihrer Natur nicht zuwider ist. Also irrt Heineccius in seiner Schrift §. 14. wenn er sagt, daß, wenn man hier eine Anwendung des römischen Rechts annehmen wollte, selbst die Verfassung der Reichslande ganz verändert werden würde, und er denkt sich Menschen, wie sie seyn sollten, aber nicht wie sie sind, wenn er §. 13. behauptet, daß, wenn der Richter ein ehrbarer Mensch sey, das Rechtsprechen in seiner eigenen Sache keinen Nachtheil bringen könne. Hiernächst β) kann man zwar nicht leugnen, daß selbst noch unter den Kaisern ein Herr eine gewisse Herrschaft über seine Sclaven gehabt habe, welche ihm die Gewalt gab, von ihnen zu verlangen, die Handlungen nach seinem Willen, inwiefern sie nicht wider die Gesetze liefen, einzurichten, und ihn mäßig zu züchtigen. Auch kann man nicht bezweifeln, daß die väterliche Gewalt einem Vater noch zu jener Zeit ansehnliche Rechte gegeben habe; allein hieraus läßt sich um so weniger ein Schluß auf die Ausübung der Patrimonialgerichtsbarkeit in eigenen Sachen machen, da eines Theils die Gesetze deutlich sagen, daß in Rücksicht dessen, wozu ein Herr in Ansehung seines Sclaven berechtigt war, zwischen ihm und demselben kein iudicium statt gefunden ha-

be g); daß aber dergleichen Streitigkeiten zwischen einem Gerichtsherrn und seinen Gerichtsverwandten nothwendig seyen, lehret schon der gesunde Menschenverstand, so wie ein Vater, wenn er selbst die Jurisdiction hatte, dennoch seinen Kindern kein Recht sprechen konnte h), überhaupt auch die väterliche Gewalt in keiner Rücksicht, man mag die Sache betrachten, wie man will, einen Grund zu jener Schlußfolge abgeben kann; andern Theils γ) die Berufung auf das Entstehen dieser Art der Gerichtsbarkeit aus der vormaligen herrschaftlichen Gewalt bestritten wird, und sich hinlänglich ergiebt, daß man Dinge, die ihrer Natur nach ganz verschieden sind, mit einander verwechselt, besonders aus einer gewissen Art des Zwangsrechts, welches doch allein keine Gerichtsbarkeit ausmacht, auf etwas schließt, was sich niemals daraus herleiten läßt. Endlich kann δ) der Umstand, daß diese Gerichtsbarkeit nicht von dem Gerichtsherrn selbst, sondern durch Andere ausgeübt werde, der Sache keine andere Beschaffenheit geben, indem man mit Recht behauptet, daß der Gerichtshalter als der Mandatarius des Gerichtsherrn, in Ansehung der Gerichtsbarkeit angesehen werden müsse i), mandans und mandatarius aber

g) L. 6. C. an seruus pro suo facto post manumissionem teneatur — wo es heißt: siue serui sint hi, quorum precibus fecisti mentionem, domi eos conueni: quia inter dominum et seruos iudicium nullum constare potest. Die ersten Worte: domi eos conueni, hat Heineccius a. a. O. angeführt, die letztern aber iudicium nullum constare potest weislich weggelassen.

h) Ganz deutlich heißt es in der L. 10. D. de iurisd. die mit dem angeführten Gesetze aus dem Codex zu vergleichen ist, so: qui iurisdictioni praeest, neque sibi ius dicere debet, neque vxori, vel liberis suis, neque libertis, neque caeteris, quos secum habet.

i) Schaumburgs Einleitung in das Sächs. Recht, S. 1223.

aber für eine Person zu halten sind. So stellen aber den Gerichtsherrn und Gerichtsverwalter nicht nur die Gesetze und die Natur der Sache dar, sondern auch die Verhältnisse, die zwischen diesen Personen zu seyn pflegen. Schwer fällt es gemeiniglich dem Gerichtsherrn, selbst wenn er die Sache nicht versteht, aber doch keine hinlänglichen Kenntnisse davon hat, sich der Aeußerung gegen seinen Gerichtsverwalter, was für eine Meynung er in der Sache habe, und was seine Absicht sey, zu enthalten, noch schwerer aber fällt es letzterem, der solche Winke für Befehle annimmt, und zuweilen annehmen muß, weil er sonst dem Augenblicke, wo er seine Dimission erhält, oder doch wenigstens der Entziehung anderer Vortheile, die er genoß, immer entgegen sehen kann, nunmehr die Sache ganz nach seiner eigenen Einsicht zu behandeln und zu beurtheilen. Nicht er spricht also Recht, sondern sein Gerichtsprincipal, von dem er das Instrument ist [k]). Ich nehme daher an, daß zwar ein Gerichtsherr seine Bauern, Leibeigene und Andere, die seiner Gerichtsbarkeit unterworfen sind, zur Erfüllung ihrer ausgemachten Verbindlichkeit nöthigen Falls durch gerichtliche Zwangsmittel anhalten könne; ihm aber, wenn die Sache zu einer rechtlichen Erörterung und Entscheidung geeigenschaftet ist, ein Recht, solche vor seinen eigenen Gerichten zu belangen, nicht anders zustehe, als wenn Gesetze und Gewohnheiten, welche die gesetzlichen Eigenschaften haben, und die in einem zweifelhaften Falle zu beweisen sind, ihm dergleichen geben, daß aber von einem Lande auf das andere kein Schluß gemacht werden könne. Dergleichen haben wir in Churſachſen, indem es in der Proceßordnung Tit. 2. §. 3. heißt: ob wir nun geschehen lassen können, daß diejenigen, so mit Gerichten von uns beliehen sind, wie bisher, also hinführo sich deren gebührlich gebrauchen,

k) ZANGER de except. P. II. c. 1. n. 408. p. 126. edit. Senckenb. LEYSER Spec. 68. med. 1. 2. 3.

brauchen, und vor denselben ihre Unterthanen rechtlich belangen mögen, u. s. f. Damit stimmt der Entwurf des Preussischen Gesetzbuchs im 1 Thl. 3 Abth. 5 Tit. 1 Abschn. §. 28. in folgenden Worten überein: Der Jurisdictionsberechtigte kann seine Gerichtsgesessenen in seinen eigenen Gerichten belangen; er muß sich aber alsdenn alles Einflusses auf die Direction und Entscheidung des Processes enthalten. Giebt es nun eine solche Verordnung in einem Lande, so ist doch folgendes Rechtens: α) müssen die Gerichtsherren sich alles Einflusses und aller Entscheidung des Processes enthalten, weil sonst der Oberrichter berechtigt ist, die Sache vor sich zu ziehen, und durch einen Beamten zu führen. β) An sich ist es nicht nothwendig, daß die Acten zum Spruch an ein Rechtscollegium geschickt werden, sondern der Gerichtshalter kann selbst sprechen, wo es nicht die Landesgesetze befehlen, wie in Churſachsen nach der Proc. Ordn. a. a. O. der Fall ist; der Gerichtshalter thut aber wohl, wenn er die Acten verschickt. γ) Es ist hierbey kein Unterschied zu machen, zwischen einem adelichen oder bürgerlichen Gutsbesitzer [l]). δ) Enthalten die Gesetze nicht das Gegentheil, so kann auch derjenige Gerichtsherr seine Bauern vor seinen Gerichten verklagen, der blos die Niedergerichte hat [m]). ε) Verpachtet der Gerichtsherr sein Gut, so fragt sich: ob der Pachter ebenfalls berechtigt sey, die Bauern vor den Patrimonialgerichten zu verklagen? Diese Frage bejahen die angesehensten Rechtslehrer [n]), so wie sie ζ) auch der Meynung sind, daß es auf den Gerichtsherrn allein ankomme, ob er von dem ihm nach den Landesgesetzen zustehenden Rechte, die Bauern vor seinen Gerichten zu verklagen, Gebrauch machen, oder sich dieses

l) Mencken Diss. cit. §. 3.

m) Mencken l. c. §. 4. Berlich Dec. 65.

n) Mencken l. c. §. 10. Mevii Decis. P. IV. Dec. 246. Horn Resp. Cl. 2. Resp. 69. n. 1.

dieses Rechts in dem einen oder dem andern Falle begeben wolle o).

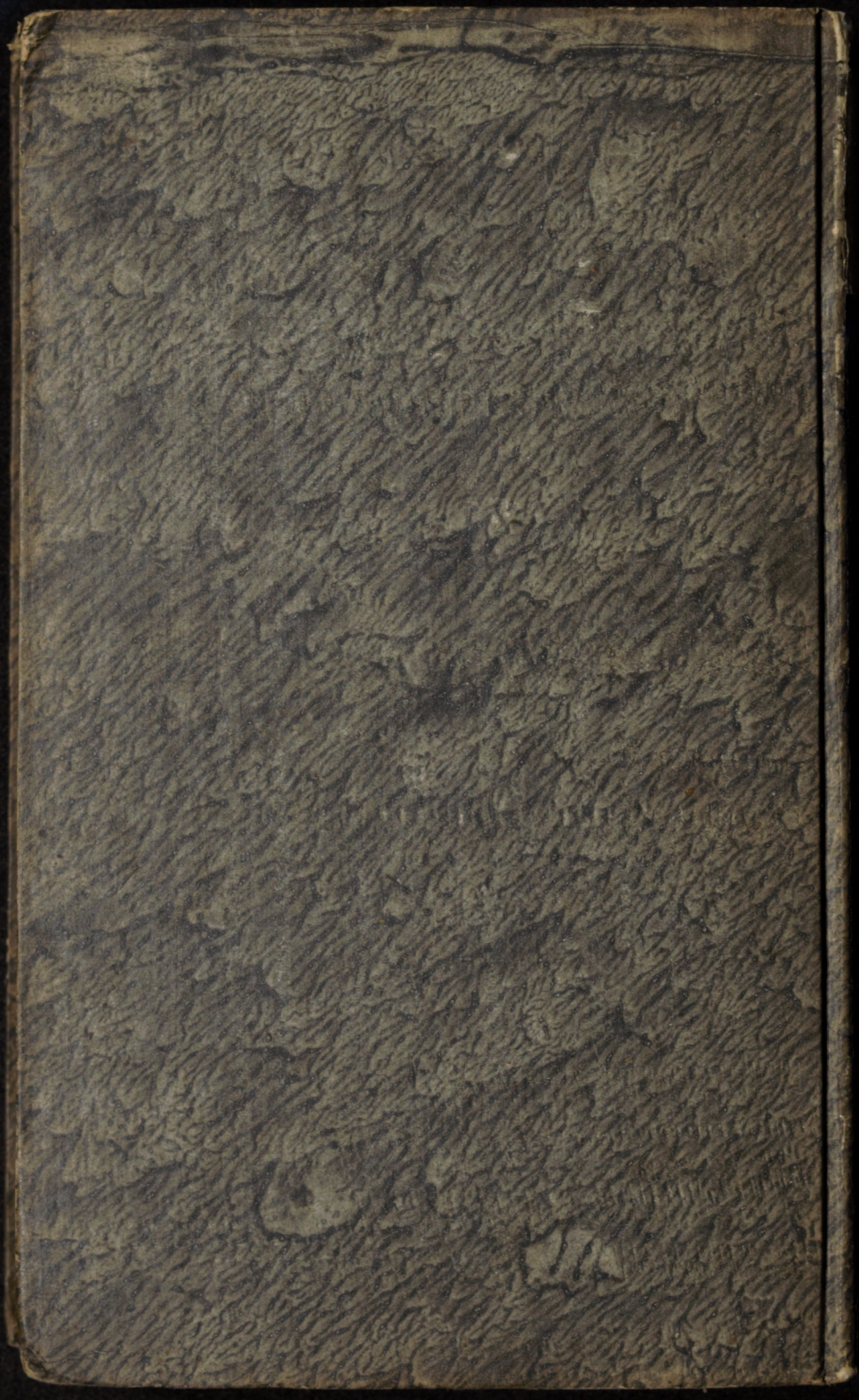
Endlich ist noch die Frage (S. 564) übrig: ob sichs der Gerichtsherr gefallen lassen muß, daß ihn seine Gerichtsuntergebenen, in einer Rechtssache wider ihn, ebenfalls vor seinen Gerichten verklagen? — Dieses leugnen die Rechtslehrer p), weil der Gerichtsherr nicht unter seinen Gerichten steht, und daher müssen sie ihn entweder vor dem Amte, oder beym Hofgerichte, oder der Regierung verklagen, je nachdem sein Gut amt- oder schriftsässig ist, oder einen privilegirten Gerichtsstand hat.

o) Griebner in Princ. Proc. §. 8. Mencken Diss. cit. §. 14.

p) Mencken Diss. cit. §. 24. 25. Berger Electa Proc. in Suppl. II. p. 44.

Ende des dritten Theils.

Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684934/phys_0639
DFG


Universitäts Bibliothek Rostock
http://purl.uni-rostock.de/rosdok/ppn1701684934/phys_0644
DFG

eines Staats, und verbietet die Anwend-
e auf eine jede Gerichtsbarkeit, die ent-
weise, oder als ein eigenes Recht ausge-
en dadurch, daß man eine Ausnahme in
trimonialgerichtsbarkeit macht, eine ein-
nmung zu geben. Es beruhet daher je-
ß nicht auf der eigenen römischen Verfas-
uf der Natur der Sache, die auch wir
der den Römern unbekannten Art der ei-
keit nicht verkennen, mithin muß dasselbe
Gültigkeit haben, da bekanntermaßen das
penn keine vaterländischen Gesetze ihm ent-
h bey solchen Dingen, die von besonderer
nd den Römern unbekannt gewesen sind,
schnur dienen muß, wenn es ihrer Natur
Also irrt Heineccius in seiner Schrift
gt, daß, wenn man hier eine Anwendung
chts annehmen wollte, selbst die Verfas-
nde ganz verändert werden würde, und er
n, wie sie seyn sollten, aber nicht wie sie
13. behauptet, daß, wenn der Richter
nsch sey, das Rechtsprechen in seiner eige-
n Nachtheil bringen könne. Hiernächst
r nicht leugnen, daß selbst noch unter den
eine gewisse Herrschaft über seine Scla-
welche ihm die Gewalt gab, von ihnen
Handlungen nach seinem Willen, inwie-
r die Gesetze liesen, einzurichten, und ihn
n. Auch kann man nicht bezweifeln, daß
palt einem Vater noch zu jener Zeit an-
egeben habe; allein hieraus läßt sich um
hluß auf die Ausübung der Patrimonial-
eigenen Sachen machen, da eines Theils
ch sagen, daß in Rücksicht dessen, wozu
ung seines Sclaven berechtigt war, zwi-
nselben kein iudicium statt gefunden ha-